

JURISPRUDÊNCIA CATARINENSE



PODER JUDICIÁRIO
de Santa Catarina

2016
133

**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 XLIII – 2º semestre de 2016 – N. 133 – Florianópolis – SC – 2017

JURISPRUDÊNCIA CATARINENSE

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

Diretor

Des. Alexandre d'Ivanenko – 1º Vice-Presidente

Comissão Permanente de Jurisprudência (Portaria n. 339/2016-GP)

Des. Alexandre d'Ivanenko – Presidente

Juiz de Direito de Segundo Grau Gerson Cherem II

Juiz de Direito Marcelo Pons Meirelles

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

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

21cm.

Semestral.

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

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

ISSN: 1981-402X.

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

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

SUMÁRIO

7	COMPOSIÇÃO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA
23	SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL
65	SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA
123	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SANTA CATARINA
125	Primeira Vice-Presidência
140	Conselho da Magistratura
150	Órgão Especial
154	Câmara Civil Especial
161	Câmara Especial Regional de Chapecó
196	Grupo de Câmaras de Direito Civil
220	Primeira Câmara de Direito Civil
271	Segunda Câmara de Direito Civil
309	Terceira Câmara de Direito Civil
337	Quarta Câmara de Direito Civil
368	Quinta Câmara de Direito Civil
405	Sexta Câmara de Direito Civil
436	Grupo de Câmaras de Direito Comercial
446	Primeira Câmara de Direito Comercial
465	Segunda Câmara de Direito Comercial
489	Terceira Câmara de Direito Comercial
512	Quarta Câmara de Direito Comercial

549	Quinta Câmara de Direito Comercial
557	Grupo de Câmaras de Direito Público
597	Primeira Câmara de Direito Público
644	Segunda Câmara de Direito Público
651	Terceira Câmara de Direito Público
670	Quarta Câmara de Direito Público
696	Seção Criminal
719	Primeira Câmara Criminal
731	Segunda Câmara Criminal
791	Terceira Câmara Criminal
823	Quarta Câmara Criminal
852	Primeiro Grau
1080	ARTIGOS
1167	DISCURSOS
1183	RELAÇÃO DAS COMARCAS DO ESTADO DE SANTA CATARINA
1203	ÍNDICE NUMÉRICO
1209	ÍNDICE POR ASSUNTO
1227	ÍNDICE ONOMÁSTICO

COMPOSIÇÃO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA

COMPOSIÇÃO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA

(Dezembro de 2016)

Presidente

Desembargador José Antônio TORRES MARQUES

Primeiro Vice-Presidente

Desembargador ALEXANDRE D'IVANENKO

Segundo Vice-Presidente

Desembargador SÉRGIO IZIDORO HEIL

Terceiro Vice-Presidente

Desembargador JAIME RAMOS

Corregedor-Geral da Justiça

Desembargador RICARDO Orofino da Luz FONTES

Vice-Corregedor-Geral da Justiça

Desembargador SALIM SCHEAD DOS SANTOS

DESEMBARGADORES

Desembargador PEDRO MANOEL ABREU
Desembargador CLÁUDIO BARRETO DUTRA
Desembargador NEWTON TRISOTTO
Desembargador LUIZ CÉZAR MEDEIROS
Desembargador SÉRGIO Roberto BAASCH LUZ
Desembargador Antonio do Rêgo MONTEIRO ROCHA
Desembargador FERNANDO CARIONI
Desembargador José Antônio TORRES MARQUES
Desembargador RUI Francisco Barreiros FORTES
Desembargador MARCUS TULIO SARTORATO
Desembargador CESAR Augusto Mimoso Ruiz ABREU
Desembargadora SALETE SILVA SOMMARIVA
Desembargador RICARDO Orofino da Luz FONTES
Desembargador SALIM SCHEAD DOS SANTOS
Desembargadora MARIA DO ROCIO LUZ SANTA RITTA
Desembargador CID José GOULART Júnior
Desembargador JAIME RAMOS
Desembargador ALEXANDRE D'IVANENKO
Desembargador LÉDIO ROSA DE ANDRADE
Desembargador MOACYR DE MORAES LIMA FILHO
Desembargador JORGE Henrique SCHAEFER MARTINS
Desembargador SÉRGIO IZIDORO HEIL
Desembargador José Carlos CARSTENS KÖHLER
Desembargador JOÃO HENRIQUE BLASI
Desembargador JORGE LUIZ DE BORBA
Desembargadora REJANE ANDERSEN
Desembargador JOEL Dias Figueira JÚNIOR
Desembargador CLÁUDIO VALDYR HELFENSTEIN
Desembargador RODRIGO Antônio da CUNHA
Desembargador JÂNIO de Souza MACHADO
Desembargadora SORAYA NUNES LINS
Desembargadora SÔNIA MARIA SCHMITZ
Desembargador HENRY Goy PETRY JUNIOR
Desembargador RAULINO JACÓ BRÜNING
Desembargador ROBERTO LUCAS PACHECO

Desembargador JAIRO FERNANDES GONÇALVES
Desembargador JOSÉ INÁCIO SCHAEFER
Desembargador JOÃO BATISTA GÓES ULYSSÉA
Desembargador RONEI DANIELLI
Desembargador LUIZ FERNANDO BOLLER
Desembargador PAULO ROBERTO SARTORATO
Desembargador TULLIO José Moura PINHEIRO
Desembargador CARLOS ALBERTO CIVINSKI
Desembargador RONALDO MORITZ MARTINS DA SILVA
Desembargador RICARDO José ROESLER
Desembargador ROBSON LUZ VARELLA
Desembargador RODRIGO Tolentino de Carvalho COLLAÇO
Desembargador SÉRGIO Antônio RIZELO
Desembargadora DENISE VOLPATO
Desembargador GETÚLIO CORRÊA
Desembargador SEBASTIÃO CÉSAR EVANGELISTA
Desembargador DOMINGOS PALUDO
Desembargador ERNANI GUETTEN DE ALMEIDA
Desembargador CARLOS ADILSON SILVA
Desembargador Rogério MARIANO DO NASCIMENTO
Desembargador EDEMAR GRUBER
Desembargador STANLEY DA SILVA BRAGA
Desembargador ALTAMIRO DE OLIVEIRA
Desembargador SAUL STEIL
Desembargador NEWTON VARELLA JÚNIOR
Desembargador RODOLFO Cezar Ribeiro da Silva TRIDAPALLI
Desembargador ODSON CARDOSO FILHO
Desembargador GILBERTO GOMES DE OLIVEIRA
Desembargador JOSÉ EVERALDO SILVA
Desembargador VOLNEI CELSO TOMAZINI
Desembargador PAULO HENRIQUE MORITZ MARTINS DA SILVA
Desembargador LEOPOLDO AUGUSTO BRÜGGEMANN
Desembargador JÚLIO CÉSAR KNOLL
Desembargadora VERA LÚCIA FERREIRA COPETTI

JUÍZES DE DIREITO DE SEGUNDO GRAU

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

ÓRGÃOS JULGADORES

TRIBUNAL PLENO

Desembargador José Antônio TORRES MARQUES – Presidente
Desembargador PEDRO MANOEL ABREU
Desembargador CLÁUDIO BARRETO DUTRA
Desembargador NEWTON TRISOTTO
Desembargador LUIZ CÉSAR MEDEIROS
Desembargador SÉRGIO Roberto BAASCH LUZ
Desembargador Antonio do Rêgo MONTEIRO ROCHA
Desembargador FERNANDO CARIONI

Desembargador RUI Francisco Barreiros FORTES
Desembargador MARCUS TULLIO SARTORATO
Desembargador CESAR Augusto Mimoso Ruiz ABREU
Desembargadora SALETE SILVA SOMMARIVA
Desembargador RICARDO Orofino da Luz FONTES
Desembargador SALIM SCHEAD DOS SANTOS
Desembargadora MARIA DO ROCIO LUZ SANTA RITTA
Desembargador CID José GOULART Júnior
Desembargador JAIME RAMOS
Desembargador ALEXANDRE D'IVANENKO
Desembargador LÉDIO ROSA DE ANDRADE
Desembargador MOACYR DE MORAES LIMA FILHO
Desembargador JORGE Henrique SCHAEFER MARTINS
Desembargador SÉRGIO IZIDORO HEIL
Desembargador José Carlos CARSTENS KÖHLER
Desembargador JOÃO HENRIQUE BLASI
Desembargador JORGE LUIZ DE BORBA
Desembargadora REJANE ANDERSEN
Desembargador JOEL Dias FIGUEIRA JÚNIOR
Desembargador CLÁUDIO VALDYR HELFENSTEIN
Desembargador RODRIGO Antônio da CUNHA
Desembargador JÂNIO de Souza MACHADO
Desembargadora SORAYA NUNES LINS
Desembargadora SÔNIA MARIA SCHMITZ
Desembargador HENRY Goy PETRY JUNIOR
Desembargador RAULINO JACÓ BRÜNING
Desembargador ROBERTO LUCAS PACHECO
Desembargador JAIRO FERNANDES GONÇALVES
Desembargador JOSÉ INACIO SCHAEFER
Desembargador JOÃO BATISTA GÓES ULYSSÉA
Desembargador RONEI DANIELLI
Desembargador LUIZ FERNANDO BOLLER
Desembargador PAULO ROBERTO SARTORATO
Desembargador TULLIO José Moura PINHEIRO
Desembargador CARLOS ALBERTO CIVINSKI
Desembargador RONALDO MORITZ MARTINS DA SILVA
Desembargador RICARDO José ROESLER

Desembargador ROBSON LUZ VARELLA
Desembargador RODRIGO Tolentino de Carvalho COLLAÇO
Desembargador SÉRGIO Antônio RIZELO
Desembargadora DENISE VOLPATO
Desembargador GETÚLIO CORRÊA
Desembargador SEBASTIÃO CÉSAR EVANGELISTA
Desembargador DOMINGOS PALUDO
Desembargador ERNANI GUETTEN DE ALMEIDA
Desembargador CARLOS ADILSON SILVA
Desembargador Rogério MARIANO DO NASCIMENTO
Desembargador EDEMAR GRUBER
Desembargador STANLEY DA SILVA BRAGA
Desembargador ALTAMIRO DE OLIVEIRA
Desembargador SAUL STEIL
Desembargador NEWTON VARELLA JÚNIOR
Desembargador RODOLFO Cezar Ribeiro da Silva TRIDAPALLI
Desembargador ODSOSON CARDOSO FILHO
Desembargador GILBERTO GOMES DE OLIVEIRA
Desembargador JOSÉ EVERALDO SILVA
Desembargador VOLNEI CELSO TOMAZINI
Desembargador PAULO HENRIQUE MORITZ MARTINS DA SILVA
Desembargador LEOPOLDO AUGUSTO BRÜGGEMANN
Desembargador JÚLIO CÉSAR KNOLL
Desembargadora VERA LÚCIA FERREIRA COPETTI

ÓRGÃO ESPECIAL

Desembargador José Antônio TORRES MARQUES – Presidente
Desembargador PEDRO MANOEL ABREU
Desembargador NEWTON TRISOTTO
Desembargador LUIZ CÉZAR MEDEIROS
Desembargador SÉRGIO Roberto BAASCH LUZ
Desembargador Antonio do Rêgo MONTEIRO ROCHA
Desembargador FERNANDO CARIONI
Desembargador RUI Francisco Barreiros FORTES
Desembargador MARCUS TULLIO SARTORATO
Desembargador CESAR Augusto Mimoso Ruiz ABREU

Desembargador RICARDO Orofino da Luz FONTES
Desembargador SALIM SCHEAD DOS SANTOS
Desembargadora MARIA DO ROCIO LUZ SANTA RITTA
Desembargador CID José GOULART Júnior
Desembargador JAIME RAMOS
Desembargador ALEXANDRE D'IVANENKO
Desembargador JORGE Henrique SCHAEFER MARTINS
Desembargador SÉRGIO IZIDORO HEIL
Desembargador José Carlos CARSTENS KÖHLER (Des. LÉDIO ROSA DE ANDRADE)
Desembargador JÂNIO de Souza MACHADO
Desembargador RAULINO JACÓ BRÜNING
Desembargador RONEI DANIELLI
Desembargador RICARDO José ROESLER
Desembargador RODRIGO Tolentino de Carvalho COLLAÇO

CÂMARA DE AGRAVOS INTERNOS EM RECURSOS CONSTITUCIONAIS

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

CÂMARA ESPECIAL REGIONAL DE CHAPECÓ – CERC

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

CÂMARA CIVIL ESPECIAL

Desembargador JAIME RAMOS – Presidente
Juíza de Direito de Segundo Grau CLÁUDIA LAMBERT DE FARIA
Juiz de Direito de Segundo Grau EDUARDO MATTOS GALLO JÚNIOR
Juiz de Direito de Segundo Grau LUIZ ZANELATO
Juiz de Direito de Segundo Grau ARTUR JENICHEN FILHO
Juíza de Direito de Segundo Grau HILDEMAR MENEGUZZI DE CARVALHO
(Cooperadora)

GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO CIVIL

Desembargador NEWTON TRISOTTO – Presidente

Desembargador LUIZ CÉZAR MEDEIROS

Desembargador Antonio do Rêgo MONTEIRO ROCHA (Juiz RUBENS SCHULZ)

Desembargador FERNANDO CARIONI

Desembargador MARCUS TULIO SARTORATO

Desembargador CESAR Augusto Mimoso Ruiz ABREU

Desembargadora MARIA DO ROCIO LUZ SANTA RITTA (Juiz GERSON CHEREM II)

Desembargador JOEL Dias FIGUEIRA JÚNIOR

Desembargador HENRY Goy PETRY JUNIOR

Desembargador RAULINO JACÓ BRÜNING

Desembargador JAIRO FERNANDES GONÇALVES

Desembargador JOÃO BATISTA GÓES ULYSSÉA

Desembargadora DENISE VOLPATO

Desembargador SEBASTIÃO CÉSAR EVANGELISTA

Desembargador DOMINGOS PALUDO

Desembargador STANLEY DA SILVA BRAGA

Desembargador SAUL STEIL

Desembargador RODOLFO Cezar Ribeiro da Silva TRIDAPALLI

PRIMEIRA CÂMARA DE DIREITO CIVIL

Desembargador RAULINO JACÓ BRÜNING – Presidente

Desembargador DOMINGOS PALUDO

Desembargador SAUL STEIL

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

SEGUNDA CÂMARA DE DIREITO CIVIL

Desembargador NEWTON TRISOTTO – Presidente

Desembargador JOÃO BATISTA GÓES ULYSSÉA

Desembargador SEBASTIÃO CÉSAR EVANGELISTA

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

TERCEIRA CÂMARA DE DIREITO CIVIL

Desembargador FERNANDO CARIONI – Presidente

Desembargador MARCUS TULIO SARTORATO

Desembargadora MARIA DO ROCIO LUZ SANTA RITTA (Juiz GERSON CHEREM II)

QUARTA CÂMARA DE DIREITO CIVIL

Desembargador CESAR Augusto Mimoso Ruiz ABREU

Desembargador JOEL Dias FIGUEIRA JÚNIOR – Presidente

Desembargador RODOLFO Cezar Ribeiro da Silva TRIDAPALLI

Juiz de Direito de Segundo Grau JÚLIO CÉSAR MACHADO FERREIRA DE MELO
(Cooperador)

QUINTA CÂMARA DE DIREITO CIVIL

Desembargador LUIZ CÉZAR MEDEIROS – Presidente

Desembargador HENRY Goy PETRY JUNIOR

Desembargador JAIRO FERNANDES GONÇALVES

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

SEXTA CÂMARA DE DIREITO CIVIL

Desembargador Antonio do Rêgo MONTEIRO ROCHA (Juiz RUBENS SCHULZ)

Desembargadora DENISE VOLPATO – Presidente

Desembargador STANLEY DA SILVA BRAGA

Juiz de Direito de Segundo Grau RUBENS SCHULZ (Cooperador)

GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO COMERCIAL

Desembargador CLÁUDIO BARRETO DUTRA – Presidente

Desembargador LÉDIO ROSA DE ANDRADE

Desembargador José Carlos CARSTENS KÖHLER

Desembargadora REJANE ANDERSEN

Desembargador CLÁUDIO VALDYR HELFENSTEIN

Desembargador RODRIGO Antônio da CUNHA (Juíza DENISE DE SOUZA LUIZ
FRANCOSKI)

Desembargador JÂNIO de Souza MACHADO

Desembargadora SORAYA NUNES LINS

Desembargador TULIO José Moura PINHEIRO

Desembargador RONALDO MORITZ MARTINS DA SILVA (Juiz RUBENS SCHULZ)

Desembargador ROBSON LUZ VARELLA

Desembargador Rogério MARIANO DO NASCIMENTO

Desembargador ALTAMIRO DE OLIVEIRA

Desembargador NEWTON VARELLA JÚNIOR

Juíza de Direito de Segundo Grau JANICE GOULART GARCIA UBIALLI (Des.
SALIM SCHEAD DOS SANTOS, Vice-Corregedor)

PRIMEIRA CÂMARA DE DIREITO COMERCIAL

Desembargador CLÁUDIO VALDYR HELFENSTEIN – Presidente

Desembargador Rogério MARIANO DO NASCIMENTO

Juíza de Direito de Segundo Grau JANICE GOULART GARCIA UBIALLI (Des. SALIM SCHEAD DOS SANTOS, Vice-Corregedor)

SEGUNDA CÂMARA DE DIREITO COMERCIAL

Desembargadora REJANE ANDERSEN – Presidente

Desembargador ROBSON LUZ VARELLA

Desembargador NEWTON VARELLA JÚNIOR (Juiz DINART FRANCISCO MACHADO)

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

TERCEIRA CÂMARA DE DIREITO COMERCIAL

Desembargador RODRIGO Antônio da CUNHA (Juíza DENISE DE SOUZA LUIZ FRANCOSKI)

Desembargador TULIO José Moura PINHEIRO – Presidente

Desembargador RONALDO MORITZ MARTINS DA SILVA (Juiz RUBENS SCHULZ)

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

QUARTA CÂMARA DE DIREITO COMERCIAL

Desembargador LÉDIO ROSA DE ANDRADE – Presidente

Desembargador José Carlos CARSTENS KÖHLER

Desembargador ALTAMIRO DE OLIVEIRA

Juiz de Direito de Segundo Grau PAULO RICARDO BRUSCHI (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

Desembargador SÉRGIO Roberto BAASCH LUZ

Desembargador CID José GOULART Júnior (Juiz FRANCISCO JOSÉ RODRIGUES DE OLIVEIRA NETO)

Desembargador JOÃO HENRIQUE BLASI
Desembargador JORGE LUIZ DE BORBA (Juiz JÚLIO CÉSAR MACHADO FERREIRA DE MELO)
Desembargadora SÔNIA MARIA SCHMITZ (Juiz LUIZ ANTÔNIO ZANINI FORNEROLLI)
Desembargador RONEI DANIELLI (Juiz GUILHERME NUNES BORN)
Desembargador LUIZ FERNANDO BOLLER
Desembargador RICARDO José ROESLER
Desembargador CARLOS ADILSON SILVA
Desembargador EDEMAR GRUBER
Desembargador ODSON CARDOSO FILHO (Juiz PAULO RICARDO BRUSCHI)
Desembargador GILBERTO GOMES DE OLIVEIRA
Desembargador PAULO HENRIQUE MORITZ MARTINS DA SILVA
Desembargador JÚLIO CÉSAR KNOLL
Desembargadora VERA LÚCIA FERREIRA COPETTI

PRIMEIRA CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO

Desembargador JORGE LUIZ DE BORBA (Juiz JÚLIO CÉSAR MACHADO FERREIRA DE MELO)
Desembargador LUIZ FERNANDO BOLLER – Presidente e.e.
Desembargador CARLOS ADILSON SILVA
Desembargador PAULO HENRIQUE MORITZ MARTINS DA SILVA

SEGUNDA CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO

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

TERCEIRA CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO

Desembargador RONEI DANIELLI (Juiz GUILHERME NUNES BORN)
Desembargador PEDRO MANOEL ABREU – Presidente e.e.
Desembargador RICARDO José ROESLER
Desembargador JÚLIO CÉSAR KNOLL

QUARTA CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO

Desembargador EDEMAR GRUBER

Desembargadora SÔNIA MARIA SCHMITZ (Juiz LUIZ ANTÔNIO ZANINI FORNEROLLI)

Desembargador ODSON CARDOSO FILHO (Juiz PAULO RICARDO BRUSCHI)

Desembargadora VERA LÚCIA FERREIRA COPETTI

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

SEÇÃO CRIMINAL

Desembargador RUI Francisco Barreiros FORTES – Presidente

Desembargadora SALETE SILVA SOMMARIVA

Desembargador MOACYR DE MORAES LIMA FILHO

Desembargador JORGE Henrique SCHAEFER MARTINS

Desembargador ROBERTO LUCAS PACHECO

Desembargador JOSÉ INACIO SCHAEFER

Desembargador PAULO ROBERTO SARTORATO

Desembargador CARLOS ALBERTO CIVINSKI (Juiz LUIZ CÉSAR SCHWEITZER)

Desembargador RODRIGO Tolentino de Carvalho COLLAÇO

Desembargador SÉRGIO Antônio RIZELO

Desembargador GETÚLIO CORRÊA

Desembargador ERNANI GUETTEN DE ALMEIDA

Desembargador JOSÉ EVERALDO SILVA

Desembargador VOLNEI CELSO TOMAZINI (Juíza CINTHIA BEATRIZ DA SILVA BITTENCOURT SCHAEFER)

Desembargador LEOPOLDO AUGUSTO BRÜGGEMANN

Juiz de Direito de Segundo Grau LUIZ CÉSAR SCHWEITZER

PRIMEIRA CÂMARA CRIMINAL

Desembargador JOSÉ INACIO SCHAEFER

Desembargador PAULO ROBERTO SARTORATO – Presidente

Desembargador CARLOS ALBERTO CIVINSKI (Juiz LUIZ CÉSAR SCHWEITZER)

Juiz de Direito de Segundo Grau LUIZ CÉSAR SCHWEITZER (Cooperador)

SEGUNDA CÂMARA CRIMINAL

Desembargadora SALETE SILVA SOMMARIVA – Presidente

Desembargador SÉRGIO Antônio RIZELO

Desembargador GETÚLIO CORRÊA

Desembargador VOLNEI CELSO TOMAZINI (Juíza CINTHIA BEATRIZ DA SILVA BITTENCOURT SCHAEFER)

TERCEIRA CÂMARA CRIMINAL

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

QUARTA CÂMARA CRIMINAL

Desembargador JORGE Henrique SCHAEFER MARTINS – Presidente
Desembargador ROBERTO LUCAS PACHECO
Desembargador RODRIGO Tolentino de Carvalho COLLAÇO
Desembargador JOSÉ EVERALDO SILVA
Juíza de Direito de Segundo Grau CINTHIA BEATRIZ DA SILVA BITTENCOURT
SCHAEFER (Cooperadora)

CONSELHO DA MAGISTRATURA

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

COORDENADORIA DE MAGISTRADOS

Juíza SÔNIA EUNICE ODWAZNY

SECRETARIA-GERAL DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Secretário Juiz JEFFERSON ZANINI

JUÍZES CORREGEDORES

Juiz Corregedor CYD CARLOS DA SILVEIRA
Juíza Corregedora MARIA PAULA KERN

Juíza Corregedora SIMONE BOING GUIMARÃES

Juiz Corregedor LUIZ HENRIQUE BONATELLI

Juíza Corregedora LÍLIAN TELLES DE SÁ VIEIRA

JUÍZES AUXILIARES DA PRESIDÊNCIA

Juiz Auxiliar LUÍS FELIPE CANEVER

Juiz Auxiliar ALEXANDRE MORAIS DA ROSA

JUIZ AUXILIAR DA PRIMEIRA VICE-PRESIDÊNCIA

Juiz Auxiliar MARCELO PONS MEIRELLES

CHEFE DE GABINETE DA PRESIDÊNCIA

MICHELE HORTZ

DIRETOR-GERAL ADMINISTRATIVO

CLEVERSON OLIVEIRA

DIRETOR-GERAL JUDICIÁRIO

RICARDO ALBINO FRANÇA

SUPREMO TRIBUNAL

FEDERAL

Recurso Extraordinário n. 864.689, do Mato Grosso do Sul

Relator: Min. Marco Aurélio

Redator do Acórdão: Min. Edson Fachin

Recorrente: Companhia de Seguros Aliança do Brasil

Advogada: Milena Piragine

Recorrido: Jose Antonio Pessoa de Queiroz Aspesi

Advogado: Jose Theodulo Becker

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. RECURSO INTERPOSTO APÓS O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. MÉRITO. INCIDÊNCIA DE MULTA. JULGAMENTO POR UNANIMIDADE. MAJORAÇÃO DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. JULGAMENTO POR MAIORIA, VENCIDO O RELATOR ORIGINÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

MÉRITO RECURSAL. NECESSIDADE DE REVOLVIMENTO DE MATÉRIA FÁTICA E INTERPRETAÇÃO DE NORMAS LEGAIS. IMPOSSIBILIDADE NA ESTRITA SEARA DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. MULTA. ART. 1.021, § 4º, CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. AGRAVO. CABIMENTO. INTERPOSIÇÃO DE RECURSO MANIFESTAMENTE INFUNDADO.

MAJORAÇÃO DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS EM 1/4 (UM QUARTO). ARTIGO 85, § 11, CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. AUSÊNCIA DE RESPOSTA AO RECURSO. IRRELEVÂNCIA. MEDIDA DE DESESTÍMULO À LITIGÂNCIA PROCRASTINATÓRIA. CABIMENTO. VENCIDO O RELATOR ORIGINÁRIO, NO PONTO.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, sob a Presidência do Senhor Ministro Luís Roberto Barroso, na conformidade da ata de julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, em negar provimento ao agravo regimental, com imposição de multa, e, por maioria de votos, fixou honorários recursais, nos termos do voto do Senhor Ministro Edson Fachin, vencido, nesse ponto o Senhor Ministro Marco Aurélio.

Brasília, 27 de setembro de 2016.

Ministro EDSON FACHIN
Redator para o acórdão

RELATÓRIO

AO SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Em 25 de maio de 2016, desprovi o agravo, ante os seguintes fundamentos:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO – INTERPRETAÇÃO DE NORMAS LEGAIS – FALTA DE PREQUESTIONAMENTO – INVIABILIDADE.

1. O Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso do Sul condenou a companhia de seguros ao pagamento do prêmio em face da invalidez permanente por alienação mental do beneficiário. No extraordinário cujo trânsito busca alcançar, a recorrente alega a violação do artigo 5º, incisos II, XXXVI e LV, da Constituição Federal. Diz ter a negativa de produção da prova implicado a afronta ao princípio do devido processo legal. Entende necessária a realização de perícia.

2. A recorribilidade extraordinária mostra-se distinta daquela revelada por simples revisão do que decidido, procedida, na maioria

das vezes, mediante o recurso por excelência a apelação. Atua-se em sede excepcional à luz da moldura fática delineada soberanamente pelo Tribunal de origem, consideradas as premissas constantes do acórdão impugnado. A jurisprudência sedimentada é pacífica a respeito, devendo-se ter presente o Verbete nº 279 da Súmula do Supremo:

Para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário.

O Colegiado de origem consignou não ser necessária a produção de nova prova técnica, porquanto já constava do processo o laudo utilizado no processo de interdição, do qual se extrai de forma detalhada a doença e a circunstância de ser incurável. As razões do extraordinário partem de pressupostos fáticos estranhos à decisão atacada, visando-se, em síntese, a reapreciação dos elementos probatórios para, com fundamento em quadro diverso, assentar-se a viabilidade do recurso.

A par desse aspecto, o acórdão impugnado mediante o extraordinário revela interpretação de normas estritamente legais, não ensejando o acesso a este Tribunal. À mercê de articulação sobre a violência à Carta da República, pretende-se submeter a análise recurso que não se enquadra no inciso III do artigo 102 da Constituição Federal.

Acresce que, no caso, o que sustentado nas razões do extraordinário não foi enfrentado pelo Órgão julgador. Assim, padece o recurso da ausência de prequestionamento, esbarrando nos Verbetes nº 282 e 356 da Súmula do Supremo.

De resto, o Tribunal, no recurso extraordinário com agravo nº 639.228/RJ, da relatoria do Ministro Gilmar Mendes, assentando a natureza infraconstitucional da matéria, concluiu não ter repercussão geral o tema relativo à suposta ofensa ao devido processo legal (contraditório e ampla defesa) quando o juiz indefere pedido de produção de provas.

3. Conheço do agravo e o desprovejo.
4. Publiquem.

A agravante renova o pedido de processamento do extraordinário. Insiste na demonstração de ofensa aos princípios do contraditório e da ampla defesa ante a impossibilidade de produção de prova e a imposição de cumprimento de obrigação sem respaldo legal e contratual. Sustenta o prequestionamento e a repercussão geral da matéria.

O agravado, instado a manifestar-se, não apresentou contraminuta (certidão de 12 de setembro de 2016).

É o relatório.

VOTO

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR):

RECURSO EXTRAORDINÁRIO – MATÉRIA FÁTICA E LEGAL. O recurso extraordinário não é meio próprio ao revolvimento da prova, também não servindo à interpretação de normas estritamente legais.

PREQUESTIONAMENTO – CONFIGURAÇÃO – RAZÃO DE SER. O prequestionamento não resulta da circunstância de a matéria haver sido arguida pela parte recorrente. A configuração pressupõe debate e decisão prévios pelo Colegiado, ou seja, emissão de entendimento. O instituto visa o cotejo indispensável a que se diga enquadrado o recurso extraordinário no permissivo constitucional.

HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. Ante o disposto no artigo 85, § 11, do Código de Processo Civil de 2015, fica afastada, no julgamento de recurso, a imposição de honorários advocatícios quando o recorrido não apresenta contrarrazões ou contraminuta.

MULTA – AGRAVO – ARTIGO 1.021, § 4º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015. Se o agravo é manifestamente infundado, impõe-se a aplicação da multa prevista no § 4º do artigo 1.021 do Código

de Processo Civil de 2015, arcando a parte com o ônus decorrente da litigância de má-fé.

Na interposição deste agravo, atendeu-se aos pressupostos de recorribilidade. A peça, subscrita por advogado regularmente credenciado, foi protocolada no prazo legal. Conheço.

Observem o momento da formalização deste agravo interno para fins de incidência da norma processual. A publicação da decisão mediante a qual desprovido o recurso é posterior a 18 de março de 2016, data de início da eficácia do Código de Processo Civil, sendo a protocolação do agravo interno regida por esse diploma legal.

O Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso do Sul, ao julgar a matéria, assentou:

E M E N T A – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE COBRANÇA DE SEGURO DE VIDA EM GRUPO – CERCEAMENTO DE DEFESA NÃO CONFIGURADO – SISTEMA DO LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO DO JUIZ – PRESCRIÇÃO NÃO CONFIGURADA – DEMORA NA ENTREGA DA RESPOSTA AO PEDIDO DE INDENIZAÇÃO DE SEGURO – SUSPENSÃO DO PRAZO PRESCRICIONAL EM CASO DE SEGURADO ABSOLUTAMENTE INCAPAZ – APLICABILIDADE DO CDC – INTERPRETAÇÃO DO CONTRATO DE MANEIRA MAIS BENÉFICA AO CONSUMIDOR – SEGURO DE VIDA – COBERTURA EM CASO DE INVALIDEZ PERMANENTE POR ALIENAÇÃO MENTAL TOTAL INCURÁVEL – FALTA DE PROVA DA CIÊNCIA DO CONSUMIDOR DAS CLÁUSULAS GERAIS DO CONTRATO – IMPOSSIBILIDADE DE EXIMIR-SE AO PAGAMENTO DA INDENIZAÇÃO – CORREÇÃO MONETÁRIA – INCIDÊNCIA A PARTIR DO INDEFERIMENTO DA PRETENSÃO INDENIZATÓRIA NA VIA ADMINISTRATIVA – RECURSO IMPROVIDO.

No modelo jurídico vige o sistema do livre convencimento motivado do juiz, não configurando cerceamento de defesa a falta de depoimento pessoal do autor e oitiva de testemunhas, bem assim da realização de perícia médica, quando a parte autora junta aos autos um laudo pericial psiquiátrico realizado em processo de interdição, que atesta a incapacidade por motivo de doença mental grave e que não foi impugnado pela companhia seguradora.

A falta de comprovação da ciência do segurado acerca da resposta negativa da seguradora no pagamento da indenização impede o transcurso do prazo prescricional, mormente em se tratando de beneficiário absolutamente incapaz.

Aplica-se o Código de Defesa do Consumidor aos casos que envolvem relação de consumo, a exemplo de atividade securitária, consoante previsto no § 2.º, art. 3.º do Código de Defesa do Consumidor. As cláusulas contratuais na relação de consumo devem ser interpretadas de maneira mais favorável ao consumidor.

Se a invalidez permanente do segurado tem origem em alienação mental total incurável, apurada em laudo psiquiátrico, a companhia seguradora fica obrigada ao pagamento do capital segurado, por ter assumido o risco pelo ressarcimento em caso de surgimento de tal doença.

É devido o pagamento do valor do capital segurado quando configurada a invalidez permanente por alienação mental total incurável quando prevista no contrato, mesmo quando não decorrente de acidente, mormente se a companhia seguradora não comprova que cientificou o consumidor dos riscos do negócio previstos nas cláusulas gerais e que não constam do certificado de seguro de vida em grupo.

A correção monetária, nos contratos de seguro de vida, incide a partir da negativa do pagamento da indenização.

A conclusão adotada pelo Tribunal local não abrangeu os preceitos

constitucionais tidos por violados, mas, sim, o disposto no Código de Defesa do Consumidor e no contrato celebrado entre as partes, padecendo o recurso da ausência de prequestionamento.

Atentem não para o apego à literalidade do verbete nº 356 da Súmula do Supremo, mas para a razão de ser do prequestionamento e, mais ainda, para o teor do verbete nº 282 da referida Súmula. O instituto do prequestionamento significa o debate e a decisão prévios do tema jurídico constante das razões apresentadas. Se o ato impugnado nada contém sobre o que versado no recurso, descabe assentar o enquadramento deste no permissivo constitucional. Assim concluiu o Supremo no julgamento do agravo regimental no agravo de instrumento nº 541.696-6/DF, de minha relatoria, com acórdão publicado no Diário da Justiça de 24 de fevereiro de 2006, sintetizado na seguinte ementa:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO – PREQUESTIONAMENTO – CONFIGURAÇÃO – RAZÃO DE SER. O prequestionamento não resulta da circunstância de a matéria haver sido arguida pela parte recorrente. A configuração do instituto pressupõe debate e decisão prévios pelo Colegiado, ou seja, emissão de juízo sobre o tema. O procedimento tem como escopo o cotejo indispensável a que se diga do enquadramento do recurso extraordinário no permissivo constitucional. Se o Tribunal de origem não adotou entendimento explícito a respeito do fato jurígeno veiculado nas razões recursais, inviabilizada fica a conclusão sobre a violência ao preceito evocado pelo recorrente.

Não configura cerceamento de defesa o indeferimento do pedido de produção de provas, porquanto já constava do processo laudo pericial psiquiátrico e os fatos circunscrevem-se à análise do contrato de seguro firmado entre as partes. Em sede excepcional, atua-se à luz da moldura fática delineada soberanamente pelo Colegiado de origem, considerando-se as premissas constantes do pronunciamento impugnado.

A jurisprudência sedimentada é pacífica a respeito, devendo-se ter presente o verbete nº 279 da Súmula deste Tribunal:

Para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário.

O deslinde da controvérsia deu-se sob o ângulo estritamente legal, não considerada a Carta da República. Está-se diante de conflito que tem desfecho no Tribunal de origem, não ensejando campo ao acesso ao Supremo.

No mais, este Tribunal, no recurso extraordinário com agravo nº 639.228/RJ, relator o Ministro Gilmar Mendes, assentando a natureza infraconstitucional da matéria, concluiu não ter repercussão geral o tema relativo à suposta ofensa ao devido processo legal – contraditório e ampla defesa – quando o juiz indefere pedido de produção de provas.

Saliento que a agravante ficou vencida quando da apreciação do pedido inicial pelo Juízo. Houve o segundo crivo desfavorável no exame do recurso pelo Tribunal. Interposto o extraordinário, a este foi negado seguimento. Insistiu mediante agravo, por mim desprovido. Mesmo diante de decisão proferida pelo Supremo, ainda que no âmbito individual, busca o quinto julgamento por meio deste agravo interno. A sequência revela ter ganhado a interposição de recursos automaticidade, inviabilizando a jurisdição célere e qualitativa, em prejuízo da sociedade, dos jurisdicionados.

Valho-me de trecho do artigo “O Judiciário e a Litigância de Má-fé”, por mim outrora publicado:

Observa-se, portanto, a existência de instrumental hábil a inibir-se manobras processuais procrastinatórias. Atento à sinalização de derrocada do Judiciário, sufocado por número de processos estranho à ordem natural das coisas, o Legislador normatizou. Agora, em verdadeira resistência democrática ao que vem acontecendo, compete ao Estado-juiz atuar com desassombro, sob pena de tornar-se o responsável pela falência do Judiciário. Cumpre-lhe, sem extravasamento, sem menosprezo ao dever de preservar o direito de defesa das partes, examinar, caso a caso, os recursos enquadráveis como meramente protelatórios, restabelecendo

a boa ordem processual. Assim procedendo, honrará a responsabilidade decorrente do ofício, alfim, a própria toga.

Ante o quadro, conheço do agravo interno e o desprovejo. Tendo em vista a formalização deste agravo interno sob a regência do Código de Processo Civil de 2015, imponho à agravante, nos termos do artigo 1.021, § 4º, a multa de 5% sobre o valor da causa devidamente corrigido, a reverter em benefício do agravado. Deixo de fixar os honorários recursais previstos no artigo 85, § 11, do Código de Processo Civil de 2015, considerada a inércia do agravado em apresentar contraminuta ao agravo interno.

É como voto.

Ação Penal n. 926, do Acre

Relatora: Mina. Rosa Weber

Revisor: Min. Roberto Barroso

Autor: Ministério Público Federal

Proc.: Procurador-Geral Da República

Assistente: Sebastiao Afonso Viana Macedo Neves

Advogados: Odilardo José Brito Marques e outros

Réu: Wherles Fernandes da Rocha

Advogado: Francisco Valadares Neto

DEPUTADO FEDERAL. CRIME CONTRA A HONRA. INJÚRIA (ART. 140 CP). REPRESENTAÇÃO DO OFENDIDO. OFENSA AO ARTIGO 44 DO CPP. INEXISTÊNCIA. IMUNIDADE PARLAMENTAR MATERIAL NÃO CONFIGURADA. OFENSAS RECÍPROCAS. REPROVABILIDADE DA CONDUTA DO OFENDIDO. RETORSÃO IMEDIATA. PERDÃO JUDICIAL. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE.

1.A representação do ofendido é ato que dispensa maiores formalidades, bastando a inequívoca manifestação de vontade da vítima, ou de quem tenha qualidade para representá-la, no sentido de ver apurados os fatos acimados de criminosos (INQ 3438, de minha relatoria, Primeira Turma, DJe 10/2/2015). Preliminar de ofensa ao art. 44 do CPP rejeitada.

2. A jurisprudência desta Suprema Corte é firme no sentido de que a inviolabilidade parlamentar material, especialmente com relação a declarações proferidas fora da Casa Legislativa, requer a existência de nexo de implicação entre as declarações e o exercício do mandato. Imunidade afastada no caso concreto.

3. Ofensor e ofendido, ao projetarem deliberadamente ofensas recíprocas – incitando um ao outro –, devem suportar as alevisias em relação de vice e versa. Hipótese de perdão judicial, nos termos do artigo 140, § 1º, do CP. Extinção da punibilidade declarada com fundamento no artigo 109, IX, do CP.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Primeira Turma, sob a Presidência do Senhor Ministro Luís Roberto Barroso, na conformidade da ata de julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, em julgar extinto o processo em razão do perdão judicial, nos termos do voto da Relatora.

Brasília, 06 de setembro de 2016.

Ministra Rosa Weber
Relatora

RELATÓRIO

1. Trata-se de **denúncia** contra o Deputado Federal **Wherles Fernandes da Rocha (Major Rocha)**, via da qual se lhe imputa a prática dos crimes de **calúnia** (art. 138 do CP, por duas vezes), **difamação** (art. 139 do CP, por duas vezes) e **injúria** (art. 140 do CP, por quatro vezes), com as causas de aumento de pena previstas no art. 141, II e III, do CP, sob o concurso formal previsto no art. 70, *caput*, primeira parte, do CP.

1.1. A denúncia foi originariamente apresentada junto ao Tribunal de Justiça do Estado do Acre, tendo em vista que o denunciado, à época, exercia o mandato parlamentar de **Deputado Estadual** naquela unidade federativa (fls. 2-4). Narra que os crimes teriam sido praticados pelo denunciado mediante postagem no *Facebook*, em 08.5.2012, figurando, como ofendido, o Governador do Estado do Acre *Sebastião Afonso Viana Macedo Neves (Tião Viana)*, que apresentou **representação criminal** junto à Procuradoria-Geral de Justiça daquele Estado (fls. 6-11).

1.2. Eis o **resumo** da peça acusatória (fls. 02-04):

“(...) Consta da representação, autuada como notícia de fato, que no

dia 8 de maio de 2012, por volta das 0h45, o denunciado Wherles Fernandes da Rocha postou no mural do facebook do seu perfil (...) texto com diversas expressões ofensivas à honra do Governador do estado do Acre Sebastião Afonso Viana Macedo Neves. O texto postado no mural, com as expressões caluniosas, injuriosas e difamatórias, segue abaixo transcrito:

‘Aquele governador do PT que é acusado de corrupção eleitoral, suspeito de envolvimento em diversos esquemas de desvio de dinheiro público, que gosta de quebrar o sigilo bancário de pessoas de bem como o caseiro Francenildo, que gosta de tramar acusações falsas para tentar incriminar seus desafetos políticos, que segundo informações costuma espancar seu pai e que cometeu o crime de peculato ao entregar o celular do Senado Federal para a filha passear no México deve estar ficando louco.

O elemento está me acusando de financiar um jornal com dinheiro sujo para atacar a sua pessoa. Acho que ele está me confundindo com alguém da sua turma. O indivíduo está medindo o caráter dos outros pelo dele próprio. Em seu desequilíbrio mental ele não se deu conta que é governador do Estado e não pode se comportar com um simples militante. Vou encaminhar as acusações injuriosas e caluniosas aos meus assessores jurídicos para as providências cabíveis. Esse elemento precisa aprender a respeitar as pessoas.’

Dessa forma, individualizando as condutas praticadas, infere-se que o denunciado cometeu os crimes de calúnia, injúria e difamação contra o Governador do Estado do Acre.

2. Notificado nos termos do art. 4º da Lei 8.038/90, o denunciado apresentou **resposta escrita** por defensor constituído (fls. 29-47).

Defendeu, em resumo, a incidência da **imunidade parlamentar material**, sob o argumento de que as declarações alegadamente ofensivas teriam relação com o mandato exercido. Sustentou ainda ter agido com *animus defendendi, criticandi, retorquendi, corrigendi, jocandi e narrandi*, pois reagira a ofensas anteriormente irrogadas por *Tião Viana* em sua página na rede social *Twitter*.

2.1. Juntadas, pela defesa, cópias das supostas postagens ofensivas feitas pelo ofendido através do Twitter e das matérias jornalísticas mencionadas na resposta escrita (fls. 59-68).

3. Intimado ao feito legal, o Ministério Público do Estado do Acre argumentou que “(...) *as questões levantadas pelo indiciado quanto ao cometimento ou não das condutas ilícitas, por óbvio, deverão ser discutidas após o recebimento da denúncia (...)*” (fl. 75).

4. A denúncia foi recebida pelo Tribunal de Justiça do Acre **apenas** quanto ao crime de **injúria** (artigo 140 do CP) – acórdão às fls. 110-22.

4.1. Contra tal *decisum* foram opostos dois embargos de declaração pelo denunciado (fls. 125-35 e fls. 161-65), ambos rejeitados (fls. 156-58 e às fls. 183-89).

5. A tramitação do processo foi **sustada** pela Assembleia Legislativa do Estado do Acre, a teor do art. 53, § 3º, da Constituição Federal, e do art. 40, § 2º, da Constituição Estadual, em Sessão Extraordinária realizada em **27.8.2014** (fls. 203-04).

6. Noticiada a diplomação do denunciado no cargo eletivo de Deputado Federal, a competência foi **declinada** a esta Suprema Corte, forte na prerrogativa de foro assegurada no texto constitucional – CF, artigos 53, § 1º, e 102, I, b (fl. 223).

6.1. Recebidos os autos no estado em que se encontravam (art. 235, parágrafo único, do RISTF), foram distribuídos à minha Relatoria em 07.4.2015 (fl. 235).

7. Intimado, o **Procurador-Geral da República** requereu o prosseguimento do feito a partir do **recebimento parcial** da denúncia pelo crime de injúria (fls. 240-43).

8. O denunciado apresentou **defesa prévia** por defensor constituído (fls. 250-79). Alegou (**í**) a inobservância do art. 44 do CPP;

(*ii*) a incidência da imunidade parlamentar; (*iii*) a não ocorrência do delito. Arrolou 5 testemunhas.

9. Às fls. 296-98 dei prosseguimento ao feito, ouvidas as **testemunhas de defesa** *Isaias Brito Brandão, José Leonilson Gomes da Silva, Joelson Souza Dias e Robelson Nunes Dias*, bem como o **ofendido** *Tião Viana*, por via da Carta de Ordem expedida à Seção Judiciária Federal de Rio Branco/AC. Na mesma assentada houve desistência da testemunha de defesa *Rogério Oliveira da Silva* (ata de audiência às fls. 344, mídia à fl. 350 e degravações às fls. 366-96).

9.1. O denunciado foi **interrogado** neste Supremo Tribunal Federal, em 16.3.2016 (degravação às fls. 397-408 e ata às fls. 363-63v).

10. Não houve requerimentos de **diligências finais** pelo Procurador-Geral da República nem pela defesa, na fase do artigo 10 da Lei 8.038/90 (fls. 412-5).

11. Em sede de **alegações finais** o Procurador-Geral da República manifestou-se pela aplicação do **perdão judicial** ao denunciado, nos termos do § 1º, II, do art. 140 do CP (*Art. 140, § 1º - O juiz pode deixar de aplicar a pena: II - no caso de retorsão imediata, que consista em outra injúria*). **Fundamentou**, em suma, no sentido de que “(...) *no caso em exame, o contexto em que foram proferidas as ofensas pelo réu, a proporcionalidade entre estas e as afirmações injuriosas lançadas pelo governador Tião Viana, a relação de imediatidade da retorsão entre os insultos apontam no sentido da conveniência da concessão do perdão judicial ao acusado (...)*” (fls. 420-30).

12. Já a defesa do acusado **Wherles**, em sede de alegações finais, opôs: (*i*) inobservância do artigo 44 do CPP; (*ii*) exclusão da ilicitude em razão da imunidade parlamentar do acusado; (*iii*) não configuração do crime de injúria por tratarem as expressões de respostas às declarações prévias “*ilegais, injustas e irresponsáveis*” do ofendido *Tião Viana* e (*iv*)

inexistência de provas suficientes para a condenação. Requereu, ao fim, a rejeição da denúncia e a **absolvição** do acusado (fls. 432-54).

É o relatório.

Encaminhem-se os autos ao eminente Ministro Revisor, com a distribuição de cópias, oportunamente, aos demais Ministros da Turma (arts. 87, II, e 243 do RISTF).

VOTO

1. A Senhora Ministra Rosa Weber: Recebida apenas em parte a denúncia, diz a presente **ação penal** com a prática, que se imputa ao Deputado Federal **Wherles Fernandes da Rocha** (*Major Rocha*), do crime de **injúria**¹ previsto no artigo 140 do Código Penal:

Art. 140 - Injuriar alguém, ofendendo-lhe a dignidade ou o decoro:

Pena - detenção, de um a seis meses, ou multa.

1.1. Teria o acusado, em síntese, publicado em seu perfil na rede social Facebook, no dia 8 de maio de 2012, declarações ofensivas à honra do Governador do Estado do Acre, **Sebastião Afonso Viana Macedo Neves** (*Tião Viana*).

2. Inicialmente, faço uma inflexão quanto à **cronologia** dos fatos. Entre o **recebimento da denúncia** no Tribunal de Justiça do Acre (22.5.2013) e a **data de conclusão** do presente feito para julgamento (10.6.2016), passaram-se mais de 3 anos. Esse lapso ensejaria, em tese, a **extinção da punibilidade** quanto aos fatos imputados, forte na regra do artigo 109, VI, do CP, que prevê prazo de prescrição de 3 anos para

1 Como consignado no Relatório, a denúncia – proposta pelo Procurador-Geral de Justiça do Acre em razão de representação do ofendido – embora também tenha imputado os delitos de calúnia e difamação, foi recebida parcialmente pelo Tribunal de Justiça do Estado do Acre, ou seja, apenas pelo delito de injúria

os crimes com penas inferiores a 1 ano, caso da injúria.

2.1. Entretanto, a Assembleia Legislativa do Acre **sustou** a tramitação da ação penal, em **27.8.2014**. Conseqüentemente, a **prescrição** também restou **suspensa**, nos termos do artigo 53, § 5º, da CF, dispositivo reproduzido pelo artigo 40, § 4º, da Constituição do Estado do Acre (§ 4º *A sustação do processo suspende a prescrição, enquanto durar o mandato*).

2.2. O curso da prescrição somente **reiniciou** com a **diplomação** do acusado no cargo de Deputado Federal, em **19.12.2014**, marco definidor da perda da jurisdição da Corte local, e momento em que **reativado** o processo (e o prazo prescricional) por força do deslocamento da competência a esta Suprema Corte².

2.3. Portanto, a prescrição ficou suspensa entre **27.8.2014**, **data da deliberação** da Assembleia Legislativa do Estado do Acre, até **19.12.2014**, data em que o denunciado foi **diplomado** e passou a ser detentor de prerrogativa de foro neste Supremo Tribunal Federal. Ou seja, a suspensão da prescrição perdurou por **3 meses e 22 dias**.

2.4. Projetado esse período à **data de recebimento da denúncia** e considerado o **triênio prescricional**, o **termo final** da prescrição prorroga-se para **13.9.2016**.

3. Feito esse esclarecimento, passo ao exame da causa.

4. Preliminarmente, a defesa alegou a inobservância do artigo 44 do Código de Processo Penal, que prevê: *Art. 44. A queixa poderá ser dada por procurador com poderes especiais, devendo constar do instrumento do mandato o nome do querelante e a menção do fato criminoso, salvo*

2 Embora o acusado tenha sido diplomado Deputado Federal em 19/12/2014, a competência somente foi declinada em 4/2/2015 (fl. 223). Os autos foram recebidos nesta Suprema Corte em 6/4/2015 e distribuídos à minha relatoria em 7/4/2015 – fl. 235.

quando tais esclarecimentos dependerem de diligências que devem ser previamente requeridas o juízo criminal.

4.1. Resolvi o tema anteriormente, quando da apreciação da **defesa prévia**. No ponto, consignei (fls. 296-98):

“5. A alegação de inobservância ao artigo 44 do CPP não procede.

6. O caso concreto não trata de queixa, mas de denúncia proposta pelo Ministério Público mediante representação do ofendido. A representação está juntada às fls. 6-11 dos autos, expressando inequívoca manifestação de vontade no sentido de ver apurados os fatos alegadamente ofensivos.

7. Como se sabe, o Ministério Público tem legitimidade ativa concorrente para propor ação penal pública condicionada à representação quando o crime contra a honra é praticado contra funcionário público em razão de suas funções. Nessa hipótese, a representação é ato que dispensa maiores formalidades, bastando a inequívoca manifestação de vontade da vítima, ou de quem tenha qualidade para representá-la, no sentido de ver apurados os fatos acoimados de criminosos (INQ 3438, de minha relatoria, Primeira Turma, DJe 10/2/2015).”

4.2. **Preclusa** a matéria, **rejeito** a preliminar.

5. Passo ao exame do **mérito**.

6. As publicações reputadas como **ofensivas** são as seguintes:

“Aquele governador do PT que é acusado de corrupção eleitoral, suspeito de envolvimento em diversos esquemas de desvio de dinheiro público, que gosta de quebrar o sigilo bancário de pessoas de bem como o caseiro Francenildo, que gosta de tramar acusações falsas para tentar incriminar seus desafetos políticos, que segundo informações costuma espancar seu pai e que cometeu o crime de peculato ao entregar o celular do Senado Federal para a filha passear no México deve estar ficando louco.

O elemento está me acusando de financiar um jornal com dinheiro

sujo para atacar a sua pessoa. Acho que ele está me confundindo com alguém da sua turma. O indivíduo está medindo o caráter dos outros pelo dele próprio. Em seu desequilíbrio mental ele não se deu conta que é governador do Estado e não pode se comportar com um simples militante. Vou encaminhar as acusações injuriosas e caluniosas aos meus assessores jurídicos para as providências cabíveis. Esse elemento precisa aprender a respeitar as pessoas.” (original sem destaques).

6.1. As declarações ofensivas partiram do *Facebook* do acusado **Wherles** e ele próprio as reconheceu em juízo, durante seu interrogatório realizado nesta Suprema Corte:

“(...) RÉU: E eu respondi. Assim que tomei conhecimento, através do facebook.

JUIZ: (...) Então, resumidamente, esse texto no facebook foi... o senhor reputa como uma resposta a ele.

RÉU: É, respondendo... (...)

RÉU: (...) Então, assim, eu me senti indignado com a postagem irresponsável de alguém que não deveria se comportar dessa forma, já que é governador de um Estado, e respondi no facebook.

RÉU: (...) ele postou isso no dia 7, no dia 8 eu respondi e assim encerrou.

(...)”

6.2. Em acréscimo, a publicação foi **capturada** por *print screen* – tecla comum nos teclados de equipamentos eletrônicos que apreende, em forma de imagem, aquilo que está presente na tela do computador ou *smartphone* –, extraído do **perfil pessoal** do acusado **Wherles**.

6.3. Não há dúvidas, portanto, quanto à **materialidade** e **autoria** delitivas.

7. Passo ao **enquadramento legal** da conduta.

8. O caso trata de declarações proferidas **fora do recinto parlamentar**, no **ambiente virtual** do *Facebook*.

9. Nessas condições, a jurisprudência desta Suprema Corte é firme no sentido de que a **inviolabilidade parlamentar material** requer a existência de **liame** entre as **declarações** e o **exercício do mandato**, ou seja, **imprescindível** “*a existência do necessário nexo de implicação recíproca entre as declarações moralmente ofensivas, de um lado, e a prática inerente ao ofício congressional, de outro*”. (Inq. 1024 QO, Rel. Min. Celso de Mello). A restrição tem sua razão de ser porque a imunidade visa a resguardar a **independência** do parlamentar no **exercício** de seu mandato, vitaminando sua representatividade com um *plus* de liberdade de expressão, sem, contudo, constituir-se **privilegio pessoal** do congressista. **Nesse sentido**: Inq. 4.177, Rel. Min. Edson Fachin, 1ª Turma, DJE de 16/6/2016; Inq. 3925, Rel. Min. Marco Aurélio, Primeira Turma, DJE 22/4/2016; AO 2.002, Rel. Min. Gilmar Mendes, 2ª Turma, DJE de 26/02/2016; Inq. 3672, 1ª Turma, de minha relatoria, DJE de 20/11/2014.

10. No caso dos autos, tenho por inequívoca a **ausência de vínculo substantivo** entre as declarações do acusado tidas por injuriosas e o **exercício do mandato parlamentar**. Basta cotejar o aspecto **estritamente pessoal** de que se revestem, quando aventam, por exemplo, que o ofendido “*costuma espancar seu pai*” e lhe atribuem “*desequilíbrio mental*”, o que em absoluto guarda **liame** com o exercício do **mandato**. A **representação popular** é **alheia** a essa sorte de **achincalhamento**; a imunidade parlamentar não protege a **libertinagem da fala**, tampouco **aparelha** os titulares de mandato com proteção a **insultos** em tais níveis.

11. Assim, **afasto** a incidência da **inviolabilidade parlamentar** no caso concreto.

11.1. Em **consequência**, reconheço a **tipicidade** das declarações, pois, em seu conjunto e contexto, assaltam a **dignidade** e o **decoro** do ofendido. A condição de **adversários políticos de ofensor e ofendido** não se mostra **hábil a excluir o dolo**, uma vez **inexistente** propósito de

crítica ou **debate** nas declarações emitidas, a par de **desvinculadas** do exercício parlamentar e mesmo de **situações eleitorais** individualizadas.

11.2. Desse modo, reputo **configurado** o **elemento subjetivo**, constituído pela **vontade livre e consciente** de atribuir **qualificações negativas** ao ofendido. Ensina **Heleno Cláudio Fragoso**, “(...) *o propósito de ofender integra o conteúdo de fato dos crimes contra a honra. Trata-se do chamado ‘dolo específico’, que é elemento subjetivo do tipo inerente à ação de ofender*” (FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de Direito Penal**. Parte Especial, 10ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1988, p. 221-222, v. I.).

12. Assim, inuidosa a **autoria** e presente o **dolo** do acusado. Inexistentes ainda causas de **exclusão da ilicitude** e da **culpabilidade**.

13. Por outro lado, entendo que o **comportamento do ofendido** traz reflexos à **punibilidade** da conduta.

14. Explico.

15. No dia **7 de maio de 2012** – menos de 24 horas antes das declarações do ofensor – o ofendido *Tião Viana* publicou em seu perfil na rede social *Twitter* a seguinte mensagem:

“Chega a informação que aquele Deputado do PSDB, envolvido em processo de crime de tortura, corrupção e estupro, está financiando 80.000 jornais com ataques e injúrias contra a minha pessoa, o Marcus Alexandre e outros... o conhecido da entrega está com receio da origem suja do dinheiro que financiou o jornal... paciência, cada um dá o que tem. O caminho da Justiça é sempre o melhor para esses casos.” (original sem destaques).

15.1. Ainda no mesmo dia 7 de maio de 2012 o ofendido *Tião Viana* postou o seguinte:

“O deputado que patrocina os 80 mil exemplares do jornal é um caso de polícia. Pesa (sic) contra ele crimes que vão de corrupção a tortura...”

“Há indícios que o jornal da baixaria está sendo financiado com dinheiro do crime. Cabe uma investigação...”

“O jornalista Carioca confidenciou que aceitou o serviço porque não quer perder a boquinha de Rocha.”

15.2. A **autoria** das mensagens, com a **identificação** de que se referiam ao acusado **Wherles**, foi confirmada pelo ofendido *Tião Viana* durante depoimento que prestou em juízo. Segue trecho transcrito:

“OFENDIDO: eu confirmo ter emitido uma informação em Twitter, após ter sido violentamente atacado por ele em minha honra, me reportando apenas à verdade: que ele está envolvido em crime que envolve estupro, sequestro, cárcere privado, tortura e até perda de vida de pessoas, nesses termos. (...)”

15.3. **Após – como dito, menos de 24 horas depois**, no dia **08 de maio de 2012** –, o acusado **Wherles** postou as mensagens ofensivas que ensejaram a **presente ação penal**.

15.4. Trata-se, como se vê, de mensagens **imediatamente posteriores** às veiculadas pelo ofendido *Tião Viana*, e publicadas em **resposta** a elas. Ao publicá-las o acusado **Wherles** citou parte do conteúdo da mensagem postada por *Tião Viana* no dia anterior, a comprovar o **nexo de pertinência** entre as condutas: *“(...) O elemento está me acusando de financiar um jornal com dinheiro sujo para atacar e injuriar sua pessoa. Acho que ele está me confundindo com alguém de sua turma (...)”*

16. Assim, embora a relação de **antagonismo político** não exclua o *animus injuriandi* em casos como o presente, e, por outro lado, também não se capacite para **glosar o dolo**, compreendo ser possível enquadrar as declarações ofensivas do acusado **Wherles** em um contexto de **retorsão** àquelas causadas pelo **comportamento anterior** do ofendido *Tião Viana*.

16.1. Na minha compreensão as mensagens são **proporcionais** sob o³ ângulo do **conteúdo ofensivo**. Ambas **pouco exemplares**, partindo de detentores de **relevantes** funções políticas.

17. Ao associar o acusado **Wherles** a **torturas, corrupção, estupro** e “*dinheiro sujo*”, e qualificá-lo como “*um caso de polícia*”, pode-se dizer que o ofendido *Tião Viana* não só, **de forma reprovável, provocou** a injúria (**i**), como também que ele próprio, **em tese, praticou** delito de injúria que gerou a **retorsão imediata** do acusado **Wherles** (**ii**). Um e outro caso são causas legais de **perdão judicial**, nos termos do artigo 140, § 1º, do CP:

Art. 140 - Injuriar alguém, ofendendo-lhe a dignidade ou o decoro:

Pena - detenção, de um a seis meses, ou multa.

§ 1º - O juiz pode deixar de aplicar a pena:

I - quando o ofendido, de forma reprovável, provocou diretamente a injúria;

II - no caso de retorsão imediata, que consista em outra injúria.

17.1. Nesse sentido a manifestação do Procurador-Geral da República:

“No caso em exame, o contexto em que proferidas as ofensas pelo réu, a proporcionalidade entre estas e as afirmações injuriosas lançadas pelo Governador Tião Viana, a relação de imediatidade da retorsão entre os insultos apontam no sentido da conveniência da concessão do perdão judicial ao acusado.”

18. José Frederico Marques conceitua o perdão judicial como “*a providência de caráter jurisdicional com que o juiz deixa de aplicar ao autor de uma infração penal, nas hipóteses taxativamente previstas em*

3 A publicação do acusado Wherles ocorreu às 0h45 do dia 08 de maio de 2012, enquanto a de *Sebastião Viana* ocorreu às 13h53 do dia 07 de maio.

lei, o preceito sancionador cabível” (MARQUES. José Frederico. **Curso de Direito Penal**, vol. 3, p. 270). **Aníbal Bruno**, por sua vez, explica que o perdão judicial “(...) *não extingue o crime, porque este é precisamente o seu pressuposto. O Estado, pelo órgão da Justiça, reconhece a existência do fato punível e a culpabilidade do agente, mas pelas razões particulares que ocorrem, resolve desistir da condenação que cabia ser imposta. E a declarar isso é que se limita a sentença (...)*” (BRUNO, Aníbal. **Direito Penal**, volume I, tomo III, p. 164.).

18.1. **Particularizando** o perdão judicial no **delito de injúria**, **Damásio Evangelista de Jesus** ensina que o seu fundamento “(...) *está em que as partes, ofendendo-se reciprocamente, já se puniram*” (JESUS. Damásio Evangelista de. Código Penal anotado, 22ª. Ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 609).

18.2. Quanto ao ponto, precisa a **lição especializada** de **Luiz Régis Prado**:

“O § 1º do artigo 140 consigna duas hipóteses de perdão judicial, a saber:

a) *Quando o ofendido, de forma reprovável, provocou diretamente a injúria;*

b) *No caso de retorsão imediata, que consista em outra injúria.*

O delito não deixa de existir, mas é facultado ao juiz deixar de aplicar a pena. Em que pese perfeito o delito em todos os seus elementos constitutivos – ação ou omissão típica, antijurídica e culpável –, é possível que o magistrado, diante de determinadas circunstâncias legalmente previstas, deixe de aplicar a sanção penal correspondente, outorgando o perdão judicial. O perdão judicial é causa extintiva da punibilidade (art. 107, IX) que opera independentemente de aceitação do agente, sendo concedido na própria sentença ou acórdão.

No primeira caso indicado (art. 140, § 1º, I, do CP), ante a provocação direta e reprovável do ofendido, o agente o injúria,

revidando a ofensa que lhe foi dirigida. A ratio essendi do benefício legal reside justa causa irae, ou seja, o legislador reconhece que a palavra ou gesto ultrajante decorreu de irrefreável impulso defensivo, por ocasião de justificável irritação (...).

No segundo caso (art. 140, § 1º, II, do CP), o fendido rebate com outra injúria a injúria que lhe foi endereçada. É o que se entende por retorsão imediata, que não se confunde com a reciprocidade de injúrias (...).

Em suma, é possível afirmar que na retorsão há injúrias contrapostas, enquanto na provocação a injúria é replica a uma conduta reprovável (delitosa ou não). Se na retorsão imediata é possível a concessão do perdão judicial a ambos os agentes, na provocação a conduta reprovável anterior, se configura crime ou contravenção penal, não é abarcada pela extinção da punibilidade. De outra parte, tanto na retorsão quanto na provocação exige-se a conexão entre as condutas recíprocas, que devem ser contemporâneas(...)" (PRADO, Luiz Régis. Curso de direito penal brasileiro, volume 2: parte especial, arts. 121 a 249, 10ª ed. São Paulo: RT, 2011, pp. 295-296).

19. Ofensor e ofendido, ao projetarem deliberadamente **ofensas recíprocas** – incitando um ao outro –, devem suportar as **aleivosias** em relação de **vice e versa**. **Vulgarizando** o raciocínio em conhecido **adágio popular**, *chumbo trocado não dói*.

19.1. Nessas circunstâncias, não há *“razão moral para o Estado punir quem injuriou a pessoa que provocou”* (NUCCI, Guilherme de Souza. **Código penal comentado**, 15ª. Edição. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 829), e cada ofensor deve ser recompensado com o **custo** de sua **incapacidade** em formular um **debate construtivo**, no campo das **ideias**, ao invés de situarem suas **representações populares** no terreno das **desqualificações pessoais**.

20. A controvérsia não diverge de **situações corriqueiras** nesta Suprema Corte nas quais agentes políticos prolongam as suas **disputas**

eleitorais na arena judicial em busca, algumas vezes, de um *strepitus fori* capitalizável perante seu eleitorado, ao invés de uma genuína tutela da honra.

20.1. Por isso, venho defendendo uma atuação judicial **comedida** em casos desse jaez. Estou a dizer que o processo-crime, mais ainda na competência originária excepcional desta Suprema Corte, não deve servir como **extensão de querelas político-eleitorais** entre adversários que **circunstancialmente** se encontram em campos opostos. Tais divergências devem ser solucionadas no terreno próprio: o **Tribunal** de primazia para as questões eleitorais é a **urna**; o **cidadão/eleitor** deve ser valorizado como seu **Juiz soberano** (INQ 3.546, de minha relatoria, Primeira Turma, DJE de 1/10/2015, Pet 5631, de minha relatoria, Primeira Turma, DJE de 23/6/2016).

21. Ante o exposto, admito a **reprovabilidade** da conduta do acusado **Wherles Fernandes da Rocha**, compreendendo-a dotada de **tipicidade, ilicitude e antijuridicidade**, porém, **deixo de aplicar a pena** por reconhecer configurada hipótese de **perdão judicial**, nos termos do artigo 140, § 1º, do CP. Em consequência, **declaro extinta a punibilidade**, com base no artigo 109, IX, do CP.

É como voto.

VOTO DO REVISOR

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (PRESIDENTE E REVISOR) – Sou o revisor e estou acompanhando a posição da eminente Ministra Rosa Weber.

Também considero que a imunidade parlamentar abrangente, como é, só colhe condutas e manifestações que tenham algum tipo de liame com o mandato parlamentar ou temas que possam, de alguma forma, justificar a manifestação parlamentar. Agora, imputações como: “costuma espancar o pai” e “é desequilibrado mental”, a meu ver, não

estão conectadas com o exercício do mandato e têm clara configuração injuriosa, com a devida vênia de quem pense diferentemente.

De modo que acho também que está presente a tipicidade objetiva e subjetiva, porém, como a manifestação aqui inquinada se deu em menos de 24h ou em 24h, como expôs a Relatora, após um outro post do suposto injuriado, igualmente, nesse tom, na verdade, o País está precisando de debate público de qualidade. É um flagelo para o espírito esse tipo de ofensa mútua, porém, precisamente, por ser mútua, penso que elas se excluem de certa forma. Também entendo que a hipótese é de extinção da punibilidade, pelo perdão judicial.

Portanto, acompanho integralmente o voto da eminente Ministra Rosa Weber, julgando extinta a punibilidade.

VOTO

O SENHOR MINISTRO EDSON FACH/N – Senhor Presidente, eminentes Pares, eminente Ministra Relatora. Princípio, não só cumprimentando Vossa Excelência, como também destacando que a conclusão a que Vossa Excelência chegou é a mesma preconizada no parecer do Ministério Público Federal.

Também estou me colocando de acordo com o afastamento desta hipótese da cobertura constitucional da imunidade parlamentar. Estamos numa outra seara. O voto de Vossa Excelência, não só nos fatos, como no enquadramento jurídico, deixa isso isento de qualquer dúvida. E, como consta do voto e da síntese que Vossa Excelência fez, na linha da manifestação do Ministro Luís Roberto Barroso, são nada exemplares as condutas, ambas aqui, levadas em conta e sobre as quais o voto da eminente Relatora dirigiu um juízo axiológico de reprovação.

Em relação à expressão “Perdão judicial” que, embora não esteja na dicção do artigo 140, se encontra na legislação penal, tenho, para mim,

embora já consagrado o seu uso, quer pelo legislador, quer mesmo pela doutrina, tratar-se, aqui, de uma reciprocidade de condutas reprováveis. E, em face disso, tal como foi exposto no voto de Vossa Excelência Ministra Rosa, o legislador autoriza o juiz não aplicar a pena. O que significa – assim que estou tomando a conclusão de Vossa Excelência e essa é a dicção do artigo 140, que há um juízo de condenação, ou seja, de reprovação dessa conduta e, portanto, em relação ao réu, nesta ação penal. O que se está deixando de aplicar é a pena, mas não de fazer um juízo tal como – entendo – Vossa Excelência fez acerca da tipicidade, da reprovabilidade e da antijuridicidade. Comungo com esse juízo de reprovação, mesmo diante da reciprocidade de condutas. Não obstante essa troca de expressões nada exemplares, tenho, para mim, que a retorção se justifica para esse fim, mas não se justifica no plano de um mínimo de eticidade do debate político.

Portanto, com base nessas observações e tomando a conclusão da eminente Ministra Relatora nessa direção, acompanho a Ministra Rosa Weber, Senhor Presidente.

VOTO

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX – Senhor Presidente, egrégia Turma, ilustre Representante do Ministério Público, também acompanho.

Tenho, para mim, que estes posicionamentos reiterados da Turma, no sentido de sinalizar que o debate parlamentar pode sim ser punido quando extrapolar a pertinência temática do que se diz naquele parlamento, vão acabar, de alguma maneira, exercendo um papel pedagógico para que os membros tenham comportamento diferente, por exemplo, daquele lamentável que acabamos de assistir no último julgamento que coube ao parlamento.

De sorte que acompanho integralmente o voto da Relatora.

Habeas Corpus n. 133.078, do Rio de Janeiro

Relatora: Mina. Cármen Lúcia

Paciente: Girleu Oliveira de Asevedo

Impetrante: Marcelo da Silva Trovão

Coator: Superior Tribunal Militar

EMENTA: *HABEAS CORPUS*. CONSTITUCIONAL. PROCESSUAL PENAL. ALEGAÇÃO DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL DECORRENTE DA DETERMINAÇÃO DE EXAME DE INSANIDADE MENTAL. LIBERDADE DE LOCOMOÇÃO. ORDEM CONCEDIDA.

1. No Código Penal Militar, assim como no Código Penal, adotou-se o critério biopsicológico para a análise da inimputabilidade do acusado.

2. A circunstância de o agente ter doença mental provisória ou definitiva, ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado (critério biológico), não é suficiente para ser considerada penalmente inimputável sem análise específica dessa condição para aplicação da legislação penal.

3. Havendo dúvida sobre a imputabilidade, é indispensável verificar-se, por procedimento médico realizado no incidente de insanidade mental, se, ao tempo da ação ou da omissão, o agente era totalmente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento (critério psicológico).

4. O incidente de insanidade mental, que subsidiará o juiz na decisão sobre a culpabilidade ou não do réu, é prova pericial constituída em favor da defesa, não sendo possível determiná-la compulsoriamente quando a defesa se opõe.

5. Ordem concedida.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Segunda Turma, sob a Presidência

do Ministro Gilmar Mendes, na conformidade da ata de julgamento e das notas taquigráficas, à unanimidade, em conceder a ordem de habeas corpus, nos termos do voto da Relatora.

Brasília, 6 de setembro de 2016.

Ministra **CÁRMEN LÚCIA** – Relatora

RELATÓRIO

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (Relatora):

1. *Habeas corpus*, com requerimento de medida liminar, impetrado por Marcelo da Silva Trovão, advogado, em favor de Girleu Oliveira de Asevedo, contra acórdão do Superior Tribunal Militar, que, em 27.5.2015, indeferiu a Correição Parcial n. 0000050-63.2015.7.01.0201, Relatora a Ministra Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha.

2. Tem-se nos autos que, em 24.7.2013, o Ministério Público Militar denunciou o Paciente pelo alegado cometimento dos crimes descritos no “*art. 158, § 2º, por duas vezes, c.c. art. 79, art. 299, art. 209, tudo do Código Penal Militar, estando a referida Ação Penal em trâmite na 2ª Auditoria da 1ª CJM (Proc. 0000151-71.2013.7.01.0201)*”.

3. Em 25.1.2015, o Conselho Especial de Justiça da Segunda Auditoria da Primeira CJM deferiu o “*pedido formulado pelo Ministério Público Militar para determinar a instauração de incidente de insanidade mental do [Paciente], com base nos artigos 156 e seguintes do Código de Processo Penal Militar, a ser realizado por peritos médicos do Hospital Central do Exército*”.

4. A Defesa requereu correição parcial (Proc. n. 0000050-63.2015.7.01.0201) ao Superior Tribunal Militar, que, em 27.5.2015, indeferiu o pedido:

“*EMENTA: CORREIÇÃO PARCIAL. PEDIDO MINISTERIAL DE REALIZAÇÃO DE EXAME DE INSANIDADE MENTAL. DEFERIMENTO PELO*

CONSELHO ESPECIAL DE JUSTIÇA. ERRO IN PROCEDENDO. NÃO DEMOSTRADO. CORREIÇÃO INDEFERIDA.

Descaracterizado o erro in procedendo, porquanto o Conselho Especial de Justiça deferiu pedido de realização de incidente requerido pelo MPM, na fase do art. 427 do CPPM, atuando, pois, o órgão como custos legis.

O exame de insanidade mental é o incidente adequado à comprovação da imputabilidade penal do réu no momento da ação ou omissão criminosa.

Não restou demonstrado que a decisão do Conselho Especial de Justiça importou em inversão na ordem dos procedimentos ou provocou tumulto processual.

Correição parcial indeferida. Decisão Unânime”.

5. Na presente ação, o Impetrante ressalta que, *“no dia dos fatos descritos na denúncia, o [Paciente] teve um ‘apagão’; Estava algum tempo submetido a alto estresse, decorrente de processo de separação e ingeriu certa quantidade de substância alcoólica, se recordando apenas que participou de uma festa de casamento de um amigo e que se encontrava numa mesa com sua esposa, Sra. Valdete; que a partir daí não se lembra de ter saído do local da festa (salão); que a partir daí somente se recorda de que não conseguia respirar, e sentia uma pressão no peito, não sabendo precisar em que local se encontrava; que se recorda de ter ouvido vozes muito distantes que acreditada ser de sua mulher; que a próxima coisa de que se recorda é que estava no Hospital da AMAN para ser atendido”.*

Afirma que “foi juntado aos autos LAUDO MÉDICO, atestando, de forma categórica, no sentido de que o réu-paciente apresentou reação aguda ao estresse, no qual desenvolveu período de agressividade seguido de amnésia parcial e temporária, sendo o réu-paciente, encaminhado a tratamento psicológico”.

Registra que, “em 09-04-2015, foi emitido atestado médico, sendo o mesmo categórico pela sanidade mental do paciente”.

Observa que “o Ministério Público Militar requereu a instauração de incidente de insanidade mental no [Paciente], o que, de forma errônea, foi deferido pelo Conselho Especial de Justiça para o Exército da 2ª Auditoria da 1ª CJM, já que os vestígios do fato já desapareceram, ou seja, o suposto fato delituoso teria ocorrido em 21-07-2013 e, provavelmente, no ano de 2016, três anos após ao fato, seria o paciente submetido a exame quanto à sua sanidade mental”.

Sustenta que “tanto a decisão proferida pelo referido Conselho Especial de Justiça quanto o v. acórdão, oriundo do Superior Tribunal Militar, não estão em consonância com a prova dos autos (...) porque ficou comprovado que o paciente teve um ‘apagão, por perda temporária de memória’ no dia dos fatos, a teor de atestado médico já acostado a autos, sendo o suposto fato delituoso ocorrido em 21-07-2013;

(...) porque o paciente é uma pessoa sã mentalmente, apenas no dia dos fatos, teve um apagão com perda temporária de memória, devido ao alto estresse, em razão do processo de separação com sua esposa (hoje o paciente, reatou o relacionamento com sua esposa, estando ambos vivendo felizes);

(...) a decisão do indigitado Conselho Especial de Justiça, confirmada no acórdão do Superior Tribunal Militar, viola frontalmente, o princípio da não auto incriminação ou da não produção de provas contra si”.

Este o teor dos pedidos:

“Presentes os requisitos autorizadores, requer a V. Exa. Seja deferida medida liminar para suspender o curso da Ação Penal em trâmite na 2ª Auditoria da 1ª CJM (Proc. 0000151-71.2013.7.01.0201), concedendo em prol do paciente a expedição de SALVO CONDUCTO para que o mesmo se abstenha de submetef[r]-se a exame quanto a sua sanidade mental, nos termos da decisão do indigitado Conselho Especial de Justiça.

(...)

Isto posto, requer a V. Exa. seja concedida a ORDEM DE HABEAS CORPUS para, sucessivamente:

1) convolar em definitiva a medida liminar;

2) desconstituir o referido v. acórdão impugnado, oriundo do Superior Tribunal Militar, concedendo em prol do paciente a expedição de SALVO CONDUTO para que o mesmo se abstenha de submetet[er]-se a exame quanto a sua sanidade mental, nos termos da decisão do indigitado Conselho Especial de Justiça”.

6. A Procuradoria-Geral da República opinou pela “concessão da ordem”.

É o relatório.

VOTO

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (Relatora):

1. As alegações da presente ação, para obter-se a expedição de salvo-conduto em favor do Paciente, resumem-se nestes pontos:

“A uma, porque ficou comprovado que o paciente teve um ‘apagão, por perda temporária de memória’ no dia dos fatos, a teor de atestado médico já acostado a autos, sendo o suposto fato delituoso ocorrido em 21-07-2013;

A duas, porque o paciente é uma pessoa sã mentalmente, apenas no dia dos fatos, teve um apagão com perda temporária de memória, devido ao alto estresse, em razão do processo de separação com sua esposa (hoje o paciente, reatou o relacionamento com sua esposa, estando ambos vivendo felizes);

A três, a decisão do indigitado Conselho Especial de Justiça confirmada no acórdão do Superior Tribunal Militar, viola frontalmente, o princípio da não auto incriminação ou da não produção de provas contra si”.

2. A Procuradoria-Geral da República manifestou-se pela concessão da ordem:

“Com fundamento no direito geral de liberdade, na garantia do devido processo legal e das próprias regras democráticas do sistema acusatório

de processo penal, não se permite ao Estado compelir os cidadãos a contribuir para a produção de provas que os prejudiquem.

Trata-se do chamado direito à não autoincriminação, que possui previsão normativa no direito internacional, no direito comparado e no direito constitucional.

No primeiro plano, tem-se as seguintes normativas: artigo 14, 3, 'g', do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (PIDCP), de 1966, da Organização das Nações Unidas (ONU); o artigo 8º, 2, 'g' e 3, da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, de 1969; o artigo 1º da Convenção contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes (Resolução nº 39/46 da Assembleia Geral das Nações Unidas), de 1984; e o artigo 2º da Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura, de 1985. Todos esses documentos foram devidamente incorporados ao ordenamento jurídico brasileiro e encontram-se em vigor.

No âmbito do direito comparado, mostra-se referencial a experiência constitucional dos Estados Unidos, analisando-se conjuntamente a 5ª e a 14ª Emendas à Constituição, aprovadas em 1791 e 1868, respectivamente, que assim dispõem:

'(...) ninguém será compelido a testemunhar contra si próprio no curso de um processo criminal, nem privado de sua vida, liberdade ou propriedade sem o devido processo legal; (...)'

'Todas as pessoas nascidas ou naturalizadas nos Estados Unidos, e sujeitas à sua jurisdição, são cidadãos dos Estados Unidos e do Estado no qual residem. Nenhum Estado editará ou aprovará qualquer lei que reduza privilégios ou imunidades dos cidadãos dos Estados Unidos; nem qualquer Estado privará qualquer pessoa de sua vida, liberdade, ou propriedade, sem o devido processo legal; nem negará a qualquer pessoa dentro de sua jurisdição a igual proteção perante as leis.'

Miranda vs. Arizona, de 1966, foi o primeiro leading case na Suprema Corte dos EUA a relacionar o direito à não autoincriminação e a cláusula do devido processo legal. Na ocasião, a Corte apreciou a questão

do alcance do dever estatal de informar aos investigados sobre seus direitos de permanecer calados e de serem defendidos por advogado.

Entre os diversos pontos relevantes da decisão, proferida por 5 votos a 4, destacam-se os entendimentos (i) pela incidência da garantia da 5ª Emenda tanto em processos judiciais como em procedimentos extrajudiciais (leia-se, administrativos, como é o caso do inquérito policial); e (ii) pela vedação a métodos intimidatórios que induzam os cidadãos a emitir declarações e/ou praticarem condutas que produzam provas contra si próprios.

No Direito Constitucional brasileiro, a vedação à autoincriminação é identificada como princípio constitucional processual implícito, a partir da norma do art. 5º, LXIII9, da CF, relacionada à cláusula do devido processo legal (art. 5º, LIV, LV, da CF) e ao princípio da presunção de inocência (art. 5º, LVII, da CF).

*Assim reconhecem tanto a doutrina especializada como a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal pós-1988, que se baseia no precedente *Miranda vs. Arizona*, desde o julgamento do HC 68.929-9/SP (Rel. Min. Celso de Mello, DJ 28/8/92), para reconhecer que o direito ao silêncio incide no processo penal e nos procedimentos administrativos, como o inquérito policial e a sindicância disciplinar, da seguinte forma: '(a) o direito de não colaborar com a investigação ou a instrução criminal; (b) o direito de não declarar contra si mesmo; (c) o direito de não confessar e (d) o direito de não falar a verdade'. No HC 73.035-3/DF, o STF assentou:*

'Não importa que, na CPI – que tem poderes de instrução, mas nenhum poder de processar nem de julgar – a rigor, não haja acusados. A garantia contra a auto-incriminação não tem limites espaciais nem procedimentais: estende-se a qualquer indagação por autoridade pública de cuja resposta possam advir subsídios à imputação ao declarante da prática de crime' (HC 73.035-3/DF, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 19/12/96) (grifou-se)

Quanto às formas de manifestação dos acusados ou investigados, as duas turmas do STF possuem entendimento firme no sentido da

inadmissibilidade de manifestação compulsória pelos meios escrito e/ou vocal. Confira-se:

'HABEAS CORPUS. CRIME DE DESOBEDIÊNCIA. RECUSA A FORNECER PADRÕES GRÁFICOS DO PRÓPRIO PUNHO, PARA EXAMES PERICIAIS, VISANDO A INSTRUIR PROCEDIMENTO INVESTIGATÓRIO DO CRIME DE FALSIFICAÇÃO DE DOCUMENTO. NEMO TENETUR SE DETEGERE.

Diante do princípio nemo tenetur se detegere, que informa o nosso direito de punir, é fora de dúvida que o dispositivo do inciso IV do art. 174 do Código de Processo Penal há de ser interpretado no sentido de não poder ser o indiciado compelido a fornecer padrões gráficos do próprio punho, para os exames periciais, cabendo apenas ser intimado para fazê-lo a seu alvedrio. É que a comparação gráfica configura ato de caráter essencialmente probatório, não se podendo, em face do privilégio de que desfruta o indiciado contra a autoincriminação, obrigar o suposto autor do delito a fornecer prova capaz de levar à caracterização de sua culpa. Assim, pode a autoridade não só fazer requisição a arquivos ou estabelecimentos públicos, onde se encontrem documentos da pessoa a qual é atribuída a letra, ou proceder a exame no próprio lugar onde se encontrar o documento em questão, ou ainda, é certo, proceder à colheita de material, para o que intimará a pessoa, a quem se atribui ou pode ser atribuído o escrito, a escrever o que lhe for ditado, não lhe cabendo, entretanto, ordenar que o faça, sob pena de desobediência, como deixa transparecer, a um apressado exame, o CPP, no inciso IV do art. 174. Habeas corpus concedido'. (HC 77135/SP, Rel. Min. Ilmar Galvão, 1ª T., DJ 06-11-1998)

'HABEAS CORPUS. DENÚNCIA. ART. 14 DA LEI Nº 6.368/76. REQUERIMENTO, PELA DEFESA, DE PERÍCIA DE CONFRONTO DE VOZ EM GRAVAÇÃO DE ESCUTA TELEFÔNICA. DEFERIMENTO PELO JUIZ. FATO SUPERVENIENTE. PEDIDO DE DESISTÊNCIA PELA PRODUÇÃO DA PROVA INDEFERIDO. 1. O privilégio contra a autoincriminação, garantia constitucional, permite ao paciente o exercício do direito de silêncio, não estando, por essa razão, obrigado a fornecer os padrões vocais necessários a subsidiar prova pericial que entende lhe ser desfavorável. 2. Ordem

deferida, em parte, apenas para, confirmando a medida liminar, assegurar ao paciente o exercício do direito de silêncio, do qual deverá ser formalmente advertido e documentado pela autoridade designada para a realização da perícia'. (HC 83096/RJ, Rel. Min. Ellen Gracie 2ª T., DJ 12-12-2003)

Desse modo, e considerando que o incidente de insanidade mental é medida em favor da defesa, não é possível determiná-la quando esta a ele se opõe.

Essa Corte também tem posição similar:

EMENTA: AÇÃO PENAL. Condenação. Sentença condenatória. Pena restritiva de liberdade. Substituição por medida de segurança. Determinação de exame de sanidade mental, determinada de ofício em recurso exclusivo do réu, que a não requereu. Inadmissibilidade. Coisa julgada sobre aplicação da pena. Decisão, ademais, viciada por disposição ultra petita e reformatio in pejus. HC concedido. Aplicação da súmula 525 do Supremo. Votos vencidos. Não é lícito aplicar medida de segurança em grau de recurso, quando só o réu tenha recorrido sem requerê-la'. (HC 111769, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Relator(a) p/ Acórdão: Min. CEZAR PELUSO, Segunda Turma, julgado em 26/06/2012, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-037 DIVULG 25-02-2013 PUBLIC 26-02-2013)

Pelo exposto, o parecer é pela concessão da ordem”.

3. No art. 48 do Código Penal Militar, dispõe-se:

“Art. 48. Não é imputável quem, no momento da ação ou da omissão, não possui a capacidade de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento, em virtude de doença mental, de desenvolvimento mental incompleto ou retardado.

Redução facultativa da pena

Parágrafo único. Se a doença ou a deficiência mental não suprime, mas diminui consideravelmente a capacidade de entendimento da ilicitude do fato ou a de autodeterminação, não fica excluída a imputabilidade, mas a pena pode ser atenuada, sem prejuízo do disposto no art. 113”.

No Código Penal Militar, assim como no Código Penal, adotou-se o critério biopsicológico para a análise da inimputabilidade do acusado.

Para a conduta do réu não ser considerada culpável, portanto crime, é necessário: a) ter ele doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado; e b) ser absoluta sua incapacidade de, ao tempo da ação ou da omissão, entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.

A circunstância de o agente ter doença mental provisória ou definitiva, ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado (critério biológico), não é suficiente para ele ser considerado penalmente inimputável, sem análise específica dessa condição para aplicação da legislação penal.

4. No art. 156 do Código de Processo Penal Militar, determina-se:

“Art. 156. Quando, em virtude de doença ou deficiência mental, houver dúvida a respeito da imputabilidade penal do acusado, será ele submetido a perícia médica.

Ordenação de perícia

1º A perícia poderá ser ordenada pelo juiz, de ofício, ou a requerimento do Ministério Público, do defensor, do curador, ou do cônjuge, ascendente, descendente ou irmão do acusado, em qualquer fase do processo”.

Guilherme de Souza Nucci leciona:

“É preciso que a dúvida a respeito da sanidade mental do acusado ou indiciado seja razoável, demonstrativa de efetivo comprometimento da capacidade de entender o ilícito ou determinar-se conforme esse entendimento. Crimes graves, réus reincidentes ou com antecedentes, ausência de motivo para o cometimento da infração, narrativas genéricas de testemunhas sobre a insanidade do réu, entre outras situações correlatas, não são motivos suficientes para a instauração do incidente” (Código de Processo Penal Comentado, p. 331).

Confira-se julgado deste Supremo Tribunal Federal:

“EMENTA: HABEAS CORPUS. PROCESSO PENAL. INCIDENTE DE SANIDADE MENTAL. INDEFERIMENTO PELO JUÍZO DE ORIGEM, FUNDAMENTADAMENTE. CERCEAMENTO DE DEFESA NÃO CARACTERIZADO. ORDEM DENEGADA. 1. A instauração do incidente de insanidade mental requer estado de dúvida sobre a própria imputabilidade criminal do acusado, por motivo de doença ou deficiência mental. Dúvida que há de ser razoável, não bastando a mera alegação da defesa. 2. A falta de realização da perícia médica só configura a nulidade do respectivo processo-crime em casos excepcionais. Casos em que avulta a ilegalidade – ou manifesta arbitrariedade – no indeferimento do incidente de insanidade mental, mormente quando evidenciada situação capaz de colocar em xeque a capacidade de autodeterminação do acusado (imputabilidade, portanto). 3. No caso, o pedido de instauração do incidente foi indeferido ante a constatação de que o paciente, no momento da prisão, desenvolvia normalmente suas atividades laborais e de que nem sequer havia relatos de surtos paranóicos ou psicóticos, assim como nada se sabe sobre dependência química dele, paciente, ou quanto à precedência de tratamento médico do gênero. 4. Ordem denegada” (HC n. 101.515, Relator o Ministro Ayres Britto, DJ 27.8.2010).

Havendo dúvida sobre a imputabilidade, é indispensável que, por procedimento médico realizado no incidente de insanidade mental, *“ordenad[o] pelo juiz, de ofício, ou a requerimento do Ministério Público, do defensor, do curador, ou do cônjuge, ascendente, descendente ou irmão do acusado, em qualquer fase do processo”*, verifique-se que, ao tempo da ação ou da omissão, o agente era totalmente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento (critério psicológico).

Para demonstrar-se ser o acusado penalmente inimputável, é imprescindível a realização do exame de insanidade mental, quando os médicos-peritos poderão examiná-lo para atestar sua capacidade, ou não, de entender o caráter ilícito dos fatos ou de determinar-se de acordo com

esse entendimento na época em que praticados, devido à existência de doença mental ou ao desenvolvimento mental incompleto ou retardado.

5. Após o exame, o juízo de primeiro grau poderá, de acordo com o resultado da perícia, tomar uma das decisões previstas nos arts. 160 e 161 do Código de Processo Penal Militar:

“Inimputabilidade. Nomeação de curador. Medida de segurança Art. 160. Se os peritos concluírem pela inimputabilidade penal do acusado, nos termos do art. 48 (preâmbulo) do Código Penal Militar, o juiz, desde que concorde com a conclusão do laudo, nomear-lhe-á curador e lhe declarará, por sentença, a inimputabilidade, com aplicação da medida de segurança correspondente.

Inimputabilidade relativa. Prosseguimento do inquérito ou de processo. Medida de segurança

Parágrafo único. Concluindo os peritos pela inimputabilidade relativa do indiciado, ou acusado, nos termos do parágrafo único do artigo 48 do Código Penal Militar, o inquérito ou o processo prosseguirá, com a presença de defensor neste último caso. Sendo condenatória a sentença, será aplicada a medida de segurança prevista no art. 113 do mesmo Código.

Doença mental superveniente

Art. 161. Se a doença mental sobrevier ao crime, o inquérito ou o processo ficará suspenso, se já iniciados, até que o indiciado ou acusado se restabeleça, sem prejuízo das diligências que possam ser prejudicadas com o adiamento”.

Realizado o exame incidental e constatado ser o acusado inimputável, deverá ser impropriamente absolvido, com a aplicação de medida de segurança pela existência de causa de isenção da pena. Na hipótese de ser semi-imputável e comprovados os demais requisitos, impõe-se a condenação, fazendo-se incidir atenuação da pena aplicada. Se comprovada a imputabilidade, responderá normalmente pelo crime cometido.

6. Não bastam, como argumenta a Defesa no processo-crime, a apresentação de *“laudo médico, atestando, de forma categórica, no sentido de que o réu-paciente apresentou reação aguda ao estresse, no qual desenvolveu período de agressividade seguido de amnésia parcial e temporária”*, ou a afirmação de que *“o paciente é uma pessoa sã mentalmente [que,] apenas no dia dos fatos, teve um apagão com perda temporária de memória, devido ao alto estresse, em razão do processo de separação com sua esposa”*, para o juízo penal militar reconhecer, ou não, a inimputabilidade ou semi-imputabilidade do Paciente.

7. Se pretendida pela Defesa alguma utilidade na alegação de o Paciente ter sofrido *“apagão com perda temporária de memória, devido ao alto estresse”*, a ação deve continuar regularmente para ultimar-se o exame determinado pelo Conselho Especial de Justiça da Segunda Auditoria da Primeira CJM, pois fundamentada a dúvida sobre a sanidade mental do Paciente à época dos fatos para a instauração do incidente.

8. Nos termos do art. 5º, inc. LXVIII, da Constituição da República, *“conceder-se-á habeas corpus sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder”*. Segundo Pontes de Miranda, a liberdade assegurada pelo *habeas corpus* também é a de não se locomover.

Na espécie vertente, tem-se a imposição de produção de prova pericial cujo descumprimento poderia ensejar a manifestação compulsória do Paciente ou a condução coercitiva ao exame, repudiadas pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

A Procuradoria-Geral da República apontou que, *“considerando que o incidente de insanidade mental é medida em favor da defesa, não é possível determiná-la quando esta a ele se opõe”*.

9. Pelo exposto, encaminho a votação no sentido de ***conceder a presente ordem de habeas corpus para o Paciente não ser obrigado a se submeter ao incidente de insanidade mental.***

**SUPERIOR TRIBUNAL
DE JUSTIÇA**

Recurso Especial n. 1.459.597, de Santa Catarina

Relatora: Mina. Nancy Andrichi

Recorrente: M. V.

Advogados: Marcos Antonio Cardoso Rosa – SC009259; Claudia Luciana Rosa Liermann – SC008192

Recorrido: J. M.

Advogados: Sérgio Fernando Hess de Souza e outros – SC004586; Silvia Baenteli e outro(s) – SC014296

EMENTA

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

1. O texto de Lei que regula a possibilidade de contrato de convivência, quando aponta para ressalva de que contrato escrito pode ser entabulado entre os futuros conviventes para regular as relações patrimoniais, fixou uma dilatada liberdade às partes para disporem sobre seu patrimônio.
2. A liberdade outorgada aos conviventes deve se pautar, como outra qualquer, apenas nos requisitos de validade de um negócio jurídico, regulados pelo art. 104 do Código Civil.
3. Em que pese a válida preocupação de se acautelar, via escritura pública, tanto a própria manifestação de vontade dos conviventes quanto possíveis interesses de terceiros, é certo que o julgador não pode criar condições onde a lei estabeleceu o singelo rito do contrato escrito.
4. Assim, o pacto de convivência formulado em particular, pelo casal, no qual se opta pela adoção da regulação patrimonial da futura relação como símil ao regime de comunhão universal, é válido, desde que escrito.
5. Ainda que assim não fosse, vulnera o princípio da boa-fé (*venire contra factum proprium*), não sendo dado àquele que, sem amarras, pactuou a forma como se regularia as relações patrimoniais na união

estável, posteriormente buscar enjeitar a própria manifestação de vontade, escudando-se em uma possível tecnicidade não observada por ele mesmo.

6. Recurso provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Terceira TURMA do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas constantes dos autos, por unanimidade, dar provimento ao recurso especial nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Paulo de Tarso Sanseverino, Ricardo Villas Bôas Cueva, Marco Aurélio Bellizze e Moura Ribeiro votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília (DF), 1º de dezembro de 2016 (Data do Julgamento).

MINISTRA NANCY ANDRIGHI
Relatora

RELATÓRIO

Recurso especial distribuído em 20/06/2014.

Recurso atribuído ao meu gabinete em 25/08/2016.

Cuida-se de recurso especial interposto por **M. V.**, fundamentado nas alíneas “a” e “c” do permissivo constitucional, contra acórdão do TJ/SC.

Ações: de dissolução de união estável c/c alimentos e meação de patrimônio, pela recorrente em face de J. M. e de dissolução de união estável c/c anulação parcial de contrato de união estável, ajuizada pelo recorrido em face da recorrente.

Sentença: o Juízo de primeiro grau julgou parcialmente procedentes

os pedidos para reconhecer a dissolução da união estável e determinar a partilha dos bens pelo regime da comunhão universal.

Acórdão em apelação: deu parcial provimento à apelação interposta por J. M., em acórdão assim ementado:

UNIÃO ESTÁVEL. CONEXÃO RECONHECIDA SENTENÇA CONJUNTA. INSURGÊNCIA RECURSAL DO EX-CONVIVENTE. AJUSTE PARTICULAR DE CONVIVÊNCIA. ESTIPULAÇÃO DO REGIME DE COMUNHÃO UNIVERSAL DE BENS. CLÁUSULAS, A RESPEITO, NULAS. CONTRATO ESCRITO QUE NÃO TEM FORMA E NEM EFEITOS DE PACTO ANTENUPCIAL. ANALOGIA COM AS REGRAS DO CASAMENTO. DOAÇÃO DE BENS IMÓVEIS. EXIGÊNCIAS LEGAIS NÃO CUMPRIDA. NULIDADE PRONUNCIADA.

1. Em tema de união estável, é previsão contida no art. 1.725 do Código Civil que, salvo contrato escrito, têm aplicação, no alusivo aos bens, as regras que disciplinam o regime da comunhão parcial de bens, no que couberem; à luz dessa previsão legal, é dado aos conviventes afastarem, por meio de contrato escrito, a presunção de comunicação dos bens adquiridos a título oneroso no interregno da vida em comum, sendo presumida a comunhão parcial na ausência de ajuste escrito dispendido de forma diversa.

2. Através de mero contrato escrito, no entanto, não se viabiliza no plano legal a comunicação dos bens cuja aquisição foi feita por um dos conviventes precedentemente ao início da união estável. O contrato a que se reporta o art. 1.725, do Estatuto Civil, não temesse efeito, por não se confundir com o pacto antenupcial exigido na hipótese de casamento, com requisito inarredável da adoção, pelos cônjuges, do regime da comunhão universal de bens.

3. Em que pese tratar-se de entidade familiar, a união estável não pode ser confundida com casamento, pelo que não estão autorizados os conviventes a optarem validamente por regime legal diverso do da comunhão parcial de bens. O que lhes confere alei, apenas e somente, é ajustarem a não comunicação dos bens adquiridos na constância da convivência comum. A comunhão universal de bens é, contudo, regime visceralmente incompatível com o caráter informal da união estável.

4. Caso pretendam os companheiros que os bens próprios preexistentes ao início da união estável se comuniquem, indispensável é que ajustem eles a contratação adequada, através de instrumento de doação, com observação das formalidades e requisitos próprios, entre os quais, em se tratando de bens imóveis, a escritura pública.

BENS PARTILHA. REGIME DA COMUNHÃO PARCIAL ART. 1.725 DO CÓDIGO CIVIL. INCOMUNICABILIDADE DE VALORES ADVINDOS DA VENDA DE IMÓVEL PARTICULAR E EMPREGADOS NA AQUISIÇÃO DE APARTAMENTO. SALDO DEVEDOR DE FINANCIAMENTO IMOBILIÁRIO ARCADADO POR UM SÓ DOS CONVIVENTES APÓS A RUPTURA DA VIDA EM COMUM. NÃO COMUNICAÇÃO. VEÍCULO DE PROPRIEDADE TERCEIRO. PARTILHA INVIÁVEL.

1. Com a ruptura da união estável, a divisão do patrimônio amealhado restringe-se aos bens efetivamente adquiridos enquanto em vigência o convívio em comum, não se podendo cogitar, em tal caso, a contribuição de cada um dos companheiros aportou para aquisição. Do monte partilhável são excluídos, todavia, nos moldes do art. 1.659, inc. III, do Código Civil, os bens que, embora adquiridos na constância da união estável, o foram, no todo ou em parte, com valor provenientes da venda de bens particulares de um dos companheiros.

A divisão de determinado bem só é cabível quando comprovadamente integrar ele o patrimônio comum dos conviventes; comprovada à suficiência, contudo, que o veículo pretendido de partilha é de propriedade, não dos litigantes, mas de um terceiro, a sua divisão não pode ser deferida, pena de implicar em invasão de esfera patrimonial alheia.

CAUTELAR SEPARAÇÃO DE CORPOS. INDISPENSABILIDADE DA MEDIDA NÃO DEMONSTRADA. IMPROCEDÊNCIA DITADA. *'DECISUM'* MANTIDO.

Não delineados de forma incontestável no processo os requisitos necessários ao deferimento da cautelar de separação de corpos, com a saída da convivente do lar comum, é de ser mantida a sentença que desacolheu a proposição acautelatória formulada pelo varão.

RECIPROCIDADE SUCUMBENCIAL, PRESSUPOSTOS PRESENTES. ENCARGOS DA SUCUMBÊNCIA. REDISTRIBUIÇÃO PROPORCIONAL NECESSÁRIA.

Tendo ambos os litigantes sido vencedores e vencidos nos pedidos que trouxeram a juízo, sem que se possa considerar irrelevante a parte da qual cada um deles decaiu a hipótese é de sucumbência recíproca, a determinar a distribuição dos respectivos ônus de forma proporcional à medida do êxito e da derrota de cada um deles.

RECLAMAÇÃO RECURSAL PROVIDA EM PARTE.

Recurso especial: alega-se ofensa aos arts. 104 e 1.725 do Código Civil, bem como dissídio jurisprudencial. Sustenta a recorrente que o acórdão recorrido vulnerou os citados dispositivos de lei, quando fixou que os conviventes não podem livremente acordarem sobre a forma de partilha patrimonial, notadamente sendo-lhes vedado a pactuarem em contrato a adoção de regime símil à comunhão universal de bens.

Contrarrazões ao recurso especial: o recorrido reafirma a nulidade das cláusulas do quanto acordado com a recorrente, apontando que para ser válido o pacto deveria ter sido efetuado por escritura pública e, sendo nulo, aplica-se ao relacionamento que existiu entre as partes, o regime de comunhão parcial de bens.

Parecer do MPF: De lavra do Subprocurador-Geral da República, Nicolau Dino Neto, pelo provimento do recurso especial (fls. 309/131, e-STJ).

É o relatório.

VOTO

RELATORA: MINISTRA NANCY ANDRIGHI (Relator):

Cinge-se a controvérsia em dizer se o contrato de convivência estatuído entre as partes, sem registro público, dispondo sobre o

estabelecimento de união estável e regulando as relações patrimoniais de forma similar à comunhão universal de bens, é válido, notadamente no que toca à comunhão universal dos bens.

Da validade do contrato de convivência que adota a comunhão universal de bens como regime patrimonial regulador da união estável

01. O acórdão recorrido declinou, como razões de inviabilidade do pacto estabelecido que:

a) A lei só possibilita aos conviventes a adoção da comunhão parcial de bens, ou a separação total ou de alguns bens, sendo vedada a adoção de todos os regimes patrimoniais do casamento;

b) Os contratos de convivência devem estar adstritos, no que toca a regulação das relações patrimoniais, aos bens adquiridos onerosamente na constância da relação;

c) “A simples vontade das partes, manifestada por meio de um contrato particular, é de se ver, não é capaz de transferir/modificar, ainda que em parte, os direitos reais sobre bens imóveis pré-existentes à união, inviabilizando a escolha pelo regime da comunhão universal aos companheiros” (fl. 220, e-STJ);

d) “...é incoerente facultar aos conviventes que, por meio de simples pacto particular, sem testemunhas, possam eles convencionar o que bem entenderem quanto aos bens pré-existentes à relação, efetivando doações recíprocas de bens imóveis, sem qualquer observância das formalidades exigidas, sob pena de atingir direito de terceiro” (fl. 221, e-STJ).

02. Tomando como base de apreciação inicial a análise levada a cabo pelo Tribunal de origem, e cotejando-a com o disposto no art. 1.725 do Código Civil, verifica-se, por primeiro, que o texto de lei, quando aponta para ressalva de que contrato escrito pode ser entabulado entre os futuros conviventes para regular as relações patrimoniais, fixou uma dilatada liberdade às partes para disporem sobre seu patrimônio.

03. É de se notar aqui, que nem ao menos se estabeleceu regimes possíveis de regulação patrimonial, apenas se acautelando, e previamente fixando, a comunhão parcial de bens, na ausência de regulação.

04. Quanto à liberdade que os futuros conviventes têm de acordarem sobre a fórmula que irá nortear as relações patrimoniais do casal, recentemente declinei, em julgamento que discutia a validade de contrato de convivência (REsp 1597675, julgado em 26/10/2016), o seguinte posicionamento:

Volvendo então, ao art. 1.725 do Código Civil, brandido pelo recorrente como vulnerado pelo acórdão recorrido, nota-se a inexistência de regras regulatórias específicas para acordos relativos às relações patrimoniais, estabelecendo o dispositivo de lei, apenas, que na ausência de contratação prevalecerá, “... no que couber, o regime da comunhão parcial de bens” (art. 1.725, in fine, do Código Civil).

Ora, a ausência de alguma vedação expressa remete os contratantes – in casu, as partes – apenas para a observância dos requisitos de validade do negócio jurídico (art. 104 do Código Civil) e aos princípios legais que regem, ou devem reger a vida em sociedade, cuja inobservância se traduz nas nulidades (art. 166 do CC) ou nas anulabilidades do negócio jurídico (art. 171 do CC) e suas consequências jurídicas.

Nesse sentido, vale citar o posicionamento de Nelson Nery Junior—:

“O patrimônio do casal unido sem a forma de do casamento (CC 1536), sem impedimento para a celebração do casamento (CC 1727 c/c 1723 § 1º), é regido pelo princípio da liberdade (CC 1725)”.

Vale aqui ressaltar, que embora a locução “união estável” guarde “sinonímia legal” com o termo casamento, tanto quanto ocorre com os vocábulos sinônimos, os institutos têm proximidade muito grande, mas não são idênticos, razão pela qual, nem sempre é possível aplicar-se o regramento expresso do casamento, para as uniões estáveis. E isso é tanto

mais verdade, quanto o é a capacidade de restringir a autonomia da vontade da regulação do casamento.

É dizer: as regulações restritivas, próprias do casamento, não podem atingir, indistintamente, as uniões estáveis, se não houver fundada razão baseada em princípios jurídicos ou proteção de valores socialmente benquistos.

Assim, não vejo como possível a singela e genérica aplicação do posicionamento do STJ, relativa à impossibilidade de a alteração do regime de bens no matrimônio ter efeitos ex tunc, aos contratos que dispõe sobre relações patrimoniais na união estável.

Nestes, a lei não faz restrições, ao revés, dá ampla liberdade de contratação, podendo os companheiros, inclusive, solverem as questões sobre o patrimônio da forma como bem lhes aprouver:

Nesse sentido o escólio de Maria Berenice Dias:

Quando do fim da união, os companheiros podem solver as questões patrimoniais sem interferência da Justiça, mesmo que tenham sido adquiridos bens imóveis. Na hipótese de haver consenso sobre a divisão dos bens, se no título de propriedade o adquirente se qualificou como vivendo em união estável, é possível realizar a partilha extrajudicial. Caso contrário, nem isso é necessário. Como não há a necessidade da intervenção estatal para sacralizar o fim da união estável – quer existam filhos mesmo incapazes – pode o casal se limitar a proceder a partilha de bens, que pode ser levada a efeito por contrato particular, mesmo de bens imóveis.

05. Reafirmando esse posicionamento, a liberdade outorgada aos conviventes deve se pautar, como outra qualquer, apenas nos requisitos de validade de um negócio jurídico, regulados pelo art. 104 do Código Civil.

06. E aqui cabe fazer uma pequena incursão sobre a existência desses requisitos à espécie, ficando consignado, de plano, que não há

discussão sobre a capacidade dos agentes, ocorrência de vício de vontade ou vício social, e ainda sobre a licitude do objeto.

07. Remanesce então, debate quanto a observância de forma prescrita em lei, que para o Tribunal de origem deixou de ser observada, porquanto entendeu que incidiria, à espécie, o disposto no art. 1.640 do CC, quanto à obrigatoriedade de escritura pública.

08. Quanto ao ponto, é de se anotar que, diferentemente do que ocorreu na regulação do regime de bens dentro do casamento, o Código Civil, no que toca aos conviventes, laconicamente fixou a exigência de contrato escrito para fazer a vontade dos conviventes, ou a incidência do regime da comunhão parcial de bens, na hipótese de se quedarem silentes quanto à regulação das relações patrimoniais.

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

10. Nesse particular, é significativo declinar que nem a regulação do registro de uniões estáveis por oficial de registro civil das pessoas naturais, feita pelo CNJ, por meio do Provimento 37/14, exige que a união seja averbada no registro imobiliário correspondente ao dos bens dos conviventes.

11. Assim, basta nesse aspecto ressaltar que o requisito exigido por lei – contrato escrito – foi cumprido. E note-se, em nenhum momento o recorrido aponta qualquer irregularidade na construção da avença ou no documento que lhe deu corpo, mas apenas discute sua possível nulidade, ante a não observância do art. 1.640 do Código Civil.

12. É dizer: o próprio subscritor do contrato de convivência, sem alegar nenhum vício de vontade, vem posteriormente brandir uma possível nulidade, por não observância da forma que agora entende, deveria

ter sido observada, e que ele mesmo ignorou, tanto na elaboração do contrato, quanto no período em que as partes conviveram em harmonia.

13. Por certo, esta atitude vulnera o princípio da boa-fé, não sendo dado àquele que, sem amarras, pactuou a forma como se regularia as relações patrimoniais na união estável, posteriormente buscar enjeitar a própria manifestação de vontade, escudando-se em uma possível tecnicidade não observada por ele mesmo.

14. Nas palavras de Nelson Nery Junior:

A cláusula geral de boa-fé objetiva obriga as partes a não agirem em contradição com atos e comportamentos anteriores, praticados antes da conclusão do contrato, durante a execução ou depois de exaurido o objeto do contrato. Em outras palavras a parte não pode *venire contra factum proprium*. A proibição incide objetiva e unilateralmente, independentemente do comportamento ou da atitude da contraparte, porque é dever de conduta de cada um dos contratantes isoladamente considerado.

15. Assim, atendidos que foram os requisitos de validade do negócio jurídico entabulado – contrato de convivência –; não havendo automática genuflexão da união estável às regras do casamento e, ainda; sendo o comportamento contraditório, infenso à boa-fé que deve regular as avenças, impõe-se a reforma do acórdão recorrido. Forte nessas razões, CONHEÇO do recurso especial, para DAR-LHE PROVIMENTO, a fim de restaurar a sentença e, por conseguinte a validade do contrato de convivência previamente pactuado entre as partes.

Custas e honorários advocatícios, como fixados em 1º grau.

Recurso Especial n. 1.376.753, de Santa Catarina

Relator: Min. Ricardo Villas Bôas Cueva

Recorrente: Ministério Público do Estado de Santa Catarina

Recorrido: M. E. F. (Menor)

Representado por: A. C. F.

Advogado: Sem representação nos autos

EMENTA

RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. DIREITO DE FAMÍLIA. REGISTRO CIVIL. ART. 2º DA LEI Nº 8.560/1992. AVERIGUAÇÃO OFICIOSA DE PATERNIDADE. PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO. JURISDIÇÃO VOLUNTÁRIA. ANUÊNCIA DA GENITORA. AUSÊNCIA. EXTINÇÃO. POSSIBILIDADE. VIA JUDICIAL.

1. O procedimento de averiguação oficiosa de paternidade previsto na Lei nº 8.560/1992 não constitui condição para a propositura de ação judicial de investigação de paternidade por versar procedimento administrativo de jurisdição voluntária.
2. A lei prevê categoricamente, em seu art. 2º, que o oficial deve remeter ao juízo de registros públicos a certidão de nascimento de menor na qual conste apenas informações acerca da sua maternidade.
3. A averiguação oficiosa não está condicionada a informações da genitora, podendo o juízo extinguir o rito previsto no art. 2º, § 1º, da Lei nº 8.560/1992 por ausência de provas, remanescendo incólume a via judicial da investigação de paternidade.
4. Recurso especial não provido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos, em que são partes as acima indicadas, prosseguindo o julgamento, após o voto-vista da Sra. Ministra Nancy Andrighi, decide a Terceira Turma, por unanimidade, negar provimento

ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Marco Aurélio Bellizze (Presidente), Moura Ribeiro, Nancy Andrichi (voto-vista) e Paulo de Tarso Sanseverino votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 1º de dezembro de 2016 (Data do Julgamento).

Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA
Relator

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA (Relator): Trata-se de recurso especial, fundamentado no artigo 105, inciso III, alínea “a”, da Constituição Federal, interposto pelo Ministério Público do Estado de Santa Catarina contra acórdão proferido em agravo regimental pelo Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina assim ementado:

“AGRAVO REGIMENTAL – RECLAMAÇÃO INTERPOSTA POR REPRESENTANTE DO MINISTÉRIO PÚBLICO CONTRA DECISÃO QUE, EM AVERIGUAÇÃO OFICIOSA DE PATERNIDADE, EXTINGUIU O PROCEDIMENTO SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO. ALEGAÇÃO DE INVERSÃO DA ORDEM LEGAL DO PROCESSO DIANTE DO NÃO EXAURIMENTO DE TODOS OS MEIOS CABÍVEIS E POSSÍVEIS PARA IDENTIFICAÇÃO DO GENITOR DA CRIANÇA – INDEFERIMENTO LIMINAR DA INICIAL DA RECLAMAÇÃO – ERRO OU ABUSO NA DECISÃO DE 1º GRAU NÃO IDENTIFICADOS – PREVISÃO DO ART. 2º, § 1º, DA LEI Nº 8.560/1992 QUE FACULTA AO JUIZ A OITIVA DA MÃE – PROVIDÊNCIA QUE PODE SER REALIZADA ADMINISTRATIVAMENTE PELO MINISTÉRIO PÚBLICO SEM INTERVENÇÃO JUDICIAL – RECURSO DESPROVIDO” (e-STJ fl. 43 – grifou-se).

Na origem, trata-se de procedimento de averiguação oficiosa de paternidade, a qual, após a oitiva da mãe da menor M. E. F., foi extinta pelo Juízo da Vara de Sucessões e Registros Públicos da Capital (e-STJ fl. 19), com anuência do Ministério Público estadual, por falta de interesse da autora em declarar a paternidade de sua filha.

Todavia, o *Parquet* estadual, com base no art. 2º da Lei nº 8.560/1992, interpôs reclamação contra a supracitada decisão, pois, a seu ver, teria sido invertida a ordem legal do processo, extinto a destempo por não exaurir todos os meios possíveis para a identificação do genitor da infante, alegando em síntese que

“(...) o procedimento de averiguação de paternidade somente deve ser extinto com o reconhecimento da criança e a devida averbação no seu assento de nascimento. Nas demais hipóteses, o procedimento adequado é a declinação de competência para a instauração de ação de investigação de paternidade, havendo elementos suficientes para tanto.

Ou seja, a extinção destes procedimentos deve ser efetuada em últimos e excepcionalíssimos casos.

No caso em apreço, a sentença retro, ao extinguir o presente, não obedeceu ao teor do art. 2º, § 1º, da Lei 8.560/1992, não se preocupou em unir e colher elementos para futura ação de investigação de paternidade, bem como não declinou a competência para a Promotoria de Justiça responsável pela instauração da ação retro – importando assim, na inversão da ordem legal (...)

Claramente, o único e primordial objetivo do art. 2º, § 1º, da Lei 8.560/1992 é salvaguardar o direito de filiação tão zelado pelo Provimento 12 da Corregedoria Nacional de Justiça.

E, neste norte, há que mencionar a supremacia do direito de filiação da criança sob o direito da livre expressão de sua genitora – uma vez que ela estaria dispondo de um direito que não lhe pertence ao afirmar que ‘não deseja declarar o nome do suposto pai’ (fl. 3). (...)

O bem maior a ser tutelado é a vida do recém-nascido, que necessita de cuidados materiais e afetivos, também por parte do pai. (...)

Desta forma, resta clara a importância da realização desta oitiva, que embora seja uma faculdade do juiz, é essencial ao fim a que se destina: não tem o intento de coagir a genitora do infante – de forma alguma – mas sim identificar o genitor desta, colher informações e elementos para a instauração de ação de investigação de paternidade e, em não sendo possível, orientar e fazer aquela refletir acerca das consequências de seu ato omissivo (...) (e-STJ fls. 3-5 – grifou-se).

O Tribunal local manteve hígida a decisão proferida pelo Desembargador Ronei Danielli, que extinguiu liminarmente a inicial da reclamação, nos termos da ementa citada e consoante a fundamentação que se passa a expor:

“(...) O Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina expõe:

Art. 243 - Caberá reclamação de decisão que contenha erro ou abuso, que importe na inversão da ordem legal do processo, quando para o caso não haja recurso específico.

§ 1º - Distribuída a petição, o relator a indeferirá in limine, se não for caso de reclamação, ou se vier desacompanhada da prova do ato impugnado.

Não se verifica no caso concreto a ocorrência de erro ou abuso na decisão de 1o grau que implique em inversão da ordem legal do processo. Inexistem evidências de que o magistrado a quo reclamado tenha agido em descompasso com as prerrogativas de suas funções ou que tenha atuado em desacerto ocasionando os prejuízos relatados pelo representante do Ministério Público, razão pela qual a inicial da reclamação deveria ser indeferida de plano, pois incabível na espécie. (...)

Ademais, ainda que admitida, seria o caso de desprovidimento da reclamação tendo em vista que o disposto no art. 2º, § 1º, da Lei nº 8.560/1992 apenas faculta ao juiz a oitiva da mãe da criança, pois o objetivo legal não seria submetê-la à questionamentos coativos. Ademais, registre-se que o próprio representante do Ministério Público que atuou no feito manifestou-se pela extinção de feito (fl.

13), o que foi acolhido pelo reclamado. (...) Por fim, destaca-se que a pretensão de ‘determinação de oitiva da genitora da infante’ (fl. 07) é providência que pode ser realizada administrativamente pelo Ministério Público sem intervenção judicial (...)” (e-STJ fls. 45-46 – grifou-se).

Os embargos de declaração opostos foram rejeitados (e-STJ fls. 61-65).

No recurso especial, o Ministério Público estadual alega violação do art. 535, II, do Código de Processo Civil de 1973, defendendo a existência de omissão no acórdão recorrido e contrariedade aos arts. 2º, § 1º, da Lei nº 8.560/1992 e 1º, 3º e 4º da Lei nº 8.069/1990.

Aduz que a extinção precoce da averiguação oficiosa de paternidade, sem prévia oitiva da genitora do infante, obstou que fosse assegurado o direito indisponível da criança de ter seu direito de estado de filiação reconhecido, visto não ter exaurido todos os meios cabíveis para a identificação da sua paternidade.

Sustenta ainda que

“(...) era de todo recomendável que, mesmo diante da negativa no fornecimento de informações perante o oficial de registros, a mãe fosse ouvida no procedimento de investigação oficiosa, antes da extinção precoce desse procedimento oportunidade em que poderia ser conscientizada das consequências de seu ato omissivo, bem como revelar os motivos de sua negativa ou mesmo de outros pormenores que possibilitassem a investigação judicial de paternidade. Por essas razões, a oitiva da genitora no caso, conforme sugere a exegese do art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.560/92, deve ser entendida como um dever do magistrado somente sendo dispensável em casos de manifesta impossibilidade” (e-STJ fl. 80).

O recurso foi admitido pelo Tribunal de origem, ascendendo os autos a esta instância especial.

O Ministério Público Federal, instado a se manifestar, opinou, por

meio do seu representante legal, o Subprocurador-Geral da República Durval Tadeu Guimarães, pelo parcial conhecimento do especial e, nessa parte, pelo seu não provimento, nos termos da seguinte ementa:

“RECURSO ESPECIAL. RECLAMAÇÃO. AVERIGUAÇÃO OFICIOSA DE PATERNIDADE. PROCEDIMENTO EXTINTO POR FALTA DE INTERESSE DE AGIR. NÃO DETERMINADA A OITIVA DA MÃE DO MENOR. ARGUIÇÃO DE INVERSÃO DA ORDEM LEGAL DO PROCESSO. O ART. 2º § 1º, DA LEI 8.560/1992 APENAS FACULTA AO JUIZ A OITIVA RECLAMADA.

– Pelo não provimento, na parte conhecida” (e-STJ fl. 99 – grifou-se).

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA (Relator): O não recurso merece prosperar.

No tocante à alegada negativa de prestação jurisdicional (artigos 126, 131, 505, 515 e 535 do Código de Processo Civil de 1973), agiu corretamente o Tribunal de origem ao rejeitar os embargos declaratórios por inexistir omissão, contradição ou obscuridade no acórdão impugnado, ficando patente, em verdade, o intuito infringente da irresignação, que objetivava a reforma do julgado por via inadequada.

A propósito:

“PROCESSO CIVIL. AGRAVO. EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. INEXISTÊNCIA DE OMISSÃO OU CONTRADIÇÃO. 1. O artigo 535 do Código de Processo Civil dispõe sobre omissões, obscuridades ou contradições existentes nos julgados. Trata-se, pois, de recurso de fundamentação vinculada, restrito a situações em que se verifica a existência dos vícios na lei indicados. 2.

Afasta-se a violação do art. 535 do CPC quando o decisório está claro e suficientemente fundamentado, decidindo integralmente a controvérsia. (...)” (AgRg no Ag 1.176.665/RS, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, QUARTA TURMA, julgado em 10/05/2011, DJe 19/05/2011).

“RECURSO ESPECIAL – NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL – INOCORRÊNCIA (...) 1. Os embargos de declaração consubstanciam-se no instrumento processual destinado à eliminação, do julgado embargado, de contradição, obscuridade ou omissão sobre tema cujo pronunciamento se impunha pelo Tribunal, não se prestando para promover a reapreciação do julgado. (...)” (REsp 1.134.690/PR, Rel. Ministro MASSAMI UYEDA, TERCEIRA TURMA, julgado em 15/02/2011).

No que se refere ao conteúdo normativo dos artigos 1º, 3º e 4º da Lei nº 8.069/1990, não foi debatido no acórdão recorrido, apesar da oposição de embargos declaratórios. Desatendido, portanto, o requisito do prequestionamento, nos termos da Súmula nº 211/STJ: “Inadmissível recurso especial quanto à questão que, a despeito da oposição de embargos declaratórios, não foi apreciada pelo Tribunal a quo.”

Vale afastar, de pronto, eventual alegação de que contraditória a decisão ao concluir pela não ocorrência de negativa de prestação jurisdicional ao mesmo tempo em que entende não prequestionados os dispositivos infraconstitucionais apontados como malferidos. Isso porque tais dispositivos não foram e nem deveriam ter sido objeto de apreciação.

No mérito, melhor sorte não assiste ao recorrente.

Registre-se, por oportuno, que, em virtude da importância de se realizar uma efetiva averiguação de paternidade, o Conselho Nacional de Justiça editou os provimentos nº 12, de 6.8.2010, e nº 16, de 17.2.2012, a fim de propiciar que a Lei nº 8.560/1992 atinja seu verdadeiro objetivo.

O Provimento-CNJ nº 12/2010 instalou o Programa Pai Presente.

Para tanto, determinou, com o intuito de se instaurar o procedimento de averiguação previsto em lei, a remessa, com a preservação do devido sigilo, para cada uma das 27 Corregedorias-Gerais dos Tribunais de Justiça, de informações com os nomes e endereços dos alunos que, na respectiva unidade da Federação, não possuísem paternidade estabelecida, pois, segundo os dados do censo escolar/2010, há 4.869/363 (quatro milhões, oitocentos e sessenta e nove mil, trezentos e sessenta e três) alunos sem identificação paterna no Brasil.

Por sua vez, o Provimento-CNJ nº 16/2012 dispõe a respeito da recepção, pelos Oficiais de Registro Civil das Pessoas Naturais, de indicações de supostos pais de pessoas que já se acharem registradas sem paternidade estabelecida, bem como sobre o reconhecimento espontâneo de filhos perante os referidos registradores.

Há situações em que a mãe do menor, ao efetuar o registro do filho, não tem certeza quanto à sua paternidade ou, por motivos pessoais, não deseja revelá-la. Porém, independentemente da informação completa acerca das origens da criança, o oficial do registro civil **deverá efetuar o registro, haja vista o disposto no art. 50 e seguintes da Lei de Registros Públicos** (Lei nº 6.015/1973).

A Lei nº 8.560/1992 prevê, contudo, a **necessidade** de instauração de procedimento para a **averiguação oficiosa de paternidade** com base no seu art. 2º, cujo teor ora se transcreve:

“Art. 2º Em registro de nascimento de menor apenas com a maternidade estabelecida, o oficial remeterá ao juiz certidão integral do registro e o nome e prenome, profissão, identidade e residência do suposto pai, a fim de ser averiguada oficialmente a procedência da alegação.

§ 1º O juiz, sempre que possível, ouvirá a mãe sobre a paternidade alegada e mandará, em qualquer caso, notificar o suposto pai, independente de seu estado civil, para que se manifeste sobre a paternidade que lhe é atribuída” (grifou-se).

O dispositivo supramencionado encontra raízes nos arts. 1.864 e 1.865 do Código Civil português, os quais dispõem, respectivamente que

ARTIGO 1.864.º

“(...) sempre que seja lavrado registro de nascimento de menor apenas com a maternidade estabelecida, deve o funcionário remeter ao Tribunal certidão integral do registro, a fim de se averiguar oficiosamente a identidade do pai”.

ARTIGO 1.865.º

(Averiguação oficiosa)

“1. Sempre que possível, o tribunal ouvirá a mãe acerca da paternidade que atribui ao filho.

2. Se a mãe indicar quem é o pai ou por outro meio chegar ao conhecimento do tribunal a identidade do pretense progenitor, será este também ouvido.

3. No caso de o pretense progenitor confirmar a paternidade, será lavrado termo de perfilhação e remetida certidão para averbamento à repartição competente para o registro.

4. Se o presumido pai negar ou se recusar a confirmar a paternidade, o tribunal procederá às diligências necessárias para averiguar a viabilidade da acção de investigação de paternidade.

5. Se o tribunal concluir pela existência de provas seguras da paternidade, ordenará a remessa do processo ao agente do Ministério Público junto do tribunal competente, a fim de ser intentada a acção de investigação.”

O procedimento administrativo previsto na legislação pátria não constitui, por óbvio, condição para a propositura de ação judicial de investigação de paternidade.

A propósito, cite-se o seguinte precedente sobre o tema:

“DIREITO DE FAMÍLIA E PROCESSUAL CIVIL. LEI 8.560/1992. INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. REGISTROS

ANTERIORES A EDIÇÃO DA LEI. LEGITIMIDADE ATIVA DO MP. PRECEDENTE. HERMENÊUTICA. RECURSO PROVIDO.

I – O MP DETÉM LEGITIMIDADE PARA PROPOR AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE, NOS TERMOS DO ART. 2º DA LEI 8.560/1992, AINDA QUE O REGISTRO DE NASCIMENTO TENHA SIDO LAVRADO ANTERIORMENTE A EDIÇÃO DA LEI.

II – NESSES CASOS, A PROPOSITURA DA AÇÃO INDEPENDE DO PRÉVIO PROCEDIMENTO DE AVERIGUAÇÃO OFICIOSA INSTITUÍDO PELO ART. 2º DA REFERIDA LEI (...)" (REsp nº 73.805/MG, Rel. Ministro SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, QUARTA TURMA, julgado em 14/04/1997, DJ 12/05/1997 – grifou-se).

A lei prevê que o oficial deve remeter ao juízo competente a certidão de nascimento de menor na qual constar apenas a **maternidade**, mesmo sem possuir as informações necessárias para identificação do suposto pai. Não é requisito para a remessa ao juízo competente da certidão de nascimento que a declarante informe o nome, prenome, profissão e endereço do possível pai. Em outras palavras, **a averiguação oficiosa não está condicionada a tais informações**, cumprindo ao juiz dar cumprimento ao rito previsto no art. 2º, § 1º, da Lei nº 8.560/1992.

Como bem salienta abalizada doutrina,

"(...) Os dispositivos legais antes analisados, permitindo o estabelecimento da verdade biológica da filiação, são meios de fazer realizar, na prática, a igualdade de direitos assegurada a qualquer filho, independentemente da origem de sua filiação, pois só o estabelecimento da paternidade e da maternidade dará à criança, além do conhecimento de sua verdadeira identidade, meios de obter de ambos os progenitores a ajuda moral e material de que é credora, pelo fato de ter nascido, já sem se falar em outros direitos (sucessórios, p. ex.).

*A lei n. 8.560/92 de 29.12.92 representa mais um passo no sentido de se alcançar a plena proteção da infância. Reafirmando a possibilidade de reconhecimento dos filhos havidos fora do casamento, avança, no entanto, instituindo maior responsabilidade do Estado no esclarecimento da origem da filiação (...).” (Isabel de Matos Rocha, *Averiguação Oficiosa de Paternidade: Uma interpretação da Lei n.º 8.560/1992, Revista da ESMAGIS, N.º 8, Janeiro de 1995, pág. 65 – grifou-se*)*

O procedimento de investigação sumária está a cargo do juiz, que tem a faculdade de analisar a possibilidade de oitiva da mãe e de notificação do suposto pai para prestar esclarecimentos acerca da filiação. Todavia, na hipótese de concluir pela impossibilidade de que sejam trazidos elementos para a definição da verdadeira paternidade, o juiz poderá extinguir o procedimento administrativo, encaminhando os autos ao representante do Ministério Público para que intente a ação competente, se cabível (art. 2º e seus parágrafos da Lei nº 8.560/1992). Aliás, a lei ora em análise não condiciona a propositura da investigação da paternidade ao procedimento de averiguação oficiosa.

Em verdade, a via judicial remanesce incólume, tendo em vista o Brasil adotar o Sistema de Jurisdição Una, Sistema Inglês ou Sistema Judicial de Jurisdição, consoante prevê o art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal (“A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”).

A propósito:

“(...) No caso de informar a mãe os dados necessários e suficientes do suposto pai, procederá o juiz na forma do parágrafo primeiro deste artigo. Não fornecendo a mãe o nome do suposto pai (e não é obrigada a isto), remeterá o Oficial do Registro Civil apenas a certidão integral do registro da criança, caso em que o juiz, recebendo-a, determinará o seu arquivamento, ouvido previamente o Ministério Público (...).

Nestes casos, de não fornecer a mãe ao Oficial do Registro Civil

os dados do suposto pai, cremos que não poderá o juiz chamar a mãe a fim de se manifestar, devendo, nesta hipótese, apenas determinar o arquivamento do procedimento, como alhores exposto, ressalvando o direito à mãe, como representante do filho, de posteriormente fornecer os dados do suposto pai, desarquivando-se assim os autos e prosseguindo-se no procedimento. Tal ocorre em razão da impossibilidade do juiz agir de ofício. Como se verá adiante, mais detidamente, o juiz não age de ofício ao chamar o suposto pai a comparecer e se manifestar sobre a alegada paternidade, tendo em vista que, quando a mãe fornece os dados do indigitado pai ao Oficial, já está pedindo a providência jurisdicional, posto que o suposto pai somente é chamado a se manifestar quando o menor, através de sua mãe, fornece os dados do progenitor. Reside aí a provocação ao juiz. No entanto, não fornecidos os dados do suposto pai, impede ao juiz o chamamento da mãe em juízo para fornecê-los. Impede, por igual, o chamamento do suposto pai, com dados fornecidos por terceiros, posto que não caracterizado, nesta hipótese, o pedido de atuação do Judiciário. Ademais, trata-se de um procedimento meramente administrativo, sem qualquer prestação jurisdicional. Comparecendo o genitor e assumindo a paternidade, tem-se apenas um prolongamento do registro de nascimento, que se encerrará com a averbação respectiva. Caso não assuma a paternidade, ou não compareça o indigitado pai, serão remetidos os autos ao Ministério Público, encerrando-se esta fase, podendo surgir, daí em diante, o procedimento judicial para investigação da paternidade, com a propositura da ação correspondente pelo Ministério Público". (Algomiro Carvalho Neto e Edívar da Costa Muniz, Investigação de Paternidade e seus Efeitos, Editora Bestbook, páginas 35-36 – grifou-se)

Desse modo, incumbe ao Estado, por versar interesse de ordem pública e realizar, em última análise, a dignidade da própria criança, averiguar a paternidade por meio mais célere e menos burocrático possível, desde que existam elementos para tanto. Isso porque não se olvida que a identificação biológica é, de fato, um direito natural, que independe de positivação para ser reconhecido.

Mas, conforme afirma Bertoldo Mateus de Oliveira Filho, “*a providência, evidentemente, pressupõe a manifestação de vontade do interessado, pois sendo a filiação um direito não pode ser objeto de definição compulsória*” (Alimentos e Investigação de Paternidade, Belo Horizonte, Editora Del Rey, 1993, pág. 167).

Assim, “*apesar de se tratar de ato obrigatório para o oficial, dependerá da vontade da genitora declarante, uma vez que, no garantismo constitucional, estão preservadas a sua intimidade e a sua vida privada*” (Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald, Direito das Famílias, pág. 685). Em razão dos direitos fundamentais, portanto, “*a mãe não pode ser obrigada, quando registra o nascimento de seu filho, a declarar quem é o genitor*”, como leciona Zeno Veloso (Direito Brasileiro da Filiação e Paternidade, São Paulo, Editora Malheiros, 1997, pág. 127).

Não se desconhece, também, que o titular do bem jurídico indisponível é o menor, e não sua genitora, à luz do art. 27 do Estatuto da Criança e do Adolescente (“*O reconhecimento do estado de filiação é direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, podendo ser exercido contra os pais ou seus herdeiros, sem qualquer restrição, observado o segredo de justiça*”).

Assim, a investigação de paternidade, uma vez judicializada, poderá tramitar sem a anuência da mãe, por versar direito indisponível. Daí, de fato, não assistir razão ao órgão ministerial recorrente, tendo em vista não se adotar no Brasil o contencioso administrativo.

Deve-se entender que o Juízo tem a discricionariedade de extinguir o feito, notoriamente de jurisdição voluntária, quando reputar inviável a averiguação oficiosa, independentemente da colaboração de eventuais interessados, tendo em vista a ausência do caráter imperativo da norma na tramitação do procedimento administrativo instaurado. No mesmo sentido, quanto à suposta contrariedade ao art. 2º, § 1º, da lei em análise, o Ministério Público Federal opina pela manutenção da decisão recorrida

“porquanto já salientado que a norma não prevê a obrigatoriedade da oitiva, mas tão somente faculta ao juiz ouvir pessoalmente a mãe da criança” (e-STJ fl. 101).

Portanto, a extinção do feito sem exame do mérito pelo juízo de primeiro grau deve ser mantida pelo Tribunal de origem (e-STJ fls. 9, 11, 19, 42-46) em virtude da ausência de interesse da genitora em declarar espontaneamente a paternidade da filha, o que não destoaria do mandamento legal.

Ante o exposto, nego provimento ao recurso especial.

É o voto.

VOTO-VISTA

MINISTRA NANCY ANDRIGHI

Cuida-se de recurso especial interposto pelo MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA, em face de M. E. F., representado por A. C. F., em averiguação de paternidade instaurada sob o rito da Lei 8.560/92.

Em averiguação de paternidade regradada pela Lei 8.560/92, na qual a genitora se recusou a declinar o nome do possível genitor da menor, o juiz julgou extinta, acolhendo parecer do Ministério Público Estadual, a averiguação de paternidade.

O próprio Ministério Público, não obstante o parecer inicial, interpôs reclamação contra essa decisão, que teve a inicial indeferida pelo Desembargador-relator, decisão posteriormente confirmada em julgamento de agravo, que recebeu a seguinte ementa:

AGRAVO REGIMENTAL. RECLAMAÇÃO INTERPOSTA POR REPRESENTANTE DO MINISTÉRIO PÚBLICO CONTRA DECISÃO QUE, EM AVERIGUAÇÃO OFICIOSA

DE PATERNIDADE, EXTINGUIU O PROCEDIMENTO SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO. ALEGAÇÃO DE INVERSÃO DA ORDEM LEGAL DO PROCESSO DIANTE DO NÃO EXAURIMENTO DE TODOS OS MEIOS CABÍVEIS E POSSÍVEIS PARA IDENTIFICAÇÃO DO GENITOR DA CRIANÇA. INDEFERIMENTO LIMINAR DA INICIAL DA RECLAMAÇÃO. ERRO OU ABUSO NA DECISÃO DE 1º GRAU NÃO IDENTIFICADOS. PREVISÃO DO ART. 2º, § 1º DA LEI N. 8.560/1992 QUE FACULTA AO JUIZ A OITIVA DA MÃE. PROVIDÊNCIA QUE PODE SER REALIZADA ADMINISTRATIVAMENTE PELO MINISTÉRIO PÚBLICO SEM INTERVENÇÃO JUDICIAL. RECURSO DESPROVIDO.

Em seu recurso especial o Ministério Público Estadual, o MP aponta, além da violação ao art. 535 do CPC, violação ao art. 2º, § 1º, da Lei 8.560/92 e negativa de vigência dos arts. 1º, 2º, 3º e 4º da Lei 8.069/92.

Aduz, além da ocorrência de possível omissão, que os direitos dos menores devem ser assegurados com absoluta prioridade, inclusive quanto ao direito da criança de conhecer sua ascendência biológica, possibilidade que teria sido suprimida da infante, com o precoce encerramento da investigação de paternidade.

O Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva – Relator – negou provimento ao recurso especial, e corroborando a tese albergada na origem, concluiu seu voto fixando que a extinção determinada pelo juízo de primeiro Grau, deve ser mantida “...em virtude da ausência de interesse da genitora em declarar espontaneamente a paternidade da filha, o que não destoia do mandamento legal”.

Pedi vistas para melhor exame da matéria.

Repisados os fatos, decido.

A questão que se coloca neste recurso especial trata, na verdade, em dizer se há sentido prático em se prosseguir no curso de ação de investigação de paternidade oficiosa, na qual a genitora se recusa a declinar o nome do possível pai da criança recém-nascida.

Como bem fixado pelo Ministro Relator, embora o bem jurídico tutelado, na espécie, foca-se no menor, e não em sua genitora, incontornável o fato de que, nas restritas possibilidades da investigação de paternidade oficiosa, a negativa da genitora em declinar o nome do possível pai da menor, torna inócuo esse instrumento legal oferecido à mãe para, de forma célere, contornar uma renitência paterna em assumir a prole.

Por óbvio, como também declinado pelo Ministro Relator, essa circunstância não impede, ou mesmo limita a busca judicial, em qualquer momento, tanto pelo próprio Ministério Público, como pela representante legal da menor.

Assim, acompanho o judicioso voto proferido pelo Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva.

É como voto.

Recurso Especial n. 1.640.084, de São Paulo

Relator: Min. Ribeiro Dantas

Recorrente: Alex Carlos Gomes

Advogado: Defensoria Pública do Estado de São Paulo

Recorrido: Ministério Público do Estado de São Paulo

EMENTA

DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL. RECURSO ESPECIAL. ROUBO, DESACATO E RESISTÊNCIA. APELAÇÃO CRIMINAL. EFEITO DEVOLUTIVO AMPLO. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. NÃO OCORRÊNCIA. ROUBO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INAPLICABILIDADE. DESCLASSIFICAÇÃO DO CRIME DE ROUBO PARA O DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. SÚMULA 284/STF. TEMA NÃO PREQUESTIONADO. SÚMULAS 282 E 356 DO STF. DESACATO. INCOMPATIBILIDADE DO TIPO PENAL COM A CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE.

1. Uma vez interposto o recurso de apelação, o Tribunal, respeitando o contraditório, poderá enfrentar todas as questões suscitadas, ainda que não decididas na primeira instância, desde que relacionadas ao objeto litigioso recursal, bem como apreciar fundamentos não acolhidos pelo juiz (arts. 10 e 1.013, § 1º e 2º, do Código de Processo Civil, c/c art. 3º do Código de Processo Penal).

2. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça afasta a aplicabilidade do princípio da insignificância em crimes cometidos mediante o uso de violência ou grave ameaça, como o roubo.

3. O pleito de desclassificação do crime de roubo para o de constrangimento ilegal carece da indicação do dispositivo legal considerado malferido e das razões que poderiam fundamentar o pedido, devendo-se aplicar o veto da Súmula 284/STF. Além disso, o tema não foi objeto de apreciação pelo Tribunal de origem, nem a parte interessada opôs embargos de declaração para suprir tal omissão, o que atrai o óbice das Súmulas 282 e 356 do STF.

4. O art. 2º, c/c o art. 29, da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica) prevê a adoção, pelos Estados Partes, de “medidas legislativas ou de outra natureza” visando à solução de antinomias normativas que possam suprimir ou limitar o efetivo exercício de direitos e liberdades fundamentais.

5. Na sessão de 4/2/2009, a Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, ao julgar, pelo rito do art. 543-C do CPC/1973, o Recurso Especial 914.253/SP, de relatoria do Ministro LUIZ FUX, adotou o entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário 466.343/SP, no sentido de que os tratados de direitos humanos, ratificados pelo país, têm força supralegal, “o que significa dizer que toda lei antagônica às normas emanadas de tratados internacionais sobre direitos humanos é destituída de validade.”

6. Decidiu-se, no precedente repetitivo, que, “no plano material, as regras provindas da Convenção Americana de Direitos Humanos, em relação às normas internas, são ampliativas do exercício do direito fundamental à liberdade, razão pela qual paralisam a eficácia normativa da regra interna em sentido contrário, haja vista que não se trata aqui de revogação, mas de invalidade.”

7. A adequação das normas legais aos tratados e convenções internacionais adotados pelo Direito Pátrio configura controle de constitucionalidade, o qual, no caso concreto, por não se cuidar de convenção votada sob regime de emenda constitucional, não invade a seara do controle de constitucionalidade e pode ser feito de forma difusa, até mesmo em sede de recurso especial.

8. Nesse particular, a Corte Interamericana de Direitos Humanos, quando do julgamento do caso *Almonacid Arellano y otros v. Chile*, passou a exigir que o Poder Judiciário de cada Estado Parte do Pacto de São José da Costa Rica exerça o controle de convencionalidade das normas jurídicas internas que aplica aos casos concretos.

9. Por conseguinte, a ausência de lei veiculadora de abolição criminis não inibe a atuação do Poder Judiciário na verificação da inconformidade do art. 331 do Código Penal, que prevê a figura típica do desacato, com o art. 13 do Pacto de São José da Costa Rica, que estipula mecanismos de proteção à liberdade de pensamento e de expressão.

10. A Comissão Interamericana de Direitos Humanos – CIDH já se manifestou no sentido de que as leis de desacato se prestam ao abuso, como meio para silenciar ideias e opiniões consideradas incômodas pelo establishment, bem assim proporcionam maior nível de proteção aos agentes do Estado do que aos particulares, em contravenção aos princípios democrático e igualitário.

11. A adesão ao Pacto de São José significa a transposição, para a ordem jurídica interna, de critérios recíprocos de interpretação, sob pena de negação da universalidade dos valores insertos nos direitos fundamentais internacionalmente reconhecidos. Assim, o método hermenêutico mais adequado à concretização da liberdade de expressão reside no postulado *pro homine*, composto de dois princípios de proteção de direitos: a dignidade da pessoa humana e a prevalência dos direitos humanos.

12. A criminalização do desacato está na contramão do humanismo, porque ressalta a preponderância do Estado – personificado em seus agentes – sobre o indivíduo.

13. A existência de tal normativo em nosso ordenamento jurídico é anacrônica, pois traduz desigualdade entre funcionários e particulares, o que é inaceitável no Estado Democrático de Direito.

14. Punir o uso de linguagem e atitudes ofensivas contra agentes estatais é medida capaz de fazer com que as pessoas se abstenham de usufruir do direito à liberdade de expressão, por temor de sanções penais, sendo esta uma das razões pelas quais a CIDH estabeleceu a recomendação de que os países aderentes ao Pacto de São Paulo abolissem suas respectivas leis de desacato.

15. O afastamento da tipificação criminal do desacato não impede a responsabilidade ulterior, civil ou até mesmo de outra figura típica penal (calúnia, injúria, difamação etc.), pela ocorrência de abuso na expressão verbal ou gestual utilizada perante o funcionário público.

16. Recurso especial conhecido em parte, e nessa extensão, parcialmente provido para afastar a condenação do recorrente pelo crime de desacato (art. 331 do CP).

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conhecer parcialmente do recurso e, nessa parte, dar-lhe parcial provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Joel Ilan Paciornik, Felix Fischer, Jorge Mussi e Reynaldo Soares da Fonseca votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 15 de dezembro de 2016 (data do julgamento).

Ministro RIBEIRO DANTAS
Relator

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO RIBEIRO DANTAS (Relator):

Trata-se de recurso especial interposto por ALEX CARLOS GOMES, nos termos do disposto no art. 105, III, “a”, da Constituição Federal, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, sem ementa, que manteve sentença condenatória à pena de 5 (cinco) anos, 5 (cinco) meses e 10 (dez) dias de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 12 (doze) dias-multa, pela prática do crime do art. 157, *caput*, do Código Penal; à pena de 2 (dois) meses e 21 (vinte e um) dias de detenção, em regime inicial semiaberto, como incurso no art. 329, *caput*, do CP; e à pena de 8 (oito) meses e 5 (cinco) dias de detenção, em regime inicial semiaberto, conforme o art. 331, do CP, todos na forma do art. 69, *caput*, do mesmo diploma legal, por ter:

“a) subtraído para si, mediante grave ameaça exercida com emprego de um vergalhão de ferro, uma garrafa de conhaque ‘Dreher’, de propriedade da vítima Faedra de Jesus Tavares; b) desacatado com gestos e palavras os policiais militares André Luiz Eduardo Gonçalves e Luiz Teixeira Fernandes, que estavam no exercício de suas funções públicas; e c) se

oposto à execução de ato legal, consistente em sua abordagem e detenção, mediante o emprego de grave ameaça e violência exercida contra os policiais André Luiz Eduardo Gonçalves e Luiz Teixeira Fernandes, funcionários públicos competentes para executá-lo” (e-STJ, fl. 211.)

Alega o recorrente a existência de violação dos arts. 381, III, do Código de Processo Penal, 13 da Convenção Americana de Direitos Humanos e 157 do Código Penal.

Sustenta, no aspecto: a) que, “embora entre as teses apresentadas para requerer a absolvição da acusação de crime de desacato estivesse a incompatibilidade do tipo penal deste crime com a Convenção Americana de Direitos Humanos o juízo de primeira instância não enfrentou esta questão, resultando assim ofensa ao disposto no art. 381, III, do Código de Processo Penal;” b) ser aplicável ao caso o princípio da insignificância, considerando não parecer “que o legislador, ao tipificar o crime de roubo e prever a severa pena de 4 a 10 anos de reclusão, visou tutelar conflitos penais como este, onde o patrimônio da vítima foi atingido em mínima fração e através de uma conduta desprovida do dolo caracterizador do crime de roubo, em virtude do notório e notado por todos estado anímico do agente;” e c) “o processo em tela apura suposta prática de crime de desacato pelo recorrente (art. 331 do Código Penal), crime que não existe mais em nosso ordenamento jurídico. É que a Relatoria para a Liberdade de Expressão da Comissão Interamericana de Direitos Humanos firmou entendimento de que as normas de direito interno que tipificam o crime de desacato são incompatíveis com o artigo 13 da Convenção Americana de Direitos Humanos.”

Pleiteia o reconhecimento de nulidade da sentença de primeiro grau, ante a indigitada omissão. Requer, subsidiariamente, a absolvição do delito de roubo ante a incidência do princípio da insignificância, ou sua desclassificação para o tipo de constrangimento ilegal; e a absolvição do crime de desacato, em face do disposto no art. 13 do Pacto de São José da Costa Rica.

Apresentadas contrarrazões (e-STJ, fls. 261-264).

O recurso não foi admitido pela incidência das súmulas 7/STJ e 284/STF, daí a interposição de agravo perante este Superior Tribunal.

Parecer da Subprocuradoria-Geral da República pelo provimento do agravo e provimento em parte do recurso especial, conforme a seguinte ementa (e-STJ, fls. 297-307):

“AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ROUBO, DESACATO E RESISTÊNCIA. PRELIMINAR DE NULIDADE POR NEGATIVA JURISDICIONAL. INOCORRÊNCIA. OMISSÃO SANADA PELO TRIBUNAL. AMPLA DEVOLUTIVIDADE DA APELAÇÃO.

1. A tese defensiva relativa à incompatibilidade do crime de desacato com a Convenção Americana de Direitos Humanos não foi devidamente apreciada na sentença, mas a omissão foi plenamente sanada pelo Tribunal *a quo*, no âmbito da devolutividade plena inerente ao recurso de apelação.

ROUBO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INAPLICABILIDADE.

2. A jurisprudência das Cortes Superiores encontra-se sedimentada no sentido de que o princípio da insignificância é inaplicável a crimes cometidos mediante violência e grave ameaça, como o roubo. Precedentes. Incidência da Súmula n. 83 do STJ.

DESACATO. INCOMPATIBILIDADE DO TIPO PENAL COM A CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS.

3. A Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) já se pronunciou no sentido de que a criminalização do desacato contraria a Convenção Americana sobre os Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica).

4. Na colisão entre normas de direito interno e previsões da CADH, as regras de interpretação nela previstas (art. 29) determinam a prevalência da norma do tratado.

5. O Supremo Tribunal Federal já firmou entendimento de que os tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo país e incorporados ao direito interno na forma do artigo 5º, § 2º, da Constituição brasileira, têm natureza supralegal (RE n. 466.343).

6. Resta inviabilizada a condenação por desacato com fundamento em norma interna incompatível com Tratado Internacional de Direitos Humanos (norma supralegal), do qual o Brasil é signatário.

7. Parecer pelo provimento do agravo e, no mérito, pelo provimento parcial do recurso especial.”

O agravo foi convertido em recurso especial, conforme o disposto no art. 253, parágrafo único, II, “d”, do RISTJ.

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO RIBEIRO DANTAS (Relator):

O recorrente argui a nulidade do processo, a partir da sentença, pelos seguintes argumentos (e-STJ, fl. 252):

“Embora entre as teses apresentadas para requerer a absolvição da acusação de crime de desacato estivesse a incompatibilidade do tipo penal deste crime com a Convenção Interamericana de Direitos Humanos o juízo de primeira instância não enfrentou esta questão, resultando assim ofensa ao disposto no art. 381, III do Código de Processo Penal.

Assim, a decisão deveria ter sido anulada por ocasião do julgamento da apelação, o que, entretanto, não ocorreu porque o Tribunal entendeu que não há necessidade de se rebater todas as teses defensivas.

Com a devida vênia, não é isso que diz o texto de lei e tendo havido ofensa ao disposto no art. 381, III do CPP a sentença e tudo que nos autos que se sucederam a ela também está eivado de nulidade insanável, devendo os autos retornarem a primeira instância para novo julgamento monocrático.”

Entretanto, uma vez interposto o recurso de apelação, o Tribunal, respeitando o contraditório, poderá enfrentar todas as questões suscitadas, ainda que não decididas na primeira instância, desde que relacionadas ao objeto litigioso recursal, bem como apreciar fundamentos não acolhidos pelo juiz (arts. 10 e 1.013, § 1º e 2º, do Código de Processo Civil, c/c art. 3º do Código de Processo Penal).

Nesse sentido, já se manifestou esta Corte Superior, explicitando que: “a apelação devolve à instância recursal originária o conhecimento de toda a matéria impugnada, ainda que não tenha sido objeto de julgamento pelo Juiz singular. Assim, a omissão na sentença acerca da tese ventilada pela defesa, na fase de alegações finais, pode ser suprida em segunda instância, não havendo se falar em ofensa ao princípio do duplo grau de jurisdição” (HC 165.789/MG, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEXTA TURMA, DJe 17/8/2011).

Ainda sobre o tema:

“(…) 2. O efeito devolutivo da apelação é total ou parcial quanto à extensão e sempre integral quanto à profundidade. O Tribunal poderá analisar, com ampla profundidade, a pretensão recursal que lhe foi submetida, não ficando adstrito aos fundamentos adotados em primeiro grau, desde que respeitada a extensão objetiva do recurso. (...)” (HC 311.439/DF, Rel. Ministro ROGÉRIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, DJe 2/2/2016.)

Não prospera, tampouco, a pretensão de incidência do princípio da insignificância ao crime de roubo (art. 157, *caput*, do Código Penal).

O “princípio da insignificância – que deve ser analisado em conexão com os postulados da fragmentariedade e da intervenção mínima do Estado em matéria penal – tem o sentido de excluir ou de afastar a própria tipicidade penal, examinada na perspectiva de seu caráter material. (...) Tal postulado – que considera necessária, na aferição do relevo material da tipicidade penal, a presença de certos vetores, tais como (a) a mínima

ofensividade da conduta do agente, (b) nenhuma periculosidade social da ação, (c) o reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e (d) a inexpressividade da lesão jurídica provocada – apoiou-se, em seu processo de formulação teórica, no reconhecimento de que o caráter subsidiário do sistema penal reclama e impõe, em função dos próprios objetivos por ele visados, a intervenção mínima do Poder Público” (STF, HC 84.412/SP, Rel. Ministro CELSO DE MELLO, SEGUNDA TURMA, DJ 19/11/2004).

Vale dizer, não basta à caracterização da tipicidade penal a adequação pura e simples do fato à norma abstrata, pois, além dessa correspondência formal, é necessário o exame materialmente valorativo das circunstâncias do caso concreto, a fim de se evidenciar a ocorrência de lesão grave e penalmente relevante ao bem em questão.

Desse modo, firmou-se no Superior Tribunal de Justiça o entendimento de que é “inaplicável ao crime de roubo a causa supralegal de exclusão da ilicitude por tratar-se de delito que ofende o patrimônio e a integridade física da vítima, evidenciando maior grau de ofensividade, periculosidade e reprovabilidade da conduta, aptas a afastar a bagatela” (AgRg no AREsp 585.654/DF, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 16/2/2016, DJe 26/2/2016). Confirmam-se, ainda:

“(...) 2. A jurisprudência do STF e do STJ é pacífica, no sentido de não ser possível a aplicação do princípio da insignificância aos crimes praticados com grave ameaça ou violência contra a vítima, incluindo o roubo: “É inviável reconhecer a aplicação do princípio da insignificância para crimes praticados com violência ou grave ameaça, incluindo o roubo” (STF, RHC 106.360/DF, Relatora Ministra ROSA WEBER, Primeira Turma, DJe de 3/10/2012).

(...)

4. *Habeas corpus* não conhecido.”

(HC 339.999/RS, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, DJe 29/2/2016.)

“(...) 2. O crime de roubo, porque investe contra bens jurídicos distintos, é dizer, o patrimônio e, notadamente, a integridade física, não pode ser considerado de mínima ofensividade, desprovido de periculosidade social, de reduzido grau de reprovabilidade e de inexpressividade, não rendendo ensejo à aplicação do princípio da insignificância. Precedentes desta Corte e do Supremo Tribunal Federal.

3. Recurso conhecido em parte e, nessa extensão, desprovido.”

(RHC 56.431/SC, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 18/6/2015, DJe 30/6/2015.)

O entendimento da Corte Estadual, no ponto em que afastou a possibilidade de aplicação do princípio da insignificância ao delito do art. 157, *caput*, do CP, está de acordo com a jurisprudência do STJ, acima referenciada, conforme se observa nos trechos da sentença e do acórdão, abaixo transcritos (e-STJ, fls. 148-150 e 220-221):

“A vítima Faedra disse que: ‘Ele estava assim doido, e entrou dentro da minha casa. Eu estava dando comida para as minhas filhas, ele entrou, me empurrou, foi lá no fundo, roubou uma garrafa de conhaque Dreher e saiu ameaçando, falando que ia arrancar a cabeça da gente com a barra de ferro.’

(...)

A testemunha de acusação E.S.L. disse que: ‘o seu Alex é vizinho da gente lá na vila, o apelido dele é cachorrinho, é o nome que o conhecemos por lá, ele é acostumado a beber, ele realmente usa drogas, e não é a primeira, não é a segunda, não é a terceira. Foram várias vezes. Toda vez ele incomoda vizinhança, toda vez que bebe invade a casa dos outros, inclusive, a minha, invadiu três vezes. (...) Dessa vez ele pegou um litro de conhaque, lá é um terreiro, eu não moro lá. Na verdade lá é um centro espírita, é o meu centro, eu sou babalorixá. Eu moro em outro lugar, a Faedra me ligou, falou que ele tinha invadido e pegado a garrafa de

conhaque, a barra de cano, e eu fui lá para saber o que estava acontecendo. Cheguei lá, ele estava totalmente desorientado. Ele pegou uma barra de cano e começou a dar no meu carro. (...) A mãe dele chamou a viatura para ele. Ele tentou invadir novamente, só que a Faedra se colocou na frente, com outro rapaz, que ele agrediu, empurrando, falou palavras, xingou de nomes (...).

Eis o quadro probatório.

Quanto ao crime de roubo, comprovado pelas declarações da vítima que **o acusado ingressou na residência desta e, mediante grave ameaça empunhando um vergalhão de metal, subtraiu para si um a garrafa de bebida Dreher.**

Não há se falar em absolvição, porquanto comprovado o crime. A grave ameaça restou provada de modo que não se cuida de furto. **Afasto o princípio da insignificância, tendo em conta que no crime de roubo, além do patrimônio, tutela-se a liberdade e a integridade física.**

No mais, anoto que o laudo psiquiátrico constatou que o réu não é dependente químico ou de álcool, fazendo apenas uso abusivo da bebida” (grifou-se.)

“Impossível também, o reconhecimento e aplicação do princípio da insignificância, como pleiteado pela Defesa. Isto porque, mencionado princípio não é aplicável, em hipótese alguma, aos crimes complexos, como o roubo.

Ademais, não há, de fato, previsão legal alguma para que seja reconhecido sequer o privilégio em razão do pequeno valor dos bens subtraídos, na hipótese de crime de roubo.

‘O princípio da insignificância é aplicável apenas a crimes simples, que protegem um único bem jurídico em que o objeto material atingido é de pouca expressão; portanto, não incide nos crimes complexos como o roubo, que tutelam dois ou mais bens jurídicos’ (RT 796/623-TACRIM-SP).

De rigor, portanto, a manutenção da condenação do apelante por todos os crimes constantes na denúncia” (grifou-se.)

Noutro giro, verifica-se a existência de diversos inquéritos e ações penais em desfavor do recorrente, até mesmo pela suposta prática de crime de roubo, havendo, inclusive, uma condenação criminal transitada em julgado, consoante a folha de antecedentes juntada às e-STJ, fls. 37-45, e a certidão de e-STJ, fl. 53. A jurisprudência desta Quinta Turma reconhece que o princípio da insignificância não tem aplicabilidade em casos de reincidência.

Veja-se:

“AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PENAL. FURTO SIMPLES. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. DESCABIMENTO. CONTUMÁCIA DO RÉU EM CRIMES CONTRA O PATRIMÔNIO. REINCIDÊNCIA. SÚMULA 83/STJ. PENA-BASE. EXASPERAÇÃO. MAUS ANTECEDENTES. 4 MESES. PROPORCIONALIDADE. REGIME INICIAL FECHADO. PENA IGUAL OU INFERIOR A 4 ANOS. REINCIDENTE E POSSUIDOR DE CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. A contumácia do réu em crimes contra o patrimônio, configurada a reincidência, impede a aplicação do princípio da insignificância. Precedentes. Incidência do enunciado n. 83 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça – STJ.
2. A exasperação da pena-base em 4 meses diante dos maus antecedentes não se revela desproporcional, pois a pena em abstrato cominada para o delito é de 1 a 4 anos.
3. Aplica-se o regime inicial fechado para o condenado a pena igual ou inferior a 4 anos que, além de reincidente, tiver circunstância judicial desfavorável, como os maus antecedentes no caso concreto.
4. Agravo regimental desprovido.”

(AgRg no AREsp 879.862/SC, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 8/11/2016, DJe 14/11/2016.)

É lamentável a situação em que se encontra o recorrente, condenado a 5 (cinco) anos, 5 (meses) e 10 (dez) dias de reclusão pelo roubo de uma

garrafa de conhaque avaliada em apenas R\$ 9,00 (nove reais). O agente, visivelmente alcoolizado, subtraiu a garrafa de conhaque brandindo uma barra de ferro e proferindo graves ameaças às vítimas, o que, segundo a jurisprudência desta Corte, afasta a possibilidade do reconhecimento do crime de bagatela. Há, também, o aspecto da reincidência, que, além de reforçar o impeditivo à aplicação do princípio da insignificância, tornaria inviável, diante da reprimenda concretamente imposta e do disposto no art. 33, § 2º, “b”, do CP, eventual concessão de *habeas corpus* de ofício para a fixação do regime inicial semiaberto.

Ao final do item 2 da peça recursal (e-STJ, fl. 257), faz-se o pleito de desclassificação do crime de roubo para o de constrangimento ilegal, sem a indicação do dispositivo legal considerado malferido nem das razões que poderiam fundamentar o pedido.

Aplica-se, portanto, o veto da Súmula 284/STF, segundo a qual: “É inadmissível o recurso extraordinário, quando a deficiência na sua fundamentação não permitir a exata compreensão da controvérsia.”

Além disso, o tema não foi objeto de apreciação pelo Tribunal de origem, nem a parte interessada opôs embargos de declaração para suprir tal omissão, o que atrai o óbice das Súmulas 282 e 356 do STF, a seguir reproduzidas:

Súmula 282/STF: “É inadmissível o recurso extraordinário, quando não ventilada, na decisão recorrida, a questão federal suscitada.”

Súmula 356/STF: “O ponto omissis da decisão, sobre o qual não foram opostos embargos declaratórios, não pode ser objeto de recurso extraordinário, por faltar o requisito do requestionamento.”

Sobre os argumentos defensivos atinentes à incompatibilidade do crime de desacato com o art. 13 da Convenção Americana de Direitos Humanos – CADH (Pacto de São José da Costa Rica), que protege a liberdade de expressão e pensamento, a Corte paulista assim se manifestou: a) a abolição de qualquer tipo penal somente poderia

ocorrer por meio de lei; b) o Tratado não é incompatível com o crime de desacato, pois a garantia da liberdade de expressão e pensamento não autoriza ofensa gratuita dirigidas a servidores públicos; e c) a previsão do delito de desacato insere-se em hipótese de responsabilidade ulterior pela ocorrência das violações mencionadas no item 2 do art. 13 da Convenção.

Mas não é bem assim, **maxima venia**.

O art. 2º, c/c o art. 29, da Convenção Americana de Direitos Humanos prevê a adoção, pelos Estados Partes, de “medidas legislativas **ou de outra natureza**”, visando à solução de antinomias normativas que possam suprimir ou limitar o efetivo exercício de direitos e liberdades fundamentais:

“Artigo 1. Obrigação de respeitar os direitos.

1. Os Estados Partes nesta Convenção comprometem-se a respeitar os direitos e liberdades nela reconhecidos e a garantir seu livre e pleno exercício a toda pessoa que esteja sujeita à sua jurisdição, sem discriminação alguma por motivo de raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social.

2. Para os efeitos desta Convenção, pessoa é todo ser humano. Artigo 2. Dever de adotar disposições de direito interno. Se o exercício dos direitos e liberdades mencionados no artigo 1 ainda não estiver garantido por disposições legislativas ou de outra natureza, os Estados Partes comprometem-se a adotar, de acordo com as suas normas constitucionais e com as disposições desta Convenção, as **medidas legislativas ou de outra natureza que forem necessárias para tornar efetivos tais direitos e liberdades.**”

(...)

Artigo 29. Normas de interpretação.

Nenhuma disposição desta Convenção pode ser interpretada no sentido de:

a. permitir a qualquer dos Estados Partes, grupo ou pessoa, suprimir o gozo e exercício dos direitos e liberdades reconhecidos na Convenção ou limitá-los em maior medida do que a nela prevista;

- b. limitar o gozo e exercício de qualquer direito ou liberdade que possam ser reconhecidos de acordo com as leis de qualquer dos Estados Partes ou de acordo com outra convenção em que seja parte um dos referidos Estados;
- c. excluir outros direitos e garantias que são inerentes ao ser humano ou que decorrem da forma democrática representativa de governo; e d. excluir ou limitar o efeito que possam produzir a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem e outros atos internacionais da mesma natureza.” (Grifou-se.)

Na sessão de 4/2/2009, a Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, ao julgar, pelo rito do art. 543-C do CPC/1973, o Recurso Especial 914.253/SP, de relatoria do Ministro LUIZ FUX, adotou o entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário 466.343/SP, no sentido de que os tratados de direitos humanos, ratificados pelo país, têm força supralegal, “o que significa dizer que toda lei antagônica às normas emanadas de tratados internacionais sobre direitos humanos é destituída de validade.”

Eis as ementas dos aludidos RE 466.343 e REsp 914.253/SP:

“PRISÃO CIVIL. Depósito. Depositário infiel. Alienação fiduciária. Decretação da medida coercitiva. Inadmissibilidade absoluta. Insustentação da previsão constitucional e das normas subalternas. Interpretação do art. 5º, inc. LXVII e § 1º, 2º e 3º, da CF, à luz do art. 7º, § 7, da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica). Recurso improvido. Julgamento conjunto do RE 349.703 e dos HCs 87.585 e 92.566. É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito.” (STF, RE 466.343, Rel. Ministro CEZAR PELUSO, TRIBUNAL PLENO, julgado em 3/12/2008, DJe 4/6/2009.)

“PROCESSO CIVIL. TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA. ART. 543-C, DO CPC. DEPOSITÁRIO INFIEL. PACTO DE SÃO JOSÉ DA COSTA RICA. EMENDA CONSTITUCIONAL N. 45/2004. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. NOVEL POSICIONAMENTO ADOTADO PELA SUPREMA CORTE.

1. A Convenção Americana sobre Direitos Humanos, em seu art. 7º, § 7º, vedou a prisão civil do depositário infiel, ressalvada a hipótese do devedor de alimentos. Contudo, a jurisprudência pátria sempre direcionou-se no sentido da constitucionalidade do art. 5º, LXVII, da Carta de 1988, o qual prevê expressamente a prisão do depositário infiel. Isto em razão de o referido tratado internacional ter ingressado em nosso ordenamento jurídico na qualidade de norma infraconstitucional, porquanto, com a promulgação da Constituição de 1988, inadmissível o seu recebimento com força de emenda constitucional. Nesse sentido confirmam-se os seguintes julgados da Suprema Corte: RE 253.071/GO, Relator Ministro MOREIRA ALVES, Primeira Turma, DJ de 29 de junho de 2006 e RE 206.482/SP, Relator Ministro MAURICIO CORRÊA, Tribunal Pleno, DJ de 5 de setembro de 2003.

2. A edição da EC n. 45/2004 acresceu ao art. 5º da CF/1988 o § 3º, dispondo que ‘Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais’, inaugurando novo panorama nos acordos internacionais relativos a direitos humanos em território nacional.

3. Deveras, ‘a ratificação, pelo Brasil, sem qualquer reserva do pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (art. 11) e da Convenção Americana sobre Direitos Humanos – Pacto de San José da Costa Rica, (art., 7º, 7), ambos do ano de 1992, não há mais base legal para prisão civil do depositário infiel, pois o caráter especial desses diplomas internacionais sobre direitos humanos lhes reserva lugar específico no ordenamento jurídico, estando abaixo da Constituição, porém acima da legislação infraconstitucional com ele conflitante, seja ela anterior ou posterior ao ato de ratificação. Assim ocorreu com o art. 1.287 do Código Civil de 1916 e com o Decreto-Lei n. 911/1969, assim como em relação ao art. 652 do novo Código Civil (Lei n. 10.406/2002).’ (voto proferido pelo Ministro GILMAR MENDES, na sessão de julgamento do Plenário da Suprema Corte em 22 de novembro de 2006, relativo ao Recurso Extraordinário 466.343/SP, da relatoria do Ministro CEZAR PELUSO).

4. A Constituição da República Federativa do Brasil, de índole pós-

positivista, e fundamento de todo o ordenamento jurídico, expressa, como vontade popular, que a República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados, Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como um dos seus fundamentos a dignidade da pessoa humana como instrumento realizador de seu ideário de construção de uma sociedade justa e solidária.

5. O Pretório Excelso, realizando interpretação sistemática dos direitos humanos fundamentais, promoveu considerável mudança acerca do tema em foco, assegurando os valores supremos do texto magno. O Órgão Pleno da Excelsa Corte, por ocasião do histórico julgamento do Recurso Extraordinário 466.343/SP, Rel. Ministro CEZAR PELUSO, reconheceu que **os tratados de direitos humanos têm hierarquia superior à lei ordinária, ostentando *status* normativo supralegal, o que significa dizer que toda lei antagônica às normas emanadas de tratados internacionais sobre direitos humanos é destituída de validade, máxime em face do efeito paralisante dos referidos tratados em relação às normas infra-legais autorizadoras da custódia do depositário infiel. Isso significa dizer que, no plano material, as regras provindas da Convenção Americana de Direitos Humanos, em relação às normas internas, são ampliativas do exercício do direito fundamental à liberdade, razão pela qual paralisam a eficácia normativa da regra interna em sentido contrário, haja vista que não se trata aqui de revogação, mas de invalidade.**

(...)

8. Recurso especial desprovido. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 8/2008.” (REsp 914.253/SP, Rel. Ministro LUIZ FUX, CORTE ESPECIAL, julgado em 2/12/2009, DJe 04/2/2010 – grifou-se.)

Os acórdãos acima mencionados, ao reconhecerem o caráter supralegal dos tratados que cuidam da proteção aos direitos humanos, enfatizaram que, “no plano material, as regras provindas da Convenção Americana de Direitos Humanos, em relação às normas internas, são ampliativas do exercício do direito fundamental à liberdade, razão pela qual paralisam a eficácia normativa da regra interna em sentido contrário,

haja vista que não se trata aqui de revogação, mas de invalidade” (REsp 914.253/SP).

Trata-se do **controle de convencionalidade**, cuja finalidade é compatibilizar as normas internas com os tratados e convenções de direitos humanos, nos termos da doutrina pioneira, no Brasil, de VALÉRIO MAZZUOLI (O controle jurisdicional da convencionalidade das leis. 2ª ed. v. 4. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011). Explica o autor:

“Nesse sentido, entende-se que o controle de convencionalidade (ou o de supralegalidade) deve ser exercido pelos órgãos da justiça nacional relativamente aos tratados aos quais o país se encontra vinculado. Trata-se de adaptar ou conformar os atos ou leis internas aos compromissos internacionais assumidos pelo Estado, que criam para estes deveres no plano internacional com reflexos práticos no plano do seu direito interno. Doravante, não somente os tribunais internacionais (ou supranacionais) devem realizar esse tipo de controle, mas também os tribunais internos. O fato de serem os tratados internacionais (notadamente os de direitos humanos) imediatamente aplicáveis no âmbito do direito doméstico, garante a legitimidade dos controles de convencionalidade e de supralegalidade das leis no Brasil” (MAZZUOLI, Valério. O controle jurisdicional da convencionalidade das leis. 2ª ed. v. 4. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, pp. 133-134.)

Nesse particular, a Corte Interamericana de Direitos Humanos, quando do julgamento do caso *Almonacid Arellano y otros v. Chile*, passou a exigir que o Poder Judiciário de cada Estado Parte do Pacto de São José da Costa Rica exerça o controle de convencionalidade das normas jurídicas internas que aplica aos casos concretos (texto disponível no sítio eletrônico: www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_154_esp.pdf).

Salienta MARINONI que, “no atual sistema normativo brasileiro, os tratados que possuem *status* normativo supralegal apenas abrem oportunidade ao controle difuso. O exercício do controle de convencionalidade é um dever do juiz nacional, podendo ser

feito a requerimento da parte ou mesmo de ofício” (*In Controle de convencionalidade: um panorama latino-americano: Brasil, Argentina, Chile, México, Peru, Uruguai/Calogero Pizzolo... [et al.]; coordenação Luiz Guilherme Marinoni, Valério de Oliveira Mazzuoli. - 1. Ed. - Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2013, p. 66).*

Anote-se, ainda, que o controle de convencionalidade não se confunde com o controle de constitucionalidade, uma vez que a posição supralegal do tratado de direitos humanos é bastante para superar a lei ou ato normativo interno que lhe for contrária, abrindo ensejo a recurso especial, como, aliás, já fez esta Corte Superior ao entender pela inconvenção da prisão civil do depositário infiel.

A propósito, o art. 105, III, “a”, da Constituição Federal de 1988 estabelece, expressamente, a competência do Superior Tribunal de Justiça para “julgar, em recurso especial, as causas decididas, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos Tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão recorrida contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhes vigência” (grifou-se.)

Se a discussão girasse em torno de tratado ou convenção votado sob regime do art. 5º, § 3º, da CF, a coisa seria diferente, porque a norma, aí, teria *status* de emenda constitucional e, desse modo, haveria controle de constitucionalidade, com usurpação da competência do Supremo Tribunal Federal, na hipótese de controle concentrado, ou da Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, em caso de controle difuso (cláusula de reserva de plenário).

Dessarte, ao contrário do que entenderam as instâncias ordinárias, a ausência de lei veiculadora de *abolitio criminis* não inibe a atuação do Poder Judiciário na verificação de possível inconformidade do art. 331 do CP, que prevê a figura típica do desacato, com o art. 13 do Pacto de São José da Costa Rica, que estipula mecanismos de proteção à liberdade de pensamento e de expressão.

Em face de tais considerações, passo ao exame dos dispositivos em confronto, cujo teor é o seguinte:

Convenção Americana de Direitos Humanos

“Artigo 13. Liberdade de pensamento e de expressão

1. Toda pessoa tem direito à liberdade de pensamento e de expressão. Esse direito compreende a liberdade de buscar, receber e difundir informações e idéias de toda natureza, sem consideração de fronteiras, verbalmente ou por escrito, ou em forma impressa ou artística, ou por qualquer outro processo de sua escolha.

2. O exercício do direito previsto no inciso precedente não pode estar sujeito a censura prévia, mas a responsabilidades ulteriores, que devem ser expressamente fixadas pela lei e ser necessárias para assegurar: a. o respeito aos direitos ou à reputação das demais pessoas; ou

b. a proteção da segurança nacional, da ordem pública, ou da saúde ou da moral públicas.

3. Não se pode restringir o direito de expressão por vias ou meios indiretos, tais como o abuso de controles oficiais ou particulares de papel de imprensa, de freqüências radioelétricas ou de equipamentos e aparelhos usados na difusão de informação, nem por quaisquer outros meios destinados a obstar a comunicação e a circulação de idéias e opiniões.

4. A lei pode submeter os espetáculos públicos a censura prévia, com o objetivo exclusivo de regular o acesso a eles, para proteção moral da infância e da adolescência, sem prejuízo do disposto no inciso 2.

5. A lei deve proibir toda propaganda a favor da guerra, bem como toda apologia ao ódio nacional, racial ou religioso que constitua incitação à discriminação, à hostilidade, ao crime ou à violência.”

Código Penal

“Desacato

Art. 331 - Desacatar funcionário público no exercício da função ou em razão dela:

Pena - detenção, de seis meses a dois anos, ou multa.”

A Comissão Interamericana de Direitos Humanos – CIDH já se manifestou a respeito do tema em casos que envolveram Argentina, Chile, Panamá, Peru e Venezuela, resultando, sempre, em decisões pela prevalência do art. 13 do Pacto de São José sobre normas internas que tipificam o crime em exame. Destaca-se, como paradigma, o Caso n. 11.012, relativo ao jornalista Horácio Verbitsky, condenado por desacato em razão de ter chamado de “asqueroso” o Ministro Augusto César Belluscio, da Suprema Corte de Justiça da República Argentina. A controvérsia foi resolvida mediante o compromisso do país vizinho no sentido de extirpar de seu ordenamento jurídico o delito de desacato.

No caso *Palamara Iribarne v. Chile* (2005) a solução não foi amistosa, tendo a CIDH considerado que a República do Chile violou o disposto no art. 13 da Convenção ante a imputação do crime de desacato ao escritor Humberto Antonio Palamara Iribarne.

No relatório especial de 1995, a Comissão afirmou que as leis de desacato se prestam ao abuso, como meio para silenciar ideias e opiniões consideradas incômodas pelo establishment, bem assim proporcionam maior nível de proteção aos agentes do Estado do que aos particulares, em contravenção aos princípios democrático e igualitário (CIDH, Relatório sobre a compatibilidade entre as leis de desacato e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, OEA/Ser. L/V/II.88, doc. 9 rev., 17 de fevereiro de 1995, 197-212).

A CIDH, em seu 108º período ordinário de sessões, realizado de 16 a 27/10/2000, aprovou a Declaração de Princípios sobre Liberdade de Expressão, que estatui: “11. Os funcionários públicos estão sujeitos a um maior controle por parte da sociedade. As leis que punem a manifestação ofensiva dirigida a funcionários públicos, geralmente conhecidas como ‘leis de desacato’, atentam contra a liberdade de expressão e o direito à informação.”

A aprovação do Princípio n. 11 sobre Liberdade de Expressão teve a seguinte justificativa:

“50. Como foi salientado anteriormente, o pleno exercício da liberdade de expressão é um dos principais mecanismos com que a sociedade conta para exercer um controle democrático sobre as pessoas que têm a seu cargo assuntos de interesse público. A CIDH se pronunciou claramente sobre a incompatibilidade das leis de desacato com a Convenção Americana:

A aplicação de leis de desacato para proteger a honra dos funcionários públicos que atuam em caráter oficial outorga-lhes injustificadamente um direito a proteção especial, do qual não dispõem os demais integrantes da sociedade. Essa **distinção inverte diretamente o princípio fundamental de um sistema democrático, que faz com que o governo seja objeto de controles, entre eles, o escrutínio da cidadania, para prevenir ou controlar o abuso de seu poder coativo.** Considerando-se que os funcionários públicos que atuam em caráter oficial são, para todos os efeitos, o governo, então é precisamente um direito dos indivíduos e da cidadania criticar e perscrutar as ações e atitudes desses funcionários no que diz respeito à função pública.

Juntamente com as restrições diretas, **as leis de desacato restringem indiretamente a liberdade de expressão, porque carregam consigo a ameaça do cárcere ou multas para aqueles que insultem ou ofendam um funcionário público.** A esse respeito, a Corte Europeia afirmou que, apesar de as penas posteriores de multa e revogação de um artigo publicado não impedirem que o peticionário se expresse, elas ‘equivalem, não obstante, a uma censura, que podem dissuadi-lo de formular críticas desse tipo no futuro’. O temor de sanções penais necessariamente desencoraja os cidadãos de expressar suas opiniões sobre problemas de interesse público, em especial quando a legislação não distingue entre os fatos e os juízos de valor.

A crítica política com frequência inclui juízos de valor. Quando são aplicadas, as leis de desacato têm um efeito direto sobre o debate aberto e rigoroso sobre as políticas públicas, que o Artigo 13 garante e que é essencial para a existência de uma sociedade democrática. Ademais, a Comissão observa que, ao contrário da estrutura estabelecida pelas leis de desacato, em uma sociedade democrática, as personalidades políticas e públicas devem estar mais – e não menos – expostas ao escrutínio e à crítica do público. Como essas pessoas estão no centro do debate público

e se expõem de modo consciente ao escrutínio da cidadania, devem demonstrar maior tolerância à crítica.

(...)

52. Nesse contexto, **a distinção entre a pessoa privada e a pública torna-se indispensável. A proteção outorgada a funcionários públicos pelas denominadas leis de desacato atenta abertamente contra esses princípios. Essas leis invertem diretamente os parâmetros de uma sociedade democrática, na qual os funcionários públicos devem estar sujeitos a um maior escrutínio por parte da sociedade.** A proteção dos princípios democráticos exige a eliminação dessas leis nos países em que elas ainda subsistam. Por sua estrutura e utilização, essas leis representam enquistamentos autoritários herdados de épocas passadas, e é preciso eliminá-las.” (texto disponível no sítio eletrônico: <http://www.oas.org/pt/cidh/expressao/showarticle.asp?artID=132&IID=4> – grifou-se.)

Ora. **As recomendações da CIDH assumem força normativa interna**, porquanto, “no caso *Loayza Tamayo v. Peru* e nos posteriores, a Corte [Interamericana de Direitos Humanos] sustentou que o princípio da boa-fé, consagrado também na Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados, obriga os Estados contratantes da Convenção Americana de Direitos Humanos a realizar seus melhores esforços para cumprir as deliberações da Comissão [CIDH], que é também órgão principal da OEA, organização que tem como uma de suas funções justamente promover a observância e a defesa dos direitos humanos no continente americano” (RAMOS, André de Carvalho. *Processo internacional de direitos humanos*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 234).

Assim mesmo, o Brasil não retirou da legislação o crime de desacato, o que, a teor de denúncias formuladas pelas Defensorias Públicas da União e do Estado de São Paulo à CIDH, consubstanciaria descumprimento do art. 13 da CADH e do respectivo Princípio sobre Liberdade de Expressão n. 11.

Com semelhantes argumentos, em 31/5/2016, a Procuradora

Federal dos Direitos do Cidadão, Doutora DEBORAH DUPRAT, representou ao Procurador-Geral da República pela propositura de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental perante o Supremo Tribunal Federal.

A proposta de ADPF, disponível no sítio eletrônico <http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/temas-de-atuacao/direitos-humanos/internacionais/atuacao-do-mpf/representacao-proposicao-adpf-crime-desacato>, destaca que a tipificação do crime de desacato “atenta contra o regime democrático, na medida em que impede o controle da atuação de servidores públicos a propósito de suas funções. Do mesmo modo, inibe a liberdade de expressão nos seus aspectos e fundamentos essenciais, além de atingir mais severamente aqueles que estão em luta pela implementação de seu catálogo de direitos, em clara ofensa ao princípio da igualdade.” Ressalta que a situação “compromete o Brasil no cenário internacional, em razão do não cumprimento de obrigações às quais aderiu livremente.”

A existência do crime do art. 331 do CP, para a PFDC, não raras vezes, serviu de instrumento de abuso de poder pelas autoridades estatais, para suprimir direitos fundamentais, em especial a liberdade de expressão:

“O constituinte brasileiro chegou a ser redundante, ao garantir a liberdade de expressão em múltiplos dispositivos, rejeitando peremptoriamente toda forma de censura. Essa insistência não foi gratuita. Por um lado, ela é uma resposta a um passado de desrespeito a essa liberdade pública fundamental, em que a censura campeava e pessoas eram perseguidas por suas ideias. Por outro, revela o destaque que tal direito passa a ter em nossa ordem constitucional.”

Registra MAZZUOLI que “o *Institut de Droit International*, na sua sessão de Milão de 1993, na Resolução sobre ‘A atividade do juiz interno e as relações internacionais do Estado’, da qual foi relator o Sr. BENEDETTO CONFORTI, propôs que os juízes internos apliquem com total independência as normas provindas do direito internacional

e as **interpretem segundo os métodos seguidos pelos tribunais internacionais**. Falando de outra maneira, o que o *Institut* pretendeu foi que **os juízes internos interpretem e apliquem o direito internacional da mesma maneira que um tribunal internacional o faria, ou seja, como se uma jurisdição internacional fossem.**” (*op. cit.*, 2011, p. 94 – grifou-se).

A adesão ao Pacto de São José significa a transposição, para a ordem jurídica interna, de critérios recíprocos de interpretação, sob pena de negação da universalidade dos valores insertos nos direitos fundamentais nele reconhecidos.

A Opinião Consultiva n. 5/1985, da Corte Interamericana de Direitos Humanos, consagra o princípio *pro homine* na hermenêutica das normas domésticas e internacionais relativas à proteção dos direitos fundamentais, havendo, aliás, idêntica previsão na Constituição brasileira de 1988, que estabelece, como fundamento do Estado Democrático de Direito, a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III) e, como parâmetro das relações internacionais, a prevalência dos direitos humanos (art. 4º, II).

Vale dizer, no controle de convencionalidade, o intérprete deve estar imbuído da premissa de que “os Estados existem para os humanos e não vice-versa” (TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *Direito Internacional das Organizações Internacionais*. 5. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2012, p. 17).

No crime de desacato, contudo, o sujeito passivo é o Estado e, apenas em segundo plano, também o funcionário público, e isto porque o bem jurídico precipuamente tutelado é o prestígio da função pública (NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal Comentado*. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 1.380).

Embora a jurisprudência afaste a tipicidade do desacato quando a palavra ou o ato ofensivo resultar de reclamação ou crítica à atuação funcional do agente público (RHC 9.615/RS, Rel. Ministro EDSON

VIDIGAL, QUINTA TURMA, julgado em 8/8/2000, DJ 25/9/2000), o esforço intelectual de discernir censura de insulto à dignidade da função exercida em nome do Estado é por demais complexo, abrindo espaço para a imposição abusiva do poder punitivo estatal.

Com efeito, a depender da suscetibilidade do funcionário, uma palavra ou um gesto poderá sujeitar o autor a longa e tormentosa ação penal, até que um tribunal venha reconhecer a arbitrariedade da imputação do crime do art. 331 do CP. Veja-se, por exemplo, que este Superior Tribunal já trancou ação penal por desacato, movida contra Promotora de Justiça que pronunciou a frase “eu nunca ouvi tanta besteira”, direcionada ao Corregedor-Geral do Ministério Público de seu Estado (HC 305.141/PB, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 5/2/2015, DJe 18/2/2015). Noutra oportunidade, o STJ afirmou que “não houve desacato ao magistrado em razão da função jurisdicional, tendo sido as ofensas a ele dirigidas em caráter pessoal, decorrentes de sua atitude como passageiro de companhia aérea” (HC 21.228/PI, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 20/2/2003, DJ 24/3/2003).

Outro caso de repercussão, infelizmente, é o da morte de três jovens do Morro da Providência, no Rio de Janeiro/RJ, na sequência de suas prisões por desacato a militares do Exército em operações naquela localidade. O caso foi investigado pelo Conselho de Defesa dos Direitos da Pessoa Humana (CDDPH), que, no relatório de 30/9/2008, recomendou eliminar esse tipo penal, por violar parâmetros protetivos internacionais (texto disponível em <http://www.sdh.gov.br/sobre/participacao-social/cndh/relatorios/relatorio-c.emorro-da-providencia>).

Esse estado de coisas induziu à proposta de dois projetos de lei favoráveis à abolição do delito.

O Projeto de Lei n. 4.548/2008, apresentado pelo Deputado Federal EDSON DUARTE, afirma que esse tipo penal “tem servido nos dias atuais

como instrumento de intimidação de pessoas no âmbito das repartições públicas, onde costumeiramente são afixadas placas, cartazes e objetos similares em locais visíveis ao público com dizeres que alertam para a prática do aludido delito e suas possíveis consequências jurídicas ou simplesmente transcrevem literalmente o referido dispositivo legal, que prevê que o infrator no caso se sujeitará à pena privativa de liberdade (detenção) de seis meses a dois anos ou multa.” A justificativa do projeto pontua:

“(…) tal providência administrativa, muito embora seja justificada por autoridades e servidores públicos como importante meio para deter a violência contra si, estabelece na prática um lamentável mecanismo de censura em detrimento da livre manifestação de pensamento e, assim, contribui em grande medida para perpetuar as situações de mau atendimento a usuários de serviços públicos ou de adoção contra estes de atitudes grosseiras ou incompatíveis com a urbanidade que deveria ser mantida pelos mencionados agentes públicos no âmbito das repartições públicas.” (texto disponível no sítio eletrônico: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=0439C8798C67E98B0551B01F6370CE07.node1?codteor=631575&filename=Avulso+-PL+4548/2008.)

OPL n. 602/2015, de autoria do Deputado Federal JEAN WYLLYS, alude ao episódio em que uma agente de trânsito, durante abordagem a veículo de Juiz de Direito, foi presa por desacatar o magistrado:

“Cena 1: Uma servidora do Detran-RJ, numa *blitz* (em 2011), parou um veículo que estava sem placa. A nota fiscal que portava já tinha prazo vencido. O motorista, ademais, não portava a carteira de habilitação (tudo isso foi reconhecido em sentença da Justiça). Quem era o motorista? Um juiz de direito. A servidora (que fez uma dissertação de mestrado sobre ética na administração pública) disse que o carro irregular deveria ser recolhido. Essa providência, absolutamente legal e válida para todos, foi a causa do *quid pro quo* armado. O motorista queria que um tenente a prendesse. Este se recusou a fazer isso. Chegaram os PMs (tentaram algemá-la). A servidora disse: ‘Ele não é Deus’. O juiz começou a gritar e deu voz de prisão, dizendo que ela era ‘abusada’ (quem anda com

carro irregular, não, não é abusado). Ela processou o juiz por prisão ilegal. O TJ do RJ entendeu (corporativamente) que foi a servidora que praticou ilegalidade e abuso (dizendo que ‘juiz não é Deus’). Alegação complementar da servidora: ‘Se eu levo os carros dos mais humildes, por que não vou levar os dos mais abastados?; Posso me prejudicar porque fiz meu trabalho direito’ (...)” (texto disponível no sítio eletrônico: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1306621&filename=PL+602/2015.)

Na opinião do parlamentar, “o abuso de autoridade, em especial, a prática da ‘carteirada’, é uma mazela comum no Brasil e merece atenção especial da lei.” E arremata:

“Uma das infelizes causas para tal prática é a existência de um tipo penal específico para o crime contra a honra praticado contra autoridade ou funcionário público, o desacato. **A figura do desacato é, de certa forma, a legitimação jurídica da pergunta ‘Você sabe com quem está falando?’** que, como diz o antropólogo Roberto DaMatta, ‘engendra um impasse pela introdução de uma relação [hierárquica] num contexto que teoricamente deveria ser resolvido pela aplicação individualizada e automática da lei’” (grifou-se.)

Não há dúvida de que a criminalização do desacato está na contramão do humanismo, porque ressalta a preponderância do Estado – personificado em seus agentes – sobre o indivíduo. Afinal, é da Doutrina o conceito de que “todo funcionário público, desde o mais graduado ao mais humilde, é instrumento da soberana vontade e atuação do Estado”, daí a especial proteção que lhe consagra a lei penal (HUNGRIA, Nelson. Comentários ao Código Penal. v. 9. Rio de Janeiro: Forense, 1959, p. 420).

A continuar dessa forma, o funcionário público que se sentir vitimado por qualquer desaire tem direito de invocar a cláusula absolutista e dizer, sem exagero, *L’État c’est moi*, porquanto com respaldo no art. 331 do CP.

Com todas as vênias, a existência de tal normativo em nosso

ordenamento jurídico é anacrônica, pois traduz desigualdade entre funcionários e particulares, o que é inaceitável no Estado Democrático de Direito preconizado pela CF/88 e pela Convenção Americana de Direitos Humanos.

Ademais, a punição do uso de linguagem e atitudes ofensivas contra agentes estatais é medida capaz de fazer com que as pessoas se abstenham de usufruir do direito à liberdade de expressão, por temor de sanções penais, sendo esta uma das razões pelas quais a CIDH estabeleceu a recomendação de que os países aderentes ao Pacto de São José abolissem suas respectivas leis de desacato.

À parte as normas e regras de interpretação do sistema interamericano de proteção aos direitos humanos, vale a pena mencionar a notável construção jurisprudencial norte-americana sobre a *fighting words doctrine*.

A Suprema Corte dos Estados Unidos desenvolveu, a partir do caso *Chaplinsky v. New Hampshire* (1942), o entendimento de que o *right of free speech* (Primeira Emenda) não protegeria a utilização de palavras que incitassem à quebra imediata da paz social (*fighting words doctrine*). Entretanto, em casos posteriores, tendo como paradigma o precedente firmado em *Lewis v. City of New Orleans* (1974), aquele Tribunal passou a reduzir a margem de aplicação da teoria das “palavras belicosas”, para declarar a inconstitucionalidade de leis de desacato redigidas de maneira vaga ou cujo alcance fosse excessivo, de modo a conferir ao funcionário poder ilimitado para prender ou processar o suposto infrator (cf. caselaw.findlaw.com/us-supreme-court/415/130.html).

É importante a ponderação da Suprema Corte norte-americana pois, no tocante à liberdade de expressão, “(...) há de se ter redobradas cautelas ao prospectar limites a seu uso, sobretudo quando o particular se volta contra o Estado, ainda que para externar sentimentos desconexos ou de aleivosia, pois, particularmente aí, ‘a liberdade costuma ofender’

(CLARICE LISPECTOR)” (TRF5, AC 421.293/CE, Rel. Juiz Federal convocado BRUNO LEONARDO CÂMARA CARRÁ, TERCEIRA TURMA, j. 22/9/2011, DJe 10/10/2011).

Observe-se, por fim, que o afastamento da tipificação criminal do desacato não impede a responsabilidade ulterior, civil ou até mesmo de outra figura típica penal (calúnia, injúria, difamação etc.), pela ocorrência de abuso na expressão verbal ou gestual ofensiva, utilizada perante o funcionário público.

Louvo-me, no aspecto, na argumentação expendida pelo Subprocurador-Geral da República, Doutor NÍVIO DE FREITAS SILVA FILHO, para “ressaltar que eventuais condutas que exorbitem os limites da razoabilidade podem ser suficientemente responsabilizadas por instrumentos de natureza cível e mesmo penal, aplicáveis a toda e qualquer pessoa, mostrando-se desnecessário manter um tipo dotado de conceitos vagos e imprecisos, que tem servido mais como meio de intimidação dos cidadãos do que para a proteção da Administração Pública.”

Com razão, portanto, o recorrente, no ponto em que aduz a inviabilidade da condenação por desacato com fundamento em tipo penal incompatível com os parâmetros normativos oferecidos pelo art. 13 do Pacto de São José da Costa Rica, do qual a República Federativa do Brasil é signatária.

Ante o exposto, conheço em parte do recurso especial e, nessa extensão, dou-lhe parcial provimento, para afastar a condenação do recorrente pelo delito de desacato (art. 331 do Código Penal).

É como voto.

**TRIBUNAL DE JUSTIÇA
DE SANTA CATARINA**

PRIMEIRA VICE-PRESIDÊNCIA

Suspensão de Liminar ou Antecipação de Tutela n. 4009758-33.2016.8.24.0000, de Balneário Camboriú

Requerente: Município de Balneário Camboriú

Proc. Município: Marcelo Freitas (OAB: 11739/SC) e outros

Agravado: Ministério Público do Estado de Santa Catarina

Promotores: Matheus Azevedo Ferreira e outro

Interessada: Empresa Brasileira de Edificações Ltda. – Embraed

Interessada: Atlantis Construtora e Incorporadora

Interessada: Embraed Brasil Two Empreendimentos Imobiliários Spe Ltda.

Interessada: Embraed 19 Empreendimentos Imobiliários Spe Ltda.

Interessada: Embraed 28 Empreendimentos Imobiliários Spe Ltda.

Interessada: Embraed La Martina Empreendimentos Imobiliários Ltda.

Interessada: Yachthouse Incorporadora Ltda.

Interessada: Pasqualotto & Gt Incorporadora Ltda.

Interessada: Orla Construtora e Incorporadora Ltda.

Interessada: Macon Empreendimentos Imobiliários Ltda.

Interessada: RV Incorporações e Empreendimentos Imobiliários Ltda.

Interessada: Essege Engenharia e Construções Ltda.

Interessada: Incorporadora Cechinel Ltda.

Interessada: Pa Construtora e Incorporadora Ltda.

Interessada: Piramidal Empreendimentos Imobiliários Ltda.

Interessada: Pavoni Construtora e Incorporadora Ltda.

Interessada: Construtora e Incorporadora J. A. Russi Ltda.

Interessada: Leblon Residence Construções SPE Ltda.

Interessada: H. PIO Construtora e Incorporadora Ltda.

Interessada: Haacke Empreendimentos Imobiliários Ltda.

Interessada: NG Empreendimentos Ltda.

Interessada: P & P Construtora e Incorporadora Ltda.

Interessada: Benve Art – Construtora e Incorporadora Ltda.

Interessada: Luzia Beatriz Grando Zanol
Interessada: Nicoletta Casali
Interessada: Maria Luigia Delcarro
Interessada: FGP Empreendimentos Ltda.
Interessada: FG Prime Empreendimentos Ltda.
Relator: Desembargador Alexandre d'Ivanenko

DECISÃO MONOCRÁTICA TERMINATIVA

O Município de Balneário Camboriú ingressou com o presente pedido de suspensão dos efeitos da liminar deferida na ação civil pública n. 0900411-38.2015.8.24.0005, em que figura como autor o Ministério Público do Estado de Santa Catarina, contendo o seguinte dispositivo:

[...] Assim, para estancar temporariamente a questão, até que se verifique efetivamente a legalidade das medidas, evitando novos aproveitamentos que, futuramente, podem ser considerados ilegais, resguardando, também, o crescimento ordenado do município que, neste momento processual mostra-se em perigo, DEFIRO a liminar requerida e, por cautela, determino a imediata suspensão de todas as licenças, concessões e autorizações deferidas, em tramitação ou que vierem a ser requeridas, para utilização dos índices ICON e ICAD da Lei Municipal n. 3.681/2014.

Para tanto, sustentou que: **[a]** a decisão atacada causou grave lesão à ordem, porque teria ferido a presunção de constitucionalidade da Lei Municipal n. 3.681/2014, sem que tenha apontado qualquer vício material ou formal; **[b]** o Plano Diretor do Município admitiu a criação de outorgas onerosas, estando os índices estabelecidos na Lei Municipal n. 3.681/2014 de acordo com tal plano, inclusive quanto aos coeficientes máximos debatidos; **[c]** o Juízo de primeiro grau limitou-se a dizer que não se observou o necessário trâmite para edição da Lei Municipal n. 3.681/2014, deixando de ser específico quanto ao que efetivamente estaria em desacordo a ponto de comprometer sua higidez; **[d]** a decisão, também, causou dano à ordem na medida em que feriu a soberania popular ao desconsiderar que a Lei Municipal

n. 3.681/2014 contou com a participação do Conselho da Cidade – órgão de participação popular da gestão democrática do Município – e de audiências públicas; [e] a decisão, igualmente, causou dano à ordem, porquanto feriu a isonomia entre as construtoras e incorporadoras, na medida em que apenas as construtoras FG e FGP lograram êxito no efeito suspensivo de seus agravos de instrumento, gozando estas de um potencial construtivo maior que as demais; [f] a decisão traz grave lesão à saúde porque existem vários canteiros de obras paralisados em decorrência do óbice imposto pela medida liminar, gerando a possibilidade de diversos insetos, muito por causa de água parada, sobretudo o risco do mosquito *aedes aegypti*; [g] a decisão traz também risco à segurança, na medida em que, como é de conhecimento geral, os trabalhadores ficarão ociosos nos canteiros de obras, criando ambiente propício à prática de crimes; [h] o risco de lesão à segurança decorre ainda da impossibilidade de finalizar muitas das obras, de modo a potencializar o risco de desmoronamento e acidentes do gênero; [i] o risco de lesão à segurança jurídica das relações estabelecidas com os particulares, que não sabem de que forma agir diante da decisão que negou vigência à Lei Municipal n. 3.681/2014, sem declará-la inconstitucional na seara própria (pp. 1-29).

Arrematou, com fundamento nos arts. 12, § 1º, da Lei n. 7.347/1985 e 4º da Lei n. 8.437/1992, requerendo, liminarmente, a suspensão dos efeitos da decisão proferida na ação civil pública n. 0900411-38.2015.8.24.0005.

Instruiu a petição inicial com documentos (pp. 31-313).

Vieram-me, então, conclusos os autos.

É o relatório.

DECIDO.

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

Dispõe o art. 4º da Lei n. 8.437/1992:

Art. 4º. Compete ao presidente do tribunal, ao qual couber o conhecimento do respectivo recurso, suspender, em despacho fundamentado, a execução da liminar nas ações movidas contra o Poder Público ou seus agentes, a requerimento do Ministério Público ou da pessoa jurídica de direito público interessada, em caso de manifesto interesse público ou de flagrante ilegitimidade, e para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia pública.

Na mesma linha é a redação do art. 12, § 1º, da Lei n. 7.347/1985:

Art. 12. Poderá o juiz conceder mandado liminar, com ou sem justificação prévia, em decisão sujeita a agravo.

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

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

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

Marcelo Abelha Rodrigues ensina que “o objeto de julgamento desse incidente é a verificação se há o risco potencial de grave lesão entre a decisão proferida e os interesses públicos tutelados pelo incidente”

(Suspensão de Segurança. Sustação da eficácia de decisão judicial proferida contra o Poder Público. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, pp. 134-135).

Pois bem.

Lendo detidamente os autos, percebe-se circunstância irremediável ao conhecimento do pedido de suspensão da liminar. De se ver a nítida falta de interesse jurídico do Município de Balneário Camboriú, em razão de a decisão atacada, salvo melhor juízo, estar sob o manto do efeito suspensivo concedido no agravo de instrumento n. 4005798-69.2016.8.24.0000.

Chama a atenção que surgiram diversos agravos de instrumento da decisão atacada (cite-se, por exemplo, os de ns. 1000997-64.2016.8.24.0000; 1001022-77.2016.8.24.0000; 4006208-30.2016.8.24.0000), todos direcionados à Câmara Especial Civil, cujo relator, por prevenção, foi o Des. Subst. Luiz Zanelato, que indeferiu em todos os recursos o almejado efeito suspensivo da decisão.

Sucedee, contudo, que, em substituição legal ao Des. Subst. Luiz Zanelato, o agravo de instrumento n. 4005798-69.2016.8.24.0000 foi distribuído ao Des. Subst. Artur Jenichen Filho, que, por sua vez, manifestou convicção no sentido de **deferir o efeito suspensivo** postulado pelas construtoras FGP Empreendimentos Ltda. e FG Prime Empreendimentos Ltda., ambas arroladas no polo passivo da mencionada ação civil pública.

Nessa linha de raciocínio, é de se imaginar configurada a chamada eficácia expansiva subjetiva do recurso, a que se refere o art. 1.005 do Código de Processo Civil/2015 (antigo art. 509 do CPC/1973).

Eis a dicção do referido preceptivo legal:

Art. 1.005. O recurso interposto por um dos litisconsortes a todos aproveita, salvo se distintos ou opostos os seus interesses.

Parágrafo único. Havendo solidariedade passiva, o recurso interposto por

um devedor aproveitará aos outros, quando as defesas opostas ao credor lhes comuns.

Faz-se tal afirmação porquanto, aparentemente, na demanda principal, se está diante de litisconsorte unitário, considerando a natureza do provimento que pressupõe homogeneidade da decisão, de modo a atingir todos os demandados na mesma extensão e intensidade.

Com efeito, confrontando os termos da decisão atacada com os fundamentos jurídicos da decisão deferitória do efeito suspensivo no agravo de instrumento, verifica-se que, em ambas, a gênese é a ocorrência de vício na edição da Lei Municipal n. 3.681/2014, sem atribuir conduta ilícita a nenhum dos requeridos. São demandados simplesmente por requererem na municipalidade a autorização de outorga onerosa nos termos da mencionada lei municipal. Aliás, qualquer pessoa que o fizesse poderia ocupar o assento passivo dessa ação civil pública. E mais, a decisão, por seu caráter *erga omnes*, atinge qualquer interessado de maneira idêntica, ainda que não esteja no polo passivo da demanda, porquanto inibe a municipalidade de emitir licenças, concessões e autorização para utilização dos índices ICON e ICAD da Lei Municipal n. 3.681/2014.

Enfatize-se que, nos termos da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, “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” (RMS 15.354/SC, rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, Quinta Turma, j. 26-4-2005).

À guisa de fundamentação, recorro, *mutatis mutandis*, à doutrina de Araken de Assis:

[...] Em virtude do caráter imperativo da homogeneidade, o art. 509, *caput*, aplicar-se-á sempre que o objeto do recurso, considerando a

natureza do provimento, revelar-se idôneo a repercutir na formação da regra jurídica aplicável aos litisconsortes. **O dispositivo pressupõe a necessidade de julgamento idêntico e uniforme para todos os figurantes em um dos polos do processo.** Logo, no campo natural de atuação da regra abrangente o recurso interposto contra a sentença de mérito (art. 269), que é a apelação (art. 513). Nesta contingência, **o recurso de um dos litisconsortes contra o julgamento desfavorável do mérito aproveita aos demais sempre que a decisão, ante seu teor e alcance, haja de influir na relação comum.** Por exemplo: João e Pedro postularam a anulação de certo ato administrativo, porque ilegal e lesivo ao erário, mas apenas Pedro apela da sentença de improcedência: o efeito devolutivo estende-se a João. Do mesmo modo, o agravo de Pedro, contra a decisão que indeferiu a antecipação de tutela, visando à suspensão do ato no curso do processo, aproveitará a João (*Manual dos recursos*. 6. ed. São Paulo: RT, 2014, pp. 257-258 – sem destaque no original).

Ora, afronta a lógica imaginar que apenas uma das construtoras arroladas no polo passivo da demanda estaria autorizada a gozar de um potencial construtivo maior que as demais, em razão do efeito suspensivo deferido em seu agravo de instrumento.

Daí exsurge a compreensão no sentido de que o efeito suspensivo deferido no agravo de instrumento n. 4005798-69.2016.8.24.0000 atingiu em cheio a decisão liminar proferida na ação civil pública, a ponto de estancar seus efeitos até pronunciamento definitivo do Tribunal, inclusive em relação aos demais litigantes, por força da eficácia expansiva subjetiva do recurso (art. 1.005 do CPC/2015).

Baseado nessa premissa – que não tem o condão de modificar o entendimento firmado nos agravos de instrumentos –, deságua o entendimento de que o presente pedido de suspensão de execução da liminar deve ser extinto por falta de interesse jurídico válido (arts. 17 e 485, inc. VI, do CPC/2015), porquanto não há liminar a ser suspensa seus efeitos.

A respeito, pertinente a lição de Marcelo Abelha Rodrigues:

Com isso tudo queremos dizer que, embora o resultado final e prático, num e noutro caso, possam coincidir momentaneamente, porque a suspensão da execução da decisão (requerida ao presidente) também poderia ser conseguida com o relator antes do julgamento do recurso, é claro que não há identidade entre os caminhos a serem utilizados para obter a sustação da eficácia da decisão. É certo que um não depende do outro, não possuem a mesma natureza jurídica, a mesma legitimidade, a mesma competência e, também, são fundamentados em razões absolutamente diversas, embora **não se possa negar que, obtida a suspensão pelo agravo, não existirá interesse processual no incidente e vice-versa. Isso resulta óbvio (a ausência de interesse processual) pelo só fato de que o objeto do incidente estará absorvido pela decisão liminar concessiva da suspensão pelo relator do agravo** (*Suspensão de segurança*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 221 – sem destaque no original).

Pelo exposto, verificada a ausência de interesse processual, é de rigor a extinção deste incidente de suspensão de liminar, na forma do art. 485, inc. VI, do CPC/2015.

Intime-se.

Arquive-se com as baixas de estilo.

Florianópolis, 23 de setembro de 2016.

Alexandre d'Ivanenko
Relator

Suspensão de Liminar n. 4017326-03.2016.8.24.0000, de Joinville

Requerente: Estado de Santa Catarina

Procuradores: Sandra Cristina Maia (OAB: 20096/SC) e outro

Requerido: Ministério Público do Estado de Santa Catarina

Promotor: Sérgio Ricardo Joesting

Interessado: Hospital Nossa Senhora das Graças

Advogado: Maçazumi Furtado Niwa (OAB: 27852/PR)

Relator: Desembargador Alexandre d'Ivanenko

DECISÃO MONOCRÁTICA TERMINATIVA

O Estado de Santa Catarina, com fundamento no art. 12, § 1º, da Lei n. 7.347/1985, ingressou com pedido de suspensão da medida liminar deferida pelo Juiz de Direito da Vara da Infância e Juventude da comarca de Joinville, nos autos da ação civil pública n. 0906424-17.2016.8.24.0038, que determinou o bloqueio, por meio do sistema Bacenjud, de R\$ 16.149.960,00 (dezesesseis milhões, cento e quarenta e nove mil e novecentos e sessenta reais) especificamente do Fundo Estadual de Saúde – FES.

Para tanto, sustentou que a decisão liminar atacada foi requerida pelo Ministério Público do Estado de Santa Catarina em favor do Hospital Materno Infantil “Dr. Jeser Amarante Faria”, administrado, por meio do Contrato de Gestão n. 001/2008, pela Organização Social “Hospital Nossa Senhora das Graças”, com fundamento no inadimplemento do Estado no repasse mensal da verba contratualmente ajustada.

Afirmou que o sequestro de R\$ 16.149.960,00 (dezesesseis milhões, cento e quarenta e nove mil e novecentos e sessenta reais) das contas do Fundo Estadual de Saúde – FES ocasionou grave lesão à ordem e à economia pública, assim justificando: [i] a decisão feriu o art. 167, inc. VI, da Constituição da República, que veda transposição, remanejamento ou transferência de recursos de uma categoria de programa para outra, ou

de um órgão para outro, sem prévia autorização legislativa; [ii] a decisão judicial invadiu a competência do Poder Executivo, encontrando óbice no art. 2º da CRFB; [iii] a decisão afrontou o regime de precatórios, previsto no art. 100 da CRFB; [iv] a decisão objurgada tem capacidade de acarretar o efeito multiplicador.

Após esclarecer ponto a ponto cada um dos itens acima, inclusive colacionando doutrina e julgados, deduziu pedido para suspender liminarmente o provimento judicial de primeira instância que sequestrou R\$ 16.149.960,00 (dezesseis milhões, cento e quarenta e nove mil e novecentos e sessenta reais) das contas do Fundo Estadual de Saúde – FES.

Instruiu o incidente com os documentos de pp. 19-421.

Houve o aditamento da inicial com a juntada de documento novo (pp. 423-425).

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

RELATADOS, DECIDO.

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

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

Art. 12. Poderá o juiz conceder mandado liminar, com ou sem justificação prévia, em decisão sujeita a agravo.

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

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

Art. 4º. Compete ao presidente do tribunal, ao qual couber o conhecimento do respectivo recurso, suspender, em despacho fundamentado, a execução da liminar nas ações movidas contra o Poder Público ou seus agentes, a requerimento do Ministério Público ou da pessoa jurídica de direito público interessada, em caso de manifesto interesse público ou de flagrante ilegitimidade, e para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia pública.

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

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

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

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

Tal compreensão tem a chancela do Supremo Tribunal Federal,

para quem “neste tipo de processo, esta nossa Casa de Justiça não enfrenta o mérito da controvérsia, apreciando-o, se for o caso, lateral ou superficialmente” (Suspensão de Liminar n. 623, rel. Min. Ayres Britto, j. 10-7-2012 – sem destaque no original).

Salienta-se, por sua vez, que, por não comportar dilação probatória, o pedido de suspensão deve vir acompanhado de prova pré-constituída, sob pena de rejeição liminar.

Pois bem. Lendo detidamente a petição inicial, a primeira observação que deve ser feita é que o Estado de Santa Catarina reconhece a mora no repasse das verbas ajustadas (parcialmente nos meses de janeiro e setembro/2016 e integralmente nos meses de outubro e novembro/2016) por meio do Contrato de Gestão n. 001/2008 com Organização Social “Hospital Nossa Senhora das Graças”, atribuindo a responsabilidade exclusivamente à “crise que assola o País”.

Em nenhum momento o Estado contesta a dívida objeto da constrição, muito embora alegue ter efetuado o repasse de R\$ 2.200.000,00 (dois milhões e duzentos mil reais) em 7-12-2016. Neste ponto, é de rigor esclarecer que o Estado sequer comprovou tal repasse, socorrendo-se, inacreditavelmente, de matéria jornalística (pp. 416-418) e de uma tabela criada unilateralmente, sem nenhum dado efetivo do repasse.

Outro ponto que merece relevo é o fato de o Estado também não demonstrar ter buscado entendimento com a credora (Organização Social “Hospital Nossa Senhora das Graças”) no sentido de repactuar o débito e/ou restabelecer novos parâmetros financeiros diante da penosa realidade enfrentada pelas finanças do Estado. Foram inúmeras missivas emitidas pelo Hospital ao Secretário de Estado da Saúde suplicando socorro financeiro (exigindo tão somente o cumprimento do contrato formalizado – repasse mensal de 5.998.000,00 para o exercício de 2016) (pp. 113-195).

A situação ficou tão crítica, inclusive com risco de suspensão de

todos os serviços daquele nosocômio que restou ao Ministério Público do Estado de Santa Catarina – cuja função institucional, segundo o art. 129 da CRFB, é zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição, promovendo as medidas necessárias a sua garantia (inc. II) e promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos (inc. III) – o ajuizamento da ação civil pública, que culminou com a constrição judicial de verba necessária para a continuidade dos serviços médico-hospitalares.

Nesse contexto, emoldurada minimamente a questão, não obstante o interesse público primário evidente, não se pode afirmar que houve lesão à ordem e à economia pública. Ao revés, parece-me que a escassez de repasses do Estado ao Hospital Infantil de Joinville tem acarretado dano gravíssimo à saúde – quiçá às vidas – das crianças de Joinville e da região norte do Estado.

Vale destacar que nenhum dos argumentos lançados na petição inicial convence, antecipe-se.

Ora, por mais que se tenha conhecimento da situação financeira periclitante enfrentada pelo Estado de Santa Catarina, a saúde é bem jurídico de primeira linha, insuscetível de cortes orçamentários. É possível o Poder Judiciário chancelar o inadimplemento do Estado, sem nenhuma consequência? A resposta, a meu sentir, é negativa. Recorde-se que nossa realidade constitucional é de Estado de Direito, aplicando-se o ordenamento jurídico para o particular como também para o ente público. Por isso, quando o Poder Judiciário se vê obrigado a interferir na gestão de políticas públicas o faz não por mera liberalidade, mas por estrita necessidade, diante da inanição do Poder competente na concretude de direitos fundamentais encartados na Constituição da República.

Logo, o argumento de invasão da competência do Poder Executivo

na gestão de políticas públicas não se sustenta. A esse respeito, cite-se o seguinte excerto da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal:

[...] O Poder Judiciário, em situações excepcionais, pode determinar que a Administração pública adote medidas assecuratórias de direitos constitucionalmente reconhecidos como essenciais, sem que isso configure violação do princípio da separação dos poderes, inserto no art. 2º da Constituição Federal (RE 669.635 AgR, rel. Min. Dias Toffoli, 2ª Turma, j. 17-3-2015).

Melhor sorte não socorre o Estado de Santa Catarina ao apontar grave lesão à ordem e à economia pública com a indigitada infringência do sistema de precatório (art. 100 da CRFB). Ora, a regra para pagamento de dívida dos entes públicos realmente é por meio de precatório. Agora imaginar que tal regra se aplicaria no caso de ausência de repasse (mora parcial e absoluta) para manutenção mínima de um hospital não se coaduna com o balizamento constitucional.

Não se observa, igualmente, lesão à ordem e à economia pública por ofensa ao art. 167, inc. VI, da CRFB, que veda transposição, remanejamento ou transferência de recursos de uma categoria de programa para outra, ou de um órgão para outro, sem prévia autorização legislativa, uma vez que tal comando legal se aplica à administração pública, sendo irrelevante a origem da verba, desde que o bloqueio judicial recaia em conta da pasta da saúde, como de fato ocorreu.

De outro norte, também não pode ser aceito o argumento de que o provimento liminar tem potencial de gerar o chamado “efeito multiplicador”. Isso porque, no caso concreto, o conteúdo da decisão atacada não comporta discussão sobre sua validade e constitucionalidade, principalmente em razão de o Estado reconhecer que está inadimplente e que não tem recursos para honrar a dívida. Singelamente atribui à crise econômica que derrubou a arrecadação do Estado. Cabe ao Estado melhorar sua gestão, não ao Poder Judiciário “imunizá-lo” de cobranças de créditos legítimos.

Assim, embora se admita a possibilidade de haver novas constrições judiciais em demandas com idêntico objetivo, em outros Municípios do Estado, não há fundamento jurídico e legal para obstar tais medidas só com base na escassez de recursos para todos os programas da Secretaria do Estado da Saúde, afastando-se, portanto, a ocorrência do “efeito multiplicador”.

Verdade seja dita: é evidente que o sequestro de numerário da conta da saúde acarreta enorme transtorno administrativo para o Estado. Mas qual solução, então? Sequer o Estado veio a Juízo com um plano para viabilizar os serviços oferecidos pelo Hospital Infantil. Exigir que servidores trabalhem ou que prestadores de serviço continuem a trabalhar sem a devida contraprestação não é minimamente digno, tampouco pode ser admitido em nosso modelo constitucional. Afinal, se não houver o repasse da verba, quem pagará as despesas de manutenção dos serviços do Hospital Infantil?

Enfatize-se: a saúde é bem jurídico da primeira geração dos direitos fundamentais e, pela regra da proporcionalidade, deve prevalecer sobre questões econômicas tangíveis.

Desse modo, não identificada lesão à ordem e à economia pública, a teor do disposto no art. 12, § 1º, da Lei n. 7.347/1985 e art. 4º da Lei n. 8.437/1992, o indeferimento do pleito liminar é medida que se impõe.

Pelo exposto, não preenchidos os requisitos legais, INDEFIRO o pleito liminar formulado pelo Estado de Santa Catarina.

Intime-se.

Oportunamente, archive-se.

Florianópolis, 14 de dezembro de 2016.

Desembargador Alexandre d'Ivanenko
Relator

CONSELHO DA MAGISTRATURA

Consulta n. 2016.900084-7

Consulente: Lílian Telles de Sá Vieira – Juíza Corregedora Auxiliar – Núcleo V

Relator: Des. Ricardo Roesler

CONSULTA. PLANTÃO JUDICIAL. CRIMES MILITARES. COMPETÊNCIA ABSOLUTA, EM RAZÃO DA MATÉRIA, DA 5ª VARA CRIMINAL DESTA CAPITAL. ATENDIMENTO DE QUESTÕES QUE SE APRESENTAM FORA DO EXPEDIENTE FORENSE REGULAR, AINDA QUE ALÉM DOS LIMITES TERRITORIAIS DA CAPITAL, HÁ QUE SER FIXADO NO JUÍZO PLANTONISTA DESTA COMARCA.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Consulta n. 2016.900084-7, em que é consulente a Juíza Corregedora Auxiliar – Núcleo V:

ACORDAM, em Conselho da Magistratura, por votação unânime, responder à consulta formulada, no sentido de esclarecer que a competência para o atendimento de questões afetas a crimes militares efetivados fora do expediente forense regular, ainda que além dos limites territoriais da Capital, deve ser fixada no juízo plantonista desta comarca. Custas legais.

O julgamento, realizado no dia 12 de dezembro de 2016, foi presidido pelo Exmo. Sr. Desembargador Torres Marques (Presidente com voto), e dele participaram os Exmos. Srs. Desembargadores Sérgio Antônio Rizelo, Ernani Guetten de Almeida, Sérgio Roberto Baasch Luz, Ricardo Fontes, Salim Schead dos Santos, Jaime Ramos, Sérgio Izidoro Heil e Ronaldo Moritz Martins da Silva.

Funcionou como representante do Ministério Público o Exmo. Sr.

Dr. José Galvani Alberton.

Florianópolis, 14 de dezembro de 2016.

Ricardo Roesler
Relator

RELATÓRIO

Cuidam os autos de consulta instaurada pela Exma. Sra. Juíza Corregedora do Núcleo V da Corregedoria deste Tribunal, por meio da qual almeja dirimir controvérsia sobre qual unidade plantonista seria competente para o atendimento de questões de urgência, envolvendo crimes militares, perpetrados fora dos limites geográficos da comarca da Capital.

Concluso o feito, restou determinada a sua remessa à Corregedoria-Geral da Justiça, que se manifestou nos termos do parecer de fls. XXX.

É o relatório necessário.

VOTO

Não há como destoar das conclusões manifestadas pelo Exmo. Sr. Desembargador Corregedor.

Afinal, a competência em razão da matéria é absoluta e o exame, ainda que em regime de urgência, por outro juiz plantonista, que não o da Capital, poderia gerar desdobramentos infaustos e incompatíveis com a natureza das ações criminais. A ideia, aliás, de regulamentar tal situação decorre, até mesmo, na necessidade de evitar algum tipo de tumulto, pois, por envolver interesse público, não é passível de prorrogação, sob pena de nulidade.

Sobre o tema, disciplina a Resolução n. 24/2015-TJ, que transformou a Auditoria da Justiça Militar em 5ª Vara Criminal da comarca da Capital, e disciplinou a competência e a instalação desta unidade, que:

“Art. 2º Compete ao Juiz de Direito da 5ª Vara Criminal da comarca da Capital:

I - processar e julgar monocraticamente:

a) os militares estaduais, nos crimes militares cometidos contra civis, ressalvada a competência do Tribunal do Júri (art. 125, § 4º e 5º, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, e art. 51 e seu parágrafo único, da Lei Complementar n. 339, de 8 de março de 2006); e

b) as ações judiciais contra ato disciplinar militar estadual ou de autoridade militar estadual que tenha origem em transgressão disciplinar (art. 125, § 4º e 5º, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, art. 51 e seu parágrafo único, da Lei Complementar n. 339, de 8 de março de 2006);

c) as ações que envolvam a carreira militar, excetuadas as de caráter exclusivamente remuneratório, ressalvada a competência do Tribunal de Justiça, bem como a competência do Conselho Permanente de Justiça e do Conselho Especial de Justiça, prevista no inciso II deste artigo.

II - processar e julgar os militares estaduais, por meio do Conselho Permanente de Justiça e do Conselho Especial de Justiça, nos demais crimes militares definidos por lei (art. 125, § 5º, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, art. 51 e seu parágrafo único, da Lei Complementar n. 339, de 8 de março de 2006);

§ 1º Nos processos referidos nas alíneas “a” e “b” do inciso I e no inciso II deste artigo, competirá ao Tribunal de Justiça decidir sobre a perda do posto e da patente dos oficiais e da graduação das praças (art. 125, § 4º, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988).

§ 2º Os processos referidos na alínea “c” do inciso I deste artigo, em tramitação na 2ª e 3ª Varas da Fazenda Pública da comarca da Capital, serão redistribuídos à 5ª Vara Criminal da comarca da Capital.

3º No âmbito da 5ª Vara Criminal da comarca da Capital, o procedimento judicial será exclusivamente eletrônico, e obedecerá às diretrizes estabelecidas na Resolução Conjunta n. 3/2013-GP/CGJ, de 20 de maio de 2013, e na legislação em vigor.

(...)”

Colhe-se da breve leitura do aludido dispositivo, que houve a fixação de competência em razão da matéria, cujo caráter é absoluto. Logo, não há como haver prorrogação, nem mesmo em regime de plantão.

Nesse contexto, acolho integralmente o parecer de fls., cujas razões, por brevidade, reporto-me:

Trata-se de Consulta n. 2016.900084-7 instaurada pela Excelentíssima Senhora Juíza Corregedora do Núcleo V desta Corregedoria-Geral da Justiça, Doutora Lílian Telles de Sá Vieira, por intermédio da qual a Magistrada pretende seja dirimida a controvérsia existente acerca da unidade plantonista competente para o atendimento de demandas assentadas em crimes de natureza militar, perpetrados fora dos limites geográficos da comarca da Capital.

O deslinde da dúvida suscitada pela Togada desdobra-se em duas possíveis alternativas: a primeira delas, no sentido de que a entrega da prestação jurisdicional, em casos tais, ficaria sob a competência do juiz plantonista da comarca da Capital, haja vista que, por força da Resolução n. Resolução n. 24 de 19-8-2015, compete à 5ª Vara Criminal daquela comarca o julgamento das infrações de natureza militar cometidas no âmbito do estado de Santa Catarina.

A segunda, por seu turno, orienta-se na direção de que, uma vez praticado o crime em comarca do interior, em horário que não o do expediente ordinário, incumbiria ao juízo plantonista desta última a análise, se assim o fosse, do auto de prisão em flagrante, com o seu devido encaminhamento ao Magistrado da 5ª Vara Criminal ao retorno da atividade forense.

Insta ressaltar que a preocupação descortinada pela Magistrada consulente reside no fato de que o Poder Judiciário catarinense falece de norma

regulamentadora a disciplinar o assunto. Em tal cenário, a definição da competência jurisdicional em hipóteses como a dos autos faz-se medida imperiosa, sobretudo para evitar a insegurança ocasionada em situações como aquela estampada, à guisa de exemplo, no conflito negativo de competência trasladado às fls. 4-6 do feito.

Pois bem. Conforme explanado alhures, a Justiça Militar Estadual de Santa Catarina é exercida, forte na Resolução n. 24, de 19-8-2015, art. 1º, pela 5ª Vara Criminal da comarca da Capital, que, precedentemente à conversão estatuída no citado regramento, funcionava como Auditoria da Justiça Militar.

À dicção do art. 2º, *caput* e incisos, da aludida Resolução, os crimes de caráter militar, assim definidos por lei e cometidos por militares estaduais, haverão de ser processados tão somente pela referida unidade jurisdicional, à qual foi atribuída competência exclusiva para o julgamento de infrações de tal natureza na esfera desta unidade federativa.

Depreende-se, nesse trilhar, que o critério de fixação da competência ora em destaque baseia-se na natureza do delito cometido, de modo que se trata, pois, de competência em razão da matéria, caracterizada por seu caráter absoluto.

Nesse cenário, dúvidas não remanescem no sentido de que quaisquer demandas oriundas de crimes militares contemplados pela alçada de competência da 5ª Vara Criminal da comarca da Capital devem ser por esta apreciadas, ainda que intentadas nas demais comarcas do estado catarinense.

E o posicionamento aqui espelhado encontra guarida até mesmo em relação ao plantão judiciário.

Isso porque, malgrado inexistir regulamentação própria a respeito, a Resolução n. 12/2010, a qual regulamenta o funcionamento do plantão judiciário no primeiro grau de jurisdição, preconiza, em seu art. 4º, que “o plantão compreenderá as comarcas integrantes da circunscrição judiciária, observada a escala elaborada pelo Diretor de Foro da comarca que lhe servir de sede [...] (sem destaque no original)”.

Aliado a isso, vislumbra-se que, a rigor do aludido comando normativo, na “Escala do Plantão Judiciário” da comarca da Capital, periodicamente disponibilizada no sítio eletrônico do Tribunal de Justiça e elaborada pelo Excelentíssimo Senhor Juiz de Foro Antônio Zoldan da Veiga, consta que o plantão judiciário desta comarca contempla a integralidade das varas criminais da Capital, inserida neste rol, por decorrência lógica, a 5ª Vara Criminal.

Nesse norte, é de se concluir que a competência para o julgamento dos crimes de natureza militar, que, frisa-se, possui caráter absoluto, irradia seus efeitos também quanto à oferta da prestação jurisdicional realizada durante o plantão judiciário. Como bem pontuou a Juíza Corregedora consulente, convém recordar que “o magistrado da referida unidade integra a referida escala” (fl. 2).

Assim, acredita-se que, sob qualquer prisma, a competência para o atendimento de questões afetas a crimes militares efetivados fora do expediente forense regular, ainda que além dos limites territoriais da Capital, há de ser fixada no juízo plantonista desta comarca.

Entendimento contrário equivaleria a desqualificar o critério de competência material para o pressuposto da territorialidade, o que seria inviável, *in casu*, dado o caráter relativo da competência em razão do lugar.

Não se pode olvidar, ademais, que a competência absoluta, por envolver interesse público, não é passível de prorrogação, sob pena de nulidade de todos os atos decisórios praticados no feito.

Logo, temerária seria a adoção de distinto tratamento, visto que se daria margem, a exemplo dos autos de prisão em flagrante porventura examinados por juízos plantonistas não integrantes da comarca da Capital, a reiteradas suscitações de nulidade das decisões emanadas à míngua de competência da autoridade judiciária.

O Superior Tribunal de Justiça tem corroborado reiteradamente o entendimento abraçado no bojo deste parecer, consoante se verifica dos seguintes julgados, os quais se aplicam, *mutatis mutandis*, à espécie vertente:

[...] EFEITOS DO RECONHECIMENTO DA INCOMPETÊNCIA DA JUSTIÇA ESTADUAL. POSSIBILIDADE DE RATIFICAÇÃO DOS ATOS PROCESSUAIS ANTERIORES. PECULIARIDADE DO CASO CONCRETO. PRISÃO EM FLAGRANTE CONVERTIDA EM CUSTÓDIA PREVENTIVA. DECISÃO PROLATADA POR MAGISTRADO ABSOLUTAMENTE INCOMPETENTE. NULIDADE. CONCESSÃO DA ORDEM DE OFÍCIO.

1. Conquanto o tema ainda dê ensejo a certa controvérsia, prevalece o entendimento de que, constatada a incompetência absoluta, os autos devem ser remetidos ao Juízo competente, que pode ratificar ou não os atos já praticados, nos termos do artigo 567 do Código de Processo Penal, e 113, § 2º, do Código de Processo Civil. Doutrina. Precedentes.

2. Havendo indícios, desde a prisão em flagrante dos acusados, da prática de crime da competência da Justiça Federal, não poderia o Juízo Estadual simplesmente se arvorar do processo e converter a custódia em preventiva, circunstância que revela a patente nulidade do mencionado provimento judicial, prolatado por magistrado absolutamente incompetente.

4. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida de ofício para, reconhecendo a competência da Justiça Federal para julgar os crimes imputados ao paciente e ao corréu, anular a decisão que converteu a prisão em flagrante dos acusados em custódia preventiva, facultando-se a ratificação dos atos processuais anteriormente praticados (HC n. 244770/RJ, Quinta Turma, Rel. Min. Jorge Mussi, DJe 9-10-2012).

Flagrante (competência). Ação penal pública (incompetência). Prisão (ilegalidade).

1. Quem há de tomar conhecimento da prisão em flagrante delito é a autoridade judiciária competente.

2. Declarada a incompetência para a ação penal, impõe-se o reconhecimento da ilegalidade da prisão então homologada por autoridade judiciária incompetente.

3. *Habeas corpus* deferido a fim de se relaxar a prisão. Ordem estendida aos co-réus (HC n. 39146/BA, Sexta Turma, Rel. Min. Nilson Naves, DJe 20-3-2006).

No mesmo sentir, transcreve-se precedente desta egrégia Corte:

HABEAS CORPUS. USO DE DOCUMENTO FALSO (ART. 304 DO CÓDIGO PENAL). PRISÃO EM FLAGRANTE. AUSÊNCIA DE CONVERSÃO EM PREVENTIVA, POR REMESSA ANTERIOR AO MINISTÉRIO PÚBLICO. RECONHECIMENTO, DE OFÍCIO, DA INCOMPETÊNCIA DA JUSTIÇA ESTADUAL. CARTEIRA NACIONAL DE HABILITAÇÃO FALSA APRESENTADA A POLICIAL RODOVIÁRIO FEDERAL. DELITO PRATICADO EM DETRIMENTO DE SERVIÇOS DA UNIÃO. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL PARA PROCESSO E JULGAMENTO DO FEITO. ART. 109, IV, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. ANULAÇÃO DO PROCESSO DESDE O ENCAMINHAMENTO AO MINISTÉRIO PÚBLICO DE PRIMEIRO GRAU. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO EM RAZÃO DE A PRISÃO TER SIDO DECRETADA E MANTIDA POR AUTORIDADE MANIFESTAMENTE INCOMPETENTE.

Configura evidente constrangimento ilegal, ante a nulidade absoluta, independentemente da motivação, a manutenção de segregação corporal fundada em prisão preventiva decretada por autoridade incompetente, ex vi do art. 648, III, do CPP. Verificada a identidade fático-processual entre o paciente e co-réus, aplica-se o disposto no art. 580 do CPP, para determinar a imediata expedição de alvará de soltura em seu favor, se por outro motivo não estiver preso. Pleito de extensão deferido, restando prejudicado o exame do mérito do *writ* (*Habeas Corpus* n. 103134/MT rel. Min. Jorge Mussi, j. 07/8/2008). REMESSA AO JUÍZO COMPETENTE.

ORDEM CONCEDIDA (HC n. 2015.030841-4, de Ibirama, Terceira Câmara Criminal, Rel. Des. Leopoldo Augusto Brüggemann, j. 23-6-2015).

E ainda, colaciona-se julgado do colendo Tribunal de Justiça do estado do Paraná:

HABEAS CORPUS CRIME. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. DECLINAÇÃO DA COMPETÊNCIA PARA O

JUIZADO ESPECIAL CRIMINAL ANTE O RECONHECIMENTO DO DELITO DE MENOR POTENCIAL OFENSIVO. AUSÊNCIA DE REVOGAÇÃO DA LIBERDADE PROVISÓRIA CONCEDIDA AO PACIENTE MEDIANTE IMPOSIÇÃO DE MEDIDAS CAUTELARES. DECISÃO EIVADA DE NULIDADE. ATO DECISÓRIO EMANADO DE AUTORIDADE INCOMPETENTE. INTELIGÊNCIA DO ART. 567 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. ORDEM CONCEDIDA, DE OFÍCIO. (HC n. 1224773-5, 4ª Câmara Criminal, Rel. Des. Fernando Wolff Bodziak, j. 17-7-2014).

Por exclusivo apego ao debate, adita-se que o auto de prisão em flagrante, ainda que analisado em plantão judiciário de comarca diversa, haveria de ser encaminhado ao juízo competente, irremediavelmente, por ocasião do retorno do expediente forense, mormente porque as comarcas do interior sequer contam com varas de jurisdição militar.

Assim, eventuais ponderamentos no que toca a questões de praticidade e logística não prosperam para refutar a competência do plantão da 5ª Vara Criminal desta comarca quanto aos delitos de cerne militar cometidos fora dos seus limites jurisdicionais.

Por todo o exposto, esta Corregedoria-Geral da Justiça, como órgão de orientação e apoio, manifesta-se no sentido de que a competência para os crimes de natureza militar perpetrados no âmbito do estado de Santa Catarina deve ser fixada no juízo plantonista da comarca da Capital.

Desse modo, há que se responder à consulta, para esclarecer que a competência para o atendimento de questões afetas a crimes militares efetivados fora do expediente forense regular, ainda que além dos limites territoriais da Capital, deve ser fixada no juízo plantonista desta comarca.

Sugiro, ainda, que o feito seja encaminhado à Secretaria Técnica de Elaboração Normativa, com máxima urgência, sobretudo em razão da proximidade do recesso forense, para exame e elaboração de redação de resolução, com o fim de, em complemento à Resolução n. 24/2015-TJ, regulamentar a competência do juiz do plantonista da Capital, em relação

às questões afetas a crimes militares, efetivados fora do expediente forense regular, ainda que além dos limites territoriais desta comarca.

Antes disso, deverá ser dado amplo conhecimento, desta decisão, aos magistrados deste Estado, que deverão ser orientados a cumpri-la, desde já, até que seja regulamentada expressamente a situação.

É como voto

ÓRGÃO ESPECIAL

Conflito de Competência n. 1000365-38.2016.8.24.0000, da Capital

Relator: Des. Rodrigo Collaço

CONFLITONEGATIVODECOMPETÊNCIA.VARADAFAZENDA PÚBLICA E VARA CÍVEL. AÇÃO AJUIZADA EM DESFAVOR DA ELETROSUL S.A. SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA INTEGRANTE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA INDIRETA. PERSONALIDADE JURÍDICA DE DIREITO PRIVADO. NÃO INTEGRA O CONCEITO DE FAZENDA PÚBLICA. INCOMPETÊNCIA DA VARA FAZENDÁRIA. INTELIGÊNCIA DO ART. 99, I, 'C', DO CDOJESC. COMPETÊNCIA DA VARA CÍVEL. PRECEDENTES. CONFLITO PROCEDENTE.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Competência n. 1000365-38.2016.8.24.0000, da comarca da Capital (1ª Vara da Fazenda Pública), em que é Suscitante(s) Juiz de Direito da 1ª Vara da Fazenda Pública da Capital, e Suscitado(s) Juiz de Direito da 2ª Vara Cível da Comarca da Capital:

O Órgão Especial decidiu, por votação unânime, julgar procedente o conflito e declarar a competência do Juízo Suscitado (2ª Vara Cível da Comarca da Capital). Custas legais.

Participaram do julgamento, realizado em 7 de dezembro de 2016, os Exmos. Desembargadores Torres Marques (Presidente), Pedro Manoel Abreu, Cláudio Barreto Dutra, Newton Trisotto, Luiz César Medeiros, Sérgio Roberto Baasch Luz, Monteiro Rocha, Fernando Carioni, Rui Fortes, Marcus Túlio Sartorato, César Abreu, Ricardo Fontes, Salim Schead dos Santos, Jaime Ramos, Alexandre d'Ivanenko, Jorge Schaefer Martins, José Carlos Carstens Köhler, Jânio Machado, Raulino Jacó Brüning e Ricardo Roesler.

Funcionou como representante do Ministério Público o Exmo. Procurador de Justiça Durval da Silva Amorim.

Florianópolis, 13 de dezembro 2016.

Rodrigo Collaço
RELATOR

RELATÓRIO

Cuida-se de conflito de competência suscitado nos autos nº 0324738-42.2015.8.24.0023 pelo Juízo da 1ª Vara da Fazenda Pública da Capital em face da decisão do Juízo da 2ª Vara Cível dessa mesma Comarca que declinou da competência para processar e julgar ação declaratória de nulidade de ato administrativo, proposta por pessoa jurídica de direito privado contra sociedade de economia mista concessionária de serviço público, sob o argumento de que ações que tratam de licitações promovidas por sociedades de economia mista concessionárias de serviço público são afetas ao Juízo da 1ª Vara da Fazenda Pública da Capital, tendo por fundamento um julgado de 2012 desta Corte (fls. 215-216 – SAJ/PG).

O Juízo suscitante aduz que sociedades de economia mista não são integrantes dos entes que compõem a fazenda pública, alegando sua incompetência absoluta com fundamento no art. 99, I, 'c', do Código de Divisão e Organização Judiciárias do Estado de Santa Catarina (CDOJESC) e precedentes em casos análogos julgados por este Órgão Especial (fls. 114-115 e 217-218 – SAJ/PG).

O Excelentíssimo Procurador de Justiça Guido Feuser deixou de manifestar-se sobre o mérito por reputar inexistir interesse ministerial no feito (fls. 11/12).

VOTO

Razão assiste ao Juízo Suscitante.

Discute-se a competência para processar e julgar ações em que sejam partes sociedades de economia mista.

O art. 99 do CDOJESC trata sobre a competência das varas fazendárias, dispondo o inciso I, alínea ‘c’ que lhe são afetas as “*causas em que as fazendas estadual ou municipal e as autarquias estaduais ou municipais forem interessadas, como autoras ou rés, assistentes ou oponentes, e as que forem dependentes, preventivas ou assecuratórias*”.

Percebe-se que somente compete às varas da fazenda julgar e processar lides onde figurem como parte ou como interessadas as entidades que integram a administração pública direta, autárquica ou fundacional.

Não há na normativa previsão expressa de julgamento dos feitos que envolvam as sociedades de economia mista, constituídas como pessoas jurídicas de direito privado, no âmbito das varas das fazendas públicas. Desse modo, processo envolvendo a ELETROSUL Centrais Elétricas S.A., via de regra, deve tramitar na vara cível conforme exposto pelo juízo suscitante.

Neste sentido, já decidiu este Órgão Especial:

“CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. AÇÃO DE COBRANÇA. EQUILÍBRIO EM CONTRATO ADMINISTRATIVO. AÇÃO AJUIZADA EM DESFAVOR DE CELESC S.A. **SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA. INAPLICABILIDADE DO CONCEITO FAZENDA PÚBLICA, PARA FINS DE DISTRIBUIÇÃO DA COMPETÊNCIA EM PRIMEIRO GRAU.** PRECEDENTES DO ÓRGÃO ESPECIAL. ATRIBUIÇÃO AO PROCESSAMENTO QUE RECAI SOBRE VARA CÍVEL.” (Conflito de Competência n. 0157914-65.2015.8.24.0000, da Capital, Rel. Desa. Maria do Rocio Luz Santa Ritta, j. 2.3.2016, grifou-se)

“CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA – AÇÃO DE REEQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO DE CONTRATO ADMINISTRATIVO PROMOVIDA CONTRA **ELETROSUL CENTRAIS ELÉTRICAS S/A – SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA QUE NÃO INTEGRA O CONCEITO DE FAZENDA PÚBLICA DO ART. 99, INCISO I, ALÍNEA “C”, DO CÓDIGO DE DIVISÃO E ORGANIZAÇÃO JUDICIÁRIAS DO ESTADO** – COMPETÊNCIA DO JUÍZO DE DIREITO DA 2ª VARA CÍVEL – CONFLITO IMPROCEDENTE.

É do Juízo Cível, e não do Juízo da Fazenda Pública, a competência para processar e julgar causas cíveis em que a sociedade empresária privada ou de economia mista, ainda que concessionária de serviço público, é autora, ré ou interessada. Não se aplica ao Primeiro Grau a competência definida no Tribunal, para efeito de distribuição equitativa de feitos, em favor de Câmaras de Direito Público, nas hipóteses em que, não sendo parte nenhuma pessoa jurídica de direito público, concessionárias litigam acerca da qualidade da prestação do serviço público, preços públicos, tarifas ou licitações.” (Conflito de Competência n. 2014.068217-3, da Capital, Rel. Des. Jaime Ramos, j. 15.10.2014, grifou-se).

Assim, não se enquadrando a hipótese na competência estabelecida no art. 99 do CDOJESC, eis que a parte ré é pessoa jurídica de direito privado, deve-se declarar a competência da vara cível para conhecer do pedido formulado.

Ante o exposto, o voto é pelo acolhimento do conflito para declarar competente o juízo da 2ª Vara Cível da Comarca da Capital.

CÂMARA CIVIL ESPECIAL

Agravo n. 4006646-56.2016.8.24.0000/50000, da Capital

Relatora: Desembargadora Cláudia Lambert de Faria

AGRAVO (ART. 1.021, DO CPC) EM AGRAVO DE INSTRUMENTO – INTERPOSIÇÃO CONTRA DECISÃO MONOCRÁTICA QUE NÃO CONHECEU O RECURSO – AGRAVO DE INSTRUMENTO VISANDO A REFORMA DA DECISÃO DE PRIMEIRO GRAU QUE DETERMINOU A INTIMAÇÃO DOS AGRAVANTES, NOS AUTOS DA AÇÃO DE USUCAPÍÃO, PARA INDICAREM A QUALIFICAÇÃO E O ENDEREÇO DOS HERDEIROS DE CONFINANTE – DECISÃO AGRAVADA PROFERIDA E PUBLICADA NA VIGÊNCIA DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL – REQUISITO DE ADMISSIBILIDADE/CABIMENTO A SER ANALISADO COM BASE NO CPC/2015, CONSOANTE ENUNCIADO ADMINISTRATIVO N. 3 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA – AUSÊNCIA DE PREVISÃO EXPRESSA EM QUALQUER DAS HIPÓTESES TAXATIVAS PREVISTAS NO ART. 1.015, DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL – DECISÃO MANTIDA – RECURSO DESPROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo n. 4006646-56.2016.8.24.0000/50000, da comarca da Capital Vara de Sucessões e Reg. Pub. da Capital em que é Agravante Diego Garcia Rodrigues e outro.

A Câmara Civil Especial decidiu, por unanimidade, conhecer do recurso e negar-lhe provimento.

Participaram do julgamento, realizado nesta data, os Exmos. Srs. Des. Jaime Ramos e Luiz Zanelato.

Florianópolis, 24 de novembro de 2016.

Cláudia Lambert de Faria
Relatora

RELATÓRIO

Diego Garcia Rodrigues e outro, irresignados com a decisão que não conheceu o agravo de instrumento, interpuseram agravo interno, postulando a reforma da decisão monocrática e, sucessivamente, o provimento do recurso, para regular seguimento do agravo originário.

Este é o relatório.

VOTO

O presente recurso deve ser conhecido, por ser tempestivo e preencher os demais requisitos de admissibilidade.

Entretanto, analisando os fundamentos da decisão monocrática (fls. 46/52), infere-se que não merece provimento a irresignação recursal.

Isto porque, compulsando os autos, verifica-se que os agravantes interpuseram o agravo de instrumento objetivando a reforma da decisão de fl. 119 dos autos de origem, proferida em 14/07/2016, que determinou a sua intimação para indicar a qualificação e o endereço dos herdeiros de Pasqualina Vaz Pires.

Ocorre que, o referido pronunciamento não é passível de agravo de instrumento, tendo em vista que não se enquadra em qualquer das hipóteses previstas no rol do art. 1.015 do novo CPC, cuja transcrição, para melhor compreensão, segue reproduzida *in verbis*:

Art. 1.015. Cabe agravo de instrumento contra as decisões interlocutórias que versarem sobre:

I - tutelas provisórias;

II - mérito do processo;

III - rejeição da alegação de convenção de arbitragem;

IV - incidente de desconsideração da personalidade jurídica;

V - rejeição do pedido de gratuidade da justiça ou acolhimento do pedido de sua revogação;

VI - exibição ou posse de documento ou coisa;

VII - exclusão de litisconsorte;

VIII - rejeição do pedido de limitação do litisconsórcio;

IX - admissão ou inadmissão de intervenção de terceiros;

X - concessão, modificação ou revogação do efeito suspensivo aos embargos à execução;

XI - redistribuição do ônus da prova nos termos do art. 373, § 1º;

XII - (VETADO);

XIII - outros casos expressamente referidos em lei.

Parágrafo único. Também caberá agravo de instrumento contra decisões interlocutórias proferidas na fase de liquidação de sentença ou de cumprimento de sentença, no processo de execução e no processo de inventário.

Ademais, ao contrário do que alegam os agravantes, não se trata de exibição de documento ou coisa, porquanto, objetivavam, ao interpor o agravo de instrumento, a reforma da decisão agravada, “para o fim de determinar que o digno Juiz *a quo* examine o pedido para o prosseguimento da Ação de Usucapião até final julgamento, dispensando a citação dos herdeiros de Pasqualina Vaz uma vez que seus herdeiros por Escritura Pública fizeram a cessão dos direitos Hereditários para Manoel Julio da Costa e Zeni do Rosário Rosa” (fl. 4, do agravo de instrumento).

Além disso, reconhecem, no agravo interno que “a Escritura Pública de Cessão de Direitos Hereditários já acostadas aos autos suprime a exigência da juíza de 1º grau em querer a citação daquele em que estiver registrado o imóvel usucapiendo, no caso da Sra. Pasqualina

Vaz ou indicar a qualificação e endereço de seus herdeiros, entendem que a Escritura Publica de Cessão de Direitos Hereditários já satisfaz tal requisito” (fl. 3, do agravo interno).

A propósito, enfrentado caso semelhante ao presente, em que se discutiu a necessidade de qualificação de herdeiros de confinante para fins de citação, mister destacar precedentes em que não foi conhecido o agravo de instrumento interposto, justamente em razão da hipótese fática não se enquadrar no rol do mencionado art. 1.015:

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. USUCAPIÃO. DETERMINAÇÃO DE BUSCA DE INFORMAÇÕES SOBRE O CONFINANTE. DELIBERAÇÃO NÃO AGRAVÁVEL. OBSERVÂNCIA DO ROL TAXATIVO DO ARTIGO 1.015 DO NCP. ALEGAÇÃO DE CONTRADIÇÃO NA DECISÃO QUE NÃO CONHECEU DO RECURSO. INOCORRÊNCIA. HIPÓTESES DO ARTIGO 1.022 DO NCP NÃO EVIDENCIADAS. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO DESACOLHIDOS. (Embargos de Declaração Nº 70070673595, Décima Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Pedro Celso Dal Pra, Julgado em 10/08/2016 – grifei)

AGRAVO DE INSTRUMENTO. USUCAPIÃO (BENS IMÓVEIS). AÇÃO DE USUCAPIÃO. DETERMINAÇÃO DE APURAÇÃO DA EXISTÊNCIA, OU NÃO, DE INVENTÁRIO DE BENS DEIXADOS POR CONFINANTE E INDICAÇÃO, ACASO NÃO ABERTO O INVENTÁRIO, DOS HERDEIROS DO DE CUJOS E SUAS RESPECTIVAS QUALIFICAÇÕES. DELIBERAÇÃO NÃO AGRAVÁVEL. AUSÊNCIA DE PREVISÃO NO ROL DO ARTIGO 1.015 DO NCP. INADMISSÃO DA INSURGÊNCIA. RECURSO NÃO CONHECIDO, EM DECISÃO MONOCRÁTICA. (Agravo de Instrumento Nº 70070566708, Décima Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Pedro Celso Dal Pra, Julgado em 03/08/2016 – grifei)

Não bastasse isso, de acordo com o estudo de renomados doutrinadores sobre os dispositivos do *novel* CPC, é quase uníssono o entendimento de que o rol previsto no art. 1.015 do CPC/2015 é taxativo

(*numerus clausus*), de forma que as interlocutórias que não se encontram expressamente naquele rol não são recorríveis por agravo.

Nesse sentido, a propósito, destacam-se as seguintes lições extraídas de CPC comentados:

3. Agravo de instrumento em hipóteses taxativas (*numerus clausus*). O dispositivo comentado prevê, em *numerus clausus*, os casos em que a decisão interlocutória pode ser impugnada pelo recurso de agravo de instrumento. As interlocutórias que não se encontram no rol do CPC 1015 não são recorríveis pelo agravo, mas sim como preliminar de razões ou contrarrazões de apelação (CPC 1009 § 1º). [...] (NERY JUNIOR, Nelson. DE ANDRADE NERY, Rosa Maria. Comentários ao Código de Processo Civil. São Paulo: Editora Revista dos tribunais, 2015. p. 2078 – Grifo no original).

2. Rol taxativo. A fim de limitar o cabimento do agravo de instrumento, o legislador vale-se da técnica da enumeração taxativa das suas hipóteses de conhecimento. Isso não quer dizer, porém, que não se possa utilizar a analogia para interpretação das hipóteses de contidas nos textos. Como é amplamente reconhecido, o raciocínio analógico perpassa a interpretação de todo o sistema jurídico, constituindo ao fim e ao cabo um elemento de determinação do direito. O fato de o legislador construir um rol taxativo não elimina a necessidade de interpretação para sua compreensão: em outras palavras, a taxatividade não elimina a equivocidade dos dispositivos e a necessidade de se adscrever sentido aos textos mediante interpretação. O legislador refere que cabe agravo de instrumento, por exemplo, contra as decisões interlocutórias que versarem sobre “tutelas provisórias” (art. 1.015, I, CPC). Isso obviamente quer dizer que tanto o deferimento como o indeferimento de tutela sumária desafiam agravo de instrumento. Mas não só: também a decisão que posterga a análise do pedido de antecipação da tutela fundada na urgência para depois da contestação versa sobre “tutela provisória”, porque aí há no mínimo um juízo negativo a respeito da urgência na obtenção do provimento. A decisão interlocutória que defere o pedido de redistribuição do ônus da prova é suscetível de agravo de instrumento (art. 1.015, XI, CPC), assim como a decisão que nega a redistribuição – em ambos os casos

há atribuição de vantagem a um dos litigantes no que tange à regulação do ônus da prova, de modo que a lei disse menos do que gostaria de dizer (*lex minus dixit quam voluit*). Do contrário, há violação da regra da igualdade e, em especial, do direito fundamental à paridade de armas no processo civil (arts. 5º, I, CF, e 7º, CPC). [...] (MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio. MITIDIERO, Daniel. Novo Código de processo Civil comentado. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 946 – Grifo no original).

Com esse mesmo entendimento, colhem-se julgados que confirmam a taxatividade do rol previsto no comentado art. 1.015 do CPC/2015:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. DECISÃO VERGASTADA SOB A EXEGESE DO NOVO CPC. RECURSO VISANDO A REFORMA DA DECISÃO QUE MANTEVE OS HONORÁRIOS PERICIAIS NO VALOR DE R\$2.500,00. DECISÃO QUE NÃO É PASSÍVEL DE AGRAVO POR SE ENCONTRAR FORA DO ROL TAXATIVO DO ART. 1015 DO CPC/2015. AGRAVO DE INSTRUMENTO QUE SE MOSTRA MANIFESTAMENTE INADMISSÍVEL. PRECEDENTES DESTES TRIBUNAL DE JUSTIÇA. RECURSO QUE NÃO SE CONHECE, NA FORMA DO ARTIGO 932, III, DO NOVO CPC (TJRJ. Ag. Inst. n. 00179107920168190000. Rel. Des. Cintia Santarem Cardinali, j. em 20/4/2016 – Grifo nosso).

AGRAVO DE INSTRUMENTO. ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA. DECLINAÇÃO DE OFÍCIO DA COMPETÊNCIA.

O rol do artigo 1.015 do CPC/2015, referente às hipóteses de cabimento do agravo de instrumento, é exaustivo, não contemplando a decisão que, de ofício, declina da competência para o foro de domicílio do consumidor. Hipótese em que, sendo insanável o defeito apresentado no recurso, impositivo o não conhecimento, de plano, da inconformidade, nos termos do artigo 932, inciso III, do mesmo CPC/2015. AGRAVO DE INSTRUMENTO NÃO CONHECIDO. (TJRS. Ag. Inst. n. 70069752202, Rel. Mário Crespo Brum, j. em 02/06/2016 – Grifo nosso).

Por fim, não há que se falar em carência de fundamentação e interpretação do art. 1.015, do CPC, havendo apenas, ao que parece, descontentamento dos agravantes quanto ao seu resultado. Veja-se que a decisão monocrática de fls. 46/52 aplicou corretamente a norma legal (arts. 932, inciso III, e 1.015, ambos do CPC) ao caso concreto, citando julgados enfrentando situação semelhante ao caso dos autos, doutrina e jurisprudência acerca da taxatividade do rol do art. 1.015 do CPC.

Em decorrência, voto no sentido de conhecer do recurso e negar-lhe provimento.

CÂMARA ESPECIAL REGIONAL DE CHAPECÓ

Apelação n. 0004528-12.2002.8.24.0019, de Concórdia

Relatora: Desembargadora Substituta Hildemar Meneguzzi de Carvalho

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. MISSIVA DE RECLAMAÇÃO DE GRUPO DE FIÉIS CATÓLICOS EM RELAÇÃO AO COMPORTAMENTO DO PÁROCO AOS SEUS SUPERIORES HIERÁRQUICOS COM PEDIDO DE AFASTAMENTO DA AUTORIDADE DA PARÓQUIA LOCAL. ACUSAÇÃO DE COMPORTAMENTO INADEQUADO PARA OCUPANTE DE SUA POSIÇÃO ECLESIASTICA. POSTERIOR DIVULGAÇÃO DO DOCUMENTO À IMPRENSA QUE PUBLICOU REITERADAS REPORTAGENS SOBRE O TEMA ACUSANDO O AUTOR DE CONDUTA IMORAL E INADEQUADA. NOTÍCIAS DIVULGADAS NA MÍDIA LOCAL QUE O REQUERENTE ALEGA TEREM CAUSADO FORTE ABALO MORAL INDENIZÁVEL.

IMPROCEDÊNCIA NA ORIGEM. AUSÊNCIA DE PROVAS QUE CORROBREM TEREM SIDO OS RÉUS OS RESPONSÁVEIS PELO ENCAMINHAMENTO DO DOCUMENTO.

PROVAS TESTEMUNHAIS QUE CONTRIBUEM PARA INCERTEZA DOS FATOS, INCLUSIVE DEPOIMENTO PESSOAL DO DEMANDANTE. AUTOR QUE NÃO SE DESINCUMBIU DA RESPONSABILIDADE DE PROVAR MATÉRIA CONSTITUTIVA DE SEU DIREITO. INTELIGÊNCIA CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL/1973, ART. 333, INCISO I. MANUTENÇÃO DA CONCLUSÃO DO MAGISTRADO DE PRIMEIRO GRAU.

RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação n. 0004528-12.2002.8.24.0019, da comarca de Concórdia 2ª Vara Cível em que é Apelante Clesio Tadeu Wiggers e Apelado(s) Adão Agemir Orlandini e outros.

A Câmara Especial Regional de Chapecó decidiu, por unanimidade, conhecer do recurso de apelação e negar-lhe provimento. Custas legais.

O julgamento, realizado nesta data, foi presidido pelo Excelentíssimo Senhor Desembargador Sebastião César Evangelista, com voto, e dele participou o Excelentíssimo Senhor Desembargador Luiz Felipe Schuch.

Chapecó, 17 de outubro de 2016.

Desembargadora Substituta Hildemar Meneguzzi de Carvalho
Relatora

RELATÓRIO

Clésio Tadeu Wiggers ajuizou Ação de Indenização por Danos Morais n. 067.12.006518-1 contra Adão Orlandini, Nedi Orlandini, Arsemiro Graff, Inês Graff, Étore Raineri, Iracema Raineri, Hélio Agnes, Amábilis Agnes, Lauri Schwingel, Teresinha Schwingel, Valdir Toerhorst e Pierina Toerhorst, autuada sob o n. 019.02.004528-8, alegando em síntese que os requeridos lhe conferiram grave abalo anímico diante de acusações proferidas através de carta aos seus superiores hierárquicos dentro da estrutura da religião católica e, posteriormente, mediante divulgação do mesmo documento à mídia local, fato que gerou diversas reportagens que teriam o caluniado e ofendido sua honra.

Relatou que os requeridos teriam lhe acusado de comportamentos imorais para a posição que ocupava na Paróquia Nossa Senhora do Rosário, relacionando a pessoa do requerente à ingestão de bebida alcoólica, participação em bailes, envolvimento com mulheres e desrespeito a religião e, em decorrência de tal comportamento, teriam requerido ao Bispo Diocesano Dom Osório Bebbler e ao Ministro Provincial Frei Caetano Ferrari o seu afastamento da Paróquia local.

Sustentou que as acusações e injúrias perpetradas tiveram reflexo em seu foro íntimo, gerando dano irreparável para sua carreira sacerdotal e religiosa e abalo moral indenizável.

Ao final, requereu a condenação dos réus ao pagamento de indenização por danos morais (fls. 02-66).

Os réus Adão Orlandini, Nedi Orlandini, Inês Graff, Étore Raineri, Iracema Raineri, Hélio Agnes, Amábile Agnes, Lauri Schwingel, Teresinha Schwinguel, Valdir Toerhorst e Pierina Toerhorst apresentaram conjuntamente peça contestatória, oportunidade em que informaram que procederam da forma exposta nos autos, reportando-se aos superiores do autor, diante das constantes reclamações da comunidade católica local, que não aceitavam o comportamento do pároco, e que assim o fizeram em prol de sua religião e Igreja, mas que, no entanto, não teriam encaminhado o documento à mídia local.

Alegaram insuficiência de provas que comprovassem o dano moral pleiteado e requereram a improcedência dos pedidos expendidos à peça exordial (fls. 189-229).

O réu Arsemiro Graff apresentou contestação separadamente dos demais requeridos às fls. 261-305, ocasião em que anuiu ao requerimento de total improcedência dos pedidos do requerente.

Houve réplica às fls. 331-342.

Durante a instrução do feito, foram ouvidas 5 testemunhas, 2 réus e colhido o depoimento pessoal do Autor (fls. 666-675).

Alegações finais às fls. 694-704, nas quais o autor requereu o envio de cópia do processo ao Ministério Público para apuração do crime de falso testemunho cometido pela testemunha Clélio Dal Piaz. Os requeridos apresentaram alegações finais às fls. 707-712 e 715-724.

Ao sentenciar o feito, o juízo *a quo* julgou improcedente o pedido constante da exordial mediante a ausência de provas e condenou o autor ao pagamento das custas sucumbenciais, bem como honorários advocatícios arbitrados em R\$ 800,00 (oitocentos reais) para cada defensor da parte vencedora (fls. 725-729).

Inconformado, o autor interpôs recurso de apelação às fls. 732-744.

Em suas razões recursais, alegou, em síntese, que somente a missiva encaminhada aos seus superiores já configuraria danos morais, vez que constante de acusações graves que lhe ofendem a honra e a dignidade, independentemente de ter sido levada aos meios de comunicação de massa pelos requeridos. Sustentou que a ameaça registrada na carta, por si só, configura prova indireta de que os réus teriam de fato divulgado o documento à mídia local, bem como aduziu que ninguém além dos requeridos teria interesse em fazê-lo. Alegou que a testemunha Clélio Ivo Dal Piazz mentiu em juízo, de modo que seu depoimento não poderia ser utilizado como prova que fundamentou o convencimento do magistrado. Com isso, pugnou pela reforma da sentença.

Apresentadas as contrarrazões pelos apelados às fls. 749-754 e 755-758, os quais pugnaram pela manutenção sentença e, após, ascenderam os autos.

Este é o relatório.

VOTO

Inicialmente, é preciso registrar que no último dia 18 de março de 2016 passou a vigor o novo Código de Processo Civil (Lei 13.105/2015), o qual aplica-se imediatamente: *“Art. 1.046. Ao entrar em vigor este Código, suas disposições se aplicarão desde logo aos processos pendentes, ficando revogada a Lei no 5.869, de 11 de janeiro de 1973”*.

Entretanto, não se pode olvidar que a nova lei deve respeitar os atos processuais praticados e as situações jurídicas consolidadas sob a vigência da norma processual revogada: *“Art. 14. A norma processual não retroagirá e será aplicável imediatamente aos processos em curso, respeitados os atos processuais praticados e as situações jurídicas consolidadas sob a vigência da norma revogada”*.

A doutrina especializada explica melhor:

Vigência da lei processual. A lei processual tem vigência imediata e se aplica aos processos pendentes, mas rege sempre para o futuro [...]. Para justificar a aplicação da lei nova aos feitos pendentes, a doutrina fala em “retroatividade apenas na aparência” [...]. Os atos processuais já praticados sob a égide da lei antiga caracterizam-se como *atos jurídicos processuais perfeitos*, estando protegidos pela garantia constitucional da CF 5.º XXXVI, não podendo ser atingidos pela lei nova. (NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 228).

No mesmo sentido:

A lei do recurso é a lei do dia em que se tornou recorrível a decisão. A abertura de prazo recursal dá lugar a uma situação jurídica pendente – aguarda-se a interposição ou não do recurso: O recorrente tem direito à observação do direito vigente à época da abertura do prazo recursal. Fora daí há ofensa a direito processual adquirido e efeito retroativo da legislação. (MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Código de Processo Civil Comentado*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 113).

O Superior Tribunal de Justiça, em sessão realizada no dia 9 de março deste ano, editou alguns enunciados administrativos para disciplinar o direito intertemporal processual, com destaque ao enunciado número 2 (dois):

Aos recursos interpostos com fundamento no CPC/1973 (relativos a decisões publicadas até 17 de março de 2016) devem ser exigidos os requisitos de admissibilidade na forma nele prevista, com as interpretações dadas, até então, pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.

Feitos os devidos esclarecimentos e considerando que a sentença foi proferida na vigência do CPC/1973, conheço do recurso, porque presentes os requisitos de admissibilidade previstos no 514 da referida Lei.

Registre-se, por oportuno, que esta Relatora busca priorizar o julgamento dos processos distribuídos há mais tempo, em conformidade com o disposto no art. 12, *caput*, do CPC/2015. Além disso, a Lei n. 13.256/2016 modificou a redação original do aludido dispositivo legal e flexibilizou a obrigatoriedade da prestação jurisdicional ser prestada necessariamente de acordo com a ordem cronológica de conclusão dos autos. Tal alteração possibilita aos magistrados, por exemplo, a apreciação e julgamento de processos em bloco para aplicação de tese jurídica firmada em julgamento de casos repetitivos.

Assim, apesar da existência de outros processos “cronologicamente” distribuídos anteriormente ao objeto da presente demanda, verifica-se que o caso em apreço está apto para julgamento, o que não justifica a espera demasiada para a solução jurídica a ser aplicada.

Passa-se à análise do reclamo.

O feito versa sobre o pleito de indenização a título de danos morais diante das acusações feitas pelos requeridos em missiva endereçada aos superiores hierárquicos do autor e, posteriormente divulgada à mídia local. Ato contínuo foram divulgadas diversas reportagens fazendo menção à pessoa do autor, as quais alega terem causado forte abalo anímico, passíveis de indenização.

Irresignado com a sentença de improcedência por insuficiência de provas, o autor apresentou reclamo às fls. 733-744.

Busca o apelante a reforma da sentença para que os apelados sejam condenados ao pagamento dos danos morais diante da situação enfrentada, pois, segundo menciona em suas razões recursais, restou incontroverso que a missiva encaminhada pelos requeridos aos seus superiores foi encaminhada à mídia local e que esse fato lhe causou grande abalo moral pelas reportagens que denegriram sua imagem.

Alegou que o jornalista e editor Clélio Ivo Dal Piaz foi quem

assinou as matérias publicadas que lhe faziam referência e que este mentiu em juízo quando, seu depoimento, afirmou não ter recebido informações dos réus. Sustentou que na carta escrita pelos requeridos havia ameaça de divulgação dos fatos à imprensa, sendo essa uma prova indireta de sua autoria, e que ninguém além deles teria interesse em ver tais notícias veiculadas nos meios de comunicação.

Porém, razão não lhe assiste.

Analisando detalhadamente o caderno processual, tem-se que foi correto o entendimento do magistrado sentenciante quando decidiu pela ausência de comprovação dos fatos levantados pelo autor.

Oportuno transcrever parte do corpo da sentença que bem elucidada tal conclusão:

Da análise dos autos, tem-se que a conclusão que se alinha com as provas arregimentadas no feito é a improcedência do pleito indenizatório formulado na inicial. Senão vejamos.

Nos termos dos artigos 186 e 927, do Código Civil, para nascer a obrigação de indenizar, decorrente de responsabilidade civil de natureza extracontratual, como se dá no caso em vertente, imprescindível a concorrência dos seguintes requisitos: 1) Ocorrência de dano; 2) Ato ilícito, lesivo ao ofendido; 3) Nexo causal entre o dano e o evento lesivo e, por fim; 4) Que o ato ilícito tenha decorrido de conduta culposa por parte do ofensor.

No caso dos autos, muito embora o autor tenha se ofendido em sua honra, em decorrência da notícia dos fatos perante a mídia, todavia não existem provas seguras de que os réus praticaram ato ilícito, de forma culposa, que culminassem com a intenção específica de lesionar a moral do autor.

Com efeito, extrai-se das provas documentais insertas nos autos, especificamente da carta direcionada ao Bispo, encartada às fls. 111/113, que se constitui no cerne da celeuma posta em juízo, que os réus eram integrantes de órgão pertencente à estrutura da Paróquia local, conhecido

por “CAEP”. Também restou assente que após a assunção do autor na paróquia, tempos depois os réus não mais figuraram como membros do referido órgão, muito por conta de desentendimentos entre as partes.

O afastamento dos réus do “CAEP” culminou com a comunicação interna, nos limites da hierarquia eclesiástica, por parte destes ao Bispo, relatando alguns comportamentos do autor, quando a frente da Paróquia local, com o intuito manifesto de levar a ciência ao superior do autor de fatos ocorrentes no âmbito desta Unidade Religiosa.

Posteriormente, os fatos vieram a público, em decorrência da cobertura jornalística sobre o caso em tela. Porém em nenhum momento no curso da dilação probatória restou sobejamente demonstrado que os réus, efetivamente, divulgaram os fatos relatados na missiva remetida ao Bispo para a imprensa local, evidenciando assim, a impossibilidade de os réus virem a reparar o autor por eventual abalo moral por este sofrido, em decorrência de cobertura investigativa da mídia local, a qual obteve informações junto a fontes ligadas aos superiores do autor.

[...]

Assim sendo, conclui-se que o autor não se desincumbiu de seu ônus probatório, quanto à demonstração suficiente de que foram os réus quem, efetivamente, deram publicidade à mídia local, quanto aos fatos relatados na carta de fls. 111/113, prova esta que competia exclusivamente ao autor, na forma do artigo 333, inciso I, do Código de Processo Civil, por se tratar de matéria constitutiva de seu direito.

De fato, em análise ao recurso do apelante, por diversas vezes perpassa-se por argumentos de indignação e suposições, mas, no entanto, não foram apresentadas provas robustas da autoria dos réus em relação ao fato apontado como causador do dano, qual seja, a divulgação da carta endereçada aos seus superiores à mídia local.

Não basta o autor apontar a ameaça contida no documento subscrito pelos requerentes como “incontestável prova indireta” ou afirmar que “essa realidade é facilmente constatável dos autos” para

que os réus sejam condenados à reparação por danos morais sofridos pelo autor. Importa dizer que a dedução de que os requeridos seriam os únicos interessados em divulgar o documento também não é suficiente.

Quando questionado em seu depoimento pessoal à fl. 675 o autor respondeu “que desconhece a pessoa que levou a carta mencionada nos autos para divulgação nos meios de comunicação”, de modo a corroborar a incerteza constante nos autos.

Da mesma forma, quando inquiridas sobre o tema, as duas testemunhas que prestaram depoimento em juízo afirmaram não terem encaminhado o documento aos meios de comunicação da cidade (fls. 673 e 674).

Logo, não há comprovação nos autos da autoria dos réus sobre o fato que causou abalo anímico no autor, de modo que a manutenção da conclusão de improcedência dos pedidos do magistrado de primeiro grau é medida que se impõe.

Ademais, ainda que assim não o fosse, a situação enfrentada pelo apelante não é ensejadora de danos morais. Verifica-se que em momento algum o autor impugnou as afirmações feitas na carta remetida aos seus superiores. Pelo contrário, assumiu participar de bailes, dançar, ingerir bebida alcoólica e não negou em momento algum a possibilidade de ter um filho com uma mulher da cidade de Concórdia. No entanto, apresentou indignação pela constatação dos fatos apontados e tentou distorcer as palavras utilizadas no documento encaminhado, afirmando ter sido de “bêbado” e possuir filho com “uma vagabunda”.

Não se pretende aqui discutir o comportamento ideal de alguém que ocupe a posição eclesástica do autor, ou apontar comportamento correto ou incorreto para membros da religião católica, tendo em vista que tal conclusão não é afeita ao Poder Judiciário. No entanto, fato é que o autor agia da forma apontada pelos réus, ainda que não seja incorreto ou imoral, de modo que as alegações constantes na missiva não são irrealis.

Dessa forma, o dano moral não se caracteriza quando da opinião pessoal de uma ou mais pessoas sobre um fato verídico, principalmente por se tratar de pessoa pública, sujeita ao julgamento alheio pela posição que ocupa na comunidade. Esse é o entendimento desta Corte Estadual de Justiça:

Nesse sentido:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. OFENSA À HONRA E À IMAGEM. PUBLICAÇÃO, EM JORNAL ELETRÔNICO, DE DENÚNCIA PERPETRADA POR EMPRESA DE MÍDIA EXTERNA EM FACE DE OUTRA QUE ATUA NO MESMO SEGMENTO. VERACIDADE DOS FATOS DESCRITOS NA REPORTAGEM. AUSÊNCIA DE COMPORTAMENTO ILÍCITO POR PARTE DA REQUERIDA. INEXISTÊNCIA DO DEVER DE INDENIZAR. APELO DESPROVIDO.

“A violação da honra, capaz de impor a indenização, como forma de reparação, é decorrência da imputação de um fato falso, lesivo à honra e à reputação da vítima, e **não da simples notícia de um fato realmente acontecido**. Não tendo a notícia divulgada, apontado um fato falso, tampouco apresentado vontade deliberada de causar dano à reputação e à honra do autor, não há a obrigação de indenizar, eis que não caracterizado dano moral”. (Apelação Cível Nº 595101668, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Eliseu Gomes Torres). (TJSC, Apelação Cível n. 2013.040811-0, de Itajaí, rel. Des. Jorge Luis Costa Beber, j. 05-09-2013).

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. RESPONSABILIDADE CIVIL. OFENSA À HONRA E IMAGEM. SÓCIO DA EMPRESA AUTORA QUE, EM PRÉLIO ELEITORAL, DISPUTAVA CARGO DE PREFEITO. DECLARAÇÕES PÚBLICAS DOS RÉUS ACUSANDO OS DEMANDANTES PELA PRÁTICA DE CRIME TRIBUTÁRIO. INFORMAÇÕES QUE JÁ HAVIAM SIDO VEICULADAS PELA IMPRENSA. PESSOA PÚBLICA QUE ESTÁ SUJEITA À EXPOSIÇÃO DA MÍDIA. MERA

REPRODUÇÃO DOS FATOS E EMISSÃO DE OPINIÃO ACERCA DA CAPACIDADE DO CANDIDATO Oponente para ocupar a chefia do executivo municipal. Dano moral que não resta configurado. Manutenção da decisão proferida pela magistrada *A QUO*. **A simples manifestação de opinião acerca de fatos de domínio público não caracteriza ofensa à honra e à imagem, inexistindo, pois, caráter ilícito na repercussão de informações veiculadas pela imprensa.** Conduta dos demandados incapaz de gerar o pagamento de indenização por danos morais. “Não procede o pedido de indenização por danos morais derivados de críticas envolvendo questões de interesse público, intentado por quem exerce cargo de representatividade, máxime quando lançadas após o tema ter sido alvo de intensa exploração pela mídia. Não se pode reconhecer a existência de melindres indenizáveis quando a crítica não ultrapassa os limites constitucionais da liberdade de expressão do pensamento.” (Apelação Cível n. 2010.071999-7, de Seara, desse relator). MULTA DO ART. 475-J do CPC NÃO INCIDE DE FORMA AUTOMÁTICA. ERROR *IN* PROCEDENDO. AFASTAMENTO DE OFÍCIO. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. (TJSC, Apelação Cível n. 2011.013597-4, de Forquilha, rel. Des. Jorge Luis Costa Beber, j. 02-08-2012).

Ante o exposto, diante da ausência de comprovação de que os requeridos encaminharam a carta constante às fls. 111-113 à mídia local, vota-se no sentido de conhecer do recurso de apelação e negar-lhe provimento.

Este é o voto.

Apelação Cível n. 0020782-53.2008.8.24.0018, de Chapecó

Relator: Des. Subst. Luiz Felipe Schuch

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. DEMANDA DEFLAGRADA POR CANDIDATO A PREFEITO CONTRA CANDIDATO ADVERSÁRIO E SEU RESPECTIVO PARTIDO POLÍTICO. ALEGAÇÃO DE ILEGITIMIDADE PASSIVA DE AMBOS OS RÉUS. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA QUANTO AOS EXCESSOS PRATICADOS EM PROPAGANDA ELEITORAL. PRELIMINARES REJEITADAS. DIVULGAÇÃO EM PROGRAMA POLÍTICO TELEVISIVO DOS RÉUS DE MATERIAL AUDIOVISUAL PRIVADO E NÃO AUTORIZADO NO QUAL O AUTOR, EM CONVERSA DESCONTRAÍDA NO “SET” DAS GRAVAÇÕES DE MATERIAL PARA A PRÓPRIA CAMPANHA ELEITORAL, EM TOM JOCOZO SUGERE UMA FUTURA PRÁTICA DE ATO DE IMPROBIDADE. MATERIAL CAPTADO PELA EQUIPE DE GRAVAÇÃO E OBTIVAMENTE DESCARTADO. VEICULAÇÃO AUTORIZADA PELA JUSTIÇA ELEITORAL. ESFERAS JUDICIAIS DISTINTAS. CIRCUNSTÂNCIA NÃO EXCLUDENTE DA RESPECTIVA RESPONSABILIDADE CIVIL. INEXISTÊNCIA DE MONTAGEM OU TRUCAGEM NAS GRAVAÇÕES (IMAGENS BRUTAS). IRRELEVÂNCIA. ATO ILÍCITO CONSISTENTE EM DAR PUBLICIDADE A CONTEÚDO PRIVADO SEM O DEVIDO CONSENTIMENTO DOS SEUS TITULARES. OFENSA À GARANTIA DE INVIOABILIDADE DA INTIMIDADE, VIDA PRIVADA, HONRA E IMAGEM DO AUTOR. UTILIZAÇÃO ABUSIVA DE MATERIAL OBTIDO DE MODO ESPÚRIO OU CLANDESTINO. INEQUÍVOCO INTUITO DE DENEGRIR A REPUTAÇÃO DE CANDIDATO ADVERSÁRIO. PREJUÍZO MORAL *IN RE IPSA*. DEVER DE REPARAR O DANO. ARBITRAMENTO DO *QUANTUM* INDENIZATÓRIO. OBSERVÂNCIA DOS CRITÉRIOS DA RAZOABILIDADE E DA PROPORCIONALIDADE, EM CONSONÂNCIA COM AS PECULIARIDADES DO CASO CONCRETO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS SUCUMBENCIAIS. FIXAÇÃO CONFORME

CRITÉRIOS ESTABELECIDOS NO ART. 20, § 3º E 4º, DO ANTIGO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. RECURSOS CONHECIDOS E DESPROVIDOS.

1. Consoante já decidiu o Superior Tribunal de Justiça, “o candidato a cargo eletivo e o partido político respondem solidariamente pelos excessos praticados na divulgação da propaganda eleitoral” (Recurso Especial n. 663.887/GO, rel. Min. Nancy Andrichi, Terceira Turma, j. 23-11-2005). Assim, tanto a agremiação quanto o candidato possuem legitimidade para figurar no polo passivo de demanda indenizatória deflagrada por candidato adversário em decorrência da veiculação em propaganda política de conteúdo audiovisual supostamente ofensivo.

2. O fato de a Justiça Eleitoral ter autorizado a veiculação de determinado conteúdo em propaganda política televisiva não isenta o candidato e o partido que se utilizaram das imagens de responderem na esfera civil pelos prejuízos imateriais porventura causados por essa divulgação.

3. A inexistência de montagem ou trucagem em conteúdo veiculado em propaganda eleitoral, por si só, não significa a licitude da livre divulgação desse material. A necessidade de reparação do dano causado pode advir da simples ofensa moral, sendo a proteção à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem uma garantia fundamental estampada na Constituição Federal (art. 5º, X).

4. Sabe-se que em uma campanha eleitoral não é raro o acirramento de ânimos, não só entre os diretamente envolvidos no certame (candidatos), mas também entre seus aliados e até mesmo entre os eleitores. Provocações, discussões a fim de fazer prevalecer algum posicionamento, questionamentos e ataques a adversários têm se tornado cada vez mais comum. Porém, em qualquer circunstância devem ser respeitados os limites éticos, pois tais condutas devem servir para engrandecer a democracia e auxiliar o cidadão na escolha dos seus representantes, e não para ocasionar dano a quem quer que seja.

5. O direito à vida privada é dotado de enorme subjetivismo, pois somente o seu titular é capaz de dimensionar e estabelecer as particularidades do seu próprio ser, sendo-lhe garantida a proteção jurídica contra o

molestamento dessa intimidade. Tal garantia não diz respeito apenas à vedação da captação indevida de dados pessoais sobre um indivíduo, mas também à divulgação sem a sua devida autorização e à utilização abusiva de imagens ou informações particulares, sobretudo quando obtidas de forma espúria ou clandestina.

6. Não configura mera crítica corriqueira do processo eleitoral a veiculação em propaganda política de conteúdo audiovisual com o inequívoco intuito de ofender a moral do candidato oponente e macular a sua imagem perante os eleitores mediante a divulgação não autorizada de trechos de gravações de bastidores nos quais o adversário, em momento de descontração, sugere em manifesto tom jocoso a prática de ato de improbidade na administração municipal a fim de obter verbas públicas em seu proveito.

7. “Tratando-se de veiculação televisiva de imagens com teor ofensivo à intimidade, vida privada, honra ou imagem da pessoa atingida, consolidou-se a jurisprudência no sentido de entender por presumíveis os prejuízos à honra e à reputação, ou seja, *in re ipsa*, independente de comprovação, decorrendo a presunção de lesão da inerente maior propagação das imagens junto à sociedade pela via em que proferidas as ofensas” (TJSC. Apelação Cível n. 2014.031007-6, de Blumenau, rel. Des. Henry Petry Junior, Quarta Câmara de Direito Civil, j. 31-7-2014).

8. O *quantum* indenizatório, em se tratando de dano moral, deve ser avaliado em cada caso, e “alguns elementos podem ser apontados como basilares para a formação do convencimento do juiz na quantificação do dano moral: a) intensidade do sofrimento do ofendido; b) duração do dano ou das lesões; c) gravidade da lesão; d) natureza e repercussão da ofensa; e) posição social do ofendido; f) intensidade do dolo ou grau de culpa do responsável pelo dano; g) a situação econômico-social do ofensor; h) eventual reincidência do causador do dano em ilícitos pretéritos de igual natureza; i) retratação do agente ofensor” (*Dano moral imoral: o abuso à luz da doutrina e jurisprudência*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2012. p. 64).

9. Se o valor fixado a título de honorários advocatícios sucumbenciais encontra-se em sintonia com os critérios estabelecidos no art. 20, § 3º e

4º, do antigo Código de Processo Civil, inexistente razão para a minoração da verba devida ao patrono do litigante que obteve êxito na demanda.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 0020782-53.2008.8.24.0018, da comarca de Chapecó 3ª Vara Cível em que são apelantes José Fritsch e Partido dos Trabalhadores e apelado João Rodrigues.

A Câmara Especial Regional de Chapecó decidiu, por unanimidade, conhecer dos recursos e negar-lhes provimento. Custas legais.

O julgamento, realizado em 21 de novembro de 2016, foi presidido pelo Desembargador João Batista Góes Ulysséa, com voto, e dele participou o Desembargador Substituto Carlos Roberto da Silva.

Chapecó, 23 de novembro de 2016.

Luiz Felipe Schuch
RELATOR

RELATÓRIO

Acolho o relatório da sentença de fls. 216-225, de lavra do Juiz de Direito Marcos Bigolin, por contemplar precisamente o conteúdo dos presentes autos, *ipsis litteris*:

João Rodrigues aforou Ação de Indenização por Danos Morais em face do Partido dos Trabalhadores (PT) e de José Fritsch, aduzindo que sofreu injusto abalo a seu patrimônio moral e a sua imagem pública porquanto os requeridos usaram indevidamente material captado para as eleições de 2004.

Alegou que os requeridos, durante propaganda eleitoral, se utilizaram de imagens suas que foram editadas, fazendo crer que, durante o exercício de seu mandato, estaria combinando a prática de crime contra a administração pública. Tais fatos geraram repercussão negativa na imprensa local, estadual e nacional.

Requeru a condenação dos requeridos ao pagamento de indenização por danos morais. Indicou os fundamentos de direito atinentes à espécie e, ao final, pugnou pela procedência.

Valorou a causa, juntou documentos.

José Fritsch apresentou contestação (fls. 126/142) alegando, preliminarmente, sua ilegitimidade passiva. No mérito, disse inexistir a ilicitude alegada e o nexo de causalidade para a caracterização do dano moral, rebatendo os argumentos lançados pelo autor. Pugnou, por derradeiro, pela improcedência do pleito e pela produção de provas.

O Partido dos Trabalhadores (PT) apresentou defesa em forma de contestação (fls. 153/165), asseverando a ilegitimidade passiva. Rechaçou as teses arguidas pela parte autora, sob o fundamento de que não houve prática de ato ilícito. As imagens divulgadas seriam verdadeiras. Afirmou que referidas imagens, por se destinarem à propaganda eleitoral, são de domínio público, não pertencendo a vida privada do autor. Arrematou requerendo a improcedência do pleito inicial. Juntou documentos.

Houve réplica (fls. 177/180).

Na audiência de instrução e julgamento foi inquirida uma testemunha. No mesmo ato, as partes foram intimadas para apresentação de suas alegações finais.

O Magistrado de primeiro grau julgou procedente o pedido a fim de condenar os réus, solidariamente, ao pagamento de R\$ 60.000,00 a título de indenização por danos morais, montante este a ser acrescido de correção monetária a contar da data do arbitramento e de juros de mora a partir do evento danoso, bem como os condenou ao pagamento das custas processuais e de honorários advocatícios fixados em 20% sobre o valor da condenação.

O réu José Fritsch interpôs apelação alegando, preliminarmente, a sua ilegitimidade passiva, visto pairar exclusivamente sobre o respectivo partido a responsabilidade decorrente de atividade político-partidária.

No mérito, sustenta: a) a ausência de ilicitude na sua propaganda eleitoral, porquanto a veiculação do conteúdo audiovisual em tela fora na época devidamente autorizada pela Justiça Eleitoral; b) a falta de intenção de ofender a integridade moral do apelado mediante tais imagens, tratando-se de crítica meramente política, própria e corriqueira do processo de disputa eleitoral, à qual estão sujeitos todos os agentes políticos; c) a inexistência de nexo de causalidade, uma vez que o resultado das eleições mostrou-se amplamente favorável ao apelado; d) a exorbitância na quantificação do dano moral, por estar muito além dos padrões adotados por este Tribunal de Justiça; e e) o excesso no montante fixado a título de honorários advocatícios, pois inexistente justificativa para o arbitramento no seu patamar máximo (fls. 229-243).

Também o Partido dos Trabalhadores interpôs apelação na qual afirma a sua ilegitimidade passiva, ao argumento de que a demanda deveria ter sido direcionada à coligação da qual fez parte. No mérito, aduz: a) a inexistência de nexo de causalidade, pois o resultado das eleições municipais não sofreu nenhuma interferência da divulgação do material objeto da presente lide; b) a veracidade das imagens veiculadas, fato este que é incontroverso; c) a falta de questionamento sobre a origem das imagens, as quais foram captadas quatro anos antes da sua divulgação; d) a ausência de ilicitude do fato, uma vez que a Justiça Eleitoral permitiu a divulgação do conteúdo; e) a inocorrência de ofensa à honra pessoal do apelado, porquanto na utilização dessas imagens não se adentrou em questões particulares, tendo a divulgação apenas cunho político; e f) a desproporcionalidade do *quantum* indenizatório fixado pelo Juiz sentenciante, haja visto não terem sido observadas as peculiaridades do caso concreto e a capacidade financeira das partes (fls. 247-256).

Não foram apresentadas contrarrazões (fl. 261).

Os autos ascenderam a esta Corte (fl. 262).

É o relatório.

VOTO

De início, assinalo que, não obstante a existência de outros feitos mais antigos no acervo de processos distribuídos a este Relator, a apreciação do presente recurso em detrimento daqueles distribuídos há mais tempo não significa violação ao disposto no art. 12, *caput*, do novo Código de Processo Civil, tendo em vista a conexão existente entre esta demanda e a ação de indenização por danos morais n. 0023467-33.2008.24.0018, a qual se encontra abrangida pela exceção contida no § 2º, VII, segunda parte, do referido dispositivo legal (meta estabelecida pelo Conselho Nacional de Justiça) e igualmente está sendo levada a julgamento nesta mesma oportunidade.

Os recursos preenchem os requisitos de admissibilidade, motivo pelo qual devem ser conhecidos.

Cuida-se de apelações em ação de indenização por danos morais deflagrada por candidato a prefeito no pleito eleitoral de 2008 contra candidato oponente e seu respectivo partido político, em razão da veiculação em propaganda eleitoral gratuita dos réus de um conteúdo audiovisual que supostamente veio a denegrir a honra e a imagem do demandante.

Em preliminar, afirma o apelante José Fritsch a sua ilegitimidade passiva sob o argumento de que o apenas partido político é que deve responder civilmente por tais atos, conforme estabelece o art. 15-A, *caput*, da Lei n. 9.096/1995. Por sua vez, o Partido dos Trabalhadores sustenta a sua ilegitimidade por entender que a responsabilidade civil ora discussão caberia à coligação da qual fez parte naquelas eleições.

Dispõe o dispositivo legal acima mencionado:

Art. 15-A. A responsabilidade, inclusive civil e trabalhista, cabe exclusivamente ao órgão partidário municipal, estadual ou nacional que tiver dado causa ao não cumprimento da obrigação, à violação de direito,

a dano a outrem ou a qualquer ato ilícito, excluída a solidariedade de outros órgãos de direção partidária.

Entretanto, estabelece o art. 241, *caput*, da Lei n. 4.737/1965:

Art. 241. Toda propaganda eleitoral será realizada sob a responsabilidade dos partidos e por eles paga, imputando-lhes solidariedade nos excessos praticados pelos seus candidatos e adeptos. (original não sublinhado)

Ora, é inegável que, se o apelante José Fritsch era candidato ao principal cargo político no âmbito municipal, por certo participou ativamente de toda a campanha, inclusive no que diz respeito à sua propaganda eleitoral. Assim, não há como negar que ele foi no mínimo conivente com a veiculação do material televisivo.

Em verdade, o que o art. 15-A, *caput*, da Lei n. 9.096/1995 veda é o reconhecimento da solidariedade entre diferentes esferas do mesmo partido político (municipal, estadual e nacional), e não entre o partido e seus candidatos e adeptos, conforme expressamente previsto no Código Eleitoral.

De outro vértice, a tese de ilegitimidade passiva do Partido dos Trabalhadores está fulcrada tão somente na pretensa legitimidade da coligação. Todavia, ainda que se entenda ser a coligação parte legítima para esta causa – do que obviamente não se irá agora tratar, uma vez que a ação foi movida apenas contra o partido e seu candidato –, tal circunstância não acarretaria, por si só, a exclusão da agremiação política, posto que remanesceria a solidariedade entre todos os partidos integrantes da coligação.

De qualquer sorte, como já bem havia observado o Magistrado sentenciante, o conteúdo divulgado teve por finalidade beneficiar tanto o partido quanto o candidato, que se valeram do material para denegrir a imagem do autor no pleito eleitoral, motivo pelo qual ambos detêm legitimidade *ad causam*.

Em arremate, acerca da solidariedade entre partido e candidato, já decidiu o Superior Tribunal de Justiça:

Processual civil e civil. Ação de indenização. Danos morais.

(...) – O candidato a cargo eletivo e o partido político respondem solidariamente pelos excessos praticados na divulgação da propaganda eleitoral.

(...) (Recurso Especial n. 663.887/GO, rel. Mina. Nancy Andrighi, Terceira Turma, j. 23-11-2005) (original não sublinhado).

No mesmo sentido, colhe-se dos julgados do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

RESPONSABILIDADE CIVIL. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. LEGITIMIDADE.

O Código Eleitoral permite a responsabilização dos candidatos e dos adeptos ao partido, de forma solidária, nos casos em que houver excesso por ocasião da realização da propaganda eleitoral. Legitimidade dos réus mantida.

(...) (Apelação Cível Nº 70049056716, rel. Des. Jorge Alberto Schreiner Pestana, Décima Câmara Cível, j. 27-6/2013).

Superadas as preliminares, passa-se à análise do mérito.

Infere-se dos autos que, durante a campanha eleitoral de 2008, os réus veicularam em sua propaganda um vídeo no qual o autor e Élio Francisco Cella (então candidato ao cargo de vice-prefeito) travaram conversa com o seguinte teor (degravação feita a partir do arquivo denominado “VIDEO_TS”, constante no CD-ROM juntado à fl. 46):

João Rodrigues: E aí a gente qualifica aquilo como central de resgate social também. Cumpra um caminhão baú...

(Terceiro não identificado): Tira um dinheiro...

João Rodrigues: Pra tirar uma comissãozinha, é claro. Um caminhãozinho que custa assim 10 milhão a gente compra por 30.

Élio Francisco Cella: Sim... Aí ele vai, vai dar o atendimento...

João Rodrigues: Atendimento...

Élio Francisco Cella: Vai fazer o lado social, com certeza.

João Rodrigues: Social... Social pra turma primeiro.

(Risos)

Tal conteúdo audiovisual foi captado durante gravação para a propaganda eleitoral do autor ainda na campanha de 2004. Contudo, por razões óbvias, não foi por ele levado ao ar. São, pois, imagens descontraídas, de bastidores. Tanto que, vendo a continuidade do vídeo, é possível perceber que o tom jocoso permanece nas cenas seguintes àquelas divulgadas pelos réus, conforme abaixo transcrito (degravação feita a partir do arquivo denominado “VTS_01_1”, constante no CD-ROM juntado à fl. 48):

Élio Francisco Cella: E vamos, vamos distribuir com a equipe da...

João Rodrigues: Com a equipe, com a equipe...

Élio Francisco Cella: Com a equipe que está produzindo aí, porque... Acho que está gravado esse negócio. Está gravado?

(Risos)

De qualquer modo, não é sobre essa questão que gravita o litígio. Não cabe aqui a discussão sobre a ética dos participantes do jogo político. O cerne do enleio consiste na aferição da licitude ou não da divulgação desse material pelos réus sem o consentimento de seus protagonistas, bem com na ponderação sobre o fato de essa veiculação ter ferido os direitos constitucionais à honra, à intimidade e à imagem do apelado.

Neste particular, oportuna a lição de Sergio Cavalieri Filho:

Os nossos melhores constitucionalistas, baseados na jurisprudência da

Suprema Corte Alemã, indicam a *técnica da ponderação de bens ou interesses* como meio mais adequado para se solucionarem eventuais conflitos entre a liberdade de comunicação e os direitos da personalidade. Ensinam que, embora não se deva atribuir primazia absoluta a um ou a outro princípio ou direito, no processo de ponderação desenvolvido para a solução do conflito o direito de noticiar há de ceder espaço sempre que o seu exercício importar sacrifício da intimidade, da honra e da imagem das pessoas (*Programa de responsabilidade civil*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 124-125).

Desde logo importa frisar que, ao contrário do que asseveram os apelantes, o fato de a Justiça Eleitoral ter autorizado a divulgação das imagens impugnadas não os isenta da responsabilidade quanto aos danos eventualmente causados. O que se tratou naquela esfera foi apenas a possibilidade de veiculação do material em propaganda política, oportunidade na qual a Juíza da 94ª Zona Eleitoral entendeu não haver se configurado nenhuma das hipóteses de vedação previstas na Lei n. 9.504/1997 (fls. 147-150). Contudo, a verificação da licitude ou ilicitude da conduta no âmbito da responsabilidade civil – com o consequente dever de reparação do dano caso reconhecida a antijuridicidade – deve ser feita na Justiça Comum, até mesmo porque “a Justiça Eleitoral não tem competência para processar e julgar pleitos indenizatórios” (Superior Tribunal Eleitoral. Agravo Regimental em Petição n. 2.839/GO, rel. Min. Eros Roberto Grau, j. 2-9-2008).

Ademais, saliente-se que, “apesar do fato lesivo ter se dado no contexto da disputa eleitoral, não há, substancialmente, qualquer debate relativo ao processo eleitoral em si, mas somente a alegada necessidade de reparação civil de dano moral decorrente de situação ocorrida nesse período” (Superior Tribunal de Justiça. Conflito de Competência n. 129.935/MG, rel. Min. Marco Buzzi, Segunda Seção, j. 27-4-2016).

Nessa toada, considerando que as decisões da Justiça Eleitoral restringem-se ao seu âmbito de competência, inviável o acolhimento da

tese encampada pelos apelantes no sentido de que a licitude da conduta por eles perpetrada já fora reconhecida em razão da autorização da veiculação televisiva na qual se fulcra a presente demanda indenizatória.

De outro viés, é de se notar ser incontroverso o fato de não ter havido nenhuma montagem ou trucagem no material veiculado pelos réus. Todavia, essa circunstância, por si só, não significa a licitude da conduta. A necessidade de reparação do dano causado advém da mera ofensa material ou moral, independentemente da forma como foi praticado o ato lesivo, sendo a proteção à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem uma garantia fundamental estampada na Constituição Federal (art. 5º, X).

A respeito, anota José Miguel Garcia Medina:

A Constituição também protege a honra e a imagem. A honra de uma pessoa pode ser atingida quando indevidamente usada sua imagem, bem como p.ex., em face do mau uso do seu nome (cf. arts. 18 e 19 do CC). A inviolabilidade da honra e da imagem diz respeito não apenas a atos que causem transtorno, mas, também, ao uso indevido (*Constituição Federal comentada*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 85).

Pois bem.

Sabe-se que em uma campanha eleitoral não é raro o acirramento de ânimos, não só entre os diretamente envolvidos no certame (candidatos), mas também entre seus aliados e até mesmo entre os eleitores. Provocações, discussões a fim de fazer prevalecer algum posicionamento, questionamentos e ataques a adversários têm se tornado cada vez mais comum. Tudo isso faz parte do jogo político. Porém, em qualquer circunstância devem ser respeitados os limites éticos, pois tais condutas devem servir para engrandecer a democracia e auxiliar o cidadão na escolha dos seus representantes, e não para ocasionar dano a quem quer que seja.

Como já mencionado, o fato supostamente lesivo (causa de pedir

remota), *in casu*, é a veiculação indevida de material audiovisual captado durante filmagens para a campanha do autor nas eleições municipais do ano de 2004.

Ocorre que esse conteúdo foi produzido na esfera privada do autor e de seus correligionários e, por não ter sido por eles disponibilizado a terceiros, evidentemente não poderia ser propagado abertamente sem a sua autorização. Contudo, por algum meio desconhecido nos autos (não há nenhuma prova do tempo e/ou modo), os réus tiveram acesso a esse material e passaram a divulgá-lo em sua propaganda política.

Neste tópico, oportuna a transcrição de parte da sentença prolatada pelo Juiz de Direito Marcos Bigolin (fls. 220-221):

Houve captação de imagens e falas do autor, João Rodrigues, durante gravações de propaganda eleitoral. Essas gravações (ou trechos dela) e que foram produzidas por ele próprio foram obtidas pelos seus então adversários políticos, os requeridos José Fritsch, na condição de candidato, e o Partido dos Trabalhadores.

Como o consentimento é pedra angular para se verificar se houve ou não utilização indevida da imagem de qualquer pessoa e como o autor pretende indenização por danos morais em razão da utilização de material gravado, presume-se ausência desse consentimento, até mesmo considerando o conteúdo da gravação e quem o utilizou (adversários políticos durante a campanha eleitoral).

Decorrencia, e inerente ao ônus da prova da parte requerida, haveria necessidade dela comprovar esse consentimento. Ora, nem mesmo o tempo ou modo de obtenção das imagens foi demonstrado, do que resulta conclusão de recepção espúria do material, e utilização indevida, pois sem o consentimento.

Neste processo, os requeridos teriam posto a descoberto imagens brutas, ou seja, sem edição, captadas sem finalidade de divulgação e, por isso e em princípio, de caráter privativo.

Essa reflexão remete a perguntar sobre de quem seria a propriedade das

gravações utilizadas. Não apenas das veiculadas, mas também daquelas captadas durante o ato da gravação. Refiro as imagens dos ensaios, testes de luz, dos erros, enfim, de tudo o que gravado durante as sessões para posterior edição.

Via de regra, “apenas ao titular compete a escolha de divulgar ou não seu conjunto de dados, informações, manifestações e referências individuais, e, no caso de divulgação, decidir quando, como, onde e a quem” o fazer (TAVARES, André Ramos. Curso de Direito Constitucional. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 529).

O Ministro Gilmar Mendes, citando Tércio Sampaio Ferraz, sobre o direito de privacidade e intimidade, escreve que esse “é um direito subjetivo fundamental, cujo titular é toda pessoa, física ou jurídica, brasileira ou estrangeira, residente ou em trânsito no país; cujo conteúdo é a faculdade de constranger os outros ao respeito e de resistir à violação do que lhe é próprio, isto é, das situações vitais que, por só a ele lhe dizerem respeito, deseja manter para si, ao abrigo de sua única e discricionária decisão; e cujo objeto é a integridade moral do titular”. (*in* Curso de Direito Constitucional. 4a. ed. São Paulo: Saraiva, 2009 p. 421)

Até o momento da veiculação, da transmissão, essas gravações têm conteúdo privado. Estão ao talante discricionário de seu titular a divulgação. Depois de transmitidas, seu conteúdo passa a ter certo caráter público. Essa publicidade é relativa porque há que se atentar, ainda assim, para direitos de imagem e de propriedade intelectual, as quais não podem ser violadas.

Ora, o direito à vida privada é dotado de grande subjetivismo, pois somente o seu titular é capaz de dimensionar e estabelecer as particularidades do seu próprio ser, sendo-lhe garantido o resguardo das suas informações personalíssimas e a proteção jurídica contra o molestarmento dessa intimidade.

Sobre o tema, assinala Yussef Said Cahali:

Buscando conceituar o direito à intimidade, refere Artur de Oliveira Deda que, a necessidade que, muita vez, sente o homem de isolar-se

em sua cidadela individual, de subtrair-se à publicidade, de proteger os aspectos personalíssimos de sua vida contra os olhos e ouvidos da curiosidade alheia, sempre foi considerada um interesse legítimo, mas nos tempos modernos é que o problema do devassamento da vida privada tem despertado a atenção dos juristas, que passam a preocupar-se com a proteção do indivíduo em seu retiro, para assegurar-lhe a intimidade. O avanço tecnológico dos tempos vertentes veio agravar o problema, de tal maneira que já não é possível resguardar da curiosidade pública a nossa própria imagem, molestando-a. O direito à intimidade é a faculdade reconhecida às pessoas de opor-se a interferências capazes de causar esse mal-estar. É ele que vai permitir ao homem moderno desenvolver plenamente a personalidade com o mínimo de ingerências em sua vida privada; trata-se, portanto, de um direito essencial à própria dignidade humana, reconhecida a sua importância, no campo de direito privado, não somente do ponto de vista individual, mas, também, social e político (*Dano moral*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 538).

Por essa razão é que a garantia da inviolabilidade da vida privada e da intimidade não se limita à vedação da coleta indevida de informações particulares de um indivíduo: proíbe-se também a utilização abusiva desses dados, mesmo por quem os detenha de forma lícita (v. g., funcionários da empresa que produziu as imagens, coparticipantes das gravações ou e quaisquer outras pessoas que porventura vieram a ter acesso ao conteúdo).

José Adércio Leite Sampaio leciona:

O direito à intimidade está mais associado ao controle de outputs informacionais, desde a sua obtenção por outros até seu uso ulterior. Diz-se assim que o direito à intimidade concede um poder ao indivíduo para controlar a circulação de informações a seu respeito. As informações que se encontram protegidas são aquelas de caráter “privado”, “particular” ou “pessoal”. É o mesmo que dizer, ainda que sob riscos da tautologia, aquelas informações associadas às particularidades do ser. Na caracterização da “informação pessoal” se deve ter em conta: o papel da vontade; a definição do que seja “obtenção de informação”; a compreensão do termo “uso de informação”; e a natureza ampla de informação “pessoal”.

(...) Ainda que autorizada a captação, a pessoa ainda detém o direito de controlar o uso das informações pessoais que não se contém no âmbito do domínio fático dessas informações, de sua exclusividade, próprios do conceito de “segredo”, mas vai além: ainda quando as informações tenham saído desses domínios, a pessoa – de que se trata – continua a exercer um “controle” sobre sua destinação. Vale dizer que não poderão ser usadas: armazenadas, processadas, tratadas, comunicadas, transmitidas, divulgadas ou publicadas – sem que tenha sido inequivocamente dada a autorização para tanto. Mais uma vez estamos a falar de um controle normativo e não natural. Informação pessoal não pode ser entendida como “segredo” ou como “informação confidencial”, senão como, literalmente, “informação a respeito de uma pessoa. Ou de maneira mais clara: informações que tornem a pessoa identificada ou identificável (Comentário ao art. 5º, X. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013. p. 282).

Mutatis mutandis, este Tribunal de Justiça assim já se manifestou:

APELAÇÃO CÍVEL. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. DIVULGAÇÃO DE VÍDEO COM CONTEÚDO ÍNTIMO NA INTERNET. AUSÊNCIA DE CONSENTIMENTO DA OFENDIDA. (...)

(...) FALTA DE CAUTELA NO ARQUIVAMENTO DO MATERIAL, QUE VIABILIZOU O ACESSO POR TERCEIRO, QUE O DISPONIBILIZOU NA REDE MUNDIAL DE COMPUTADORES. VISUALIZAÇÃO DO CONTEÚDO CONFIRMADO POR TESTEMUNHAS. OFENSA À IMAGEM, HONRA, INTIMIDADE E PRIVACIDADE DA AUTORA CONFIGURADA. DEVER DE INDENIZAR MANTIDO.

(...) (Apelação n. 0000926-23.2010.8.24.0119, de Garuva, rel. Des. Subst. Jorge Luis Costa Beber, Segunda Câmara de Direito Civil, j. 28-7-2016).

Como se não bastasse, torna-se a frisar ser deveras obscuro o modo como o material propagado foi obtido pelos réus. Considerando

o seu conteúdo e a finalidade para qual foi utilizado, obviamente não foi fornecido pelos seus titulares. Nesse quadro, apesar da veracidade das imagens e da incontestável licitude da sua captação (é incontroverso que foi o próprio autor quem contratou as filmagens), tem-se que o seu uso foi indevido. A forma clandestina pela qual os demandados tomaram posse desse material apenas corrobora com a ilicitude da conduta perpetrada.

Embora voltada ao plano processual (prova em juízo), oportuna é a lição de Luiz Guilherme Marinoni:

Se uma prova foi lícitamente constituída, mas foi posteriormente obtida de modo ilícito – por exemplo, mediante invasão de domicílio –, o meio de prova, em si mesmo, é lícito, embora a sua obtenção tenha ocorrido mediante violação do direito material.

Situação parecida acontece quando o depoimento testemunhal é prestado a partir de conhecimentos obtidos de modo ilícito. Assim, por exemplo, se a testemunha obteve as informações mediante a espionagem das atividades da parte. No caso, não se pode dizer que a prova foi obtida de modo ilícito, mas sim que as informações reveladas por meio da prova foram obtidas de forma ilícita (Provas ilícitas. In: MARTINS, Ives Gandra; REZEK, Francisco. *Constituição Federal: avanços, contribuições e modificações no processo democrático brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 197).

E, mais adiante, prossegue o doutrinador:

Além dos casos de formação, produção e obtenção de provas de modo ilícito, há situações em que a ilicitude decorre do uso de um documento como prova, assim como acontece com a utilização de um diário íntimo no processo. Trata-se de situação em que a ilicitude está na exposição do conteúdo do documento (*Op. cit.*, p. 198).

De outra banda, inegável que a veiculação feita no programa eleitoral dos réus tinha por objetivo ofender a moral do demandante e, sobretudo, macular a sua imagem perante os eleitores locais. Não trata, *in casu*, de mera crítica corriqueira do processo eleitoral, como querem

fazer crer os apelantes. É inequívoca a intenção de denegrir a reputação do candidato oponente mediante a divulgação de trechos de gravações de bastidores nos quais, em momento de brincadeira e descontração, ele sugere em manifesto tom jocoso a prática de ato de improbidade na administração municipal a fim de obter verbas em seu proveito. O fato de o autor ser uma pessoa pública não lhe retira a proteção constitucional da inviolabilidade da vida privada, intimidade, honra e imagem.

Ao analisar pretensão indenizatória também decorrente de excesso cometido em campanha eleitoral, o Superior Tribunal de Justiça já pronunciou:

DIREITO CIVIL. RECURSO ESPECIAL. PUBLICAÇÃO DE MATÉRIA JORNALÍSTICA CONSIDERADA LESIVA À HONRA DO AUTOR. ADVERSÁRIO POLÍTICO. DANO MORAL CONFIGURADO. INDENIZAÇÃO DEVIDA. DECLARAÇÕES DO RÉU QUE TRANSBORDAM OS LIMITES DO DIREITO DE CRÍTICA. ABUSO DO DIREITO. DANO MORAL CONFIGURADO. OFENSA A DIREITO DA PERSONALIDADE. INDENIZAÇÃO DEVIDA.

1. O litígio revela, em certa medida, colisão entre dois direitos fundamentais, consagrados tanto na Constituição Federal de 1988 quanto na legislação infraconstitucional, como o direito à livre manifestação do pensamento, de um lado, e a tutela dos direitos da personalidade, como a imagem e a honra, de outro.

2. Embora seja livre a manifestação do pensamento – mormente em épocas eleitorais, em que as críticas e os debates relativos a programas políticos e problemas sociais são de suma importância, especialmente para formação da convicção do eleitorado –, tal direito não é absoluto. Ao contrário, encontra rédeas tão necessárias para a consolidação do Estado Democrático de Direito quanto o direito à livre manifestação do pensamento. São os direitos à honra e à imagem, ambos condensados na máxima constitucional da dignidade da pessoa humana.

3. A liberdade de se expressar, reclamar, criticar, enfim, de se exprimir,

esbarra numa condicionante ética, qual seja, o respeito ao próximo. O manto do direito de manifestação não tolera abuso no uso de expressões que ofendam à dignidade do ser humano; o exercício do direito de forma anormal ou irregular deve sofrer reprimenda do ordenamento jurídico.

4. No caso, o que se extrai da leitura dos excertos é, em suma, que o réu teria realizado diretamente condutas ligadas a atos de improbidade administrativa e mau uso de dinheiro público, seja ao custear viagem de membros do Ministério Público à Suíça na busca de contas bancárias do recorrido, seja por superfaturar obra pública do Estado, inclusive cometendo atos tipificados como crime, unicamente com o suposto fim de perseguir o demandado. Salta aos olhos, portanto, que não se trata de “simples manifestação do seu pensamento e do exercício de seu legítimo direito de crítica”, como pretende demonstrar. Ao reverso, pelo que se depreende, houve deliberada intenção de ofender a honra e imagem do Governador do Estado de São Paulo, declaradamente adversário político do reclamado, e que na época disputava as eleições para o mais alto cargo do Poder Executivo bandeirante, imputando a ele a pecha de pessoa afeta ao cometimento de ilícitos penais e administrativos.

5. Recurso especial provido (Recurso Especial n. 1.169.337/SP, rel. Min. Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, j. 18-11-2014).

Ne mesma toada, em julgado deste Tribunal de Justiça:

APELAÇÕES CÍVEIS. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS JULGADA PARCIALMENTE PROCEDENTE. (...) NOTÍCIA VEICULADA EM INFORMATIVO PRODUZIDO POR CHAPA ELEITORAL DE OPOSIÇÃO À CANDIDATURA DO SEGUNDO AUTOR. MATÉRIA OFENSIVA À DIGNIDADE E À HONRA E QUE VAI ALÉM DO CARÁTER ESTRITAMENTE INFORMATIVO. DANO MORAL CARACTERIZADO. SENTENÇA REFORMADA *EX OFFICIO*. RECURSOS DESPROVIDOS (Apelação Cível n. 2006.026005-1, de Biguaçu, rel. Des. Sérgio Izidoro Heil, Segunda Câmara de Direito Civil, j. 17-6-2010).

Por sua vez, o dano decorrente dessa ilicitude configura-se *in re*

ipsa, sendo presumíveis os prejuízos de ordem imaterial decorrentes da malsinada veiculação televisiva, cuja propagação por certo atingiu a honra e a reputação do candidato ora demandante não só no pleito eleitoral como também no seu convívio social e familiar.

Nessa esteira, extrai-se da jurisprudência desta Corte:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS. VEICULAÇÃO DE MATÉRIA JORNALÍSTICA IMPUTANDO À AUTORA PRÁTICA DE CRIME. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA.

(...) DANO MORAL PRESUMIDO (*IN RE IPSA*) DECORRENTE DA DIVULGAÇÃO DE MATÉRIA OFENSIVA À DIGNIDADE E IMAGEM DA DEMANDANTE PERANTE A COMUNIDADE EM QUE VIVE. REQUISITOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL PRESENTES. DEVER DE INDENIZAR MANTIDO.

(...) (Apelação Cível n. 2015.053444-2, de Mafra, rela. Des. Denise Volpato, Sexta Câmara de Direito Civil, j. 27-10-2015).

E também:

APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. DANOS MORAIS. VEICULAÇÃO DE IMAGENS CONSTRANGEDORAS. – PROCEDÊNCIA NA ORIGEM.

(...) DANO MORAL. CARACTERIZAÇÃO *IN RE IPSA*. OFENSA À HONRA. IMAGEM E INTEGRIDADE PSÍQUICA MACULADAS.

– Tratando-se de veiculação televisiva de imagens com teor ofensivo à intimidade, vida privada, honra ou imagem da pessoa atingida, consolidou-se a jurisprudência no sentido de entender por presumíveis os prejuízos à honra e à reputação, ou seja, *in re ipsa*, independente de comprovação, decorrendo a presunção de lesão da inerente maior propagação das imagens junto à sociedade pela via em que proferidas as ofensas.

(...) (Apelação Cível n. 2014.031007-6, de Blumenau, rel. Des. Henry Petry Junior, Quarta Câmara de Direito Civil, j. 31-7-2014).

Noutro norte, afigura-se de menor importância o fato de o autor ter obtido êxito nas eleições municipais de 2008. O dano amargado que deu azo à propositura da presente demanda foi a mácula causada à sua moral (subjetiva e objetiva), e não os votos que porventura deixou de angariar em decorrência da repercussão dos fatos narrados nos autos.

Assim, verificados o ato ilícito, o dano e nexos de causalidade entre eles, exsurge aos ofensores o dever de reparar os prejuízos causados.

Neste particular, insurgem-se os apelantes com relação ao valor da compensação pecuniária fixada pelo Juiz sentenciante em R\$ 60.000,00, com acréscimo de correção monetária a partir do arbitramento da indenização e juros de mora desde o evento danoso.

Tendo em vista a inexistência de parâmetros definidos em lei para arbitramento da verba compensatória por danos morais, doutrina e jurisprudência apontam como balizadores os critérios da razoabilidade e da proporcionalidade, além da análise das particularidades de cada caso concreto.

Importa registrar que:

Em sede de danos morais, a prudência não recomenda ao magistrado se afastar da realidade dos fatos e dos autos, navegador solitário nas águas do subjetivismo puro, sob pena de incorrer em arbitrariedade de todo condenável, verdadeira enfermidade do sistema judicial.

Assim, alguns elementos podem ser apontados como basilares para a formação do convencimento do juiz na quantificação do dano moral:

- a) intensidade do sofrimento do ofendido;
- b) duração do dano ou das lesões;
- c) gravidade da lesão;
- d) natureza e repercussão da ofensa;

- e) posição social do ofendido;
- f) intensidade do dolo ou grau de culpa do responsável pelo dano;
- g) a situação econômico-social do ofensor;
- h) eventual reincidência do causador do dano em ilícitos pretéritos de igual natureza;
- i) retratação do agente ofensor (*Dano moral imoral: o abuso à luz da doutrina e jurisprudência*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2012. p. 64).

In casu, a intensidade do sofrimento não é passível de mensuração. Os danos são presumíveis, porém não se pode aferir o tamanho da dor por eles causada ao autor, sobretudo por se tratar de um caso bastante peculiar que atingiu não só a imagem do ofendido, mas também a sua honra subjetiva.

Apesar de o ato lesivo ter ocorrido durante campanha política, os prejuízos por ele ocasionados não se exauriram ao término das eleições. Contudo, não se pode afirmar por quanto tempo tais fatos permaneceram na memória das pessoas. O esquecimento é natural ao ser humano.

As ofensas em questão, ainda que não tenham ocasionado ao autor a derrota nas eleições durante as quais foram veiculadas, por certo causaram-lhe grande abalo não só no cenário político como também no convívio com os seus familiares, amigos e sociedade em geral.

Embora divulgado o vídeo em propaganda eleitoral local, a mídia veio a ser disponibilizada em notória página eletrônica de acesso mundial denominada “Youtube”, na qual, em apenas quatro dias – tempo decorrido entre a postagem (em 20-9-2008) e o *print* da tela de sua visualização (em 24-9-2008) – foram registradas mais de 23.000 visualizações e diversos comentários a respeito, tudo conforme documento juntado às fls. 41-44.

O ofendido, à época em que ocorreu o ato ilícito, era Prefeito de Chapecó e concorria à reeleição. Anteriormente já havia sido Prefeito de Pinhalzinho e Deputado Estadual. Atualmente é Deputado Federal. Trata-se, portanto, de pessoa voltada à carreira política.

De outra banda, tem-se que a conduta dos demandados pautou-se na nítida intenção de macular a imagem e a reputação do autor no pleito eleitoral. Ainda que verdadeiro o conteúdo veiculado, a forma como se deu a sua obtenção é desconhecida. Entretanto, é inegável que a utilização desse material resulta de má-fé.

A situação econômica dos réus não é passível de ser dimensionada neste feito. Todavia, é sabido que o Partido dos Trabalhadores, apesar de ter sofrido uma significativa queda no número de candidatos eleitos nas recentes eleições em relação ao pleito eleitoral de quatro anos atrás, ainda goza de grande representatividade no cenário nacional. As últimas quatro eleições presidenciais foram vencidas pelo partido. José Fritsch, por sua vez, já foi Deputado Federal, Prefeito de Chapecó, Secretário Nacional de Aquicultura e Pesca e candidato a Governador do Estado em duas oportunidades. Todos esses fatos são públicos. Nesse panorama, inegável que ambos os demandados possuem uma posição privilegiada na sociedade.

Noutro vértice, ainda que se saiba que provocações ou artifícios desse jaez durante o jogo eleitoral não sejam exclusividade do caso ora em análise, não se tem notícia nos autos de outras práticas pelos demandados de condutas análogas aos fatos que desencadearam esta ação indenizatória.

Em arremate, é de se observar não ter havido retratação pelos réus.

Diante de tal quadro, e levando-se em consideração os citados princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, aos quais se soma o caráter pedagógico da compensação pelo abalo moral, entende-se ser adequada a manutenção do *quantum* indenizatório fixado na sentença.

Por fim, impugnam os apelantes também o valor arbitrado a título de honorários advocatícios sucumbenciais.

A respeito, dispunha o antigo Código de Processo Civil (vigente à época em que foi prolatada a sentença ora recorrida):

Art. 20. (...)

§ 3º Os honorários serão fixados entre o mínimo de 10% (dez por cento) e o máximo de 20% (vinte por cento) 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;

Apesar da baixa complexidade do litígio, é inegável que o procurador do autor desempenhou adequadamente a função para a qual foi contratado, e o seu cliente obteve pleno êxito em seu intento.

A demanda tramitou na mesma Comarca em que se localiza a sede do escritório do causídico e não houve necessidade de deslocamento para acompanhamento da causa (por exemplo, para produção de provas ou para cumprimento de diligências).

Houve instrução processual, com a oitiva de uma testemunha.

De se notar, todavia, que a simplicidade do feito não significa que o procurador tenha agido de forma pouco zelosa. Ao contrário: a sentença veio justamente ao encontro das suas alegações.

Além disso, houve ainda a interposição de recurso pelos réus, o que retardou o desfecho da lide e acarretou a necessidade de o causídico lançar mão de mais esforço e dedicação para a sua solução.

Dessa feita, observados os critérios acima elencados, inexistente razão para a minoração da verba honorária fixada pelo juízo de origem.

Ante o exposto, voto pelo conhecimento e desprovimento dos apelos interpostos.

GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO CIVIL

Ação Rescisória n. 0210108-47.2012.8.24.0000, de Balneário Camboriú

Relator: Desembargador Saul Steil

AÇÃO RESCISÓRIA. COLIMADA DESCONSTITUIÇÃO DE ACÓRDÃO LANÇADO EM AÇÃO COMINATÓRIA, QUE MANTEVE A SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA DO PLEITO. SUSCITADA VIOLAÇÃO A LITERAL DISPOSIÇÃO DE LEI (ART. 485, INC. V, DO CPC/73). PRIMITIVA DEMANDA AJUIZADA PELOS CESSIONÁRIOS DO CRÉDITO (APARTAMENTO) QUE A CEDIDA (PESSOA JURÍDICA PROPRIETÁRIA DO IMÓVEL) HAVIA SE COMPROMETIDO A ENTREGAR À CEDENTE (EMPREITEIRA CONTRATADA PARA A CONSTRUÇÃO DO PRÉDIO) POR FORÇA DE AJUSTE DE EMPREITADA. ALEGADA DEFICIÊNCIA NA REPRESENTAÇÃO DA PESSOA JURÍDICA CEDIDA. ANUÊNCIA DADA POR APENAS UM DOS DOIS SÓCIOS, QUANDO O CONTRATO SOCIAL IMPÕE A PRESENÇA DE AMBOS. ARESTO QUE SE FIXA, SIMULTANEAMENTE, EM DUAS TESES: (1) DESNECESSIDADE DE ANUÊNCIA DO CEDIDO EM TEMA DE CESSÃO DE CRÉDITO. NOTIFICAÇÃO DO DEVEDOR QUE SERVE UNICAMENTE PARA QUE ESTE SAIBA A QUEM PAGAR, MAS QUE NÃO É NECESSÁRIA PARA A CONVALIDAÇÃO DO ATO; E (2) VALIDADE E EFICÁCIA DA FIRMA DE APENAS UM DOS SÓCIOS, EM APLICAÇÃO DA TEORIA DA APARÊNCIA. VIOLAÇÃO AOS ARTS. 104, 1.010, 1.015 E 1.060 DO CC. DISPOSITIVOS RESPEITANTES À VALIDADE DO NEGÓCIO JURÍDICO E À PRÁTICA DE ATOS DELIBERATIVOS PELA SOCIEDADE LIMITADA. ARGUMENTOS QUE SE VOLTAM UNICAMENTE CONTRA O SEGUNDO FUNDAMENTO DO ACÓRDÃO, MAS MANTÊM INALTERADO O PRIMEIRO. PROVIMENTO JURISDICIONAL QUE SE REVELA INÚTIL. PRETENSÃO QUE, MESMO SE ACOLHIDA, NÃO SERVIRÁ PARA DERRUIR A TOTALIDADE

DA DECISÃO RESCINDENDA E, POR ISSO, NÃO TRARÁ ALTERAÇÕES SUBSTANCIAIS NA ESFERA DE DIREITOS E OBRIGAÇÕES A CUJO EXAME O ARESTO PROCEDEU. APLICAÇÃO ANALÓGICA DA SÚMULA 283 DO STF. AUSÊNCIA DE INTERESSE DE AGIR. AÇÃO RESCISÓRIA JULGADA EXTINTA SEM RESOLUÇÃO DE MÉRITO (ART. 485, INC. VI, DO CPC).

1. A Súmula 283 do STF, cujo fundamento repousa na ausência de interesse recursal do peticionante de recurso extraordinário, dispõe que “*É inadmissível o recurso extraordinário, quando a decisão recorrida assenta em mais de um fundamento suficiente e o recurso não abrange todos eles*”.

2. A mesma conclusão, evidentemente, deve-se alcançar em tema de ação rescisória, quando a decisão combatida arrima-se em dois distintos fundamentos, ambos válidos para o julgamento de procedência dos pedidos, mas a pretensão rescindenda volta-se unicamente contra um deles.

3. Assim, como a eventual procedência do limitado pleito rescindendo não afetará o aresto impugnado em sua totalidade e, portanto, não acarretará mudança na esfera de direitos e obrigações a cujo exame procedeu o decisório, é de se reconhecer a inutilidade do provimento jurisdicional almejado e, por consequência, a ausência de interesse de agir da parte demandante.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Rescisória n. 0210108-47.2012.8.24.0000, da comarca de Balneário Camboriú 3ª Vara Cível em que são Autores Dalbosco Construções e Incorporações Ltda. e outro e Réus Sérgio Luiz Zanchi e outros.

O Grupo de Câmaras de Direito Civil decidiu, por votação unânime, julgar improcedente o pedido formulado na inicial da Ação Rescisória, condenando os requerentes ao pagamento das despesas processuais e dos honorários advocatícios, estes fixados em 10% (dez por cento) sobre o valor atualizado da causa, nos termos do art. 85, § 6º, combinado com § 3º, inciso I, do CPC/2015. Custas legais.

O julgamento, realizado nesta data, foi presidido pelo Excelentíssimo Senhor Desembargador Newton Trisotto, com voto, e dele tomaram parte os Excelentíssimos Senhores Desembargador Rodolfo C. R. S. Tridapalli, Desembargador Luiz César Medeiros, Desembargador Joel Figueira Júnior, Desembargador Henry Petry Junior, Desembargador Raulino Jacó Brüning, Desembargadora Denise Volpato, Desembargador Domingos Paludo, Desembargador Stanley Braga, Desembargador Fernando Carioni, Desembargador Marcus Túlio Sartorato, Desembargador Cesar Abreu, Desembargador Gerson Cherem II, Desembargadora Rosane Portella Wolff e Desembargador Rubens Schulz.

Funcionou como Representante do Ministério Público o Excelentíssimo Senhor Doutor Murilo Casemiro Mattos.

Florianópolis, 14 de dezembro de 2016.

Desembargador Saul Steil
Relator

RELATÓRIO

Dalbosco Construções e Incorporações Ltda. e Agenor Luiz de Mello deflagraram ação rescisória contra Sérgio Luiz Zanchi e Maria de Lourdes Brizola Zanchi e Scariot & Pruner Ltda., tencionando a desconstituição do aresto lançado na Apelação Cível n. 2008.063263-3, a qual manteve a sentença de procedência dos pedidos pleiteados por Sérgio Luiz Zanchi e Maria de Lourdes Brizola Zanchi na ação cominatória n. 005.03.016470-7.

Alegaram, em suma, que aludido acórdão violou os dispositivos dos arts. 104, 1.010, 1.015 e 1.060 do Código Civil, ao afastar a necessidade de que os dois sócios da empresa requerente anuissem com o instrumento de compra e venda formalizado entre os requeridos Scariot & Pruner Ltda. e Sérgio e Maria de Lourdes Zanchi.

Aduziram, nesse sentido, que tão só compareceu na avença o sócio Agenor Luiz de Mello, porém o contrato social dispunha que os

atos deliberativos haveriam de ser praticados pelos sócios em conjunto, ressoando a incidência dos arts. 1.010 e 1.060 do CC. E, como a negociação envolveu imóveis, a dispensa a que procedeu o aresto violou, também, o art. 1.015 do CC.

Asseveraram, por derradeiro, que o acórdão, ao conferir validade ao ajuste estabelecido sem eficaz declaração de vontade, afrontou o art. 104 do CC, infirmando o princípio da legalidade consagrado no art. 5.º, inc. II, da CR.

Pleitearam, então, a suspensão dos efeitos da decisão rescindenda, em antecipação dos efeitos da tutela, e, ao final, o julgamento de procedência do pedido rescindendo e o novo julgamento da demanda original.

Juntaram documentos (fls. 18-284) e promoveram o depósito do art. 488, inc. II, do CPC (fl. 288).

A medida antecipatória foi denegada (fls. 291-299).

A Procuradoria-Geral de Justiça, por parecer da lavra do Exmo. Sr. Dr. Francisco José Fabiano, manifestou-se pela ausência de motivos a justificar sua intervenção no feito (fl. 313).

Os réus Sérgio Luiz Zanchi e Maria de Lourdes Zanchi ofereceram contestação (fls. 331-340). Defenderam, em preliminar, que aos autores falece o necessário interesse de agir, porquanto a matéria veiculada já foi exaustivamente debatida na primitiva demanda.

No mérito, sustentaram que o acórdão rescindendo fundamentou-se na teoria da aparência, assim reconhecendo que, para os adquirentes do imóvel, a presença de tão somente um sócio da empresa era suficiente à representação da pessoa jurídica e, portanto, o negócio era plenamente válido. E nesse sentido, não há como falar em violação dos dispositivos de lei mencionados.

Após inúmeras tentativas frustradas, a terceira ré foi enfim citada (fl. 439v), deixando, no entanto, de apresentar resposta.

Houve réplica (fls. 472-474).

Os autos vieram conclusos.

Este é o relatório.

VOTO

Não vislumbro utilidade no manejo da presente rescisória.

Como mencionado em relatório, os autores visam à desconstituição do acórdão lançado nos autos da apelação cível n. 2008.063263-6, transitado em julgado em 06.10.2010 (fl. 252), o qual negou provimento à apelação que haviam eles interposto e, assim, manteve a sentença que julgou procedente a pretensão colimada pelos ora réus Sérgio e Maria de Lourdes Zanchi em ação cominatória.

Naquela primitiva demanda, os ora requeridos alegaram, em suma, que haviam estabelecido instrumento de promessa de compra e venda com a ora também requerida Scariot & Pruner Ltda., por meio da qual esta se comprometeu a repassar-lhes o apartamento n. 405 e a vaga de garagem respectiva do Edifício Nilda Mathilde, em Balneário Camboriú.

Este imóvel, de seu turno, a promitente vendedora Scariot & Pruner haveria por receber da ora autora Dalbosco Construções e Incorporações Ltda., como pagamento de ajuste de empreitada formalizado de parte a parte.

Nada obstante os caminhos pelos quais meandrou esse contrato de empreitada, a realidade que alegaram os promitentes compradores era de que o apartamento não lhes havia sido entregue, nem logravam eles registrar a avença na matrícula imobiliária. Por isso, postularam, judicialmente, que as então réis – a dita alienante Scariot & Pruner e

a dona do empreendimento Dalbosco – fossem instadas a dar-lhes o imóvel negociado ou, sucessivamente, apartamento similar ou, ainda sucessivamente, condenadas a ressarcir-lhes as perdas e danos.

A defesa da proprietária Dalbosco, naquela oportunidade, sustentou pela primeira vez os argumentos que, agora, volta a repetir nesta rescisória: dizia ela que não havia participado, validamente, do compromisso de compra e venda firmado entre a empreiteira e os adquirentes finais do apartamento, uma vez que, do contrato, apenas se podia inferir a assinatura de um de seus sócios, quando o seu contrato social determinava que essa sorte de ação seria exercida pelos dois sócios em conjunto.

Finda a instrução processual, o Juiz então proferiu a sentença que, reconhecendo a impossibilidade de acolhimento da pretensão à entrega da coisa pactuada, deu procedência à pretensão de entrega de apartamento similar. Essa decisão foi vazada nos seguintes termos, que faço consignar porque relevantes:

“A defesa dos réus se baseia no seguinte: a) o contrato de fls. 15/17, apesar de nominado como compromisso de compra e venda, se trata de negócio jurídico de cessão de crédito, pois a unidade n. 405 havia sido dada em pagamento à ré Lopes & Prunner, por conta de ajuste de empreitada firmado entre os réus; b) na condição de cedida, à ré Dalbosco não pode ser oposto o contrato, até mesmo porque não anuiu expressamente o negócio; c) a assinatura isolada do sócio Agenor Luiz de Mello, terceiro réu, não implica na responsabilidade da pessoa jurídica Dalbosco pelo desfazimento do negócio; d) como não houve qualquer ressalva no instrumento, a responsabilidade perante os autores cessionários é exclusiva da cedente, Lopes & Prunner.

“Primeiramente, frise-se que é incontroverso que o apartamento n. 405 do Edifício Nilda Mathilde havia sido dado em pagamento à ré Lopes & Prunner por força de contrato de empreitada firmado com a ré Dalbosco. Ato contínuo, a primeira ré negociou dita unidade com os autores, transferindo-lhes assim o crédito que havia recebido.

“Segundo a própria ré Dalbosco defende, **tratou-se de verdadeira cessão de crédito, apesar de nominado o contrato como ‘compromisso de compra e venda’**. [...]

“Portanto, **na cessão de crédito, o devedor primitivo permanece responsável pelo cumprimento da obrigação, havendo modificação somente quanto ao credor da prestação**, ao contrário do que ocorre na cessão de contrato.

“Desta forma, a obrigação decorrente do contrato de fls. 15/17 não somente pode, como deve ser oposta à ré Dalbosco, na condição de devedora do crédito! **Com efeito, não fosse o contrato celebrado com os autores, a ré Dalbosco estaria obrigada a entregar a unidade autônoma n. 405 do Ed. Nilda Mathilde à ré Scariot & Prunner**, pois assim avençado entre as partes em função do contrato de empreitada, fato este, repita-se, incontroverso.

“Quanto à anuência do devedor, **a notificação é requisito exigido pelo art. 290 somente para o fim de evitar o pagamento a quem não mais é credor** [...].

“Dessa forma, cai por terra a tese da ré Dalbosco no tocante à ausência de cláusula expressa que contenha manifestação inequívoca de ciência.

“A assinatura do réu Agenor Luiz de Mello, sócio da pessoa jurídica Dalbosco, aposta no contrato de fls. 15/17, traduziu ciência do devedor de que os credores da prestação passavam a ser os autores, e não mais a Lopes & Prunner. [...]

“**Portanto, a cessão do crédito limita-se na transferência, pelo sujeito ativo, de uma obrigação (crédito) a terceiro, estranho ao negócio original, não necessitando da anuência do cedido**” (fls. 192-194; grifei).

O apelo dos ora autores percorreu o mesmo sentido da contestação (fls. 201-212), sendo então desprovido por acórdão da colenda Terceira Câmara de Direito Civil que, sob relatoria da Desa. Maria do Rocio Luz Santa Ritta, restou assim ementado:

“AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER C/C PERDAS E DANOS. JULGAMENTO *EXTRA PETITA*. ADSTRIÇÃO DO JUÍZO AOS FATOS APRESENTADOS E AO PEDIDO FINAL. FUNDAMENTAÇÃO JURÍDICA INSERTA NA PEÇA PÓRTICA QUE NÃO VINCULA A DECISÃO. PREFACIAL RECHAÇADA. MÉRITO. INCORPORAÇÃO DE CONDOMÍNIO VERTICAL. CONTRATO DE EMPREITADA. PREVISÃO DE PAGAMENTO DOS SERVIÇOS PRESTADOS PELA EMPREITEIRA MEDIANTE DAÇÃO DE UNIDADE CONDOMINIAL. ULTERIOR NEGOCIAÇÃO DO IMÓVEL COM OS AUTORES. ENLEIO QUE CARACTERIZA VERDADEIRA CESSÃO DE CRÉDITO PERTINENTE À EMPREITEIRA, NA MEDIDA EM QUE ESSA AINDA NÃO DETINHA O DOMÍNIO DO APARTAMENTO. AJUSTE, DE TODO MODO, ANUÍDO PELA PROPRIETÁRIA INCORPORADORA. CONCORDÂNCIA, ALIÁS, POR UM DOS SÓCIOS, EMBORA O ESTATUTO TRATE DE ADMINISTRAÇÃO CONJUNTA COM OUTRA PESSOA. TEORIA DA APARÊNCIA. VALIDADE DO ATO. BEM NÃO ENTREGUE. DESCUMPRIMENTO OBRIGACIONAL QUE ENSEJA PLEITO ATINENTE À TRANSFERÊNCIA DE UNIDADE SIMILAR E PERDAS E DANOS, TANTO EM FACE DA CEDENTE QUANTO DA DEVEDORA PRIMITIVA, E AQUI TAMBÉM EM DESFAVOR DE SÓCIO DA ÚLTIMA. CONDENAÇÃO CORRETA. SENTENÇA MANTIDA. RECURSO DESPROVIDO.

“De acordo com o princípio *jura novit curia*, o magistrado, ao analisar os fatos trazidos ao seu conhecimento, não se encontra atrelado aos fundamentos legais invocados pela parte na petição inicial. Destarte, não é *extra petita* a sentença que atribui ao contrato firmado entre os autores e réus qualificação jurídica distinta daquela que realmente possui. É imprescindível ao julgador apenas a adstrição à narrativa dos acontecimentos e ao pedido final (art. 460 do CPC), com o que se adequa a sentença guerreada.

“Inviável tratar como promessa de compra e venda típica, apesar de assim intitulado, negócio firmado entre empreiteira contratada para erguer prédio à incorporadora, essa sim a proprietária, e um terceiro, por

falecer-lhe a condição necessária a ser considerada como alienante, que é o domínio. Circunstância, ademais, ao que consta, conhecida de todos os partícipes do ato. Todavia, **se a unidade transacionada consubstanciava expectativa de dação em pagamento por serviços que a empreiteira prestou à proprietária, é certo que houve a cessão daquele crédito, o que transfere aos cessionários, de qualquer forma, todas as garantias que cercavam a obrigação entre a cedente e a devedora primitiva** (art. 1.066 do CC/1916). Válida, outrossim, contra essa última, a anuência à dita cessão (art. 1.069 do CC/1916), quando prestada à mão de um dos seus sócios, muito embora seu estatuto preveja administração conjunta com outrem. É que o terceiro de boa-fé não pode adentrar nos meandros da sociedade para conferir os poderes de gestão, bastando apenas a aparência de que os possuem aquele com quem contrata. Descumprida a obrigação de transferência definitiva do imóvel, andou bem o juízo *a quo* ao condenar não apenas a cedente, mas também a devedora primitiva, e ainda seu sócio, dadas as particularidades, de forma solidária na entrega de apartamento com valor similar ao negado aos autores, bem como às perdas e danos.

“Recurso desprovido” (fls. 239-240; grifei).

Da fundamentação do aresto, extraio, ainda:

“É fato incontroverso que a Lopes & Pruner Ltda. tinha valores em haver com a Dalbosco Construções e Incorporações Ltda., e que as duas pactuaram entre si a satisfação da obrigação por meio do apartamento 405 do edifício Nilda Mathilde. **O repasse desse direito, realizado pela credora Lopes & Pruner Ltda. aos acionantes, consubstanciou verdadeira cessão de crédito, modalidade em que se transfere ao cessionário, de qualquer forma, o direito de persecução da obrigação também em desfavor da devedora primitiva**, nos exatos limites em que cabia ao cedente. É o que se extrai do art. 1.066 do CC/1916, *in verbis*: [...]

“Agora um detalhe. **A ré Dalbosco Construções e Incorporações Ltda. assinala que dela não houve anuência de maneira expressa à cessão do crédito, invocando em sustentação à tese o art. 1.069 do CC/1916** (art. 290 do CC/2002), o qual dispõe, *in verbis*: [...]

“Sobre o assunto, todavia, nenhuma razão lhe assiste. Em primeiro lugar, observo que a ciência em questão tem como finalidade precípua evitar o pagamento a pessoa equivocada, ou seja, preveni-la acerca da necessidade de quitar o débito perante o cessionário, e não mais ao cedente, o credor primitivo.

“Sendo assim, na falta da notificação, acaso realizado pela devedora o pagamento perante o cedente, o cessionário perderia completamente o direito de cobrança contra a primeira, porquanto não indicada a alteração havida no polo credor. Entretanto, **se a obrigação ainda não foi quitada** (como no caso, em que a Dalbosco não pagou à Lopes & Pruner), **é deveras duvidoso que a notificação assuma a relevância pretendida, ou seja, para livrá-la da dívida, haja vista que a cessão, desde quando praticada, permite ao cessionário praticar todos os atos necessários a conservar, e bem assim, ao que tudo indica, perseguir o crédito que lhe foi cedido. [...]**

“De qualquer sorte, se a argumentação acima não parecer convincente, registro que **o instrumento contratual de cessão creditícia firmado com os acionantes ostenta anuência válida de representante da Dalbosco Construções e Incorporações Ltda., consubstanciada na assinatura de Agenor Luiz de Mello, sócio dirigente da empresa, ex vi do que consta na cláusula primeira do seu estatuto (fl. 31).**

“Por outro lado, conquanto o termo constitutivo da sociedade fale em direção conjunta dos negócios com Cláudio Fernando Dalvesco, a questão é de todo irrelevante, pois **a doutrina e jurisprudência modernas superaram o formalismo exacerbado em torno dos poderes de representação de dirigentes, e mesmo de empregados, os quais devem ceder ante a teoria da aparência,** principalmente para proteger terceiros de boa-fé como os autores. A respeito do tema, leciona Arnaldo Rizzardo (*In Teoria da Aparência*, Ajuris n. 24, p. 222 e seguintes): [...]

“Destarte, na hipótese em tela, **é válida para dar substância ao ato de cessão a anuência de apenas um dos sócios, de modo que todos os efeitos atingem em cheio os recorrentes.** Como corolário, andou bem o juízo *a quo* ao determinar que cumpram, solidariamente com a Lopes & Pruner Ltda., a obrigação de dar unidade condominial similar à proposta, já negociada com outrem, isso sem falar das perdas e danos, as quais,

aliás, nem sequer foram especificamente impugnadas por meio deste recurso” (fls. 246-249; grifei).

Inferese dos termos em que lançado o aresto que, a fim de atribuir responsabilidade aos ora autores quanto à entrega de imóvel similar ao alienado, o julgamento pautou-se, cumulativamente, em duas circunstâncias, a saber:

A primeira delas segue o argumento de que o ajuste firmado entre a empreiteira e os ditos adquirentes do apartamento não tratou de compromisso de compra e venda, mas de mera cessão de crédito. Nesse contexto, a participação do cedido no instrumento contratual revelava-se desnecessária, porque a ciência a que aludia o art. 1.069 do CC/1916 serviria tão somente para que soubesse ele a quem pagar, mas não seria imperiosa para a convalidação do ato.

É o que afirma o acórdão impugnado, quando registra ser “deveras duvidoso que a notificação assuma a relevância pretendida, ou seja, para livrar [a proprietária] da dívida” (supra).

A segunda circunstância firma-se sobre o fato de que a presença de apenas um dos sócios no dito contrato de compra e venda é suficiente para que, em frente a terceiros de boa-fé, a empresa responda por suas obrigações, muito embora seu contrato social dispusesse a necessidade das assinaturas de ambos os sócios em conjunto. Essa disposição do contrato social, como se pode ver, foi mitigada em razão da incidência, no caso, da teoria da aparência.

Repito: o acórdão registrou que a anuência da proprietária não seria imprescindível à convalidação da cessão do crédito; mas que, ainda que o fosse, a firma aposta por um de seus sócios seria bastante para a responsabilização da pessoa jurídica, por conta da teoria da aparência.

Estas, pois, as premissas sobre as quais se arrimou o aresto que se pretende rescindir.

A postulação formulada nesta rescisória, todavia, é formada sobre a alegada violação a literal disposição de lei, para tanto invocando-se a literalidade dos arts. 1.010, 1.015, 1.060 e, por consequência, 104 do Código Civil. Dispõem eles:

Art. 104. A validade do negócio jurídico requer:

I – agente capaz;

II – objeto lícito, possível, determinado ou determinável;

III – forma prescrita ou não defesa em lei.

Art. 1.010. Quando, por lei ou pelo contrato social, competir aos sócios decidir sobre os negócios da sociedade, as deliberações serão tomadas por maioria de votos, contados segundo o valor das quotas de cada um.

§ 1.º Para formação da maioria absoluta são necessários votos correspondentes a mais de metade do capital.

Art. 1.015. No silêncio do contrato, os administradores podem praticar todos os atos pertinentes à gestão da sociedade; não constituindo objeto social, a oneração ou a venda de bens imóveis depende do que a maioria dos sócios decidir.

Art. 1.060. A sociedade limitada é administrada por uma ou mais pessoas designadas no contrato social ou em ato separado.

Vê-se, pois, dos artigos de lei invocados, como da própria narração dos fatos exposta na exordial, que a impugnação se orienta contra essa segunda fundamentação do acórdão impugnado – a validade da assinatura de apenas um dos sócios no instrumento contratual –, para tanto argumentando que a aplicação da teoria da aparência violou as disposições legais respeitantes à prática de atos pela sociedade limitada.

No entanto, por mais que manifestassem razão os autores quanto a essa particularidade, a verdade que se revela é que a conclusão que alcançou o aresto permaneceria inamovível, porquanto ainda subsistiria,

com força suficiente para atribuir responsabilidade à pessoa jurídica, a realidade de que, em tema de cessão de crédito, a participação do devedor é dispensável tanto para a validade do ato, como para que o cessionário persiga a obrigação devida.

Assim, parece-me que considerar acerca da efetiva violação ou não dos artigos do Código Civil torna-se despiciendo na espécie, uma vez que não há como vislumbrar que o acolhimento da pretensão, nesse sentido, venha conduzir à desejada desconstituição da decisão passada em julgado, que se manterá nos seus termos remanescentes.

E disso deságua a conclusão de que o provimento jurisdicional aqui colimado carece de efetiva utilidade e de que, de conseguinte, aos autores falece o interesse processual no caso.

Sobre a matéria, é a lição de Fredie Didier Jr.:

“O exame do interesse de agir (interesse processual) passa pela verificação de suas circunstâncias: a) utilidade e b) necessidade do pronunciamento judicial. [...]”

“Há utilidade da jurisdição toda vez que o processo puder propiciar ao demandante o resultado favorável pretendido. A providência jurisdicional reputa-se útil na medida em que, ‘por sua natureza, verdadeiramente se revele – sempre em tese – apta a tutelar, de maneira tão completa quanto possível, a situação jurídica do requerente’. Explica Cândido Dinamarco: ‘Sem antever no provimento pretendido a capacidade de oferecer essa espécie de vantagem a quem o postula, nega-se a ordem jurídica a emiti-lo e, mais que isso, nega-se a desenvolver aquelas atividades ordinariamente predispostas à sua emissão (processo, procedimento, atividade jurisdicional)’.” (Curso de Direito Processual Civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento. 11.^a ed. Jus Podium: Salvador, 2009, p. 196-197).

Na hipótese, como visto, mesmo o acolhimento – em tese – de toda a postulação dos autores não autorizará a rescisão da decisão impugnada, posto que ela encontra alicerce em ainda outro fundamento,

não combatido pela via da ação rescisória. Destarte, a busca pelo provimento jurisdicional é inútil na medida em que não promoverá alteração substancial na esfera de direitos e obrigações a cujo exame o aresto rescindendo procedeu.

Ressoa, aliás, a dicção da Súmula 283 do STF, que, nada obstante trate da admissibilidade do recurso extraordinário naquela Corte – por motivo de ausência de interesse recursal –, bem se amolda ao presente caso:

“É inadmissível o recurso extraordinário, quando a decisão recorrida assenta em mais de um fundamento suficiente e o recurso não abrange todos eles”.

Posto isso, voto no sentido de reconhecer a ausência de interesse de agir dos autores no caso e, assim, julgar extinto o processo, sem resolução de mérito, consoante o art. 485, inc. VI, do CPC.

Por consequência, condeno os requerentes à satisfação das custas processuais e dos honorários advocatícios, que fixo em 10% do valor da causa, nos termos do art. 85, § 2.º, incs. I, II, III e IV, do CPC, e determino a reversão do depósito do art. 488, inc. II, do CPC/73 em favor dos requeridos, na forma do art. 974, par. ún., do CPC (art. 494, *in fine*, do CPC/73).

Este é o voto.

Embargos Infringentes n. 0158244-33.2013.8.24.0000, de Blumenau

Relator: Desembargador Domingos Paludo

EMBARGOS INFRINGENTES. COBRANÇA SECURITÁRIA. ACIDENTE AUTOMOBILÍSTICO. NEGATIVA DE PAGAMENTO SOB AVENTADA EMBRIAGUEZ DO MOTORISTA. EXCLUDENTE DE COBERTURA POR ATO DOLOSO DO SEGURADO E DE AGRAVAMENTO INTENCIONAL DO RISCO. ALCOOLEMIA NÃO COMPROVADA, TAMPOUCO SUA INFLUÊNCIA DECISIVA NO RESULTADO DO EVENTO. ÔNUS DA PROVA QUE INCUMBIA À SEGURADORA. DEVER DE INDENIZAR. RECURSO DESPROVIDO.

“A circunstância de o segurado, no momento em que aconteceu o sinistro apresentar dosagem etílica superior àquela admitida na legislação de trânsito não basta para excluir a responsabilidade da seguradora, pela indenização prevista no contrato. [...] Para livrar-se da obrigação securitária, a seguradora deve provar que a embriaguez causou, efetivamente, o sinistro” (REsp 685.413/BA, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros).

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Embargos Infringentes n. 0158244-33.2013.8.24.0000, da comarca de Blumenau 2ª Vara Cível em que é Embargante Allianz Seguros S/A e Embargado Samrello Inst. Industrial Ltda.

O Grupo de Câmaras de Direito Civil decidiu, por votação unânime, negar provimento aos Embargos Infringentes. Custas legais.

Participaram do julgamento, realizado nesta data, os Exmos. Srs. Desembargadores Domingos Paludo – Relator, Newton Trisotto, Eládio Torret Rocha – Presidente, Fernando Carioni, Marcus Tulio Sartorato, Maria do Rocio Luz Santa Ritta, Joel Figueira Júnior, Henry Petry Junior, Jairo Fernandes Gonçalves, Sebastião César Evangelista, Saul Steil,

Monteiro Rocha, João Batista Góes Ulysséa, Denise Volpato, Stanley Braga, Rodolfo C. R. S. Tridapalli, Gerson Cherem II e Rosane Portella Wolff.

Florianópolis, 09 de novembro de 2016.

Desembargador Domingos Paludo
Relator

RELATÓRIO

Trata-se de Embargos Infringentes interpostos por Allianz Seguros S/A contra o acórdão proferido pela 4ª Câmara de Direito Civil que, na AC n. 2011.011264-6, por maioria de votos, reformou a sentença e julgou procedente a demanda securitária.

No provido recurso, a então recorrente e ora embargada, Samrello Inst. Industrial Ltda., clamou a reforma da decisão do magistrado que negou seu pedido de indenização, uma vez que incumbia à seguradora demonstrar que a alegada embriaguez do condutor, Rafael Busarello, fora a causa determinante do sinistro ocorrido na noite de 10-4-2009. O Colegiado acolheu o fundamento e condenou a ré ao pagamento de R\$ 22.134,20 (correspondentes a 110% do valor apontado na tabela FIPE), deduzidos R\$ 3.500,00 referentes ao salvado, totalizando R\$ 18.634,20. Por fim, inverteu os ônus sucumbenciais e determinou à ré o pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, estes em 15% sobre a indenização.

O voto vencido, de lavra do relator originário, foi no sentido de manter a sentença de improcedência, reconhecendo a embriaguez como “causa nitidamente relevante para a consecução do sinistro” (fl. 487).

Neste reclamo, sustenta a requerida que “não encontra guarida na legislação, na jurisprudência e na doutrina, a alegação de que é abusiva, portanto anulável, a cláusula de exclusão de cobertura securitária no caso

de embriaguez do condutor do veículo segurado” (fl. 513). Suscita, para tanto, o provimento dos embargos com a prevalência do voto vencido e a decorrente improcedência da ação.

Contrarrazões às fls. 527/532.

É o relatório.

VOTO

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso.

A controvérsia cinge-se à excludente de responsabilidade da ré pela cobertura do seguro quanto à suposta alcoolemia do condutor do veículo quando do sinistro.

Pelo exame dos autos, o acórdão vencedor dispensa revisão, porquanto a seguradora não comprovou que o aparente estado alcoólico do motorista ensejou o agravamento voluntário do risco, tampouco que tenha sido causa determinante para o resultado da ocorrência. Ainda que o “boletim de atendimento de urgência” (fl. 61) tenha apontado tais sinais, o fato, por si, não é suficiente para afastar a obrigação contratual da embargante. Da doutrina:

[...] a ação do álcool sobre o organismo e, obviamente, as suas repercussões psíquicas, não dependem apenas da quantidade de bebida ingerida, mas também das condições pessoais de quem bebe (por ex.: sexo, alimentação, saúde, idade, sistema nervoso, habitualidade, etc.), de tal modo que a sintomatologia varia de pessoa para pessoa, sendo altamente perigoso levar em conta, para a determinação de embriaguez, tão só critérios objetivos de dosagem alcoólica [...] (VALLER, Wladimir. Responsabilidade Civil e Criminal nos Acidentes Automobilísticos. Tomo II. 5ª ed. São Paulo: Julex, 1994, p. 798).

Sobre a relação de boa-fé que deve reger os contratos de seguro:

No contrato de seguro, a equidade desempenha papel saliente, porque

um dos seus esteios é, precisamente, a boa-fé; o Magistrado, chamado a decidir uma contenda, deverá, pois, pronunciar equitativamente, tendo em vista as peculiaridades do caso concreto. Realmente, não se há de exigir do segurado que esteja sempre angustiosamente atento a todo o perigo: ele faz seguro exatamente para desfrutar de maior tranquilidade, para libertar-se de preocupações, para ter paz de espírito (Monteiro, Washington de Barros. Curso de Direito Civil, Direito das Obrigações. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, pág. 360).

E é essa a intenção do atual Código Civil, ao estabelecer:

Art. 765. 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.

Não é toda situação, portanto, que deve ser interpretada de modo a estender a exclusão da cobertura contratual e do conseqüente pagamento do valor da apólice, sob pena de desvirtuar a natureza dessa modalidade de pacto.

O bem lançado voto vencedor destaca o art. 51 da regra consumerista quanto à nulidade dos efeitos das cláusulas genéricas de exclusão de cobertura, pela própria análise dos fatos que ensejaram o sinistro. Extraí-se:

[...] Até porque, do contrário, estar-se-ia a romper a justa expectativa do aderente e ferir a boa-fé objetiva, princípio elementar das relações de consumo e que possui como deveres inerentes, dentre outros, a lealdade, o esclarecimento e o cuidado.

Ressalte-se que não se está afirmando que a exclusão não possa existir, mas que seus efeitos devem ser direcionados a casos específicos; deve incidir quando o consumidor aumentou injustificadamente o risco do contrato e deu causa a um risco extraordinário, ou seja, quando sua conduta foi a causa direta do dano, o que, na hipótese, não ocorreu.

[...]

No caso, a única pretensa comprovação da embriaguez é a expressão “alcoolidado” que consta do Boletim de Atendimento de urgência de fl. 61, certamente feita pelo atendente da emergência.

A lata de cerveja encontrada estava aos pés do motorista, o que conforta sua versão de que o caroneiro é que dela bebia, e ficou caído em seu colo (fl. 301).

A dinâmica mais provável dos fatos, analisando-se as fotografias dos autos, é de que o condutor passou pela lombada em excesso de velocidade (mas isso, por si só, não afasta o dever de indenizar), perdendo o controle do veículo e vindo a chocar-se contra a mureta da rótula.

Não ocorrendo a comprovação de intenção dolosa por parte do Segurado, afasta-se a cláusula excludente e, por conseguinte, torna-se devido o pagamento da indenização nos limites da apólice. [...] (fls. 475/477).

Seja como for, se o autor dirigia em excesso de velocidade e, ao passar pela lombada, perdeu o controle do veículo, chocando-se contra a mureta da rótula e, não havendo provas de que a suposta alcoolemia tenha ensejado a colisão, indiscutível o dever de indenizar da seguradora.

Acidentes assim podem decorrer de variadas razões, com ou sem relação com a ebriedade.

Destarte, não cumprindo a requerida com o ônus que lhe incumbia (art. 333, II, CPC), inaplicáveis as excludentes de cobertura por ato doloso da segurada (art. 726 do CC) e de agravamento intencional do risco (art. 768 do CC). Esta, aliás, é a compreensão do STJ:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL.
SEGURO DE VEÍCULO.

ACIDENTE. MOTORISTA EMBRIAGADO. AGRAVAMENTO DO RISCO. NÃO COMPROVAÇÃO. COBERTURA. OBRIGAÇÃO. DENÚNCIAÇÃO À LIDE. JUROS DE MORA. RESPONSABILIDADE. SEGURADORA. TERMO INICIAL. CITAÇÃO.

ENTENDIMENTO ADOTADO NESTA CORTE. VERBETE 83 DA SÚMULA DO STJ. NÃO PROVIMENTO.

1. A embriaguez, por si só, não configura a exclusão da cobertura securitária em caso de acidente de trânsito, ficando condicionada a perda da indenização à constatação de que foi causa determinante para a ocorrência do sinistro. Precedentes.
2. Nos termos da jurisprudência desta Corte, a seguradora denunciada é a responsável pelo pagamento dos juros de mora que têm incidência desde a citação. Precedente.
3. O Tribunal de origem julgou nos moldes da jurisprudência pacífica desta Corte. Incidente, portanto, o enunciado 83 da Súmula do STJ.
4. Agravo regimental a que se nega provimento. (AgRg no AREsp 617.627/SP, Rel. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, QUARTA TURMA, julgado em 01/10/2015, DJe 08/10/2015).

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. SEGURO DE VEÍCULO. ACEDENTE DE TRÂNSITO. EMBRIAGUEZ DETERMINANTE.

1. Em casos de acidente de trânsito, a embriaguez do segurado, por si só, não pode ser considerada causa de agravamento de risco, a exonerar, em qualquer hipótese, a seguradora. A seguradora somente fica exonerada de pagar a indenização quando demonstrado que o agravamento do risco pela embriaguez influenciou efetivamente para a ocorrência do sinistro.
2. Alterar a conclusão do tribunal de origem, para afirmar que a embriaguez da recorrente não determinou a ocorrência do acidente, demanda o reexame de fatos e provas, atividade não realizável nesta via especial. Incidência da súmula 7/STJ.
3. Embargos de declaração recebidos como agravo regimental não provido. (EDcl no AREsp 688.721/RS, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 21/05/2015, DJe 27/05/2015).

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL.
DESERÇÃO.

ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA. RENOVAÇÃO DO PEDIDO.
DESNECESSIDADE. AÇÃO DE COBRANÇA. SEGURO DE
VIDA. ACIDENTE DE TRÂNSITO. EMBRIAGUEZ. NEXO DE
CAUSALIDADE. NECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO. ÔNUS
DA PROVA. SEGURADORA.

1. A assistência judiciária gratuita estende-se a todas as instâncias e a todos os atos do processo.
2. A renovação do pedido ou a comprovação de que a parte recorrente é beneficiária da justiça gratuita não é necessária quando da interposição do recurso especial.
3. A mera constatação de embriaguez de motorista não é razão bastante para eximir a seguradora de pagar indenização pactuada.
4. Incumbe à seguradora o ônus da prova relativa ao nexo causal entre o acidente e o estado de embriaguez do segurado.
5. Agravo regimental provido. (AgRg no AREsp 596.811/SP, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, TERCEIRA TURMA, julgado em 22/09/2015, DJe 28/09/2015).

Deste Grupo de Câmaras:

EMBARGOS INFRINGENTES. AÇÃO DE COBRANÇA DE
SEGURO DE VEÍCULO. ACIDENTE CAUSADO PELO FILHO
DA SEGURADA. NEGATIVA DE COBERTURA BASEADA
NA EMBRIAGUEZ DO CONDUTOR. SENTENÇA DE
IMPROCEDÊNCIA REFORMADA PARCIALMENTE POR
MAIORIA, AFASTADO O DANO MORAL. PEDIDO EXORDIAL
JULGADO PARCIALMENTE PROCEDENTE EM GRAU DE
APELAÇÃO. MÉRITO. PEDIDO DE AFASTAMENTO DO
DEVER INDENIZATÓRIO. ALEGAÇÃO DE AGRAVAMENTO
VOLUNTÁRIO DO RISCO CONTRATADO FACE A
CONSTATAÇÃO DA EMBRIAGUEZ DO CONDUTOR DO

VEÍCULO. INSUBSISTÊNCIA. ATO PRATICADO PELO FILHO DA AUTORA, CONDUTOR DO VEÍCULO NO MOMENTO DO ACIDENTE. AGRAVAMENTO DO RISCO QUE NÃO PODE SER IMPUTADO À SEGURADA. PRINCÍPIO DA RELATIVIDADE SUBJETIVA DOS CONTRATOS. IMPOSSIBILIDADE DE A CONDUTA DE TERCEIRO ALHEIO À RELAÇÃO CONTRATUAL AFETAR DIREITO DA SEGURADA PREVISTO EM APÓLICE. EXEGESE DO ARTIGO 768 DO CÓDIGO CIVIL. ENTREGA DO VEÍCULO A TERCEIRO QUE TRADUZ EXERCÍCIO REGULAR DO DIREITO DE PROPRIEDADE. AUSÊNCIA DE PROVA DA CIÊNCIA ACERCA DO POSSÍVEL ESTADO DE EMBRIAGUEZ DO FILHO QUANDO DA ENTREGA DO VEÍCULO. DEVER INDENIZATÓRIO INCÓLUME. PRECEDENTES DESTES TRIBUNAL E DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. (EI n. 2012.062167-4, rel. Des. Denise Volpato, j. 13-03-2013).

EMBARGOS INFRINGENTES. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. MORTE POR AFOGAMENTO EM PISCINA DE CLUBE DURANTE REALIZAÇÃO DE EVENTO FESTIVO. APLICAÇÃO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA. ACIDENTE DE CONSUMO OU FATO DO SERVIÇO. NÃO CARACTERIZAÇÃO DAS EXCLUDENTES SUSCITADAS PELO CLUBE EMBARGANTE: INEXISTÊNCIA DE DEFEITO DO SERVIÇO OU CULPA EXCLUSIVA DA VÍTIMA. EVENTO DE GRANDE PORTE REALIZADO ENVOLTA DA PISCINA. AUSÊNCIA DE SALVA-VIDAS NO LOCAL. NÚMERO REDUZIDO DE SEGURANÇAS EM CONTRAPOSIÇÃO AO GRANDE PÚBLICO QUE COMPARECEU À FESTA. CONJUNTO PROBATÓRIO QUE CONDUZ À CONCLUSÃO DE QUE A PISCINA FOI LIBERADA PARA USO DOS PRESENTES. FALTA DE PROVAS NO SENTIDO DE QUE A EMBRIAGUEZ DA VÍTIMA FOI CAUSA EXCLUSIVA E DETERMINANTE AO RESULTADO FATAL DO EVENTO DANOSO. MANUTENÇÃO DO VOTO VENCEDOR. PRETENSÃO DE REDUÇÃO OU EXCLUSÃO DA PENSÃO POR MORTE. TEMA NÃO DEBATIDO NO VOTO VENCIDO. EMBARGOS INFRINGENTES CONHECIDOS

PARCIALMENTE E, NESTA PARTE, DESPROVIDOS. (EI n. 2009.067039-2, rel. Des. Ronei Danielli, j. 14-03-2012, grifamos).

Demais julgados da Corte Catarinense:

APELAÇÃO CÍVEL. SEGURO E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DE COBRANÇA. SINISTRO DE AUTOMÓVEL. SEGURADO ALCOOLIZADO. – IMPROCEDÊNCIA NA ORIGEM.

(1) RISCO. EMBRIAGUEZ. CAUSA DETERMINANTE. AUSÊNCIA DE PROVA. DEVER DE INDENIZAR. ACOLHIMENTO.

– A embriaguez do segurado, por si só, não representa agravamento do risco, porquanto é necessária a comprovação de sua influência determinante para o acidente de trânsito, o que não ficou demonstrado pela seguradora, a quem a prova toca. [...] (AC 2015.075599-8, rel. Des. Henry Petry Junior, j. 26-11-2015).

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE COBRANÇA. SEGURO DE VEÍCULO. ACIDENTE DE TRÂNSITO. NEGATIVA DE PAGAMENTO. APLICAÇÃO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. EXCLUSÃO DA COBERTURA. EMBRIAGUEZ DO CONDUTOR NÃO COMPROVADA. ÔNUS QUE INCUMBIA À SEGURADORA. CLÁUSULA LIMITATIVA QUE DEVE SER INTERPRETADA À LUZ DA LEGISLAÇÃO CONSUMERISTA. NECESSIDADE DE DEMONSTRAR O INCREMENTO VOLUNTÁRIO DO RISCO. DIREITO DO BENEFICIÁRIO À INDENIZAÇÃO SECURITÁRIA RECONHECIDO. SENTENÇA MANTIDA. APELO DESPROVIDO.

I – Carecendo o feito de provas demonstrativas do estado de embriaguez do motorista do automóvel segurado, ônus que incumbia à Seguradora, a teor do art. 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor e, também, do art. 333, II, do Diploma Processual Civil, afigura-se incontestado o direito do beneficiário em receber a indenização securitária postulada na exordial.

II – Ademais, tratando-se a referida exclusão da garantia securitária de cláusula limitativa, cediço que deve ser interpretada restritivamente, à luz do princípio da boa-fé que é orientador de todos os contratos, sobretudo aqueles protegidos pela legislação consumerista.

Nesse contexto, ainda que estivesse comprovada a embriaguez do condutor do veículo sinistrado (o que, frise-se, não ocorreu no caso vertente), tem-se que tal fato, por si só, não é causa excludente da obrigação contratual assumida pela seguradora. Não havendo prova de que o incremento do risco foi voluntário e de que o estado etílico do motorista foi a causa determinante para a ocorrência do sinistro, infundada é a exclusão da cobertura prevista na apólice. (AC 2014.057758-0, rel. Des. Joel Figueira Júnior, j. 17-12-2015).

APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO CIVIL. AÇÃO DE COBRANÇA. NEGATIVA DE COBERTURA SECURITÁRIA. VEÍCULO SEGURADO SINISTRADO. SEGURADO SOB O EFEITO DE ÁLCOOL. IMPROCEDÊNCIA NA ORIGEM. INSURGÊNCIA DO SEGURADO. AGRAVAMENTO DO RISCO NÃO EVIDENCIADO. EMBRIAGUEZ, POR SI SÓ, NÃO CONFIGURA EXCLUSÃO DA COBERTURA PACTUADA. PERDA DA INDENIZAÇÃO CONDICIONADA À CONSTATAÇÃO DE QUE A ALCOOLEMIA DO CONDUTOR DO VEÍCULO SEGURADO FOI CAUSA DETERMINANTE PARA A OCORRÊNCIA DO SINISTRO. ÔNUS DA SEGURADORA. NEXO DE CAUSALIDADE NÃO DEMONSTRADO. DEVER DE INDENIZAR CARACTERIZADO. PRECEDENTES. *QUANTUM* INDENIZATÓRIO. ORÇAMENTO REALIZADO PELA PRÓPRIA SEGURADORA. SENTENÇA REFORMADA. REDISTRIBUIÇÃO DOS ÔNUS SUCUMBENCIAIS. EXEGESE DO ARTIGO 85, § 2º, DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. CONCESSÃO DOS BENEFÍCIOS DA ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA. PEDIDO FORMULADO EM CONTRARRAZÕES. POSSIBILIDADE. DOCUMENTOS QUE DEMONSTRAM A INSOLVABILIDADE DA SEGURADORA. BENESSE DEFERIDA. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. (AC n. 0005115-43.2011.8.24.0011, rel. Des. Jairo Fernandes Gonçalves, j. 30-05-2016).

Assim, **nego provimento** aos Infringentes.

É como voto.

PRIMEIRA CÂMARA DE DIREITO CIVIL

Apelação Cível n. 2015.095139-4, da Capital

Relator: Des. Raulino Jacó Brüning

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER COM PEDIDO DE REPARAÇÃO DE DANOS E TUTELA ANTECIPADA. CONTRATO DE PLANO DE SAÚDE. PROCEDÊNCIA NA ORIGEM 1. APELO DARÉ. ALEGADA EXCLUSÃO CONTRATUAL DO HOSPITAL EM QUE SE REALIZOU O PROCEDIMENTO CIRÚRGICO. 1.1. CLÁUSULA CONTRATUAL DÚBIA. APLICAÇÃO DA INTERPRETAÇÃO MAIS FAVORÁVEL AO CONSUMIDOR. 1.2. NOSOCÔMIO, ADEMAIS, QUE INDICA POSSUIR CONVÊNIO COM O SISTEMA COOPERATIVO. 1.3. INTERVENÇÃO QUE SE ENQUADRA NO CONCEITO DE EMERGÊNCIA A FIM DE EVITAR “LESÕES IRREVERSÍVEIS”. OBRIGATORIEDADE DE COBERTURA. 2. DANO MORAL. RECUSA INDEVIDA DE ATENDIMENTO AO CONVENIADO. RELAÇÃO DE CONSUMO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. DEVER DE INDENIZAR CONFIGURADO. 3. *QUANTUM* INDENIZATÓRIO. DEMORA NO CUMPRIMENTO DA DETERMINAÇÃO JUDICIAL QUE ANTECIPOU OS EFEITOS DA TUTELA. SITUAÇÃO QUE GEROU AINDA MAIS ABALOS PSICOLÓGICOS EM RAZÃO DA INCERTEZA QUANTO À REALIZAÇÃO DO PROCEDIMENTO. 3.1. RESERVA DO CENTRO CIRÚRGICO CANCELADA EM RAZÃO DO RETARDO DA COMUNICAÇÃO DE AUTORIZAÇÃO PELO SEGURO SAÚDE. NECESSIDADE DE AGENDAMENTO EM OUTRO NOSOCÔMIO MEDIANTE NOVO PEDIDO DE AUTORIZAÇÃO. DEMANDANTE QUE AGUARDAVA A RESOLUÇÃO DO IMBRÓLIO EM PREPARO PARA ATO CIRÚRGICO. CRIANÇA QUE, DIANTE DA SITUAÇÃO VIVENCIADA, VÊ-SE TOMADA PELO MEDO EM SE SUBMETER À OPERAÇÃO. MANUTENÇÃO DO MONTANTE FIXADO EM PRIMEIRO GRAU (R\$ 50.000,00 – CINQUENTA MIL REAIS) QUE SE AFIGURA ADEQUADA. 4.

REQUERIMENTO DE CONDENAÇÃO AO PAGAMENTO DOS VALORES CONSOANTE TABELA PRATICADA PELO PLANO DE SAÚDE. MATÉRIA NÃO DEBATIDA EM PRIMEIRO GRAU. INOVAÇÃO RECURSAL. NÃO CONHECIMENTO. 5. JUROS DE MORA. DANO MORAL. INCIDÊNCIA DESDE O EVENTO DANOSO. SÚMULA 54 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. 6. APELO CONHECIDO EM PARTE E, NESTA PORÇÃO, DESPROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2015.095139-4, da Comarca da Capital (2ª Vara Cível), em que é apelante Unimed Grande Florianópolis Cooperativa de Trabalho Médico Ltda. e apelado L. H. Z. B.:

A Primeira Câmara de Direito Civil decidiu, por votação unânime conhecer em parte do recurso e, nesta porção, negar-lhe provimento. Custas legais.

O julgamento, realizado nesta data, foi presidido por este Relator e dele participaram os Desembargadores Domingos Paludo e Gerson Cherem II.

Funcionou como Representante do Ministério Público o Exmo. Sr. Dr. Alexandre Herculano Abreu.

Florianópolis, 15 de setembro de 2016.

Raulino Jacó Brüning
PRESIDENTE E RELATOR

RELATÓRIO

Adoto o relatório da r. sentença de fls. 407/416, da lavra da Magistrada Cleni Serly Rauen de Vieira, por refletir fielmente o contido no presente feito, *in verbis*:

L. H. Z. B., devidamente representado por sua genitora Gabriela de

Souza Zanini, ambos qualificados, promoveu a presente ação declaratória c/c cominatória, indenizatória e pedido de tutela antecipada em face de UNIMED GRANDE FLORIANÓPOLIS-COOPERATIVA DO TRABALHO MÉDICO LTDA., igualmente identificada, aduzindo em síntese que: a) o autor, menor impúbere, sofreu acidente de trânsito em 11.10.2010, do qual resultou trauma cranioencefálico e facial extenso, com afundamento de crânio, esfacelamento de órbitas e nariz e dilaceramento labial; b) aderiu ao plano de saúde com a ré, cumprindo a carência de dois anos exigida pela operadora para realização de qualquer procedimento relativo ao acidente, carência esta encerrada em 07.11.2012; c) após diversas cirurgias e complicações, procurou a equipe médica da Dra. Vera Cardim, médica cirurgião plástica, especializada em reconstrução facial, por se tratar de caso delicado e complexo, impondo-se o tratamento por profissional extremamente qualificado, pois se trata de uma reconstrução de face quase que totalmente destruída, necessitando de tantas outras cirurgias; d) no dia 02.02.2011 foi operado em São Paulo, pela equipe da Dra. Vera Cardim, para reconstrução crânio-orbital, reconstruindo-se o andar anterior da base do crânio, onde foi realizada a retirada de fragmentos ósseos fraturados que se encontravam incrustados na massa encefálica, os quais estavam causando convulsões no menor, todavia permaneceram todas as deformidades faciais descritas pela própria médica; e) não obstante todas as intervenções efetuadas, restaram muitas deformações, ocasião em que a médica responsável encaminhou relatório para a ré solicitando a internação e anestesia geral para nova cirurgia agendada para o dia 17.07.2013, uma vez que esta não possui credenciamento com nenhum plano de saúde; f) todavia, ambos os pedidos restaram indeferidos, sob o fundamento de que os hospitais em que a referida médica opera, quais sejam, Hospital Beneficência Portuguesa, Hospital Santa Catarina e Hospital São Luiz Itaim, possuem convênio com a Unimed Paulistana e não com a Unimed Florianópolis, não podendo, assim, serem autorizados.

Dissertou sobre as cláusulas contratuais, os valores despendidos e o direito aplicável à espécie e requereu a tutela antecipada para que a ré seja compelida a autorizar o procedimento cirúrgico de “plástica em Z ou W, lagoftalmo correção cirúrgica, epicanto correção cirúrgica (por lado) e reconstrução de unidade anatômica do nariz por estágio”, nos exatos termos da prescrição da Dra. Vera Cardim CRM 32.790 e, ao final, a

confirmação dos efeitos da tutela e a condenação da ré a indenizar os danos morais que alega ter sofrido em razão da negativa injustificada, bem como das despesas processuais e honorários advocatícios. Juntou documentos (fls. 21/286).

A tutela antecipada foi concedida às fls. 287/291, ocasião em que foi deferida a gratuidade de justiça e determinada a citação da ré.

Citada, a ré ofereceu resposta na forma de contestação (fls. 298/315), aduzindo, no mérito, que os hospitais em que a médica assistente do autor atua são de alto custo e não são credenciados pela Unimed Florianópolis, bem como estão expressamente excluídos da cobertura contratada, sendo a Unimed Paulistana a responsável pelo credenciamento dos nosocômios, pessoa jurídica diversa da ré. Aduziu, outrossim, que não há dever de indenizar eventual abalo moral. Postulou a improcedência do pleito inicial. Juntou documentos (fls. 298/315).

Houve réplica (fls. 393/398).

Intimadas as partes para especificarem as provas que pretendiam produzir, as partes nada requereram.

Às fls. 402/403, o autor peticionou informando que houve transtornos gerados pela ré para cumprimento da decisão judicial, inclusive ocorrendo o reagendamento da cirurgia que já estava agendada, requerendo a determinação para que ela junte aos autos as gravações das ligações efetuadas para solucionar a situação.

Os autos vieram-me conclusos.

É o relatório.

Acresço que a Togada *a quo* julgou procedentes os pedidos, conforme parte dispositiva que segue:

Diante do exposto, com fulcro no art. 269, I, do CPC, JULGO PROCEDENTES os pedidos formulados por L. H. Z. B., representado por sua genitora G. de S. Z., na presente ação declaratória c/c cominatória, indenizatória e pedido de tutela antecipada que move em face de UNIMED GRANDE FLORIANÓPOLIS-COOPERATIVA DO TRABALHO MÉDICO LTDA. para:

a) CONFIRMAR os efeitos da tutela antecipada concedida às fls. 287/291, DECLARANDO a obrigatoriedade da ré de custeio da internação e anestesia para o procedimento cirúrgico de “plástica em Z ou W, lagoftalmo correção cirúrgica, epicanto correção cirúrgica (por lado) e reconstrução de unidade anatômica do nariz por estágio”, ao qual foi submetido o autor no Hospital São Luiz Itaim, bem como a contratação de todo o aparato e serviços necessários a regular realização daquele, nos moldes da indicação médica (fls. 38/41), no prazo de 24 (vinte e quatro) horas, sob pena de multa diária de R\$ 1.000,00 (mil reais), nos termos do § 4º e 5º do art. 461 do CPC.

B) CONDENAR a ré ao pagamento de 50.000,00 (cinquenta mil reais) a título de indenização por danos morais em favor do autor, acrescido de juros de mora de 1% ao mês a contar da citação e correção monetária pelo INPC a partir de hoje (responsabilidade contratual).

Outrossim, CONDENO a ré ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios em favor do procurador dos autores, estes fixados em 10% do valor total da condenação, nos termos do art. 20, § 3º, do CPC.

Inconformada, Unimed Grande Florianópolis Cooperativa de Trabalho Médico Ltda. apela, sustentando que: a) não se tratava de procedimento de urgência; b) inexistente cobertura contratual para o hospital utilizado; c) o tratamento poderia ser realizado em rede credenciada; d) a cláusula 23 cita expressa e individualmente que o hospital onde ocorreram as cirurgias não é credenciado; e) não há abalo moral, porquanto há discussão a respeito de cláusulas contratuais; f) mantido o entendimento de existência de abalo moral, deve ser reduzido o valor fixado; g) os juros relativos ao abalo anímico devem incidir somente a partir do arbitramento; h) o reembolso deve se dar conforme a tabela utilizada pelo próprio plano de saúde (fls. 419/435).

O apelado apresentou contrarrazões, pugnando pela manutenção da sentença (fls. 443/453).

O Ministério Público, em parecer da lavra da Procuradora de Justiça Gladys Afonso, opinou pelo conhecimento e parcial provimento do recurso, para afastar a condenação ao pagamento de indenização por danos morais (fls. 9/19 – autos físicos).

VOTO

O recurso é tempestivo (fl. 439) e munido de preparo (fl. 436/437).

1. Da ordem de julgamento

O julgamento do presente recurso – em inobservância à ordem preferencial disposta no artigo 12, *caput*, do Código de Processo Civil de 2015 – justifica-se em razão de “[...] *simples arranjo de trabalho visando à maior eficiência jurisdicional [...]*” (MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; e MITIDIERO, Daniel. *Novo Código de Processo Civil comentado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 112).

Relevante ponderar que as particularidades que permeiam o recurso em análise impedem o atendimento da ordem prevista na lista citada, sob pena de inegável afronta ao princípio da eficiência, disposto no artigo 8º do Diploma Processual Civil atual.

2. Da alegada ausência de cobertura contratual

Primeiramente, insta salientar que, no caso dos autos, é perfeitamente aplicável o Código de Defesa do Consumidor, uma vez que, ao firmar contrato de assistência à saúde, o autor enquadra-se como consumidor, nos termos do artigo 2º do Código Consumerista, e a requerida como fornecedora, segundo preconiza o artigo 3º do mesmo diploma legal.

A par disso, a Súmula 469 do Superior Tribunal de Justiça enuncia: “*aplica-se o Código de Defesa do Consumidor aos contratos de planos de saúde*”.

Assim, além da observância do disposto na legislação consumerista,

os contratos de assistência médica e hospitalar contêm peculiaridades que tornam imprescindível igualmente observar os comandos dispostos na Lei n. 9.656/1998.

In casu, a ré defende a inexistência de obrigatoriedade de cobertura dos valores solicitados, referentes à internação e anestesista, sob o fundamento de que o hospital em que houve pedido para realização do procedimento cirúrgico está expressamente excluído no pacto firmado entre as partes.

Da avença realizada extrai-se que (fl. 260): “*Cláusula I, “f”*: *A área de abrangência geográfica do presente contrato é nacional, compreendendo todo o território nacional*”.

No tocante às coberturas contratuais, destaca-se (fls. 266/267):

(...) 11) participação do médico anestesiológico, quando houver indicação clínica, nos procedimentos listados no Rol de Procedimentos e Eventos em saúde vigente à época do evento.”

12) internações hospitalares em centro de terapia intensiva ou similar, em clínicas básicas ou especializadas da rede própria ou credenciada, reconhecidas pelo Conselho Federal de Medicina, sendo vedada a limitação de prazo, valor máximo e quantidade de internações, a critério do médico assistente.

Da simples leitura das aludidas cláusulas conclui-se facilmente que o plano contratado prevê a cobertura em abrangência nacional, suportando, ainda, as despesas com internação e anestesiológico (serviços esses requeridos pelo autor).

De outro norte, a ré afirma que, conforme disposto na cláusula 16 da avença, o Hospital não estaria abarcado pela cobertura contratada (fl. 283):

CLÁUSULA 26 – CONDIÇÕES GERAIS:

I – REDE PRESTADORA DE SERVIÇOS

A possibilidade de escolha do (a) CONTRATANTE é restrita aos serviços listados no sítio indicado nas cláusulas de mecanismos de Regulação. O plano não inclui quaisquer prestadores não integrantes da lista do “site”, como, por exemplo:

[...]

São Paulo (SP): Hospital Beneficência Portuguesa, Fundação Antônio Prudente – Hospital A.C. Camargo, Hospital Anchieta, Hospital e Maternidade Santa Joana S.A. Hospital e Maternidade São Luiz [...].

Parágrafo único: Por ser a CONTRATADA cooperativa integrante do SISTEMA Nacional Unimed, é possível que prestadores de serviços não incluídos no endereço eletrônico acima referido, como tenham contrato de prestação de serviços com outras cooperativas médicas integrantes do Sistema Unimed, o que não implica obrigação da CONTRATADA em prestar serviços nos referidos prestadores.

Todavia, referida cláusula não se mostra efetivamente clara sobre se as entidades lá listadas são ou não integrantes da rede prestadora de serviços, dando azo a entendimento dúbio, motivo pelo qual deve ser interpretada da maneira mais favorável ao consumidor (artigo 47 do Código de Defesa do Consumidor).

Tal fato, por si só, já possibilitaria a conclusão de obrigatoriedade de cobertura.

Entretanto, no caso sob análise, visualiza-se, ainda, mais duas razões pelas quais a ré deveria suportar os valores de internação e anestesista.

Explica-se.

Embora possuam personalidades jurídicas distintas, todas as cooperativas médicas integrantes do sistema denominado UNIMED compõem um único sistema cooperativo. Isto quer dizer que, aos olhos do consumidor, quando da contratação dos serviços, aquela entidade hospitalar estava credenciada.

Conforme bem mencionado nos autos, ao consultar a página eletrônica do Hospital São Luiz, verifica-se que este possui convênio com a Unimed Paulistana.

Ora, evidente que, para o consumidor que firma contrato de plano de saúde com abrangência nacional, constatar que o hospital no qual precisa realizar procedimento médico possui convênio com a Unimed, aliado ao fato de a cláusula contratual ser dúbia, significa que seu plano cobre as despesas realizadas no aludido nosocômio.

Nos bem lançados fundamentos da Magistrada sentenciante (fl. 410):

“Ademais, não se justifica a alegação de que os Hospitais Beneficência Portuguesa, Santa Catarina e São Luiz, nos quais a médica que realizou a cirurgia do autor atua, estão fora da rede básica credenciada por ser de alto custo, uma vez constatado que o tais nosocômios são credenciado à rede UNIMED Paulistana, como afirma a própria ré em sua contestação (fl. 306), sendo, pois, seu dever cobrir os procedimentos solicitados, pois o contrato deve prever coberturas e exclusões de forma clara, precisa e objetiva, diante da incidência do Código de Defesa do Consumidor e a prevalência dos direitos deste, em caso de dúvida. Conquanto não se trate da unidade com a qual o autor diretamente contratou (UNIMED GRANDE FLORIANÓPOLIS), tratam-se de membros pertencentes ao mesmo conglomerado o Sistema Nacional UNIMED, de forma que, sendo o plano de saúde do autor de abrangência nacional, estariam os nosocômios inseridos na rede credenciada da qual poderia fazer uso. Aplica-se nesse caso a teoria da aparência” (fl. 410).

Sobre o tema, já tive oportunidade de me manifestar em situação semelhante:

Referida cláusula não se mostra efetivamente clara sobre se as entidades lá listadas são ou não integrantes da rede prestadora de serviços, dando azo à entendimento dúbio, motivo pelo qual deve ser interpretada da maneira mais favorável ao consumidor (artigo 47 do Código de Defesa do Consumidor).

Não bastasse, embora possuam personalidades jurídicas distintas, todas

as cooperativas médicas integrantes do sistema denominado UNIMED compõem um único sistema cooperativo, sem diferenciação quanto a uma ou outra. Isto quer dizer que, aos olhos do consumidor, quando da contratação dos serviços, aquela entidade hospitalar estava credenciada.

Assim, competia à requerida notificar o consumidor da exclusão de tal hospital da lista ofertada no contrato, sendo certo que a negativa pela ré, da cobertura pretendida, não encontra respaldo legal.

Neste sentido, segue precedente do Superior Tribunal de Justiça:

DIREITO DO CONSUMIDOR. PLANO DE SAÚDE. DESCRENCIAMENTO DE CLÍNICA MÉDICA NO CURSO DE TRATAMENTO QUIMIOTERÁPICO, SEM SUBSTITUIÇÃO POR ESTABELECIMENTO DE SAÚDE EQUIVALENTE. IMPOSSIBILIDADE. PRÁTICA ABUSIVA. ART. 17 DA LEI 9.656/98.

1. O *caput* do art. 17 da Lei 9.656/98 garante aos consumidores de planos de saúde a manutenção da rede de profissionais, hospitais e laboratórios credenciados ou referenciados pela operadora ao longo da vigência dos contratos.

2. Nas hipóteses de descredenciamento de clínica, hospital ou profissional anteriormente autorizados, as operadoras de plano de saúde são obrigadas a manter uma rede de estabelecimentos conveniados compatível com os serviços contratados e apta a oferecer tratamento equivalente àquele encontrado no estabelecimento de saúde que foi descredenciado. Art. 17, § 1º, da Lei 9.656/98.

3. O descredenciamento de estabelecimento de saúde efetuado sem a observância dos requisitos legalmente previstos configura prática abusiva e atenta contra o princípio da boa-fé objetiva que deve guiar a elaboração e a execução de todos os contratos. O consumidor não é obrigado a tolerar a diminuição da qualidade dos serviços contratados e não deve ver frustrada sua legítima expectativa de poder contar, em caso de necessidade, com os serviços colocados à sua disposição no momento da celebração do contrato de assistência médica.

4. Recurso especial conhecido e provido. (STJ, REsp 1119044/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 22/02/2011, DJe 04/03/2011). (Apelação Cível n. 2014.034651-4, de São José, deste Relator, j. 11/9/2014)

A decisão monocrática, por sua vez, foi confirmada por esta Primeira Câmara de Direito Civil:

AGRAVO (ARTIGO. 557, § 1º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL) EM APELAÇÃO CÍVEL. OBRIGAÇÃO DE FAZER CUMULADA COM PEDIDO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. PLANOS DE SAÚDE. DECISÃO UNIPESSOAL QUE VISLUMBROU A MANIFESTA IMPROCEDÊNCIA DO APELO. AGRAVO SEM O CONDÃO DE DESCONSTITUIR OS ENTENDIMENTOS APRESENTADOS NA DECISÃO RECORRIDA. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. “À parte recorrente compete, por seu turno, demonstrar que o *decisum* unipessoal não respeitou os pressupostos legais, o que, entretanto, não foi observado no presente caso, na medida em que as razões recursais limitaram-se à rediscussão da matéria, sem o apontamento de súmula ou jurisprudência dominante supostamente desconsiderada por este Relator” (TJSC, corpo do acórdão proferido em Agravo (§ 1º art. 557 do CPC) em Agravo de Instrumento n. 2012.043131-2, de Rio do Oeste. Relator: Des. Ricardo Fontes. Data: 22/11/2012). (TJSC, Agravo (§ 1º art. 557 do CPC) em Apelação Cível n. 2014.034651-4, de São José, rel. Des. Raulino Jacó Brüning, j. 16-10-2014).

Por fim, a cobertura também era devida em razão da natureza do atendimento a ser prestado.

A ré sustenta que não se tratava de procedimento de emergência, novamente, sem razão. Consoante o conceito de emergência constante no artigo 35-C da Lei n. 9.656/98:

É obrigatória a cobertura do atendimento nos casos:

I - de emergência, como tal definidos os que implicarem risco imediato de vida ou de lesões irreparáveis para o paciente, caracterizado em declaração do médico assistente;

No caso sob debate, em que pese, de fato, o atendimento inicial ter se dado no sentido de salvar a vida do segurado (criança, com trauma severo de crânio), as demais lesões verificadas posteriormente também se demonstraram de emergência, na medida em que poderiam causar lesões irreparáveis.

Ora, tratamos aqui de criança que enfrentou sério trauma na cabeça e na face, e que teve a necessidade de se submeter a cirurgia de reconstrução do rosto, não só pelo caráter estético, mas com o intuito de corrigir e permitir o funcionamento de funções vitais, como, por exemplo, a respiração, tendo em vista a violência do trauma sofrido no nariz, assim como nos olhos.

Tudo isso, aliado ao fato de se tratar de uma fase em que há o crescimento de toda a estrutura óssea e muscular (fase de crescimento), demonstra que as reparações têm de ser realizadas o mais rápido possível, sob pena de, após concretizadas as lesões, não ser mais possível sua reversão.

Destaca-se, ademais, que no intuito de dar a melhor assistência ao autor, sua família não poupou esforços e pagou, de forma particular, a médica responsável pelo procedimento (especialista no assunto, como bem demonstrado nos autos). Entretanto, postulam tão somente a condenação da ré ao pagamento dos valores relativos à anestesia e internação que, por tudo o que já foi exposto, faziam parte do pacto realizado entre as partes.

Ainda, muito embora a ré alegue que o procedimento poderia ter sido realizado em sua “rede credenciada” não trouxe aos autos qualquer informação acerca do hospital ou médico vinculado a sua rede (com habilitação específica para este tipo de cirurgia que, sabe-se, é de alta complexidade), e, por conseguinte, não se desincumbiu de seu ônus de demonstrar os fatos desconstitutivos do direito do autor, a teor do que determinava o artigo 333, II, do Código de Processo Civil vigente ao tempo dos fatos (artigo 373, II, da legislação instrumental em vigor).

Fazendo-se a subsunção do fato à norma, resta claro que a recusa é abusiva, porquanto, havia previsão contratual de cobertura de tratamento no hospital mencionado na exordial.

Portanto, nega-se provimento ao apelo, mantendo-se incólume a sentença objurgada.

3. Do pedido de reembolso das quantias conforme a tabela praticada pelo plano de saúde

A demandada sustenta que, se mantida a condenação, o reembolso deve ser feito de acordo com a tabela praticada com o plano de saúde.

Todavia, o pleito não deve sequer ser conhecido. Isso porque tal matéria não foi aventada pela parte ré na contestação, tampouco foi enfrentada pelos fundamentos da decisão de primeiro grau.

Assim, tal argumento qualifica-se como inovação recursal, pois não restou debatido pelo juízo *a quo*, o que impede a análise por este Tribunal, sob pena de supressão de instância. É o ensinamento de Nelson Nery Jr. e Rosa Maria de Andrade:

Proibição de inovar. Por inovação entende-se todo elemento que pode servir de base para a decisão do tribunal, que não foi arguido ou discutido no processo, no procedimento de primeiro grau de jurisdição (Fasching. ZPR², n. 1721, p. 872). Não se pode inovar no juízo de apelação, sendo defeso às partes modificar a causa de pedir ou o pedido (nova demanda). Todavia, a norma comentada permite que sejam alegadas questões novas, de fato, desde que se comprove que não foram levantadas no primeiro grau por motivo de força maior. Pela proibição do *ius novorum* prestigia-se a atividade do juízo de primeiro grau (Holzhammer. ZPR, p. 322; Barbosa Moreira. Coment., n. 249, pp. 453/454). (NERY Jr., Nelson. NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante*. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 898) (grifo acrescido)

Outro não é o entendimento desta Corte de Justiça:

Nos termos do artigo 515, § 1º, do Código de Processo Civil, só serão apreciadas pelo Tribunal as questões discutidas e suscitadas no processo, sendo vedado à parte embargante inovar nas razões recursais, alegando matéria não submetida ao juízo de primeiro grau, sob pena de supressão de instância. (TJSC, Apelação Cível n. 2005.011602-3, de Criciúma, rel. Des. Carlos Prudêncio, j. em 28-8-2009). (TJSC, Apelação Cível n. 2010.081025-1, da Capital. Relatora: Desa. Janice Goulart Garcia Ubiali. Data: 11/05/2012)

Não se conhece, portanto, deste tópico recursal.

4. Dano moral

Pretende a apelante a exclusão da condenação por danos morais. Alega que mero descumprimento contratual não gera abalo anímico.

Não procede o inconformismo.

Ora, é inegável que qualquer indivíduo, em situação análoga (o autor, cumpre enfatizar, necessitava de cirurgia reparatória da face, tratando-se de criança de tenra idade), sentir-se-ia aflito, tomado por angústia e frustração, potencializando o seu já frágil estado de saúde. Tais sentimentos, decorrentes da negativa de cobertura contratual, extrapolam a órbita do mero aborrecimento, atingindo atributos inerentes à própria dignidade humana, razão pela qual o abalo moral encontra-se configurado.

Destarte, diante dos fatos apresentados, estão presentes os requisitos ensejadores da configuração do dever de indenizar.

Convém assentar que, em se tratando de relação de consumo, a responsabilidade incidente é objetiva, fundamentada pela teoria do risco (artigos 12, 14 e 17 do Código de Defesa do Consumidor). Nesta modalidade, não se faz necessária a comprovação da culpa do agente, bastando a constatação da ocorrência do ato ilícito, por meio de ação ou omissão, do dano e do nexo de causalidade entre a conduta do agente e o resultado danoso.

Sergio Cavalieri Filho explica:

O fornecedor de serviços, consoante art. 14 do Código de Defesa do Consumidor, responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços. Trata-se de responsabilidade objetiva pelo fato do serviço, fundada na teoria do risco do empreendimento, segundo a qual todo aquele que se dispõe a exercer alguma atividade no campo do fornecimento de bens e serviços tem o dever de responder pelos fatos e vícios resultantes do empreendimento independentemente de culpa. [...] O fornecedor só afasta sua responsabilidade se provar (ônus seu) a ocorrência de uma das causas que excluem o próprionexo causal, enunciadas no § 3º do art. 14 do Código de Defesa do Consumidor: inexistência do defeito e culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro. (CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 425).

Assim, o pleito de indenização pelo dano moral sofrido pelo autor merece amparo, com a manutenção da sentença. O ato ilícito praticado pela ré, consubstanciado na recusa indevida de custear o tratamento do requerente, acarretou aflição e angústia, em momento de flagrante fragilidade emocional do consumidor, diante da urgência para cirurgia da face.

Confirmam-se os seguintes precedentes desta Corte de Justiça: TJSC, Apelação Cível n. 2012.072721-3, da Capital, rel. Des. Luiz Carlos Freyesleben, j. 06-12-2012 e TJSC, Apelação Cível n. 2012.034292-9, de Lages, rel. Des. Ronei Danielli, j. 29-08-2013.

Nega-se, assim, provimento à apelação neste tópico.

5. Do *quantum* compensatório

Em virtude da inexistência de parâmetros legais para a fixação da verba indenizatória, prepondera na doutrina e jurisprudência o entendimento de que, para esse arbitramento, o Magistrado deve se valer dos critérios da razoabilidade e proporcionalidade. A quantia deve levar

em conta o caráter compensatório e inibitório do dano moral, servindo tanto como leniente à vítima, quanto como coação ao infrator.

No caso em apreço, figuram como partes, de um lado, uma operadora de plano de saúde de vultoso porte econômico, que indevidamente negou a realização de procedimento. De outro, o autor, criança de tenra idade, que teve sua face extremamente lesada em acidente automobilístico, necessitando da cirurgia corretiva. Teve contudo, seu pedido negado indevidamente, por suposta ausência de cobertura contratual.

Ainda, mister frisar que situações específicas vivenciadas no caso sob análise agravaram o abalo moral sofrido pelo autor.

Pois bem, da análise do processado, verifica-se que mesmo após a concessão da antecipação dos efeitos da tutela, o autor e sua genitora continuaram sofrendo com a angústia de não poder realizar o tratamento em razão da demora da resposta pela ré (fatos alegados nos autos e não rebatidos pela demandada).

Ou seja, viajaram para cidade diversa (São Paulo) da qual residem (Florianópolis), certamente tendo que se alojar em hotel. Reservaram o centro cirúrgico em dois hospitais nos quais a médica responsável pelo tratamento poderia operar, porquanto não tinham conhecimento sobre qual nosocômio seria autorizado pela ré. Posteriormente, em razão da proximidade do horário agendado para a intervenção cirúrgica e ausente autorização do plano aos hospitais, houve o cancelamento de uma das reservas em um dos nosocômios. Somente após o aludido cancelamento, fora recebida a informação de aquela casa de saúde é que havia sido autorizada. Diante deste impasse, novamente, foi necessário contato com a ré para alteração para outro hospital que ainda dispunha de centro cirúrgico liberado para realização de procedimento.

Importante lembrar, ainda, que diante de todo esse imbróglio, ligações e discussões no intuito de ser realizado o procedimento, estava uma criança de pouca idade, que aguardava a realização da intervenção

médica (certamente já em preparo para o ato cirúrgico – como jejum, medicamentos e outras necessidades prévias que este tipo de procedimento exige). Conforme narrado, diante de tantas intercorrências, o autor foi tomado pelo medo, acreditando que tais fatos indicavam que o processo não seria bem-sucedido.

Ora, a ré sem dúvidas não é responsável pelas lesões e sofrimentos experimentados pelo autor em decorrência do acidente – de forma alguma! Mas, se tivesse agido com boa-fé e atendido a ordem judicial de maneira satisfatória, não teria feito com que sua recuperação fosse tão dolorosa quanto o próprio fatídico.

Desse modo, o que se observa é que a negativa infundada da ré ultrapassou, e muito, o mero aborrecimento.

Destarte, verifica-se que a quantia de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) fixada pela sentença de primeiro grau confere caráter de compensação perante a vítima pelos danos sofridos, e cumpre sua função pedagógica, para evitar a reincidência na conduta danosa pela requerida.

Desse modo, o apelo da ré deve ser conhecido e desprovido.

6. Termo a quo dos juros de mora

A demandada requer que os juros moratórios sobre o valor do dano moral incidam desde a data do arbitramento.

O recurso não merece provimento.

Para análise do tema, faz-se necessária uma breve digressão acerca do conceito de contrato, consoante a legislação pátria.

Ensina Arnaldo Rizzardo:

A própria origem etimológica do termo conduz ao vínculo jurídico das vontades, com vistas a um objetivo específico: *contractus*, do verbo *contrahere*, no sentido de ajuste, convenção, pacto, transação. Ou seja, a ideia de um acordo entre duas ou mais pessoas para um fim qualquer.

Constitui um ato injurídico, cuja finalidade visa criar, modificar ou extinguir um direito. Mais tecnicamente, como conceitua Caio Mario da Silva Pereira, trata-se de “*um acordo de vontades, na conformidade da lei, e com a finalidade de adquirir, resguardar, transferir, conservar, modificar ou extinguir direitos*”, ou sinteticamente, “um acordo de vontades com a finalidade de produzir efeitos jurídicos”.

[...] desdobrando-se o conceito, transparece a bilateralidade do ato jurídico; exige-se o consentimento válido, emanado de vontades livres; pressupõe a conformidade com a ordem legal; e tem por escopo objetivos específicos, ou seja, a produção de direitos” (RIZZARDO, Arnaldo. *Contratos*. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 5/6).

Não se pode olvidar que, sendo o contrato um negócio jurídico, há de abarcar, para sua validade, uma série de requisitos, dentre os quais destaca-se: a) manifestação da vontade; b) agente capaz; c) objeto lícito; d) forma prescrita e não defesa em lei.

Dentre essas características e a fim de enfrentar o tema proposto, mister destacar o objeto do contrato. Rizzardo, com propriedade, esclarece que:

[...] para que seja viável o contrato e tenha eficácia, a obrigação depende da reunião de vários requisitos a seguir analisados:

2.1. Possibilidade da prestação

Apresenta-se impossível o objeto quando fora do comércio ou inatingível.

A impossibilidade classifica-se em natural, ou física, e jurídica. Na primeira, o que se promete nunca existiu ou não existe mais. É jurídica quando concerne ao que não se permite seja contratado. Írrito torna-se o negócio porque impossível o objeto. Não se autoriza seja constituído por não trazer resultado algum, como na transferência de propriedade imobiliária a quem já consta no registro imobiliário ser o proprietário. Na prática, importa o reconhecimento da impossibilidade do objeto em virtude de regras jurídicas impeditivas. É o caso da constituição de direito real em imóvel insuscetível de registro; do contrato de transporte

de mercadorias cujo comércio é vedado; da compra e venda de gêneros alimentícios, para o comércio, quando houve confisco pelo governo. Da mesma forma, o casamento de dois varões.

Identicamente, impossível é o objeto nos negócios de compra e venda em que a coisa pereceu, fato desconhecido do comprador; ou se há alienação de coisa fora do comércio, como de área inalienável, de praça pública, de uma espécie de vegetal já desaparecida.

Especificamente sobre a matéria, o Código, em seu art. 426 (art. 1.089 do Código anterior, proíbe que seja objeto de contrato a herança de pessoa viva: “Não pode ser objeto de contrato a herança de pessoa viva”: Não são válidos, pois, os negócios que envolvem venda ou cessão de herança cujo titular dos bens está vivo, o que não o impede que ele próprio disponha do patrimônio que possui, inclusive destinando-o para depois de sua morte por meio de testamento.

[...] 3. Licitude da prestação

Ilícito é o ato contrário ao direito, apto a infringir princípio do ordenamento cívico. Acarreta a nulidade do negócio. Mas, o termo “ilícito” não equivale apenas ato ilegal, como as infrações aos contratos e o descumprimento das obrigações; envolve, também, o atentado contra os bons costumes, a moral e a ordem pública. Impõe a imoralidade do motivo, que leva alguém a praticar algo absurdo e que ofende princípios que estão na base de nossa concepção de vida.

Às vezes, é praticado em fraude da lei, procurando aparentar certa conformidade com a ordem jurídica, mas é torpe no fim colimado, como na aquisição de bens do curatelado, por meio de interposto terceiro.

No conteúdo do conceito de ilicitude, incluem-se os negócios ou as ações que atentam contra os costumes, a moral social e a ordem pública.

É a questão do jogo, onde as obrigações oriundas não são aprovadas pela lei. Nesta linha, condenáveis os ajustes envolvendo o lenocínio e a prostituição. Não se tolera demandar o cumprimento de dever nascido da advocacia administrativa em na repartição pública, nem é aceitável impor-se o pagamento a um funcionário porque apressou o processamento de certo requerimento.

Em outras situações, para se obter um emprego, compromete-se alguém a pagar na soma, representada em documento. Ilícita e imoral é a cobrança. A aproximação de casais, numa autêntica corretagem matrimonial, não enseja o ônus da contraprestação pecuniária.

Contrato comum é o de vida conjugal por tempo determinado. Impõem-se os contratantes a se prestarem serviços de ordem conjugal. Mas inexequível é qualquer demanda visando o adimplemento de dever não cumprido.

Por conseguinte, a licitude da prestação é condição para a validade do contrato (RIZZARDO, Arnaldo. *Contratos*. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 124/125).

Portanto, para que um contrato seja considerado válido e eficaz deve abarcar prestação lícita e possível.

Neste contexto, a própria legislação civil enumera as penalidades aplicáveis em caso de descumprimento do pacto (a fim de evitar-se danos de ordem material com o não cumprimento do ajuste). Tais disposições podem ser lançadas como cláusula penal, ressarcimento das perdas e danos, arras ou multa; sem esquecer a autorização legal de fixação, pelos contratantes, da incidência de juros legais no termo e percentual a serem previamente acordados. Atentemo-nos, que ao dispor sobre as penalidades a incidir em caso de descumprimento, a legislação somente menciona a possibilidade de prefixação dos danos de ordem material.

No entanto, não só no caso enfrentado nestes autos, mas em diversas situações verificadas no cotidiano forense, observa-se que o inadimplemento de um contrato (ilícito contratual) pode trazer consequências que ultrapassam os limites do ajuste, como o abalo moral (ilícito civil).

Pois bem.

A Constituição Federal, em seu artigo 5º, X, por sua vez, assegura a inviolabilidade da vida privada, honra e imagem, bem como garante a indenização por abalo moral, acaso não respeitadas tais garantias.

Ainda, dispõe o artigo 186 do Código Civil:

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.

A respeito do tema, leciona o doutrinador Fernando Noronha:

Sobreleve-se que a responsabilidade civil subjetiva pressupõe, assim, a demonstração da conduta malévola do agente, do nexo de causalidade entre o ato ilícito e o dano, bem como do prejuízo, “de natureza individual ou coletiva, econômico ou não-econômico, resultante de ato ou fato antijurídico que viole qualquer valor inerente à pessoa humana ou atinja coisa do mundo externo que seja juridicamente tutelada (NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*. v. 1. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 474).

E mais adiante:

[...] podemos ordenar os pressupostos da responsabilidade civil, de forma mais didática, dizendo ser necessário, para que surja a obrigação de indenizar: a) que haja um fato (uma ação ou omissão humana, ou um fato humano, mas independente da vontade, ou ainda um fato da natureza), que seja antijurídico (isto é, que não seja permitido pelo direito, em si mesmo ou nas suas consequências); b) que esse fato possa ser imputado a alguém, seja por se dever à atuação culposa da pessoa, seja por simplesmente ter acontecido no decurso de uma atividade realizada no interesse dela; c) que tenham sido produzidos danos; d) que tais danos possam ser juridicamente considerados como causados pelo ato ou fato praticado, embora em casos excepcionais seja suficiente que o dano constitua risco próprio da atividade do responsável, sem propriamente ter sido causado por esta. A estes quatro pressupostos da responsabilidade civil, sobre os quais estão de acordo praticamente todos os juristas, deve-se acrescentar uma condição suplementar (e que, aliás, em rigor, precede todos eles): e) é preciso que o dano esteja contido no âmbito da função de proteção assinada à norma violada. Isto é, exige-se que o dano verificado seja resultado da violação de um bem protegido (NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*. v. 1. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 468/469).

Assim, o que se conclui é que ato ilícito, segundo dicção do

artigo 186 do Código Civil, configura-se quando, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, viola-se direito e causa-se dano a outrem. Trata-se, portanto, de instituto jurídico diverso da relação contratual firmada entre as partes.

Como visto, para a configuração de uma relação contratual, é necessária, entre outros requisitos, a existência de objeto lícito e a manifestação de vontade de ambos os contratantes.

O ilícito é, necessariamente, extracontratual. Ninguém pode pactuar o ilícito.

Ora, não é difícil perceber que, ao realizar um contrato, as partes pactuam seus direitos e obrigações, além de entabularem previamente os valores a serem exigidos em caso de inadimplência contratual (que não se deseja, porém se cogita a possibilidade de ocorrer). Todavia, quando as consequências experimentadas por um dos contratantes ultrapassam o mero inadimplemento, causando danos de ordem anímica, exsurge novo instituto jurídico, qual seja o ilícito civil, que, por óbvio, não era inerente ao pacto ou sequer cogitado pelas partes no momento da fixação do acordo. O ilícito é estranho ao contrato.

Desse modo, evidente que o dano moral decorrente da prestação de serviços não pode ser encarado como derivado da relação contratual, mas, sim, do ilícito civil. Que importa se decorre de contrato ou não? Faz diferença? Afinal, o inquilino que, intencionalmente, causa danos ao imóvel ou gera situação constrangedora para o locador perante seus vizinhos irá se beneficiar pelo fato de a relação ter se iniciado contratualmente e deverá pagar juros só a partir da citação?

Ademais, em se tratando o abalo moral decorrente de ilícito civil, evidente a impossibilidade de sua pactuação contratual, porquanto o objeto é vedado pela legislação em vigor. Ainda que se considerasse a absurda possibilidade de pactuação de valores indenizatórios no caso de ocorrência de abalo anímico, tal avença seria considerada nula.

Nessa toada, tem-se que, gerando o inadimplemento contratual abalo moral, exsurge a ocorrência de instituto diverso da relação contratual, e, por que não dizer, até mesmo incompatível com ela.

Ainda, deve-se ponderar a existência do princípio *accessio cedit principali* (o acessório segue o principal). Em uma interpretação extensiva do brocardo, há de se reconhecer que os juros de mora a incidir sobre o valor da indenização por danos morais devem considerar o bem da vida a ser protegido, qual seja – indenização pelo ato ilícito – independentemente de sua origem (se extracontratual ou contratual). Ora, conhecendo-se a existência de um dano moral, não há dúvidas que os juros de mora a serem considerados são aqueles relativos ao instituto violado (ato ilícito).

Desse modo, o silogismo que parte da premissa de que o dano moral decorrente de um ato ilícito deve ser indenizado, mas conclui que os juros de mora a incidir sobre essa obrigação devem considerar a obrigação contratual (frisa-se nula ou inexistente, porquanto impossível de ser pactuada) afigura-se ilógico.

Ou seja, verificando-se que o descumprimento do contrato, por desídia de um dos contratantes, gerou danos que transcendem a relação pactuada, resultando em danos de ordem extrapatrimonial, evidente a configuração do ilícito, e, por conseguinte, o dever de indenizar. Assim, o abalo emocional experimentado é único, independente da relação que o originou (contratual ou extracontratual).

Pensar distintamente implicaria gerar compensações distintas para situações exatamente idênticas, considerando somente os motivos que fizeram com que as partes envolvidas no fato tivessem suas vidas enredadas.

Explica-se:

Pensemos, por exemplo, em um acidente automobilístico envolvendo um passageiro de ônibus e um pedestre que é atropelado pelo mesmo veículo.

No primeiro caso, o sofrimento experimentado pelo passageiro deveria ser acrescido de juros de mora desde a citação, por se considerar a disposição contida 405 do Código Civil.

Já, no segundo – quando inexistente contrato de transporte – os juros de mora incidiriam desde o momento do evento danoso, consoante interpretação do artigo 398 do Código Civil.

Ora, como já dito, **os danos morais experimentados por ambas as vítimas são equivalentes, porquanto sofreram danos físicos ou psíquicos, que resultaram em lesões a direito da personalidade. Em resumo, trata-se de um único ilícito civil, sendo despicienda a diferenciação da relação preexistente que gerou o vínculo entre as partes.**

Outro exemplo ainda pode ser mencionado: consideremos a hipótese de uma briga entre dois clientes dentro de uma “casa de shows” em que sejam demandados o causador de um dano (agressão física) e a pessoa jurídica.

O abalo moral experimentado pelo autor da demanda deverá ser suportado por ambos os requeridos, acaso reconhecida a responsabilidade solidária. Todavia, deverá ser estabelecido termos iniciais diferentes de juros de mora somente por se considerar a relação havida entre o autor e os réus, a primeira contratual em razão da segurança que espera um frequentador de casa noturna e a segunda, de mero causador do ilícito, envolvendo um outro frequentador ou consumidor.

Pois bem, entendo que, configurado o ilícito civil, devem os juros de mora incidir de acordo com a previsão contida no artigo 398 da Legislação Material, seja porque configurado o ilícito – deve ele ser tratado como tal –, seja porque os consectários legais devem considerar a obrigação principal a que foi condenado o causador do dano.

Ora, não é difícil perceber que, independente do objeto contratado

(quando lícito e possível), inexistente manifestação da vontade em pactuar indenização prévia em caso de abalo moral. Ademais, tal acordo seria ilícito, pois em total dissonância com as disposições constitucionais e infraconstitucionais de proteção à vida, à saúde e à honra.

Desse modo, evidente que o dano moral decorrente de qualquer obrigação contratual deve ser encarado como ilícito civil, que é.

Assim, imperiosa a incidência do artigo 398 do Código Civil que dispõe: “*nas obrigações provenientes de ato ilícito, considera-se o devedor em mora, desde que o praticou*”.

Sobre o tema:

Nas obrigações provenientes de ato ilícito, considera-se o devedor em mora desde que o praticou (art. 398 do Cód. Civil de 2002). Como diz Clóvis, desde o momento em que se pratica o ato delituoso, correm os riscos da coisa devida exclusivamente por conta do devedor. (Monteiro, Washington de Barros. *Curso de direito civil: direito das obrigações*. 32. ed. atual. por Carlos Alberto Dabus Maluf. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 324).

Nas obrigações oriundas de delito, ou seja, nos casos de responsabilidade por ato ilícito, o devedor é considerado em mora desde o momento em que foi cometido o ato ilícito (art. 398 do novo Código Civil, correspondente ao art. 962 do Código de 1916), embora sendo ainda responsabilidade ilíquida, pois o seu montante só se torna certo com a sentença transitada em julgado, o que fixa seu valor (Wald, Arnoldo. *Obrigações e contratos*. 17. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 91).

Em situações muito semelhantes (ocorrência de ato ilícito por descumprimento contratual), ao reconhecer que o abalo psíquico configura ilícito absoluto e, por conseguinte, deve ter seu valor acrescido de juros de mora desde o evento danoso, decidiu o Desembargador Joel Dias Figueira Júnior:

Tratando-se, ainda, de dano moral oriundo de ilícito absoluto, ainda que

no âmbito de uma relação contratual, os juros deverão incidir a partir da data do evento danoso, como preleciona a Súmula 54 do Tribunal Superior (adotando-se, no caso, a data da paralisação da obra, julho de 2004). (TJSC, Apelação Cível n. 2010.041704-8, de Itajaí, rel. Des. Joel Figueira Júnior, j. 16-12-2013).

Em suma, a relação contratual deve ser analisada como tal enquanto houver discussão acerca das obrigações e resultados dela advindos e pactuados entre as partes. Entretanto, constatando-se a ocorrência de consequências que ultrapassam tal avença, surge novo instituto jurídico – o ato ilícito absoluto – e sobre ele devem incidir os efeitos legalmente previstos, entre eles, os juros de mora desde o evento danoso, conforme supramencionado.

Em arremate, e a fim de bem esclarecer o tema, mister tecer considerações, ainda, acerca da inaplicabilidade do artigo 405 do Código Civil para casos desse jaez. Para tanto, necessário, inicialmente, a transcrição da redação contida no artigo 397 da Lei Material:

Art. 397. O inadimplemento da obrigação, positiva e líquida, no seu termo, constitui de pleno direito em mora o devedor.

Parágrafo único. Não havendo termo, a mora se constitui mediante interpelação judicial ou extrajudicial.

Conforme ensinam Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery:

Obrigação a termo. É a que tem data fixada para seu cumprimento. O dispositivo comentado institui regra caracterizadora do inadimplemento absoluto da obrigação na data do vencimento, considerando-se em mora o devedor em decorrência do próprio fato do inadimplemento, sem necessidade de interpelação. (NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código Civil comentado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 513).

Ainda, esclarecem os renomados autores:

Mora ex re. A norma cuida da mora automática, ou *mora ex re*, vale dizer, encontra-se na própria coisa (*in re ipsa*), independentemente de notificação ou interpelação para constituir-se o devedor em mora. O só fato do inadimplemento constitui o devedor automaticamente em mora. [...]

Mora ex persona. Ao contrário da norma regulada pela norma ora comentada, a *mora ex persona* ocorre quando não houver tempo certo fixado para o cumprimento, ou se a obrigação não for positiva ou líquida. Para constituir-se o devedor em mora, nesses casos, é preciso que o credor providencie sua interpelação, notificação (judicial ou extrajudicial), protesto ou citação em ação judicial (*op. cit.* p. 512/513).

Da leitura dos dispositivos mencionados, portanto, conclui-se que: existindo termo certo para pagamento (por lei ou por contrato), ocorrendo o termo, o devedor automaticamente encontra-se em mora.

Como já mencionado, a lei material em vigor é clara ao fixar, no artigo 398, que, em caso de ilícito, o devedor encontra-se em mora desde a prática do aludido ato, sendo, por evidente, *mora ex re*.

Nessa toada, em interpretação sistemática da legislação acerca do tema, o que se conclui é que: fixando a lei ou o pacto data para cumprimento da obrigação, este termo deve ser observado. Inexistindo tal previsão, a mora estará configurada desde que tenha havido prévia interpelação judicial e, nestes casos, aplicar-se-á o disposto no artigo 405 do Código Civil.

Portanto, tem-se que a norma supramencionada tem aplicação residual, somente quando não existente previsão sobre o tema, aplicando-se, diante da omissão, a data da citação, dia em que o devedor tomou conhecimento de sua mora.

Entretanto, salienta-se, configurado e reconhecido o ilícito civil, há de ser aplicada a norma cogente e específica (artigo 398).

Ao comentar o disposto no artigo 405, Rosa Maria Andrade Nery e Nelson Nery mencionam:

Juros de mora *ex re*. Incidência a partir da citação. Impossibilidade. Os juros de mora incidentes sobre o débito têm, como termo inicial, o vencimento de cada parcela, e não a citação. Trata-se de mora *ex re*. Consoante já se registrou, a incidência de juros, a partir da citação, ou de outro termo, que não o do vencimento da parcela, somente é possível para a hipótese de mora *ex persona*, hipótese em que se impõe a constituição do devedor em mora, não se operando seus efeitos de pleno direito (2º TACiv SP, 10ª Câm. Ap. 573328-0/6, rel. Juíza Rosa Maria de Andrade Nery, v. u., j. 27.1.2000) (NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código Civil comentado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 520).

Assim, a título de exemplificação, em caso de inadimplemento contratual em que se constate somente danos previsíveis ou que não ultrapassem a esfera moral dos contratantes, as perdas e danos deverão ser acrescidas de juros de mora desde a data prefixada no pacto, ou, não existindo termo, desde interpelação extrajudicial ou judicial (artigo 397, parágrafo único, do Código Civil) ou, residualmente, desde a citação (artigo 405 da Lei Material).

Entretanto, constatando-se que a desídia no cumprimento do pacto causou danos morais, tal dano deve ser visto como ilícito civil puro, atraindo, conseqüentemente, a incidência dos consectários legais que a ele são aplicáveis (artigo 398).

Diante do esposado, os juros de mora incidentes sobre indenização por danos morais devem retroagir à data do evento danoso, ainda que decorrentes de relação contratual, por se tratar de ilícito civil, consoante disposição contida na Súmula 54 do Superior Tribunal de Justiça.

Destarte, mantém-se o *decisum* recorrido neste particular.

CONCLUSÃO

Diante do exposto, o voto é no sentido de conhecer em parte do recurso e, nesta porção, negar-lhe provimento.

Apelação Cível n. 0000133-83.2010.8.24.0087, Lauro Müller

Relator: Desembargador Raulino Jacó Brüning

APELAÇÃO CÍVEL E RECURSO ADESIVO. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. CORPO ESTRANHO ENCONTRADO EM ALIMENTO. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA. RECURSOS DE AMBAS AS PARTES. **1. APELO DA RÉ. 1.1.** PRELIMINAR DE CERCEAMENTO DE DEFESA EM RAZÃO DA INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA EM SENTENÇA. AUSÊNCIA DE OFENSA AO CONTRADITÓRIO E À AMPLA DEFESA NO CASO CONCRETO. REQUERIDA QUE PÔDE SOLICITAR A ALMEJADA PROVA PERICIAL EM DIVERSOS MOMENTOS DURANTE A TRAMITAÇÃO DO FEITO NO PRIMEIRO GRAU E, NO ENTANTO, MANTEVE-SE INERTE. ADEMAIS, PERÍCIA TÉCNICA QUE NÃO TERIA O CONDÃO DE LHE AUXILIAR OU FAVORECER. PREFACIAL REJEITADA. **1.2.** MÉRITO. ALEGAÇÃO DE INEXISTÊNCIA DE PROVAS DO FATO CONSTITUTIVO DO DIREITO DA AUTORA. REQUERENTE QUE ENCONTROU PARTE DE UMA AGULHA EM UM PEDAÇO DE CARNE. PROVAS SUFICIENTES NOS AUTOS DA INGESTÃO DO ALIMENTO E DO FERIMENTO CAUSADO NA BOCA DA CONSUMIDORA. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DA REQUERIDA, COM FUNDAMENTO NO RISCO DO EMPREENDIMENTO, CONFIGURADA. DEVER DE INDENIZAR CONSTATADO. ABALO MORAL, POR SUA VEZ, NITIDAMENTE CARACTERIZADO. **2. PONTO DE IRRESIGNAÇÃO COMUM ENTRE DEMANDANTE E DEMANDADA. 2.1.** *QUANTUM* INDENIZATÓRIO. MONTANTE QUE DEVE SER MANTIDO EM R\$ 8.000,00 (OITO MIL REAIS), TENDO EM VISTA OS PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE, CONSIDERANDO-SE A AUSÊNCIA DE CONSEQUÊNCIAS GRAVOSAS À SAÚDE DA REQUERENTE. **3.** RECLAMO ADESIVO DA AUTORA. **3.1.** TERMO INICIAL DOS JUROS DE MORA. AUSÊNCIA DE PERTINÊNCIA TEMÁTICA COM O OBJETO DO APELO PRINCIPAL. TESE JURÍDICA, NO ENTANTO, FIXADA EM INCIDENTE DE ASSUNÇÃO DE

COMPETÊNCIA. IMPERIOSA ANÁLISE DA QUESTÃO 3.2. *DIES A QUO* DOS JUROS DE MORA. DATA DA CITAÇÃO. EXEGESE DO ARTIGO 405 DO CÓDIGO CIVIL. 4. RECURSOS CONHECIDOS, DESPROVIDO O DA RÉ E PARCIALMENTE PROVIDO O DA AUTORA.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 0000133-83.2010.8.24.0087, da Comarca de Lauro Müller (Vara Única), em que é apelante/recorrida adesiva JBS S.A. e apelada/recorrente adesiva Valdeli Elias Martins:

A Primeira Câmara de Direito Civil decidiu, por votação unânime, conhecer dos recursos, negar provimento ao da ré e dar parcial provimento ao da autora, tão somente para alterar o termo inicial dos juros de mora para a data da citação. Custas legais.

O julgamento, realizado nesta data, foi presidido por este Relator e dele participaram os Desembargadores Domingos Paludo e Saul Steil. Florianópolis, 15 de dezembro de 2016.

Desembargador Raulino Jacó Brüning
PRESIDENTE E RELATOR

RELATÓRIO

Adoto o relatório da r. sentença de fls. 135/138v, da lavra da Magistrada Tatiana Cunha Espezim, por refletir fielmente o contido no presente feito, in verbis:

Valdeli Elias Martins, devidamente qualificada, ingressou com a presente **ação de indenização de danos morais** em face de JBS S.A. – Frigorífico, pessoa jurídica de direito privada, também devidamente qualificada, **alegando, para embasar sua pretensão, que adquiriu carne bovina fornecida pela ré imprópria para o consumo, uma vez que esta continha em seu interior uma agulha usada para vacinação do gado, que acabou perfurando sua boca ao ingerir o alimento.**

Teceu comentários acerca do abalo moral sofrido, acostou aos autos a agulha e, ao final, requereu a procedência do pedido com a condenação do da ré ao pagamento de indenização por danos morais.

Devidamente citada, a requerida apresentou contestação (fls. 19/33), sustentando, preliminarmente, a ilegitimidade da autora para figurar no polo ativo da presente ação. No mérito, refutou todos os pedidos formulados na inicial.

Houve réplica. (fls. 41/47).

Designada audiência de conciliação, esta restou inexitosa.

Na audiência de instrução realizada, colheu-se o depoimento pessoal da autora (fl. 97) e procedeu-se à oitiva de duas testemunhas arroladas por esta (fls. 98/99). Às fls. 122/123, foi juntada carta precatória de inquirição contendo o depoimento das duas testemunhas remanescentes, também arroladas pela parte autora.

Após, autor e réu apresentaram suas alegações finais às fls. 129/131 e 133/134 (fl. 135) (grifos acrescidos).

Acréscio que a Togada a quo julgou procedentes os pedidos, conforme parte dispositiva que segue:

Ante o exposto, **JULGO PROCEDENTES** os pedidos iniciais formulados por Valdeli Elias Martins para **CONDENAR** a ré **JBS S.A.** no pagamento de indenização por danos morais no importe de **R\$ 8.000,00** (oito mil reais) à parte autora, devendo sobre este montante ser acrescido de correção monetária (INPC) desde o evento danoso, e juros de mora de 1% ao mês, a partir do arbitramento.

CONDENO a requerida, ainda, no pagamento das custas e honorários de sucumbência, que ora fixo em 15% sobre o valor da condenação, nos moldes do art. 20, § 3º, do CPC (grifos originais).

JBS S.A. opôs embargos de declaração (fls. 141/143), que foram rejeitados (fl. 145).

Ainda inconformada, a empresa ré apela (fls. 147/154), alegando, preliminarmente, cerceamento do seu direito de defesa, pois: (a) a inversão do ônus da prova foi determinada somente no momento da prolação da sentença, o que lhe prejudicou; (b) no presente caso, a consumidora possuía condições de comprovar o fato constitutivo do seu direito; (c) era indispensável a produção de prova pericial para demonstrar se havia ou não uma agulha na carne adquirida pela demandante.

No mérito, sustenta que: (a) há contradição entre a alegação da requerente e a prova testemunhal, pois aquela asseverou que ingeriu o alimento e se machucou com a agulha, enquanto a testemunha Élcio Manoel da Silva, gerente do supermercado onde a carne foi comprada, refere que a consumidora lhe apresentou o produto cru, o que demonstra nitidamente que não o ingeriu; (c) em caso de manutenção da condenação, a verba indenizatória deve ser minorada para, no máximo, R\$ 1.000,00 (mil reais).

Igualmente insatisfeita com a prestação jurisdicional, Valdeli Elias Martins interpõe recurso adesivo, postulando a majoração do *quantum* e a alteração do termo inicial dos juros de mora para a data do evento danoso (fls. 168/172v).

Contrarrazões da autora e da ré às fls. 160/162 e 178/184, respectivamente.

VOTO

Os recursos são tempestivos (fls. 146, 147v, 156, 159 e 168v).

O apelo da requerida está munido de preparo (fls. 154v/155), enquanto o reclamo adesivo da requerente está dispensado do pagamento, tendo em vista a gratuidade judiciária deferida no primeiro grau (fl. 17).

1. Da ordem de julgamento

Ab initio, convém salientar que o novo Código de Processo Civil, cuja vigência teve início em 18/3/2016, instituiu a ordem cronológica de julgamento dos processos, nos seguintes termos:

Art. 12. Os juízes e os tribunais atenderão, preferencialmente, à ordem cronológica de conclusão para proferir sentença ou acórdão.

Vê-se que a ordem é preferencial, e não obrigatória, de modo que cabe ao julgador avaliar eventual necessidade de transpor o critério da antiguidade, segundo as peculiaridades do caso concreto. Ou seja, o *novel* regramento autoriza a desconsideração da ordem cronológica, em caráter excepcional, de acordo com as circunstâncias específicas do processo.

Ainda que assim não fosse, considerando-se que o presente feito está entre os processos mais antigos deste gabinete, impõe-se seu imediato julgamento.

2. Do recurso da ré

2.1. Da preliminar de cerceamento de defesa

Em suas razões recursais, a ré afirma que teve cerceado seu direito de defesa, pois a inversão do ônus da prova foi determinada somente no momento da prolação da sentença, o que lhe prejudicou. Ademais, no presente caso, a demandante possuía condições de comprovar o fato constitutivo do seu direito. Ainda, era indispensável a produção de prova pericial para demonstrar se havia ou não uma agulha na carne adquirida pela autora.

No entanto, razão não lhe assiste.

Sabe-se que a norma que autoriza a inversão do ônus da prova, prevista no artigo 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor, a rigor, constitui regra de instrução.

Parte-se do pressuposto de que o *onus probandi* apontava em determinada direção e, no entanto, diante das peculiaridades do

caso concreto, foi invertido. Neste contexto, logicamente, deve ser oportunizada à parte que recebeu o encargo a produção das provas que lhe interessam e favorecem.

Ocorre que, no caso em apreço, embora a inversão tenha se dado somente na sentença, a ré teve todas as chances de pedir a almejada prova pericial durante a instrução probatória, e não o fez.

Compulsando-se o caderno processual, observa-se que, ao contestar, a requerida formulou pedido genérico de produção de provas, sem mencionar que a perícia técnica seria imprescindível para a resolução do litígio (fl. 24).

Posteriormente, não se insurgiu quando a Magistrada *a quo* determinou somente a produção de prova oral – depoimento pessoal da autora e oitiva de testemunhas (fl. 48).

Por fim, em alegações finais, também não manifestou interesse na realização de perícia (fls. 129/131).

Em resumo, não obstante a inversão do *onus probandi* tenha ocorrido apenas no momento da sentença, a ré teve assegurado o contraditório e a ampla defesa durante toda a tramitação da lide no primeiro grau. Ou seja, foi-lhe possibilitado, em diversas ocasiões, rebater as alegações e provas trazidas pela autora, contudo, a demandada manteve-se inerte.

Importante ponderar, inclusive, que a presente preliminar de cerceamento de defesa teria sido alcançada pela preclusão, pois deveria ter sido suscitada em momento oportuno, por ocasião do despacho saneador.

Ademais, revela-se de suma importância ressaltar que a ré tinha conhecimento do ponto controvertido fundamental, qual seja, o pedaço de agulha encontrado na carne, desde o início do processo. Logo, era seu dever postular a realização de perícia, esclarecendo as razões pelas quais entendia que a prova técnica era necessária.

Pode-se concluir, diante disso, que a apelante se conformou com a produção de provas determinada pela Juíza *a quo*, pois em momento algum demonstrou interesse em modificar o andamento da instrução probatória, pelo contrário, silenciou durante todo o encaminhamento do feito em primeira instância. Sendo assim, não pode agora suscitar falsamente violação a direito de defesa, beneficiando-se da própria inércia.

Relevante observar, por fim, que a almejada prova técnica não teria o condão de comprovar que a agulha estava dentro da carne, como mencionou a ré. Isto porque, ao que consta dos autos, o alimento foi preparado pela autora, que, ao mastigá-lo, encontrou a referida agulha. Logo, inviável supor que uma perícia, realizada anos depois do ocorrido, pudesse atestar que a agulha ainda estava na carne.

Em resumo, deve ser rechaçada a preliminar de cerceamento de defesa, até porque só há falar em ofensa ao devido processo legal e, por conseguinte, ao direito de defesa, acaso obstada a produção de provas, o que não ocorreu no caso *sub judice*, porquanto a apelante teve todas as chances de requerer as provas que entendesse necessárias, e não o fez.

2.2. Do mérito

No mérito, a empresa ré tenta afastar sua responsabilidade sob o argumento de que a autora não comprovou que ingeriu a carne com a agulha. Segundo a demandada, há contradição entre a tese da demandante e a declaração da testemunha Élcio Manoel da Silva, gerente do supermercado onde o produto foi adquirido, o qual afirma que a consumidora lhe apresentou o alimento cru, o que evidenciaria que não o ingeriu.

Inicialmente, cumpre enfatizar que no presente caso há evidente relação de consumo (CDC, artigos 2º e 3º) e a causa de pedir está relacionada a suposto fato do produto (CDC, artigo 12), motivo pelo qual a responsabilidade independe de prova da culpa.

Sobre a responsabilidade pelo fato do produto, extrai-se a redação do artigo 12 da lei consumerista:

Art. 12 - O fabricante, o produtor, o construtor, nacional ou estrangeiro, e o importador respondem, **independentemente da existência de culpa**, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos decorrentes de projeto, fabricação, construção, montagem, fórmulas, manipulação, apresentação ou acondicionamento de seus produtos, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua utilização e riscos (grifo acrescido).

Vale lembrar que a responsabilidade objetiva do fornecedor decorre do próprio risco do empreendimento, sendo, portanto, desnecessária a comprovação da culpa do agente, bastando que se constate a conduta lesiva, o dano e o nexo de causalidade entre ambos.

Sobre o tema, Sergio Cavaliere Filho leciona:

Pela teoria do risco do empreendimento, todo aquele que se disponha a exercer alguma atividade no mercado de consumo tem o dever de responder por eventuais vícios ou defeitos dos bens e serviços fornecidos, independente de culpa. Esse dever é imanente ao dever de obediência às normas técnicas e de segurança, bem como aos critérios de lealdade, quer perante os bens e serviços ofertados, quer perante os destinatários dessas ofertas. A responsabilidade decorre do simples fato de dispor-se alguém a realizar atividade de produzir, estocar, distribuir e comercializar produtos ou executar determinados serviços. O fornecedor passa a ser o garante dos produtos e serviços que oferece no mercado, respondendo pela qualidade e segurança dos mesmos (CAVALIERI FILHO, Sergio. Programa de responsabilidade civil. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 194).

Compulsando-se os autos, verifica-se que a autora comprou carne da marca da empresa ré, preparou o alimento e, ao ingeri-lo, sentiu uma dor no céu da boca, causada por um pedaço de agulha encontrado no produto.

O rótulo da carne e o pedaço de agulha foram acostados ao processo (fl. 16).

As testemunhas Jodenir Lourisvaldo de Souza e Cleonice Goulart de Souza, ouvidos na qualidade de informantes, confirmam a tese da requerente, pois estavam almoçando na sua casa por ocasião do incidente (fls. 122/123):

[...] que o depoente afirma que no dia dos fatos estava na casa da autora em um almoço de família quando de repente a autora se levantou rapidamente da mesa e foi ao banheiro; que em seguida foram atrás da autora para verificar o que tinha ocorrido, momento em que encontraram a autora constrangida; que indagaram a autora o que teria ocorrido, momento em que a mesma falou que tinha se machucado com um pedaço de metal que teria encontrado na carne bovina; que o depoente chegou a constatar que o metal era um pedaço de agulha que teria sido encontrado dentro da carne; que o depoente não chegou a verificar de que frigorífico era a carne ingerida pela autora; [...] que o depoente afirma que trabalha com frigorífico a bastante tempo e pode constatar que a agulha encontrada na carne pela autora é uma agulha de vacinação de animal; que a autora não chegou a ir ao hospital ou farmácia em decorrência do ferimento; que a autora não foi porque o sangramento era pouco e no momento a autora achou desnecessário [...].

[...] que a depoente afirma que no dia dos fatos foi até a casa da tia, ora autora, não sabendo dizer exatamente se para almoço ou janta, e se recorda que no momento da refeição, em um dado momento, a tia se retirou da cozinha e foi para a sala ou o banheiro, voltando após aproximadamente meia hora, que a tia estava chateada e inclusive mostrou que havia machucado a boca com uma agulha quando estava comendo; que a depoente afirma que a agulha era grande e que a tia teria encontrado a agulha quando comia um pedaço de carne bovina; [...].

Vale ressaltar que a testemunha Élcio Manoel da Silva, de fato, declarou que a consumidora lhe apresentou a carne crua (fl. 98):

[...] que a autora costuma fazer compras no mercado onde o depoente é gerente; que se recorda que a autora foi até o mercado e mostrou um pedaço de carne crua e que havia um metal dentro; [...]; que a autora levou junto a embalagem da carne, que era da marca friboi; [...].

Não obstante a aparente incompatibilidade de versões, o depoimento acima não tem o condão de invalidar a tese da autora, pois é perfeitamente crível que ela tenha levado ao supermercado a embalagem contendo o restante da carne, que não preparou, o que justificaria o fato de estar crua.

Destaca-se que o Julgador é o destinatário do arcabouço probatório. Assim, em razão do princípio do livre convencimento motivado, tem certa margem de liberalidade para atribuir a força probatória que julgar correta diante das circunstâncias do caso concreto.

Em resumo, na espécie, a autora comprovou suficientemente o fato constitutivo do seu direito. Não lhe poderia ser exigido que apresentasse evidências do exato momento em que mastigou a carne e encontrou o pedaço de agulha. Até porque estava machucada, preocupada com seu ferimento, e não em coletar provas para uma futura ação judicial. Ao se recuperar, fez o que lhe cabia, na condição de consumidora lesada: dirigiu-se ao estabelecimento comercial com fragmentos do produto, a fim de buscar uma solução para o problema.

Neste contexto, cabe ao Magistrado extrair a prova dos elementos e declarações constantes dos autos, bem como dos costumes, da racionalidade, da experiência de vida, etc., sempre com razoabilidade e ponderação, buscando aquilo que se mostra aceitável e plausível diante do confronto entre o conjunto de provas e as declarações das partes.

Em relação à aventada ausência de demonstração da ingestão da carne e do ferimento, igualmente, não merece prosperar, porquanto a prova oral acima transcrita confirma que o alimento foi ingerido e a consumidora, machucada.

Em suma, no caso, as provas amealhadas são suficientes para demonstrar que a autora comprou a carne da marca da empresa ré e a ingeriu, tendo a infelicidade de não ter visto a agulha a tempo e se machucado.

Em casos semelhantes ao presente, este Tribunal de Justiça assim se manifestou:

A relação consumerista deve pautar-se na confiança e boa-fé, de modo que encontrado corpo estranho – um pedaço de barbante – incrustado em alimento industrializado – bolacha –, violam-se esses preceitos, ocasionando clara sensação de vulnerabilidade e impotência do adquirente do produto, o que implica, por certo, na ocorrência de abalo moral sofrido pela parte hipossuficiente (TJSC, Apelação n. 0006974-57.2012.8.24.0012, de Caçador, rel. Des. Luiz César Medeiros, j. 15-8-2016).

Comprovado que o produto adquirido por consumidor – extrato de tomate – possuía em seu interior um corpo estranho, qual seja, presença de fragmentos de consistência firme e flexível, de aproximadamente 5 cm de comprimento, apresentando superfície coberta de micélios de fungos (bolor), exsurge o dever de compensar o abalo moral suportado diante da exposição do consumidor a risco contra sua saúde, aliada à responsabilidade objetiva do fornecedor, sendo inexigível a efetiva ingestão do produto para a configuração do dano (TJSC, Apelação Cível n. 2012.087567-9, de São José, rel. Des. Henry Petry Junior, j. 13-6-2013).

Soma-se ao ocorrido o constrangimento da autora, que estava recebendo familiares na sua casa e verificou a presença de um corpo estranho no alimento que preparou para si e para seus convidados. Ou seja, além do grave risco à sua saúde, a demandante passou situação embaraçosa diante de seus parentes.

Vale lembrar “que a relação consumerista deve pautar-se na confiança e boa-fé, de modo que a violação desses preceitos ocasiona clara sensação de vulnerabilidade e impotência do adquirente do produto, o que implica, por certo, na ocorrência de abalo moral sofrido pela parte hipossuficiente” (TJSC, Apelação n. 0006974-57.2012.8.24.0012, de Caçador, rel. Des. Luiz César Medeiros, j. 15-8-2016).

Diante dos argumentos expostos, presentes os pressupostos para

responsabilização civil da requerida, mantém-se incólume o direito da requerente à indenização por danos morais.

3. Do ponto de irrisignação comum entre autora e ré

3.1. Do valor da indenização

Ambas as partes se insurgem quanto ao valor do dano moral, arbitrado pela Magistrada *a quo* em R\$ 8.000,00 (oito mil reais). Enquanto a autora requer sua majoração, a ré pede sua minoração.

No entanto, sem razão.

Bem se sabe que a fixação do valor dos danos morais deve observar os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, de modo que a indenização não seja meramente simbólica, ou, por outro lado, excessiva.

Imperioso que seu arbitramento seja composto levando-se em consideração a ideia de compensação à vítima pelos danos morais, sem importar em enriquecimento, e, simultaneamente, penalização civil ao ofensor, sem lhe ocasionar empobrecimento.

Em relação ao tema, Sergio Cavalieri Filho pontua:

A razoabilidade é o critério que permite cotejar meios e fins, causas e consequências, de modo a aferir a lógica da decisão. Para que a decisão seja razoável é necessário que a conclusão nela estabelecida seja adequada aos motivos que a determinaram; que os meios escolhidos sejam compatíveis com os fins visados; que a sanção seja proporcional ao dano. Importa dizer que o juiz, ao valorar o dano moral, deve arbitrar uma quantia, que de acordo com seu prudente arbítrio, seja compatível com a reprovabilidade da conduta ilícita, a intensidade e duração do sofrimento experimentado pela vítima, a capacidade econômica do causador do dano, as condições sociais do ofendido, e outras circunstâncias mais que se fizerem presentes. (CAVALIERI FILHO, Sergio. Programa de responsabilidade civil. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 116)

Assim, entre outros critérios, ao fixar o montante indenizatório,

o Julgador deve considerar a extensão do dano, a reprovabilidade da conduta ilícita, a intensidade e a duração do sofrimento vivenciado e a capacidade econômica das partes.

Ademais, deve-se atentar à dupla finalidade da condenação: ressarcir o lesado e evitar que o causador do dano reincida na prática do ato danoso.

Nesse sentido, Sílvio de Salvo Venosa leciona: *“Há um duplo sentido na indenização por dano moral: ressarcimento e prevenção. Acrescente-se ainda o cunho educativo, didático ou pedagógico que essas indenizações apresentam para a sociedade”* (VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito civil. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 285).

Ou seja, a indenização por danos morais possui um viés pedagógico, punitivo, sancionador. Cabe ao Judiciário reprimir eficazmente a violação aos direitos da personalidade. Nesse campo, uma indenização em valor baixo beneficiará o ofensor, que não se preocupará em “corrigir” o seu erro, porquanto a mudança de comportamento será mais “cara” do que a certeza da pequena condenação nas decisões judiciais.

Nesse panorama, *“a indenização punitiva do dano moral surge como reflexo da mudança de paradigma da responsabilidade civil e atende a dois objetivos bem definidos: a prevenção (através da dissuasão) e a punição (no sentido da redistribuição)”* (CAVALIERI FILHO, Sergio. Programa de responsabilidade civil. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 106).

Não é demais lembrar que a verdadeira dor, em toda a sua intensidade dificilmente chega ao conhecimento dos julgadores. O maior sofrimento não cabe em palavras. Por certo é maior do que relatam os papéis contidos no caderno processual. Devemos ter em mente esta realidade para o arbitramento da “justa” indenização.

No presente caso, a quantia arbitrada em primeira instância revela-se adequada, tendo em vista o porte da empresa requerida e a ausência de consequências gravosas à saúde da requerente.

Assim, considerando-se as particularidades da situação litigiosa, os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, bem como o caráter indenizatório e pedagógico do dano moral, entende-se correto manter o *quantum* em R\$ 8.000,00 (oito mil reais).

4. Do recurso adesivo da autora

4.1. Da ausência de pertinência temática

Importante ponderar que a tese relativa termo inicial dos juros de mora, suscitada no recurso adesivo, não guarda pertinência com os temas abordados no recurso principal.

Sabe-se que o Código de Processo Civil de 1973, em seu artigo 500 (correspondente, com pequenas alterações, ao artigo 997 do diploma processual civil de 2015), admitia a interposição de algumas espécies de recursos de forma adesiva, ou seja, autorizava que a parte recorrida aderisse às razões recursais da parte adversa, *in verbis*:

Art. 500. Cada parte interporá o recurso, independentemente, no prazo e observadas as exigências legais. Sendo, porém, vencidos autor e réu, ao recurso interposto por qualquer deles poderá aderir a outra parte. O recurso adesivo fica subordinado ao recurso principal e se rege pelas disposições seguintes:

- I – será interposto perante a autoridade competente para admitir o recurso principal, no prazo de que a parte dispõe para responder;
- II – será admissível na apelação, nos embargos infringentes, no recurso extraordinário e no recurso especial;
- III – não será conhecido, se houver desistência do recurso principal, ou se for ele declarado inadmissível ou deserto.

Parágrafo único. Ao recurso adesivo se aplicam as mesmas regras do recurso independente, quanto às condições de admissibilidade, preparo e julgamento no tribunal superior.

Sobre o tema, extrai-se da doutrina:

Abriu-se, com isto, a possibilidade para os litigantes aceitarem a decisão – ainda que não inteiramente favorável aos seus interesses –, sem riscos ou qualquer receio de que o seu adversário viesse a quebrar essa aquiescência mútua (interpondo recurso) e, com isso, viesse a ser prejudicado, porque, no sistema do Código de 73, se essa situação ocorrer, autoriza-se que ele ofereça também a sua impugnação, por ocasião do oferecimento das contrarrazões (COUTO, Mônica Bonetti. Recurso adesivo: um exame à luz da teoria geral dos recursos. Curitiba: Juruá, 2008. p. 112).

Vê-se que a lei processual civil possibilita à parte, em caso de sucumbência recíproca, manejar recurso de forma adesiva, caso o outro litigante venha a recorrer.

Cumpre ressaltar que, nestas situações, a causa do recurso subordinado reside no fato de que houve interposição do apelo principal.

Neste sentido, leciona a doutrina:

O recorrente adesivo interpôs a sua impugnação somente pelo fato de o apelante principal haver recorrido, pois, em caso contrário, teria aceitado a parte da sentença que lhe foi desfavorável, conformando-se com o prejuízo parcial que lhe impôs o julgamento anterior. Se a parte contrária tivesse aceitado a sentença, o apelante subordinado também teria com ela se conformado, e não teria ingressado com o seu recurso (NORONHA, Carlos Silveira. Do recurso adesivo. Rio de Janeiro: Forense, 1987. p. 110-111).

Trata-se, pois, de uma espécie de reflexo do recorrido que, diante das razões do recorrente, opta por também se insurgir contra a decisão na parte que lhe foi desfavorável. Ou seja, o reclamo adesivo nada mais é do que uma “*homenagem*” ao “*litigante tímido, inseguro e moroso, que só se anima a recorrer tardiamente, vingativamente*” (COSTA, Augusto de Macedo. Recursos Extraordinários e seus respectivos desdobramentos processuais. *Justitia*. v. 95, 4. trim., 1976. p. 218).

Ainda sobre o tema, a doutrina assim se manifesta:

Recorrer porque o outro recorreu tem fumus de intimidação, incompatível com a seriedade processual. Melhor andariam recursos paralelos, hígidos,

completos e independentes do que um só recurso com a sobrecarga de um atrofiado dependente. Válido que fosse o argumento do revide (recorro porque V. recorreu) mais exato e pertinente seria que manifestado um recurso ad cautelam, houvesse dele desistência se não existiu o temido recurso concorrente, abreviando-se a pacificação derradeira do litígio (COSTA, Augusto de Macedo. Recursos Extraordinários e seus respectivos desdobramentos processuais. *Justitia*. v. 95, 4. trim., 1976. p. 218).

Desse modo, se o litigante deixou transcorrer o prazo legal para interposição do recurso, escolhendo manejar sua insurgência de forma dependente do reclamo de seu adversário judicial, deve se submeter às regras deste “jogo”, em especial, à necessidade de pertinência temática do adesivo.

Para uma parcela da doutrina e da jurisprudência, “*a pertinência de temas entre a apelação e o recurso adesivo é condição sine qua non para o conhecimento deste último, já que o recurso adesivo fica subordinado ao recurso principal, ex vi do artigo 500, do Código de Processo Civil*” (TJSC, Apelação Cível n. 2013.053603-1, de Balneário Camboriú, rel. Des. Saul Steil, j. 12-11-2013).

Ora, parece justo e razoável que o recorrente adesivo não possa abordar amplamente matérias estranhas àquelas suscitadas no reclamo da parte adversa. Para Silva, citado por Napolitano em sua obra, “se assim não fosse, a parte do recurso principal sairia prejudicada, de modo que a reforma da sentença poderia prejudicar a sua situação, o que acarretaria a *reformatio in pejus*” (NAPOLITANO, Pedro Luiz. Recurso adesivo. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 82).

Vechiato Junior, também referido por Napolitano, adota o mesmo entendimento:

A matéria objeto do recurso adesivo deve estar vinculada a do recurso principal, vedando, portanto, recursos que disponham sobre outras matérias; justificando defensores desta tese que, se a parte suportou os

efeitos da sentença ao deixar transcorrer *in albis*, o prazo para o recurso independente, não poderia dela recorrer relativamente às matérias não veiculadas no recurso principal. Tal entendimento repousa seus fundamentos na conclusão de que se o recurso adesivo impugnasse matéria que não contasse no recurso principal, a sentença sobre ele poderia vir a piorar a sua situação da lide, indo de encontro com a proibição do *reformatio in pejus*, princípio que veda a reforma da decisão para piorar a situação jurídica do recorrente (NAPOLITANO, Pedro Luiz. Recurso adesivo. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 84-85).

Conclui-se, pois, que o recurso adesivo não é o meio processual adequado para veicular temas alheios ao recurso principal, sob pena de ser lesado o recorrente principal com eventual provimento do apelo subordinado. Assim, mantendo-se a pertinência temática, assegura-se a ambos os litigantes a paridade de tratamento em relação ao exercício de seus direitos e faculdades processuais, conforme disciplina o artigo 7º do atual Código de Processo Civil (sem correspondente no código anterior), sendo dever do Magistrado assegurar este equilíbrio, nos termos do artigo 139 do *novel* diploma (que reproduz o artigo 125 do antigo *codex*).

Sobre o tema, a jurisprudência se posiciona:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DECLARATÓRIA DE PROPRIEDADE. APELO DA RÉ E RECURSO ADESIVO DA AUTORA. 1. RECLAMO DA RÉ: RECONHECIMENTO DA PROCEDÊNCIA DO PEDIDO PELA DEMANDADA. EXTINÇÃO DO PROCESSO COM JULGAMENTO DE MÉRITO. EXEGESE DO ART. 269, II, DO CPC. PRETENSÃO PARA INVERTER O JULGAMENTO. TESE RECHAÇADA. [...] 2. RECURSO ADESIVO DA AUTORA: ALEGADA EXISTÊNCIA DE DANO MORAL. AUSÊNCIA DE PERTINÊNCIA TEMÁTICA COM A MATÉRIA OBJETO DO APELO. REQUISITO DE ADMISSIBILIDADE INDEMONSTRADO QUANTO AO TÓPICO. RECURSO ADESIVO NÃO CONHECIDO NESSE PONTO. “Aceitar o recurso adesivo sem delimitar seu tema àquele discutido no recurso principal é conceder tratamento desigual às partes do processo, conferindo

apenas a uma delas o direito de decidir quando irá atacar a sentença na parte que só a ela foi desfavorável: no prazo regular ou no momento da apresentação das contrarrazões. Esse tipo de tratamento diferenciado é vedado tanto pelo Código de Processo Civil (art. 125) como pela Constituição da República Federativa do Brasil (art. 5º, *caput*).” (Agravo (§ 1º art. 557 do CPC) em AC n. 2010.043838-9/0001.00, rel. Des. Jairo Fernandes Gonçalves, j. em 12.05.2011, grifos do original). 3. DA INSURGÊNCIA COMUM: REDISTRIBUIÇÃO DOS ÔNUS SUCUMBENCIAIS. INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 21, *CAPUT*, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. DESPESAS E HONORÁRIOS ESTIPULADOS DE FORMA *PRO RATA*. APELO DA RÉ CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO. RECURSO ADESIVO DA AUTORA PARCIALMENTE CONHECIDO E, NESTA EXTENSÃO, DESPROVIDO (TJSC, Apelação Cível n. 2013.009351-7, de Joinville, rel. Des. Gerson Cherem II, j. 21-1-2016, grifo acrescido).

Mister ressaltar que o artigo 1.013, § 1º, do novo Código de Processo Civil dispõe expressamente que a apelação devolverá ao Tribunal o exame das questões suscitadas e discutidas no processo, relativas ao capítulo impugnado da sentença, *in verbis*:

Art. 1.013. A apelação devolverá ao tribunal o conhecimento da matéria impugnada.

§ 1º Serão, porém, objeto de apreciação e julgamento pelo tribunal todas as questões suscitadas e discutidas no processo, ainda que não tenham sido solucionadas, desde que relativas ao capítulo impugnado.

Em outros termos, a abrangência do efeito devolutivo limita-se ao capítulo da sentença que tratou da matéria impugnada pelo apelante.

Da doutrina, extrai-se importante ensinamento sobre os limites do efeito devolutivo:

Na lúdima lição de Barbosa Moreira, a profundidade do efeito devolutivo da apelação compreende todas as questões relacionadas com os fundamentos do pedido e da defesa, e que engloba as que o magistrado

tenha enfrentado e resolvido quando da prolação da sentença, bem como aquelas sobre as quais o juiz deixou de se manifestar, ainda que tenham sido suscitadas pelas partes ao longo da postulação e da instrução, e as examináveis *ex officio* – tal como, no exemplo dado pelo processualista carioca, a nulidade absoluta do ato jurídico de que se teria originado o suposto direito do autor (MARANHÃO, Clayton; RUDINI NETO, Rogério. Fundamentos e perfis do efeito devolutivo do recurso de apelação. Revista de Processo. Rio de Janeiro, vol. 239, ano 40, p. 159, jan./2015).

Por complemento, e em linhas gerais, o capítulo não impugnado pelo apelante faz coisa julgada, na medida em que não poderá ser objeto de cognição pelo juízo *ad quem*.

Disso decorre que, após o prazo da apelação, as questões não impugnadas não poderão mais ser discutidas.

Assim, por dedução lógica, o recurso adesivo deve se restringir à matéria objeto do apelo principal, porquanto as demais questões decididas em sentença estarão cobertas pelo manto da coisa julgada. Ora, inconcebível que este instituto (coisa julgada) seja “desfeito” após alguns dias, a depender da interposição, ou não, de recurso adesivo.

Destaca-se que a formação da coisa julgada parcial é tranquilamente aceita pela doutrina e jurisprudência pátrias. Logo, nada impede que a parte não impugnada da sentença seja objeto de execução.

Ainda, importante salientar que a nova lei instrumental enfatizou o caráter privado do direito processual civil, derrubando antigos dogmas não mais aceitos modernamente, por exemplo: a) a prova, conforme artigo 369, CPC/2015, não tem mais como único destinatário o Magistrado, pois é também de interesse das partes (Enunciado 50 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: “*os destinatários da prova são aqueles que dela poderão fazer uso, sejam juízes, partes ou demais interessados, não sendo a única função influir na convicção do juiz*”); b) a cooperação entre partes e Magistrado passou à norma fundamental

do processo, perdendo força o império da “autoridade judiciária” (artigo 6º do CPC/2015); e c) o “negócio processual” agora está disciplinado, em linhas gerais, no próprio diploma em comento (artigos 190 e 191 do CPC/2015).

O negócio processual é uma importante inovação do novo regramento, porquanto possibilita que, por convenção – de forma bilateral, contratual ou em acordo judicial – os litigantes “formulem” o procedimento que servirá para determinado litígio.

Tais ensinamentos corroboram a conclusão de que se a parte apelante quer devolver apenas uma face da sentença à apreciação do Tribunal, não pode ser surpreendida com a possibilidade de outras frações serem discutidas. Isto porque é o recorrente principal quem delimita o reexame da causa pelo Tribunal, o qual não pode mais encarar – diante o viés privado do processo – a apelação como a possibilidade de corrigir todos os “erros” da sentença. Devem ser “consertados” apenas os pontos com os quais a parte apelante não se conformou!

Então, repete-se, por indispensável, que o recurso que impugnar apenas parte do pronunciamento judicial implica, desde logo, a formação de coisa julgada em relação à fração remanescente do *decisum*, não combatida. Esta porção – sobre a qual o recorrente não se opôs – pode ser objeto de execução, salvo se a questão recorrida for prejudicial em relação aos demais capítulos da sentença.

Por exemplo, em uma ação de separação judicial, com pedidos referentes à regulamentação de guarda e visitas, fixação de alimentos e partilha de bens a apelação cível que trate apenas da partilha de bens impossibilitará que se discuta, em sede de adesivo, a forma de visitação. O direito de visita e as demais matérias (os demais capítulos da sentença) não impugnadas no apelo sofrerão os efeitos da coisa julgada.

Esse entendimento aplica-se, igualmente, à decisão antecipada e parcial de mérito. Isso porque o Novo Código de Processo Civil autoriza

o cumprimento imediato da obrigação reconhecida neste *decisum* (artigo 356, § 2o). Ou seja, havendo cumulação de pleitos, a parcela que for incontroversa ou que estiver provada poderá ser julgada antecipadamente – sem necessidade de aguardar a sentença final –, bem como a parte poderá executar, desde já, a prestação jurisdicional entregue.

Neste contexto, se a parte deixa transcorrer *in albis* o prazo para oferecimento de recurso independente, o assunto não impugnado – no reclamo principal – é alcançado pela coisa julgada. Logo, o debate de seu exclusivo interesse não pode renascer por força do recurso adesivo (TJSC, Apelação Cível n. 2002.027325-8, de Criciúma, rel. Des. Jaime Luiz Vicari, j. 19-9-2008).

É o que ensina a doutrina:

Esgotado o prazo previsto para a interposição de um determinado recurso, com a inércia da parte, terá transitado em julgado a decisão (ou parte dela de que se deixou de recorrer), ou, conforme a hipótese, ter-se-á verificado preclusão temporal, tornando-se imune a qualquer alteração [...] (COUTO, Mônica Bonetti. Recurso adesivo: um exame à luz da teoria geral dos recursos. Curitiba: Juruá, 2008. p. 111).

E da jurisprudência, extrai-se:

Caso o litigante deixe fluir in albis o seu prazo para interpor o recurso de apelação próprio, ocorre coisa julgada formal, de modo que não pode ele se valer do recurso subordinado para veicular assunto não ventilado no reclamo principal (portanto, já precluso), cujo teor deveria ter sido objeto de apelo independente, no prazo originário. (Agravo em Apelação Cível n. 2010.043838-9/0001.00, de Rio do Sul, rel. Des. Jairo Fernandes Gonçalves, j. 12-5-2011).

Em suma, os assuntos tratados no recurso adesivo devem se limitar àqueles discutidos no reclamo principal. Entender o contrário equivaleria a privilegiar o litigante que opta por se manter inerte durante todo o

prazo recursal e, dispondo de um lapso temporal “extra” – em razão do protocolo da apelação da parte contrária –, decide, então, discordar do pronunciamento judicial.

A bem da verdade, tal situação caracteriza espécie de “estímulo” à litigância judicial e à eternização do processo e do conflito, frente a um Judiciário já abarrotado.

Na espécie, como referido acima, o *dies a quo* dos juros de mora não foi objeto do apelo principal. Em casos como o presente, filio-me ao entendimento de que o adesivo não merece ser conhecido.

Entretanto, considerando a tese fixada no Incidente de Assunção de Competência n. 0000924-31.2014.8.24.0081/50000, segundo a qual “*tanto na vigência do Código de Processo Civil de 1973 quanto na vigência do Código de Processo Civil de 2015, não é necessário haver vinculação temática do recurso adesivo com o recurso principal*”, passo a analisar o tema.

4.2. Do termo inicial dos juros de mora

Ao sentenciar o feito, a Magistrada *a quo* estipulou a incidência de juros moratórios de 1% (um por cento) ao mês a contar do arbitramento da indenização por danos morais.

Em sua insurgência adesiva, a autora pediu a alteração do termo inicial dos juros de mora para a data do evento danoso.

Razão lhe assiste, em parte.

Como cediço, os juros moratórios constituem espécie de penalidade imposta ao devedor em razão do atraso no cumprimento da obrigação.

Nas palavras de Sílvio de Salvo Venosa:

A ideia que deu origem aos juros moratórios é a de uma pena imposta ao devedor pelo atraso no cumprimento da obrigação. [...] O que se deve ter em mira é que os juros compensatórios surgem afastados de qualquer

noção de culpa ou descumprimento da obrigação. Já os juros de mora surgem pelo atraso no cumprimento (VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito civil. v. 2. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 135).

Ora, se o instituto possui caráter punitivo, evidente que deve ser aplicado a partir do momento em que o devedor tomou conhecimento da mora. Nunca antes, tampouco depois.

Na espécie, tendo a ação sido ajuizada somente contra o fabricante do produto, entende-se que este foi constituído em mora apenas no momento da citação, porquanto não podia saber do fragmento de agulha encontrado na carne antes disso. Embora a autora tenha entrado em contato com o supermercado que lhe vendeu o alimento, a fim de reclamar do vício no produto, não há notícia nos autos de que tenha acionado o frigorífico réu antes de ingressar com a presente demanda judicial.

Assim, a mora, no presente caso, segue a regra do artigo 405 do Código Civil, *in verbis*:

Art. 405. Contam-se os juros de mora desde a citação inicial.

Ressalta-se que pouco importa a natureza do vínculo existente entre as partes, se contratual ou extracontratual. Basta saber quando se iniciou a mora para que, então, se inicie a contagem dos juros de mora.

Destarte, deve ser provido em parte o recurso adesivo, fixando-se o termo inicial dos juros de mora na data da citação.

CONCLUSÃO

Diante do exposto, o voto é no sentido de conhecer dos recursos, negar provimento ao da ré e dar parcial provimento ao da autora, tão somente para alterar o termo inicial dos juros de mora para a data da citação.

SEGUNDA CÂMARA DE DIREITO CIVIL

Apelação n. 0013414-26.2004.8.24.0020, de Criciúma

Relator: Desembargador Jorge Luis Costa Beber

APELAÇÕES CÍVEIS. AÇÃO DE RESCISÃO DE CONTRATO. SENTENÇA DE PARCIAL PROCEDÊNCIA. RECURSO DOS RÉUS.

CELEBRAÇÃO DE CONTRATO DE COMPROMISSO DE PERMUTA ENTRE A AUTORA/APELADA E A PRIMEIRA RÉ/APELANTE. DEMANDANTE QUE, EM RAZÃO DO CONTRATO, OUTORGOU PROCURAÇÃO AO REPRESENTANTE DA RÉ, PARA QUE ESTA PUDESSE DISPOR DE IMÓVEL ENTREGUE NO NEGÓCIO. MÁS CONDIÇÕES FINANCEIRAS DA DEMANDADA, DELIBERADAMENTE OMITIDAS, QUE FIZERAM COM QUE A AUTORA REVOGASSE O MANDATO. ACIONADA, ENTRETANTO, QUE SUBSTABELECEU O INSTRUMENTO REPRESENTATIVO, CULMINANDO COM A TRANSFERÊNCIA DO BEM PARA TERCEIRO, EM ATO INEQUIVOCAMENTE SIMULADO.

DESCUMPRIMENTO DA CONTRAPRESTAÇÃO ASSUMIDA PELA RÉ/APELANTE (CONSTRUÇÃO DE TRÊS IMÓVEIS QUE SERIAM ENTREGUES À DEMANDANTE). INADIMPLEMENTO QUE AUTORIZA A RESCISÃO DA AVENÇA. EXEGESE DO ART. 475 DO CÓDIGO CIVIL. RESOLUÇÃO DO CONTRATO. RETORNO DAS PARTES AO *STATU QUO ANTE*.

PERDAS E DANOS. IMPOSSIBILIDADE DA AUTORA RECEBER O VALOR DE UM DOS APARTAMENTOS QUE ALEGADAMENTE DEIXOU DE VENDER, POIS SE A RESCISÃO IMPORTA NO RETORNO DAS PARTES AO *STATU QUO ANTE*, UMA VEZ RECEBIDO O GALPÃO QUE ENTREGOU NO NEGÓCIO, A DEMANDANTE TERIA QUE RESTITUIR O ALUDIDO APARTAMENTO. VIÁVEL, OUTROSSIM, O RECEBIMENTO DOS LOCATIVOS QUE DEIXOU DE PERCEBER EM RAZÃO DA ENTREGA DO SEU IMÓVEL. EXEGESE DO ART. 402 DO CÓDIGO CIVIL. NÃO OCORRÊNCIA DE JULGAMENTO *ULTRA PETITA*.

DEVOLUÇÃO DE VALORES SUPOSTAMENTE PAGOS PELA RÉ/APELANTE. AUSÊNCIA DE PROVAS NESSE SENTIDO.

JUNTADA DE NOVOS DOCUMENTOS EM FASE DE LIQUIDAÇÃO DE SENTENÇA. POSSIBILIDADE. LIQUIDAÇÃO POR ARTÍGOS. MODALIDADE PREVISTA PARA A HIPÓTESE DE PROVA DE FATO NOVO. ART. 475-E DO CPC/1973.

DECLARAÇÃO DE NULIDADE DA ESCRITURA PÚBLICA DE COMPRA E VENDA DO IMÓVEL DISCUTIDO NOS AUTOS. DEMANDADA QUE, MESMO NÃO PODENDO HONRAR COM OS COMPROMISSOS ASSUMIDOS PERANTE A AUTORA, SUBSTABELECEU OS PODERES A ELA CONFERIDOS, O QUE CULMINOU NA TRANSFERÊNCIA DO IMÓVEL AO CORRÉU/APELANTE.

PROVAS QUE INDICAM A CELEBRAÇÃO DE NEGÓCIO JURÍDICO SIMULADO. SEGUNDO DEMANDADO QUE ATUOU COMO MERO INSTRUMENTO PARA A PRÁTICA DA CONDUTA FRAUDULENTE DA DEMANDADA, EM CONLUÍO COM TERCEIROS.

CONDENAÇÃO DO CORRÉU/APELANTE, SOLIDARIAMENTE, AO REEMBOLSO DOS VALORES QUE RECEBEU PELO ALUGUEL DO IMÓVEL. DECORRÊNCIA LÓGICA DA RESCISÃO DO CONTRATO. ADEMAIS, VEDAÇÃO AO ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA.

PREQUESTIONAMENTO. DESNECESSIDADE DE MANIFESTAÇÃO EXPRESSA ACERCA DE DETERMINADOS DISPOSITIVOS LEGAIS. ANÁLISE REALIZADA EXPLÍCITA OU IMPLICITAMENTE. AUSÊNCIA DE OFENSA AO ART. 489 DO CPC/2015. SENTENÇA INTEGRALMENTE MANTIDA.

RECURSOS CONHECIDOS, PARCIALMENTE PROVIDO O DA PRIMEIRA DEMANDADA E DESPROVIDO O DO SEGUNDO RÉU.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação n. 0013414-26.2004.8.24.0020, da comarca de Criciúma 3ª Vara Cível em que são Apelantes Engemisa & DL Engenharia Ltda. e Laerte Sartor e Apelado Garbelotto Alumínios e Ferro Ltda.

A Segunda Câmara de Direito Civil decidiu, por unanimidade, conhecer dos recursos e negar-lhes provimento. Custas legais.

O julgamento, realizado nesta data, foi presidido pelo Exmo. Sr. Des. Newton Trisotto, com voto, e dele participou o Exmo. Sr. Des. Sebastião César Evangelista.

Florianópolis, 10 de novembro de 2016.

Desembargador Jorge Luis Costa Beber
Relator

RELATÓRIO

Garbelotto Alumínios e Ferros Ltda. ajuizou ação de rescisão de contrato em face de Engemisa & DL Engenharia Ltda. alegando que, em 8-5-2003, as partes firmaram Contrato Particular de Compromisso de Construção e de Permuta com Torna, tendo como objeto, por parte da autora, a entrega de um galpão de alvenaria, matriculado sob o n. 52.883 perante o 1º Ofício de Registro de Imóveis de Criciúma/SC.

Afirmou que a requerida, para quitação da obrigação, comprometeu-se a entregar à demandante três imóveis no valor total de R\$ 364.000,00 (trezentos e sessenta e quatro mil reais), além do pagamento de R\$ 40.000,00 (quarenta mil reais) em espécie.

Aduziu que, em dezembro de 2003, após a celebração do negócio entre as partes, tornou-se pública a grave crise financeira da ré. Assim, à vista de um provável inadimplemento por parte da acionada, a demandante tentou revogar a procuração concedida à demandada para que esta pudesse transacionar o galpão, porém o imóvel já havia sido alienado a um terceiro adquirente (Laerte Sartor).

Alegou que, nos termos do contrato, a entrega dos imóveis a que se comprometeu a ré estava prevista para dezembro de 2005, contudo, não

honrou elas as suas obrigações, causando prejuízos à autora, porquanto deixou de vender um dos referidos imóveis.

Ao final, pugnou pela rescisão do contrato e pelo retorno das partes ao *statu quo ante*, assim como pela condenação da ré ao pagamento das perdas e danos que suportou, além da declaração de nulidade da transferência do galpão a terceiros.

O pedido de antecipação dos efeitos da tutela foi postergado para momento posterior ao da resposta (fls. 60-61).

Regularmente citada, a ré apresentou peça defensiva (fls. 67-80), alegando, preliminarmente, inépcia da inicial, por impossibilidade jurídica do pedido. No mérito, defendeu a impossibilidade de rescisão do contrato, porquanto pactuado como irrevogável, e alegou a exceção de contrato não cumprido, uma vez que o galpão prometido pela autora estaria gravado com uma penhora. Rechaçou, ainda, os pedidos de perdas e danos, ante a culpa da demandante pelo descumprimento contratual, e de declaração de nulidade da transferência do imóvel em favor de terceiro.

Réplica às fls. 83-89.

Conciliação inexitosa (fl. 119), seguindo-se com a audiência de instrução (fls. 140-142) e alegações finais (fls. 160-165 e 168-172).

Na sequência, determinou-se a inclusão do adquirente do imóvel em litígio, Laerte Sartor, no polo passivo da demanda (fls. 174-176).

Citado, apresentou resposta, asseverando, em síntese, que não tinha conhecimento dos fatos narrados pela autora, sendo terceiro de boa-fé, além do fato de o imóvel estar locado a Marcelo Tozato, de modo que a declaração de nulidade do negócio jurídico é indevida.

Réplica às fls. 230-233.

Foi prolatada sentença de procedência dos pedidos (fls. 234-239), a qual foi posteriormente anulada pela Superior Instância, ordenando-se o refazimento da instrução processual (fls. 277-281).

Com o retorno dos autos à origem, foi designada audiência de instrução, ocasião em que foram ouvidas duas testemunhas arroladas pela autora e outras duas arroladas pelo requerido Laerte Sartor (fls. 297-205).

Alegações finais às fls. 307-317, 318-331 e 333-341.

Após, sobreveio sentença, cujo dispositivo está assim redigido (fls. 349-355):

Ante o exposto **JULGO PARCIALMENTE PROCEDENTES**, fundamento no artigo 269, inciso I do Código de Processo Civil, os pedidos formulados pela autora Garbelotto Alumínios e Ferros Ltda., para o fim de:

a) **declarar a rescisão** do contrato entabulado com a ré Engemisa & DL Engenharia Ltda. (fls. 22/29), determinando-se o retorno das partes ao *status* quo ante, e condenando-a ao pagamento de perdas e danos, equivalentes a importância de R\$ 88.000,00 (oitenta e oito mil reais), relativos aos lucros que a autora deixou de auferir com a venda do imóvel pertencente ao Condomínio Edifício Dijon, valores que deverão ser acrescidos de juros de mora de 1% (um por cento) ao mês, contados da data da citação (02.09.2004), e corrigidos, monetariamente, pelo índice do INPC, desde a data do efetivo prejuízo – 19.04.2009 (fl. 41);

b) **decreto a nulidade** da Escritura Pública de Compra e Venda do Imóvel matriculado sob o nº. 52.883 perante o 1º Ofício do Cartório de Registro de Imóveis da Comarca de Criciúma (fl. 38), bem como da respectiva averbação em sua matrícula (fl. 40-verso), a fim de que o referido imóvel retorne ao patrimônio da autora;

c) **condeno**, solidariamente, os requeridos ao pagamento Engemisa e Laerte Sartor a reembolsar a requerente dos valores recebidos a título de alugueres no importe de R\$ 2.000,00 (dois mil reais) mensais, durante todo o período de vigência do contrato de locação, acrescidos de juros de mora de 1% ao mês e corrigidos, monetariamente, pelo índice do INPC, ambos contados da data em que se deu cada pagamento, sem prejuízo da autora, em sede de liquidação por artigos (artigo 475-E do CPC)

apresentar novos documentos capazes de demonstrar os prejuízos que lhe foram ocasionados durante o período em que ficou obstada de usufruir de seu bem imóvel, descrito na cláusula primeira do Contrato Particular de Compromisso de Construção e Permuta com Torna celebrado com a requerida Engemisa & DL Engenharia Ltda. (fl. 22/29).

Irresignados, os réus apelaram (fls. 358-374 e 376-397).

Laerte Sartor sustentou, em compendiado, que adquiriu o imóvel de boa-fé e que não sabia da situação financeira da ré Engemisa, além do fato de que a procuração outorgada pela autora/apelada para a alienação do imóvel e o posterior substabelecimento se deram de forma regular. Alegou que a demandante já intentou ação para a declaração de nulidade da alienação do imóvel, cuja sentença de improcedência foi confirmada por esta Corte. Impugnou sua condenação ao pagamento de perdas e danos à autora/apelada, porquanto não participou da relação contratual entre a demandante e a ré Engemisa, não possuindo qualquer responsabilidade pelos alegados prejuízos. Ao final, prequestionou dispositivos legais.

A ré Engemisa, por sua vez, alegou, preliminarmente, julgamento *ultra petita*, ao argumento de que a autora não requereu ressarcimento pelo apartamento que deixou de vender e pelos aluguéis do imóvel alienado ao réu Laerte, além da determinação de juntada de novos documentos na fase de liquidação de sentença. No mais, reiterou a preliminar de impossibilidade jurídica do pedido pela irrevogabilidade da avença, o descumprimento contratual por parte da autora/apelada e insurgiu-se quanto à condenação a perdas e danos, uma vez que as partes devem retornar ao *statu quo ante*, incumbindo à demandante proceder à devolução dos valores pagos quando da realização da avença. Arguiu, ainda, a boa-fé na alienação do imóvel ao réu Laerte, de modo que não há falar em nulidade do negócio, a qual, inclusive, já foi afastada no julgamento da Apelação Cível n. 2010.025300-4.

Apresentadas as contrarrazões (fls. 413-426), ascenderam os autos a esta Corte.

VOTO

1 Do recurso da ré Engemisa & DL Engenharia Ltda.

1.1 Da rescisão contrato.

De início, esclarece-se que a preliminar de impossibilidade jurídica do pedido no que se refere à rescisão do contrato se confunde com o próprio mérito, e como o mesmo será analisada.

Trata-se de ação por meio da qual a autora/apelada pretende a rescisão de contrato firmado com a ré/apelante e a sua condenação ao pagamento de indenização por perdas e danos decorrentes do inadimplemento contratual.

Flui dos autos que em 7-5-2003 as partes celebraram Contrato Particular de Compromisso de Construção de Permuta com Torna (fls. 22-29), por meio do qual a autora/apelada se comprometeu a entregar à ré/apelante um galpão de alvenaria inscrito sob a matrícula n. 52.883 no 1º Ofício de Registro de Imóveis de Criciúma/SC (cláusula primeira), assumindo essa última, em contrapartida, a obrigação de efetuar, como pagamento, **(a)** a entrega de um imóvel caracterizado como o apartamento n. 402 e box de garagem no Residencial Dijon, no valor de R\$ 88.000,00 (oitenta e oito mil reais), com o “habite-se” previsto para dezembro de 2006; **(b)** a entrega de um imóvel caracterizado como o apartamento n. 404 e box de garagem no Residencial Dijon, no valor de R\$ 88.000,00 (oitenta e oito mil reais), com o “habite-se” previsto para dezembro de 2006; **(c)** a entrega de um imóvel caracterizado como o apartamento n. 302 e box de garagem no Residencial Campos Lima, no valor de R\$ 188.000,00 (cento e oitenta e oito mil reais), com o “habite-se” previsto para dezembro de 2005; **(d)** R\$ 40.000,00 (quarenta mil reais), que seriam pagos na data da venda do galpão para terceiros (cláusula segunda).

Em decorrência do contrato, em 28-7-2003 a autora/apelada outorgou procuração pública a Fábio Sacheti (fls. 36), representante legal

da ré/apelante (Engemisa), conferindo-lhe poderes para vender o imóvel descrito na cláusula primeira do contrato (galpão).

Ao tomar conhecimento da situação econômica da ré/apelante, que não vinha cumprindo as obrigações assumidas, estando combalida financeiramente, em 3-12-2003, a autora/apelada revogou a aludida procuração (fl. 37). Sucede, porém, que em momento anterior, em 8-9-2003, a ré/apelante já havia firmado com Aldimar Luiz Maccari Contrato Particular de Compromisso de Permuta com Torna (fls. 123-129), pelo qual a demandada Engemisa se comprometeu a entregar o galpão, mediante a contraprestação estabelecida na cláusula segunda da avença.

Em razão do novo contrato, em 9-9-2003 Fábio Sacheti substabeleceu, sem reservas, os poderes a ele conferidos pela procuração a Aldimar Luiz Maccari (fl. 208), o qual, posteriormente, em 12-11-2003, alienou o imóvel em questão ao réu Laerte Sartor, conforme Escritura Pública de Compra e Venda de Bem Imóvel de fls. 38-39, que registrou o bem em seu nome (fl. 40v).

Pois bem, da análise dos autos, observa-se que a autora/apelada cumpriu com a obrigação por ela assumida no contrato, qual seja, a entrega do imóvel descrito na cláusula primeira do contrato (galpão), mediante a outorga de procuração ao representante legal da ré/apelada (Fábio Sacheti), conferindo-lhe poderes para vender o bem.

De outro lado, a demandada, em nenhum momento comprovou que teria cumprido com a obrigação por ela assumida, qual seja, a entrega dos imóveis descritos na cláusula segunda da avença.

Além disso, conforme se extrai dos depoimentos colhidos em audiência, **a ré/apelante agia maliciosamente ao permutar imóveis por apartamentos na planta, mesmo não possuindo condições de honrar com os compromissos assumidos, em virtude da sua situação financeira.**

Com efeito, a testemunha Natanael Rufino Borges, que foi funcionário da ré, deixou averbado no seu depoimento (fls. 141-142):

“[...] que o depoente, como trabalhava para empresa ré, já tinha ciência da situação financeira precária da mesma, ou seja, “internamente a coisa não estava boa”; que quando da transação, envolvendo o galpão com Maccari, já corria boatos na cidade de que a situação da ré era precária. [...] que a construtora fazia permuta de terreno com futuros apartamentos, ou seja, áreas construídas; que os apartamento permutados com a autora estariam localizados no edifício Campos Lima e Djon; que referentes as áreas a serem construídas, quando da permuta, sequer havia incorporação, ou seja, a documentação adequada junto a matrícula do imóvel onde seriam construídos os edifícios; que quando da permuta, a construtora Engemisa já tinha comprado os terrenos onde seriam construídos os edifícios, porém não havia quitado o preço; que o Terreno onde seria construído o edifício Djon, era de propriedade da família Flávio Spillere, que a empresa não possuía a posse do referido terreno quando da efetivação da avença entre autor e ré.” (grifei)

Nas razões do apelo, a ré alega a exceção de contrato não cumprido, ao argumento de que o imóvel oferecido pela autora/apelada (galpão) estava gravado com uma penhora.

Entretanto, da análise da matrícula que repousa às fls. 40-40v, verifica-se que as constrições judiciais ocorreram em 26-6-2003, ou seja, posteriormente à celebração da avença, e uma delas foi levantada em 14-1-2003. Ademais, as penhoras não constituíram óbice para que a ré/apelante registrasse o imóvel no nome de quem bem entendesse, mesmo porque não há qualquer notícia de que tenha ocorrido a apropriação do bem.

Também não merece acolhimento a tese de impossibilidade jurídica do pedido de rescisão do contrato em respeito ao princípio da autonomia da vontade, justo que o aludido postulado não possui caráter absoluto, devendo ceder quando em manifesta contrariedade à boa-fé que se exige na realização dos negócios jurídicos e quando caracterizada flagrante desvantagem de uma parte perante a outra.

Ademais, o próprio Código Civil prevê a possibilidade de resolução do contrato em face do inadimplemento. Veja-se:

“Art. 475. **A parte lesada pelo inadimplemento pode pedir a resolução do contrato**, se não preferir exigir-lhe o cumprimento, cabendo, em qualquer dos casos, indenização por perdas e danos.” (grifei)

Nesse sentido, já decidiu esta Corte:

“RESCISÃO CONTRATUAL. COMPRA E VENDA DE LOTE SEM EDIFICAÇÃO. RECONVENÇÃO. SENTENÇA DE PARCIAL PROCEDÊNCIA. RECURSO DE AMBAS AS PARTES. [...] **A resolução operada pelo descumprimento voluntário, isto é, por culpa do devedor, é a forma mais comum de desconstituição de um contrato, uma vez que, quando o credor não recebe a prestação que lhe é devida, assiste-lhe o direito de invocar o instituto previsto no art. 475 do Código Civil.** Comprovada a relação material, demonstrado o inadimplemento absoluto e não purgada a mora pelo comprador-devedor, procede o intento de resolução do ajuste de compra e venda de bem imóvel por parte do alienante. *STATUS QUO ANTE*. DETERMINADA REINTEGRAÇÃO DE POSSE DO AUTOR. **A rescisão do contrato por inadimplemento absoluto do adquirente implica na recondução das partes ao estado que vigia antes da avença. Decorrencia isto é que se faz devido o ressarcimento integral dos danos eventualmente suportados pela alienante, assim como a devolução das parcelas pagas pela adquirente, solução esta que encontra abrigo no princípio da boa-fé e, sobretudo, no do justo equilíbrio contratual.** [...]” (Apelação n. 0001232-42.2008.8.24.0028, de Içara, rel. Des. Gilberto Gomes de Oliveira, j. 21-6-2016, grifei).

Logo, ante o inadimplemento da ré/apelante, plenamente viável a rescisão do contrato de fls. 22-29, com o retorno das partes ao *statu quo ante*.

2.1 Das perdas e danos.

Nos termos do art. 475 do Código Civil, acima transcrito, uma vez rescindido o contrato por inadimplemento, a parte lesada faz jus à indenização por perdas e danos.

No mesmo sentido, os arts. 389 e 395 do diploma legal:

“Art. 389. **Não cumprida a obrigação, responde o devedor por perdas e danos**, mais juros e atualização monetária segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, e honorários de advogado.” (Grifei)

“Art. 395. **Responde o devedor pelos prejuízos a que sua mora der causa**, mais juros, atualização dos valores monetários segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, e honorários de advogado.

Parágrafo único. **Se a prestação, devido à mora, se tornar inútil ao credor, este poderá enjeitá-la, e exigir a satisfação das perdas e danos.**” (Grifei).

A sentença condenou a ré ao pagamento de R\$ 88.000,00 (oitenta e oito mil reais), devidamente atualizados, referentes ao imóvel que, ante o inadimplemento da ré, a autora/apelada deixou de vender.

Alega a recorrente que a condenação em perdas e danos é *ultra petita*, porquanto não requerida pela demandante na inicial.

Contudo, na exordial a autora assim se manifestou (fl. 13):

Por outro lado, outro negócio deixou de ser feito com o imóvel que seria construído na Rua Araranguá, quando conforme já acima detalhado, o representante da autora efetuou negócio de compra e venda, tendo o comprado desistido da aquisição ao saber da inadimplência da ré. (declaração em anexo). Tais fatos demonstram, por si só a existência do direito a perdas e danos sofridas pela autora.

No pedido, a demandante requereu (fl. 15):

D) Requer, a final seja julgado procedente o pedido da autora para declarar a resolução do contrato, com o retorno do imóvel, dado em pagamento, à propriedade da autora, bem como o pagamento de perdas e danos, mais juros, correção monetária e ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios.

Logo, não há falar em julgamento *ultra petita*, porquanto a

indenização pelos prejuízos suportados foi expressamente requerida pela autora/apelada na petição inicial.

De todo modo, a despeito da viabilidade do pedido de perdas e danos, não vejo como manter a sentença no tocante à importância acima mencionada (R\$ 88.000,00), referente à venda de um dos apartamentos que acabou não se consumando.

A autora, relembro, como pleito principal, pleiteou a rescisão do negócio por inadimplemento da ré. Acolhida sua pretensão, deverão os litigantes retornarem o máximo possível ao *statu quo ante*, observados os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, fulminando-se qualquer pretensão que tenha por resultado o enriquecimento de uma das partes em detrimento da outra, respeitando-se, obviamente, as condições legais ou convencionais legitimamente ajustadas (cláusula penal, arras, etc.).

Se assim ocorre, não parece razoável que a autora, rescindindo o negócio, ainda que por culpa da ré, pretenda receber de volta o seu galpão, dado em permuta, e, além disso, como perdas e danos, o valor integral de um dos apartamentos.

Isso, por certo, vulneraria a reinserção dos contratantes, tanto quanto possível, na situação em que se encontravam antes do negócio, pois recebendo a autora o seu galpão, como pleiteado, teria, em sentido inverso, que devolver o aludido apartamento (caso houvesse o entregue) ou o valor obtido se a venda do mesmo tivesse sido consumada.

“É entendimento desta Corte Superior que a rescisão contratual implica o retorno das partes ao status quo ante, com a devolução dos valores pagos (se for o caso, com os devidos abatimentos).” (AgRg no Ag 1215130/BA, Rel. Min. MARCO BUZZI).

Diferentemente, no que se refere ao pagamento dos aluguéis em decorrência da locação do galpão entregue no negócio, parece-me que

razão assiste à autora, pois em virtude do inadimplemento da ré/apelante, que não cumpriu com sua parte do contrato, ficou ela temporariamente privada de usufruir do seu imóvel, recebendo os respectivos locativos.

As perdas e danos, como expressamente previstas no art. 402 do Código Civil, abrangem, além do que o contratante inocente efetivamente perdeu, também o que razoavelmente deixou de ganhar.

Dessa forma, os aluguéis que foram pagos por Marcelo Tozato ao réu/apelante deverão ser revertidos para a autora/apelada, justo que nada mais representam do que a justa indenização pelos prejuízos decorrentes da conduta da ré/apelante.

Quanto ao pedido de devolução dos R\$ 40.000,00 (quarenta mil reais) que a ré/apelante supostamente teria pago à autora/apelada, não se constata do caderno processual qualquer elemento de prova que ateste de forma eloquente a quitação da referida importância, o que afasta a pertinência do pleito de restituição.

Por fim, alusivamente à possibilidade conferida pela sentença à autora/apelada de juntar novos documentos na fase de liquidação da sentença, a medida é possível quando presente a necessidade de se demonstrar fatos novos diretamente relacionados aos prejuízos advindos da conduta lesiva da ré/apelante.

Nesse sentido, é o entendimento deste Tribunal:

CIVIL, CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO.SERVIDORA PÚBLICA ESTADUAL. PRETENSÃO DE RECEBER AS DIFERENÇAS ENTRE OS VENCIMENTOS DO CARGO PARA O QUAL FOI NOMEADA (ESCREVENTE POLICIAL) E AQUELE QUE EFETIVAMENTE EXERCE (ESCRIVÃO DE POLÍCIA) [...] 3. *In casu*, a prova dos autos, constituída de documentos que evidenciam a designação da autora para exercer atividades de escrivã de polícia, bem como de testemunhos em seu favor, não deixa dúvida de que houve o desvio de função, de modo que ela faz jus às diferenças

salariais almeçadas. O pagamento deve considerar os períodos indicados na exordial, observada a prescrição quinquenal, **admitida a juntada de novos documentos na fase de liquidação de sentença para evitar a proposição de nova demanda com o mesmo objeto, medida que vai ao encontro dos princípios da economia e celeridade processuais.** [...] (Apelação Cível n. 2011.020651-0, de São Miguel do Oeste, rel. Des. Vanderlei Romer, j. 21-6-2011, grifei).

PROCESSUAL CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. ALEGADA MANUTENÇÃO INDEVIDA DO NOME DA AUTORA EM ÓRGÃO DE RESTRIÇÃO AO CRÉDITO. JUNTADA DE DOCUMENTOS A DESTEMPO. DESCONSIDERAÇÃO DE TAIS PEÇAS POR NÃO SE ENQUADRAR NAS EXCEÇÕES PREVISTAS NO ART. 397 DO CPC. INEXISTÊNCIA DE PROVA ACERCA DA LIQUIDAÇÃO DO DÉBITO. ÔNUS DA PROVA QUE COMPETIA A AUTORA. INTELIGÊNCIA DO ART. 333, I, DO CPC. IMPOSSIBILIDADE DE IMPUTAR À OUTRA PARTE A PRODUÇÃO DE PROVA NEGATIVA. EXERCÍCIO REGULAR DO DIREITO DA CREDORA. SENTENÇA MANTIDA – RECURSO DESPROVIDO 1. **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. Inteligência dos arts. 396 e 397, do CPC** (Resp. n.º 44.521, Min. Vicente Leal) [...] (Apelação Cível n. 2009.027775-6, de Sombrio, rel. Des. Marcus Túlio Sartorato, j. 7-7-2009, grifei).

Veja-se que a ilustre magistrada *a quo* determinou a liquidação da sentença por artigos (art. 475-E do CPC/1973), que é, justamente, a modalidade em que há necessidade de comprovação de fatos novos, ligados ao valor devido, na qual adota-se o procedimento comum, inclusive com intimação do réu para apresentar contestação.

Dessa forma, não há qualquer irregularidade na determinação de

juntada de documentos novos na fase de liquidação de sentença por artigos. Por todo o exposto, o recurso da ré/apelante deve ser conhecido e parcialmente provido.

2 Do recurso do réu Laerte Sartor.

Com a rescisão do contrato firmado entre a autora/apelada e a ré Engemisa, a sentença determinou o retorno das partes ao *statu quo ante*, com a devolução do galpão objeto da avença para a demandante.

Para tanto, o negócio jurídico que transferiu o imóvel ao réu/apelante Laerte Sartor **foi declarado nulo, por ser terceiro de má-fé**, porquanto participou de negócio simulado, juntamente com a ré Engemisa e Aldimar Luiz Maccari, que lhe vendeu o bem, conforme exposto anteriormente.

O réu/apelante alega, em resumo, que não sabia da situação financeira da ré Engemisa e que adquiriu o imóvel regularmente e de boa-fé, porquanto Aldimar possuía poderes para transferir-lhe a propriedade do galpão nos termos da procuração outorgada pela autora ao representante da ré Engemisa, Fábio Sacheti, e do substabelecimento feito por este a Aldimar.

Entretanto, a prova dos autos indica que Laerte Sartor atuou como mero instrumento na transação envolvendo a ré Engemisa, Aldimar Maccari e Cerâmica Flávio Salvan Ltda., esta que participou diretamente do contrato de compromisso de permuta celebrado pela empresa com Aldimar (fls. 123-129).

Nesse sentido, colhe-se do depoimento de Lindomar Salvan, sócio-gerente da empresa Cerâmica Flávio Slavan Ltda. (fls. 298-299):

“Que o depoente afirma que quem ofereceu o imóvel em questão para o depoente foi o corretor Sandro Ricardo dos Santos que foi testemunha nesse processo, esclarecendo ainda que já fez vários negócios com a empresa Engemisa envolvendo apartamentos e salas comerciais; que a negociação

do galpão em questão foi de 50% ao depoente, sócio e proprietário da empresa Salvan, e 50% em favor de Aldimar Maccari; [...] que o galpão atualmente está locado pelos dois proprietários, o depoente e Aldimar, onde funciona uma oficina; [...] **que Laerte Sartor na época dos fatos trabalhava no Supermercado Salvan e Cerâmica Flávio Salvan; que Laerte fazia diversas funções, como parte financeira e serviços gerais; que Sandro oferecia os negócios para o depoente e não para Laerte Sartor; que o depoente e Aldimar Maccari colocaram o imóvel em nome de Laerte Sartor; que Laerte Sartor não comprou o imóvel em questão; que Laerte Sartor é sobrinho de Aldimar Maccari.** (Grifei)

A testemunha Sandro Ricardo dos Santos, por sua vez, anunciou (fls. 200-201):

[...] que o gerente comercial da Engemisa de nome Fábio foi quem ofereceu o galpão para o depoente negociar com os investidores; **que em nenhum momento negociou com Laerte Sartor e nem tem conhecimento de negócio envolvendo o imóvel com Laerte Sartor; que conhece Laerte Sartor da época em que trabalhava no supermercado Salvan; que tem conhecimento que atualmente o galpão está alugado, não sabendo para quem.** (Grifei).

Denota-se, portanto, que os verdadeiros adquirentes do imóvel em questão foram Aldimar Maccari e Lindomar Salvan, este último sócio e proprietário da empresa Cerâmica Flávio Salvan Ltda., **os quais mantinham diversas relações comerciais com a ré/apelante Engemisa e sabiam das dificuldades financeiras que enfrentava.**

A respeito, a ilustre magistrada sentenciante consignou:

“Não pairam dúvidas, portanto, que as negociações do galpão, faticamente, envolvia apenas os adquirentes Lindomar Salvan e Aldimar Maccari, os quais possuíam outras relações comerciais com a requerida, sendo neste cenário, o réu Laerte Sartor mero “testa de ferro”, vulgarmente reconhecido pela denominação de “laranja”, pois que não é crível que alguém que exerça a profissão de auxiliar de escritório, tenha condições econômicas para adquirir tantos imóveis em seu nome, tais como comprovam as matrículas imobiliárias

juntadas às fls. 150/156, nas quais consta o nome de Laerte Sartor como legítimo proprietário dos referido imóveis.

Some-se a isso que as certidões de fls. 147/149 demonstram a relação de parentesco entre Aldimar (alienante) e Laerte (adquirente), bem como **a existência de nebulosas transações comerciais celebradas entre a requerida e Aldimar Maccari e Cerâmica Salvan, evidências que são suficientes para caracterizar o conluio e a má-fé entre a requerida Engemisa, seus credores Aldimar Maccari e Cerâmica Salvan e o requerido Laerte Sartor, o qual na condição de sobrinho de Aldimar, aceitava emprestar seu nome nas escrituras imobiliárias relativas aos bens que eram adquiridos por seu tio.**

Impende salientar que **as evidências de simulação são corroboradas pela ausência de comprovante de pagamento da compra e venda do bem matriculado sob o nº. 52.883 perante o 1º Ofício do CRI da Comarca de Criciúma imóvel (galpão) formalizada por meio da Escritura Pública de fl. 38, bem como pelas provas contundentes da estreita relação de parentesco e de vínculo empregatício do requerido Laerte Sartor com seu tio Aldimar e com o empregador Lindomar Salvan, representante legal da empresa Cerâmica Flávio Salvan Ltda., os quais, por sua vez, eram parceiros comerciais da requerida Engemisa.**” (Grifei)

O réu/apelante alega que a autora/apelada já postulou a anulação da compra e venda do imóvel em questão nos autos n. 020.05.014726-9, cujos pedidos foram julgados improcedentes, com sentença confirmada por esta Corte no julgamento da Apelação Cível n. 2010.025300-4.

Entretanto, aquela ação apreciou, unicamente, as implicações da revogação da procuração outorgada pela ora autora/apelada a Fábio Sacheti e o substabelecimento feito por este a Aldimar Maccari, bem como a suposta negligência do Cartório no procedimento de venda do bem a Laerte Sartor.

É dizer, o negócio simulado praticado pela ré/apelante Engemisa, em conjunto com Aldimar Maccari, Cerâmica Flávio Salvan Ltda. e Laerte Sartor, **não em momento algum apreciado naquela ação.**

Assim, tendo em vista a conduta maliciosa da ré/apelante Engemisa, que repassou o galpão para seus credores Aldimar Maccari e Cerâmica Flávio Salvan Ltda., por meio de interposta pessoa (o réu/apelante Laerte Sartor), inviabilizando a devolução do imóvel à autora/apelante na hipótese de rescisão do contrato que a acionada de antemão sabia que não poderia cumprir, a decretação de nulidade da Escritura Pública de Compra e Venda do imóvel de matrícula n. 52.883 deve ser mantida, para que o galpão retorne à propriedade da autora/apelada.

Por fim, o réu/apelante alega julgamento *extra petita* quanto à parte da sentença que o condenou ao reembolso, à autora/apelada, dos aluguéis do galpão, solidariamente com a ré/apelante Engemisa.

Todavia, a condenação é mera decorrência lógica da rescisão do contrato, ou seja, os valores recebidos pelo réu/apelante Laerte a título de aluguel foram indevidos, de forma que, com a resolução da avença, devem ser restituídos à autora/apelada, uma vez que deixou de usufruir do galpão por conduta maliciosa praticada pelos réus/apelantes.

Entendimento contrário caracterizaria o enriquecimento sem causa do réu/apelante que, além de ter participado do negócio simulado, lucraria com tal ato caso não reembolsasse os aluguéis que recebeu indevidamente.

Em arremate, observo que não se faz necessária a manifestação expressa acerca de todos os dispositivos legais invocados para configuração do pressuposto de prequestionamento.

No que se refere ao disposto no art. 489 do CPC/2015, o Superior Tribunal de Justiça, recentemente, manifestou-se:

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA ORIGINÁRIO. INDEFERIMENTO DA INICIAL. OMISSÃO, CONTRADIÇÃO, OBSCURIDADE, ERRO MATERIAL. AUSÊNCIA.

1. Os embargos de declaração, conforme dispõe o art. 1.022 do CPC,

destinam-se a suprir omissão, afastar obscuridade, eliminar contradição ou corrigir erro material existente no julgado, o que não ocorre na hipótese em apreço. **2. O julgador não está obrigado a responder a todas as questões suscitadas pelas partes, quando já tenha encontrado motivo suficiente para proferir a decisão. A prescrição trazida pelo art. 489 do CPC/2015 veio confirmar a jurisprudência já sedimentada pelo Colendo Superior Tribunal de Justiça, sendo dever do julgador apenas enfrentar as questões capazes de infirmar a conclusão adotada na decisão recorrida.** 3. No caso, entendeu-se pela ocorrência de litispendência entre o presente mandamus e a ação ordinária n. 0027812-80.2013.4.01.3400, com base em jurisprudência desta Corte Superior acerca da possibilidade de litispendência entre Mandado de Segurança e Ação Ordinária, na ocasião em que as ações intentadas objetivam, ao final, o mesmo resultado, ainda que o polo passivo seja constituído de pessoas distintas. 4. Percebe-se, pois, que o embargante maneja os presentes aclaratórios em virtude, tão somente, de seu inconformismo com a decisão ora atacada, não se divisando, na hipótese, quaisquer dos vícios previstos no art. 1.022 do Código de Processo Civil, a inquirir tal *decisum*. 5. Embargos de declaração rejeitados. (EDcl no MS 21.315/DF, rela. Mina. Diva Malerbi (Desembargadora convocada TRF 3ª Região), Primeira Seção, DJe 15-6-2016, grifei).

De todo modo, a fim de evitar a 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 citados nas razões de apelação, que foram, mesmo que implicitamente, aqui examinados e considerados para o resultado encontrado. Mantenho as verbas de sucumbência, justo que as perdas e danos, ao cabo, foram mantidas, apenas em extensão inferior.

Ante o exposto, voto no sentido de conhecer dos recursos, dar parcial provimento ao da ré Engemisa e desprover o do acionado Laerte Sartor.

É como voto.

Apelação Cível n. 0082935-44.2007.8.24.0023

Relator: Desembargador Sebastião César Evangelista

APELAÇÃO. CONTRATO. PLANO DE SAÚDE. ARGUIÇÃO DE ILEGITIMIDADE. INSUBSISTÊNCIA. FORNECEDORES QUE SE APRESENTAM COMO ELOS NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO. SOLIDARIEDADE DEFINIDA NO ART. 25, § 1º, DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. MÉRITO. NEGATIVA AO CUSTEIO DE PRÓTESE IMPORTADA. JUSTIFICATIVA MÉDICA APRESENTADA PELA PARTE AUTORA. QUALIDADE DIVERSA A PRODUTOS SIMILARES OFERECIDOS NA INDÚSTRIA NACIONAL. REDUÇÃO DE RISCOS AO PACIENTE. AUSÊNCIA DE PROVA EM SENTIDO CONTRÁRIO. MANUTENÇÃO DA SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. OBSERVÂNCIA AO DISPOSTO NO ART. 20 DO CPC. MAJORAÇÃO DA VERBA FIXADA NA ORIGEM.

Respeitado o disposto no art. 25, § 1º, do Código de Defesa do Consumidor, há solidariedade entre os prestadores de serviço quando tenham ambos participado da negativa administrativa à cobertura de atendimento por plano de saúde, não estando claro ao consumidor quem tenha a autoridade para o indeferimento. Nesse caso, coaduna-se a teoria da aparência com o princípio do acesso à Justiça, pois não se deve imputar ao consumidor lesado o ônus de conhecer os meandros da relação contratual entre as cooperativas coligadas.

A escolha do procedimento, bem como a dos materiais a serem empregados na execução de cirurgia deve obedecer a critérios médicos, visando a redução de riscos e a melhor forma de preservar a saúde do paciente. Em respeito a essa circunstância, é nula a estipulação contratual, em plano de saúde, que de alguma maneira direcione a forma de intervenção cirúrgica ou os materiais a serem utilizados, pautando-se em critérios mercadológicos e não em técnica médica. CDC, art. 51, IV; Lei n. 9.656/98, art. 12, II, e.

Consoante disposto no art. 2º da Resolução da Diretoria Colegiada – RDC n. 185/2001, da ANVISA, “o fabricante ou importador de produto médico deve apresentar à ANVISA os documentos para registro, alteração,

revalidação ou cancelamento do registro”, motivo por que ao se determinar a utilização de medicamento, prótese ou órtese importada não se está a suplantar a necessidade de prévia aprovação do produto pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária.

Os honorários advocatícios fixados na vigência do art. 20 do Código de Processo Civil de 1973 devem ser arbitrados levando-se em consideração o grau de zelo do profissional, o lugar de prestação do serviço, a natureza e importância da causa, o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 0082935-44.2007.8.24.0023, da comarca da Capital em que são apelantes e apelados Unimed Grande Florianópolis Cooperativa de Trabalho Médico Ltda. e outro e Laurinda Maria Forte.

A Segunda Câmara de Direito Civil decidiu, por unanimidade, conhecer dos recursos, negar provimento às apelações interpostas pelas rés e dar provimento ao recurso adesivo para arbitrar os honorários advocatícios em 20% sobre o valor atribuído à causa. Custas legais.

O julgamento, realizado nesta data, foi presidido pelo Exmo. Sr. Des. Newton Trisotto, com voto, e dele participou o Exmo. Sr. Des. Jorge Luis Costa Beber.

Florianópolis, 10 de novembro de 2016.

Desembargador Sebastião César Evangelista
Relator

RELATÓRIO

Cuida-se de apelações interpostas por Unimed Grande Florianópolis Cooperativa de Trabalho Médico Ltda. e outro e Laurinda Maria Forte, ante seu inconformismo com os termos da sentença proferida na 1ª Vara Cível da comarca da Capital que julgou o processo de n. 023070829350.

A decisão combatida julgou procedente o pedido da autora para determinar o cumprimento da obrigação pela parte ré em fornecer prótese de joelho importada, conforme prescrito pelo seu médico, em cirurgia de artroplasia de joelho com o implante. Na fundamentação, afastou-se a preliminar de ilegitimidade passiva *ad causam* da primeira ré, visto que deveria ser aplicada a teoria da aparência, dado que as demandadas pertencem ao mesmo grupo empresarial, o que, para os consumidores, pode ser compreendido como uma única empresa. No tocante ao mérito, consignou-se a aplicação do Código de Defesa do Consumidor frente à relação de consumo que as partes compõem (arts. 2º e 3º do CDC). Ademais, constatou-se a existência de cláusulas conflitantes no contrato em questão, sendo que uma permite a disponibilização de toda e qualquer taxa e material necessários, incluindo próteses, e, de outro lado, cláusula adversa que exclui o fornecimento de materiais importados, sem o devido registro da ANVISA. Com isso, extraiu-se que as cláusulas contratuais devem ser interpretadas da forma mais benéfica ao consumidor (art. 47 do CDC). Ponderou-se, também, que “de acordo com os laudos médicos juntados às fls. 70, há expressa indicação e justificação para o uso do material importado”, compreendendo-se, assim, que o plano de saúde não tem competência para analisar qual material poderia ser substituído por aquele que o médico especialista da autora indicou. Observou-se que a negativa de fornecimento do material almejado frustra o objetivo do contrato firmado entre as partes. Ao final, rejeitou-se o pedido de condenação por litigância de má-fé da ré Unimed Florianópolis, à consideração de que não demonstrado o dolo processual, e imputou-se às rés o dever de pagamento dos ônus de sucumbência, arbitrados os honorários advocatícios, com fulcro no art. 20, § 4º, em R\$ 1.500,00.

Irresignadas, ambas as rés apelaram, em peças separadas.

Unimed Grande Florianópolis – Cooperativa de Trabalho Médico, em suas razões recursais, pugnou unicamente pela declaração de sua ilegitimidade passiva. Ressaltou que a matéria é de ordem pública e pode

ser discutida em qualquer momento processual. Argumentou que é parte estranha ao contrato discutido nos autos, bem como não possui os documentos solicitados, visto que sempre estiveram na posse de terceiros. Concluiu que o art. 359 do CPC/1973 não pode ser aplicado, dado que não tinha conhecimento da forma e tempo da contratação, bem como se a autora tem ou não o direito almejado. Suscitou violação aos artigos 3º e 267, VI do CPC/1973 c/c art. 12 do CDC.

Unimed do Estado de Santa Catarina – Federação Estadual das Cooperativas Médicas, em sua insurgência, asseverou que o fornecimento de material importado está expressamente excluído do amparo contratual firmado com a autora (cláusula 9), não sendo a ré obrigada a dar cobertura aos materiais e procedimentos não abrangidos pelo contrato. Todavia, acrescentou que materiais nacionais estão incluídos pela cláusula 18, item 18.5, letra “a”, sendo os mesmos registrados pela ANVISA, o que garante sua qualidade e eficiência. Portanto, concluiu que, por haver substituto similar e nacional, não poderia a ré ser obrigada a custear material importado não incluso na previsão contratual, uma vez que a cláusula limita o direito da demandante. No mais, asseverou que o plano contratado e periodicamente pago pela autora é equivalente ao atendimento previsto contratualmente, não sendo justo às pessoas que contrataram e arcam com plano mais completo ser abrangido material que está expressamente excluído do contrato. Também alegou que não houve malferimento aos artigos 47, 54, § 3º e 4º, do Código de Defesa do Consumidor, assim como sustentou que a autora tinha pleno conhecimento das exclusões, condições, cláusulas e obrigações contratuais quando firmou negócio. Por fim, suscitou os princípios da autonomia da vontade e o da intangibilidade do conteúdo dos contratos, sendo o primeiro garantidor da livre vontade, devendo o Estado intervir somente se necessário, e o segundo assegurador das cláusulas contratuais, não podendo as mesmas serem alteradas unilateralmente ou judicialmente, levando em consideração, também, o princípio da segurança jurídica (art.

5º, XXXVI da CF). Requereu, ao final, que o art. 422 do CC, arts. 5º e 6º da Lei de Introdução do Código Civil, arts. 47 e 54, § 4º, do CDC e art. 5º, XXXVI, da CF sejam prequestionados.

Os recursos foram admitidos na origem, na forma do art. 518 do CPC/1973 (fls. 557 e 614).

Intimada, a parte autora apresentou recurso adesivo, em que requereu a majoração dos honorários advocatícios, a fim de que sejam fixados em 20% sobre o valor da causa, tendo em vista o valor irrisório arbitrado na sentença, o qual não condiz com o trabalho e esforço realizado no presente caso.

Ofertadas as contrarrazões, os autos foram encaminhados a esta Instância.

Distribuídos, ascenderam os autos a esta Corte, sendo definida a competência da Segunda Câmara de Direito Civil no julgamento do Conflito de Competência n. 2016.002383-2.

Após, vieram conclusos em 11 de maio de 2016.

É o relatório.

VOTO

1 A prefacial de ilegitimidade passiva da ré Unimed Florianópolis reprisa a tese já apresentada em contestação. A autora, na petição inicial, demonstrou ter a clara percepção de que firmou o contrato de prestação de serviço com outra pessoa jurídica, mas defendeu a existência de litisconsórcio passivo necessário, já que ambas as rés teriam poder decisório para rejeitar a realização do procedimento.

De litisconsórcio passivo evidentemente não se trata. Ainda que se admita a solidariedade das rés no dever de reparar o dano, e essa é a tese da autora, caberia à consumidora lesada, à sua preferência, escolher entre

processar uma, outra, ou ambas. Haveria, na última hipótese, formação de litisconsórcio passivo facultativo (CPC/1973, art. 46, I; CPC/2015, art. 113, I).

Reconhecida a possibilidade, em tese, de formação do litisconsórcio passivo facultativo, e sendo tranquilo, na espécie, que há legitimidade da ré Unimed Santa Catarina, cumpre avaliar se há espaço para se incluir também no polo passivo a ré Unimed Florianópolis. A autora, na peça póstica, sustentou a responsabilidade solidária, com base na seguinte argumentação:

A Unimed Florianópolis uma vez que tem poder para autorizar ou não os procedimentos do plano Santa Catarina Saúde, bem como determinar diretrizes para avaliação dos pacientes, como claramente demonstrado em documentação anexa, tem legitimidade para integrar o polo passivo do presente feito.

Todos os exames e consultas pré-operatórios foram realizados por autorização da Unimed Florianópolis e por seus médicos cooperados.

A cirurgia a ser realizada, que possui fim mediato nesta ação, será realizada na cidade de Florianópolis, por médicos cooperados da Unimed Florianópolis, em hospital credenciado pela Unimed Florianópolis e não pela Unimed Santa Catarina.

Portanto, deve ser a Unimed Florianópolis também citada e, notificada para que forneça a autorização ao seu médico cooperado para a realização do procedimento cirúrgico objeto deste processo.

Em síntese, pois, são três as teses jurídicas em que se sustenta a alegação de solidariedade:

a) autonomia da Unimed Florianópolis para autorizar ou recusar procedimentos a serem custeados pelo plano Santa Catarina Saúde, se forma que a ré teria responsabilidade direta pela recusa ao pagamento da cirurgia com a prótese importada;

b) o diagnóstico pela necessidade de cirurgia e a orientação pela utilização da prótese especificada foi dada por médicos cooperados da Unimed Florianópolis;

c) o cumprimento da decisão será feito pela Unimed Florianópolis, já que a cirurgia será realizada por médico e centro cirúrgico ligados diretamente a ela e não à Unimed Santa Catarina.

Na sentença, por outro vértice, reconheceu-se a aplicabilidade da teoria da aparência, à consideração de que, perante o consumidor, está-se diante de contrato junto à “Unimed”, sendo-lhe facultado ajuizar a demanda tanto contra a pessoa jurídica com a qual contratou como contra a pessoa que lidou diretamente com o atendimento (fls. 517 e 518):

Preliminarmente, a ré Unimed Florianópolis alega não deter legitimidade para atuar no polo passivo da presente relação processual, porquanto a autora celebrou contrato com a Unimed do Estado de Santa Catarina, a qual é pessoa jurídica absolutamente distinta.

Contudo, razão não lhe assiste, vez que no caso em tela, aplica-se a teoria da aparência, pois pertencentes ao mesmo grupo empresarial, sendo, portanto, inegável o vínculo entre ambas.

Ademais, em que pese o contrato ter sido efetuado com a Unimed do Estado de Santa Catarina, denota-se que a solicitação médica juntada às fls. 62 é timbrada com a logomarca da Unimed Florianópolis, corroborando para o entendimento de que para os consumidores, as rés se apresentam como uma única empresa.

A sentença fez referência a precedentes desta Corte, embora, de fato, não tenha indicado o dispositivo legal em que se fundamenta a solidariedade. A parte apelante tem razão ao afirmar que a solidariedade não se presume (Código Civil, art. 265), mas a sentença, conquanto não o tenha expresso, ampara-se no disposto no art. 25, § 1º, do Código de Defesa do Consumidor, que dispõe:

§ 1º Havendo mais de um responsável pela causação do dano, todos responderão solidariamente pela reparação prevista nesta e nas seções anteriores.

Em comentário ao dispositivo, anota Zelmo Denari:

O § 1º reafirma a solidariedade passiva de todos aqueles que, de qualquer modo, concorreram para a causação do dano, ao mesmo tempo em que o § 2º acrescenta ao rol dos coobrigados solidários o fornecedor das peças ou dos componentes defeituosos que foram incorporados aos produtos ou serviços e que deram causa ao *eventus damni*.

Trata-se, no entanto, de solidariedade pura e simples, que não comporta benefício de ordem, o significa: o consumidor poderá fazer valer seus direitos contra qualquer dos fornecedores do produto ou serviço, inclusive contra o incorporador da peça ou componente defeituoso. (In: GRINOVER, Ada Pellegrini *et alli* (org). *Código de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. Rio de Janeiro: Forense, 2011. v. 1. p. 238, 239).

Em consulta à base de jurisprudência desta Corte, verifica-se que a matéria é conhecida, sendo objeto de diversos pronunciamentos recentes, mas nem todos no mesmo sentido. Assim, registram-se, a seguir, julgados das seis Câmaras de Direito Civil integrantes desta Corte.

Primeira Câmara de Direito Civil:

“Por força da teoria da aparência, não há exigir que o consumidor diferencie duas cooperativas médicas pertencentes ao Sistema Cooperativo Unimed, pois perante o público apresentam-se como uma única empresa que disponibiliza serviços de assistência médica e hospitalar, e fazem uso inclusive da mesma logomarca.” (TJSC, EI n. 2007.010081-3, rel. Des. Fernando Carioni, j. em 12.09.2007). (AC n. 2013.064991-2, rel. Des. Henry Petry Junior, j. em 08.10.2015). (Apelação n. 0050535-40.2008.8.24.0023, da Capital, rel. Des. Gerson Cherem II, j. 02-06-2016).

Segunda Câmara de Direito Civil:

É parte legítima para integrar o pólo passivo a cooperativa médica que, em razão de manual de intercâmbio, presta serviços médicos ao consumidor. A teoria da aparência é aquela pela qual uma pessoa, considerada por todos como titular de um direito, embora não o seja, leva a efeito um ato jurídico com terceiro de boa-fé. SENTENÇA MANTIDA. RECURSO NÃO PROVIDO. (TJSC, Apelação Cível n. 2014.086102-3, da Capital, rel. Des. Gilberto Gomes de Oliveira, j. 26-02-2015).

Terceira Câmara de Direito Civil:

“Por força da teoria da aparência, não há exigir que o consumidor diferencie duas cooperativas médicas pertencentes ao Sistema Cooperativo Unimed, pois perante o público apresentam-se como uma única empresa que disponibiliza serviços de assistência médica e hospitalar, e fazem uso inclusive da mesma logomarca” (Embargos Infringentes n.º 2007.010081-3, Des. Fernando Carioni). 2. Se o contrato de plano de saúde prever expressamente que sua abrangência é estadual, o que significa dizer que abrange todas as cooperativas médicas integrantes do Sistema Estadual Unimed, é inquestionável a responsabilidade da cooperada que negar a prestação do serviço requerido pelo beneficiário, e conseqüentemente sua legitimidade para responder judicialmente pela negativa, independentemente de onde foi celebrado o contrato. (Apelação Cível n. 2014.014602-4, da Capital, rel. Des. Marcus Tulio Sartorato, j. 6.5.2014).

Quarta Câmara de Direito Civil:

Não se pode reconhecer, apenas pela denominação do nome (UNIMED), a existência de responsabilidade solidária entre cooperativas singulares, centrais, federação de cooperativas e confederação de cooperativas (art. 6º da 5.764/71). Cada Unimed singular possui seus específicos contratos de planos de saúde, clausulados através de regulamentos próprios e, embora laborem num sistema de repasses de pagamentos por serviços prestados, não há como legitimar uma cooperativa singular, tal como a Unimed Grande Florianópolis, a responder pelos atos praticados por outra – Unimed Santa Catarina –, que possui personalidade jurídica diversa. (Apelação Cível n. 2011.030906-7, da Capital – Continente, rel. Des. Jorge Luis Costa Beber, j. 26.6.2014).

Quinta Câmara de Direito Civil:

“Por força da teoria da aparência, não há exigir que o consumidor diferencie duas cooperativas médicas pertencentes ao Sistema Cooperativo Unimed, pois perante o público apresentam-se como uma única empresa que disponibiliza serviços de assistência médica e hospitalar, e fazem uso inclusive da mesma logomarca.” (TJSC, EI n. 2007.010081-3, rel. Des. Fernando Carioni, j. em 12.09.2007). (Apelação Cível n. 2013.064991-2, de Videira, rel. Des. Henry Petry Junior, j. 8.10.2015).

Sexta Câmara de Direito Civil:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. FORNECIMENTO DE TRATAMENTO DE RADIOTERAPIA. SENTENÇA PROCEDENTE, PORÉM COM A EXCLUSÃO DA UNIMED LITORAL DO POLO PASSIVO. INSURGÊNCIA DA AUTORA. PRETENDIDO O RECONHECIMENTO DA LEGITIMIDADE PASSIVA DA UNIMED LITORAL. POSSIBILIDADE. PRETENSÃO QUE DEVE SER ANALISADA SOB A ÓTICA DO CÓDIGO CONSUMERISTA. CONTRATO FIRMADO COM A UNIMED PORTO ALEGRE. TODAVIA, O PLANO DE SAÚDE CONTRATADO POSSUI ABRANGÊNCIA NACIONAL. AUTORA QUE RESIDE EM BALNEÁRIO CAMBORIÚ E REALIZA SEU TRATAMENTO DE RADIOTERAPIA NA CLÍNICA CREDENCIADA EM SUA CIDADE. INTERPRETAÇÃO CONTRATUAL QUE DEVE SER A MAIS FAVORÁVEL. ADEMAIS, APELANTE QUE POSSUI IDADE AVANÇADA (75 ANOS), É DEFICIENTE VISUAL E DEPENDE DE TERCEIROS PARA DESLOCAMENTOS. EXCLUSÃO DA UNIMED LITORAL DO POLO PASSIVO QUE RESULTA NA OBRIGAÇÃO DA UNIMED PORTO ALEGRE EM PRESTAR O ATENDIMENTO, O QUE GERA PREJUÍZO À RECORRENTE, POIS TERIA QUE SE DESLOCAR PARA OUTRA CIDADE PARA DAR CONTINUIDADE AO SEU TRATAMENTO. APLICAÇÃO DA TEORIA DA APARÊNCIA. SENTENÇA REFORMADA. ÔNUS SUCUMBENCIAL INVERTIDO. RECURSO PROVIDO. (Apelação Cível n. 2014.045319-4, de Balneário Camboriú, rel. Des. Alexandre d'Ivanenko, j. 10.11.2015).

A orientação predominante nesta Corte, no sentido de acolher a teoria da aparência, encontra respaldo em julgados de tribunais de outros estados.

Nesse sentido, registra-se julgado do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná:

APELAÇÕES CÍVEIS – AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER C/C INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – PLANO DE SAÚDE – LEGITIMIDADE PASSIVA DA UNIMED CURITIBA SOCIEDADE COOPERATIVA DE MÉDICOS – CONTRATO CELEBRADO COM OUTRA UNIMED – APLICAÇÃO DO CDC – SISTEMA DE COOPERATIVAS – TEORIA DA APARÊNCIA – Apelação Cível n. 1.498.846-4 COOPERATIVA MÉDICA QUE SE APRESENTA EM UNICIDADE PARA ATRAIR SEUS CLIENTES DEVE RESPONDER EM UNICIDADE TAMBÉM PELAS OBRIGAÇÕES DECORRENTES DA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO – IMPOSSIBILIDADE DE NOMEAÇÃO À AUTORIA – ESPÉCIE DE INTERVENÇÃO DE TERCEIROS NÃO APLICÁVEL QUANDO SE TRATA DE RESPONSÁVEIS SOLIDÁRIOS – VALOR DO DANO MORAL MANTIDO – HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS MANTIDOS – RECURSOS DESPROVIDOS. (Apelação n. 1498846-4, de Curitiba, rel. Des. Domingos José Perfetto, j. 14.4.2016)

Em decisão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, averbouse:

Legitimidade passiva *ad causam*. Unimed Campinas e Unimed Paulistana. Pessoas jurídicas distintas e autônomas, porém interligadas e integrantes do mesmo conglomerado econômico. Regionalização pelo desempenho das atividades. Irrelevância. Entidade única. Disponibilização da rede credenciada aos usuários. Teoria da aparência. Aplicabilidade do CDC. Responsabilidade solidária pela negativa indevida de cobertura que é de rigor. Precedentes. Preliminar rejeitada. (Apelação n. 1027043-19.2015.8.26.0114, de Campinas, rel. Des. Rômulo Russo, j. n. 15.6.2016)

No mesmo esteio, registra-se precedente do Superior Tribunal de Justiça:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ERRO MÉDICO. REPARAÇÃO DE DANOS. SOCIEDADES COOPERATIVAS UNIMED. LEGITIMIDADE PASSIVA. DANOS MATERIAIS.

(...)

2. O fato de várias sociedades explorarem uma mesma marca, ainda que com personalidades jurídicas distintas – por não ter havido a informação clara ao consumidor acerca de eventuais diferenças no conteúdo dos serviços ou na cobertura oferecida por cada uma –, traz como consequência a possibilidade de serem acionadas a responder solidariamente pelas obrigações contratadas por qualquer delas. (AgRg no AREsp 785.521/RJ, rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 17.11.2015)

Nesse mesmo norte, registra-se julgado da relatoria do signatário:

APELAÇÃO CÍVEL. PLANO DE SAÚDE. DECLARAÇÃO DE NULIDADE DE CLÁUSULA CONTRATUAL. RECURSO DA RÉ. ILEGITIMIDADE PASSIVA. NÃO CONFIGURADA. APLICAÇÃO DA TEORIA DA APARÊNCIA. PRELIMINAR AFASTADA. MÉRITO. LIMITE ANUAL DE REALIZAÇÃO DO EXAME DE RESSONÂNCIA MAGNÉTICA. CLAÚSULA QUE LIMITA O DIREITO AOS PROCEDIMENTOS CONTRATADOS. AUSÊNCIA DE DESTAQUE ACERCA DA LIMITAÇÃO CONTRATUAL. ABUSIVIDADE CONSTATADA. APLICAÇÃO DO CDC. INTERPRETAÇÃO MAIS FAVORÁVEL AO CONSUMIDOR. RECURSO ADESIVO. ATO ILÍCITO CONFIGURADO. ABALO MORAL PRESUMIDO. DEVER DE INDENIZAR. Conforme o enunciado da Súmula 469/STJ, aplica-se o Código de Defesa do Consumidor às relações estabelecidas entre usuário e plano de saúde, de modo que a interpretação de instrumento contratual firmado pelo participante deve se dar em atenção às normas insertas nos artigos 6º, III, e 47 da Lei n. 8.078/90 (direito à informação clara e interpretação mais favorável ao consumidor). Por força da teoria da aparência, não há exigir que o consumidor diferencie duas cooperativas médicas pertencentes ao Sistema Cooperativo UNIMED, pois perante o público apresentam-se como uma única empresa que disponibiliza serviços de assistência

médica e hospitalar, e fazem uso inclusive da mesma logomarca.” (Emb. Infringentes n. 2007.010081-3, Rel. Des. Fernando Carioni, DJ de 21.9.2007). (Ap. Cív. n. 2012.079011-3, de Blumenau, rel. Des. Carlos Prudêncio, j. 5.3.2013). (Apelação Cível n. 2013.011735-0, de Rio do Sul, j. 23.7.2015).

Na linha dos precedentes transcritos e considerando-se o escopo do art. 25, § 1º, do Código de Defesa do Consumidor, tem-se que na hipótese dos autos há solidariedade entre as rés, que funcionaram como elos na prestação de serviço. Isso porque ambas as rés participaram do processo que culminou, de um lado, na recomendação da utilização de prótese importada e, de outro na negativa de sua utilização. Aliás, a partir da análise do contrato e do documento de fl. 63, não é possível identificar qual das rés teria a discricionariedade para examinar o pedido e avaliar a necessidade da prótese especificada. Mais um motivo por que não se pode prejudicar o consumidor, submetendo-o à investigação dos meandros da relação contratual entre a Unimed Santa Catarina e a Unimed Florianópolis.

Reconhecida a responsabilidade solidária das rés, não há cogitar de violação aos artigos 3º e 267, VI do CPC/1973. Tampouco se compreende a arguição de ofensa ao 12 do CDC, já que não se está a tratar de compra de bem e sim de prestação de serviço.

2 Superada a preliminar, cumpre analisar-se o mérito, em que a sentença considerou ilegal a recusa administrativa ao procedimento com utilização da prótese indicada pelo médico. Segundo a apelante, não houve propriamente recusa, mas simplesmente oferecimento do serviço com a utilização de produto similar nacional, que atenderia perfeitamente à necessidade da paciente.

Nesse tocante, pontue-se inicialmente que, conforme se observa à fl. 60, o contrato de prestação de serviços foi firmado no ano de 2006, logo, sujeita-se às disposições da Lei n. 9.656/98, que, em seu art. 10,

admite a exclusão de cobertura para próteses e órteses apenas se (inciso II) utilizadas para cirurgias de finalidade estética) ou (inciso VII) não relacionadas com o ato cirúrgico.

Em comentário ao preceito, colhe-se da literatura:

A prótese tem a finalidade de substituição de partes do corpo humano, destruídas ou danificadas parcialmente em razão de doenças, de acidentes ou excisadas em atos cirúrgicos curativos. Figuram entre as próteses mais conhecidas as válvulas cardíacas, as placas e pinos para reparação ortopédica do esqueleto.

Órteses são aparelhos com a função complementar ou auxiliar de alguma função orgânica diagnosticada como deficitária. Entre as mais conhecidas figuram os marca-passos cardíacos.

Tanto as órteses como as próteses estão cobertas pelos planos de saúde, que compreenda coberturas hospitalar e de referência, desde que vinculadas a algum ato cirúrgico ou tratamentos que tenham finalidade curativa ou reparadora, excluída absolutamente a finalidade estética (BOTTESINI, Maury Ângelo, MACHADO, Mauro Conti. Lei dos Planos e Seguros de Saúde comentada artigo por artigo. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 73).

No caso em apreço, são fatos incontroversos a cobertura para procedimentos cirúrgicos e a cobertura para a prótese no procedimento cirúrgico realizado. Debate-se, entretanto, sobre a qualidade da prótese necessária.

Ora, a forma com que o procedimento cirúrgico deve ser realizado, por questões técnicas pertinentes – e que só podem ser devidamente avaliadas pelo médico competente, são prerrogativas inafastáveis do profissional de saúde que atende a usuária, conforme apregoa o Código de Ética Médica. Veja-se:

O médico não pode, em nenhuma circunstância ou sob nenhum pretexto, renunciar à sua liberdade profissional, nem permitir quaisquer restrições ou imposições que possam prejudicar a eficiência e a correção de seu

trabalho. (Código de Ética Médica (Res. CFM 1931/2009), Capítulo I, VIII)

Assim, tendo sido recomendado ao paciente o uso de prótese específica, a negativa administrativa teria substância se fosse pautada em recomendação médica, acusando a perfeita equivalência entre o produto similar, a fim de evidenciar a desnecessidade do uso da prótese indicada.

Em reexame da prova, observa-se que o autor trouxe declarações médicas que, em casos similares, ressaltaram a importância de utilização de prótese importada.

Assim, à fl. 70, consta declaração do Dr. Carlos Alberto Atherinos Pierri (traumatologista e ortopedista):

Declaro para os devidos fins, que a paciente Edevia Viana Ferreira apresenta artrose tricompartmental avançada do joelho, necessitando de artroplasia total. Foi solicitada uma prótese importada da marca Zimmer.

As próteses importadas possuem uma maior durabilidade devido à tecnologia de polimento de seus componentes (superfícies totalmente lisas que reduzem o atrito entre as partes, retardando o desgaste), fato que não ocorre nas nacionais. É bem sabido que os guias importados apresentam uma precisão maior, reduzindo as complicações operatórias. A necessidade de revisão de uma prótese implica em riscos aumentados para o paciente, dificuldade técnica elevada e, dependendo do caso, a utilização de enxerto ósseo de banco de tecidos. Desta forma, a utilização de uma prótese importada implica em benefícios consideráveis para o paciente.

É importante ressaltar que a escolha do material cirúrgico é um ato médico, e fica proibido a qualquer outro médico substituir ou modificar o que está determinado – artigo 81 capítulo VII – é vedado ao médico alterar a prescrição ou tratamento de paciente determinado por outro médico, mesmo quando investido em função de chefia ou de auditoria, salvo em situação de indiscutível conveniência para o paciente, devendo comunicar imediatamente o fato ao médico responsável.

Sendo assim, declaro que o uso da prótese importada se torna indispensável.

À fl. 72, consta declaração do médico Rodrigo Monari (cirurgião de quadril):

As próteses da indústria estrangeira apresentam uma qualidade de fabricação e de material infinitamente maior em relação à prótese nacional, por possuir superfície de contato cerâmica-cerâmica, não existindo material nacional compatível, melhor instrumental cirúrgico para o implante, evitando serem inadequadamente posicionados na pelve com risco de lesar estruturas importantes como nervos e veias adjacentes ao local a ser fixado a prótese. Além do que a durabilidade é em muito superior a qualquer prótese da indústria nacional o que evita cirurgias de revisões precoces, importantes para esta paciente devido a sua baixa faixa etária.

Às fls. 74 e seguintes, a autora apresenta relatório lavrado pelo médico Richard Prazeres Canella, ortopedista e traumatologista, que anotou:

Entendo a preocupação dos planos de saúde quanto aos maiores gastos com esses materiais mais caros, porém acredito que submetendo nossos pacientes a procedimentos cirúrgicos com implantes de melhor qualidade, aumentaremos a durabilidade da artroplastia e diminuiremos o número de revisões, indiretamente diminuindo os custos da empresa.

Para explicar os motivos das minhas solicitações serei objetivo. Mostrarei cinco casos de revisão de artroplastia total onde a causa da cirurgia estava diretamente relacionada com a má qualidade dos implantes ortopédicos de fabricação nacional utilizados na primeira cirurgia, esta realizada por outros colegas.

O relatório veio acompanhado de registros fotográficos e artigos científicos.

A ré, em sua contestação, redarguiu (fls. 176, 177):

Conforme irá demonstrar no decorrer da instrução processual, bem

como pela documentação que ora se requer a juntada, que existem vários materiais similares nacionais e devidamente registrados na ANVISA, logo não pode a operadora ser obrigada a custear material importado.

Note-se, Exa., que as cláusulas que excluem as próteses importadas, estão descritas nos termos do art. 54 do Código de Defesa do Consumidor, não ferindo em momento algum qualquer de seus dispositivos.

A requerida, entretanto, não apresentou qualquer prova técnica no sentido de reprovar a tese da autora, de que não haveria produto similar nacional que oferecesse o mesmo nível de segurança ao procedimento cirúrgico. Apenas apresentou cópia do contrato.

Em relação à excludente de produtos importados, registra o contrato, em sua cláusula nona (fl. 221), que não está coberto:

Fornecimento de medicamentos e materiais (inclusive próteses e órteses importados não nacionalizados, entendidos como aqueles não importados legalmente, segundo as exigências de normas técnicas e sanitárias vigentes, carentes de registro na ANVISA.

Ora, um produto importado ilegalmente e não registrado na ANVISA não está apto a uso em procedimento cirúrgico. Isso é tão certo quanto afirmar que a indústria de construção não pode utilizar insumos importados que não tenham sido admitidos pelo Inmetro.

A referida cláusula excludente, portanto, não afasta a cobertura de materiais importados em geral, mas apenas daqueles “não importados legalmente, segundo as exigências de normas técnicas e sanitárias”, vedação esta perfeitamente razoável. Não há nos autos, entretanto, evidência de que a prótese recomendada pelo médico seja de uso ilegal no país.

Veja-se que à fl. 172, a ré relata o cumprimento da decisão liminar, nos seguintes termos:

Requeriu fosse deferida a tutela antecipada, a fim de que as requeridas

fornecessem autorização para que se procedesse a cirurgia pleiteada, com a implantação de prótese total de joelho esquerdo cimentada, das marcas Johnson & Johnson ou Zimmer, o que pelo MM. Juiz foi deferido e devidamente cumprido pela requerida Unimed do Estado de Santa Catarina.

Ora, se a Unimed pôde dar cumprimento a esta decisão, então necessariamente é possível a importação da prótese em questão, o que, de seu turno, pressupõe o desembaraço aduaneiro, com aprovação pela Anvisa. Em tal contexto, afigura-se como tentativa fútil de ludibriar esse juízo, e costeia o limite da ampla defesa, beirando à má-fé processual, a arguição de que incidiria na espécie a excludente constante à cláusula nona do contrato.

No tocante à suposta viabilidade de utilização de produto similar, a ré não apresentou qualquer justificativa médica que desautorizasse a orientação dada à autora, e amparada na prova que acompanha a petição inicial.

Ante o exposto, não se vislumbra desacerto na sentença em relação ao reconhecimento de infringência contratual, seguindo-se, neste julgamento, a orientação desta Câmara em julgado recente:

UNIMED.PLANODEASSISTÊNCIAÀSAÚDE.PROCEDIMENTO DE COLOCAÇÃO DE PRÓTESE IMPORTADA. NEGATIVA DE COBERTURA. CLÁUSULAS QUE PREVÊM O TRATAMENTO DA MOLÉSTIA E, AO MESMO TEMPO, RESTRINGEM O USO DE PRÓTESES E ÓRTESES IMPORTADAS LIGADAS E NECESSÁRIAS AO ATO MÉDICO. CONTRADIÇÃO FLAGRANTE. APLICABILIDADE DA LEI Nº 8.078/1990. DÚVIDA RESOLVIDA EM FAVOR DO CONSUMIDOR. A prestadora de serviço de assistência a saúde não pode, num só tempo, garantir amplo e irrestrito atendimento médico, hospitalar, cirúrgico e ambulatorial, em especial na área da cirurgia ortopédica (quadril e joelho), e, de outro, restringir mencionado atendimento ao vetar o uso de próteses e órteses importadas indicadas como estritamente necessárias pelo médico. Trata-

se, pois, de grande contrassenso que retira do segurado o próprio direito de se ver ressarcido daquilo que está coberto contratualmente. Tais cláusulas, excludentes em sua própria natureza, jamais podem ser interpretadas em desfavor do consumidor. (Apelação Cível n. 2012.039551-1, da Capital, rel. Des. Gilberto Gomes de Oliveira, j. 15.5.2014).

3 Em relação aos honorários advocatícios, assiste razão à autora ao afirmar que foram fixados em valor diminuto.

Os honorários advocatícios devem ser fixados em atenção aos critérios estabelecidos no art. 20 do CPC/73. No caso em apreço, levando-se em consideração o grau de zelo do profissional, o lugar de prestação do serviço, a natureza e importância da causa e, notadamente, a complexidade do tema tratado e o tempo de tramitação do processo, tem-se que o trabalho realizado pelo advogado não foi condignamente remunerado pelos honorários arbitrados na origem. Nesse passo, acolhe-se o recurso adesivo para majorá-los ao equivalente a 20% sobre o valor atualizado da causa.

4 Por todo o exposto, conhece-se dos recursos, nega-se provimento às apelações interpostas pelas rés e dá-se provimento ao recurso adesivo.

É o voto.

TERCEIRA CÂMARA DE DIREITO CIVIL

Agravo de Instrumento n. 0020126-72.2016.8.24.0000

Relator: Desembargador Marcus Túlio Sartorato

AGRAVO DE INSTRUMENTO. DIREITO DE FAMÍLIA. AÇÃO DE GUARDA CUMULADA COM ALIMENTOS E REGULAMENTAÇÃO DO DIREITO DE VISITAS AJUIZADA PELO GENITOR EM FACE DA GENITORA REFERENTE À FILHA MENOR DO CASAL DE 2 (DOIS) ANOS DE IDADE. TUTELA ANTECIPADA DEFERIDA EM DATA DE 20.01.2016 PARA CONCEDER A GUARDA UNILATERAL AO GENITOR. DECISÃO QUE NÃO SE PRONUNCIOU ACERCA DO DIREITO DE VISITAS E ALIMENTOS SUGERIDOS NA EXORDIAL DA REFERIDA AÇÃO. RECURSO DA GENITORA VISANDO A GUARDA COMPARTILHADA. FATOS PERPETRADOS PELA GENITORA REVELADOS PELA PROVA DOCUMENTAL (BOLETINS DE OCORRÊNCIA, DEPOIMENTOS PRESTADOS PERANTE A AUTORIDADE POLICIAL, INTERROGATÓRIO CONFESSO DA GENITORA E LAUDO PERICIAL) QUE NUM EXAME SUPERFICIAL DENOTAM INSTABILIDADE EMOCIONAL, AO COLOCAR MEDICAMENTO CONTENDO SUBSTÂNCIA QUÍMICA NA COMIDA DO GENITOR E DOS FAMILIARES DESTE QUE SE FAZIAM PRESENTES NO AMBIENTE COMEMORANDO O ANIVERSÁRIO DE OUTRA FILHA, COLOCANDO EM RISCO A SAÚDE DE TODOS, INCLUSIVE DA FILHA MENOR DO CASAL QUE TAMBÉM ALI SE ENCONTRAVA. TUTELA RECURSAL INDEFERIDA NESTE GRAU DE JURISDIÇÃO. RECOMENDÁVEL E PRUDENTE NESTE MOMENTO PROCESSUAL A MANUTENÇÃO DA DECISÃO RECORRIDA. INEXISTÊNCIA DE PROVAS CLARAS, CONSISTENTES E SEGURAS ACERCA DAS POSSIBILIDADES DO EXERCÍCIO DE GUARDA COMPARTILHADA POR PARTE DA GENITORA. PREVALÊNCIA NO CASO DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA PRIORIDADE ABSOLUTA E

PROTEÇÃO INTEGRAL DA INFANTE. INTELIGÊNCIA DO ART. 227 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, ART. 3º DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE E ARTS. 1.583 E 1.584, AMBOS DO CÓDIGO CIVIL. INTERLOCUTÓRIO MANTIDO. RECURSO DESPROVIDO.

A simples possibilidade de qualquer integrante da família, criança ou adolescente, vivenciar uma situação de risco é motivo suficiente para que o Estado-Juiz, pronta e energeticamente, atue em homenagem aos princípios constitucionais da prioridade absoluta e da proteção integral, insculpidos na Carta Magna de 1988 (art. 227), afaste o suposto agressor e decida, ainda que provisoriamente, acerca da guarda.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento n. 0020126-72.2016.8.24.0000, da comarca de São José 1ª Vara da Família em que é Agravante R. V. e Agravado(s) E. R. da S.

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 o Exmo. Sr. Des. Gerson Cherem II.

Florianópolis, 6 de dezembro de 2016.

Desembargador Marcus Túlio Sartorato
Relator

RELATÓRIO

R. V. interpôs agravo de instrumento contra a decisão do juizado da 1ª Vara da Família da comarca de São José-SC, que deferiu a antecipação de tutela para conceder ao agravado a guarda unilateral da criança e filha comum L. V. da S., de dois (2) anos de idade, aduzindo em seu prol o seguinte:

Ocorre que não satisfeito em apenas ver a união estável ser desfeita, busca o ora agravado trazer empecilhos no que diz respeito ao bom relacionamento entre mãe e filha.

Buscou o ora agravado induzir o juízo *a quo* a alinhar-se aos seus argumentos utilizando-se de fato isolado patrocinado pela agravante, onde esta teria colocado medicação voltada ao sono no alimento do agravado, mas, ao invés de somente este ingeri-los, outras pessoas da família dele também o fizeram, vindo com isso a sentir os efeitos da medicação, contudo, sem terem sofrido qualquer risco à vida. É o que se verifica do documento acostado à página 48.

Excelências, os fatos narrados supra resultaram na instauração de Termo Circunstanciado que tramita junto ao Juizado Especial Criminal da Comarca de São José sob o nº 0006403.22.2015.8.24.0064, sendo que no corpo deste encontram-se laudos periciais preliminares e complementares que atestam não ter havido qualquer risco à vida das pessoas envolvidas, logo, impossível atribuir-se culpa a ora agravante sob tais fatos, até mesmo porque pendente de Manifestação Ministerial, mormente da aceitação desta pelo juiz da causa.

Frise-se, neste momento, que os alimentos periciados não foram ingeridos pela criança, posto que até incompatíveis com sua idade.

[...]

Eis, então, que mesmo perante ínfimo e frágil corpo probatório, e na contramão do que preconiza o direito de família, onde os laços entre os genitores e seus filhos devem ser preservados, o contato deveras fundamental da menor com sua genitora para o bom desenvolvimento da infante, mormente no sentido dos laços afetivos que deve existir, hodiernamente estão mitigados por força da r. Decisão ora combatida que tão somente serve de chantagem em desfavor da agravante com relação a sua filha.

A inicial veio instruída com os documentos de fls. 14/176.

Com fundamento em tais alegações, postulou a reforma da decisão hostilizada, por estarem presentes o *fumus boni iuris* e o *periculum in*

mora em relação à agravante, para conceder-lhe a antecipação recursal dos efeitos da tutela, com vista à prevalência na hipótese da regra atinente à guarda compartilhada.

Nesta instância, o Desembargador Rodolfo C. R. S. Tridapalli, relator originário, através do despacho de fls. 293/296, deferiu o pedido de justiça gratuita formulado pela agravante e indeferiu o pedido de concessão da antecipação dos efeitos da tutela recursal.

A douta Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer de lavra do Exmo. Sr. Dr. Vânio Martins de Faria, manifestou-se pelo desprovimento do recurso.

VOTO

Trata-se de recurso de Agravo de Instrumento interposto por R. V., demonstrando seu inconformismo com a decisão interlocutória que, nos autos da Ação de Guarda n. 006909-67.2015.8.24.0064, aforada por E. R. da S., deferiu liminarmente o pedido de antecipação dos efeitos da tutela, a fim de conceder a guarda unilateral da filha L. V. da S., menor impúbere de dois (2) anos de idade.

Alega em seu pro, que a concessão da guarda unilateral da filha ao agravado vai dificultar sobremaneira o seu contato com a criança, a qual sempre esteve sob os seus cuidados.

Aduz que o motivo em que o juizado *a quo* se sustentou para decidir nesse sentido, qual seja, que teria a intenção de cometer ato contra a vida do agravado e de sua família, não condiz com a realidade, tanto que desacompanhado de provas.

De consequência, requer a reforma da decisão objurgada para determinar a guarda compartilhada da criança L. V. da S.

Para o deslinde deste feito, neste momento processual, se faz

importante lembrar o que preceitua o art. 227 da Constituição Federal, *in verbis*:

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão (grifou-se).

No mesmo sentido, o Estatuto da Criança e do Adolescente, por seu turno e com outras palavras, igualmente dispôs:

Art. 4º. É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público, assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e a convivência familiar e comunitária (grifou-se).

Logo, qualquer iniciativa tocante a crianças e adolescentes que vise criar obstáculos à convivência familiar deve, não só ser prontamente repudiada, mas combatida e rechaçada. É que, na expressão “convivência familiar” estão incluídos, dentre outros, os genitores, e ambos têm o dever de criar, educar e assistir os filhos menores, consoante a dicção do art. 229 da Carta Magna de 1988, conjuntamente ou separadamente e até mesmo através da guarda compartilhada de tais criaturas, introduzida que foi, no nosso ordenamento jurídico pela Lei n. 11.698, de 13 de junho de 2008 e alterada pelos arts. 1.583 e 1584 do Código Civil de 2002.

Portanto, como verdadeiros sujeitos de direito, expressamente reconhecidos na nossa Carta Magna de 1988, crianças e adolescentes, com prioridade absoluta, devem merecer Proteção Integral, o que acontece efetivamente, se conviverem diuturnamente com seus familiares, onde receberão todos os estímulos e informações necessárias ao seu desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social.

É que, para tanto, não se pode desconsiderar que crianças e adolescentes passaram a ser considerados como pessoas em desenvolvimento pelo legislador ordinário, consoante se infere do art. 6º do Estatuto da Criança e do Adolescente, *in verbis*:

Art. 6º. Na interpretação desta Lei levar-se-ão em conta os fins sociais a que ela se dirige, as exigências do bem comum, os direitos e deveres individuais e coletivos e a condição peculiar da criança e do adolescente como pessoas em desenvolvimento (grifou-se).

No caso em exame, constata-se que a pretensão do agravado era efetivamente de ser acolhida, mesmo porque, inexistente nesta fase inicial qualquer adinício de prova que convença o julgador acerca de aspectos comportamentais do genitor, relativamente à filha do casal litigante, que possam comprometer o seu “desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social”, consoante a dicção do art. 3º do Estatuto da Criança e do Adolescente, que assim dispõe:

Art. 3º. A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade.

Na hipótese sob análise, o que se percebe, é que embora ambos os genitores se preocupem com a filha L. V. da S., predispondo-se a deter a respectiva guarda, a prova documental que instrui a referida ação de guarda, tais como boletins de ocorrência, depoimentos prestados perante a autoridade policial, interrogatório confesso da genitora (fl. 66) e laudo pericial nº 9200.15.07375 (fls. 80/169), revela à primeira vista, que a genitora, ora agravante, ainda que momentaneamente, passou por uma instabilidade emocional, ao inadvertidamente colocar medicação contendo substância química na comida do genitor e de seus familiares, por ocasião do encontro festivo (aniversário de outra filha do agravado,

oriunda de outra relação) no dia 5 de julho de 2015, atitude esta, ainda, não devidamente esclarecida nos autos.

Logo, não se tendo certeza acerca da cessação desta aparente instabilidade emocional e a que ponto, possa ela comprometer do exercício do Poder Familiar, a prudência recomenda em homenagem ao princípio constitucional da Proteção Integral que deve nortear todas as decisões judiciais sobre crianças e adolescentes (*vide* art. 227 da CF e art. 3º do ECA), que se aguarde a instrução probatória nos autos principais, inclusive com realização de exames e acompanhamentos (art. 1.584, § 3º do Código Civil de 2002) que possam trazer maiores e melhores luzes a respeito desse quadro, para acolhimento ou não da pretendida guarda compartilhada.

Penso, portanto, neste momento processual, que as peculiaridades do caso concreto inviabilizam a guarda compartilhada pretendida pela genitora.

Evidentemente, ainda que se trate, como foi alegado nas razões de recurso, de um “fato isolado” perpetrado pela ré, ora agravante, recomendava uma pronta atuação, ainda que enérgica, do juizado *a quo*, ante a simples possibilidade da infante L. V. da S. vivenciar uma situação de risco.

Logo, diante deste contexto, nenhum reparo merece a decisão recorrida, não impedindo que o juizado *a quo*, diante de outras e melhores provas, possa rever a sua decisão, para conceder, quiçá, a almejada guarda compartilhada e inclusive, pois, sobre a sugerida regulamentação do direito de visitas e alimentos, verificado na inicial da ação de guarda.

Ante o exposto, vota-se pelo desprovimento do recurso.

Apelação n. 0002834-38.2014.8.24.0067, de São Miguel do Oeste

Relator: Des. Fernando Carioni

APELAÇÃO CÍVEL. IMPUGNAÇÃO AO CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. DECISÃO EXECUTADA. DESPESAS PROCESSUAIS. PRINCÍPIO DA SUCUMBÊNCIA. CONDENAÇÃO QUE ABARCA TODAS AS CUSTAS COM ATOS PROCESSUAIS. EXEGESE DO ART. 20, *CAPUT*, § 1º E 2º DO CÓDIGO DE RITOS/1973. OBRIGAÇÃO DE RESSARCIMENTO. SENTENÇA MANTIDA. RECURSO DESPROVIDO.

Pelo princípio da sucumbência, a parte vencida na causa é responsável por ressarcir o vencedor de todos os gastos feitos no processo, inclusive com as custas iniciais e o valor do preparo de eventual agravo de instrumento manejado no curso da lide.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação n. 0002834-38.2014.8.24.0067, da comarca de São Miguel do Oeste (1ª Vara Cível), em que é Apelante Bradesco Auto/RE Companhia de Seguros, e Apelado Adenir Antonio Pandolfo:

A Terceira Câmara de Direito Civil decidiu, por votação unânime, negar provimento ao recurso. Custas legais.

Participaram do julgamento, realizado no dia 11 de outubro de 2016, os Exmos. Srs. Des. Marcus Túlio Sartorato e Maria do Rocio Luz Santa Ritta.

Florianópolis, 14 de outubro de 2016.

Fernando Carioni
PRESIDENTE E RELATOR

RELATÓRIO

Trata-se da Impugnação ao Cumprimento de Sentença n. 0002834-

38.2014.8.24.0067 oposta por Bradesco Auto/Re Cia. de Seguros S.A. contra Adenir Antonio Pandolfo, na qual sustentou haver excesso de execução, uma vez que o impugnado, ao efetuar o cálculo da condenação, acrescentou sobre o valor total aquele pago a título de custas iniciais e do preparo recursal para a interposição de um agravo de instrumento.

Defendeu que as custas reembolsáveis se restringem unicamente às despesas processuais legais aplicadas ou necessárias ao deslinde do feito, o que excluiu o valor referente à interposição de recurso, além de o impugnado ter vencido parcialmente a demanda, de modo que as custas devem ser rateadas.

Destacou que o valor dos honorários sucumbenciais deve ser calculado unicamente sobre o valor corrigido, acrescido de juros da condenação, e não sobre o montante que o impugnado acha devido.

Argumentou não ser devida a incidência da multa prevista no art. 475-J do CPC, pois o juízo encontra-se devidamente garantido pelo depósito judicial do valor executado.

Requeru, diante disso, o acolhimento da impugnação.

O impugnado apresentou contestação, em que alegou não haver excesso de execução, pois os cálculos foram atualizados até 19 de novembro de 2013 e contemplaram os valores das despesas processuais antecipadas, que, na condição de sucumbente, o impugnante deverá ressarcir ao vencedor.

Sustentou que os honorários advocatícios foram arbitrados em 10% (dez por cento) sobre o valor da condenação, o que abrange todos os valores, inclusive as despesas processuais.

Pugnou, ao final, pelo inacolhimento da impugnação.

Conclusos os autos, o MM. Juiz de Direito da 1ª Vara Cível da comarca de São Miguel do Oeste, Dr. Crystian Krautchychyn, proferiu sentença nos seguintes termos:

ANTE O EXPOSTO, acolho parcialmente a presente impugnação, para determinar que os honorários de sucumbência sejam calculados apenas sobre o valor da condenação, atualizado, sem inclusão no cômputo das demais despesas.

Condeno a impugnante ao pagamento de 80% das custas e despesas processuais, e a impugnada nos 20% restantes e em honorários de advogado, estes fixados em 20% sobre a quantia reduzida por esta impugnação, já que “Não são cabíveis honorários advocatícios pela rejeição da impugnação ao cumprimento de sentença. Apenas no caso de acolhimento da impugnação, ainda que parcial, serão arbitrados honorários em benefício do executado, com base no art. 20, § 4º, do CPC” (STJ, REsp n. 1.134.186/RS, rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. em 1º-8-2011, DJe 21-10-2011).

Com a preclusão, traslade-se cópia para a execução, desapensem-se e arquivem-se.

Na execução, expeça-se alvará para liberação do valor referente ao cálculo de fl. 31-v (que deverá ser novamente atualizado e acrescido da multa de 10%) em favor da parte credora, devolvendo-se o excedente que estiver em conta única em favor da depositante.

Após, intime-se a parte credora para se manifestar sobre o adimplemento do débito no prazo de dez dias, pena de presumir-se a quitação e ser extinta a execução.

Pelo impugnado foi interposto recurso de apelação, no qual alegou que compete à parte prover as despesas dos atos que realiza no processo.

Sustentou não ter dado causa à ação, uma vez que não houve pedido administrativo para o pagamento de eventual indenização, de modo que não pode ser condenado no pagamento das custas processuais.

Frisou que deve ser responsável pelo pagamento das despesas concernentes à movimentação do Judiciário aquele que deu causa a sua procura.

Clamou, diante disso, pelo provimento do recurso.

Sem as contrarrazões, os autos foram remetidos a este Tribunal.

Este é o relatório.

VOTO

A presente insurgência tem por desiderato a reforma da sentença que acolheu parcialmente a impugnação ao cumprimento de sentença.

Retira-se dos autos que o impugnado ingressou com ação de cobrança de indenização do seguro obrigatório DPVAT em face da impugnante, em que pleiteou a indenização securitária em virtude de acidente de trânsito sofrido, que lhe resultou em incapacidade permanente.

O pedido foi julgado procedente, constando no dispositivo da sentença:

Ante o exposto, com base no art. 269, I, do CPC, JULGO PROCEDENTE o pedido inicial e, como consequência:

CONDENO Bradesco Auto/RE Cia. de Seguros ao pagamento da quantia de quarenta salários mínimos vigentes à época do sinistro, acrescida de correção monetária pelo INPC, a contar da data da propositura da ação (11/12/2009) e juros de mora de 1% ao mês, a contar da citação.

CONDENO a parte ré ao pagamento das despesas processuais, além de honorários advocatícios no percentual de 10% sobre o valor da condenação (art. 20, § 3º do CPC). (fl. 249 dos autos em apenso).

Inconformadas, as partes interpuseram apelação cível, cujo acórdão foi proferido nos seguintes termos:

Portanto, frente a tais considerações, conheço dos recursos interpostos para: a) dar parcial provimento ao apelo da seguradora, determinando-se o pagamento da indenização referente ao seguro obrigatório DPVAT consoante graduação da invalidez sofrida pelo segurado no importe de R\$ 6.510,00 (seis mil, quinhentos e dez reais); b) alterar, de ofício, o dies *a quo* da correção monetária para iniciar a partir da data da ciência pelo autor de sua invalidez (25-5-2009); c) negar provimento ao apelo interposto pelo autor; (fls. 350-351 dos autos em apenso).

Certificado o trânsito em julgado da decisão (fl. 353 dos autos em apenso), foi requerido o cumprimento da sentença pelo vencedor da demanda, tendo apresentado planilha com os valores da indenização, das custas iniciais, das custas com a interposição de agravo de instrumento e dos honorários sucumbenciais.

Não obstante, pelo vencido foi apresentada impugnação, por entender, entre outras questões, que o valor referente às custas iniciais e às custas com a interposição do agravo de instrumento na fase de conhecimento não são reembolsáveis e devem ser arcadas por quem realizou o ato no processo. Contudo, o Magistrado singular entendeu que “As despesas com o preparo e protocolo do agravo e com as custas iniciais são devidas pela impugnante, vez que deu causa à propositura da ação principal e sua remessa ao Juizado Especial para a Justiça Comum e, com a condenação em indenização, que deve ser a mais abrangente possível, surge também o dever da demandada em arcar com as despesas surgidas por conta do processo.” (fl. 32)

Em vista disso, o impugnante interpôs o presente recurso, objetivando a reforma da sentença, sob os argumentos de que não deu causa à ação e que o pagamento das despesas dos atos processuais deve ser suportado por quem os realiza.

Com efeito, vige no processo civil o princípio da sucumbência, identificado nos arts. 20 e 21 do CPC/1973, vigente à época da prolação da sentença da ação de cobrança, que condenou o apelante no pagamento dos honorários advocatícios e das despesas processuais. Vejamos:

Art. 20. 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. [...]

Art. 21. [...] Parágrafo único. Se um litigante decair de parte mínima do pedido, o outro responderá, por inteiro, pelas despesas e honorários.

Acerca do tema, Humberto Theodoro Júnior esclarece:

Qualquer que seja a natureza principal da sentença – condenatória, declaratória ou constitutiva –, conterà sempre uma parcela de condenação, como efeito obrigatório da sucumbência. Nessa parte, formará, portanto, um título executivo em favor do que ganhou a causa (autor ou réu, pouco importa).

Adotou o Código, assim, o princípio da sucumbência, que consiste em atribuir à parte vencida na causa a responsabilidade por todos os gastos do processo.

Assenta-se ele na ideia fundamental de que o processo não deve redundar em prejuízo da parte que tenha razão. Por isso mesmo, a responsabilidade financeira decorrente da sucumbência *é objetiva* e prescinde de qualquer culpa do litigante derrotado no pleito judiciário. Para sua incidência basta, portanto, o resultado negativo da solução da causa, em relação à parte. (*Curso de Direito Processual Civil – Teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento*. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 114 – destaquei).

Desse modo, a regra da sucumbência somente será preterida em benefício do princípio da causalidade quando se revelar insatisfatória à distribuição da responsabilidade pelo pagamento das despesas do processo, o que não se vislumbra no caso.

Na situação em exame, verifica-se que a sentença reconheceu a sucumbência mínima do impugnado e, embora a decisão tenha sido parcialmente modificada em segundo grau de jurisdição, não houve alteração da distribuição dos ônus de sucumbência, tampouco interposição de recurso da parte questionando esse ponto.

Logo, transitou em julgado a decisão que reconheceu a sucumbência mínima do ora impugnado e que atribuiu a responsabilidade integral pelo pagamento das custas processuais e dos honorários advocatícios ao impugnante, porque vencido na lide.

Portanto, incontestado o dever do apelante de suportar integralmente os ônus de sucumbência.

No que tange ao conceito de despesas processuais, o art. 20, § 2º, do CPC/1973 estabelece que “As despesas abrangem não só as custas dos atos do processo, como também a indenização de viagem, diária de testemunha e remuneração do assistente técnico.”

Sabe-se que essa “enumeração é exemplificativa, pois por despesas processuais devem ser entendidos todos os gastos empreendidos para que o processo pudesse cumprir sua função social.” (NERY JUNIOR, Nelson e NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil* comentado e legislação extravagante. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 274).

Como se observa, as despesas processuais devem ser entendidas de forma ampla, e não restritiva, como pretende o recorrente. Abarcam, assim, todos os gastos com a prática de atos processuais, entre os quais se inserem as custas iniciais e aquelas com a interposição de recursos, sobretudo porque inexistente na legislação processual qualquer exclusão nesse sentido.

Na mesma seara, o parágrafo 1º do art. 20 determina que “O juiz, ao decidir qualquer incidente ou recurso, condenará nas despesas o vencido.”

Assim, uma vez que o agravo de instrumento interposto pelo impugnado, a cujas custas processuais o impugnante se refere, foi provido, ou seja, resultou em sua derrota, compete a ele suportar, também, as despesas relacionadas a esse ato do processo.

Diante disso, deve o apelante ressarcir o vencedor da lide nas custas iniciais e com preparo recursal, haja vista ser inconteste a sua sucumbência, na forma como determina a legislação processual.

À vista do exposto, nega-se provimento ao recurso para manter inalterada a sentença.

Este é o voto.

Apelação n. 0300590-57.2014.8.24.0069, de Sombrio

Relatora: Desembargadora Maria do Rocio Luz Santa Ritta

AÇÃO DE MODIFICAÇÃO DE GUARDA C/C SUPRIMENTO DE CONSENTIMENTO PATERNO. VIAGEM AO EXTERIOR COM MUDANÇA DEFINITIVA DE DOMICÍLIO DO INFANTE, DE 11 ANOS DE IDADE, A FIM DE QUE RESIDA NA COMPANHIA DA MÃE, NA INGLATERRA. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA. INTERPOSIÇÃO DE RECURSO PELO GENITOR, POR PURO INCONFORMISMO DE O MENINO IR RESIDIR COM A GENITORA NO PAÍS ESTRANGEIRO. INSTRUÇÃO PROBATÓRIA QUE REVELA QUE OS LAÇOS AFETIVOS EXISTENTES ENTRE MÃE E FILHO SUPERAM A DISTÂNCIA FÍSICA DIÁRIA. INFANTE QUE SEMPRE ESTEVE SOB OS CUIDADOS DELA E, APÓS A SUA MODIFICAÇÃO DE DOMICÍLIO, OCORRIDA EM 2010, PASSOU À GUARDA DA AVÓ MATERNA. VÍNCULO COM O GENITOR QUE, EMBORA TERNO, SE CONCENTRA NAS VISITAS QUINZENAIS. AUSÊNCIA DE PARTICIPAÇÃO DO PAI NO COTIDIANO DO FILHO. GARANTIDA, DE OUTRA PARTE, A ESTADIA PERIÓDICA COM O PAI DURANTE PARTE DAS FÉRIAS ESCOLARES. COMUNICAÇÃO QUE TAMBÉM PODERÁ OCORRER ATRAVÉS DA INTERNET, COMO ACONTECEU COM A MÃE NOS ÚLTIMOS 6 ANOS. SOLUÇÃO QUE MAIS SE ADEQUA AO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA. AMBIENTE QUE SERÁ PROPÍCIO AO SEU DESENVOLVIMENTO, INCLUSIVE COM NOVAS OPORTUNIDADES DE APRENDIZADO. ACERTADA A DECISÃO QUE ACOLHEU O PEDIDO DE MODIFICAÇÃO DE GUARDA E PERMITIU A VIAGEM SEM O CONSENTIMENTO PATERNO. LIMITAÇÃO DA AUTORIZAÇÃO, TODAVIA, AO PRAZO DE 2 ANOS, NOS TERMOS DO ART. 83, § 2.º, DO ECA. RECURSO DESPROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação n. 0300590-57.2014.8.24.0069, da comarca de Sombrio (2ª Vara) em que é Apelante D. P. C. e são Apeladas M. E. de O. C. e outra:

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. Marcus Túlio Sartorato, com voto, e dele participou o Exmo. Sr. Des. Gilberto Gomes de Oliveira.

Florianópolis, 6 de setembro de 2016.

Desembargadora Maria do Rocio Luz Santa Ritta
RELATORA

RELATÓRIO

J. de O. C. e M. E. de O. C., mãe e avó da criança G. C. C., atualmente com 11 (onze) anos de idade, ajuizaram *ação de modificação de guarda consensual, com pedido de suprimimento de consentimento paterno* em desfavor de D. P. C., genitor do menino.

Destacaram que a guarda de G. foi exercida pela genitora desde o nascimento do filho até o ano de 2010, quando ela se mudou para a Itália a fim de obter dupla cidadania e, posteriormente, para Londres, onde residia seu irmão, com o fito de alcançar melhores oportunidades de trabalho para si e, no futuro, melhores condições de vida para a prole, permanecendo a criança com a avó materna.

Nesse passo, asseveraram que atualmente J. se encontra estabilizada na Inglaterra e que gostaria de retomar a guarda do filho, mas que, no entanto, o demandado não concorda com a mudança e vem dificultando todos os tipos de contato extrajudicial, motivando, também por isso, o ajuizamento da presente ação.

Pugnaram, portanto, pela modificação da guarda em favor da genitora e, ainda, a autorização judicial para que G. C. C. possa residir com ela no exterior, obedecidos os melhores interesses da criança,

comprometendo-se a mãe em assumir as despesas para que o menor de idade visite o genitor anualmente durante as férias escolares.

Citado, D. P. C. ofereceu contestação na qual impugnou os termos da inicial, argumentando que a migração, na forma em que pretendida pelas requerentes, não beneficiará o filho, uma vez que terá formação insuficiente para as necessidades de seu país de origem e acabará se tornando, como sua mãe, mão de obra barata no estrangeiro (fls. 111-119).

Transladada para estes autos a prova realizada na ação de modificação de guarda n. 0600275-53.2014.8.24.0069 (fls. 167-170) – ajuizada pelo genitor em desfavor da avó materna e julgada prejudicada nos termos do art. 485, inc. VI, do CPC – e realizada audiência de instrução e julgamento (fl. 175), as partes apresentaram suas alegações finais (fls. 179-183 e 203-208), o Ministério Público se manifestou pelo acolhimento das pretensões iniciais (fls. 209-213) e a demanda foi julgada procedente, nos seguintes termos:

Diante do exposto, com fulcro no art. 487, I, do Código de Processo Civil, julgo procedente o pedido formulado pela parte autora e, em consequência: a) concedo à requerente J. de O. C. a guarda definitiva do infante G. C. C.; b) concedo autorização para que a genitora viaje com o filho para o exterior, independente do consentimento paterno.

Condeno o réu ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, estes que arbitro em 15% do valor da causa, observados os pressupostos do § 2.º do art. 85 do Código de Processo Civil. Suspensa a exigibilidade de tais verbas, porquanto defiro ao requerido o benefício da gratuidade judiciária.

Publique-se. Registre-se. Intime-se (fls. 220-223).

Inconformado, D. P. C. interpôs recurso de apelação, no qual alega, em suma, que: a) a guarda do filho menor de idade G. C. C. deve recair, preferencialmente, aos cuidados do genitor, uma vez que a mãe abandonou

o menino para viver no exterior; b) a alteração de país de residência acarretará enorme lacuna na formação básica do infante, que além de atrasar seu desenvolvimento escolar, não poderá aproveitar o conteúdo ministrado nas escolas inglesas na prova do ENEM ou em vestibulares de faculdades brasileiras; c) a qualidade de imigrante importará, para G., na sua transformação em mão de obra barata, exatamente como aconteceu com a genitora apelada; d) a prova contida nos autos aponta para a ausência de estabilidade necessária da mãe no estrangeiro, uma vez que os documentos por ela juntados são confusos e não permitem corroborar as suas alegações iniciais; e) faz-se necessária, antes do deferimento de alteração de guarda, a realização de estudo social na residência da genitora em terras estrangeiras; f) o pai sempre participou na criação e educação do filho; g) não tem recursos para adquirir os equipamentos necessários a fim de manter a comunicação com o filho acaso ele resida no exterior; h) a modificação de guarda e a autorização para que o filho passe a residir com a mãe em país estrangeiro se chocam com os melhores interesses de G. (fls. 226-234).

Apresentadas contrarrazões (fls. 238-253), a Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer da lavra do Exmo. Dr. Mário Gemin, manifestou-se pelo desprovimento do reclamo, sugerindo apenas que seja estabelecido o prazo de 02 (dois) anos para autorização de permanência de G. em outro país sem o consentimento paterno, conforme imposição do § 2.º do art. 83 do Estatuto da Criança e do Adolescente, podendo ser prorrogável mediante nova pronúncia judicial (fls. 258-262).

Após, vieram os autos conclusos.

VOTO

A insurgência dirigida a esta Segunda Instância cinge-se em perquirir se a modificação da guarda do infante G. C. C., atualmente com 11 (onze) anos de idade (fl. 32), em favor da sua genitora, J. de O. C., residente em Londres, na Inglaterra, atende, ou não, os melhores interesses de G.

Pois bem.

Lenita Pacheco Lemos Duarte, ao discorrer acerca da primazia pelo melhor interesse da criança, aponta que, na hipótese de disputa acerca da guarda de filho menor de idade, deve ser observado, sobretudo, o aspecto afetivo em relação a cada um dos genitores. Extraio, a propósito, de seus ensinamentos:

De acordo com o novo Código Civil e o Estatuto da Criança e do Adolescente, o princípio do “melhor interesse da criança” deverá ser priorizado em diversas situações, por exemplo, nas questões de atribuição da guarda. As sentenças jurídicas relativas a esse princípio podem ser as mais diversas possíveis, dependendo do profissional que o interprete, pois ele pode priorizar o aspecto material ou afetivo. Como já foi descrito, **atualmente está havendo um consenso por parte de alguns juristas de valorizar não só a questão dos bens patrimoniais, mas principalmente o amor e a afetividade entre pais e filhos**, assim como a afinidade da criança com outras pessoas que pleiteiam a sua guarda na impossibilidade de os pais biológicos poderem exercê-la.

De acordo com os ensinamentos da promotora Patrícia Pimentel Ramos (2005), o princípio da afetividade, que vem orientando a interpretação dos múltiplos aspectos da regulamentação jurídica da vida familiar, é consequência do **reconhecimento do direito à felicidade individual, do princípio da dignidade da pessoa humana e a afirmação dos direitos fundamentais da criança**. No que diz respeito às diversas formas de entidade familiar, Patrícia Ramos diz que deve haver a proteção da família e a preservação da dignidade da pessoa humana em cada um de seus membros, ressaltando que o divórcio não pode ter o sentido de penalizar ou significar um fardo insuportável de ser vivenciado, considerando a sua legitimidade e legalidade. Prosseguindo nesta linha de pensamento, ela afirma:

“A criança e o adolescente, qualquer que seja a forma da família em que estejam inseridos, não de sentir-se protegidos, confortados, respeitados, gozando de todos os seus direitos fundamentais. **Não podem ser tratados como objeto de disputa por mero capricho, de pais ou familiares,**

nem estarem vivenciando, continuamente, e sem perspectiva de fim, eternos conflitos entre os pais (...) a separação dos pais não pode significar para a criança uma restrição ao seu direito de convivência familiar nem à sua integridade biopsíquica, cabendo ao Estado criar mecanismos de harmonização da família em conflito” (2005:19) (*in A guarda dos filhos na família em litígio: uma interlocução da Psicanálise com o Direito*. 4.^a ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 88-89) – grifei.

Na hipótese enfocada, conforme consignei no relatório deste voto, J. de O. C. e M. E. de O. C., genitora e avó materna de G., respectivamente, ajuizaram a presente ação a fim de modificar a guarda do infante para que ela passe a ser exercida exclusivamente pela mãe, residente na Inglaterra.

Anoto, a esse respeito, que a guarda de G. foi desempenhada pela genitora desde o seu nascimento até o final de 2010, quando passou aos cuidados exclusivos da avó materna, uma vez que a mãe se mudou para a Itália para adquirir nacionalidade daquele país e, posteriormente, para a Inglaterra, a fim de alcançar melhores oportunidades de trabalho.

E muito embora com isso o convívio físico diário entre mãe e filho tenha se rompido, a prova produzida ao longo da instrução processual desta ação e daquela ajuizada pelo genitor (autuada sob o n. 0600275-53.2014.8.24.0069) dá conta de que os laços afetivos entre eles permaneceram fortes e intensos, sobrepondo-se, inclusive, àqueles existentes entre o filho e o genitor, pelo que a sentença recorrida não está a merecer reparos.

Nesse sentido o estudo social realizado nos autos da ação n. 0600275-53.2014.8.24.0069 constatou que G. conversa diariamente com a genitora através das redes sociais, e que é ela, inclusive, que arca com quase todas as despesas mensais do infante, à exceção da pensão alimentícia paga pelo genitor, com o objetivo de a avó não precisar de um emprego e dedicar-se integralmente às necessidades do neto.

Essas observações são também corroboradas pelos depoimentos prestados em juízo. Veja-se:

F. S. de A. M., vizinha da avó materna, afirmou que J. arca com a maior parte dos gastos de G. enviando dinheiro do exterior (mídia audiovisual de fl. 170 – 04'00"). Disse saber que mãe e filho conversam todos os dias pela internet, e que a genitora inclusive auxilia o adolescente com seus deveres escolares (05'30").

R. de O. de M., conhecida da família das apeladas, declarou ter ciência de que, mesmo distante, a genitora se faz presente no cotidiano do filho, inclusive tendo adquirido equipamentos de informática para que ambos pudessem manter o contato jornalero (mídia audiovisual de fl. 170 – 03'30").

No mais, o próprio infante, quando ouvido pelo Magistrado condutor da causa, além de confirmar que conversa com a mãe pelo aplicativo de internet *Skype* quase todos os dias e que ela o ajuda nos deveres de casa (mídia audiovisual de fl. 170 – 07'00"), manifestou, de forma reiterada, o seu desejo de residir com ela na Inglaterra (mídia audiovisual de fl. 170 – 04'30" e mídia audiovisual de fl. 173 – 04'00").

E a declaração prestada pela genitora, dotada de maturidade e discernimento acerca das necessidades do filho, convence no sentido de ser ela quem detém as melhores condições afetivas, materiais, educacionais, culturais etc. de proporcionar a G. um desenvolvimento sadio.

Inferese de seu depoimento que atualmente vive com seu irmão, tio de G., e seu companheiro, com quem não tem filhos, em uma casa com 3 (três) quartos, e que possui um estilo de vida muito caseiro (mídia audiovisual de fl. 173 – 03'00"). Questionada a partir de quando começou a pensar em levar G. para morar consigo, respondeu que foi no momento que percebeu que lá poderia garantir a ele uma qualidade de vida que não seria possível no Brasil, uma vez que ocupa uma boa posição laboral como chefe de cozinha, adquirida em pouco tempo e fruto de um árduo

trabalho (04'00"). Afirmou que sua genitora, atual guardiã de G., está disposta, em um primeiro momento, a ir para Londres auxiliar a filha e o neto e tornar a mudança de país e guarda o menos abrupta possível (06'00").

A respeito da escola que seria frequentada por G., disse que é vizinha à sua residência, que é escola pública inglesa, e que lá estudam filhos de conhecidos que também são imigrantes (08'00"). Questionada acerca da adaptação de G., a genitora disse que se preocupa, que sabe que o filho pode não se habituar à realidade estrangeira, mas que está preparada acaso isso aconteça e ela, junto dele, tenha que retornar ao Brasil (10'00").

Esclareceu, ainda, que a intenção de retomar somente a guarda de G. – uma vez que também é mãe de G. de C. dos S., atualmente com 14 (quatorze) anos, fruto de outro relacionamento (fl. 29) – decorre do fato de que a menina, que vive com o genitor, se encontra muito bem amparada no seio de sua família natural, e que não viu motivos para tirar a filha daquele ambiente saudável (02'00").

No mais, a genitora se comprometeu a arcar com os custos decorrentes de visitas anuais ao Brasil, explicando que demorou para retornar ao país vez porque passou seis meses na Itália a fim de garantir a cidadania italiana e, depois de iniciar o trabalho em Londres, teve que esperar um ano para adquirir período de férias suficiente, porém que atualmente se encontra estabilizada no seu emprego e economicamente e que não terá dificuldades de garantir as vindas de G. (08'50").

E os documentos por ela coligidos ao caderno processual evidenciam a segurança alegada.

É que o contrato de trabalho juntado às fls. 95-97, com tradução juramentada anexada às fls. 184-185, confirma que a apelada ocupa o cargo de “Cozinheira-chefe” desde 15.03.2014, recebendo, para cada hora trabalhada, £ 10.00 (dez libras esterlinas), num total de 25 (vinte

e cinco) horas mensais, totalizando £ 1.000.00 (mil libras esterlinas) por mês, quantia aparentemente suficiente para dar conta do sustento familiar. As fotografias de fls. 186-202, da mesma forma, demonstram, a contento, as boas condições da casa onde residirá o infante.

Não há, ademais, elemento algum que desabone a conduta da genitora.

É possível observar, a partir dos documentos e depoimentos prestados em juízo, que muito embora a genitora tenha, de fato, deixado seu filho aos cuidados da avó materna a fim de que viajasse ao estrangeiro, ela jamais objetivou abandonar a prole, como quer fazer crer o apelante.

Como assinalado anteriormente, J., ainda que distante, esteve sempre presente no cotidiano do filho, seja prestando auxílio material, seja dando-lhe o amparo necessário para o seu pleno desenvolvimento. Não fosse isso, a progenitora materna, tão apegada ao neto, não concordaria com a mudança de guarda e, inclusive, de país de residência.

É certo que a vida às vezes nos surpreende com desafios e oportunidades que envolvem, ao mesmo tempo, renúncias e conquistas. Ao que me parece foi exatamente isso que aconteceu com esta mãe que abriu mão da convivência física diária com sua prole com o único fito de alcançar uma melhor condição de vida e de trabalho e que, agora, pode e pretende recuperar o tempo perdido dedicando-se, de forma plena, a todos os cuidados que o filho mais novo requer.

Tocante ao genitor, de outra parte, é de causar estranheza que, somente agora, pretenda recuperar a guarda do descendente, acerca da qual se desinteressou em favor da avó materna, segundo ele mesmo reconheceu por ocasião do estudo social realizado em 08.10.2014 (fl. 217).

Ora, sendo sempre do melhor interesse da criança que ela se mantenha sob a guarda da família natural, por que foi somente após a

exteriorização de vontade da genitora, no sentido de recuperar a guarda de G., que o apelante passou a manifestar seu desejo de ter o filho sob seus cuidados?

O parecer exarado pela 2.^a Promotoria de Justiça da comarca de Sombrio, respondendo a esse questionamento, constatou que

A real intenção do genitor não se sustenta em adquirir a guarda do infante para ter uma melhor convivência ou até mesmo lhe dar uma melhor educação, mas sim em querer obter para impedir que o infante vá para o exterior residir com sua genitora. Nessa lógica, se não houvesse a manifestação da mãe na intenção de levá-lo para o exterior, o genitor, provavelmente, não iria propor ação de guarda e, por consequência, ficaria como está hoje (fl. 212).

No mesmo rumo consignou a sentença aqui atacada, *in verbis*:

Não obstante a bela iniciativa do genitor em ter o filho sob seus cuidados, as provas dos autos revelam que tal desejo somente nasceu após tomar ciência de que a genitora pretende levar o infante para residir consigo no exterior, restando claro nos autos que D. somente exercia a paternidade nos dias estabelecidos para as visitas, deixando a criação do filho sob total responsabilidade da avó materna (fl. 221).

Os depoimentos constantes nos autos corroboram as assertivas acima e não deixam dúvidas quanto ao desinteresse do pai, até então, em relação ao cotidiano do filho e, em contrapartida, à súbita vontade de ter o infante sob sua guarda a contar do momento em que soube que a genitora queria levá-lo consigo para o exterior.

F. S. de A. M., vizinha da apelada M. E., confirmou que G. reside com sua avó desde os 04 anos de idade (mídia audiovisual de fl. 170 – 01'30") e que muito embora o genitor faça visitas periódicas, não participa de reuniões e festividades escolares e que essa ausência já foi tema de reclamação por parte do infante (03'00").

A atual guardiã, M. E. de O. C., da mesma forma, acerca do relacionamento do menino com o pai, disse que anteriormente as visitas se davam quinzenalmente, mas que, depois da audiência realizada em 12.02.2015, G. não mais quis passar tempo com o pai e que esse fato também coincidiu com o início de relacionamento do genitor, porque o menino diz que não gosta da companheira do pai, que ela não lhe trata com carinho e que o pai alterou seu comportamento em relação a ele depois que assumiu o novo relacionamento (mídia audiovisual de fl. 173 – 01’30”). Afirmou, ainda, que junto com o avô materno são os únicos responsáveis pelas atividades de G., sejam escolares ou quando necessita de atendimentos médicos, e que o genitor jamais participa, mesmo quando solicitada a sua presença (03’00”).

Toda essa narrativa, ademais, se coaduna com os depoimentos prestados pelo próprio infante, confirmando que o pai não participa dos eventos escolares, que não lhe pergunta sobre os estudos (mídia audiovisual de fl. 170 – 02’15”) e, ainda, que não conversava com o genitor nos 15 dias que não estava sob os seus cuidados (03’30”).

O próprio recorrente, ao prestar o seu depoimento nestes autos, afirmou que não concorda com a mudança do filho para o exterior porque *é pai e não vai abandonar o menino* (mídia audiovisual de fl. 173 – 04’00”) pareceu completamente desinformado acerca do filho, de suas atividades escolares e, inclusive, de suas necessidades e vontades. Equivocou-se ao dizer a idade de G., apontando que o menino tinha 12 (doze), ao invés de 10 (dez) anos (00’20”) e quando questionado acerca dos rendimentos do filho na escola, asseverou somente que sabe que o filho é inteligente porque recebe os presentes de dia dos pais feitos na escola (03’00”). No mais, quando afirmou que possui mais tempo livre que a genitora, foi-lhe perguntado por que então não passava mais períodos com o filho além daqueles determinados judicialmente, ao que respondeu *que passava muito tempo com o menino e que seus familiares inclusive o questionavam o porquê de pagar pensão alimentícia, se era ele quem vivia sempre com o menino* (09’25”).

Ademais disso, os fundamentos elencados pelo apelante a fim de manter G. no Brasil, por si sós, não se sustentam.

Uma breve consulta ao sítio eletrônico da Secretaria de Estado da Educação de Santa Catarina (Disponível em: <<http://www.sed.sc.gov.br/index.php/servicos/pais-alunos-e-comunidade/6596-equivalencia-regularidade-de-estudos>>. Acesso em 19.08.2016), responsável pelo reconhecimento de estudos de nível fundamental e médio realizados no exterior, permite concluir pela possibilidade de equivalência da formação escolar realizada fora do Brasil, ainda que envolva matérias ou disciplinas diversas do currículo brasileiro, sendo apta a conferir ao estudante o mesmo nível em grau de conhecimento e maturidade equivalente ao Sistema Brasileiro de Ensino.

Ademais, não há dúvidas quanto às oportunidades que poderão decorrer da grandiosa experiência de viver em um país estrangeiro. Por suposto que a distância da família natural e extensa, principalmente do pai, da irmã e dos avós, será sempre alvo de saudade. No entanto, a diversidade cultural, intelectual e social a que G. poderá ter acesso é infinita, e a comunicação com seus familiares poderá sempre ser exercida por intermédio da internet.

Ora, se a relação do infante com sua genitora se manteve intacta mesmo ante a distância física entre eles estabelecida, plenamente possível que o mesmo ocorra com o genitor, com a mudança de G. para o exterior.

Nesse aspecto, muito embora o apelante sustente não ter recursos para adquirir os equipamentos necessários para manter a comunicação com o filho, o depoimento por ele prestado em juízo dá conta do contrário. Questionado, afirmou que possui em sua residência rede de internet, uma vez que sua companheira a utiliza para fins profissionais (mídia audiovisual de fl. 173, 04'30").

Assim, entendo que modificação da guarda nos termos em que requerida é a solução que mais se adequa aos interesses do infante G.

C. C., podendo ser revista, por óbvio, acaso haja alguma alteração nos parâmetros aqui delineados.

Mudando o que deve ser mudado, retiro julgado do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul em caso que bastante se assemelha ao presente:

APELAÇÃO. ALVARÁ PARA SUPRIMENTO DE CONSENTIMENTO PARA EXPEDIÇÃO DE PASSAPORTE. AUTORIZAÇÃO PARA A FILHA MENOR RESIDIR COM A MÃE NO EXTERIOR. NULIDADE. INOCORRÊNCIA. PROCEDÊNCIA DO PEDIDO. ADEQUAÇÃO.

O pedido de alvará para suprimento de consentimento do pai para confecção de documento de viagem é procedimento de jurisdição voluntária, no qual não é necessário seguir a legalidade estrita. Ademais, o apelante alega nulidade por cerceamento de defesa, mas em nenhum momento diz de forma expressa que provas pretendia produzir, mas que lhe foram obstadas. Também não faz nenhuma prova de prejuízo. Em face de tudo isso, não há reconhecer qualquer nulidade ou cerceamento de defesa no caso. Mostra-se adequada a decisão que deferiu alvará para confecção de documento de viagem para a filha comum dos litigantes, que irá residir com a mãe na Inglaterra. **A filha está sob a guarda da mãe desde que era muito pequena, já residiu com a mãe no exterior, para onde retornará. A mãe constituiu nova família e tem outro filho. A menor está adequadamente ambientada com a mãe, com o irmão, com a nova família e com a vida no exterior. De resto, não pode restar dúvida alguma de que a possibilidade viver no exterior (na Inglaterra), com a família, é medida que atende muito mais o interesse prevalente da criança, do que virar do avesso a rotina dela, mudar a guarda para o pai, com quem a menina nunca viveu, e fazer com que passe a residir em Canoas. A conjuntura social, estrutural, educacional, cultural e financeira na Inglaterra proporcionará à menina uma vida muito melhor do que aqui.** REJEITADA A PRELIMINAR, NEGARAM PROVIMENTO. (Apelação Cível Nº 70069286060, Oitava Câmara Cível, relator: Rui Portanova, j. 07.07.2016) – dei destaque.

Ressalvo, por fim, nos termos do parecer da Procuradoria-Geral

de Justiça consubstanciado no art. 83, § 2.º, do Estatuto da Criança e do Adolescente, que a autorização para viajar sem o consentimento paterno esbarra no prazo limite de 02 (dois) anos, podendo ser renovada, de todo modo, acaso reiterada a discordância injustificada do genitor.

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

QUARTA CÂMARA DE DIREITO CIVIL

Apelação n. 0005165-84.2008.8.24.0040

Relator: Desembargador Joel Figueira Júnior

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS MATERIAIS E MORAIS. ERRO MÉDICO. SENTENÇA DE PARCIAL PROCEDÊNCIA. NEGLIGÊNCIA DOS PREPOSTOS DO RÉU (HOSPITAL) QUE RESULTOU NA MORTE DO FILHO DA AUTORA EM ESTADO DE GESTAÇÃO (MORTE FETAL). APELO DO DEMANDADO. PLEITO DE RECONHECIMENTO DA CONFISSÃO FICTA. NÃO ACOLHIMENTO. AUSÊNCIA DE INTIMAÇÃO PESSOAL DOS DEMANDANTES PARA COMPARECEREM À AUDIÊNCIA. CULPA DEMONSTRADA. AUTORA SUBMETIDA A 36 HORAS DE TRABALHO DE PARTO. OCORRÊNCIA DE SECREÇÃO MECONIAL. NÃO OBSERVÂNCIA DAS RECOMENDAÇÕES TÉCNICAS PARA O ACOMPANHAMENTO DOS BATIMENTOS CARDÍACOS DO FETO. CIRURGIA CESÁREA REALIZADA SOMENTE APÓS CONSTATAÇÃO DE AUSÊNCIA DE SINAIS VITAIS. DANO MORAL. REDUÇÃO DO *QUANTUM* COMPENSATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. OBSERVÂNCIA AOS PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE. JUSTIÇA GRATUITA. PREPARO RECOLHIDO. RENÚNCIA TÁCITA. BENEFÍCIO NÃO CONCEDIDO. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.

I – Não há falar em confissão ficta quando inexistente nos autos comprovação de intimação pessoal dos Autores, bem como quando os mandados expedidos não contêm a advertência quanto à possibilidade de aplicação da pena de confissão em caso de não comparecimento da parte à audiência de instrução e julgamento.

II – Nas ações em que se pleiteia a compensação pecuniária por dano moral é imprescindível a demonstração do prejuízo sofrido (dano imaterial), do elemento subjetivo (dolo ou culpa) e do nexo de causalidade (relação entre o fato e o resultado danoso), conforme preconiza o artigo 186 do Código Civil.

Assim, demonstrada a culpa e o nexo causal – uma vez que a equipe médica do Réu cometeu uma sucessão de erros e negligências que expuseram a risco o feto, causa determinante do óbito – bem como o dano moral sofrido pelos Autores, consubstanciado na dor da perda do primeiro filho, a compensação pecuniária é medida que se impõe.

III – Considerando a natureza compensatória pecuniária em sede de danos morais, a importância estabelecida em decisão judicial há de estar em sintonia com o ilícito praticado, a extensão do dano sofrido pela vítima com todos os seus consectários, o grau de culpa e a capacidade econômica das partes, não devendo acarretar enriquecimento da vítima e empobrecimento do ofensor, servindo a providência como caráter pedagógico, punitivo e profilático inibidor da conduta perpetrada pelo Demandado.

Nesse sentido, mantém-se o *quantum* compensatório arbitrado, pois razoável e condizente com a gravidade do dano.

IV – O recolhimento do preparo recursal implica em renúncia tácita do benefício da justiça gratuita requerido, uma vez que a sua concessão está diretamente interligada à hipossuficiência do postulante.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação n. 0005165-84.2008.8.24.0040, da comarca de Laguna (1ª Vara Cível) em que é Apelante Hospital de Caridade Senhor Bom Jesus dos Passos e Apelados Ana Michele Eula Silveira e outro.

A Quarta Câmara de Direito Civil decidiu, por unanimidade de votos, conhecer do recurso e negar-lhe provimento. Custas legais.

O julgamento, realizado no dia 12 de dezembro de 2016, foi presidido pelo Excelentíssimo Senhor Desembargador Joel Dias Figueira Júnior, e dele participaram os Excelentíssimos Senhores Desembargadores Rodolfo C. R. S. Tridapalli e César Abreu.

Florianópolis, 12 de dezembro de 2016.

Joel Dias Figueira Júnior
PRESIDENTE E RELATOR

RELATÓRIO

Ana Michele Eula Silveira e Schubert Duval Acosta Esteve ajuizaram *ação de compensação pecuniária por danos morais* contra Hospital de Caridade Senhor Bom Jesus dos Passos pelos fatos e fundamentos jurídicos descritos na exordial de fls. 1-10, alegando, em síntese, que a Autora Ana Michele, no dia 27 de junho de 2008, às 20:00h, deu entrada no nosocômio Réu em trabalho de parto, assim permanecendo até às 7h e 20min do dia 29 de junho, quando foi submetida a uma cesariana de emergência, porquanto constatada a ausência de batimentos cardíacos do feto.

Afirmam, que a submissão da Demandante a um trabalho de parto por 36 (trinta e seis) horas, mesmo observados sinais de sofrimento fetal agudo, inclusive ocorrência de secreção meconial, sem que fosse realizada uma cirurgia cesariana, foi a causa exclusiva da morte do filho.

Por tal razão, requereram a condenação do Demandado ao pagamento de compensação pecuniária por danos morais, no valor de R\$ 200.000,00 (duzentos mil reais) para cada Demandante, em decorrência do abalo sofrido pela perda do primeiro filho, após uma gestação que transcorreu com normalidade. Pleitearam, ainda, o recebimento de pensão mensal, a ser fixada no valor de um salário mínimo, até o dia em que o filho completasse 25 (vinte e cinco) anos de idade e, após, fosse reduzida à metade, até quando este atingisse os 65 (sessenta e cinco) anos.

À fl. 40, foi deferido aos Autores o benefício da gratuidade da justiça.

Regularmente citado, o Réu ofereceu resposta em forma de contestação (fls. 43-51), postulando, em preliminar, a denúncia da lide, nos termos do art. 70, III, do CPC/73, aos médicos que realizaram o acompanhamento da Autora, desde sua entrada no hospital até o deslinde trágico dos fatos. No mérito, requereu a improcedência do pedido, sob o

fundamento de que a Demandante foi devidamente atendida e todos os procedimentos adotados pela equipe médica foram adequados. Sustentou, ainda, que a obrigação, por se tratar de prestação de serviços médicos, é de meio e não de resultado, não lhe sendo imputável responsabilização por eventuais danos sofridos pela Demandante.

Por fim, sustentou que o *quantum* compensatório pretendido pelos Autores é exorbitante, e, na hipótese de condenação, requereu a fixação no máximo em 5 (cinco) salários mínimos.

Réplica às fls. 83-84.

Às fls. 95-103, o Togado *a quo* indeferiu o pedido de denunciação da lide formulado pelo Réu. Contra essa decisão o Demandado interpôs agravo de instrumento (fls. 95-103), que foi rejeitado.

Audiência preliminar (fl. 112), sem composição entre as partes.

Em audiência de instrução e julgamento, foi produzida prova oral (fls. 159-165).

Alegações finais dos Autores às fls. 170-174 e do Réu às fls. 191-195.

Sentenciando (fls. 196-212), a Magistrada *a quo* julgou parcialmente procedentes os pedidos para condenar o Réu ao pagamento de compensação pecuniária por danos morais, no valor de R\$ 100.000,00 (cem mil reais) *pro rata*, com juros moratórios de 1% ao mês, a contar do evento danoso e correção monetária desde o arbitramento. Condenou-o, ainda, ao pagamento das despesas processuais e honorários advocatícios, estes fixados em 10% sobre o valor da condenação.

Inconformado, o Réu interpôs recurso de apelação (fls. 215-226), pleiteando, preliminarmente, a aplicação da pena de confissão ficta aos Autores, presumindo-se a veracidade dos fatos alegados em contestação, porquanto deixaram de comparecer, injustificadamente, à audiência de instrução e julgamento. No mérito, requereu o afastamento da

condenação ao pagamento de compensação pecuniária por danos morais e, sucessivamente, a redução da quantia fixada.

Contrarrazões às fls. 234-246.

Presentes os requisitos de admissibilidade do recurso.

É o relatório.

VOTO

Pugna o Réu, ora Apelante, pela aplicação da pena relativa à confissão ficta dos Autores por deixarem de comparecer à audiência de instrução e julgamento.

Razão, contudo, não lhe assiste.

Dispõe o art. 343 do Código de Processo Civil de 1973, aplicável à época:

Art. 343. Quando o juiz não o determinar de ofício, compete a cada parte requerer o depoimento pessoal da outra, a fim de interrogá-la na audiência de instrução e julgamento.

§ 1º A parte será intimada pessoalmente, constando do mandado que se presumirão confessados os fatos contra ele alegados, caso não compareça ou, comparecendo, se recuse a depor.

§ 2º Se a parte intimada não comparecer, ou comparecendo, se recusar a depor, o juiz lhe aplicará a pena de confissão.

Denota-se do dispositivo citado que para fins de aplicação da pena de confissão ficta, a parte deverá ser intimada pessoalmente e constar do mandado a advertência de presunção de veracidade dos fatos alegados pela parte adversa, caso deixe de comparecer ao ato designado.

É o que se extrai da lição de Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery:

O juiz deve fiscalizar o recebimento pela parte da intimação para o depoimento pessoal. Para aplicação da pena de confesso é necessária a intimação pessoal da parte e necessário que ela seja capaz de entender o risco da confissão ficta, que a lei lhe impõe [...]. É pressuposto para a aplicação da pena de confesso que a parte seja previamente intimada para prestar depoimento pessoal e advertida do risco de aplicação da pena” (Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 646).

Inferre-se dos autos que os Autores não foram intimados para o ato, pois não foram encontrados. Ademais, ressalta-se que os mandados expedidos não continham em seu texto a advertência quanto a possível aplicação da pena de confissão, caso deixassem de comparecer à audiência aprazada.

Por conseguinte, não há falar em confissão ficta.

Não obstante isso, apenas a título de argumentação, ressalta-se que a confissão almejada pelo Apelante deve ser analisada em conjunto com o contexto probatório amealhado aos autos, a fim de que seja aferida sua força probante. Ou seja, mesmo quando reconhecida a confissão, cabe ao julgador considerá-la em sintonia com o elenco probatório.

Pugna também o Apelante pelo afastamento da condenação ao pagamento de compensação pecuniária por dano moral, sustentando, em síntese, que a Demandante foi devidamente atendida, com aplicação de todos os procedimentos adequados pela equipe médica.

Afirma que não houve a negligência apontada pela Juíza *a quo*, haja vista que até a manhã do dia 29 de junho de 2008 o parto evoluía normalmente, não apresentando a Autora, até aquele momento, secreção meconial, não havendo, portanto, justificativas para realização de cesárea.

Alega, nesse vértice, que não há nexos de causalidade entre os atendimentos realizados pelos médicos e demais funcionários do nosocômio e o evento trágico (morte do feto), uma vez que todos os

procedimentos foram desenvolvidos dentro das normas técnicas exigidas e, quando o quadro clínico resultou agravado, os médicos, de forma criteriosa, imediatamente realizaram cirurgia cesariana na Apelada.

Todavia, razão não lhe assiste.

Inicialmente cumpre esclarecer que, a responsabilidade civil da entidade hospitalar, como prestadora de serviço, abrange tanto os danos decorrentes dos serviços próprios de sua atividade empresarial, como aqueles desinentes dos serviços técnico-profissionais prestados pelo seu corpo clínico nas dependências de seu estabelecimento (artigo 932, inciso III, do Código Civil), donde exsurge a sua legitimidade passiva.

Nesse sentido, colhe-se da doutrina de Sergio Cavaliere Filho:

Os estabelecimentos hospitalares são fornecedores de serviços, e, como tais, respondem objetivamente pelos danos causados aos seus pacientes, quer se tratem de serviços decorrentes da exploração de sua atividade empresarial, tais como defeito de equipamento (...), equívocos e omissões da enfermagem na aplicação de medicamentos, falta de vigilância e acompanhamento do paciente durante a internação (...), infecção hospitalar etc.; quer se tratem de serviços técnico-profissionais prestados por médicos que neles atuam ou a eles sejam conveniados. É o que se chama de fato do serviço, entendendo-se como tal o acontecimento externo, ocorrido no mundo físico, que causa danos materiais ou morais ao consumidor, mas decorrentes de um defeito do serviço. (Programa de Responsabilidade Civil, 10. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 420).

Ademais, o erro ou mau procedimento médico representa um defeito na prestação do serviço oferecido pelo profissional e pelo hospital a que ele encontra-se vinculado, razão pela qual, diante da relação de consumo estabelecida entre as partes, mister se faz aplicar a legislação consumerista, o que atrai a incidência do art. 14 do Código de Defesa do Consumidor:

Art. 14. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores

por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos.

§ 1º O serviço é defeituoso quando não fornece a segurança que o consumidor dele pode esperar, levando-se em consideração as circunstâncias relevantes, entre as quais:

I - o modo de seu fornecimento;

II - o resultado e os riscos que razoavelmente dele se esperam;

III - a época em que foi fornecido.

§ 2º O serviço não é considerado defeituoso pela adoção de novas técnicas.

§ 3º O fornecedor de serviços só não será responsabilizado quando provar:

I - que, tendo prestado o serviço, o defeito inexiste;

II - a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro.

§ 4º A responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa.

É, portanto, *objetiva* a responsabilidade civil da entidade hospitalar (a qual responde como prestadora do serviço), e *subjetiva* a responsabilidade civil do médico.

Em outras palavras, para que o hospital possa ser condenado por erro médico, necessário se faz auferir se algum de seus profissionais atuou com imprudência, negligência ou imperícia (responsabilidade civil subjetiva).

Assim, uma vez incontroverso nos autos que os médicos que atenderam a Autora faziam, à época, parte do corpo clínico do nosocômio Réu (na peça contestatória não nega que os referidos profissionais integravam o seu corpo clínico, mas apenas formula pedido de denúncia da lide buscando a responsabilização de forma solidária), e, sendo subjetiva a responsabilidade civil de tais profissionais – nos

termos expostos – necessário se faz perquirir acerca da ocorrência ou não de culpa dos prepostos do Demandado (inteligência do artigo 932, inciso III, do Código Civil).

Em razão de ter bem analisado os fatos, as provas e o direito aplicáveis à espécie, a sentença proferida pela Magistrada *a quo* Lara Maria Souza da Rosa Zanotelli merece ser adotada em parte como razão de decidir, pelos seus próprios e jurídicos fundamentos (fls. 198-207), *in verbis*:

[...] O prontuário clínico de fls. 19/23 informa que a autora foi internada no hospital de Caridade Senhor Bom Jesus dos Passos, no dia 27 de junho de 2008, por volta das 20h. Do referido documento se constata que a autora contava com 39 (trinta e nove) semanas de gestação, apresentava dinâmica uterina e início de dilatação, a indicar início de trabalho de parto.

Ainda neste documento, consta que a autora foi submetida à avaliação pelo médico Vilberto Antônio Felipe, que orientou a equipe de enfermagem a deixar evoluir naturalmente para parto normal (fl. 21).

A medida, em princípio, não se mostrava inadequada, considerando o desenvolvimento normal da gestação e os conhecidos benefícios do parto normal.

Contudo, no decorrer da evolução do trabalho de parto, ocorreram circunstâncias que mudaram o cenário clínico e tornaram necessária a intervenção medicamentosa ou até mesmo cirúrgica.

Primeiramente, é de se consignar o tempo excessivo e desnecessariamente prolongado de evolução do trabalho de parto.

O prontuário clínico e os depoimentos das testemunhas confirmam que a autora efetuou sua internação por volta das 20h do dia 27 de junho, já em início de trabalho de parto, e assim permaneceu até às 7h20min do dia 29 de junho. Ou seja, a autora permaneceu em trabalho de parto durante 35 (trinta e cinco) horas, quando a literatura médica admite a duração de até 12 (doze) horas para a primeira gestação. [...]

Vale ressaltar que a submissão a um período prolongado de parto, além

de expor a parturiente a um sofrimento desumano, propicia a ocorrência de diversos danos ao feto e à gestante, tais como exaustão materna, asfixia perinatal e até mesmo morte, o que de fato veio a ocorrer.

Além disso, por volta de 1h do dia seguinte à internação, em 28 de junho, e às 7h20min do dia 29 de junho, horário do sofrimento fetal, foi constatada pela equipe de enfermagem a presença de secreção do tipo mecônio.

Por mecônio entende-se a matéria verde-escura que se encontra no intestino de um feto de 36 semanas de gestação. A modo de resposta a qualquer causa de sofrimento, como uma oxigenação inadequada através da placenta, o feto excreta mecônio no líquido amniótico.

Com base nisso, a existência de secreção meconial antes do parto é indicativo de situação de risco para o feto, por dois motivos.

O primeiro, em um quadro de asfixia, é exemplo de reação normal do organismo o relaxamento da estrutura digestiva, especificamente o intestino.

Nesse caso, havendo a falta de oxigênio para o feto, qualquer que seja o motivo, por consequência pode ocorrer a liberação de líquido meconial. A presença de mecônio, pois, pode ser resultado de asfixia fetal, o que, sem qualquer dúvida, exige a realização urgente do parto por meio de intervenção cirúrgica.

O segundo motivo consiste em que, caso a secreção meconial não seja resultado da asfixia do feto, a presença de mecônio no líquido amniótico pode vir a causá-la, haja vista tratar-se de líquido espesso e aderente às vias respiratórias, podendo obstruí-las e causar então o sofrimento fetal.

Acerca disso:

A eliminação do mecônio está associada a aumento do risco de morte intraparto, morte neonatal e várias medidas de morbidade neonatal [...]. O mecônio espesso observado no início do trabalho de parto possui o pior prognóstico, e está associado a um aumento de cinco a sete vezes do risco de morte perinatal. [...] A presença de líquido amniótico meconial no início do trabalho de parto reflete eventos ocorridos anteriormente. Pode ser um sinal de comprometimento da função placentária que expõe o feto ao risco de hipóxia durante o trabalho de parto.

Assim, tendo em vista a possibilidade de ser a consequência ou a causa do sofrimento fetal, a presença de mecônio é circunstância indicativa de risco para o feto, de modo que a decisão de aguardar a evolução do quadro para parto normal não é adequada mediante a constatação desta circunstância.

Muito embora não seja possível neste momento apurar com precisão qual a causa do sofrimento fetal, não é crível a esta Magistrada que nenhuma das circunstâncias acima ou todas elas tenha sido determinante para o óbito do nascituro.

Nesse caso, a responsabilidade civil deve recair sobre o réu tendo em vista que as circunstâncias fáticas relatadas são consequência da atuação negligente de seus prepostos, conforme se pode concluir da análise das provas carreadas aos autos, sobre o que passo a discorrer.

Inicialmente, quanto ao tempo excessivo de espera de evolução do parto a que a autora foi submetida, apenas isso já é motivo suficiente para se constatar a negligência da equipe médica, já que não havia qualquer justificativa plausível para aguardar por tamanho período a evolução para parto normal.

Tal descaso fica ainda mais evidente quando se constata que o período de evolução do parto cessou apenas com o sofrimento fetal, e não pela decisão espontânea da equipe médica pela intervenção cirúrgica.

Como dito, o tempo de duração do parto excedeu em quase três vezes o limite recomendado pela literatura médica. Mas não é só: o acompanhamento da evolução do trabalho de parto não foi realizado da maneira devida.

Convém citar, acerca disso, que o Ministério da Saúde, em documento denominado Parto, Aborto e Puerpério: Assistência Humanizada à Mulher, recomenda o acompanhamento minucioso das contrações uterinas e da dilatação da parturiente, inclusive com a elaboração de gráfico chamado partograma.

É o que consta no referido documento, p. 5:

O partograma na avaliação e documentação da evolução do trabalho de parto é um instrumento de importância fundamental no diagnóstico dos desvios da normalidade.

Com base nesse acompanhamento é possível à equipe médica identificar eventuais anormalidades na evolução do trabalho de parto e, com isso, proceder às medidas cabíveis, como consta na literatura médica:

Para a detecção do parto disfuncional, a avaliação mais importante ocorre nas primeiras 3 horas após o início da fase ativa. Quando a curva da dilatação se afasta mais do que 2 horas à direita da linha de alerta, trata-se de um trabalho de parto disfuncional. Nesse momento, o obstetra deve buscar a causa clínica da disfunção. Não havendo sinais clínicos de DCP [desproporção céfalopélvica] ou de condição fetal não tranquilizadora, deve-se estimular a contratilidade uterina como anteriormente indicado (amniotomia, ocitocina) e/ou tratar uma possível inversão do tríplice gradiente descendente com analgesia. Se o diagnóstico de DCP ou condição fetal não tranquilizadora forem evidenciados, a indicação de cesariana é mandatória.

Concluindo: era dever do corpo clínico acompanhar minuciosamente a evolução do trabalho de parto e, constatada a desproporção temporal da evolução, proceder às medidas cabíveis.

No entanto, no prontuário clínico sequer constam anotações a respeito da frequência das contrações uterinas (fl. 21).

Além disso, do mesmo documento se constata que a dilatação estagnou às 11h do dia 28 de junho, em medida insuficiente para o parto (6 cm), assim permanecendo até as 4h do dia seguinte. Apesar disso, nenhuma medida foi tomada.

Há, ainda, a alegação do médico Vilberto Antônio Felipe (fl. 160) de que aguardou a realização do parto normal por conta de recomendação do Sistema Único de Saúde.

Sobre isso, é patente que esta não é justificativa razoável para manter a autora em trabalho de parto até o limite da resistência da vida fetal, já que esta recomendação, por óbvio, não deve ser observada quando representar risco para a gestante ou para o nascituro.

Até porque a recomendação do SUS tem por objetivo, entre outros, fomentar a gestação e o parto da forma mais saudável tanto para a criança quanto para a mãe, já que o parto realizado de forma natural conta com inúmeros benefícios para ambos.

Evidente, no entanto, que é inconcebível que vidas sejam sacrificadas para que se atenda tal orientação, de modo que tal alegação, de tão absurda, desmerece maiores considerações.

Além disso, em seu depoimento (fl. 160), o mesmo médico alegou que a evolução do parto estava assegurada pelo monitoramento dos batimentos cardíacos do feto, o que permitia à equipe constatar a necessidade ou não de intervenção cirúrgica. Alegou que, como os batimentos permaneciam normais, decidiu por não realizar a cesariana.

No entanto, como se vê, o monitoramento cardíaco não se mostrou método eficiente para resguardar a evolução segura do parto, vez que o profissional responsável aguardou até o último minuto de atividade cardíaca do feto para, então, realizar a cesárea.

Evidente que, a esta altura, a cirurgia já não mais se prestava a salvar a vida do nascituro, pois com a cessação dos batimentos cardíacos, o feto obviamente já havia expirado.

Ademais disso, iniciado o monitoramento dos batimentos cardíacos fetais, estes foram verificados à 1h30min, 3h40min, 5h30min, 11h 14h, 19h30min e 22h15min do dia 28 de junho, bem como à 0h, 3h, 4h, 5h30min, 6h30min e 7h20min do dia 29 de junho, conforme prontuário (fl. 21).

Ou seja, a ausculta cardíaca do feto iniciou com intervalos de cerca de duas horas, passando para intervalos de mais de cinco horas entre uma verificação e outra, retornando a intervalos de uma hora. A literatura médica, no entanto, ensina que a ausculta é realizada a cada 15 minutos durante o primeiro estágio do trabalho de parto e com maior frequência durante o segundo estágio.

Inclusive, o sofrimento fetal foi constatado às 7h20min do dia 29 de junho, cinquenta minutos depois da última verificação dos batimentos cardíacos do feto.

Durante quase todo o período de evolução do parto, portanto, a única medida que conferia segurança aos médicos sobre a ausência de risco para o feto era o monitoramento dos batimentos cardíacos, que era realizado de forma inadequada, insegura e plenamente falível.

Ainda, o médico Ulysses Bittencourt declarou, em seu depoimento (fl. 162), que premeditou, para o caso da autora, que se até o final do seu sobreaviso o parto normal não acontecesse espontaneamente iria induzi-lo com uso de ocitocina; que o final do seu sobreaviso aconteceria às 7 horas do dia seguinte. Contudo, ao término do seu sobreaviso (às 7h do dia 29/06/2008), o parto ainda não havia sido realizado e nenhuma medida havia sido tomada.

Vale consignar que o óbito fetal ocorreu 20 minutos após o termo final premeditado pelo médico para a espera da evolução do parto, de modo que se o profissional tivesse cumprido o que disse ter estabelecido, o parto teria sido iniciado com nascituro ainda em vida e o sofrimento fetal, talvez, sequer teria ocorrido.

Tal circunstância demonstra até mesmo a possível e reprovável intenção do profissional de transferir a realização do parto para a responsabilidade do médico responsável pelo plantão seguinte.

Já no que se refere à presença de secreção do tipo mecônio, constatada à 1h30min. do dia 28 de junho, e às 7h20min. do dia 29 de junho, e registrada no prontuário clínico (fl. 21), esta deixa ainda mais visível a negligência dos profissionais que atenderam à autora.

O próprio réu reconhece que a presença de mecônio é indicativa de risco para o feto, ao afirmar que o trabalho de parto da autora teve forte agravamento, vindo a autora a apresentar uma secreção tipo mecônio, tendo, então a equipe médico-hospitalar, bem como os médicos envolvidos, decidido pela realização de cirurgia cesariana de urgência (fl. 46).

Ora, não bastasse a lenta e precária evolução do parto, os médicos constataram um sinal de risco para o nascituro e, ainda assim, não realizaram qualquer medida para assegurar a integridade do feto.

Por fim, convém registrar que além da intervenção cirúrgica, há ainda outras medidas que podem acelerar o processo de evolução do parto tais como meios para induzir um aumento nas contrações uterinas:

Há uma íntima relação entre baixos níveis de contratilidade uterina e

o progresso lento do trabalho de parto. Os tratamentos para aumentar a contratilidade uterina podem ser baseados no aumento da produção endógena de prostaglandinas por amniotomia ou pela administração de estimulantes uterinos, como ocitocina ou prostaglandinas exógenas.

Assim reconheceu o próprio médico Vilberto Antônio Felipe, no depoimento de fl. 160: que dentre os procedimentos tem-se a indução, a ruptura de bolsa, a analgesia, as posturas e exercícios e por fim a própria cesariana, caso detectado distorce ou sofrimento fetal agudo.

nenhuma destas providências foi realizada pelos prepostos do réu, como se denota da análise do prontuário clínico e de seus próprios depoimentos.

Sobre a culpa médica e a sua prova, RUY ROSADO DE AGUIAR DIAS, em artigo intitulado “Responsabilidade Civil do Médico”, publicado no Suplemento COAD Seleções Jurídicas, Dezembro de 2003, pág. 27, discorre:

“[...] apuração da culpa do profissional médico obedece aos mesmos procedimentos adotados para definição da culpa comum; diante das circunstâncias do caso, o juiz deve estabelecer quais os cuidados possíveis que ao profissional cabia dispensar ao doente, de acordo com os padrões determinados pelos usos da ciência, e confrontar esse norma concreta, fixada para o caso, com o comportamento efetivamente adotado pelo médico. Se ele não a observou, agiu com culpa. Essa culpa tem de ser certa, ainda que não necessariamente grave. Não é necessário que a culpa do médico seja grave: basta que seja certa. O Professor CAIO MÁRIO sustenta que a culpa médica é apreciada como qualquer outra. Desde que o juiz entenda que um médico prudente, nas mesmas circunstâncias, teria comportamento diverso do acusado, deve condenar esse a reparação.” (Grifei).

Na esteira disso se constata que as decisões da equipe médica em nada poderiam beneficiar a autora, pelo contrário, consistiram em uma série de erros e negligências que expuseram o feto a um risco desnecessário, o que desafortunadamente culminou com seu óbito.

Fica visível, pois, que a negligência da equipe do réu foi circunstância

determinante para o óbito fetal, ainda mais considerando que o nascituro chegou ao hospital ainda com vida e que o período pré-natal da autora transcorreu sem anormalidades.

Assim, constatada a negligência dos prepostos do réu bem como o nexo de causalidade entre esta e os danos causados aos autores, com a morte do feto, resta inafastável a responsabilização civil do réu por força do artigo 932, inciso III do Código Civil.

Isto porque os médicos, enfermeiras e técnicas de enfermagem prestaram atendimento à autora como prepostos do hospital réu, fato incontroverso ante a ausência de impugnação na peça de defesa.

[...] Assim, verificada a negligência dos prepostos do hospital, este responderá objetivamente pelos danos causados por aqueles. (Grifou-se)

Ultrapassada a questão da culpa, que resultou indiscutivelmente demonstrada, o Apelante pugna, ainda, pela redução do *quantum* compensatório.

Contudo, mais uma vez, razão não lhe assiste.

No tocante ao *quantum* compensatório, para a fixação do referido montante, entende-se que devem ser sopesados vários fatores, tais como a situação socioeconômica das partes, o grau de culpa do agente e a proporcionalidade entre o ato ilícito e o dano suportado, sem perder de vista que a compensação pecuniária visa, também, o desencorajamento da prática de novos atos lesivos pelo ofensor.

Em outras palavras, a compensação pecuniária por abalo moral, em qualquer hipótese, não pode corresponder ao empobrecimento do indigitado causador do ilícito civil ou ao enriquecimento da vítima, mas deverá pautar-se pelos princípios da plausibilidade e da proporcionalidade verificadas no caso concreto, tendo-se presentes o nexo de causalidade, o grau de culpa dos envolvidos, suas respectivas situações econômicas e os efeitos diretos e reflexos do próprio ilícito, de maneira a penalizar financeiramente o violador da norma e, em contrapartida, minimizar o sofrimento da vítima.

Nesse sentido, ensina Rui Stoco:

Segundo nosso entendimento a indenização da dor moral, sem descuidar desses critérios e circunstâncias que o caso concreto exigir, há de buscar, como regra, duplo objetivo: caráter compensatório e função punitiva da sanção (prevenção e repressão), ou seja: a) condenar o agente causador do dano ao pagamento de certa importância em dinheiro, de modo a punilo e desestimulá-lo da prática futura de atos semelhantes; b) compensar a vítima com uma importância mais ou menos aleatória, em valor fixo e pago de uma só vez, pela perda que se mostrar irreparável, ou pela dor e humilhação impostas.

Evidentemente, não haverá de ser tão alta e despropositada que atue como fonte de enriquecimento injustificado da vítima ou causa de ruína do ofensor, nem poderá ser inexpressiva a ponto de não atingir o objetivo colimado, de retribuição do mal causado pela ofensa, com o mal da pena, de modo a desestimular o autor da ofensa e impedir que ele volte a lesar outras pessoas. Deve-se sempre levar em consideração a máxima “indenizar sem enriquecer. (Tratado de responsabilidade civil. 7. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 1.733-1.734).

E, também, colhe-se da obra de Regina Beatriz Tavares da Silva:

O critério na fixação do *quantum* indenizatório deve obedecer à proporcionalidade entre o mal e aquilo que pode aplacá-lo, levando-se em conta o efeito, que será a prevenção ou o desestímulo. Em suma, a reparação do dano moral deve ter em vista possibilitar ao lesado uma satisfação compensatória e, de outro lado, exercer função de desestímulo a novas práticas lesivas, de modo a “inibir comportamentos antissociais 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” (Carlos Alberto Bittar, *Reparação Civil por danos morais*, cit., p. 247 e 233; cf., também, Yussef Said Cahali, *Dano moral*, cit., p. 30; Rui Stoco, *Tratado de responsabilidade civil*, 8. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 1.402). apud (Código civil comentado. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 884).

Ainda, com relação aos critérios utilizados para a quantificação do dano moral, o eminente Ministro Paulo de Tarso Vieira Sanseverino, em artigo publicado na Revista Justiça e Cidadania, assim destaca:

Com isso, o melhor critério para quantificação da indenização por prejuízos extrapatrimoniais em geral, no atual estágio do Direito brasileiro, é o arbitramento equitativo pelo juiz.

(...)

Esse arbitramento equitativo deve ser pautado pelo postulado da razoabilidade, transformando-se em um montante econômico a agressão a um bem jurídico sem essa dimensão.

O próprio julgador da demanda indenizatória, na mesma sentença em que aprecia a ocorrência do ato ilícito, deve proceder ao arbitramento da indenização.

Ressalte-se apenas que a autorização legal para o arbitramento equitativo não representa a outorga pelo legislador de um poder arbitrário ao juiz, pois a indenização, além de ser fixada com razoabilidade, deve ser devidamente fundamentada com a indicação dos critérios utilizados.

A doutrina e a jurisprudência têm encontrado dificuldades para estabelecer quais são esses critérios razoavelmente objetivos a serem utilizados pelo juiz nessa operação de arbitramento da indenização por dano extrapatrimonial.

No arbitramento da indenização por danos extrapatrimoniais, as principais circunstâncias valoradas pelas decisões judiciais, nessa operação de concreção individualizadora, têm sido a gravidade do fato em si, a intensidade do sofrimento da vítima, a culpabilidade do agente responsável, a eventual culpa concorrente da vítima, a condição econômica, social e política das partes envolvidas.

(...)

Outro critério bastante utilizado na prática judicial é a valorização do bem ou interesse jurídico lesado pelo evento danoso (vida, integridade

física, liberdade, honra), consistindo em fixar as indenizações por danos extrapatrimoniais em conformidade com os precedentes que apreciaram casos semelhantes.

(...)

A vantagem desse método é a preservação da igualdade e da coerência nos julgamentos pelo juiz ou tribunal, assegurando isonomia, porque demandas semelhantes recebem decisões similares, e coerência, pois as sentenças variam na medida em que os casos se diferenciam.

Outra vantagem desse critério é permitir a valorização do interesse jurídico lesado (v.g. direito de personalidade atacado), ensejando que a reparação do dano extrapatrimonial guarde uma razoável relação de conformidade com o bem jurídico efetivamente ofendido. (*in* O arbitramento da indenização por dano moral e a jurisprudência do STJ. Revista JC. Edição n. 188. p. 15-16).

Mais a frente, ressalta o ilustre Professor e Ministro que o arbitramento da compensação pecuniária, em respeito aos critérios acima elencados, deve se dar em duas etapas:

Na *primeira fase*, arbitra-se o valor básico da indenização, considerando-se o interesse jurídico atingido, em conformidade com os precedentes jurisprudenciais acerca da matéria (técnica do grupo de casos). Assegura-se, com isso, uma razoável igualdade de tratamento para casos semelhantes, assim como que situações distintas sejam tratadas desigualmente na medida em que se diferenciam.

Na *segunda fase*, procede-se à fixação definitiva da indenização, ajustando-se o seu montante às peculiaridades do caso com base nas suas circunstâncias. Partindo-se da indenização básica, esse valor deve ser elevado ou reduzido de acordo com as circunstâncias particulares do caso (gravidade do fato em si, culpabilidade do agente, culpa concorrente da vítima, condição econômica das partes) até se alcançar o montante definitivo.

Com a utilização desse método bifásico, procede-se a um arbitramento efetivamente equitativo, respeitando-se as circunstâncias e as peculiaridades de cada caso concreto.

Chega-se, desse modo, a um ponto de equilíbrio em que as vantagens dos dois critérios estarão presentes. Alcança-se, de um lado, uma razoável correspondência entre o valor da indenização e o interesse jurídico lesado, enquanto, de outro lado, obtém-se um montante correspondente às circunstâncias do caso. Finalmente, a decisão judicial apresenta a devida fundamentação acerca da forma como arbitrou o valor da indenização pelos danos extrapatrimoniais. (*in* O arbitramento da indenização por dano moral e a jurisprudência do STJ. Revista JC. Edição n. 188. p. 17).

Portanto, inexistente fórmula alquímica ou jurídica capaz de definir o *quantum* devido a título de danos não patrimoniais, à medida que não são tarifáveis ou mensuráveis; busca-se apenas por meio da condenação em pecúnia a minimização da dor, da mácula e do sofrimento da parte.

Por essas razões, em face da extensão dos danos sofridos pelos Autores, que perderam o primeiro filho em razão da negligência dos prepostos do nosocômio Réu no atendimento da Demandada em seu trabalho de parto, a manutenção da sentença que fixou o *quantum* compensatório em R\$ 100.000,00 (cem mil reais) *pro rata* é medida que se impõe, pois razoável e condizente com a gravidade do caso ora analisado.

Por fim, igualmente não há como acolher o pedido de concessão dos benefícios da justiça gratuita e isenção das verbas sucumbenciais, uma vez que houve o recolhimento de preparo pelo Recorrente (fls. 228-229), fato que se mostra incompatível com o pleito em questão. Com efeito, tal ato implica em renúncia tácita da benesse requerida, vez que a sua concessão está diretamente interligada à hipossuficiência do postulante.

Nesse sentido, colhe-se julgado deste Tribunal de Justiça:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE RECONHECIMENTO

E DISSOLUÇÃO DE SOCIEDADE DE FATO ENTRE CONVIVENTES CUMULADA COM PEDIDO LIMINAR DE TUTELA ANTECIPADA DE ALIMENTOS PROVISIONAIS. REQUERIMENTO DA BENESSE DA JUSTIÇA GRATUITA. PAGAMENTO DO PREPARO RECURSAL QUE IMPLICA EM RENÚNCIA TÁCITA QUANTO À CONCESSÃO DO BENEFÍCIO PLEITEADO. BENESSE INDEFERIDA. [...]. (Agravo de Instrumento n. 2015.041466-9, de Itapema, rel. Des. Stanley Braga, j. 03-09-2015 – grifou-se). (Grifou-se)

Portanto, o benefício não pode ser concedido.

Diante das razões expostas, nega-se provimento ao recurso, mantendo-se incólume a decisão objurgada.

É o voto.

Apelação n. 0000244-71.2012.8.24.0063 (2013.072062-1)

Relator: Desembargador Stanley Braga

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE COBRANÇA C/C INDENIZAÇÃO POR LOCUPLETAMENTO ILÍCITO. CONTRATO DE PARCERIA PECUÁRIA. AJUSTE QUE PREVIA A ENGORDA DE BOVINOS, COM A POSTERIOR VENDA. ALEGAÇÃO DE QUE O REBANHO FOI ALIENADO SEM A PRÉVIA AUTORIZAÇÃO DO PROPRIETÁRIO. EXTINÇÃO DO FEITO, NA ORIGEM, COM RESOLUÇÃO DO MÉRITO (ART. 269, IV, CPC/1973), POIS RECONHECIDA A PRESCRIÇÃO, NOS TERMOS DO ART. 206, § 3º, I E V, DO CÓDIGO CIVIL.

RECLAMO DO AUTOR. PRETENSÃO AO AFASTAMENTO DA PRESCRIÇÃO. NEGÓCIO JURÍDICO ENTABULADO ENTRE AS PARTES PREVISTO PELA LEI 4.504/1964 E DISCIPLINADO PELO DECRETO FEDERAL N. 59.566, DE 14-11-1966. DIPLOMAS NORMATIVOS QUE NÃO ESPECIFICARAM QUAL SERIA O LAPSO PRESCRICIONAL PARA O AJUIZAMENTO DE DEMANDAS RELATIVAS AO INADIMPLEMENTO DE AVENÇAS COMO A PRESENTE. APLICAÇÃO DO ART. 205 DO CÓDIGO CIVIL AO CASO CONCRETO. PRAZO PRESCRICIONAL DA PRETENSÃO DO AUTOR DE 10 (DEZ) ANOS. PRECEDENTES. AFASTADO O RECONHECIMENTO DA PRESCRIÇÃO, PORQUANTO A *ACTIO* FOI PROPOSTA E TEMPO E MODO. SENTENÇA CASSADA. IMPOSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DO ART. 1.013, § 4º, DO CPC. CAUSA QUE NÃO ESTÁ APTA AO JULGAMENTO IMEDIATO. REMESSA DOS AUTOS À ORIGEM PARA O PROSEGUIMENTO DA DEMANDA QUE SE IMPÕE. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação n. 0000244-71.2012.8.24.0063, da comarca de São Joaquim 1ª Vara em que é Apelante José Gonçalves de Oliveira e Apelado James Alessander Velho.

A Quarta Câmara de Direito Civil decidiu, por votação unânime, conhecer do recurso e dar-lhe provimento. Custas legais.

Participaram do julgamento, realizado nesta data, os Exmos. Srs. Des. Júlio César M. Ferreira de Melo e Rubens Schulz.

Florianópolis, 4 de agosto de 2016.

Stanley Braga
PRESIDENTE E RELATOR

RELATÓRIO

Nos termos da decisão de Primeiro Grau (fls. 24-26):

“José Gonçalves de Oliveira, já qualificado, propôs AÇÃO DE COBRANÇA c/c INDENIZAÇÃO POR LOCUPLETAMENTO ILÍCITO contra James Alessander Velho, alegando em síntese:

‘Que as partes celebraram contrato de parceria pecuária no ano de 2004, sendo que, o requerente foi residir no exterior e passados mais de três anos veio a saber que o requerido havia vendido os gados que deixou para engorda. Que tentou localizar o requerido mas não obteve êxito. Por fim, pugnou pela condenação do requerido ao pagamento de R\$ 24.966,00 (...) a título de ressarcimento, ainda a condenação de verba indenizatória a título de lucros cessantes, a ser fixado ao arbítrio do juízo, com as cominações de estilo’.

A causa foi valorada e com a inicial veio o documento de fl. 08. Citado o requerido, este apresentou contestação, alegando em suma:

‘A ocorrência de prescrição e, no mérito, alegou que firmou o contrato para a engorda dos semoventes, mas, que alguns meses após foi procurado por representantes do requerente para a entrega dos animais, o que restou confirmado por telefone com o próprio requerente que confirmou a decisão e disse que seus representantes poderiam tomar conta do lote de bovinos, ficando prejudicado o contrato. Fíndou alegando que a partir de julho de 2004 não manteve mais contato com o requerente.

Ao final, pugnou pela improcedência do pedido pela prescrição e pelos fatos descritos’.

Devidamente intimado, o requerente não impugnou a contestação, conforme certidão de fl. 22”.

Restando o litígio assim decidido na Instância *a quo*:

“Ante o exposto e tudo o mais que dos autos consta, reconheço a prescrição e JULGO IMPROCEDENTE a presente ação, com resolução do mérito, nos termos do art. 269, IV, do CPC.

Condeno o requerente ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, os quais fixo em R\$ 800,00 (oitocentos reais)”.

Inconformado com o teor da prestação jurisdicional, José Gonçalves de Oliveira interpôs recurso de apelação (fls. 30-34), momento processual em que protestou pela cassação da sentença.

Em suas razões, disse que o pedido inicial não estaria prescrito, pois a pretensão à cobrança de valores referentes ao contrato de parceria pecuária prescreveria em 10 (dez) anos, na forma do art. 205 do Código Civil, porquanto ausente disposição expressa na sobre o prazo prescricional de contratos de parceria pecuária, o que atrairia a previsão geral do Código Civil.

Por tal motivo, ao que narrou, não haveria falar em prescrição, especialmente porque a demanda foi proposta tempestivamente, estando, portanto, apta à retomada do curso da lide, a fim de equacionar os pedidos iniciais.

Recebido o reclamo em seu duplo efeito (fl. 36), foi juntada aos autos cópia de exceção de incompetência relativa deflagrada pelo réu, extinta sem resolução do mérito diante do julgamento da demanda principal (fls. 38-39).

Não foram oferecidas contrarrazões, conforme certificado à fl. 41.

Regularmente preparado (fl. 34), a tempo e modo, ascenderam os autos a esta Instância.

Este é o relatório.

VOTO

Da admissibilidade:

Presentes os pressupostos legais, o recurso é conhecido.

Do julgamento:

Prejudicial:

Anota-se que o reclamo pretende afastar o reconhecimento da prescrição das pretensões autorais, de forma que a matéria, por se confundir com o mérito da controvérsia, será analisada adiante, especialmente porque não foram arguidas outras questões preambulares.

Mérito:

José Gonçalves de Oliveira propôs “ação de cobrança c/c indenização por locupletamento ilícito” em desfavor de James Alessandro Velho, com a qual pretendeu, em resumo, o recebimento de R\$ 24.966,00 (vinte e quatro mil e novecentos e sessenta e seis reais), em razão do alegado inadimplemento do contrato de parceria pecuária entabulado entre as partes em 1º-3-2004.

Disse o autor que o réu se comprometeu a invernar o gado, para propiciar a engorda dos animais, os quais deveriam ser vendidos com a concordância de ambas as partes; contudo, narrou que “passados mais ou menos três anos de parceria, o autor veio a descobrir que o réu já tinha vendido todo o gado e não lhe havia repassado o valor dos bois e a metade da engorda” (fl. 3), justificando, assim, o montante que pretende receber.

Não obstante, o juízo *a quo* teve por bem em declarar a prescrição do exercício do direito autoral, extinguindo o feito na forma do art. 269, IV, do Código de Processo Civil, com esteio nos seguintes fundamentos (fls. 25-26):

Remontando ao antigo Código Civil, o prazo a ser aplicado ao caso dos autos seria aquele previsto no art. 178, § 10º, inc. IV, do Código Civil de 1916, sendo que, desde já temos a seguinte decisão acerca da alegada prescrição:

[*omissis*]

Assim, por analogia e considerando que a data do contrato de parceria data do ano de 2004, é de se ponderar que inicialmente aplica-se o disposto no art. 206, § 3º, I e V, do *novel* Código Civil de 2002, *ipsis litteris*:

[*omissis*]

Ainda que se admite a aplicação do disposto no art. 206, § 5º, I, do Código Civil, ou seja, o prazo prescricional de cinco anos, ainda assim estaria acobertada pela prescrição a presente *actio*, vejamos:

[*omissis*]

No caso dos autos constata-se que passaram praticamente 8 (oito) anos desde a data da assinatura da parceria rural (fl. 8) até a propositura da ação, restando o direito do requerente totalmente prescrito, seja em relação à cobrança quanto à indenização postulada.

Concessa venia ao entendimento esposado na origem, a pretensão do autor não está fulminada pela prescrição, tal como se passa a expor.

Recorda-se, por oportuno, que os litigantes entabularam, em 1º-3-2004, um contrato de parceria pecuária, nos seguintes termos (fl. 8):

Foi realizada uma parceria pecuária de 73 bois de marca no valor de R\$ 342,00 [trezentos e quarenta e dois reais] cada um, sendo que na venda dos mesmos este valor pertencerá ao Sr. José Gonçalves (Zeca) a cada boi

comercializado e o aumento de preço destes animais serão repartidos em partes iguais, isto é 50% [cinquenta por cento] para o Sr. James Velho e 50% [cinquenta por cento] para o Sr. José Gonçalves, venda esta que será efetuada quando ambos julgarem o melhor momento.

São Joaquim, 01 de março de 2004. (sic)

Trata-se, portanto, de um contrato de parceria pecuária, previsto pelo art. 96 da Lei n. 4.504/1964 (Estatuto da Terra) e disciplinado pelo Decreto n. 59.566, de 14-11-1966, a saber:

Art. 4º Parceria rural é o contrato agrário pelo qual uma pessoa se obriga a ceder à outra, por tempo determinado ou não, o uso específico de imóvel rural, de parte ou partes do mesmo, incluindo, ou não, benfeitorias, outros bens e ou facilidades, com o objetivo de nele ser exercida atividade de exploração agrícola, pecuária, agro-industrial, extrativa vegetal ou mista; e ou lhe entrega animais para cria, recria, internagem, engorda ou extração de matérias primas de origem animal, mediante partilha de riscos do caso fortuito e da força maior do empreendimento rural, e dos frutos, produtos ou lucros havidos nas proporções que estipularem, observados os limites percentuais da lei. [...]

Art. 5º Dá-se a parceria:

[...]

II - pecuária, quando o objetivo da cessão forem animais para cria, recria, internagem ou engorda; [...]

Apesar de tais comandos normativos tratarem de modo exaustivo o contrato de parceria pecuária, o legislador teve por bem em não disciplinar um prazo prescricional específico, de modo que, excepcionalmente, o art. 205 Código Civil é a fonte normativa sobre a temática, porquanto dispõe que “a prescrição ocorre em dez anos, quando a lei não lhe haja fixado prazo menor”.

Sobre o tema, colhe-se da lição de Silvio Rodrigues:

No Capítulo IV do Título IV, em dois artigos, cuida o Código Civil dos prazos de prescrição.

No primeiro deles, art. 205, encontra-se a regra geral segundo a qual a prescrição ocorre em dez anos quando a lei não lhe haja fixado prazo menor. De modo que dez anos é o prazo máximo da prescrição. [...] Tal princípio se aplica a todos os casos de prescrição para os quais o Código Civil não previu outro prazo, de modo que, ou a lei impõe um lapso menor para a prescrição, ou então a ação prescreve dentro do intervalo mencionado pelo art. 205. (Direito civil: parte geral, 32ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2002, p. 346-347)

De se ver, portanto, que o prazo prescricional relativo ao suposto inadimplemento de contrato de parceria pecuária, diante da ausência de previsão específica na legislação que o rege, deverá ser o prazo de 10 (dez) anos, a exata previsão do já citado art. 205 do Código Civil.

Assim se afirma porque não se pode aplicar a analogia com hipóteses diversas quando a própria Norma Civil estabelece que, ausente previsão, aplica-se o prazo decenal.

Ao apreciar hipótese semelhante a presente, assim decidiu esta Corte de Justiça:

APELAÇÕES CÍVEIS. CONTRATO DE PARCERIA RURAL. RESCISÃO. SENTENÇA QUE RECONHECEU A CULPA EXCLUSIVA DOS RÉUS. INSURGÊNCIA DOS REQUERIDOS. AVENÇA FIRMADA EM NOME DA PESSOA JURÍDICA. ILEGITIMIDADE PASSIVA DO REPRESENTANTE LEGAL RECONHECIDA. PRESCRIÇÃO. [...]

O decurso do prazo prescricional fulmina a exigibilidade do direito face à inércia do seu titular. Nesse sentido, o termo inicial deve ser a data da ciência inequívoca da situação geradora da ação. Em relação ao prazo, inexistindo previsão legal específica, incide a norma geral inserta no art. 205 do Código Civil, que estipula prescrição decenal. [...] (Apelação Cível n. 2011.074454-6, de Lages, rel. Des. Sebastião César Evangelista, j. 23-4-2015).

Não destoia o entendimento do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná – TJPR:

APELAÇÃO CÍVEL (1) – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS CAUSADOS EM PARCERIA AGRÍCOLA C/C LUCROS CESSANTES, DANOS MATERIAIS E MORAIS E NULIDADE DE CLÁUSULA CONTRATUAL – PEDIDO DE AFASTAMENTO DA PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO INDENIZATÓRIA – ACOLHIMENTO – HIPÓTESE DE ILÍCITO CONTRATUAL – INCIDÊNCIA DO PRAZO PRESCRICIONAL DECENAL PREVISTO NO ART. 205 DO CC – DEMAIS ALEGAÇÕES PREJUDICADAS – NECESSIDADE DE INSTRUÇÃO PROBATÓRIA – SENTENÇA CASSADA – RECURSO PROVIDO.

Considerando-se que a demanda versa sobre ilícito contratual e perdas e danos decorrentes, ainda que de modo reflexo, da violação do contrato celebrado pelas partes, aplica-se o prazo prescricional decenal previsto no art. 205 do Código Civil e não o prazo trienal estabelecido para as pretensões puramente indenizatórias. (Apelação Cível n. 1158065-1, de Cruzeiro do Oeste, rel. Des. Marcel Guimarães Rotoli de Macedo, j. 17-9-2015)

Ainda da Corte paranaense:

APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO MONITÓRIA – CONTRATO DE PARCERIA AGRÍCOLA – ALEGADA PRESCRIÇÃO NÃO CONFIGURADA – ILIQUIDEZ DO TÍTULO – PRAZO DECENAL – EXEGESE DO ARTIGO 205 DO CÓDIGO CIVIL – LIQUIDAÇÃO POR ARBITRAMENTO – SENTENÇA CORRETA – RECURSO DESPROVIDO. (Apelação Cível n. 9931151-9, de Terra Roxa, rel. Des. Joeci Machado Camargo, j. 20-3-2013)

Em reforço, colhe-se do acervo de julgados do Tribunal de Justiça do Estado do Pernambuco – TJPE:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE COBRANÇA. CONTRATO DE PARCERIA PECUÁRIA. ENGORDA DE GADOS. PRAZO PRESCRICIONAL DE 10 (DEZ) ANOS. ART. 205

DO CC. PRELIMINAR DE PRESCRIÇÃO REJEITADA. DESCUMPRIMENTO CONTRATUAL EVIDENCIADO. DANOS MATERIAIS DEVIDOS. APELO A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. O contrato de parceria pecuária para engorda de gado foi celebrado entre as partes no dia 19-12-2002, pelo prazo de 24 (vinte e quatro) meses, como se infere de sua cláusula terceira, portanto, com vigência até o dia 19-12-2004. Logo, por se tratar de dívida ilíquida, apurável somente com a resolução do contrato, o prazo prescricional deve ser solucionado à luz do art. 205 do Código Civil, que trata da prescrição em 10 (dez) anos e, no caso, a ação de cobrança foi distribuída no dia 01-12-2008, quando ainda não havia transcorrido o prazo prescricional de que trata o sobredito dispositivo [...] (Apelação Cível n. 0050329-87.2008.8.17.0001, rel. Des. Stênio José de Sousa Neiva Coêlho, j. 21-8-2013).

No caso dos autos, recorda-se, os litigantes entabularam o contrato de parceria pecuária em 1º-3-2004; contudo, historiou o demandante que aproximadamente após três anos da assinatura do pacto, ao retornar de viagem ao exterior, constatou a venda não autorizada do rebanho.

É oportuno recordar o teor do art. 189 do Código Civil, que apregoa “violado o direito, nasce para o titular a pretensão, a qual se extingue, pela prescrição, nos prazos a que aludem os arts. 205 e 206”, donde, o princípio da *actio nata*, pelo qual a pretensão ao ressarcimento por dano nasce no exato momento em que ocorre a efetiva violação do direito reclamado, tal como se reconhece, pacificamente, no Superior Tribunal de Justiça, a teor deste precedente:

[...] O direito de pedir indenização, pelo Princípio da *actio nata*, surge quando constatada a lesão e suas consequências, fato que desencadeia a relação de causalidade e leva ao dever de indenizar. Precedente: AgRg no REsp 1014923/GO, Rel. Ministro Sérgio Kukina, Primeira Turma, DJe 25/11/2014.

2. A citação em ação anteriormente ajuizada, que declara a nulidade do ato administrativo que dá ensejo ao pedido de indenização, constitui

causa interruptiva da prescrição, nos moldes dos arts. 202, I, do Código Civil e 219 do CPC. Nesse sentido: AgRg no AREsp 220.416/DF, minha relatoria, Primeira Turma, DJe 18/02/2014. [...] (AgRg no REsp 1462281/PR, rel. Min. Benedito Gonçalves, Primeira Turma, j. 17-9-2015).

Sendo assim, considerando que o pacto foi levado a efeito em 1º-3-2004 – e que a venda se deu aproximadamente 3 (três) anos depois, possivelmente em meados de 2007, a pretensão do autor foi proposta a tempo e modo, pois manejada em 3-3-2012 (fl. 2), dentro, portanto, do lapso prescricional de 10 (dez) anos previsto no art. 205 do Código Civil.

Dessarte, o reclamo do autor deve ser provido, a fim de cassar a sentença e determinar a remessa dos autos à origem, para o seu regular processamento, diante da impossibilidade de julgamento imediato da demanda (art. 1.013, § 4º, do CPC), ante a necessidade de aperfeiçoamento da instrução probatória.

Ante o exposto, com a ressalva de que a hipótese não enseja a manifestação Ministerial, conhece-se do recurso e dá-se-lhe provimento a fim de cassar a decisão *a quo*, porquanto afastada a prescrição, e, por consequência, determina-se o prosseguimento do feito.

Este é o voto.

QUINTA CÂMARA DE DIREITO CIVIL

Apelações n. 0015489-16.2011.8.24.0045 e 0011982-47.2011.8.24.0045, de Palhoça

Relator: Desembargador Luiz César Medeiros

CIVIL – COMPROMISSO DE COMPRA E VENDA DE IMÓVEL – LOJA – SHOPPING CENTER – MUDANÇA DE DESTINAÇÃO – CENTRO TECNOLÓGICO – DECISÃO DO CONDOMÍNIO – CONSTRUTORA – BOA-FÉ OBJETIVA – AUSÊNCIA – RESCISÃO – DEVOLUÇÃO INTEGRAL – ENTREGA DA UNIDADE – DEMONSTRAÇÃO INEXISTENTE

1 Os contraentes devem manter conduta ética antes, durante e depois do cumprimento do contrato. Como vendeu unidades autônomas em Shopping Center, a construtora tem o dever de fazer com que a vontade manifestada pelos compradores na avença, isto é, de adquirir loja nesse tipo de empreendimento, seja respeitada.

2 A vendedora manifesta comportamento contratual inaceitável, contrário à boa-fé objetiva, quando vota em assembleia condominial pela modificação da destinação do empreendimento por si comercializado. Nessa situação, deve ser reconhecida sua falta contratual, com a possibilidade de os compradores rescindirem a avença sem nenhum ônus a si, no caso.

3 Não é devida indenização equivalente a aluguéis ou taxas de condomínio por aquele que não deu causa à resolução do contrato. Mormente quanto ausente prova indene de dúvida sobre a entrega do objeto contratual.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação n. 0015489-16.2011.8.24.0045, da Comarca de Palhoça 2ª Vara Cível em que são Apelantes e Apelados Luciana Capeleto e Par Construtora e Incorporadora Ltda.

A Quinta Câmara de Direito Civil decidiu, por votação unânime, conhecer das apelações de Luciana Capeleto e dar-lhes parcial provimento; prejudicada a apelação de Par Construtora e Incorporadora Ltda. Custas na forma da lei.

Participaram do julgamento, realizado no dia 24 de outubro de 2016, os Excelentíssimos Senhores Desembargador Luiz César Medeiros, Desembargador Henry Petry Junior e Desembargador Jairo Fernandes Gonçalves.

Florianópolis, 25 de outubro de 2016.

Desembargador Luiz César Medeiros
PRESIDENTE E RELATOR

RELATÓRIO

Processo n. 0011982-47.2011.8.24.0045

Adoto o relatório da r. sentença de fls. 375-388, da lavra do Magistrado Maximiliano Losso Bunn, por refletir fielmente o contido no presente feito:

“Luciana Capeleto, qualificada nos autos, ajuizou a presente ação de rescisão de contrato c/c indenização por danos materiais e morais contra Par Construtora e Incorporadora Ltda., parte igualmente individuada no caderno processual.

Resumidamente, expôs ter celebrado com a ré, em setembro de 2003, contrato de promessa de compra e venda tendo por objeto loja no Shopping Center Pedra Branca, localizado nesta comarca.

Proseguiu afirmando que a requerida comercializou o empreendimento apresentando-o como shopping center “destinado unicamente para fins comerciais, inclusive com salas de cinema e demais atrativos ao prestígio de um centro de compras” (fl. 03).

Sustentou que a unidade negociada seria o local em que daria

prosseguimento à atividade de sua loja ‘Purpurata Acessórios’, já instalada há 3 anos no Centro de Florianópolis/SC.

Porém, conforme alegou, além de não ter sido entregue a loja, o objeto do contrato foi alterado em Assembleia Geral Extraordinária convocada para 07.04.2005, transformando-se o empreendimento em centro comercial com foco em empresas de tecnologia.

Aduziu que o negócio deixou de ser atrativo, “pois montar uma loja ao lado de outras 138, com atrações diversas como previsto, é totalmente distante e diferente de abrir uma loja num piso destinado a atividades acadêmicas e/ou centradas em tecnologia” (fl. 09).

Além disso, narrou que, após a assinatura do contrato e fixação do valor das parcelas, a requerida impôs o rateio para compra e instalação central de ar condicionado, o que lhe onerou em demasia.

Ainda, segundo entende, a demandada lhe repassou indevidamente as despesas de corretagem, embora não haja qualquer cláusula contratual impondo tal obrigação.

Diante disso, e após dizer do Direito que entende pertinente à hipótese, pleiteou a rescisão contratual e a condenação da parte contrária ao pagamento de danos materiais (devolução da integralidade dos valores pagos parcelas mensais, corretagem e ar condicionado) e danos morais (pelo abalo anímico decorrente da expectativa frustrada). Requereu, ainda, a devolução de eventuais notas promissórias dadas em garantia.

Formulou os requerimentos procedimentais de estilo, inclusive justiça gratuita.

Valorou a causa e juntou instrumento de mandato e documentos (fls. 27/101).

Foi deferida a gratuidade judiciária e determinada a citação (fl. 102).

A requerida apresentou resposta na forma de contestação (fls. 124/143), por meio da qual, preliminarmente, arguiu conexão com a demanda de n. 045.11.015489-9 e ilegitimidade passiva. Como prejudicial de mérito,

suscitou prescrição relativamente ao pleito de danos morais. Quanto à matéria de fundo, em síntese, asseverou que as alterações levadas a efeito, além de guardarem conformidade com a lei e a convenção de condomínio, foram necessárias para manter a viabilidade econômica do empreendimento. Defendeu, ainda, que cumpriu todas as suas obrigações, tendo entregue as chaves do imóvel em 17.03.2005, mas a requerida restou inadimplente. Outrossim, esclareceu que, ‘o empreendimento não deixou de ser um centro comercial e de entretenimento, apenas passou a ser, também, um centro empresarial com foco em firmas de alta tecnologia, sem deixar de possibilitar a existência de lojas comerciais (tal e qual inicialmente concebidos)’ (fl. 132). Concluiu afirmando que a autora não paga qualquer valor desde novembro de 2004, muito antes da assembleia pela qual se decidiu pelo aumento do rol de atividades (em 07.04.2005). Pugnou, pois, pela improcedência dos pedidos.

Réplica às fls. 267/285.

Realizada audiência instrutória, foi ouvida uma testemunha (fls. 323/326).

Alegações finais às fls. 329/338 e 354/359.

Diante da juntada de novos documentos pela ré em seus memoriais, a acionante teve vista e se manifestou às fls. 362/365.

Vieram os autos conclusos”.

Acresço que o Togado *a quo* julgou parcialmente procedentes os pedidos, por meio da sentença cujo dispositivo segue transcrito:

“Ante todo o exposto, com fulcro no art. 269, I, do Código de Processo Civil, JULGO PARCIALMENTE PROCEDENTES os pedidos formulados por Luciana Capeleto contra Par Construtora e Incorporadora Ltda., para determinar a restituição dos valores adimplidos pela parte autora, excluído o importe pago a título de sinal e operadas as deduções estabelecidas na cláusula 18ª do contrato *sub judice* (fl. 41), com correção monetária pelo INPC desde cada desembolso.

Determina-se, também, que a requerida devolva à autora as notas promissórias vinculadas ao negócio.

Havendo sucumbência recíproca, e ponderada a carga valorativa dos pedidos, entendo que a autora decaiu de parcela substancial de suas pretensões, devendo ser condenada – como de fato condeno – ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, estes que fixo no importe de R\$ 3.000,00 (três mil reais), nos moldes do art. 20, § 4º, do *Codex Instrumentalis*.

A exigibilidade dessas verbas, porém, fica suspensa, por ser a requerente beneficiária da justiça gratuita (fl. 102).

Não sendo em princípio hipótese de aplicação do disposto nos incisos do art. 520 do CPC, em havendo eventual recurso pelas partes, e uma vez certificada sua tempestividade e preparo, intime-se a parte contrária para contrarrazões e, também independentemente de despacho, remeta-se o feito ao Tribunal de Justiça, com as homenagens de rigor (havendo qualquer situação diversa, façam os autos conclusos para análise)”.

Embargos de declaração (fls. 319-403) foram rejeitados (fls. 405-406).

Irresignada, Luciana Capeleto interpõe apelação, na qual alega: a) a assembleia de condomínio que alterou a finalidade do empreendimento é nula, porque não houve a convocação dos proprietários, de modo que os efeitos decorrentes desse ato do condomínio não podem atingir a recorrente; b) mudar a finalidade da edificação, antes mesmo de a autora ser imitada na posse de sua unidade, para vender mais imóveis representa ato abusivo da recorrida; c) não recebeu a posse da coisa, até porque não pagou as parcelas da chave; d) o pai da demandante não tinha poderes para assinar termo de vistoria; e) não podem ser retidos valores para adimplir corretagem, porquanto não houve a prestação desse serviço (inexistiu intervenção de corretor), nem o preço do imóvel por ele é composto; f) houve ato ilícito gerador de danos morais, pela vendedora, que alterou o contrato de forma unilateral, sem a anuência da compradora, que nem sequer sabia da possibilidade da mudança da destinação do edifício; g) as arras devem ser devolvidas, porque não há cláusula estabelecendo o perdimento; h) a alteração de objeto da edificação, de Shopping Center para Centro Tecnológico, decorreu de má-fé da apelada,

pois começou a vender as unidades em 2003 e em 2005 já modificou a destinação; além disso, a assembleia condominial foi presidida por sócia da ré, a qual detinha, sozinha, a maioria das salas do condomínio; com isso, o contrato deve ser rescindido, com a devolução integral das quantias pagas; e i) com a reforma da sentença, os honorários devem ser redistribuídos, ou, sucessivamente, seja arbitrada remuneração a seu patrono, porquanto houve sucumbência recíproca (fls. 409-433).

Sem contrarrazões (fl. 451).

Processo n. 0015489-16.2011.8.24.0045

Adoto o relatório da r. sentença de fls. 572-588, da lavra do Magistrado Maximiliano Losso Bunn, por refletir fielmente o contido no presente feito:

“Par Construtora e incorporadora Ltda., qualificada nos autos, ajuizou a presente ação de rescisão contratual c/c reintegração de posse e perdas e danos contra Luciana Capeleto, parte igualmente individuada no caderno processual.

Resumidamente, expôs ter celebrado com a demandada contrato de compromisso de compra e venda, tendo por objeto loja no Shopping Center Pedra Branca, localizado nesta comarca, no valor de R\$ 37.357,80, a ser pago parceladamente.

Sustentou que a ré, imitada na posse do imóvel, não realizou o pagamento das prestações ajustadas, mesmo notificada extrajudicialmente. Narrou que também se encontram pendentes dívidas relativas ao IPTU, energia elétrica e taxas condominiais.

Diante disso, pleiteou a rescisão do contrato, com sua reintegração na posse do imóvel (inclusive em caráter liminar), autorizando-se a retenção do sinal pago. Requereu também a condenação da parte contrária ao pagamento de indenização pela ocupação indevida do imóvel, bem como correspondente a ‘todas as despesas e tributos incidentes sobre o imóvel em tal período (IPTU, luz, condomínio, etc.)’ (fl. 07).

Formulou os demais requerimentos procedimentais de estilo, valorou a causa e juntou instrumento de mandato e documentos (fls. 09/61).

Relegou-se o exame do pedido antecipatório (fl. 62).

Citada, a ré apresentou contestação (fls. 67/94), arguindo, preliminarmente, impossibilidade jurídica do pedido e litispendência. No mérito, em síntese, defendeu que a requerente deu causa à rescisão do contrato, ao alterar o objeto contratado (houve modificação da natureza do empreendimento: de shopping para centro comercial), bem como diante da não entrega da loja, o que inclusive é objeto da ação de n. 045.11.011982-1 (em apenso). Defendeu a impossibilidade da cobrança de taxas condominiais pela autora. Pugnou, então, pela improcedência dos pedidos.

Apresentou também reconvenção (fls. 164/188), por meio da qual requereu a condenação da autora/reconvinda ao pagamento em dobro de quantia cobrada para instalação de ar condicionado, bem como devolução integral dos valores investidos e danos morais. Pleiteou ainda a declaração de inexigibilidade da cobrança atinente às taxas condominiais e a aplicação da multa contratual.

A autora reiterou o pedido de tutela de urgência (fls. 191/193) e apresentou réplica (fls. 226/241).

Ofertou, ainda, contestação à reconvenção (fls. 330/351), pela qual arguiu, prefacialmente, litispendência e ilegitimidade passiva. Como prejudicial de mérito, suscitou prescrição da pretensão indenizatória. No mérito propriamente dito, reforçou, basicamente, os termos da peça vestibular.

A requerida se manifestou às fls. 358/367 e 368/392.

O pedido de justiça gratuita formulado pela ré foi indeferido (fls. 408/409), mas, na via recursal, o Tribunal de Justiça de Santa Catarina concedeu a benesse (fls. 523/527).

Em audiência instrutória, foi ouvida uma testemunha.

Além disso, as partes, concordaram com o ingresso da autora na posse do imóvel na data de 09.05.2013 (fls. 452/454).

Alegações finais às fls. 547/468 e 469/478.

À fl. 494, determinou-se o apensamento aos autos de n. 045.11.011982-1, bem como a intimação da autora para o recolhimento de custas complementares, o que foi cumprido (fls. 567/571).

Vieram conclusos os autos”.

Acresço que o Togado *a quo* julgou parcialmente procedentes os pedidos da ação, extinguiu parte da reconvenção e julgou outra porção improcedente, por meio da sentença cujo dispositivo segue transcrito:

“Ante todo o exposto:

a) relativamente ao feito principal, com base no art. 269, I, do CPC, JULGO PARCIALMENTE PROCEDENTES os pedidos formulados por Par Construtora e Incorporadora Ltda. contra Luciana Capeleto, para rescindir o contrato de compromisso de compra e venda celebrado entre as partes e reintegrar a autora na posse do imóvel negociado, bem como autorizar a retenção do valor pago a título de sinal (R\$ 8.848,07), corrigido monetariamente pelo INPC desde o desembolso.

Tendo havido sucumbência recíproca, e ponderada a carga valorativa dos pedidos, condeno as partes ao pagamento das custas processuais *pro rata*, na proporção de 40% (quarenta por cento) para a autora e 60% (sessenta por cento) para a ré.

Honorários advocatícios em R\$ 3.000,00 (três mil reais) em favor do patrono da autora e em R\$ 2.000,00 (dois mil reais) para o advogado da requerida, a teor do art. 20, § 4º, do CPC.

A exigibilidade dessas verbas fica suspensa contra a demandada, beneficiária que é da justiça gratuita (fls. 552/557), na forma do art. 12 da Lei n. 1.060/50.

b) no que toca à reconvenção, JULGO-A EXTINTA quanto aos pleitos

de devolução de valores e indenização por danos morais (art. 267, V, do CPC) e JULGO IMPROCEDENTES os demais pedidos (art. 269, VI, do CPC).

Condeno a reconvinte ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, que fixo em R\$ 3.000,00 (três mil reais), cuja exigibilidade fica suspensa, diante da gratuidade da justiça, como dito.

Não sendo em princípio hipótese de aplicação do disposto nos incisos do art. 520 do CPC, em havendo eventual recurso pelas partes, e uma vez certificada sua tempestividade e preparo, intime-se a parte contrária para contrarrazões e, também independentemente de despacho, remeta-se o feito ao Tribunal de Justiça, com as homenagens de rigor (havendo qualquer situação diversa, façam os autos conclusos para análise)”.

Embargos de declaração (fls. 590-602 e 603-605) foram rejeitados (fls. 606-607 e 608-609).

Irresignada, Luciana Capeleto interpõe apelação, na qual alega: a) a assembleia de condomínio que alterou a finalidade do empreendimento é nula, porque não houve a convocação dos proprietários, de modo que não os efeitos decorrentes desse ato do condomínio não podem atingir a recorrente; b) mudar a finalidade da edificação, antes mesmo de a autora ser imitada na posse de sua unidade, para vender mais imóveis representa ato abusivo da recorrida; c) não recebeu a posse da coisa, até porque não pagou as parcelas da chave; d) o pai da demandante não tinha poderes para assinar termo de vistoria; e) não podem ser retidos valores para adimplir corretagem, porquanto não houve a prestação desse serviço (inexistiu intervenção de corretor), nem o preço do imóvel por ele é composto; f) houve ato ilícito gerador de danos morais, pela vendedora, que alterou o contrato de forma unilateral, sem a anuência da compradora, que nem sequer sabia da possibilidade da mudança da destinação do edifício; g) as arras devem ser devolvidas, porque não há cláusula estabelecendo o perdimento; h) não está inadimplente, porquanto, quando soube da alteração da destinação do edifício, notificou a construtora para rescindir

o contrato; i) é descabida a reintegração de posse do imóvel, porque jamais a exerceu; j) a alteração de objeto da edificação, de Shopping Center para Centro Tecnológico, decorreu de má-fé da apelada, pois começou a vender as unidades em 2003 e em 2005 já modificou a destinação; além disso, a assembleia condominial foi presidida por sócia da ré, a qual detinha, sozinha, a maioria das salas do condomínio; com isso, o contrato deve ser rescindido, com a devolução integral das quantias pagas; k) os pedidos reconventionais (devolução em dobro da taxa de ar condicionado, inexigibilidade de taxas de condomínio e multa contratual) devem ser acolhidos, haja vista que a culpa pela rescisão é da construtora; e l) com a reforma da sentença, os honorários devem ser redistribuídos (fls. 614-637).

Também inconformada, Par Construtora e Incorporadora Ltda. apela, sustentando: a) faz jus à reparação pelo período em que a demandada esteve na posse do imóvel, cujo valor pode ser apurado em liquidação de sentença; b) a requerida deve ser condenada ao pagamento dos encargos imobiliários (IPTU, luz e condomínio) no período em que usufruiu o bem; c) devem ser indenizados os honorários advocatícios contratuais; e d) a ré deve ser *“condenada a indenizar a autora por todas as perdas e danos causados à apelante, em valor fixo (caso possível a apuração desde já) ou, em última análise, em quantia a ser apurada em liquidação de sentença”* (fls. 653-663).

Apresentadas contrarrazões, afastando as insurgências das partes adversas, tendo a ré asseverado inovação recursal da autora, bem como impugnado os documentos apresentados porque não são novos (fls. 702-709 e 710-727), com o que os autos ascenderam a esta Corte para julgamento, onde os recursos foram recebidos (fl. 730).

VOTO

1 Por primeiro, ressalta-se que, embora este julgamento esteja

ocorrendo após a vigência do Código de Processo Civil de 2015, a interposição do reclamo operou-se antes do advento do novo Diploma, razão pela qual será analisado conforme os ditames da legislação da época, em consonância com o Enunciado Administrativo n. 2 do Superior Tribunal de Justiça.

Por outro lado, o procedimento do julgamento do recurso realizado na vigência da *novel* codificação deverá respeitar os preceitos desta, conforme disposição do art. 1.046 do CPC de 2015.

2 Os autos tratam de ações conexas (CPC/2015, art. 55), porquanto ambas buscam a rescisão do contrato de compra e venda de loja no Shopping Center Pedra Branca, embora em uma se impute a culpa à compradora e noutra à vendedora. Conquanto o Juízo *a quo* tenha preferido proferir sentenças diversas em cada processo, o julgamento dos recursos será mais eficiente se feito por meio de decisão única.

3 Culpa pela rescisão: boa-fé objetiva

3.1 Ambas as partes pretendem a rescisão da avença entabulada: a compradora imputa culpa à vendedora, sob a assertiva de que mudou-se o objeto do contrato, já que não mais será um Shopping Center, mas um centro tecnológico; a alienante, por sua vez, atribui a responsabilidade pelo fim do pacto à adquirente, a qual deixou de adimplir as parcelas do preço.

A culpa pelo término do negócio é da vendedora, porque, com efeito, permitiu a mudança de seu objeto.

O contrato que vincula as partes, firmado em 22/10/2003, tem as seguintes disposições:

“PRIMEIRA PARTE: INFORMAÇÕES PRELIMINARES

1. DESCRIÇÃO DO TERRENO ONDE SERÁ EDIFICADO O **SHOPPING CENTER PEDRA BRANCA** E SEU REGISTRO IMOBILIÁRIO

O Shopping Center Pedra Branca será edificado no loteamento designado ‘Cidade Universitária Pedra Branca, Colinas da Pedra Branca I’, no Município de Palhoça, Santa Catarina [...].

[...]

3. IDENTIFICAÇÃO E DESTINAÇÃO DO EMPREENDIMENTO

Shopping Center Pedra Branca, destinado única e exclusivamente para fins comerciais” (fls. 34-46 dos autos 0011982-47.2011.8.24.0045) [sem grifo no original].

Inicialmente a unidade autônoma negociada era a loja 328 do piso Girassol (fl. 35), mas em termo aditivo estabeleceu-se que seria a loja 330 desse mesmo andar (fl. 47).

Ocorre que, em 7/4/2005, o Condomínio de proprietários, em assembleia da qual participou a vendedora, por meio de sua sócia Analisa, aprovou a mudança da destinação do edifício, que deixou de ser Shopping Center e passou a Centro Tecnológico (fls. 146/148 dos autos 0011982-47.2011.8.24.0045).

Com isso, mudou-se a destinação das unidades autônomas, que deixaram de ser lojas e passaram a ser salas comerciais. Conquanto a alguns dos compradores isso não acarrete nenhum prejuízo, à autora Luciana Capeleto representou dificuldade incontornável, uma vez que ali planejava instalar loja de bijuterias. É evidente que estabelecimento dessa natureza em um Shopping Center poderá atrair público significativo; em um Centro Tecnológico, provavelmente será inviável a sobrevivência.

Diz a vendedora que não pode ser responsabilizada por isso, porquanto a decisão não foi sua, mas dos condôminos.

Ocorre que ela votou favoravelmente à mudança, manifestando comportamento contratual inaceitável. Afinal, sabe-se que os contraentes devem manter conduta ética antes, durante e depois do cumprimento do contrato. Como vendeu unidades autônomas em Shopping Center, tinha

o dever de fazer com que a vontade manifestada pelos compradores na avença, isto é, de adquirir loja nesse tipo de empreendimento, fosse respeitada. No mínimo, deveria ter lutado para manter essa destinação, posicionando-se de forma contrária à mudança.

Não foi o que fez, porém. Veja-se que a Construtora é proprietária de 93 imóveis do condomínio – formado por 194 unidades autônomas (151 lojas, 2 salas, 6 quiosques, 1 bomboniere e 34 garagens), fls. 149-158 –, tendo votado favoravelmente a mudança para Cento Tecnológico. Percebe-se com isso que ela não mais quis cumprir a avença. Não mais desejava entregar lojas em Shopping Center, pois lhe seria vantajoso mudar o foco do empreendimento (nas razões expostas na assembleia em comento ficou claro que seria economicamente interessante essa modificação).

Mesmo que a alienante tivesse lutado perante o Condomínio, a fim de ver respeitada a vontade dos adquirentes de imóveis que ela edificou, diante dessa imposição dos demais proprietários, caberia a si facultar a rescisão àqueles a quem não mais seria vantajosa aquisição de imóvel em Centro Tecnológico. Em outras palavras, caso a maioria dos condôminos impusesse sua vontade e mudasse a destinação do empreendimento, a Construtora deveria ter ofertado aos compradores a possibilidade de rescindir a avença sem nenhum ônus, isto é, devolvendo a integralidade das quantias pagas.

Por outro lado, votar favoravelmente à mudança de objeto do empreendimento e ainda rescindir o contrato com penalização ao adquirente, como faz a Construtora, não é conduta aceitável. Admitir isso seria cancelar o comportamento contraditório da parte (*venire contra factum proprium*), o que é vedado pelo ordenamento legal, em vista do princípio geral de que ninguém pode se locupletar da própria torpeza.

Sabe-se que, durante toda a relação negocial, os contratantes devem agir de boa-fé, consoante determina o art. 422 do Código Civil:

Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.

Sobre mencionado princípio, Sílvio de Salvo Venosa leciona:

“No conceito de boa-fé objetiva, ingressa como forma de sua antítese, ou exemplo de má-fé objetiva, o que se denomina proibição de comportamento contraditório ou, na expressão latina *venire contra factum proprium*. Trata-se da circunstância de um sujeito que contradiz outra que a precede no tempo e assim constitui um proceder injusto e portanto inadmissível (STIGLITZ, 1999:491). Cuida-se de uma derivação necessária e imediata do princípio de boa-fé e, como assevera esse mesmo doutrinador argentino, especialmente na direção que concebe essa boa-fé como um modelo objetivo de conduta” (Direito civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 377).

Na lição de Regis Fichtner Pereira:

“O que se quer evitar com a proibição de *venire contra factum proprium* é que a parte da relação jurídica contratual adote mais de um padrão de conduta, segundo as vantagens que cada situação possa lhe oferecer. Não se pode admitir que, em um momento, a parte aja de determinada forma e, no seguinte, de forma totalmente diversa, apenas porque, nesse segundo momento, não lhe é conveniente adotar a mesma postura que adotou anteriormente” (A responsabilidade civil pré-contratual. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. pág. 85).

Aliás, o incentivo à boa-fé objetiva pelos contratantes encontra amparo também nos arts. 113 e 187 do Código Civil, por meio dos quais ficam evidenciadas as funções interpretativa e de controle do exercício de um direito ligadas ao princípio em comento:

“Art. 113. Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração”.

“Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao

exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”.

A Construtora, diante dessa alteração na finalidade do empreendimento, deveria, portanto, ter aceitado que a adquirente desistisse do negócio, sem nenhum ônus a ela.

É nesse sentido que a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça orienta:

“Civil. Recurso especial. Contrato de compra e venda de imóvel regido pelo Código de Defesa do Consumidor. Referência à área do imóvel.

[...]

– A disparidade entre a descrição do imóvel objeto de contrato de compra e venda e o que fisicamente existe sob titularidade do vendedor provoca instabilidade na relação contratual.

[...]

– Somente a preponderância da boa-fé objetiva é capaz de materializar o equilíbrio ou justiça contratual” (REsp n. 436.853/DF, Min. Nancy Andrighi).

Se a disparidade na descrição do imóvel é suficiente para afastar a boa-fé objetiva, também o é a modificação na finalidade do empreendimento.

Neste sentido decide este Tribunal Catarinense:

“[...] (2) COMPROMISSO DE COMPRA E VENDA. PREVISÃO CONTRATUAL INSUFICIENTE. ALIENAÇÃO POR VENDEDOR DA RÉ. VIOLAÇÃO DA BOA-FÉ. DESACOLHIMENTO. – A previsão, por si só, em compromisso de compra e venda da localização do terreno não representa informação suficiente, porquanto o princípio da boa-fé objetiva implica o dever de cooperação, notadamente quando o terreno diverso do descrito no pacto é indicado por vendedor da própria alienante. [...]” (AC n. 2015.012398-8, de Criciúma, rel. Des. Henry Petry Junior)

“[...] PACTO CONTRATUAL. NÃO CUMPRIMENTO. PRETENDIDA OBRIGAÇÃO DE FAZER. CONDENAÇÃO. EXEGESE DO ART. 466-B DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA BOA-FÉ OBJETIVA. REFLEXO HERMENÊUTICO DA CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO CIVIL. A aplicação do princípio da boa-fé objetiva, consequência do fenômeno da constitucionalização do direito civil, deve ser utilizada pelo intérprete da relação contratual, estabelecendo um padrão objetivo de conduta a ser seguido pelos contratantes e inserindo nos contratos um componente ético, caracterizado pela exigência de um comportamento leal e verdadeiro daqueles que pactuam, afastando, portanto, a utilização de atitudes que acarretem injustiça ou desproporção na avença e, sendo assim, por conseguinte, imperiosa a condenação da parte autora ao cumprimento da obrigação de fazer, consistente na alteração do contrato social da empresa, nos termos do artigo 466-B do Código de Processo Civil” (AC n. 2008.047165-0, Des. Carlos Prudêncio).

“[...] IMPOSSIBILIDADE DA REALIZAÇÃO DA ALTERAÇÃO UNILATERAL DO CONTRATO. DESCUMPRIMENTO DO DEVER DE INFORMAÇÃO E DA BOA-FÉ OBJETIVA EVIDENCIADOS. SERVIÇO NÃO PRESTADO COM A SEGURANÇA (E COMODIDADE) ESPERADA PELA CONSUMIDORA. ILÍCITO CONFIGURADO. [...]” (AC n. 2008.060655-2, Des. Denise Volpato).

A propósito, o caso muito se assemelha a célebre julgado do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul: no encerrar da década de 1980, pequenos produtores rurais desse estado plantavam tomates com sementes fornecidas pela Companhia Industrial de Conservas Alimentícias – CICA; na safra de 1987/1988, a empresa distribuiu sementes aos fornecedores, como era costumeiro; recusou-se, entretanto, a adquirir a produção, o que acarretou prejuízo em razão da quebra da confiança despertada nos produtores antes da celebração do contrato; o TJRS entendeu que a CICA havia agido em desconformidade com os ditames da boa-fé objetiva, a despeito da legalidade de sua conduta, e incuti-

lhe responsabilidade pelos danos advindos da ruptura injustificada das negociações (EI 591083357, Des. Adalberto Libório Barros).

Portanto, a modificação na destinação do empreendimento, sem que a Construtora tenha ao menos tentado impedi-la, configura a culpa dela pelo desfazimento da avença, de sorte que deve ser feita a devolução integral das quantias pagas (incluídas aquelas quitadas por força do aditivo contratual de fls. 47-48 – sistema de ar-condicionado e de segurança), sem a incidência de nenhuma cláusula penal (cláusula 21ª do contrato, fl. 42 dos autos n. 0011982-47.2011.8.24.0045).

Esses valores devem ser reajustados pelo INPC desde os desembolsos e acrescidos de juros de mora de 1% ao mês contados a partir da citação até a data do presente julgamento, quando incidirá tão somente a Taxa Selic, a qual inclui juros e correção monetária.

4 Entrega do imóvel

4.1 Diz a compradora que o imóvel não lhe foi entregue, até porque não havia pagado a parcela referente às chaves. Por seu turno, a vendedora pleiteia a condenação da compradora ao pagamento de indenização equivalente a aluguéis da loja, no período em que a utilizou, bem como reparação pelas taxas de condomínio, luz e IPTU nesse período e honorários contratuais.

Inicialmente, esclarece-se que, apesar de reparação por lucros cessantes equivalentes ao aluguel do bem seja padrão em situações similares a dos autos, no presente caso a solução não se aplica, porquanto a vendedora foi a responsável pela rescisão do contrato.

Assim, por força do art. 475 do Código Civil, somente a parte responsável pela resolução do contrato tem o dever de reparar eventuais perdas e danos. Consoante ficou estabelecido em tópico anterior, a culpa pelo descumprimento contratual foi da Construtora, de modo que ela não tem direito às indenizações pretendidas.

4.2 Idêntico fundamento afasta o pedido de honorários contratuais. Ademais, o pleito é embasado em cláusula contratual (18^a, par. ún., “b.4” – fl. 41) aplicável somente em caso de rescisão por culpa da vendedora, o que não ocorreu.

4.3 Por outro lado, diferentemente do que entendeu o Magistrado *a quo*, não há prova nos autos de que o bem realmente tenha sido entregue à compradora. A vendedora, por isso, não se desincumbiu de seu ônus probatório, a teor do art. 333, I, do Código de Processo Civil de 1973.

A defesa da Construtora, no que foi atendida na sentença, baseia-se no documento de fl. 197 dos autos n. 0011982-47.2011.8.24.0045 para afirmar que o bem foi recebido pela adquirente. Ocorre que se trata de mero “*Termo de vistoria para entrega do imóvel*”. Ora, o documento comprova, tão somente, que foi realizada uma vistoria, pela qual se constatou a necessidade de reparos no imóvel (pintura e colocação de uma janela). Não se pode dizer, por meio desse documento, que houve entrega das chaves.

Igualmente sem esse condão é a declaração do síndico do condomínio firmada em 8/3/2012 (ainda que confirmada por meio de seu depoimento), em que se informa que o pai da compradora haveria autorizado a troca do piso da loja, porque destoaria do contexto do prédio. Eventual manifestação de terceiro, decerto, não vincula a adquirente. Além disso, nem sequer foi dito quando essa autorização teria ocorrido.

Por sua vez, as declarações das testemunhas (tomadas à fl. 451 e CD-ROM de fl. 453 dos autos n. 0015489-16.2001.8.24.0045) de que não era praxe da empresa exigir um recebimento das chaves somente comprovam a falta de cuidado da vendedora. Ora, a entrega de um imóvel não prescinde certas formalidades, como a de dar certeza ao adquirente que a posse é sua. É o momento exato em que as chaves trocam de mão que o comprador saberá que pode usar o bem. É bastante verossímil que a compradora, em seu âmago, realmente não se visse como possuidora da coisa. Afinal, quem recebe um imóvel novo sem janela?

Além disso, diversamente do que afirmaram as testemunhas, a cláusula 25ª determinou que “*recebidas as chaves, o comprador fará a vistoria do imóvel, ocasião em que assinará o Termo de Recebimento da Unidade Autônoma*” (fl. 43) [sem grifo no original]. Este termo não foi apresentado.

Ademais, há outra característica que confirma essa ilação: havia de ser feito um pagamento de R\$ 6.291,25 a título de “parcela das chaves”, o que não foi adimplido pela adquirente (cláusula 6ª). É o que determina também a cláusula 24ª, que vincula essa entrega à inexistência de mora. Nada comum é entregar imóvel a comprador inadimplente.

Outrossim, ainda corroborando essa inferência, o Oficial de Justiça atestou que “*a sala 330 informada é utilizada como uma sala de estar no corredores do Condomínio Shopping Pedra Branca, aparentemente de uso público*” (fl. 154 dos autos n. 0015489-16.2001.8.24.0045). Essa informação do Meirinho deixa claro que a compradora não tinha interesse no imóvel. Afinal, a unidade em Centro Tecnológico não lhe tinha uso, não lhe servia. Dessa forma, também sob esse enfoque não se verifica a entrega do imóvel contratado.

4.4 Com isso, seja em razão de a vendedora não ser a parte lesada no contrato, seja porque não se comprovou a entrega do imóvel do contrato, as indenizações pleiteadas pela Construtora devem ser afastadas.

Em decorrência dessas conclusões, deve ser julgada improcedente a ação n. 0015489-16.2011.8.24.0045, por meio da qual a Construtora pretendia a rescisão da avença por culpa da Compradora e almejava a manutenção das arras, a reintegração de posse do imóvel e indenização por perdas e danos.

5 Devolução em dobro do valor pago a título de instalação de ar-condicionado

5.1 A Compradora pretende que seja indenizada pela dobra do que gastou na instalação de ar-condicionado do Edifício.

Sem razão, porquanto a devolução deve ser feita na forma simples.

Os autos demonstram que inexistiu cobrança de valores indevidos, porquanto contratualmente estabelecidos (considerações preliminares do termo aditivo – fl. 47). Assim, não restou comprovada a má-fé, **na cobrança**, por parte da Construtora.

A respeito, pertinente a lição de Leonardo de Medeiros Garcia:

“Para a aferição do ‘engano justificável’ é preciso analisar se não houve culpa por parte do fornecedor. Se ele provar que não houve negligência, imprudência ou imperícia de sua parte, ficará isento de indenizar o consumidor pelo dobro da quantia cobrada. Seria o caso de uma cobrança indevida em razão de um vírus de computador que alterou o valor a ser exigido do consumidor ou o erro cometido pelos correios quando da entrega do boleto de pagamento. Entretanto, o fornecedor não poderá se eximir alegando que o erro foi praticado por um funcionário seu, uma vez que responde pelos atos causados pelos seus subordinados” (Direito do consumidor: código comentado e jurisprudência. 5. ed., rev., ampl. e atual. Niterói: Impetus, 2009. p. 260).

Ademais, o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça é no sentido de que “*a repetição em dobro do indébito, sanção prevista no art. 42, parágrafo único, do Código de Defesa do Consumidor, pressupõe tanto a existência de pagamento indevido quanto a má-fé do credor*” (Resp n. 1.032.952, Min. Nancy Andrighi).

No presente caso, considerando que a Construtora não faltou com boa-fé **na cobrança de valores**, haja vista que a má-fé foi em relação à mudança do objeto contratual, não há razão para que seja penalizada com a devolução em dobro da quantia paga pela demandante.

A Compradora tem o direito de ser restituída pelo valor pago, como consequência lógica do desfazimento do negócio, isto é, o retorno da parte ao *statu quo ante*, mas na forma simples.

6 Danos morais

6.1 A autora almeja que a ré seja condenada a reparar os danos morais por si sofridos.

Sem razão.

No caso em tela não houve comprovação de lesão grave ou de considerável abalo psicológico à Compradora. Os contratemplos decorrentes da frustração com o investimento causaram-lhe mero incômodo, sem dar azo à indenização pretendida.

Acerca da imprescindibilidade da configuração do dano moral para que reste evidenciada a responsabilidade civil e o direito à correspondente indenização, recorre-se à lição de Daniel Luiz do Nascimento França:

“De fácil percepção a possibilidade da coexistência de ambas as teorias, quais sejam, responsabilidade civil subjetiva e objetiva. Como dito alhures, a primeira é tida, em nosso ordenamento jurídico, como regra e exige uma conduta ilícita e culposa (ato ilícito) que cause dano a outrem. Já a segunda é prevista para casos específicos e determinados legalmente, exigindo, tão-somente, uma conduta que venha trazer prejuízo a um terceiro.

“Primordial, entretanto, a verificação dos requisitos necessários para a configuração da responsabilidade civil. Neste instante, é importante ressaltar que tal situação é idêntica tanto para o dano material como para o imaterial. Até porque, o instituto da responsabilidade civil é o mesmo, ocorrendo alteração no efeito da lesão e no caráter de sua repercussão sobre o lesado.

“[...]

“Não há que se falar em reparação ou compensação se ausente o dano, *‘como regra geral, devemos ter presente a inexistência de dano é óbice à pretensão de uma reparação, aliás sem objeto. Ainda mesmo que haja violação de um dever jurídico e que tenha existido culpa e até dolo por parte do infrator, nenhuma indenização será devida, uma*

vez que não se tenha verificado prejuízo'. (STOCO, Rui. *Tratado de responsabilidade civil: responsabilidade civil e sua interpretação doutrinária e jurisprudencial*. 5. Ed. São Paulo: RT, 2001. P. 89)

“Caso contrário, poderíamos ingressar numa temerária fase de industrialização do dano moral. Qualquer aborrecimento inexpressivo ou suposto dano, ainda que não comprovado, poderia ser objeto de indenizações vultosas.

“Não provado o dano, ainda que exclusivamente moral, nenhuma indenização é devida. Nossos tribunais corroboram essa corrente, através de reiterados julgados que não reconhecem a existência de responsabilidade civil, quando não comprovada a ocorrência de dano.

“Em consistente voto, a Excelentíssima Juíza Teresa Cristina da Cunha Peixoto defendeu, com clareza ímpar, essa corrente doutrinária. ‘*In casu*, não se desincumbiu o apelante de provar a ocorrência de qualquer dano patrimonial ou mesmo moral que porventura tivesse sofrido (...). Assim, sem a comprovação dos prejuízos sofridos pelo autor, torna-se inadmissível a pretensão indenizatória, máxime quando ao demonstrado, na espécie, qualquer constrangimento sofrido, em face negociação realizada entre as partes’ (ApCiv 340.272-4, 3.^a Câ. Cív. do TAMG, rel. Juíza Teresa Cristina da Cunha Peixoto, j. 26.07.2001.

“A necessidade da prova do *eventus damni* se mostra imperiosa para configuração da responsabilidade civil. A ocorrência de dano moral ou imaterial não inibe a possibilidade de prova do mesmo que poderá ser feita por todos os meios em direito permitidos” (Revista de Direito Privado. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 19, jul. 2004, p. 69-82).

Percebe-se que para configurar o dever de indenizar, é necessária a comprovação do dano sofrido e onexo causal com o ato lesivo praticado pelo agente, ou seja, é preciso que se demonstre que o evento noticiado tenha o condão de causar abalo anímico a ser indenizado.

Resta evidente que os aborrecimentos que geram um certo transtorno no momento dos fatos, irritações, dissabores e outros contratempos cotidianos, não têm o condão de conferir direito ao

pagamento de indenização, pois não são suficientes para provocar forte perturbação ao íntimo da vítima, o que caracterizaria o dano passível de indenização.

Sobre o tema, sustenta o doutrinador Sergio Cavaliere Filho:

“Nessa linha de princípio, só deve ser reputado como dano moral a dor, vexame, sofrimento ou humilhação que, fugindo à normalidade, interfira intensamente no comportamento psicológico do indivíduo, causando-lhe aflições, angústia e desequilíbrio em seu bem-estar. Mero dissabor, aborrecimento, mágoa, irritação ou sensibilidade exarcebada estão fora da órbita do dano moral, porquanto, além de fazerem parte da normalidade do nosso dia-a-dia, no trabalho, no trânsito, entre os amigos e até no ambiente familiar, tais situações não são intensas e duradouras, a ponto de romper o equilíbrio psicológico do indivíduo. Se assim não se entender, acabaremos por banalizar o dano moral, ensejando ações judiciais em busca de indenizações pelos mais triviais aborrecimentos” (Programa de Responsabilidade Civil. São Paulo: Malheiros Editores, 6. ed., 2005, p. 105).

Desta Corte de Justiça, colhe-se:

“APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE COBRANÇA CUMULADA COM OBRIGAÇÃO DE FAZER E DANOS MORAIS. [...]. DANO MORAL. INCÔMODOS E TRANSTORNOS SUPOSTOS PELA DEMANDANTE RELATIVOS À AUSÊNCIA DE TRANSFERÊNCIA DO VEÍCULO QUE NÃO CONFIGURAM ABALO MORAL. DEVER DE INDENIZAR INEXISTENTE. SENTENÇA MANTIDA. APELO CONHECIDO E DESPROVIDO” (AC n. 0020160-35.2013.8.24.0038, Des. Rosane Portella Wolff).

“APELAÇÃO CÍVEL E ADESIVO. RESPONSABILIDADE CIVIL. [...]. DANO MORAL NÃO CARACTERIZADO. MEROS DISSABORES DECORRENTES DA VIDA EM SOCIEDADE. – Em que pese o equívoco que resultou na multa de trânsito em nome da autora, pessoa jurídica, ser fato incontroverso entre as partes, essa circunstância, por si só, não é capaz de gerar o direito indenizatório. Isso porque não houve a demonstração de quaisquer prejuízos ou abalos decorrentes dessa

cobrança, como poderia ocorrer em caso de inscrição como dívida ativa ou a demonstração de empecilhos para aquisição de seguro de veículo, ou, ainda, qualquer reflexo ao crédito. Ademais, acrescente-se ainda a rápida solução providenciada pela ré, que prontamente corrigiu o equívoco perante o Detran. [...]” (AC n. 2015.077052-9, Des. Henry Petry Junior).

Em arremate, colaciona-se o entendimento do Superior Tribunal de Justiça exarado no seguinte julgado:

“RESPONSABILIDADE CIVIL. DANO MORAL. NÃO CONFIGURAÇÃO. A mera contrariedade ou aborrecimento cotidiano não dão ensejo ao dano moral. Recurso especial não conhecido” (Resp n. 592776/PB, Min. Cesar Asfor Rocha).

Dessa forma, não comprovado que o fato narrado teve a faculdade de efetivamente causar danos morais à vítima, não há falar em direito à indenização, pois, como já mencionado, não se pode cancelar a pretensão de se indenizar o que representa tão somente aborrecimentos e dissabores cotidianos.

In casu, é inegável o desgaste da Adquirente em razão do evento noticiado, mas, embora a Construtora tenha faltado com a boa-fé objetiva, não se pode conferir danos morais aleatoriamente, visando tão somente à punição. O incômodo sofrido, diga-se mais uma vez, é inquestionável; contudo, isso por si só não dá margem à indenização por danos morais.

Portanto, o desfazimento do negócio não lhe trouxe nenhum prejuízo maior, o qual, por si só, desse ensejo ao propalado dano moral. Não havia garantia de que a aquisição, mesmo que tivesse dado certo, render-lhe-ia bons frutos, de sorte que não há como atribuir à Construtora a perda de “*estabilidade psicológica diante das dificuldades financeiras para reestruturar sua vida*” (fl. 23 dos autos n. 0011982-47.2011.8.24.0045).

Admitir-se a indenização de meros incômodos propiciaria a

instauração de situação insustentável para toda sociedade, em que o mais ínfimo dissabor passaria a ser desejado pela vítima, pois traria satisfação pecuniária acima do transtorno suportado.

Nesse sentido, colhe-se precedente desta Corte de Justiça, da lavra do Desembargador Newton Trisotto:

“RESPONSABILIDADE CIVIL – TÍTULO – PROTESTO INDEVIDO – DANOS MORAIS NÃO CARACTERIZADOS – MUNICÍPIO – RECURSO DESPROVIDO

“O dano moral caracteriza-se sempre que houver “ofensas à honra, ao decoro, à paz interior de cada um, às crenças íntimas, aos sentimentos afetivos de qualquer espécie, à liberdade, à vida e à integridade corporal” (Wilson de Melo Silva). Porém, “propugnar pela mais ampla ressarcibilidade do dano moral não implica no reconhecimento que todo e qualquer melindre, toda suscetibilidade exacerbada, toda exaltação do amor-próprio pretensamente ferido, a mais suave sombra, o mais ligeiro roçar das asas de uma borboleta, mimos, escrúpulos, delicadezas excessivas, ilusões insignificantes desfeitas, possibilitem sejam extraídas da caixa de Pandora do direito, centenas de milhares de cruzeiros” (Antônio Chaves)” (AC n. 2002.020689-5, Des. Newton Trisotto)”.

Em conclusão, na linha dos precedentes antes colacionados, simples inadimplemento contratual, na ausência de fato específico que cause abalo moral, em regra somente gera o dever de indenização dos danos materiais.

7 Sucumbência

7.1 Com a reforma das sentenças, há de ser redistribuída a verba sucumbencial.

Em relação à ação n. 0011982-47.2011.8.24.0045, proposta pela Compradora, verifica-se que esta decaiu minimamente (CPC/2015, art. 86, parágrafo único), porquanto sagrou-se vitoriosa nos pleitos de rescisão contratual e de devolução da integralidade das quantias pagas, não

obtendo êxito tão somente no que toca à reparação por danos morais. Por isso, deve a Construtora responder pelas custas processuais e honorários advocatícios, os quais, levando-se em conta a natureza e complexidade da causa, bem como o zelo profissional nesses aproximadamente 5 anos de duração da lide, que tramitou em Comarca contígua àquela onde está sediado o escritório dos advogados, e, ainda, o labor em segundo grau de jurisdição, arbitram-se em 15% do total da condenação (CPC/2015, art. 85, § 2º).

Referente à ação n. 0015489-16.2011.8.24.0045, a qual, com a reforma da sentença, foi julgada improcedente, deve a Construtora arcar com as custas processuais e honorários advocatícios que se arbitram, consideradas idênticas situações fáticas às antes apontadas, em 15% do valor atualizado da causa, na forma do art. 85, § 2º, do Código de Processo Civil de 2015.

Finalmente, como dos pedidos da reconvenção na ação n. 0015489-16.2011.8.24.0045, foi acolhido apenas aquele em que se afasta a possibilidade de a Construtora cobrar débitos de condomínio, a reconvida decaiu minimamente, de modo que a reconvinte deve arcar com as custas processuais e honorários advocatícios equivalentes a 15% do valor da reconvenção atualizado, consideradas as particularidades antes mencionadas. A exigibilidade da verba fica suspensa, em razão de a reconvinte ser beneficiária da gratuidade da justiça (fls. 552-557 dos autos n. 015489-16.2011.8.24.0045), a teor do art. 98, § 3º, do Código de Processo Civil de 2015.

A compensação dos honorários é vedada (CPC/2015, art. 85, § 14).

8 Ante o exposto, conheço dos recursos de Luciana Capeleto e dou-lhes parcial provimento, a fim de: I) julgar parcialmente procedentes os pedidos da ação n. 0011982-47.2011.8.24.0045, para: a) decretar a rescisão contratual, b) determinar a devolução das quantias pagas, c) condenar a Construtora ao pagamento de indenização por despesas de

instalação de ar-condicionado, d) tudo acrescido de correção monetária (INPC) desde o desembolso e de juros de 1% ao mês contados da citação até o presente julgamento, a partir de quando incide a Taxa Selic, e e) condenar a ré ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios de 15% do total da condenação; II) julgar improcedentes os pedidos da ação n. 0015489-16.2011.8.24.0045, condenando a autora ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios de 15% do valor atualizado da causa; III) julgar parcialmente procedente a reconvenção, excluindo a possibilidade de cobrança de indenização referente a taxas de condomínio, condenando a reconvinte ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios equivalentes a 15% do valor da reconvenção atualizado, suspensa a exigibilidade da verba sucumbencial. Conheço da apelação de Par Construtora e Incorporadora Ltda. e nego-lhe provimento.

Apelação Cível n. 0305631-61.2014.8.24.0018, de Chapecó

Relator: Desembargador Luiz César Medeiros

DIREITO DE FAMÍLIA – AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE FILIAÇÃO – VÍCIO DE CONSENTIMENTO – NÃO COMPROVAÇÃO

Sem prova bastante de que o reconhecimento de paternidade decorreu de erro, coação ou outro vício de consentimento, ônus pertencente à parte autora, não há falar em declaração de inexistência de filiação ou anulação do registro respectivo, em especial se também indemonstrada a inexistência de filiação socioafetiva.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 0305631-61.2014.8.24.0018, da Comarca de Chapecó Vara da Família, Órfãos e Sucessões em que é Apelante D. S., assis. p/ V. F. C., e Apelado W. F. R. dos S., repr. p/ C. G. R.

A Quinta Câmara de Direito Civil decidiu, por votação unânime, conhecer do recurso e negar-lhe provimento. Custas na forma da lei.

Participaram do julgamento, realizado no dia 28 de novembro de 2016, os Excelentíssimos Senhores Desembargador Luiz César Medeiros, Desembargador Henry Petry Junior e Desembargador Jairo Fernandes Gonçalves.

Florianópolis, 29 de novembro de 2016.

Desembargador Luiz César Medeiros
PRESIDENTE E RELATOR

RELATÓRIO

D. S., representada por sua genitora, V. F. C., ajuizou “*ação declaratória de inexistência de filiação, cumulada com anulação de*”

registro público” em face de W. F. R. dos S., representado por C. G. R., relatando que sua mãe foi casada com F. M. dos S., que veio a falecer no ano de 2012.

Alegou que seu genitor era viciado em drogas e foi várias vezes internado em clínicas especializadas, mas nunca conseguiu libertar-se da dependência. Sustentou que, numa dessas passagens em casa de reabilitação, seu pai conheceu a mãe do requerido, também dependente de substâncias entorpecentes.

Asseverou que a ascendente do réu, já grávida quando conheceu o falecido, aproveitou-se da sua falta de discernimento em função do abuso de drogas e vulnerabilidade pela doença degenerativa acometida para induzir-lhe a assumir a paternidade do nascituro. Afirmou, ainda, que o seu genitor nunca teve contato com a criança, jamais a ele prestando auxílio econômico ou afetivo.

Em adição, consignou que a família só teve conhecimento da existência do réu e da anotação de paternidade quando, após o falecimento do pai da autora, o requerido habilitou-se para receber metade do benefício previdenciário da pensão por morte, na qualidade de filho do *de cuius*. Sustentou que o registro de paternidade é ato eivado de erro e falsidade, pois o genitor da autora não é pai biológico do demandado e não possuía qualquer discernimento para a prática dos atos da vida civil à época.

Diante dos fatos, requereu seja declarada a inexistência de filiação entre o réu e o genitor da autora, com a consequente anulação da anotação de paternidade no registro respectivo.

Regularmente citado, o réu apresentou contestação (fls. 76-81). Alegou que o falecido conheceu a sua genitora nos encontros do CAPS e ambos viveram em união estável por aproximadamente um ano, bem assim que o *de cuius* tinha ciência da gravidez da sua mãe e mesmo sem ser o pai biológico, escolheu por assumir a paternidade registral.

Narrou que mesmo após o término da relação entre os conviventes, o falecido continuou visitando-lhe regularmente e tratando-lhe como filho, com a manutenção do vínculo afetivo. Afirmou, ainda, que o pai registral estava em pleno gozo da sua saúde mental à época do registro.

Após a réplica (fls. 113-116), foi realizada audiência de instrução (fl. 159) e ofertadas as alegações finais (fls. 167-173 e 174-179).

Ao julgar o feito, o Doutor Juiz registrou na parte dispositiva da decisão:

“ANTE O EXPOSTO, JULGO IMPROCEDENTE o pedido formulado por D. S., representada por sua genitora, em face de W. F. R. DOS S., representado por sua genitora, EXTINGUINDO o processo, com resolução de mérito (CPC/2015, art. 487, I).

Condeno o requerente ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios ao causídico da parte autora, estes que fixo em R\$ 1.500,00 (CPC/2015, art. 85, § 4.º e 8.º), cuja execução resulta suspensa por ser beneficiário da gratuidade da justiça (CPC/2015, art. 98, § 3.º).

P.R.I.

Em havendo apelação, intime-se a parte adversa para apresentação de contrarrazões no prazo de 15 (quinze) dias, dê-se vista ao Ministério Público e, após, remetam-se à instância superior, independentemente de nova conclusão (CPC/2015, art. 1.010, § 3.º).

Transitada em julgado, archive-se” (fl. 191).

Inconformada com o provimento jurisdicional, a requerente interpôs o presente recurso, afirmando que “*no transcorrer da instrução processual, restou evidente a incapacidade de discernimento de F. dos S., em razão da doença degenerativa grave e consequência ao uso abusivo de drogas*” (fl. 201), como também que inexistia qualquer contato entre o falecido e o requerido, nem mesmo qualquer indício de afetividade.

Contra-arrazoado o apelo (fls. 214-218), os autos ascenderam a esta Corte de Justiça para julgamento.

A douta Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer da lavra do Doutor Antenor Chinato Ribeiro, opinou pelo conhecimento e desprovimento do recurso.

VOTO

1 Presentes os pressupostos intrínsecos e extrínsecos de admissibilidade recursal, o presente reclamo merece ser conhecido, passando-se, desta forma, à análise do mérito.

2 Em princípio, importante registrar ser entendimento do Superior Tribunal de Justiça que *“não se tratando de negatória de paternidade, mas de ação declaratória de inexistência de filiação, por alegada falsidade ideológica no registro de nascimento, não apenas o pai é legítimo para intentá-la, mas também outros legítimos interessados”* (AgRg no REsp n. 939.657/RS, Min^a Nancy Andrighi).

De todo modo, como a confirmação da decisão pela improcedência do pedido, a qual será a seguir fundamentada, irá beneficiar a parte a quem aproveitaria eventual extinção do processo sem apreciação do mérito por ilegitimidade ativa, mostra-se despicienda qualquer digressão sobre a temática, nos termos do art. 488 do Código de Processo Civil em vigor.

3 Colhe-se do caderno processual que a apelante pretende seja anulada a anotação de paternidade promovida por seu genitor em relação ao requerido, sob o argumento de que o ato está viciado, uma vez que o falecido não tinha adequado discernimento à época dos fatos, bem assim em razão da inexistência de filiação socioafetiva.

A recorrente ampara o pleito no disposto no art. 1.604 do Código Civil, que dispõe: *“Ninguém pode vindicar estado contrário ao que resulta do registro de nascimento, salvo provando-se erro ou falsidade do registro”* [sem grifo no original].

Com efeito, a respeito do assunto, a jurisprudência pátria converge no sentido de exigir para o acolhimento de pedido de anulação de registro de nascimento dois requisitos, quais sejam, prova bastante de que o pai foi induzido a erro ou coagido a registrar filho alheio como seu e também a não configuração de paternidade socioafetiva.

Para corroborar, seguem os seguintes precedentes da Corte Superior:

“AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DECLARATÓRIA. OFENSA AO ART. 557 DO CPC. INEXISTÊNCIA. NEGATIVA DE PATERNIDADE. PRESUNÇÃO *PATER IS EST*. AUSÊNCIA DE ERRO OU COAÇÃO NO MOMENTO DO REGISTRO. PATERNIDADE SOCIOAFETIVA CONFIGURADA. ACÓRDÃO *A QUO* EM HARMONIA COM A JURISPRUDÊNCIA DESTA CORTE. SÚMULA 83/STJ. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

[...]

2. Ao declarante, por ocasião do registro, não se impõe a prova de que é o genitor da criança a ser registrada. O assento de nascimento traz, em si, esta presunção, que somente pode vir a ser ilidida pelo declarante caso este demonstre ter incorrido, seriamente, em vício de consentimento, circunstância, como assinalado, verificada no caso dos autos. **A simples ausência de convergência entre a paternidade declarada no assento de nascimento e a paternidade biológica, por si, não autoriza a invalidação do registro. Ao marido/companheiro incumbe alegar e comprovar a ocorrência de erro ou falsidade**, nos termos dos arts. 1.601 c/c o 1.604 do Código Civil, o que foi afastado na presente hipótese.

3. O estabelecimento da filiação socioafetiva perpassa, necessariamente, pela vontade e, mesmo, pela voluntariedade do apontado pai, ao despender afeto, de ser reconhecido juridicamente como tal, tendo sido este o caso dos autos, pois apesar de ter mantido relação superficial e esporádica com a mãe da criança, sem qualquer compromisso de fidelidade, surgindo daí fundadas dúvidas acerca do liame biológico, ainda assim registrou a criança como seu filho. Acórdão recorrido em harmonia com a jurisprudência desta Corte. Incidência da Súmula 83/STJ.

4. Agravo regimental desprovido” (AgRg no REsp n. 1.413.483/RS, Min. Marco Aurélio Bellizze) [sem grifo no original].

“CIVIL E FAMÍLIA. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. AÇÃO ANULATÓRIA DE PATERNIDADE. VÍCIO DE VONTADE. FUNDAMENTO AUTÔNOMO E SUFICIENTE DO ACÓRDÃO RECORRIDO NÃO COMBATIDO NO APELO NOBRE. INAFASTÁVEL APLICAÇÃO, POR ANALOGIA, DA SÚMULA Nº 283 DO STF. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. Ausente impugnação a fundamento suficiente para manter o acórdão recorrido, o recurso especial não merecia ser conhecido. Inteligência da Súmula nº 283 do STF, aplicável por analogia, ao recurso especial.

2. A jurisprudência desta egrégia Corte Superior já proclamou que a comprovação da ausência de vínculo genético por meio do exame de DNA não é motivo suficiente para amparar pretensão de anulação de registro de nascimento, exigindo-se prova robusta de que o pai registral foi induzido a erro ou coagido a registrar filho de outrem como seu, hipótese não caracterizada. Precedentes.

3. Agravo regimental não provido” (AgRg no REsp n. 1.482.906/PR, Min. Moura Ribeiro).

“DIREITO CIVIL. RECURSO ESPECIAL. FAMÍLIA. CRIANÇA E ADOLESCENTE. AÇÃO DE ANULAÇÃO DE REGISTRO DE NASCIMENTO. INTERESSE MAIOR DA CRIANÇA. AUSÊNCIA DE VÍCIO DE CONSENTIMENTO. IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO.

1. A prevalência dos interesses da criança é o sentimento que deve nortear a condução do processo em que se discute de um lado o direito do pai de negar a paternidade em razão do estabelecimento da verdade biológica e, de outro, o direito da criança de ter preservado seu estado de filiação.

2. O reconhecimento espontâneo da paternidade somente pode ser desfeito quando demonstrado vício de consentimento; não há como desfazer um ato levado a efeito com perfeita demonstração da vontade,

em que o próprio pai manifestou que sabia perfeitamente não haver vínculo biológico entre ele e o menor e, mesmo assim, reconheceu-o como seu filho.

3. As alegações do recorrido de que foi convencido pela mãe do menino a registrá-lo como se seu filho fosse e de que o fez por apreço a ela não configuram erro ou qualquer outro vício do consentimento, e, portanto, não são, por si sós, motivos hábeis a justificar a anulação do assento de nascimento, levado a efeito por ele, quatro anos antes, quando, em juízo, voluntariamente reconheceu ser o pai da criança, embora sabendo não sê-lo.

4. Recurso especial conhecido e provido” (REsp n. 1.229.044/SC, Min^a. Nancy Andrighi).

Esse também é o entendimento sustentado por este Sodalício:

“APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO NEGATÓRIA DE PATERNIDADE CUMULADA COM RETIFICAÇÃO DE REGISTRO CIVIL. ESTADO-JUIZ *A QUO* QUE JULGOU IMPROCEDENTES OS PEDIDOS INICIAIS. IRRESIGNAÇÃO DO AUTOR. SENTENÇA QUE RECONHECEU O *STATUS* DE FILIAÇÃO BASEADO NA AUSÊNCIA DE PROVAS ACERCA DA INEXISTÊNCIA DA PATERNIDADE SOCIOAFETIVA. PRETENDIDA REFORMA DA *DECISUM* DE ORIGEM AO ARGUMENTO DE NÃO SER PAI BIOLÓGICO DO REQUERIDO. **ALEGAÇÃO DE NÃO RESTAR CONFIGURADA A PATERNIDADE SOCIOAFETIVA. INSUBSISTÊNCIA. RECONHECIMENTO ESPONTÂNEO E CONSCIENTE DE PATERNIDADE. AUSÊNCIA DE VÍCIO DE CONSENTIMENTO.** LAUDO PSICOLÓGICO E ESTUDO SOCIAL QUE CERTIFICAM A EXISTÊNCIA DE LAÇOS AFETIVOS PATERNO-FILIAIS. ADEMAIS, OBJETIVO CLARO DO INSURGENTE DE APENAS EXIMIR-SE DA OBRIGAÇÃO ALIMENTAR. SENTENÇA MANTIDA.

‘A paternidade, muito mais do que um evento meramente biológico, é um fenômeno social, merecendo prestígio à verdade socioafetiva. Filho não é algo descartável, que se assume quando desejado e se dispensa

quando conveniente. (TJRS. Apelação Cível nº 70004778619, rel. Luis Felipe Brasil Santos, j. em 18-12-2002)'.

RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO” (AC n. 0300317-25.2014.8.24.0022, Des^a. Rosane Portella Wolff) [sem grifo no original].

“APELAÇÃO CÍVEL. FAMÍLIA. AÇÃO ANULATÓRIA DE REGISTRO CIVIL.

– IMPROCEDÊNCIA NA ORIGEM. PLEITO DOS PROGENITORES PATERNOS. PAI REGISTRAL FALECIDO. REGISTRO EFETUADO COM VÍCIO DE CONSENTIMENTO. NÃO COMPROVAÇÃO. SOCIOAFETIVIDADE DEMONSTRADA. ADOÇÃO À BRASILEIRA. MANUTENÇÃO DO REGISTRO.

– A anulação do registro civil de paternidade com fulcro no art. 1.604 do Código Civil pressupõe a ocorrência de vício de consentimento, indemonstrado na hipótese.

– *In casu*, diante dos indícios de ciência da ausência de liame genético e comprovada a socioafetividade, é de se manter o filho dos autores como pai registral da ré, visto tê-lo feito espontaneamente.

SENTENÇA MANTIDA. RECURSO DESPROVIDO” (AC n. 2015.070898-2, Des. Henry Petry Junior).

Dessarte, o êxito da demanda declaratória e desconstitutiva pressupõe robusta comprovação pela parte requerente, sob quem certamente recai o ônus probatório (NCPC, art. 373, I), de que tanto o ato registral estava acometido por alguma espécie de mácula do consentimento, como de que não foi configurada a filiação socioafetiva.

In casu, contudo, a parte autora não logrou êxito em comprovar de forma convincente nem um nem outro requisito.

Em início, cumpre salientar que a narrativa constante na petição preliminar mostra-se em certos momentos contraditória, uma vez que, malgrado haja negativa geral por parte da família da autora e do falecido,

bem assim de algumas testemunhas, de que tinham ciência do filho registral do *de cujus*, a empreitada persuasiva promovida pela genitora do réu para supostamente persuadi-lo a assumir a paternidade do bebê é descrita com pormenores.

Com efeito, permanece a dúvida de como a autora teria conhecimento que a mãe do requerido “*queria o nome de um genitor para o filho na Certidão de Nascimento, pois seria mal vista pelos familiares*” (fl. 9), se afirma só ter descoberto a existência de um irmão quando ele habilitou-se para perceber a pensão por morte do falecido.

De todo modo, observa-se que os relatos ouvidos em audiência de instrução, muitos apenas de informantes, foram pouco conclusivos, pois apontaram duas versões bem diferentes da história. Nesse sentido, enquanto as testemunhas da autora afirmaram desconhecimento da existência do outro filho registral e do caso amoroso entre o falecido e a mãe do requerido, as testemunhas arroladas pela ré narraram que eles viveram em união estável por aproximadamente um ano ou que já tinham avistado o *de cujus* em companhia do infante.

Além disso, os documentos trazidos pelo réu (fls. 98-108), em conjunto com a narrativa de sua professora, dão a entender que o infante realmente reconhece o falecido como seu pai. Diante disso, paira dúvida a respeito da caracterização de paternidade socioafetiva, de forma que não pode ser afastada.

De igual modo, a recorrente não trouxe elementos suficientes a comprovar a falta de discernimento do *de cujus* para a prática de atos da vida civil à época do registro.

Não há, vale gizar, nenhum documento médico datado da época do ato para corroborar a tese trazida pela apelante, ou descrevendo eventuais sequelas do acidente automobilístico por ele sofrido – que teria supostamente afetado sua saúde mental –, bem assim as testemunhas também não convergiram neste aspecto.

Em adendo, mesmo os informantes que narraram ter o falecido algum déficit de ordem mental não descreveram de forma convincente porque tinham essa impressão. Por certo, o fato de ele supostamente perambular pelas ruas ou brigar com os pais é sem dúvida reflexo do abuso de drogas, e não demonstra total e permanente incapacidade do *de cujus*.

Demais disso, constata-se que os familiares do falecido, embora afirmem sua debilidade, de maneira injustificável jamais tentaram interditá-lo.

Vale destacar, ainda, que as informações do prontuário juntado às fls. 44-55, também não definitivas em relação ao seu estado mental, são referentes a momento muito posterior ao registro, já perto do seu falecimento.

Assim, a toda evidência, o *de cujus* estava em pleno gozo das suas faculdades mentais no momento do registro de nascimento do apelado e promoveu a declaração de paternidade, mesmo com ciência de não ser o pai biológico do bebê, por livre e espontânea vontade.

Por conseguinte, sem ter a autora desincumbido-se do ônus probatório de sua competência, na ausência de devida demonstração por ela do fato constitutivo do direito alegado, mostra-se descabida a reforma da decisão de desacolhimento dos pedidos inaugurais.

4 Ante o exposto, conheço do recurso e nego-lhe provimento.

Em obediência ao art. 85, § 2º e 11 do Código de Processo Civil de 2015, majoro os honorários advocatícios em favor do patrono do recorrido em R\$ 200,00 (duzentos reais), os quais, cumulativamente com os fixado em primeiro grau de jurisdição (R\$ 1.500,00), perfazem um total de R\$ 1.700,00 (mil e setecentos reais). Essa condenação, contudo, está suspensa por força da concessão da benesse da justiça gratuita à apelante (fl. 60).

SEXTA CÂMARA DE DIREITO CIVIL

Agravo de Instrumento n. 0154923-19.2015.8.24.0000, de Tubarão

Relatora: Desembargadora Denise Volpato

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE IMISSÃO NA POSSE. DECISÃO INTERLOCUTÓRIA QUE DEFERIU O PLEITO ANTECIPATÓRIO DE IMISSÃO NA POSSE DO IMÓVEL OBJETO DE ARREMATACÃO EXTRAJUDICIAL.

RECURSO DOS REQUERIDOS. PRETENDIDO INDEFERIMENTO DA LIMINAR POSSESSÓRIA COM BASE EM MATÉRIA NÃO DEBATIDA NO JUÍZO DE PRIMEIRO GRAU. DESCABIDA A ANÁLISE POR ESTE ÓRGÃO JULGADOR. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. RECURSO NÃO CONHECIDO NO PONTO.

MÉRITO. PLEITO DE REFORMA DO INTERLOCUTÓRIO AO ARGUMENTO DE NÃO RESTAREM PREENCHIDOS OS REQUISITOS AUTORIZADORES DO DEFERIMENTO DA MEDIDA. INSUBSISTÊNCIA. IMÓVEL ADQUIRIDO PELOS AGRAVADOS EM CONCORRÊNCIA PÚBLICA REALIZADA PELA CAIXA ECONÔMICA FEDERAL. CONTRATO DE COMPRA E VENDA REGISTRADO NA MATRÍCULA DO BEM. DOMÍNIO DA PARTE AGRAVANTE COMPROVADO. POSSIBILIDADE DE IMISSÃO LIMINAR DO ADQUIRENTE NA POSSE DO IMÓVEL. INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 30, DA LEI N. 9.514/1997.

PLEITO ALTERNATIVO DE DILAÇÃO DO PRAZO PARA DESOCUPAÇÃO DO IMÓVEL. FALTA SUPERVENIENTE DE INTERESSE RECURSAL. DESOCUPAÇÃO DO IMÓVEL. CUMPRIMENTO EFETIVO DA ORDEM DE IMISSÃO NA POSSE. RECURSO NÃO CONHECIDO NESTE ASPECTO. DECISÃO AGRAVADA MANTIDA. RECURSO CONHECIDO EM PARTE E, NESTA EXTENSÃO, DESPROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento n. 0154923-19.2015.8.24.0000, da comarca de Tubarão 3ª Vara Cível em que são Agravantes Guido Augusto Lucarelli Alves Branco e outro e Agravados Mário Júnior Cardoso e outro.

A Sexta Câmara de Direito Civil decidiu, por votação unânime, conhecer em parte do recurso e, nesta extensão, negar-lhe provimento. Custas legais.

Participaram do julgamento, realizado nesta data, o Excelentíssimo Desembargador Stanley Braga e o Excelentíssimo Desembargador Júlio César M. Ferreira de Melo.

Florianópolis, 13 de setembro de 2016.

Desembargadora Denise Volpato
Presidente e Relatora

RELATÓRIO

Guido Augusto Lucarelli Alves Branco e Mônica Geni Alvira Branco interpuseram Agravo de Instrumento contra decisão proferida pelo MM. Juiz Ero Pinter Pizzolatti da 3ª Vara Cível da Comarca de Tubarão/SC, que, nos autos da “Ação de Imissão na Posse” n. 0301606912015.8.24.0075, ajuizada contra si por Mário Júnior Cardoso e outro, deferiu o pleito antecipatório de imissão na posse em favor dos autores, ora agravados, determinando a desocupação voluntária do imóvel no prazo de 10 (dez) dias, sob pena de desocupação forçada.

Sustentam os agravantes ser o imóvel *sub judice* objeto de cédula de crédito bancário com garantia fiduciária, firmado entre a Caixa Econômica Federal, os agravantes e a sociedade empresária Morelli Alimentos Ltda. Destacam que inicialmente o agravante Guido era sócio da referida sociedade empresária e posteriormente decidiu se retirar do quadro societário e, assim, não possuía mais interesse pelos

contratos financeiros da referida empresa. Afirmam terem os novos sócios, após a exclusão, aditado a cédula e excluído os agravantes da condição de avalistas, permanecendo o imóvel residencial como garantia real da obrigação, sem seu conhecimento. Asseveram que apesar do inadimplemento e da consolidação da propriedade do imóvel junto à Caixa, em momento algum foram pessoalmente notificados, não tendo oportunidade de purgar a mora. Sobrelevam a nulidade da consolidação da propriedade e do leilão extrajudicial que acarretou a venda do imóvel aos agravados. Aduzem ser bem de família o imóvel adquirido pelos agravados, pondo em risco o direito à moradia dos agravantes e sua família. Destacam terem ajuizado na Justiça Federal ação em face da Caixa Econômica Federal (autos n. 5001968-16.2015.4.04.7207), buscando a anular o procedimento de consolidação da propriedade da CEF. Aduzem não serem os agravados adquirentes de boa-fé, pois perderam essa característica quando recusaram a proposta realizada pelos agravantes na audiência de conciliação, sob o argumento de que adquiriram o imóvel para fins de investimento. Por essas razões, pleiteiam o conhecimento e provimento do recurso, reformando a decisão interlocutória a fim de ser revogada a liminar de imissão na posse. Alternativamente, requerem a dilação do prazo para desocupação do imóvel.

O pedido de efeito suspensivo foi parcialmente deferido pelo Exmo. Des. Subst. Luiz Zanelato, tão somente para ampliar o prazo de desocupação voluntária do imóvel *sub judice* para 30 (trinta) dias (fls. 136/143).

Inconformados os agravantes opuseram Embargos de Declaração (fls. 150/155), os quais foram rejeitados (fls. 181/183).

A parte agravada apresentou contrarrazões às fls. 169/179.

Irresignados os agravantes interpuseram Recurso Especial, o qual não foi conhecido pelo Des. Jaime Ramos, da 3ª Vice Presidência, porque incabível à espécie (fls. 253/254).

Após, foram os autos redistribuídos a esta Relatora.

Este é o relatório.

VOTO

1. Prefacial: direito intertemporal

Inicialmente, imperioso destacar que a sistemática processual civil brasileira, atualmente positivada na Lei n. 13.105/2015 (em seu artigo 14), adota o princípio do isolamento dos atos processuais.

Extrai-se do Novo Código de Processo Civil:

“Art. 14. A norma processual não retroagirá e será aplicável imediatamente aos processos em curso, respeitados os atos processuais praticados e as situações jurídicas consolidadas sob a vigência da norma revogada.”

Referido princípio nada mais é do que o desdobramento processual do princípio geral da irretroatividade da lei nova, previsto na Constituição Federal e no Decreto-Lei n. 4.657/1942 (Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro), que importa em relativa ultra-atividade da lei velha no tocante ao reconhecimento de regularidade dos atos processuais praticados sob sua égide.

No aspecto, salutar destacar-se a norma positivada acerca do direito intertemporal:

Constituição Federal

“Art. 5º [...]”

XXXVI - a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada;”

Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro

“Art. 6º A Lei em vigor terá efeito imediato e geral, respeitados o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada. (Redação dada

pela Lei nº 3.238, de 1957)

§ 1º Reputa-se ato jurídico perfeito o já consumado segundo a lei vigente ao tempo em que se efetuou. (Incluído pela Lei nº 3.238, de 1957)

§ 2º Consideram-se adquiridos assim os direitos que o seu titular, ou alguém por ele, possa exercer, como aqueles cujo começo do exercício tenha termo pré-fixo, ou condição pré-estabelecida inalterável, a arbítrio de outrem. (Incluído pela Lei nº 3.238, de 1957)

§ 3º Chama-se coisa julgada ou caso julgado a decisão judicial de que já não caiba recurso. (Incluído pela Lei nº 3.238, de 1957)”

Aplicar-se-á, pois, ao julgamento do presente recurso as disposições constantes no revogado Código de Processo Civil (Lei n. 5.869/1973), vigente à época da prática do ato processual impugnado, sem descurar-se, contudo, das questões de ordem cogente concernente à viabilidade da demanda na nova sistemática processual.

2. Admissibilidade

Registre-se terem sido juntados todos os documentos obrigatórios exigidos pelo disposto no artigo 525, I e II, do Código de Processo Civil (artigo 1.017, I, II, do Novo Código de Processo Civil), bem como ser tempestivo e ter sido recolhido o preparo (fls. 34/35).

Assim, satisfeitos os requisitos de admissibilidade, conheço do recurso.

3. Da supressão de instância

Inicialmente, salienta-se que as questões atinentes à alegada necessidade de deferimento da liminar possessória ao argumento de ser bem de família o imóvel adquirido pelos agravados, bem como de não serem os agravados adquirentes de boa-fé, não serão apreciadas neste Grau de Jurisdição, sob pena de supressão de instância.

Isso porque a apreciação de matérias e documentos não analisados

pelo Juízo de Primeiro Grau fere o princípio do devido processo legal por evidente supressão de instância.

Nesse sentido, já decidiu este Órgão Fracionário:

“AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO CONDENATÓRIA. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. INDICAÇÃO DE IMÓVEL À PENHORA. DEFERIMENTO PELO JUÍZO A QUO. APRESENTAÇÃO DO TÍTULO NO RESPECTIVO REGISTRO DE IMÓVEIS PARA REGISTRO DA PENHORA (ARTS. 185 E 187 DA LEI N. 6.015/1973). EXIGÊNCIA DE INFORMAÇÃO DO VALOR DO GRAVAME PARA REALIZAÇÃO DO ATO. TRANSCURSO DE APROXIMADAMENTE TRÊS MESES SEM INFORMAÇÃO DO VALOR EXIGIDO. PERDA DO DIREITO DE PREFERÊNCIA (ART. 188 DA LEI N. 6.015/1973). ATO NÃO REALIZADO. AUSÊNCIA DE INSCRIÇÃO QUE AFASTA PRESUNÇÃO ABSOLUTA DE CONHECIMENTO DO GRAVAME OPOSTO A TERCEIROS (ART. 659, § 4º, DO CPC). REGISTRO DE ESCRITURA PÚBLICA DE COMPRA E VENDA DO BEM. SITUAÇÃO QUE IMPOSSIBILITA PROSSEGUIMENTO DO REGISTRO DA PENHORA. ALEGAÇÃO DE FRAUDE À EXECUÇÃO. NÃO CONHECIMENTO. ANÁLISE QUE IMPLICARIA SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA E OFENSA AO DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO. DECISÃO DE CANCELAMENTO MANTIDA. RECURSO PARCIALMENTE CONHECIDO E, NA PARTE CONHECIDA, DESPROVIDO.” (TJSC, Agravo de Instrumento n. 2013.008780-6, de Joinville, rel. Des. Alexandre d’Ivanenko, j. 10-03-2015).

E, desta Corte de Justiça:

“AGRAVO DE INSTRUMENTO. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. DECISÃO QUE DETERMINOU O RETORNO DAS PARTES AO *STATUS* QUO ANTE COM A CONSEQUENTE DEVOLUÇÃO DOS BENS TRANSACIONADOS ENTRE AS PARTES. PARTE AGRAVANTE CREDORA DE VALOR MAIOR. PEDIDO PARA PENHORA E RETENÇÃO DE VEÍCULO QUE SE ENCONTRA NA POSSE DOS AGRAVANTES MAS É DE PROPRIEDADE DO AGRAVADO. PEDIDO DE PENHORA NÃO

ANALISADO EM PRIMEIRA INSTÂNCIA. IMPOSSIBILIDADE DO EXAME DO PEDIDO SOB PENA DE SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. RETENÇÃO DO BEM COMO FORMA DE GARANTIA DO CUMPRIMENTO DA OBRIGAÇÃO PENDENTE INDEVIDA. SENTENÇA CUJO TRÂNSITO EM JULGADO JÁ SE OPEROU E DETERMINOU A DEVOLUÇÃO DO BEM EM FAVOR DO AGRAVADO. AUSÊNCIA DE INSURGÊNCIA DA PARTE AGRAVANTE NO MOMENTO OPORTUNO BEM COMO DE PROCEDIMENTO JUDICIAL PRÓPRIO PARA ALTERAR O COMANDO SENTENCIAL. EVENTUAL DEFERIMENTO DO PLEITO QUE EVIDENCIARIA ESPÉCIE DE EXPROPRIAÇÃO INDIRETA SEM ADOÇÃO DOS PROCEDIMENTOS PRÓPRIOS. POSSIBILIDADE DE PENHORA E EM EVENTUAL NECESSIDADE DE ALIENAÇÃO DO BEM PODERÁ SER FORMULADO PEDIDO DE ADJUDICAÇÃO. BEM QUE DEVE SER DEVOLVIDO CONFORME DETERMINAÇÃO CONTIDA EM SENTENÇA JÁ TRANSITADA EM JULGADO. DECISÃO MANTIDA. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. [...]” (TJSC, Agravo de Instrumento n. 2014.065658-7, de Jaraguá do Sul, rel. Des. Saul Steil, j. 04-08-2015).

Diante disso, não devem ser apreciadas as alegações não analisadas pelo Juízo *a quo*, e deste modo, inviável a análise do pleito de necessidade de deferimento da liminar ao argumento de ser bem de família o imóvel adquirido pelos agravados, bem como de não serem os agravados adquirentes de boa-fé.

Assim, deixa-se de conhecer do recurso no ponto.

4. Mérito

Trata-se de recurso de agravo de instrumento interposto contra decisão interlocutória proferida nos autos da “Ação de Imissão na Posse” n. 0301606912015.8.24.0075, ajuizada contra si por Mário Júnior Cardoso e outro, deferiu o pleito antecipatório de imissão na posse em favor dos autores, ora agravados, determinando a desocupação voluntária do imóvel no prazo de 10 (dez) dias, sob pena de desocupação forçada.

Inicialmente de se destacar terem os agravados ajuizado ação reivindicatória amparada em prova da propriedade do Imóvel registrado no Ofício de Registro de Imóveis da Comarca de Tubarão/SC sob o número 19.221 (fls. 75/76).

Com fulcro em referido documento foi deferido pleito antecipatório nos seguintes termos:

“A tutela antecipada consiste numa medida destinada a garantir, desde logo, a fruição antecipada de um direito perseguido na demanda, exigindo, para tanto, o preenchimento dos requisitos elencados pelo art. 273 do CPC, cujos pressupostos são indispensáveis para o deferimento de liminar de imissão de posse.

[...]

Analisando as alegações apresentadas pelos autores na exordial, bem como o conjunto probatório acostado, entendo que o pedido merece ser acolhido, senão vejamos.

A verossimilhança das alegações e a prova inequívoca estão reveladas com a juntada da escritura pública do imóvel objeto do litígio, bem como do contrato firmado com a Caixa Econômica Federal (pp. 27/36), os quais evidenciam a transferência da propriedade do imóvel aos autores da presente demanda.

Este fato, por si só, motiva uma grande probabilidade de que o direito dos autores de possuidores seja reconhecido ao final com a prolação da sentença.

Neste tocante, oportuno afastar as arguições dos réus de nulidade no procedimento extrajudicial que levou a aquisição do imóvel pelos autores, cujo reconhecimento busca na demanda de nº 5001968-16.2015.4.04.7207 na 1ª Vara Federal de Tubarão, mormente porque não há qualquer decisão judicial neste sentido.

Aliás, a antecipação de tutela formulada pelos réus naquela ação, restou indeferida, inclusive em grau de recurso, estando os autos conclusos para sentença.

Por sua vez, o *periculum in mora*, em atenção aos fatos e fundamentos apontados pelos autores são relevantes e fazem antever os prejuízos que os autores poderão sofrer, eis que o imóvel vem sendo ocupado, em tese, irregularmente pelo réu, impedindo que os autores desfrutem do bem que legitimamente adquiriram.

[...]

Sendo assim, entendo cabível a concessão da medida para imitar a posse do imóvel aos autores do presente feito, uma vez que comprovada a propriedade deles e configurada a posse desprovida de domínio dos réus. Assim, inegável o deferimento de tutela antecipatória de imissão de posse.

Aliás, a providência liminarmente concedida poderá ser revogada a qualquer tempo no decorrer da ação.

No mais, os demais requerimentos dos autores e réus serão analisados em momento oportuno.

[...]

I. DEFIRO liminarmente o pedido de Tutela Antecipada formulado para DETERMINAR a expedição de mandado de imissão de posse, intimando-se o requerido para desocupação voluntária no prazo de 10 (dez) dias. Decorrido o prazo, sem desocupação, cumpra-se o mandado, com reforço policial, caso necessário. II. INTIMEM-SE as partes para, em 10 dias, especificarem as provas que pretendem produzir de forma pormenorizada, especialmente para indicarem os fatos a serem provados e os meios probandos.” (fls. 42/45)

Em suas razões recursais, os agravantes requerem a revogação da liminar de imissão de posse deferida ao argumento de ser o imóvel *sub judice* objeto de cédula de crédito bancário com garantia fiduciária, firmado entre a Caixa Econômica Federal, os agravantes e a sociedade empresária Morelli Alimentos Ltda. Destacam que inicialmente o agravante Guido era sócio da referida sociedade empresária e posteriormente decidiu se retirar do quadro societário e, assim, não possuía mais interesse pelos contratos financeiros da referida empresa. Afirmando terem os novos

sócios, após a exclusão, aditado a cédula e excluído os agravantes da condição de avalistas, permanecendo o imóvel residencial como garantia real da obrigação, sem seu conhecimento. Asseveram que apesar do inadimplemento e da consolidação da propriedade do imóvel junto à Caixa, em momento algum foram pessoalmente notificados, não tendo oportunidade de purgar a mora. Sobrelevam a nulidade da consolidação da propriedade e do leilão extrajudicial que acarretou a venda do imóvel aos agravados. Aduzem ser bem de família o imóvel adquirido pelos agravados, pondo em risco o direito à moradia dos agravantes e sua família. Destacam terem ajuizado na Justiça Federal ação em face da Caixa Econômica Federal (autos n. 5001968-16.2015.4.04.7207), buscando a anular o procedimento de consolidação da propriedade da CEF. Aduzem não serem os agravados adquirentes de boa-fé, pois perderam essa característica quando recusaram a proposta realizada pelos agravantes na audiência de conciliação, sob o argumento de que adquiriram o imóvel para fins de investimento. Por essas razões, pleiteiam o conhecimento e provimento do recurso, reformando a decisão interlocutória a fim de ser revogada a liminar de imissão na posse. Alternativamente, requerem a dilação do prazo para desocupação do imóvel.

Inicialmente, cumpre salientar que a ação de imissão na posse visa conferir ao proprietário a posse de imóvel com fundamento em seu título aquisitivo. A obtenção de êxito nessa demanda condiciona-se à demonstração da aquisição da propriedade do imóvel pelo autor e da injusta posse exercida pelo demandado.

Conforme o disposto no artigo 1.228 do Código Civil “o proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha”.

Sobre a ação de imissão na posse, leciona Theotonio Negrão:

A Ação de imissão na posse é uma ação real que possui como causa de pedir, a propriedade e o direito de sequela (*ius possuendi*). Possui

fundamento no artigo 1.228 do CC/2002. Assim sendo, é requisito imprescindível desta demanda que a parte autora possuía o título de propriedade. [...]” (Código Civil e legislação civil em vigor. 33. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 473)

Ainda, ensinam Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery:

“Imissão na posse: Ação real de quem tenha título legítimo para imitar-se na posse de bem – decorrência do direito de sequela do direito real – para quem, sendo proprietário, ainda não obteve a posse da coisa (CC 1228 *caput*, CC/1916 524 *caput*). (Código civil comentado. 10. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 1.140)

Com efeito, tem a ação de imissão na posse natureza petítória, mormente porque baseia-se no direito de o proprietário ingressar na posse do bem. Para propositura da demanda é exigível a apresentação de título de domínio.

Nesse particular, impende ponderar que o deferimento de tutela antecipada depende da satisfação dos pressupostos específicos elencados no artigo 273 do Código de Processo Civil, fazendo-se necessário demonstrar meios evidentes de convencimento ao magistrado (prova inequívoca) acerca da verossimilhança das alegações, o fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação ao exercício do direito invocado, bem como a reversibilidade da medida.

Nos termos do art. 273, do Código de Processo Civil:

“Art. 273. O juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação e:

I - haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação; ou

II - fique caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu.

§ 1o Na decisão que antecipar a tutela, o juiz indicará, de modo claro e preciso, as razões do seu convencimento.

§ 2o Não se concederá a antecipação da tutela quando houver perigo de irreversibilidade do provimento antecipado.

§ 3o A efetivação da tutela antecipada observará, no que couber e conforme sua natureza, as normas previstas nos arts. 588, 461, § 4o e 5o, e 461-A.

§ 4o A tutela antecipada poderá ser revogada ou modificada a qualquer tempo, em decisão fundamentada.

§ 5o Concedida ou não a antecipação da tutela, prosseguirá o processo até final julgamento.

§ 6o A tutela antecipada também poderá ser concedida quando um ou mais dos pedidos cumulados, ou parcela deles, mostrar-se incontroverso.

§ 7o Se o autor, a título de antecipação de tutela, requerer providência de natureza cautelar, poderá o juiz, quando presentes os respectivos pressupostos, deferir a medida cautelar em caráter incidental do processo ajuizado.”

Explicitando os requisitos do artigo supracitado, o Ministro Luiz Fux, em sede doutrinária, ensina:

“A tutela antecipada reclama pressupostos substanciais e pressupostos processuais. Genericamente, poder-se-ia assentar que são pressupostos substanciais a ‘evidência’ e a ‘periclitção potencial do direito objeto da ação’ e, ‘processuais’, a ‘prova inequívoca conducente à comprovação da verossimilhança da alegação’ e o ‘requerimento da parte’.

O art. 273 do CPC, com sua nova redação, permite a tutela antecipada toda vez que a prova inequívoca convença o juízo da verossimilhança da alegação de que o direito objeto do *judicium* submete-se a risco de dano irreparável ou de difícil reparação”. (FUX, Luiz. Curso de direito civil. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 60-61)

A verossimilhança caracteriza-se pela probabilidade de ser, ou seja, há plausibilidade no argumento lançado pelo requerente da medida. Verossímil é o que parece ser verdadeiro.

Para a concessão da tutela antecipada, a ordem jurídica exige, também, a caracterização do fundado receio de dano de difícil reparação (ou irreparável) com o não deferimento da medida ou, ainda, fique caracterizado o abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do requerido.

Assim, ao lado da prova inequívoca da verossimilhança do direito invocado pela parte, para obter a antecipação dos efeitos da tutela pretendida é imprescindível a demonstração do “fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação” ou, quando menos, a caracterização do “abuso de direito de defesa” ou “manifesto propósito protelatório do réu”, consoante o disposto nos incisos I e II do artigo supratranscrito.

Outrossim, impende ponderar o artigo 30, da Lei n. 9.514/1997, que dispõe sobre o Sistema Financeiro Imobiliário, *verbis*:

“É assegurada ao fiduciário, seu cessionário ou sucessores, inclusive o adquirente do imóvel por força do público leilão de que tratam os § 1º e 2º do art. 27, a reintegração na posse do imóvel, que será concedida liminarmente, para desocupação em sessenta dias, desde que comprovada, na forma do disposto no art. 26, a consolidação da propriedade em seu nome.”

No caso em tela, verifica-se o acerto da decisão que antecipou os efeitos da tutela e expediu mandado de imissão de posse em favor do autor, ora agravado.

Isso porque, o autor, ora agravado, comprovou a titularidade do imóvel matriculado no 1º Ofício de Registro de Imóveis da Comarca de Tubarão/SC sob o número 19.221, adquirido por meio de Concorrência Pública n. 4115/2014, realizada em 12/02/2015, assim individualizado:

“Um apartamento, designado pelo nº 301, localizado no terceiro andar (pavimento) do Edifício Residencial Villa Lobos, situado na Rua Recife, nº 200, em Tubarão-SC, com área real e global de 216,53 m², área privativa de 194,66 m², área de uso comum de 21,87 m², área ideal do solo de 35,02 m², fração ideal do solo 3,88%.” (fls. 73/76)

Na ação de imissão na posse cumpre ao autor individualizar o bem, demonstrar sua propriedade e o caráter injusto da posse dos requeridos.

Outrossim, cumpre destacar que a posse injusta para fins de ação reivindicatória não se relaciona aos vícios da violência, clandestinidade e precariedade, mas tão somente à ausência de causa jurídica. Assim, apresentado o título de propriedade pelo reivindicante, somente será improcedente a demanda se o reivindicado apresentar título de propriedade que o sobreponha, desconstituir o título apresentado, provar que adquiriu por usucapião ou demonstrar que sua posse decorre de contrato em vigor entabulado com o reivindicante.

Nesse viés, desdome-se do processado terem os agravados notificado extrajudicialmente os agravantes informando a necessidade de desocupação do imóvel objeto Contrato de Compra e Venda (fls. 69/72), fato que tornou injusta sua posse.

Em resposta, os agravantes enviaram “Contranotificação Extrajudicial” informando “a ocorrência de vício na consolidação da propriedade por parte da Caixa Econômica Federal”. Destacam o comprometimento de todos os atos atinentes à propriedade do imóvel, motivo pelo qual afirmam que qualquer ato judicial e/ou extrajudicial de tentativa possessória caracteriza “turbação de posse” (fls. 65/68).

Ocorre que, o alegado vício por si só não caracteriza o direito de os antigos proprietários permanecerem na posse do imóvel.

Ademais, cumpre ressaltar que as questões atinentes ao contrato bancário com garantia fiduciária e os atos jurídicos dele decorrentes são objeto de apreciação da Justiça Federal (autos n. 5001968-

16.2015.4.04.7207), que detém competência absoluta para examinar as matérias suscitadas (art. 109, I, da Constituição Federal).

Outrossim, cumpre destacar que tendo sido a Notificação Extrajudicial enviada pelos agravados levada a efeito em 02/03/2015, desde então a posse dos agravantes passou a ser injusta.

Além disso, em consulta ao sistema de automação do Judiciário (www.tjsc.jus.br), verifica-se que, em 24/05/2016, os agravantes ajuizaram ação de Interdito Proibitório com pedido de antecipação de tutela (autos n. 0301817-30.2015.8.24.0075) em face dos agravados, o qual restou indeferido pelo Magistrado Singular, tendo a Sexta Câmara de Direito Civil confirmado a decisão em julgamento realizado em 24/05/2016 (Agravamento de Instrumento n. 0155002-95.2015.8.24.00000).

Deste modo, sendo injusta a posse dos antigos proprietários do imóvel leilado extrajudicialmente pelos agravados, injusta é a posse dos antigos proprietários.

Dessarte, tendo os autores/agravados comprovado a titularidade do imóvel, bem como a ocupação injusta do imóvel *sub judice* pelos agravantes, o deferimento da imissão possessória *inaudita altera parte* é medida de justiça.

Ademais, cumpre salientar que a Lei n. 9.514/1997 exige tão somente a comprovação da consolidação da propriedade em nome do adquirente para concessão liminar da medida. Eventual nulidade do procedimento expropriatório como um todo, *in casu*, não pode ser arguida pela parte dada a incompetência absoluta deste Órgão Julgador para conhecer dos argumentos defensivos (em face do interesse da União – CEF).

4.1 Do prazo para desocupação voluntária do imóvel

Alternativamente, pugnam os agravantes pela dilação do prazo arbitrado para desocupação do imóvel.

Entretanto, dado o transcurso do tempo, e o cumprimento efetivo da ordem de imissão na posse (fls. 84/185, autos principais), impõe-se reconhecer a perda superveniente do objeto recursal no tocante ao pleito de dilação do prazo arbitrado para desocupação do imóvel.

Dessarte, prejudicada a análise do mérito recursal neste aspecto, porquanto carecem os agravantes de interesse recursal, tendo em vista já terem desocupado o imóvel.

Assim, não se conhece do recurso no ponto.

Ante o exposto, o voto é no sentido de conhecer em parte do recurso e, nesta extensão, negar-lhe provimento.

Este é o voto.

Apelação n. 0041302-03.2010.8.24.0038, de Joinville

Relatora: Desembargadora Denise Volpato

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE COBRANÇA. COMISSÃO DE CORRETAGEM. ALIENAÇÃO/CESSÃO DE DIREITOS SOBRE IMÓVEL. SENTENÇA DE PARCIAL PROCEDÊNCIA. COMISSÃO CALCULADA SOBRE O VALOR CONSTANTE NA ESCRITURA PÚBLICA DE COMPRA E VENDA.

AGRAVO RETIDO INTERPOSTO PELOS REQUERIDOS. AUSÊNCIA DE REQUERIMENTO DE APRECIACÃO NAS CONTRARRAZÕES DE APELAÇÃO. EXEGESE DO ARTIGO 523, § 1º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. RECURSO NÃO CONHECIDO.

RECURSO DA AUTORA. PLEITO DE REFORMA DA SENTENÇA AO ARGUMENTO DE QUE A COMISSÃO DEVE SER CALCULADA SOBRE O VALOR DO CONTRATO PARTICULAR DE COMPRA E VENDA. SUBSISTÊNCIA. CONTRATO DE CORRETAGEM QUE TINHA COMO OBJETO A ALIENAÇÃO/CESSÃO DOS DIREITOS DOS REQUERIDOS SOBRE O IMÓVEL. NEGÓCIO JURÍDICO VISADO PERFECTIBILIZADO POR MEIO DE INSTRUMENTO PARTICULAR DE COMPRA E VENDA. REMUNERAÇÃO QUE DEVE SER CALCULADA SOBRE O MONTANTE DO NEGÓCIO INTERMEDIADO. VALOR CONSTANTE NA ESCRITURA PÚBLICA IRRELEVANTE NA HIPÓTESE. BASE DE CÁLCULO DA COMISSÃO ALTERADA PARA O VALOR AJUSTADO NO CONTRATO PARTICULAR DE COMPRA E VENDA.

READEQUAÇÃO DOS ÔNUS SUCUMBENCIAIS. ACOLHIMENTO *IN TOTUM* DOS PEDIDOS INAUGURAIS. CONDENAÇÃO DOS REQUERIDOS AO PAGAMENTO DAS CUSTAS E HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS, FIXADOS NA SENTENÇA EM 15% (QUINZE POR CENTO) SOBRE O VALOR DA CONDENAÇÃO.

REQUERIMENTO DE MANIFESTAÇÃO JUDICIAL PARA FINS DE PREQUESTIONAMENTO. DESCABIMENTO.

RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 0041302-03.2010.8.24.0038, da comarca de Joinville (4ª Vara Cível) em que é Apelante Anagê Imóveis Ltda. e Apelados Mário César de Macedo e outro.

A Sexta Câmara de Direito Civil decidiu, por votação unânime, não conhecer do agravo retido dos requeridos; e conhecer do recurso de apelação da autora e dar-lhe provimento. Custas legais.

Participaram do julgamento, realizado nesta data, o Excelentíssimo Desembargador Stanley Braga e o Excelentíssimo Desembargador Júlio César M. Ferreira de Melo.

Florianópolis, 13 de setembro de 2016.

Desembargadora Denise Volpato
Presidente e Relatora

RELATÓRIO

Forte no Princípio da Celeridade, e utilizando racionalmente as ferramentas informatizadas, adota-se, *in totum*, o relatório da Sentença (fls. 101/103), *verbis*:

“ANAGÊ IMÓVEIS LTDA., qualificada nos autos em epígrafe, ingressou em juízo com a presente AÇÃO DE COBRANÇA PELO PROCEDIMENTO SUMÁRIO em face de MARIO CESAR DE MACEDO e RAQUEL BERTEMES DE MACEDO, ambos qualificados, alegando, em suma, que: (a) é empresa do ramo imobiliário; (b) firmou com os requeridos autorização de venda, estipulando que caso houvesse a realização do negócio, os requeridos ficariam obrigados a pagar à requerente o percentual de 6% (seis por cento) sobre o valor da transação; (c) realizou a venda do imóvel pelo valor de R\$ 220.000,00

(duzentos e vinte mil reais); (d) os requeridos não efetuaram o pagamento da comissão de corretagem, que equivale a R\$ 12.900,00 (doze mil e novecentos reais) e (e) em 19.07.2010 promoveu a notificação extrajudicial dos requeridos visando sua constituição em mora. Ao final, requereu a citação através de oficial de justiça e a total procedência da ação. Arrolou as testemunhas Eva Celina da Silva Silveira e Carlos Roberto Bernardes. Juntou documentos às fls. 06/31.

À fl. 39 consta certidão da citação dos requeridos.

Na data aprazada, realizou-se audiência de conciliação que restou inexitosa e a parte requerida apresentou defesa (fl. 42).

Os requeridos apresentaram defesa em forma de contestação (fls. 44/56) sustentando, em síntese, que: (a) firmaram com a requerente autorização de venda; (b) a autorização de venda tinha validade de 90 (noventa) dias; (c) a autorização foi firmada em 14.03.2008 e a venda do imóvel se consumou em 08.09.2008, aproximadamente 03 (três) meses após o término do prazo acordado; (d) o item que prevê a prorrogação automática do prazo de validade é completamente abusivo; (e) na época a requerente informou que a manifestação expressa necessária para dar fim ao prazo poderia ser por meio de simples aviso; (f) a requerente não se importou em comercializar o imóvel; (g) findado os 90 (noventa) dias, comunicaram a requerente o encerramento do acordo; (h) continuaram a procura de possíveis compradores; (i) em 08.09.2008 venderam o imóvel a terceiros; (j) referida notificação comprova que a requerente sequer sabia da venda do imóvel; (l) se realmente a comissão de corretagem fosse devida, a requerente não esperaria 02 (dois) anos para averiguar a venda do imóvel; (m) o item 04 (quatro) da autorização de venda também é abusivo; (n) a venda realizada não se enquadra em nenhuma das hipóteses previstas no item 04 (quatro); (o) o item 05 (cinco) da autorização não foi cumprido pela requerente e (p) a requerente agiu de má-fé e deve arcar com indenização por perdas e danos. Ao final, requereram a total improcedência da ação e a condenação da requerente em indenização por danos morais e materiais. Juntaram documentos às fls. 57/65.

Em réplica à contestação (fls. 66/70), a requerente asseverou que teve participação na venda realizada. Assim, requereu o julgamento antecipado da lide.

À fl. 72, deferiu-se a produção de prova testemunhal e designou-se audiência de instrução e julgamento.

Em audiência de instrução e julgamento (fl. 86) foi ouvida a parte autora, bem como a testemunha Carlos Roberto Bernardes por ela arrolada. Outrossim, houve a desistência da oitiva da testemunha Eva Celina da Silva Silveira. Por sua vez, os requeridos pugnaram pelo depoimento pessoal da requerida e pela realização de perícia no documento de fl. 15, o que foi indeferido. As partes declinaram da produção de outras provas. Ademais, a parte requerida interpôs recurso de agravo da decisão sobre a perícia do documento de fl. 15. A parte autora apresentou manifestação quanto ao agravo. A decisão de indeferimento da perícia foi mantida.

À fl. 88 repousa documento audiovisual da audiência de instrução e julgamento.

A parte autora apresentou alegações finais às fls. 91/94. O prazo decorreu sem manifestação pelos requeridos (fl. 100).”

Pelo Magistrado Rogério Manke foi proferida Sentença (fls. 101/111), julgando a lide nos seguintes termos:

“Ante o exposto, com fundamento no artigo 269, I, do Código de Processo Civil, ACOELHO PARCIALMENTE os pedidos formulados por ANAGÊ IMÓVEIS LTDA. em face de MARIO CESAR DE MACEDO e RAQUEL BERTEMES DE MACEDO para condenar os requeridos ao pagamento de R\$ 6.493,92 (seis mil, quatrocentos e noventa e três reais e noventa e dois centavos) a título de comissão de corretagem. Ressalto, ainda, que a correção monetária deve incidir desde a data em que a comissão deveria ter sido paga (18.09.2014) e os juros de mora, a partir da citação. Diante da sucumbência recíproca, condeno a requerente ao pagamento de 50% (cinquenta por cento) das despesas processuais e a requerida aos outros 50% (cinquenta por cento). Arbitro os honorários advocatícios em 15% (quinze por cento) do valor da condenação, devidamente atualizado, com espeque no artigo 20, § 3º, do Código de Processo Civil, sendo que 50% (cinquenta por cento) desse valor é devido pela requerente ao patrono da parte requerida e os outros 50% (cinquenta por cento) pelos requeridos ao defensor da requerente”.

A autora opôs embargos declaratórios (fls. 115/118), os quais foram rejeitados pelo Magistrado *a quo* (fls. 121/122).

Irresignada com a prestação jurisdicional, a requerente interpôs recurso de apelação (fls. 125/131) no qual sustenta que o imóvel nunca esteve registrado em nome dos apelados (vendedores), de modo que a negociação entre estes e Solange Voos (compradora) jamais teve publicidade. Destaca terem os apelados adquirido o imóvel da construtora por R\$ 108.232,00 (cento e oito mil duzentos e trinta e dois reais) e, posteriormente, vendido a Solange Voos por R\$ 215.000,00 (duzentos e quinze mil). Saliencia ter sido registrada no cartório competente tão somente a venda da construtora diretamente para Solange Voos, pelo valor de R\$ 108.232,00 (cento e oito mil duzentos e trinta e dois reais). Sublinha, entretanto, que o valor da negociação imobiliária por si intermediada (entre os apelados e Solange Voos) resta evidenciado pelo contrato particular de compra e venda. Desta forma, requer seja parcialmente reformada a Sentença, para que a comissão seja calculada sobre o valor da promessa de compra e venda (R\$ 215.000,00), e não sobre aquele constante na matrícula do imóvel (R\$ 108.232,00). Prequestiona os dispositivos legais aventados.

Com as contrarrazões (fls. 138/142), ascenderam os autos a esta Egrégia Corte de Justiça.

Este é o relatório.

VOTO

1. Prefacial: direito intertemporal

Inicialmente, imperioso destacar que a sistemática processual civil brasileira, atualmente positivada na Lei n. 13.105/2015 (em seu artigo 14), adota o princípio do isolamento dos atos processuais.

Extrai-se do Novo Código de Processo Civil:

“Art. 14. A norma processual não retroagirá e será aplicável imediatamente aos processos em curso, respeitados os atos processuais praticados e as situações jurídicas consolidadas sob a vigência da norma revogada.”

Referido princípio nada mais é do que o desdobramento processual do princípio geral da irretroatividade da lei nova, previsto na Constituição Federal e no Decreto-Lei n. 4.657/1942 (Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro), que importa em relativa ultra-atividade da lei velha no tocante ao reconhecimento de regularidade dos atos processuais praticados sob sua égide.

No aspecto, salutar destacar-se a norma positivada acerca do direito intertemporal:

Constituição Federal

“Art. 5º [...]

XXXVI - a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada;”

Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro

“Art. 6º A Lei em vigor terá efeito imediato e geral, respeitados o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada. (Redação dada pela Lei nº 3.238, de 1957)

§ 1º Reputa-se ato jurídico perfeito o já consumado segundo a lei vigente ao tempo em que se efetuou. (Incluído pela Lei nº 3.238, de 1957)

§ 2º Consideram-se adquiridos assim os direitos que o seu titular, ou alguém por êle, possa exercer, como aqueles cujo comêço do exercício tenha termo pré-fixo, ou condição pré-estabelecida inalterável, a arbítrio de outrem. (Incluído pela Lei nº 3.238, de 1957)

§ 3º Chama-se coisa julgada ou caso julgado a decisão judicial de que já não caiba recurso. (Incluído pela Lei nº 3.238, de 1957)”

Aplicar-se-á, pois, ao julgamento do presente recurso as disposições

constantes no revogado Código de Processo Civil (Lei n. 5.869/1973), vigente à época da prática do ato processual impugnado, sem descurar-se, contudo, das questões de ordem cogente concernentes à viabilidade da demanda na nova sistemática processual.

2. Admissibilidade

É consabido que o procedimento recursal exige o preenchimento de pressupostos específicos, necessários para que se possa examinar o mérito do recurso interposto. Portanto, torna-se imperiosa, num primeiro momento, a análise dos pressupostos recursais, em razão de constituírem a matéria preliminar do procedimento recursal, ficando vedado ao Tribunal o conhecimento do mérito no caso de não preenchimento de quaisquer destes pressupostos.

Tais pressupostos são classificados como *intrínsecos* (cabimento, interesse recursal, legitimidade recursal, inexistência de fato extintivo do direito de recorrer) e *extrínsecos* (regularidade formal, tempestividade e preparo). Os pressupostos intrínsecos estão atrelados ao direito de recorrer, ao passo que os extrínsecos se referem ao exercício desse direito.

Assim, devidamente recolhido o preparo pela autora (fl. 132) e preenchidos os demais pressupostos de admissibilidade, passa-se à análise do recurso.

2.1 Agravo retido

Os requeridos interpuseram agravo retido contra decisão que indeferiu a produção de prova pericial sobre a “Proposta de Compra e Venda” de fl. 15 (fls. 86/87).

Como cediço, para o conhecimento, processamento e julgamento do agravo retido, é necessário à parte apelada postular sua apreciação, de forma expressa, quando da apresentação de suas contrarrazões de apelação.

Com efeito, dispõe o artigo 523, § 1º, do Código de Processo Civil, *in verbis*:

“Art. 523. Na modalidade de agravo retido o agravante requererá que o tribunal dele conheça, preliminarmente, por ocasião do julgamento da apelação.

§ 1º Não se conhecerá do agravo se a parte não requerer expressamente, nas razões ou na resposta da apelação, sua apreciação pelo Tribunal.”

A respeito do tema, colhe-se da doutrina de Fredie Didier Jr. e Leonardo José Carneiro da Cunha:

“Relativamente ao agravo retido, sabe-se que, uma vez interposto, deverá ficar mantido nos autos, somente devendo ser processado e julgado pelo tribunal, caso não haja retratação imediata do juízo de primeiro grau e desde que a parte o reitere para que o tribunal, quando do eventual julgamento da apelação, dele conheça (CPC, art. 523). Significa que não se conhecerá do agravo se a parte não requerer expressamente, nas razões ou contra-razões da apelação, sua apreciação pelo tribunal (CPC, art. 523, § 1º).” (Curso de Direito Processual Civil, V. 3, 7ª Edição, p. 138).

No caso em tela, os demandados não requereram a apreciação do agravo por esta Corte de Justiça em suas contrarrazões de apelação (fls. 139/142), estando ausente, portanto, um dos pressupostos recursais de admissibilidade.

Assim sendo, não se conhece do agravo retido.

3. Mérito

Trata-se de recurso de apelação interposto por Anagê Imóveis Ltda. contra Sentença que, nos autos da ação de cobrança de comissão de corretagem n. 0041302-03.2010.8.24.0038 por si ajuizada em face de Mário César de Macedo e Raquel Bertemes de Macedo, julgou parcialmente procedentes os pedidos exordiais para condenar os requeridos ao pagamento da quantia de R\$ 6.493,92 (seis mil quatrocentos e noventa e três reais e noventa e dois centavos) a título de comissão de corretagem.

Em leitura atenta dos autos, infere-se ter o requerido Mario Cesar de Macedo celebrado, em 14/10/2004, “Instrumento Particular de Compra e Venda” com CR Fernandes Engenharia Ltda., tendo por objeto o apartamento n. 303 e box de garagem n. 05 do Edifício Marseille, localizado em Joinville/SC, pelo preço ajustado de R\$ 108.232,00 (cento e oito mil duzentos e trinta e dois reais) (fls. 22/24).

A despeito da celebração do negócio, as partes não realizaram a transferência da propriedade junto ao cartório competente, permanecendo a construtora (CR Fernandes Engenharia Ltda.) como proprietária dos imóveis (apartamento e vaga de garagem).

Posteriormente, em 08/09/2008, por intermédio da imobiliária autora, os requeridos (casados entre si) firmaram “Contrato Particular de Promessa de Compra e Venda de Imóvel Residencial” com Solange Voos, por meio do qual cederam seus direitos de promissários compradores referentes ao apartamento e respectiva vaga de garagem, pelo valor de R\$ 215.000,00 (duzentos e quinze mil reais), figurando a construtora CR Fernandes Engenharia Ltda. como anuente (fls. 60/63).

Ato contínuo, a construtora efetuou a transferência do apartamento e vaga de garagem diretamente para Solange Voos (matrículas de fls. 18/21), constando como valor da venda R\$ 103.232,00 (cento e três mil duzentos e trinta e dois reais) para o apartamento e R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) para a vaga de garagem, totalizando R\$ 108.232,00 (cento e oito mil duzentos e trinta e dois reais).

Ocorre que, a despeito de os requeridos terem contratado serviço de corretagem fornecido pela autora para intermediação da alienação/cessão de seus direitos de promissários compradores do imóvel, deixaram de repassar a comissão acordada.

Neste aspecto, sustentou a autora fazer jus ao recebimento de comissão de corretagem no percentual de 6% (seis por cento) sobre o valor da transação intermediada (R\$ 215.000,00 – duzentos e quinze

mil), nos termos contratuais (fl. 13), totalizando R\$ 12.900,00 (doze mil e novecentos reais).

Sentenciado o feito, o Magistrado *a quo* julgou parcialmente procedente o pedido exordial, para condenar os requeridos ao pagamento de comissão por corretagem no valor de R\$ 6.493,92 (seis mil, quatrocentos e noventa e três reais e noventa e dois centavos).

Entendeu o Magistrado de Primeiro Grau que a comissão por corretagem de 6% (seis por cento) deve incidir sobre o valor declinado na Escritura Pública de Compra e Venda (R\$ 108.232,00), e não sobre aquele existente no “Contrato Particular de Promessa de Compra e Venda de Imóvel Residencial” (R\$ 215.000,00).

Em suas razões recursais, sustenta a autora que a base de cálculo para a comissão de corretagem deve ser o valor ajustado na promessa de compra e venda celebrada entre os requeridos e Solange Voos (R\$ 215.000,00), e não aquele constante na matrícula do imóvel (R\$ 108.232,00).

Neste contexto, de se destacar inexistir insurgência recursal quanto à aproximação útil realizada pela imobiliária autora ou sobre o percentual devido a título de comissão por corretagem (6%), previsto no contrato de fl. 13, cingindo-se o recurso de apelação à análise de sua base de cálculo – se sobre o valor mencionado nas matrículas (R\$ 108.232,00) ou sobre a quantia ajustada no contrato particular celebrado com Solange Voos (R\$ 215.000,00).

Pois bem.

Trata-se a corretagem de negócio jurídico no qual o corretor se compromete a intermediar a realização de negócio jurídico de interesse do contratante mediante a aproximação com terceiro.

No tocante, cumpre transcrever o disposto no artigo 722 do Código Civil:

“Art. 722. Pelo contrato de corretagem, uma pessoa, não ligada a outra em virtude de mandato, de prestação de serviços ou por qualquer relação de dependência, obriga-se a obter para a segunda um ou mais negócios, conforme as instruções recebidas.”

Por conseguinte, na vigência do contrato de corretagem “um agente comete a outrem a obtenção de um resultado útil de certo negócio. A conduta esperada é no sentido de que o corretor faça aproximação entre um terceiro e o comitente. A mediação é exaurida com a conclusão do negócio entre estes, graças à atividade do corretor.” (VENOSA. Sílvio de Salvo. *in* Direito Civil: contratos em espécie. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 324).

Na espécie contratual, somente é devida remuneração quando concretizado seu objeto, qual seja, aproximação útil e concreta entre partes interessadas na realização do negócio jurídico visado.

Nesse viés, Gustavo Tepedino identifica três condições para que o corretor tenha direito à remuneração:

“(i) relação contratual entre o corretor e uma das partes (ou as duas partes) interessadas, (ii) conclusão do negócio mediado, e (iii) contribuição do corretor, com a sua atividade, para conclusão do negócio mediado.” (*in* Comentários ao Novo Código Civil, v. X: das várias espécies de contrato, do mandato, da comissão, da agência e distribuição, da corretagem, do transporte. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 420)

Será, pois, devida a remuneração se houver resultado útil, ou seja, se da aproximação entre o comitente e o terceiro resultar no negócio visado, consoante disposição expressa do artigo 725 do Código Civil, *verbis*:

“Art. 725. A remuneração é devida ao corretor uma vez que tenha conseguido o resultado previsto no contrato de mediação, ou ainda que este não se efetive em virtude de arrependimento das partes.”

Neste aspecto, Arnaldo Rizzardo, em lição doutrinária, esclarece

tratar-se o contrato de corretagem de obrigação de fim, sendo necessário que as partes efetivamente celebrem o negócio jurídico visado para que a comissão seja devida:

“Mas para ser reconhecida e concluída a corretagem, é indispensável a realização do negócio visado. A remuneração do corretor depende da ocorrência de uma condição suspensiva, que consiste na realização do negócio principal”, salienta Arnaldo Wald, prosseguindo: ‘Neste sentido, a corretagem se aproxima do contrato de seguro, no qual a indenização só será paga, pelo segurador, na hipótese da ocorrência do sinistro, ou do próprio jogo, no qual a loteria somente premiará o jogador que for titular do bilhete sorteado.’” (*in* Contratos. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 770)

Outrossim, uma vez celebrado o negócio jurídico visado, será devida a comissão correspondente ainda que o resultado previsto não se efetive por arrependimento das partes (art. 725 do CC, segunda parte).

Assim, “não interessa a execução desde que as partes hajam celebrado e concluído o negócio. Se posteriormente as mesmas não cumprem as obrigações pactuadas, não repercutirá esta inadimplência, mesmo que se desenvolva em rescisão, na pessoa do corretor.” (Rizzardo, Arnaldo. *Ob. cit.*, p. 770).

Subsumindo a teoria ao caso concreto, verifica-se terem as partes celebrado contrato de corretagem (fl. 13) visando à alienação dos direitos dos requeridos sobre o apartamento n. 303 do Edifício Marseille, e respectiva vaga de garagem, localizado no Município de Joinville/SC, comprometendo-se os comitentes (requeridos) a pagar comissão de 6% (seis por cento) sobre o valor da venda, *verbis*:

“O(s) autorizador(es) se compromete(em) a pagar a comissão de 6% (seis), que será descontado do ‘ATO’ dado pelo promitente comprador. No caso do ‘ATO’ ser inferior a comissão, o saldo será abatido dos próximos recebimentos.” (fl. 13)

Com efeito, a intermediação da imobiliária autora resultou na

celebração do negócio jurídico visado (em 08/09/2008), qual seja, a transferência de direitos havidos sobre o imóvel, ultimado pelo “Contrato Particular de Compra e Venda de Imóvel Residencial” de fls. 60/63, no qual figuram como promitentes vendedores os requeridos e promitente compradora Solange Voos, pelo preço ajustado de R\$ 215.000,00 (duzentos e quinze mil).

Como se vê, o fato gerador da comissão de corretagem é a celebração da promessa de compra e venda – porquanto foi o negócio jurídico visado pelos comitentes, ultimado em decorrência de aproximação intermediada pela imobiliária autora.

Neste aspecto, de se destacar que a comissão reclamada não possui relação com a importância registrada em escritura pública de compra e venda – a qual nem sempre reflete o valor real da transação (art. 335 do CPC; art. 375 do NCPC) –, mas com o preço constante no instrumento contratual concretizado por intermédio da imobiliária (cessão dos direitos sobre o imóvel celebrado com Solange Voos).

Desta forma, o cálculo da comissão por corretagem deve ter por base o valor constante no instrumento particular, qual seja, R\$ 215.000,00 (duzentos e quinze mil reais).

Ademais, conforme mencionado alhures, ainda que o negócio não fosse efetivado em razão do arrependimento de uma das partes, culminando com sua rescisão, a comissão de corretagem seria igualmente devida (art. 725 do CC), motivo pelo qual deve ter como base o valor da transação efetivamente intermediada pela autora, qual seja, a alienação dos direitos dos requeridos sobre o imóvel.

Ora, se a remuneração ao corretor é devida mesmo na hipótese de rescisão, eventuais inadimplementos e alterações realizadas pelas partes após a celebração do pacto igualmente não possuem o condão de afastar ou minorar a quantia devida a título de comissão de corretagem.

Assim, independentemente do valor posteriormente declarado na escritura pública, a comissão deve ser calculada sobre o valor constante na promessa de compra e venda.

Dessarte, merece reforma a Sentença objurgada para alterar a base de cálculo da comissão de corretagem para R\$ 215.000,00 (duzentos e quinze mil reais), majorando-se, por conseguinte a condenação para 12.900,00 (doze mil e novecentos reais).

Mantém-se a aplicação dos consectários legais na forma estipulada em Sentença.

4. Ônus sucumbenciais

Reformada em parte a Sentença, com o acolhimento *in totum* dos pedidos inaugurais, impõe-se a readequação dos ônus da sucumbência, devendo os demandados arcarem com a integralidade das custas processuais e honorários advocatícios, fixados na Sentença em 15% (quinze por cento) sobre o valor da condenação.

5. Prequestionamento

Por derradeiro, pretende a autora a expressa manifestação deste Areópago quanto aos dispositivos legais ventilados.

Contudo, há de se ressaltar não ter o Poder Judiciário obrigação de se manifestar sobre toda e qualquer argumentação levantada pela parte, mas sim tão somente fazer referência aos fatos e ao direito aplicável ao caso concreto.

Nesse viés, não há necessidade de menção literal a todos os dispositivos legais atinentes à matéria em discussão, afigurando-se suficiente a abordagem completa do seu conteúdo jurídico, como ocorrido.

Ora, o Judiciário é um poder independente, que deve prestar sua função jurisdicional de forma universal, tendo sua atuação adstrita aos

limites dos pedidos das partes. Entretanto, como forma de dispensar um serviço mais ágil e eficaz à coletividade, não pode ser refém de todo e qualquer argumento despropositado, tal qual o que encerra o presente recurso.

A resposta ao impulso oficial deve, assim, ater-se ao ponto nodal do litígio, sempre à luz do direito efetivamente aplicável ao caso concreto.

Ademais, o fato de uma decisão exarada por um dos Órgãos Judicantes do Estado afrontar disposição de lei, mesmo sem que haja expressa citação de seus artigos, já confere a possibilidade lógica (exegética) da parte manejar Recurso Especial. Não se faz, pois, necessário elastecer a prestação jurisdicional e prestar esclarecimentos acerca de uma série de dispositivos legais que nem sempre se adequam à situação sub examine.

Assim, rejeita-se o prequestionamento pretendido.

Ante o exposto, o voto é no sentido de não conhecer do agravo retido interposto pelos requeridos; e conhecer do recurso de apelação da autora e dar-lhe provimento para condenar os requeridos ao pagamento de R\$ 12.900,00 (doze mil e novecentos reais) a título de comissão de corretagem. Readequada a sucumbência, condena-se a parte requerida ao pagamento da integralidade das custas processuais e honorários advocatícios, fixados na Sentença em 15% (quinze por cento) sobre o valor da condenação.

Este é o voto.

GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO COMERCIAL

Ação Rescisória n. 0032659-63.2016.8.24.0000

Relator: Des. José Carlos Carstens Köhler

AÇÃO RESCISÓRIA. AÇÃO DE COBRANÇA. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA REFORMADA PARCIALMENTE PELO TRIBUNAL DE JUSTIÇA. AVENTADA VIOLAÇÃO MANIFESTA À NORMA JURÍDICA (ART. 966, INCISO V, DO NCPC).

PROCESSUAL CIVIL. AVENTADA NULIDADE DO FEITO POR AFRONTA AOS ARTS. 265, INCISO I E 266, AMBOS DO CÓDIGO BUZAID. ACOLHIMENTO. FALECIMENTO DO ÚNICO PATRONO QUE ATUAVA NOS INTERESSES DO AUTOR. AUSÊNCIA DE COMANDO DE SUSPENSÃO DO PROCESSO E INTIMAÇÃO DA PARTE PARA CONSTITUIR NOVO ADVOGADO. MORTE DO PROCURADOR QUE ACARRETA A SUSPENSÃO DO PROCESSO DESDE A DATA DO ÓBITO, TORNANDO NULOS OS ATOS PRATICADOS POSTERIORMENTE A ESTE MARCO TEMPORAL. IMPERATIVO RETORNO DO FEITO À TERCEIRA CÂMARA DE DIREITO COMERCIAL PARA QUE PROMOVA NOVO JULGAMENTO DO APELO.

“PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO RESCISÓRIA. ART. 485, V. DO CPC. OFENSA A LITERAL DISPOSIÇÃO DE LEI. OCORRÊNCIA. MORTE DO ÚNICO ADVOGADO DA PARTE. SUSPENSÃO DO PROCESSO. 1. A morte do advogado da parte suspende o curso do processo, desde a sua ocorrência, sendo considerados nulos os atos posteriormente praticados. Precedentes. 2. Demonstrado nos autos que a morte do patrono da autora se deu antes do julgamento de recurso ordinário em mandado de segurança, é forçoso reconhecer que no momento da manifestação desta Corte o processo estava suspenso. 3. A autora sofreu efetivo prejuízo, tendo em vista a impossibilidade de realização de sustentação oral no julgamento do recurso ordinário,

processo em que quedou vencida, como também o cerceamento para interposição de eventuais recursos. 4. Ação rescisória julgada procedente.” (AR 2995/RS, Rel. Min. Jorge Mussi, j. 13-03-14).

ÔNUS SUCUMBENCIAIS. ENCARGO DA PARTE VENCIDA.

DEPÓSITO PRÉVIO. DEVER DE RESTITUIÇÃO AO AUTOR, EM FACE DO JULGAMENTO DE PROCEDÊNCIA DA PRETENSÃO DEDUZIDA NA EXORDIAL. EXEGESE DO ART. 974 DO CÓDIGO FUX.

AÇÃO RESCISÓRIA JULGADA PROCEDENTE.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Rescisória n. 0032659-63.2016.8.24.0000, da comarca de Canoinhas 2ª Vara Cível em que é Autor Mario Luiz Denk e Réu Sponchiado Consórcios Ltda.

Grupo de Câmaras de Direito Comercial decidiu, por unanimidade, julgar procedente a ação rescisória. Custas legais.

O julgamento, realizado na data de hoje, foi presidido pelo Exmo. Sr. Des. Cláudio Barreto Dutra, e dele participaram os Exmos. Srs. Des. Jânio Machado, Soraya Nunes Lins, Túlio Pinheiro, Mariano do Nascimento, Altamiro de Oliveira, Newton Varela Júnior, Janice Goulart Garcia Ubialli e Dinart Francisco Machado.

Florianópolis, 09 de novembro de 2016.

Carstens Köhler
RELATOR

RELATÓRIO

Mário Luiz Denk, devidamente qualificado (fl. 2), ingressou com ação rescisória em desfavor de Sponchiado Consórcios Ltda., alegando em síntese que: (a) figurou como apelante nos autos n. 2009.074938-1, que tramitou perante a Primeira Câmara de Direito Comercial, sob a relatoria

da Desembargadora Denise Francoski, sendo publicado o acórdão em 18-09-15, certificando-se o trânsito em julgado em 05-10-15; (b) transitada em julgado a decisão colegiada, os autos retornaram à Comarca de Canoinhas, sendo os Procuradores intimados para manifestarem-se acerca do retorno do feito, sendo então promovido o cumprimento de sentença, autuado sob o n. 0000595-04.2006.8.24.0015/00005; (c) o único advogado que patrocinava os interesses do Autor – dr. Silvio Danillo Deluca (OAB/SC 1) faleceu em 26-07-14, sendo que o Apelo interposto subscrito pelo aludido Causídico na data de 26-08-09, porém o julgamento só se deu em 10-09-15, mais de um ano após o falecimento do Advogado; (d) os editais de inclusão em pauta demonstram que todas as intimações e publicações foram dirigidas ao Advogado falecido; (e) o falecimento do Causídico ensejava a suspensão do feito, nos moldes do art. 265 do Código Buzaid, o que incorreu, situação que denota de forma inescusável a nulidade dos atos processuais praticados posteriormente ao falecimento; e (f) faz jus à concessão de tutela provisória, haja vista estar prestes a ter seu patrimônio penhorado, a fim de determinar a suspensão do processo de execução e cumprimento de sentença em trâmite perante a 2ª Vara Cível da Comarca de Canoinhas.

Ao final culminou com os pleitos atinentes (fls. 02-09) e juntou os documentos de fls. 12-234.

Conclusos os autos, foi ordenada a emenda da petição inicial, na forma do art. 321 do Código Fux, para que o valor da causa fosse adequado, devendo o Autor promover a complementação do depósito prévio (fls. 236-239).

A determinação foi atendida (fls. 242-244).

A tutela de urgência foi deferida, a fim de determinar a sustação da marcha processual do cumprimento de sentença n. 0000595-04.2006.8.24.0015 até o julgamento definitivo da presente ação rescisória, determinando-se a citação da parte Adversa (fls. 246-249).

Sobreveio a resposta em forma de contestação (fls. 266-267), aduzindo a Administradora de Consórcios que: (a) é “forçoso reconhecer-se a legitimidade da pretensão autoral, na medida em que, de acordo com a legislação de regência, o falecimento do procurador constituído e habilitado para a defesa dos interesses processuais da parte, ainda mais quando único habilitado, é causa de suspensão automática do processo, e acarreta a invalidade dos atos praticados”; (b) “contudo, embora a demandada tenha impulsionado o andamento do processo, não está obrigada, necessariamente, a arcar com os custos dos honorários de advogado de sucumbência nesta demanda, pois não tinha como ter ciência do óbito do patrono do demandante e, assim, não deu causa à ação”; e (c) “impõe-se concluir pela mitigação do princípio da sucumbência, isentando a demandada de condenação por tal ônus”.

Empós, volveram os autos conclusos.

É o necessário escorço.

VOTO

A rescisória deve ser julgada procedente.

Colhe-se do feito que Sponchiado Consórcios Ltda. manejou ação de cobrança (fls. 20-22) em face de Mário Luiz Denk – autos n. 015.06.000595-0 – tendo este constituído como único patrono o advogado Silvio Danillo Deluca (OAB/SC 11088), conforme se extrai da procuração de fl. 80.

O feito teve prosseguimento regular, sendo apresentada a tutela jurisdicional (fls. 129-137), cuja publicação se deu em 22-06-09 (fl. 138).

O advogado Silvio Danillo Deluca foi intimado acerca da sentença (fl. 139), opondo Aclaratórios (fls. 140-141), que foram acolhidos para reconhecer e sanar a omissão apontada (fls. 149-150), sendo publicada a decisão em 04-08-09 (fl. 152), seguida da intimação das Partes (fl. 154).

Inconformado com a sentença, apelou o Autor em 26-08-09, sendo a peça subscrita pelo causídico Silvio Danillo Deluca (fls. 157-164).

Aportando os autos neste grau de jurisdição, foram distribuídos para a Terceira Câmara de Direito Comercial (fl. 177), tendo o Des. Subst. Gerson Cherem II, na data de 12-09-13, determinado a remessa dos autos ao Núcleo de Conciliação e Julgamento deste Tribunal de Justiça (fl. 178).

No aludido Núcleo foi designada audiência conciliatória (fl. 180), constando do termo da audiência realizada em 11-11-13 (fl. 188) que Mário Luiz Denk fazia-se acompanhado de seu procurador, o advogado Leandro Gassner Denk.

Uma vez inexitosa a tentativa de conciliação, foi determinado o retorno dos autos para regular processamento do Recurso, tendo os autos sido remetidos à Primeira Câmara de Direito Civil.

O edital de julgamento foi publicado no Diário da Justiça eletrônico de 27-02-15, edição 2061, p. 105, em nome do causídico Silvio Danillo Deluca.

A aludida Câmara, por votação unânime, não conheceu do Apelo e ordenou sua redistribuição a uma das Câmaras de Direito Comercial (fls. 194-198), certificando-se a publicação do aludido acórdão na data de 16-03-15 (fl. 199), com intimação acerca do julgamento em nome do advogado Silvio Danillo Deluca (Diário da Justiça eletrônico disponibilizado em 13-03-15, edição 2071, p. 90).

O feito foi então redistribuído à Terceira Câmara de Direito Comercial que, em sessão realizada em 10-09-15, por votação unânime, em voto capitaneado pela Desembargadora Denise de Souza Luiz Francoski, conheceu em parte do Apelo e deu-lhe parcial provimento (fls. 204-213).

O edital de julgamento foi publicado no Diário da Justiça eletrônico

de 27-08-15, edição 2185, p. 336, mais uma vez em nome do causídico Silvio Danillo Deluca, sendo o acórdão disponibilizado no DJe em 17-09-15, edição 2199, p. 235, sendo intimado da decisão colegiada novamente o causídico Silvio Danillo Deluca (fl. 214).

Uma vez certificado o trânsito em julgado (fl. 215), os autos foram remetidos à primeira instância, oportunidade em que as Partes foram intimadas para manifestarem-se, extraindo-se da certidão de publicação de relação de fl. 216 a intimação do advogado Silvio Danillo Deluca.

A Administradora de Consórcios deu então início ao cumprimento de sentença em novembro de 2015 (fls. 224-226).

Como se vê, desde a propositura da ação de cobrança o único advogado (em defesa dos interesses do Autor) intimado acerca de todos os atos praticados na demanda foi Silvio Danillo Deluca.

Ocorre que, de acordo com a certidão de óbito de fl. 232, o mencionado Causídico faleceu em 26-07-14, sem que a suspensão do feito e a intimação do Autor para constituir novo Patrono ocorressem, havendo afronta inescindível aos arts. 265, inciso I e § 1º, e 266, ambos do Código Buzaid (correspondentes aos arts. 313, inciso I e § 1º, e 314, ambos do Código Fux), situação que acarreta a nulidade dos atos praticados posteriormente ao óbito.

Na mesma alheta colhe-se da Corte da Cidadania:

PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO RESCISÓRIA. ART. 485, V. DO CPC. OFENSA A LITERAL DISPOSIÇÃO DE LEI. OCORRÊNCIA. MORTE DO ÚNICO ADVOGADO DA PARTE. SUSPENSÃO DO PROCESSO.

1. A morte do advogado da parte suspende o curso do processo, desde a sua ocorrência, sendo considerados nulos os atos posteriormente praticados. Precedentes.
2. Demonstrado nos autos que a morte do patrono da autora se deu

antes do julgamento de recurso ordinário em mandado de segurança, é forçoso reconhecer que no momento da manifestação desta Corte o processo estava suspenso.

3. A autora sofreu efetivo prejuízo, tendo em vista a impossibilidade de realização de sustentação oral no julgamento do recurso ordinário, processo em que quedou vencida, como também o cerceamento para interposição de eventuais recursos.

4. Ação rescisória julgada procedente.

(AR 2995/RS, Rel. Min. Jorge Mussi, j. 13-03-14).

E deste Areópago:

AGRAVO DE INSTRUMENTO – CUMPRIMENTO DE SENTENÇA – INTERPOSIÇÃO CONTRA DECISÓRIO QUE INDEFERIU O PEDIDO DE SUSPENSÃO DO FEITO E ANULAÇÃO DOS ATOS PROCESSUAIS PRATICADOS POSTERIORMENTE AO ÓBITO DO ADVOGADO DO EXECUTADO – CIRCUNSTÂNCIA QUE ENSEJA O SOBRESTAMENTO DO PROCESSO DESDE A DATA DO FALECIMENTO DO CAUSÍDICO – EFEITO “EX TUNC” – EXEGESE DOS ARTS. 265, INCISO I, E 266 DA LEI ADJETIVA CIVIL – AUSÊNCIA DE PROVA DO PRÉVIO CONHECIMENTO DA PARTE REPRESENTADA PELO EXTINTO PROFISSIONAL ACERCA DO PASSAMENTO DESTA – MÁ-FÉ NA PROCRASTINAÇÃO DA INFORMAÇÃO NÃO COMPROVADA NA HIPÓTESE – MITIGAÇÃO DO DEVER DE COMUNICAÇÃO, DIANTE DA NECESSIDADE DE OBSERVÂNCIA DOS PRINCÍPIOS DA AMPLA DEFESA E DO CONTRADITÓRIO – PRECEDENTES DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA – REGULARIZAÇÃO DA REPRESENTAÇÃO PROCESSUAL PELA PARTE NOS AUTOS DE ORIGEM – DESNECESSIDADE DE SUSPENSÃO DOS AUTOS, NA ESPÉCIE – DECRETAÇÃO DE NULIDADE DOS ATOS REALIZADOS APÓS O FALECIMENTO DO PATRONO DO INSURGENTE, INCLUSIVE AS CONSTRUIÇÕES PROCEDIDAS EM VEÍCULOS DE SUA PROPRIEDADE – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

De acordo com a Corte da Cidadania, a morte do advogado acarreta a suspensão do processo desde a data do óbito, sendo nulos os eventuais atos posteriormente praticados.

“O ônus da parte em comunicar o falecimento de seu patrono deve ser interpretado ‘cum grano salis’, só se mostrando razoável sua exigência na hipótese em que inequívoca a ciência do falecimento do procurador, do que não cabe presunção”. (REsp 769.935/SC, Rel. Min. Raul Araújo, Rel. p/ Acórdão Min. Antônio Carlos Ferreira, j. 2/10/2014).

No caso, verificando-se que o executado apenas deteve ciência do óbito do advogado que o representava quando da tentativa de licenciamento de seu veículo, o qual não fora possível em decorrência de restrição advinda do processo de origem, não há falar em omissão proposital de tal informação pela parte, no intuito de procrastinar o andamento do feito, ou em configuração de sua má-fé.

Ademais, denota-se que as intimações foram destinadas ao procurador já falecido, o que obstou o amplo exercício do direito de defesa pelo demandado.

(Agravo de Instrumento n. 2015.025190-2, Rel. Des. Robson Luz Varela, 01-12-15).

Destarte, diante da nulidade estampada, outra alternativa não resta senão invalidar os atos praticados a partir de 26-07-14 (data do falecimento do advogado Silvio Danillo Deluca).

Outrossim, quanto aos atos praticados a serem nulificados, existe peculiaridade no presente feito que deve ser observada.

Vislumbra-se dos autos que o primeiro ato praticado empós o falecimento do Causídico foi a remessa da Apelação à Primeira Câmara de Direito Civil que, em julgamento colegiado, não conheceu do Recurso, determinando sua remessa a uma das Câmaras de Direito Comercial.

Ocorre que a primeira distribuição (quando os autos aportaram nesta segunda instância) foi feita à Terceira Câmara de Direito Comercial,

sendo encaminhados por equívoco à Primeira Câmara de Direito Civil quando do retorno dos autos do Núcleo de Conciliação.

Logo, considerando que a distribuição correta já havia sido feita à Terceira Câmara de Direito Comercial, desnecessário se torna determinar o encaminhamento do feito novamente à Primeira Câmara de Direito Civil, até porque esse procedimento acarretaria prejuízo ainda maior às Partes em face do retardamento do julgamento pela Câmara competente.

Diante deste quadro, impõe-se reconhecer a nulidade do feito a partir do julgamento operado pela Terceira Câmara de Direito Comercial.

Por óbvio, julga-se procedente o pedido formulado na exordial para desconstituir o acórdão rescindendo, determinando-se o retorno dos autos à Terceira Câmara de Direito Comercial para que seja realizado novo julgamento da Apelação.

Noutro giro, quanto aos ônus sucumbenciais da presente ação rescisória, deve-se levar em consideração que:

(a) não se pode falar em omissão proposital acerca da informação do óbito do Patrono, porquanto nada indica que o Autor tenha agido com o intuito de procrastinar o andamento do feito;

(b) o Demandante em nada concorreu para o deslinde do feito e ainda precisou recorrer ao Estado-Juiz para rescindir o julgado; e

(c) o julgamento da presente ação rescisória foi de procedência, desconstituindo-se o v. acórdão de fls. 204-213.

Diante deste quadro, deve a Ré arcar com a totalidade dos ônus de sucumbência do presente feito.

Quanto à verba honorária, tem-se que a causa é de pequena complexidade jurídica, foi proposta em maio de 2016, sendo atribuído à causa o valor de R\$ 4.515,95 (quatro mil, quinhentos e quinze reais e noventa e cinco centavos).

Assim, com esteio nos parâmetros suso elencados, fixa-se a verba honorária em favor do Advogado do Autor em R\$ 2.000,00 (dois mil reais), a teor do disposto no art. 85, § 8º, do Código Fux.

Em remate, tendo em vista o julgamento de procedência da ação rescisória, o valor do depósito previsto no art. 968, inc. II, do Código Fux deve ser restituído ao Autor, na forma estabelecida na última parte do art. 974 do referido diploma legal.

É o quanto basta.

Ante o exposto, por unanimidade:

(a) julga-se procedente o pedido formulado na exordial para desconstituir o acórdão rescindendo, determinando-se o retorno dos autos à Terceira Câmara de Direito Comercial para que seja realizado novo julgamento da Apelação, conforme suso vazado;

(b) condena-se a Ré a arcar com os ônus sucumbenciais da presente ação, nos termos da fundamentação; e

(c) ordena-se a restituição ao Autor do valor do depósito previsto no art. 968, inc. II, do Código Fux, em conformidade com o que determina o art. 974 do mesmo diploma legal.

PRIMEIRA CÂMARA DE DIREITO COMERCIAL

Apelação Cível n. 0005652-02.2012.8.24.0012 de Caçador

Relator: Desembargador Luiz Fernando Boller

APELAÇÕES SIMULTANEAMENTE INTERPOSTAS. AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. PROJETO DE LEI DE AUTORIA DO PREFEITO, ENCAMINHADO À CÂMARA MUNICIPAL, APROVADO PARA AUTORIZAR UM GRUPO DE PESSOAS A UTILIZAR ÔNIBUS MUNICIPAL COM DESTINO AO ESTÁDIO OLÍMPICO, NA CAPITAL GAÚCHA, PARA ASSISTIREM AO JOGO ENTRE GRÊMIO FOOT-BALL PORTO ALEGRENSE E PORTUGUESA DE DESPORTOS.

ALCAIDE E EDIS SOLIDARIAMENTE CONDENADOS A RESSARCIREM INTEGRALMENTE O DANO CAUSADO, IN CASU, A IMPORTÂNCIA EQUIVALENTE AO FRETAMENTO DE UM COLETIVO DE TURISMO, ALÉM DO PAGAMENTO DE MULTA CIVIL NO VALOR DE 2 VEZES A REMUNERAÇÃO PERCEBIDA NA ÉPOCA.

INSURGÊNCIA DO CHEFE DO PODER EXECUTIVO E DE 6 DOS 9 VEREADORES.

ALEGADA INÉPCIA DA INICIAL, PORQUE FALTANTE A INDICAÇÃO DO ANO EM QUE O MANDATO DO PREFEITO TERIA SE ENCERRADO. AFIRMAÇÃO DE QUE TAL OMISSÃO IMPEDIRIA AFERIR A PRESCRIÇÃO. RETÓRICA QUE – APESAR DE DESPROPOSITADA, E DE NÃO TER SIDO SUBMETIDA AO JUÍZO DE ORIGEM –, POR SE TRATAR DE MATÉRIA DE ORDEM PÚBLICA, PODE SER ANALISADA.

GESTÃO ENCERRADA EM DEZEMBRO DE 2008. PROPOSITURA DA DEMANDA EM AGOSTO DE 2012. ASSENTE TEMPESTIVIDADE. PREJUDICIAL REJEITADA.

TÓPICOS DE INSURGÊNCIA EM COMUM.

ADUZIDA IMPOSSIBILIDADE DE PROMOVER A DECLARAÇÃO INCIDENTAL DE INCONSTITUCIONALIDADE. IRREGULARIDADE AFASTADA. ENTENDIMENTO DO STJ E DO STF RESPALDANDO TAL CONTROLE DE LEGALIDADE.

“[...] Não usurpa a competência desta nossa Corte a declaração incidental de inconstitucionalidade de lei distrital, proferida em ação civil pública, especialmente quando não demonstrado que o objeto do pedido era tão-somente a inconstitucionalidade da lei [...]” (STF, AI 557291 AgR, Rel. Min. Ayres Britto, j. 28/09/2010).

DOLO.

PREFEITO QUE, COMPARECENDO À SESSÃO ORDINÁRIA DA CÂMARA DE VEREADORES EM QUE SE DEU APROVAÇÃO DA LEI MUNICIPAL VERBERADA, CHEGOU A CONVIDAR “A TODOS OS TORCEDORES DO GRÊMIO PARA A VIAGEM ATÉ A CIDADE DE PORTO ALEGRE PARA ASSISTIREM AO JOGO NO ESTÁDIO OLÍMPICO [...]”. RES PÚBLICA UTILIZADA PARA SATISFAÇÃO DE PARTICULAR ANSEIO. INCONTESTE IMPROBIDADE.

DEFENDIDA INVIOABILIDADE DOS VEREADORES POR SUAS OPINIÕES, PALAVRAS E VOTOS NO EXERCÍCIO DO MANDATO. INSUBSISTÊNCIA DA TESE. PRERROGATIVAS FUNCIONAIS QUE NÃO PODEM ESTABELECEM SALVO-CONDUTO PARA DESVIRTUAMENTO NO TRATO COM A COISA PÚBLICA.

OBJETIVADA APLICAÇÃO DO PERCENTUAL DE JUROS E CORREÇÃO MONETÁRIA. ART. 1º-F DA LEI Nº 9.494/97. IMPOSSIBILIDADE. CRITÉRIO CIRCUNSCRITO À FAZENDA PÚBLICA.

RECURSOS CONHECIDOS E DESPROVIDOS.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 0005652-02.2012.8.24.0012, da comarca de Caçador (2ª Vara Cível)

em que são Apelantes Giovani Gilberto Gregório e outros e Apelado Ministério Público do Estado de Santa Catarina.

A Primeira Câmara de Direito Público decidiu, por votação unânime, conhecer de ambos os recursos, todavia negando-lhes provimento. Custas legais.

O julgamento, realizado nesta data, foi presidido pelo Excelentíssimo Senhor Desembargador Jorge Luiz de Borba, com voto, e dele participou a Excelentíssima Senhora Desembargadora Substituta Denise de Souza Luiz Francoski. Funcionou como representante do Ministério Público o Procurador de Justiça Américo Bigaton.

Florianópolis, 22 de novembro de 2016.

Desembargador LUIZ FERNANDO BOLLER
Relator

RELATÓRIO

Cuida-se de apelações cíveis simultaneamente interpostas por Giovani Gilberto Gregório, Luiz Augusto Milani, Getúlio Bento Cândido, Antônio Pedro Thomazi, Nailor Carneiro e Paulo Pompeo, bem como por João Batista de Geroni, contra sentença prolatada pelo juízo da 2ª Vara Cível da comarca de Caçador, que nos autos da Ação Civil Pública por Ato de Improbidade Administrativa nº 0005652-02.2012.8.24.0012 (disponível em <http://esaj.Tjsc.jus.br/cpopg/show.do?processo.codigo=0C0002GDF0000&processo.foro=12&uuidCaptcha=sajcaptcha_9ba03bacea4444fa9d7851f44b92b893> acesso nesta data), ajuizada pelo Ministério Público também contra Albino Clavir Kovalec, Cloreni de Almeida e Ademar Pedro Ferrari, decidiu a lide nos seguintes termos:

[...] O texto normativo analisado, assim dispõe:

Art. 1º Fica o Executivo Municipal autorizado através da Secretaria

Municipal de Turismo, Cultura e Desporto, ceder o veículo ônibus da Prefeitura Municipal de Calmon, placa MDG 1112, para viagem até a cidade de Porto Alegre-RS, levando um grupo de pessoas do município até o estádio Olímpico para assistir ao jogo entre Grêmio Futebol Porto-Alegrense e Portuguesa Sport Clube.

Art. 2º A viagem está programada com saída no dia 12/11/2005 e retorno previsto para o dia 13/11/2005.

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

Primeiramente, o maior ferimento à nossa Carta Magna acontece perante o princípio da Isonomia, pois neste está disposto que todas as pessoas detêm o direito de igualdade, tendo as mesmas chances, oportunidade e, principalmente, direitos e deveres como cidadão.

É claro que a Lei em questão, privilegiou poucas pessoas, razão pela qual feriu também os princípios da impessoalidade e da moralidade. Infringiu o primeiro ao atingir uma gama de pessoas determinadas, ao invés de buscar o fim público que era esperado. E o segundo, foi infringido, quando, por mais que tenha passado por todos os trâmites para sua promulgação, não é uma lei ética, não é uma lei coerente.

[...] Deste modo, o veículo cedido ao grupo de pessoas para referida viagem, o qual é destinado especialmente à execução de serviços públicos, não poderia servir a somente parte da população para fim diverso do que se destina.

[...] Diante do exposto, com fulcro no art. 269, I, do Código de Processo Civil JULGO PROCEDENTE os pedidos formulados na inicial para, em consequência:

- a) DECLARAR, incidentalmente, a inconstitucionalidade da Lei Municipal nº 406/2005, uma vez que fulminada de inconstitucionalidade material, por violação aos princípios da impessoalidade, da legalidade e da moralidade;
- b) CONDENAR os réus, João Batista de Geroni, Albino Clavir Kovalec, Cloreni de Almeida, Getúlio Bento Cândido, Giovani Gilberto Gregório,

Antônio Pedro Thomazi, Nailor Carneiro, Ademar Pedro Ferrari, Luiz Augusto Milani e Paulo Pompeo, com fundamento no art. 37, § 4º, da Constituição Federal, no art. 11 e no art. 12, inciso III, da Lei nº 8.429/92, solidariamente, a ressarcir integralmente o dano ocasionado à Administração Pública, no valor de R\$ 3.500,00 (três mil e quinhentos reais), quantia esta que deverá ser corrigida monetariamente pelo INPC a contar do efetivo desembolso (novembro de 2005) e com juros de mora a partir da citação válida, no patamar de 1% (hum por cento) ao mês;

c) CONDENAR os requeridos, João Batista de Geroni, Albino Clavir Kovalec, Cloreni de Almeida, Getúlio Bento Cândido, Giovani Gilberto Gregório, Antônio Pedro Thomazi, Nailor Carneiro, Ademar Pedro Ferrari, Luiz Augusto Milani e Paulo Pompeo, com fundamento no art. 37, § 4º, da Constituição Federal, no art. 11 e no art. 12, inciso III, da Lei nº 8.429/92, individualmente, ao pagamento de multa civil no valor de 2 (duas) vezes a remuneração percebida na época dos fatos (novembro de 2005), quantia esta corrigida monetariamente pelo INPC desde o efetivo recebimento e acrescida de juros de mora de 1% (hum por cento) ao mês, a partir da sentença [...] (fls. 318/331).

Fundamentando a insurgência, Antônio Pedro Thomazi, Getúlio Bento Cândido, Giovani Gilberto Gregório, Luiz Augusto Milani, Nailor Carneiro e Paulo Pompeo refutam a declaração incidental de inconstitucionalidade da Lei Municipal nº 406/05, mormente por ter atendido seu propósito de produzir “*o bem estar da população [...]*” (fl. 339).

Sustentam que não podem sofrer responsabilização civil ou criminal durante o exercício de suas funções, aduzindo, ainda, que cabia exclusivamente ao Prefeito a decisão sobre como gerir o erário municipal.

Afirmam que “*o Ofício nº 359/13 informa que não há despesas empenhadas e pagas pelos cofres públicos acerca desta viagem [...]*” (fl. 342), e que “se não há gastos, não há comprovação de gastos, logo não há o que ressarcir [...]” (fl. 342), termos em que – pugnando pela aplicação do art. 1º-F, da Lei nº 9.494/97, e refutando a existência de dolo –, bradam pelo conhecimento e provimento do apelo (fls. 334/349).

Já em seu recurso, João Batista de Geroni arguiu a inépcia da inicial, porque ausente a informação acerca de quando se deu o término de seu mandato, impedindo averiguar o marco inicial do prazo prescricional.

Argumenta não existir comprovação de dolo ou de má-fé, e que “*sequer há prova de que efetivou-se a viagem que deu azo à famigerada ação intentada [...]*” (fl. 364).

Alega que, se tivesse ocorrido, deveria exsurgir alguma evidência da Fundação Municipal de Esportes, pasta sobre a qual não detinha gerência, só podendo responder por culpa grave, mas, jamais, por uma suposta onisciência acerca do fato denunciado, exaltando que, “*se até o Lula não sabia, porque então haveria de saber dos atos de seus subalternos [...]*” (fl. 366), termos em que – rechaçando a declaração de inconstitucionalidade levada a efeito na sentença –, clama pelo conhecimento e provimento da insurgência (fls. 352/381).

Os demais corréus, conquanto intimados, deixaram transcorrer *in albis* o prazo para recorrer (fls. 428/429).

Recebidos os recursos somente no efeito devolutivo (fl. 384), sobrevieram as contrarrazões, onde o Ministério Público refuta uma a uma as teses manejadas, pugnando pelo desprovimento dos apelos (fls. 386/402).

Ascendendo a esta Corte, foram os autos por sorteio originalmente distribuídos ao Desembargador Substituto Paulo Ricardo Bruschi (fls. 405/406), vindo-me conclusos em razão do superveniente assento nesta Câmara (fls. 420/421).

Em Parecer da Procuradora de Justiça Walkyria Ruicir Danielski, o Ministério Público opinou pelo conhecimento e desprovimento dos apelos (fls. 408/418).

É, no essencial, o relatório.

VOTO

Conheço de ambos os recursos porque, além de tempestivos, atendem aos demais pressupostos de admissibilidade.

O Ministério Público encetou a subjacente Ação Civil Pública para trazer a lume ato de improbidade administrativa praticado por João Batista de Geroni, Albino Clavir Kovalec, Cloreni de Almeida, Getúlio Bento Cândido, Giovani Gilberto Gregório, Antônio Pedro Thomazi, Nailor Carneiro, Ademar Pedro Ferrari, Luiz Augusto Milani e Paulo Pompeo, consubstanciado na disponibilização de um ônibus da Prefeitura Municipal de Calmon, para que um determinado grupo de pessoas pudesse assistir ao jogo entre o Grêmio Foot-Ball Porto Alegrense <<http://www.gremio.net/>> e a Portuguesa de Desportos <<http://portuguesa.com.br/>>, no Estádio Olímpico, em Porto Alegre-RS.

Considerando que ambas as apelações possuem tópicos de insurgência em comum, passo a apreciá-las em conjunto.

Pois bem.

O Alcaide João Pedro de Geroni sustenta a inépcia da exordial, em razão da ausência da informação acerca de quando seu mandato teria se encerrado, só o que possibilitaria aferir o prazo prescricional para propositura da ação.

Além de não ter sido deduzida na defesa preliminar – e tampouco na contestação, o que por si só já demonstra que em nada influiu ou prejudicou a ampla defesa do requerido –, por reluzir uma circunstância alegórica do desconhecimento de um Prefeito sobre o final da sua gestão, esta arguição beira o improvável.

Afirmaria até que tal frivolidade representaria nítida litigância de má-fé, pois, consoante o art. 14, inc. III, da Lei nº 5.869/73, vigente à época

da interposição do apelo, *“são deveres das partes e de todos aqueles que de qualquer forma participam do processo: [...] não formular pretensões, nem alegar defesa, cientes de que são destituídas de fundamento [...]”*.

Mas, por reputar que a Lei Municipal nº 406/05 já é, por si só, a própria banalidade estampada nos autos, considero que essa pretensa discussão de inépcia da inicial não precisa nem lograr êxito em sancionar o apelante em pena por litigância de má-fé.

No que importa, sobre a invocada prescrição – considerando ser ela de apreciação a qualquer tempo e grau de jurisdição –, anoto que a administração do Alcaide findou em dezembro de 2008, estando incólume, portanto, a eficácia da demanda, porque proposta em 23/08/2012, ficando, assim, rechaçada a aventada preclusão consumativa do direito (disponível em <<http://www.tre-sc.jus.br/site/eleicoes/eleicoes-antiores/index.html>>. Acesso nesta data).

E nem se diga que os dados obtidos perante a Justiça Eleitoral não passaram pelo crivo do contraditório, visto que tal informação se enquadra no rol do art. 374, inc. I, do novo Código de Processo Civil, no sentido de que não dependem de prova os fatos notórios.

Assim, afastado a preliminar ventilada.

De outro vértice, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça *“entende ser possível a declaração incidental de inconstitucionalidade de leis ou atos normativos, em sede de ação civil pública, quando a controvérsia constitucional figurar como causa de pedir ou questão prejudicial indispensável à resolução do litígio principal [...]”* (REsp 1181511/RS, Rel. Ministro Sérgio Kukina, j. 03/04/2014).

Na mesma linha, dos arestos do Supremo Tribunal Federal colhe-se o posicionamento no sentido de que *“não usurpa a competência desta nossa Corte a declaração incidental de inconstitucionalidade de lei distrital, proferida em ação civil pública, especialmente quando não demonstrado*

que o objeto do pedido era tão-somente a inconstitucionalidade da lei [...]” (AI 557291 AgR, Rel. Min. Ayres Britto, j. 28/09/2010).

De outra banda, os insurgentes alegam que “se não há gastos, não há comprovação de gastos, logo não há o que ressarcir [...]” (fl. 342).

Não é preciso anexar balancetes mensais, e tampouco extratos bancários da municipalidade, acerca de empenho e valores despendidos na viagem, para concluir que a excursão se efetivou.

Os próprios apelantes admitem que a atividade atendeu a uma demanda de cunho social, soando absurdo e contraditório sustentarem, então, que não ocorreu o deslocamento.

Pior, ainda, que não teria gerado custos.

Aliás, deve ter sido este mesmo o pensamento dos réus, qual seja, o de que as coisas públicas “são de graça”.

Por falar no que “*pensaram*” (o dolo), avulto que o próprio Prefeito João Batista de Geroni compareceu na Sessão Ordinária Legislativa Municipal de 04/11/2005 para, “*fazendo uso da palavra, [...] convidar a todos os torcedores do Grêmio para a viagem até a cidade de Porto Alegre para assistirem ao jogo no Estádio Olímpico [...]*” (fl. 59), contrariando a assertiva de que não possuía conhecimento de tudo o que se passava na sua administração: “*se até o Lula não sabia, porque então haveria de saber dos atos de seus subalternos [...]*” (fl. 366).

E os vereadores?

Ora, a Lei nº 8.429/92 não reprime só aquele que age, mas, também, aquele que é omissivo, devendo os edis serem igualmente responsabilizados pela completa inércia em obstar a viagem, que, ressaio, traduziu incontestemente traço de particularismo registrado na vida pública do Município de Calmon:

[...] 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 [...] (grifei).

E nem se diga que os legisladores detinham imunidade por seus atos e votos, ou que sequer possuíam incumbência para decidir sobre as despesas aplicadas *in concreto*.

Acerca do emprego do dinheiro público, a atribuição constitucional do parlamentar municipal é justamente a de *fiscalizar* (art. 31 da Constituição Federal), não havendo respaldo legal a assertiva de que não tinham obrigação de averiguar o destino da utilização de bens e recursos públicos.

Relativamente à aventada “*inviolabilidade dos Vereadores por suas opiniões, palavras e votos no exercício do mandato e na circunscrição do Município [...]*” (art. 29, inc. VIII, da Carta Magna), não é republicano admitir que os edis possam enclausurar-se no formalismo do Legislativo para se verem livres de qualquer controle constitucional de suas atitudes, sob pena de criarmos uma classe privilegiada de cidadãos, ferindo frontalmente o trato isonômico que sujeita a todos.

A redoma de proteção não pode subsistir frente à Lei de Improbidade Administrativa, justo porque, segundo pontua Waldo Fazzio Júnior, a norma em comento “*implica a superação de obstáculos poderosos, entre os quais a práxis da razão instrumental, a opacidade, o extravasamento da discricionariedade e, por fim, as manifestações de improbidade administrativa[...]*” (Improbidade administrativa: doutrina, legislação e jurisprudência. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 79).

O raciocínio é simples: só porque um ato passou por todo um trâmite burocrático – obtendo referendo tanto do Executivo quanto do Legislativo –, não significa concluir que seu produto final esteja em conformidade com o ordenamento jurídico.

Daí, então, não convence a justificativa manejada pelos apelantes, no sentido de que a cessão do ônibus atenderia a mera atividade de índole social, já que privilegiou um quadro sem retorno prático para os cidadãos do Município de Calmon, produzindo, apenas, a simples satisfação – passageira e efêmera –, de uma propensão particular de poucos que se deslocaram a Porto Alegre-RS, para que pudessem assistir ao jogo entre o Grêmio Foot-Ball Porto Alegrense e a Portuguesa de Desportos, no Estádio Olímpico.

Em arremate, inaplicável o cômputo dos encargos da mora com esteio no art. 1º-F da Lei nº 9.494/97, porque circunscrito à Fazenda Pública, vigorando, na espécie – *a contrario sensu* –, os fatores estabelecidos na sentença, notadamente a correção monetária, que tem como marco temporal a data da efetiva lesão perpetrada (12/11/2005), traduzindo adequada recomposição pecuniária do gasto suportado pelo erário municipal na ocasião.

Dessarte, conheço de ambos os recursos, todavia negando-lhes provimento.

É como penso. É como voto.

Apelação n. 0001199-51.2013.8.24.0004, de Araranguá

Relator: Desembargador Mariano do Nascimento

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DECLARATÓRIA DE NULIDADE DE AVAL PRESTADO POR PESSOA FÍSICA EM CÉDULA DE CRÉDITO RURAL EMITIDA TAMBÉM POR PESSOA FÍSICA. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA. INSURGÊNCIA DA INSTITUIÇÃO FINANCEIRA.

ALMEJADO RECONHECIMENTO DA VALIDADE DA GARANTIA PRESTADA À CAMBIAL POR PESSOAS FÍSICAS. TESE SUBSISTENTE. MUDANÇA DE INTERPRETAÇÃO PERFILHADA PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. EIVA PREVISTA NOS § 2º E 3º DO ARTIGO 60 DO DECRETO-LEI N. 167/1967 QUE NÃO SE APLICA À CÉDULA DE CRÉDITO RURAL, MAS, APENAS, À NOTA PROMISSÓRIA RURAL E À DUPLICATA RURAL. RECLAMO PROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 0001199-51.2013.8.24.0004 da comarca de Araranguá 2ª Vara Cível, em que é apelante Banco CNH Capital S/A e são apelados Lavino Zeferino Ricardo e Rita Plácido Ricardo.

A Primeira Câmara de Direito Comercial decidiu, por votação unânime, conhecer do recurso do réu e dar-lhe provimento. Custas legais.

Participaram do julgamento, realizado nesta data, os Excelentíssimos Senhores Desembargadores Substitutos Cinthia Beatriz da S. Bittencourt Schaefer e Rubens Schulz.

Florianópolis, 17 de novembro de 2016.

Desembargador Mariano do Nascimento
Presidente e Relator

RELATÓRIO

Banco CNH Capital S/A interpôs recurso de apelação da sentença proferida nos autos da ação declaratória de nulidade de aval n. 004.13.001199-5, ajuizada em seu desfavor por Lavino Zeferino Ricardo e Rita Plácido Ricardo, nos quais o magistrado *a quo* julgou procedentes os pedidos exordiais, nos seguintes termos:

3. Face ao exposto, julgo procedente a demanda e declaro nulo o aval prestado por Lavino Zeferino Ricardo e Rita Plácido Ricardo na cédula rural n. 200110571-4/001.

O requerido arcará com o pagamento das custas processuais e honorários advocatícios em favor do procurador da parte autora, que arbitro, com fundamento no art. 20, § 4º, do CPC, em R\$ 1.500,00.

Publique-se, registre-se e intime-se.

Transitada em julgado a decisão, archive-se. (fl. 118/119v.).

Inconformada, a casa bancária aduziu, em síntese: a) que “não há previsão legal expressa que proíba ou declare nulo o aval prestado por pessoa física em Cédula de Crédito Rural” (fl. 123); b) que a Lei Complementar n. 95/1998 não é aplicável às Cédulas de Crédito Rural, assim como o artigo 60 do Decreto-lei n. 167/67, pois, não havendo vedação expressa, não é possível realizar interpretação extensiva. Requereu, ao fim, a declaração da validade do aval prestado pelos apelados, com a respectiva inversão da sucumbência (fls. 122/132).

Foram opostos embargos de declaração da decisão que recebeu a apelação do banco réu em ambos os efeitos (fls. 146/148), os quais foram desprovidos (fl. 150).

A casa bancária atravessou petição informando recente julgado do Superior Tribunal de Justiça sobre o tema objeto de recurso (fls. 161/177).

Não foram apresentadas contrarrazões (fls. 180).

Vieram-me conclusos.

VOTO

De início, saliento que, embora o julgamento do presente recurso esteja ocorrendo já na vigência do Novo Código de Processo Civil (Lei n. 13.105/2015), este foi interposto sob a égide do Código de Processo Civil de 1973, o que impõe a observância ao sistema processual até então vigente.

Conheço do recurso, porquanto preenchidos os pressupostos extrínsecos e intrínsecos de admissibilidade.

A sentença, da qual o banco recorrente se insurge, declarou nulo o aval prestado pelos autores em Cédula de Crédito Rural emitida por pessoa física, condenando-o ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios (fls. 118/119v).

Em suma, o apelante requereu a declaração da validade do aval prestado pelos apelados, com base na inaplicabilidade do artigo 60 do Decreto-lei n. 167/67 e da Lei Complementar n. 95/1998 às Cédulas de Crédito Rural, com a devida inversão da sucumbência (fls. 122/132).

A insurgência merece ser acolhida.

Preconiza o artigo 60, § 2º e 3º, do Decreto-Lei n. 167/1967:

Art. 60. Aplicam-se à cédula de crédito rural, à nota promissória rural e à duplicata rural, no que forem cabíveis, as normas de direito cambial, inclusive quanto a aval, dispensado porém o protesto para assegurar o direito de regresso contra endossante e seus avalistas.

[...].

§ 2º É nulo o aval dado em Nota Promissória Rural ou Duplicata Rural, salvo quando dado pelas pessoas físicas participantes da empresa emitente ou por outras pessoas jurídicas.

§ 3º Também são nulas quaisquer outras garantias, reais ou pessoais, salvo quando prestadas pelas pessoas físicas participantes da empresa emitente, por esta ou por outras pessoas jurídicas.

A interpretação inicialmente atribuída aos dispositivos citados era a de que o regramento geral disciplinado pelo *caput* do artigo 60 vinculava as disposições contidas nos seus § 2º e 3º, de sorte que também se impunham às cédulas rurais as proibições voltadas às demais cambiais (nota promissória e duplicata rural). A sentença recorrida, prolatada em 6-9-2013, seguiu esse entendimento.

Todavia, após longas digressões, a *quaestio* foi definitivamente pacificada pelo Superior Tribunal de Justiça, o qual firmou o entendimento de não ser mais aplicável às cédulas de crédito rural as vedações dispostas nos § 2º e 3º do artigo 60 do Decreto-Lei n. 167/1967, modificando sua anterior interpretação, há muito seguida pelos demais órgãos jurisdicionais. Veja-se:

AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DE EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL. CÉDULA DE CRÉDITO RURAL EMITIDA POR PESSOA FÍSICA. GARANTIA DE AVAL PRESTADA POR TERCEIRO PESSOA FÍSICA. VALIDADE. ART. 60, § 3º, DO DECRETO-LEI N. 167/1967. INAPLICABILIDADE ÀS CÉDULAS DE CRÉDITO RURAL. LEGITIMIDADE PASSIVA DOS AVALISTAS.

1. A vedação contida no art. 60, § 3º, do Decreto-Lei n. 167/1967 (“São nulas quaisquer outras garantias, reais ou pessoais, salvo quando prestadas pelas pessoas físicas participantes da empresa emitente, por esta ou por outras pessoas jurídicas”) não alcança as cédulas de crédito rural, sendo aplicável apenas às notas e duplicatas rurais.

2. É válido o aval prestado por terceiro pessoa física em cédula de crédito rural emitida por pessoa física.

3. É parte legítima para figurar no polo passivo de ação de execução de título extrajudicial terceiro pessoa física que presta aval em cédula de crédito rural emitida por pessoa física.

4. Agravo regimental desprovido. (AgRg no AREsp. n. 721.632/MS, rel.: Min. João Otávio de Noronha. J. em: 1-12-2015). (grifei)

Com efeito, tal alteração se deu através do raciocínio de que a eiva referenciada pelo § 3º do artigo 60 do Decreto-Lei 67/1967 está adstrita às cambiais versadas na redação do § 2º do aludido dispositivo, ou seja, somente se aplica às notas promissórias e duplicatas rurais, em decorrência da leitura sistêmica das reportadas regras, aliada aos aspectos fáticos e históricos responsáveis pelo seu surgimento.

Do voto que deu origem à mudança, da lavra do eminente Ministro Moura Ribeiro, extraem-se, com mais clareza, as razões pelas quais fora adotada a nova compreensão:

O plano histórico revela que as mudanças realizadas pelo legislador, no Decreto-lei nº 167/67 tiveram por objetivo apenas alterar a sistemática em relação às notas e duplicatas rurais, porque elas eram descontadas nas instituições financeiras em evidente prejuízo para o produtor rural.

[...].

A partir desse escorço histórico, é fácil perceber que o problema a ser solucionado pelo legislador se resumia ao fato de que o produtor rural estaria sujeito ao pagamento do título se, descontado em instituição financeira, deixasse de ser honrado pelo seu emitente.

Importante frisar que na cédula de crédito rural, tal não ocorre, porque o financiamento é viabilizado no interesse do produtor, sendo prática comum que se faça o respectivo pagamento com o resultado da venda da produção. A emissão da cédula, nessas circunstâncias, evidentemente, não corresponde à entrega da produção, podendo com ela contar, portanto, o produtor para o resgate da dívida.

Como se sabe, enquanto as notas promissórias rurais e as duplicatas rurais representam o preço de vendas a prazo de bens de natureza agrícola (DL nº 167/67, arts. 42 e 46), as cédulas de crédito rural correspondem a financiamentos obtidos com as instituições financeiras (DL 167/67, art. 1º).

Por consequência, o mecanismo de contratação envolvendo a cédula de crédito rural é direto, ou seja, há a participação da instituição de crédito no negócio, ao contrário do que ocorre com as notas promissórias e duplicatas rurais, nas quais os bancos não participam da relação jurídica subjacente, ingressando na relação cambial apenas durante o ciclo de circulação do título.

Nesse contexto, inexorável a conclusão de que as mudanças no Decreto-Lei nº 167/67 não tiveram como alvo as cédulas de crédito rural, razão pela qual essa modalidade cambial nem sequer foi mencionada, como visto, nas proposições formuladas visando a aprovação das imprescindíveis alterações na lei. [...] (STJ, REsp. n. 1483853/MS, rel. Min. Moura Ribeiro. J. em: 18-11-2014)

Esta Corte, em casos análogos, atenta às alterações perfilhadas pelo STJ, também já se posicionou no sentido de reconhecer a validade do aval prestado em Cédula de Crédito Rural, onde figure como garante pessoa física, em virtude da aplicabilidade restrita da norma contida nos § 2º e 3º do artigo 60 do Decreto-Lei n. 167/1967 aos casos de garantias reais ou pessoais firmadas em notas promissórias e duplicatas rurais. A propósito:

APELAÇÃO CÍVEL. EMBARGOS À EXECUÇÃO. CÉDULA RURAL HIPOTECÁRIA. AVAL E HIPOTECA PRESTADA POR TERCEIROS – PESSOAS FÍSICAS. VALIDADE DAS GARANTIAS. INTERPRETAÇÃO HISTÓRICA E SISTEMÁTICA DO ARTIGO 60, § 3º, DO DECRETO-LEI N. 167/1967. JURISPRUDÊNCIA RECENTE DA TERCEIRA E DA QUARTA TURMA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA.

“A nulidade prevista no art. 60, § 2º e 3º, do Decreto-Lei n. 167/67 não atinge a cédula de crédito rural, porque esta corresponde a um financiamento bancário, negócio jurídico de natureza contratual, em que há a participação direta de instituição de crédito. [...]” (STJ, AgRg. no AREsp. n. 694.869/RS, Terceira Turma, rel. Min. João Otávio de Noronha, DJe de 28-8-2015) (TJSC, AC n. 2015.067484-9, de Gaspar, rel.ª: Des.ª. Janice Goulart Garcia Ubialli. J. em: 31-3-2016). (grifei)

No mesmo sentido:

APELAÇÃO CÍVEL. PEDIDO PELA NULIDADE DO AVAL PRESTADO POR TERCEIROS NA CÉDULA RURAL HIPOTECÁRIA. CÉDULA EMITIDA POR PESSOA FÍSICA. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA. RECURSO DA INSTITUIÇÃO FINANCEIRA. INTELIGÊNCIA AO ART. 60, § 2º E 3º, DO DECRETO-LEI N. 167/67, O QUAL É APLICÁVEL AS CÉDULAS RURAIS HIPOTECÁRIAS. RECENTE MUDANÇA NO ENTENDIMENTO DA CORTE SUPERIOR NO JULGAMENTO DO RESP. N. 1.483.853/MS. POSSIBILIDADE DE AVAL. VEDAÇÃO A OUTRAS GARANTIAS REAIS E PESSOAIS CONSTANTES NOS § 2º E 3º, DO DECRETO-LEI N. 167/67 QUE NÃO SE APLICA À CÉDULA DE CRÉDITO RURAL. SENTENÇA REFORMADA. INVERSÃO DOS ÔNUS SUCUMBENCIAIS. PREQUESTIONAMENTO. AUSÊNCIA DE NECESSIDADE DE MANIFESTAÇÃO DO ÓRGÃO JULGADOR SOBRE TODOS OS DISPOSITIVOS LEGAIS MENCIONADO NO RECURSO. RECURSO PROVIDO. (AC n. 2014.034977-8, de Araranguá, rel^a.: Des^a. Cinthia Beatriz da Silva Bittencourt Schaefer. J. em 7-5-2015)

E, ainda:

APELAÇÃO CÍVEL. EMBARGOS À EXECUÇÃO. CÉDULA RURAL PIGNORATÍCIA. SENTENÇA DE PARCIAL PROCEDÊNCIA. INSURGÊNCIA DOS EMBARGANTES. 1 – SUSCITADA PRELIMINAR DE NULIDADE DO AVAL PRESTADO POR TERCEIROS EM CÉDULA RURAL PIGNORATÍCIA EMITIDA POR PESSOA FÍSICA. NÃO ACOLHIMENTO. VALIDADE DA GARANTIA, CONFORME RECENTE ENTENDIMENTO FIRMADO PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA NO RECURSO ESPECIAL N. 1.483.853/MS. RECONHECIDA, POR CONSEQUENTE, A LEGITIMIDADE DOS AVALISTAS PARA FIGURAR NO POLO PASSIVO DA EXECUCIONAL. PRELIMAR AFASTADA. “1. A interpretação sistemática do art. 60 do Decreto-lei nº 167/67 permite inferir que o significado da expressão “também são nulas outras garantias, reais ou pessoais”, disposta no seu § 3º, refere-se diretamente ao § 2º, ou seja, não se dirige às cédulas de crédito rural, mas

apenas às notas e duplicatas rurais.” (Resp n. 1.483.853/MS, rel. Min. Moura Ribeiro, Terceira Turma, j. 4-11-2014, Dje 18-11-2014). [...].

RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO. (AC n. 2014.045448-8, de Trombudo Central, rel.: Des. Dinart Francisco Machado. J. em: 8-9-2015)

Destarte, não sendo vedado o aval concedido por pessoas físicas em cédula de crédito rural, a reforma da decisão é medida a ser imposta.

Por fim, diante do provimento do apelo, no sentido de declarar válido o aval prestado pelos autores na Cédula de Crédito Rural n. 200110571-4/001, emitida por Domingos Delavechia, se faz necessária a redistribuição dos ônus sucumbenciais, de modo que os autores devem arcar com as custas processuais e os honorários advocatícios em favor do patrono do réu, os quais fixo em R\$ 1.500,00 (um mil e quinhentos reais), dispensada a exigibilidade dos valores, em razão da concessão aos demandantes do benefício da Justiça Gratuita.

Pelo exposto, conheço do recurso e dou-lhe provimento no sentido de declarar a validade do aval prestado pelos autores na Cédula de Crédito Rural n. 200110571-4/001, emitida por Domingos Delavechia, e condeno os demandantes ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios em favor do patrono da casa bancária no valor de R\$ 1.500,00 (um mil e quinhentos reais), dispensada a exigibilidade em razão do deferimento do benefício da Justiça Gratuita.

É como voto.

SEGUNDA CÂMARA DE DIREITO COMERCIAL

Apelação n. 0002233-88.2009.8.24.0008, de Blumenau

Relator: Desembargador Altamiro de Oliveira

APELAÇÃO CÍVEL. EMBARGOS DO DEVEDOR EM EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL VOLTADA À SATISFAÇÃO DE DÉBITO REPRESENTADO POR CHEQUES. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA. IRRESIGNAÇÃO DOS EXECUTADOS.

DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. MATÉRIA ABORDADA EM DECISÃO INTERLOCUTÓRIA PROLATADA NA EXECUÇÃO, CONTRA A QUAL OS ORA EMBARGANTES INTERPUSERAM AGRAVO DE INSTRUMENTO. ACÓRDÃO QUE CONFIRMOU A APLICAÇÃO DA TEORIA DA *DISREGARD* PARA ATRIBUIR AOS SÓCIOS RESPONSABILIDADE PELO DÉBITO PERSEGUIDO. COISA JULGADA. RENOVAÇÃO DA DISCUSSÃO. IMPOSSIBILIDADE. PRECLUSÃO. RECURSO NÃO CONHECIDO NESTE PONTO.

CERCEAMENTO DE DEFESA. JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE. DISPENSA DE PROVA ORAL. JULGADO QUE CONSIGNOU A IMPOSSIBILIDADE DE OITIVA DE TESTEMUNHAS EM VIRTUDE DA VEDAÇÃO DECORRENTE DO ART. 401 DO CPC. TESE RECURSAL QUE NÃO ATACOU ESPECIFICAMENTE ESTE ARGUMENTO. OFENSA AO PRINCÍPIO DA DIALETICIDADE.

TESE DE QUE A NÃO UTILIZAÇÃO DO INQUÉRITO POLICIAL, COMO PROVA EMPRESTADA, IMPORTOU EM OFENSA AO DIREITO DE DEFESA. MAGISTRADO QUE, EMBORA NÃO TENHA UTILIZADO TAL ELEMENTO NAS RAZÕES DE DECIDIR, NÃO INDEFERIU A SUA MANUTENÇÃO NO CONJUNTO PROBATÓRIO. AUSÊNCIA DE INTERESSE RECURSAL. EXAME DA PROVA À LUZ DO PRINCÍPIO DO LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO.

ALEGAÇÃO DE NULIDADE PORQUE NÃO JULGADOS OS EMBARGOS EM CONJUNTO COM AQUELES OPOSTOS POR OUTRA SÓCIA. APELANTES QUE INFORMAM QUE ESTES SÓ FORAM RECEBIDOS PELO JUÍZO *A QUO* APÓS A PROLAÇÃO DA SENTENÇA. CAUSA DE REUNIÃO DOS FEITOS NÃO CONSTATADA. SÚMULA 235 DO STJ. ADEMAIS, AUSÊNCIA DE APRECIÇÃO CONJUNTA QUE, POR SI SÓ, NÃO IMPORTA EM NULIDADE, À MÍNGUA DE ESPECIFICAÇÃO DE PREJUÍZO. VÍCIO NÃO CONSTATADO.

ILEGITIMIDADE PASSIVA AD CAUSAM. DIRECIONAMENTO DA EXECUÇÃO EM FACE DE SÓCIOS QUE, SUPOSTAMENTE, NÃO EXERCERIAM PODERES DE ADMINISTRAÇÃO. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA QUE AUTORIZA A RESPONSABILIDADE PATRIMONIAL DE SÓCIO QUOTISTA SEM PODERES DE GESTÃO, DESDE QUE EVIDENCIADA PARTICIPAÇÃO NO ATO FRAUDULENTO OU ABUSIVO. SÓCIA QUE CONSTA DO QUADRO SOCIETÁRIO COMO ADMINISTRADORA. OMISSÃO OU DESÍDIA NO EXERCÍCIO DA SUA FUNÇÃO QUE NÃO LHE FAVORECE. SÓCIO QUE ADMITE QUE ASSUMIU O CONTROLE DE FATO NA CONDUÇÃO DA ATIVIDADE EMPRESARIAL, BEM COMO ASSINOU CHEQUES EM NOME DA SOCIEDADE. EXERCÍCIO DE ATOS DE GESTÃO QUE IMPEDEM COGITACÃO DE DESCONHECIMENTO QUANTO À CONDUÇÃO DO NEGÓCIO. CIRCUNSTÂNCIAS QUE AMPARAM A INCLUSÃO DE AMBOS NO POLO PASSIVO. LEGITIMIDADE CONSTATADA.

LIQUIDEZ, CERTEZA E EXIGIBILIDADE DOS TÍTULOS. CHEQUES QUE, POR SUA NATUREZA, DETÊM AS CARACTERÍSTICAS DE AUTONOMIA, LITERALIDADE E EXIGIBILIDADE. AVENTADA A PRÁTICA DE AGIOTAGEM. DEVEDORES A QUEM INCUMBE O ÔNUS DA PROVA (ART. 333, II, DO CPC/1973). AUSÊNCIA DE ELEMENTOS MÍNIMOS A CONFERIR CREDIBILIDADE AO ALEGADO. PROVA COLHIDA NO INQUÉRITO POLICIAL QUE NÃO TEM O CONDÃO DE EVIDENCIAR O VALOR DO DÉBITO ORIGINAL

E DOS JUROS APLICADOS, PARÂMETROS IMPRESCINDÍVEIS À VERIFICAÇÃO DE EMPRÉSTIMO MEDIANTE JUROS ABUSIVOS. MÚTUO QUE, POR SI SÓ, NÃO REPRESENTA ILEGALIDADE. PRESUNÇÃO CONTIDA NAS CÁRTULAS NÃO DERRUÍDA. OBRIGAÇÃO MANTIDA, INCLUSIVE QUANTO AO VALOR NELAS INDICADO.

TESE DE PAGAMENTO MEDIANTE CESSÃO DE CRÉDITO. QUITAÇÃO QUE PODE OCORRER MEDIANTE RESGATE, APOSIÇÃO NO PRÓPRIO TÍTULO OU QUANDO DAS CIRCUNSTÂNCIAS PUDE SE EXTRAIR SUA OCORRÊNCIA. HIPÓTESE EM QUE O INSTRUMENTO DE CESSÃO SEQUER ESTÁ SUBSCRITO PELA CESSIONÁRIA. NEGÓCIO BILATERAL A EXIGIR MANIFESTAÇÃO DE VONTADE DE TODOS OS CONTRATANTES. ELEMENTO VOLITIVO CUJA AUSÊNCIA TORNA INEXISTENTE O NEGÓCIO JURÍDICO. PAGAMENTO NÃO DEMONSTRADO.

LIMITAÇÃO DA RESPONSABILIDADE DOS SÓCIOS AO CAPITAL INTEGRALIZADO. INVIABILIDADE. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA QUE REPRESENTA MITIGAÇÃO À PROTEÇÃO DECORRENTE DA BLINDAGEM PATRIMONIAL PREVISTA NO ART. 1.052 DO CÓDIGO CIVIL.

FRAUDE CONTRA CREDORES. JUÍZO *A QUO* QUE RECONHECE A IMPOSSIBILIDADE DE DISCUSSÃO DA MATÉRIA EM SEDE DE EMBARGOS E A REMETE À EXECUÇÃO. APELANTES QUE SUSTENTAM QUE A VIA ADEQUADA É A PROPOSITURA DE AÇÃO AUTÔNOMA. QUESTÃO QUE NÃO COMPORTA DISCUSSÃO EM SEDE RECURSAL. INTERESSE DE AGIR, SOB O ASPECTO DA ADEQUAÇÃO, QUE SÓ PODE SER ANALISADO, NESTE MOMENTO, À LUZ DOS EMBARGOS OPOSTOS. QUESTÃO PROCESSUAL A SER TRATADA DIANTE DO CASO CONCRETO, OU SEJA, DEPENDENTE DA DEFLAGRAÇÃO DE PROCEDIMENTO PELO INTERESSADO. MATÉRIA NÃO CONHECIDA.

RECURSO PARCIALMENTE CONHECIDO E DESPROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação n. 0002233-88.2009.8.24.0008, da comarca de Blumenau 3ª Vara Cível em que são Apelantes Maria Ivonete Huber e Vitório Huber e Apelada Camila Broleze Voltolini.

A Segunda Câmara de Direito Comercial decidiu, por votação unânime, conhecer em parte do recurso e negar-lhe provimento. Custas legais.

O julgamento, realizado no dia 12 de julho de 2016, foi presidido pelo Exmo. Sr. Des. Robson Luz Varela, com voto, e dele participou o Exmo. Sr. Des. Gerson Cherem II.

Florianópolis, 4 de julho de 2016.

Desembargador Altamiro de Oliveira
Relator

RELATÓRIO

Vitório Huber, Maria Ivonete Huber e Máxima Prestadora de Serviços de Cobrança opuseram embargos à execução proposta por Camila Broleze Voltolini (autos n. 008.09.002233-2).

Narraram que a execucional está lastreada em três cheques, no valor total de R\$ 116.823,00, emitidos pela pessoa jurídica, da qual são sócios os demais embargantes, incluídos no polo passivo da execução em virtude do deferimento da desconsideração da personalidade jurídica.

Arguiram, preliminarmente, a ilegitimidade passiva dos sócios executados, sob o argumento de que Vitório era mero sócio cotista, atuando na captação de clientes, e Maria, apesar de constar como administradora no contrato social, jamais exerceu de fato tal função.

Na sequência, afirmaram que não estão presentes os pressupostos para desconsideração da personalidade jurídica, uma vez que o distrato

anterior à data de vencimento dos títulos, por si só, não gera presunção de má-fé. Salientaram que a emissão ocorreu quando a sociedade ainda estava ativa e que houve adimplemento mediante cessão de crédito, inclusive com recebimento parcial dos valores daí decorrentes pela embargada.

Argumentaram, outrossim, que os cheques não se revestem de liquidez e exigibilidade, pois sua emissão ocorreu para garantia do pagamento de valores emprestados à sociedade com inclusão de juros superiores ao patamar legal. À demonstração do alegado, destacaram a existência de um título, no valor de R\$ 24.300,00, emitido pela sociedade em favor de Eliza Broleze Voltolini e endossado à embargada, bem como o depoimento prestado por esta em procedimento de investigação criminal, no qual confirma a origem do débito.

Proseguiram, reiterando a tese de quitação mediante cessão de crédito no valor de R\$ 70.000,00, montante que corresponderia à dívida original. Além disso, trouxeram a lume as teses de que: a) deve ser limitada a responsabilidade dos sócios ao capital por eles integralizado; b) não há mora e, portanto, incidência de juros, os quais, caso computados, deverão ter por termo inicial a data de vencimento aposta no anverso dos títulos, assim como a correção monetária.

Por fim, requereram, a par do acolhimento dos embargos, a utilização da prova colhida no âmbito criminal e a concessão da justiça gratuita.

Os embargos foram recebidos sem efeito suspensivo (fl. 112).

Ao impugnar (fls. 120-127), a embargada refutou a alegada ilegitimidade passiva, ressaltando que um dos títulos foi emitido por Vitório, e defendeu a desconsideração da personalidade jurídica. Sustentou, ainda, que não houve prática de agiotagem, mas mero empréstimo da quantia à sociedade. Quanto à cessão, argumentou que não anuiu com o documento emitido, não há prova de que recebeu qualquer valor, além de ter sido realizado por instrumento desprovido de validade.

Por derradeiro, aduziu que houve fraude contra credores, consubstanciada na alienação fraudulenta do apartamento no qual residem os embargantes, com o intuito de frustrar a satisfação do débito. Postulou, assim, a anulação da compra e venda realizada.

Manifestaram-se os executados (fls. 135-152), repisando as teses defensivas e impugnando o deduzido pela exequente.

Veio aos autos cópia do acórdão que, no agravo de instrumento interposto contra a decisão que deferiu a desconconsideração da personalidade jurídica (2009.003969-9), conheceu do recurso e negou-lhe provimento (fls. 168-173), bem como da decisão que deferiu a justiça gratuita em grau recursal (fls. 174-176) e daquela que negou seguimento ao recurso especial (fls. 177-179).

Os embargantes requereram a produção de prova oral (fl. 183).

O Juízo *a quo* prolatou sentença (fls. 185-194), na qual: a) dispensou a dilação probatória; b) rejeitou a tese de ilegitimidade passiva, destacando que um dos cheques foi emitido por Vítório e que há previsão contratual de recebimento de pró-labore por Maria Ivonete; c) aduziu que a desconconsideração da personalidade jurídica foi ratificada pelo segundo grau de jurisdição; d) teceu considerações sobre a autonomia e a literalidade do cheque, não elididas pelos embargantes; e) afirmou que não há prova do pagamento parcial ou quitação oriunda de cessão, uma vez que o adimplemento do título há de ser demonstrado pelo resgate, inserção de quitação na cambial ou recibo; f) excepcionou a responsabilidade limitada da pessoa jurídica com base na teoria da desconconsideração da personalidade; g) inacolheu o alegado excesso de execução, à míngua de indicação do valor que entende devido na inicial e considerando que os juros de mora e a correção monetária têm incidência a partir do vencimento do título. Com base nisso, julgou improcedentes os embargos conforme excerto dispositivo:

Ante o exposto, JULGO IMPROCEDENTES os pedidos constantes dos

presentes Embargos à Execução interpostos por Vitório Huber, Maria Ivonete Huber e Máxima Prestadora de Serviços de Cobrança Ltda. em face de Camila Broleze Voltolini.

Condeno a parte embargante no pagamento das custas processuais e honorários advocatícios que fixo em 20% sobre o valor do débito, em substituição àqueles provisoriamente fixados na execução (art. 20, § 3o, do CPC), ficando suspensa a cobrança diante dos benefícios da assistência judiciária gratuita deferidos na fase recursal (fls. 161/163).

Irresignados, os embargantes interpuseram apelação (fls. 198-214). Preliminarmente, dissertaram sobre a competência das Câmaras de Direito Comercial à apreciação da questão e arguiram a nulidade da sentença por cerceamento de defesa e porque houve julgamento apartado dos embargos à execução n. 008.09.002337-1, opostos pela sócia Daniele Karina Huber Roedel. Na sequência, reiteraram a alegação de ilegitimidade passiva, porque Maria Ivonete não participava da gestão e Vitório não figurava no contrato social como administrador. Também repisaram a ausência de prova de má-fé a autorizar a desconsideração da personalidade jurídica. Além disso, repisaram que os títulos tiveram origem em prática de agiotagem, detalhe que aduzem ter sido admitido pela apelada. Afirmaram que também não foi impugnado o valor original do débito apontado nos embargos e a aludida cessão do crédito. Por fim, reiteraram a limitação da responsabilidade ao capital integralizado e argumentaram que a discussão sobre a fraude contra credores deve ocorrer em ação própria.

Decorreu *in albis* o prazo para apresentar contrarrazões (fl. 221).

VOTO

Trata-se de apelação cível interposta por Vitório Huber, Maria Ivonete Huber e Máxima Prestadora de Serviços de Cobrança contra a sentença que, nos embargos à execução opostos em face de Camila

Broleze Voltolini (autos n. 008.09.002233-2), julgou improcedentes os pedidos iniciais.

Inicialmente, importa ponderar que, em relação à desconsideração da personalidade jurídica, trata-se de pedido deferido no curso do processo de execução (fls. 26-28 – cópia em apenso). Contra esta decisão, os ora apelantes interpuseram agravo de instrumento (autos n. 2009.003969-9), o qual foi conhecido e desprovido (fls. 168-173).

Assim, solucionada a questão naquele procedimento recursal e operada a imputabilidade decorrente da formação da coisa julgada, é obstada a renovação da discussão, uma vez configurada a preclusão consumativa.

Sobre o tema, é oportuno colacionar o escólio de Humberto Theodoro Júnior:

A preclusão é fato processual impeditivo que acarreta a perda de faculdade da parte. Pode decorrer simplesmente do transcurso do prazo legal (preclusão temporal); da incompatibilidade de um ato já praticado e outro que se deseje praticar (preclusão lógica); ou do fato de já ter sido utilizada a faculdade processual, com ou sem proveito para a parte (preclusão consumativa). Por efeito da preclusão, a parte perde a faculdade de exercer determinada atividade ou de obter certa utilidade no processo. (*Curso de direito processual civil*. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995. v. I, p. 411.)

Fredie Didier Jr. complementa:

“A preclusão consumativa consiste na perda de faculdade/poder processual, em razão de ter sido exercido, pouco importa se bem ou mal. Já se praticou o ato processual pretendido, não sendo possível corrigi-lo, melhorá-lo ou repeti-lo. Observa-se quando já se consumou a faculdade/poder processual.” (*in* Curso de direito processual civil: Teoria geral do processo e processo de conhecimento. 11ª ed. Editora Podivm. Pág. 283).

Neste sentido, já decidiu este Tribunal:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE PRESTAÇÃO DE CONTAS. SEGUNDA FASE. SENTENÇA QUE DETERMINOU, NA PRIMEIRA FASE, A PRESTAÇÃO DE CONTAS PELO RÉU. ALEGAÇÃO DE SER NECESSÁRIA A INTIMAÇÃO PESSOAL DA PARTE. PRECLUSÃO CONSUMATIVA. MATÉRIA QUE JÁ FOI OBJETO DE DECISÃO EM AGRAVO DE INSTRUMENTO INTERPOSTO CONTRA DECISÃO INTERLOCUTÓRIA QUE REJEITOU PEDIDO DE ANULAÇÃO DO PROCESSO. DECISÃO NO SENTIDO DE SER DESNECESSÁRIA A INTIMAÇÃO PESSOAL. VEDAÇÃO DA REANÁLISE DA MATÉRIA PELO JUÍZO *AD QUEM*. EXEGESE DOS ARTIGOS 471 E 473 DO CPC. INÉRCIA DO RÉU EM ATENDER A ORDEM DE PRESTAÇÃO DE CONTAS, NO PRAZO DE 48 HORAS. SENTENÇA DE ACORDO COM O DISPOSTO NA PARTE FINAL DO § 2º DO ART. 915 DO CPC. IMPOSSIBILIDADE DE IMPUGNAR OS CÁLCULOS APRESENTADOS PELA AUTORA. ACOLHIMENTO DAS CONTAS OFERECIDAS POR ESTA, QUE ENCONTRA ALICERCE NA PROVA DOCUMENTAL. SENTENÇA MANTIDA. RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO (Apelação Cível n. 2013.062159-8, de Rio do Sul, rela. Desa. Soraya Nunes Lins, j. em 12-6-2014).

PROCESSO CIVIL. AGRAVO DO ARTIGO 557, § 1º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. INTERPOSIÇÃO CONTRA DECISÃO UNIPESSOAL QUE NEGOU CONHECIMENTO AO RECURSO EM RAZÃO DA PRECLUSÃO CONSUMATIVA. MATÉRIA QUE FOI OBJETO DE ANTERIOR AGRAVO DE INSTRUMENTO. DECISÃO MANTIDA.

“Não pode a recorrente, traçando caminho diverso, pretender aquilo que não alcançara com a interposição do agravo anterior. Uma vez protocolizado o recurso, ocorre para a parte preclusão consumativa, não podendo a matéria ser objeto de outro recurso” (TJSC, Agravo [§ 1º art. 557 do CPC] em Agravo de Instrumento n. 2007.008756-0, de Itajaí, Câmara Civil Especial, rel. Des. Jaime Luiz Vicari, j. em 14-6-2007) (Agravo § 1º art. 557 do CPC) em Agravo de Instrumento n. 2013.034757-5/0001.00, de Tangará, rela. Desa. Janice Goulart Garcia Ubiali, j. em 14-8-2014).

Por tais fundamentos, considerando que na sentença o Juízo *a quo* também não ingressou no mérito acerca da desconsideração da personalidade jurídica, mas reportou-se àquilo estabelecido no agravo, não se conhece do recurso neste ponto.

Superada esta questão, em relação ao cerceamento de defesa por negativa de produção de prova oral, com a qual os apelantes pretendiam demonstrar a prática de agiotagem, observa-se que o Magistrado fundamentou seu entendimento no disposto no art. 401 do Código de Processo Civil de 1973 (fls. 189-190), o qual, em virtude do elevado importe sob discussão, não admitia a prova exclusivamente testemunhal.

Os apelantes, no entanto, nenhum argumento levantaram sobre o tema, deixando de atacar o *decisum* sob o prisma que motivou a solução adotada.

Assim, como as razões recursais não detêm potencialidade a afastar, de forma integral, o exposto no julgado para dispensar a oitiva de testemunhas, remanescendo ponto central livre de irresignação, verifica-se ofensa ao princípio da dialeticidade.

Com efeito, “é preciso que haja simetria entre o decidido e o alegado no recurso” (ASSIS, Araken de. Manual dos recursos. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 98). Em outras palavras, “é necessária a impugnação específica dos fundamentos da decisão recorrida” (AgRg no Resp. n. 859903-RS, rel. Min. Francisco Falcão, j. 21-9-2006).

Não merece conhecimento, portanto, a alegação suscitada acerca do cerceamento do seu direito de defesa no que concerne à prova oral.

Já em relação à prova emprestada, observa-se que carece aos embargantes interesse recursal, uma vez que o *decisum* recorrido, embora não tenha mencionado expressamente a admissão do inquérito policial como meio de prova, tampouco dispensou o exame do litúgio a

partir de tal peça. Logo, ao mantê-la como parte do conjunto probatório, examinou o litígio considerando também o seu conteúdo.

Desse modo, como é a privação da atividade probatória que gera cerceamento, e não a sua utilização como razão de decidir, à luz do princípio do livre convencimento motivado, não há falar em nulidade neste aspecto. O exame da prova apontada, vale dizer, fica reservado ao momento oportuno, quando da apreciação do mérito recursal.

Sustentam os apelantes, ainda, que o julgamento apartado dos embargos à execução opostos por Daniele Karina Huber Roedel (autos n. 008.09.002337-1) importou em nulidade.

No entanto, os próprios embargantes esclarecem que o recebimento da defesa da coexecutada ocorreu apenas após a prolação da sentença recorrida, razão pela qual, finda a jurisdição sobre uma das demandas, não há falar sequer em causa à reunião de processos (súmula 235 do STJ).

Demais disso, ainda que cogitável, àquele tempo, a ocorrência de conexão derivada de identidade de causas de pedir (art. 103 do CPC/1973), a existência de sentenças distintas, por si só, não importa em nulidade, de forma que a ausência de especificação do prejuízo derivado de tal conduta afasta o vício alegado.

Sobre o tema, destaca-se:

APELAÇÃO CÍVEL. REINTEGRAÇÃO DE POSSE COM BASE EM CONTRATO DE CESSÃO DE USO DE MARCA E PADRÕES E OUTRAS AVENÇAS. PROCEDÊNCIA NA ORIGEM. INSURGÊNCIA DA PARTE REQUERIDA. PRELIMINAR. NULIDADE DA SENTENÇA. AUSÊNCIA DE JULGAMENTO EM CONJUNTO COM AS DEMAIS DEMANDAS. INEXISTÊNCIA DE DECISÃO CONFLITANTES E DE PREJUÍZO ÀS PARTES. PRELIMINAR AFASTADA.

“[...] 5. Assim, ainda que visualizada, em um primeiro momento, hipótese de conexão entre as ações com a reunião dos feitos para decisão conjunta,

sua posterior apreciação em separado não induz, automaticamente, à ocorrência de nulidade da decisão. 6. O sistema das nulidades processuais é informado pela máxima “pas de nullité sans grief”, segundo a qual não se decreta nulidade sem prejuízo, aplicável inclusive aos casos em que processos conexos são julgados separadamente. [...]”. (REsp nº 1.255.498/CE, relator para acórdão o Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, DJe 29/08/2012).

MÉRITO. MINORAÇÃO DOS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. POSSIBILIDADE. VALOR EXCESSIVAMENTE ARBITRADO. REDUÇÃO IMPOSTA EM RESPEITO AOS REQUISITOS ELENCADOS NO § 3º DO ART. 20 DO CPC. APELO PROVIDO NO PONTO. LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ SUSCITADA EM CONTRARRAZÕES RECURSAIS. HIPÓTESES DO ARTIGO 17 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL NÃO EVIDENCIADAS.

Recurso conhecido e parcialmente provido. (TJSC, Apelação Cível n. 2014.023713-6, de Biguaçu, rel. Des. Guilherme Nunes Born, j. 10-12-2015).

Por tais fundamentos, ficam rejeitadas as questões preliminares aventadas no recurso.

Os apelantes expõem insurgência ao julgado no ponto em que rejeitou a tese de ilegitimidade dos sócios não administradores. A amparar suas razões de irresignação, salientam que Maria Ivonete jamais exerceu de fato a administração, já Vitório não consta do contrato social como administrador.

Ao que se depreende da cópia da execução, a responsabilidade patrimonial foi estendida aos quotistas em razão da aplicação da teoria da *disregard*, matéria que foi objeto de agravo, porém relegada sua apreciação aos embargos, em relação ao ponto em debate (fl. 172).

A questão é regida pelo disposto no artigo 50 do Código Civil:

Art. 50. Em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial, pode o juiz decidir,

a requerimento da parte, ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo, que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica.

Pela exegese da norma, é possível a inclusão de sócio desprovido de poderes de administração, mas emprego da medida excepcional, nesse caso, exige a prática de ato que justifique sua responsabilização, na linha de entendimento inserta em precedente desta Câmara:

APELAÇÃO CÍVEL – EMBARGOS À EXECUÇÃO – SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA. PRELIMINAR DE DECADÊNCIA – RESPONSABILIDADE DO SÓCIO RETIRANTE – LIMITAÇÃO AO PERÍODO DE DOIS ANOS APÓS O REGISTRO DA ALTERAÇÃO DO CONTRATO SOCIAL – EXEGESE DOS ARTS. 1.003 E 1.032 DO CÓDIGO CIVIL – DÉBITO CONTRAÍDO E DEMANDA EXECUTIVA AJUIZADA NA ÉPOCA EM QUE O EMBARGANTE FIGURAVA COMO COTISTA – RETIRADA AVERBADA CERCA DE 3 MESES ANTES DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA – PRAZO QUE TEM FLUÊNCIA SOMENTE APÓS A CHANCELA DA JUNTA COMERCIAL – RESPONSABILIZAÇÃO DEVIDA – ADEMAIS, POSSIBILIDADE DE MITIGAÇÃO DO LIMITE TEMPORAL EM CASO DE FRAUDE – PROEMIAL AFASTADA.

A interpretação conjugada dos arts. 1.003 e 1.032 do Código Civil remete à conclusão de que o sócio retirante se responsabiliza, de forma restrita ao valor de suas quotas se o capital social estiver integralizado (art. 1.052, CC), pelas obrigações contraídas pela sociedade, no período de até 2 (dois) anos após averbada a alteração contratual.

Nesse linear, importa, para fins de responsabilização do sócio retirante, somente que o débito seja assumido e a contenda proposta dentro do prazo de 2 (dois) do registro da retirada na Junta Comercial, sendo, portanto, cabível a aplicação da teoria da desconsideração da personalidade em momento processual posterior, hipótese dos autos. Registre-se, no mais, que a regra de limitação temporal da responsabilidade do sócio retirante,

insculpida nos arts. 1.003 e 1.032 do Código Civil, pode ser mitigada quando constatada fraude que justifique o alcance do patrimônio particular.

MATÉRIA DE FUNDO DO RECURSO – APLICAÇÃO DA TEORIA *DISREGARD* – SÓCIO MINORITÁRIO SEM PODERES DE ADMINISTRAÇÃO – ASSINATURA DO EMBARGANTE NAS ALTERAÇÕES CONTRATUAIS QUE MODIFICARAM INTEGRALMENTE O OBJETO SOCIAL – ATO QUE CONFIGURA DISSOLUÇÃO IRREGULAR DA SOCIEDADE EMPRESARIAL – CONCORDÂNCIA EXPRESSA COM A PRÁTICA DE ATO CONTRÁRIO AO ORDENAMENTO JURÍDICO – TRANSFERÊNCIA DE BENS PARA EMPRESA DIVERSA COM SÓCIOS EM COMUM DEMONSTRADA PELA EXEQUENTE – DESVIO DO USO DA PESSOA JURÍDICA E ARTIFÍCIO MALICIOSA COM O INTUITO DE PREJUDICAR TERCEIROS CARACTERIZADOS – APELO DO EMBARGANTE DESPROVIDO.

A responsabilização do sócio minoritário sem poderes de administração, em se tratando de desconsideração da personalidade jurídica, impescinde da efetiva comprovação de ter ele concorrido, por ato próprio, para a prática de atos fraudulentos ou abusivos, pois não possui poder para gerir a sociedade e de tomar decisões necessárias à realização do objeto social.

Nesse contexto, assinando o sócio minoritário os atos que alteraram integralmente o objeto social da empresa e que configurou a dissolução irregular da sociedade, sem que seja comprovada a sua dissidência em reunião ou assembleia ou o exercício do direito de retirada, inquestionável a sua responsabilidade, principalmente porque caracterizado no caderno processual o desvio do uso da pessoa jurídica e o artifício malicioso com o intuito de prejudicar terceiros, tendo em vista a transferência de bens para empresa com sócios em comum.

HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS ARBITRADOS EM R\$ 300,00 – MAJORAÇÃO PARA R\$ 8.000,00 – APRECIÇÃO EQUITATIVA PELO MAGISTRADO – ATENDIMENTO AOS CRITÉRIOS LISTADOS NO § 3º DO ART. 20 DA LEI SUBSTANTIVA CÍVEL –

RECURSO DO EMBARGADO PROVIDO.

Para a fixação dos honorários de sucumbência, deve-se estar atento para o labor empenhado e o zelo na defesa e exposição jurídica do advogado, não se aviltando os honorários advocatícios de forma a menosprezar a atividade do patrocinador da parte. (Apelação Cível n. 2011.045935-5, de Pomerode, rel. Des. Robson Luz Varella, j. 23-9-2014).

Na hipótese, constata-se que a administração da sociedade foi atribuída a Maria Ivonete, conforme consta do contrato social (art. 15 – fl. 40), detalhe que, por si só, importa na sua responsabilidade pelo ato fraudulento. Com efeito, na medida em que exercia a gestão da empresa, eventual desídia na realização da sua atividade, ainda que mediante omissão, não atua em seu favor para eximi-la das consequências daí decorrentes.

Quanto a Vitório Huber, as razões recursais contêm exposição de que “teve que assumir a frente dos negócios” (fl. 203), circunstância que, aliada ao fato de que emitiu os cheques que embasam a execucional (fl. 11 – anexo 1), importa na caracterização de cenário no qual exerceu a administração de fato da sociedade, com participação ativa na condução da atividade, detalhe a impedir cogitação de desconhecimento a respeito dos atos praticados. Por consequência, embora não figure como administrador no contrato social, tal detalhe, por si só, não obsta a sua responsabilização pessoal.

Quanto aos títulos executivos, os apelantes sustentaram que não há falar em liquidez, certeza e exigibilidade, tendo em vista que sua emissão decorreu de empréstimo mediante juros superiores ao percentual legal.

A prática de agiotagem é assim definida por Plácido e Silva:

[...] Termo comercial empregado para designar operações ou as negociações de mercadorias, títulos de crédito ou moeda, promovidas no sentido de fazer aumentar, diminuir ou estabilizar os preços de tais mercadorias, títulos ou moeda, visando a lucros certos, decorrentes destas especulações [...]

Também se considera agiotagem a comércio ou especulação fundada em empréstimos a juros excessivos [...] (*Vocabulário jurídico conciso*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 40).

No entanto, detalhe ímpar desponta como crucial para o deslinde da *quaestio*: o cheque constitui título de crédito autônomo e independente, e por isso é que se rompe o liame com a *causa debendi*, a teor do quanto disposto nos arts. 1º, inc. I e 13, ambos da Lei n. 7.357/1985.

Rubens Requião traz com mais clareza o que é o corte umbilical cheque com a causa que lhe deu lastro:

[...] os cheques são títulos de crédito regulados pela lei, de forma a se bastarem a si mesmos. Não se integram, não surgem, nem resultam de nenhum outro documento. Não se ligam ao ato originário de onde provém. Assim é o cheque. (*Curso de Direito Comercial*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 1988, v. II, p. 393).

É claro que entre o tomador e o emitente do cheque pode-se travar discussão a respeito da *causa debendi*. Mas o credor nada tem que provar, posto que, pela literalidade e autonomia de seu título de crédito, há em seu favor a presunção legal de liquidez, certeza e exigibilidade da dívida. Ao devedor, por isso mesmo, é que compete o ônus de provar que o título não tem causa ou que dita causa é ilegítima. E sua prova, em tal sentido, há de ser robusta, cabal e convincente, porquanto, ainda na dúvida, o que prevalece é a presunção legal de legitimidade do título cambiário (THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Títulos de crédito e outros títulos executivos*. Rio de Janeiro: Saraiva, 1986. p. 138).

Outro, aliás, não é o entendimento esposado neste Tribunal:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE DÉBITO E DE NULIDADE DE TÍTULO. CHEQUES. CAUSA DEBENDI. IMPOSSIBILIDADE DE DISCUSSÃO. PRINCÍPIOS DA LITERALIDADE E AUTONOMIA. AUSÊNCIA DE ELEMENTOS ROBUSTOS PARA A DESCONSTITUIÇÃO DAS CÁRTULAS. ÔNUS QUE INCUMBIA AO DEVEDOR.

PEDIDO IMPROCEDENTE. SENTENÇA MANTIDA. RECURSO DESPROVIDO.

“Sendo o cheque título cambiário não causal, autônomo e abstrato, o portador nada tem a provar acerca da sua origem, uma vez que, ocorrida a sua emissão, desvincula-se por completo do negócio jurídico subjacente” (TJSC, Ap. Cív. n. 2003.024635-5, de Itajaí, rel. Des. Salim Schead dos Santos, DJ 2-12-2004).

“Diante da literalidade e autonomia do cheque, o portador nada tem que provar a respeito de sua origem; uma vez suscitada discussão sobre o negócio subjacente, ao devedor incumbe o encargo de provar que o título não tem causa ou que sua causa é ilegítima, porquanto, ausente prova robusta, cabal e convincente, ainda que possa remanescer dúvida, prevalece a presunção legal da legitimidade do título” (TJSC, Ap. Cív. n. 1996.011001-1, Rel. Des. Substituto Nilton Macedo Machado, DJ de 12-11-97). (Ap. Cív. n. 2008.015137-0, de Blumenau, rel. Des. Ricardo Fontes. j. 5-6-2008)

Feitos os esclarecimentos necessários, tem-se que competia aos embargantes trazer aos autos elementos indicativos da ocorrência da situação descrita, de modo a infirmar a presunção decorrente da obrigação representada nas cártulas, a teor da norma estampada no artigo 333, inciso II, do Código de Processo Civil de 1973, como bem ensina Fredie Didier Júnior:

Os embargos servem para impugnar o título executivo, a dívida exequenda ou o procedimento executivo. O embargante pode discutir a validade do título, a inexistência da dívida ou um defeito do procedimento executivo, por exemplo.

Daí se infere que cabe ao embargante o ônus da prova de suas alegações, incumbindo-lhe de provar a alegada insubsistência do crédito exequendo. Não é o embargado que tem de provar a subsistência do crédito; ao embargante é que cabe provar sua insubsistência [...] (Curso de Direito Processual Civil: execução. Salvador: Juspodivm. V. 5, p. 341).

E complementa Humberto Theodoro Júnior que:

O devedor será, todavia, o autor da ação de embargos, podendo discutir amplamente o negócio jurídico criador do título executivo, mas terá a seu cargo o ônus da prova que só será desincumbido mediante produção de legitimidade e certeza que milita em prol do título executivo (*Curso de Direito Processual Civil*. 33ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002. V. 2, p. 264).

Dito isso, insta evidenciar que os embargos foram pautados em alegações desprovidas de prova; é dizer: muito embora a parte haja alegado que os montantes contidos nos cheques foram emitidos para pagamento de débito derivado do empréstimo de R\$ 70.000,00, com juros que, acrescidos, resultaram no débito perseguido, nenhum documento consta dos autos (como movimentações financeiras que evidenciem o recebimento deste valor), a comprovar tal assertiva.

E não há dúvida de que, tal como salientou o Juízo *a quo*, não era admitida para a hipótese prova exclusivamente testemunhal, à luz da norma que regia a matéria (art. 401 do CPC/1973).

À guisa de fundamentação, traz-se à colação julgado desta Câmara:

APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO MONITÓRIA FUNDADA EM CHEQUES PRESCRITOS – SENTENÇA QUE INACOLHEU OS EMBARGOS E JULGOU PROCEDENTE O PEDIDO INJUNTIVO – RECURSOS DO RÉU/EMBARGANTE. CERCEAMENTO DE DEFESA POR JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE – MATÉRIA EXCLUSIVAMENTE DE DIREITO – DESNECESSIDADE DE DILAÇÃO PROBATÓRIA – EXEGESE DO ART. 330, I, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL – PROVA TESTEMUNHAL – OBSERVÂNCIA, AINDA, À REGRA DO ART. 401 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL – DÍVIDA QUE SUPERA O DÉCUPLO DO SALÁRIO MÍNIMO VIGENTE À ÉPOCA DA REALIZAÇÃO DO NEGÓCIO – PREFACIAL AFASTADA.

A teor do art. 330, I, da Lei Adjetiva Civil, inexistente cerceamento de defesa, em razão do julgamento antecipado da lide, quando a prova coligida nos autos fornecer elementos suficientes à formação do convencimento

do Julgador. Ademais, descabida a produção de prova testemunhal se o negócio discutido e que se pretende comprovar possui valor superior ao décuplo do salário mínimo vigente à época de sua realização, a teor do art. 401 do Código de Processo Civil.

CHEQUES PRESCRITOS – DISCUSSÃO DA *CAUSA DEBENDI* – AUSÊNCIA DE ELEMENTOS MÍNIMOS A DESCONSTITUIR A DÍVIDA OU, AO MENOS, JUSTIFICAR A AVERIGUAÇÃO DA RELAÇÃO SUBJACENTE – INDEMONSTRADOS OS VÍCIOS CAPAZES DE MACULAR O DIREITO DE CRÉDITO – ÔNUS DA PARTE RÉ – EXEGESE DO ARTIGO 333, INCISO II, DO CPC – MANUTENÇÃO DA PROCEDÊNCIA DO PEDIDO INJUNTIVO – RECURSO DESPROVIDO.

À ausência do mínimo de prova acerca da ilicitude na emissão dos cheques, somam-se os princípios da literalidade e da autonomia, segundo os quais a apresentação física das cambiais é suficiente para o exercício do direito ao recebimento das quantias por eles representadas. “Deixando a parte requerida de demonstrar a inexistência do débito representado pelo cheque, ou de qualquer outro vício que pudesse inviabilizar o direito de crédito nele estampado, resumindo-se à meras alegações, que por certo, não podem ser acolhidas.” (Apelação Cível n. 2010.084312-6, rel. Des. Paulo Roberto Camargo Costa, j. 28/6/2012). (Apelação Cível n. 2010.003770-9, de Itajaí, rel. Des. Robson Luz Varella, j. 20-5-2014).

E, embora conste dos autos a declaração prestada pela exequente no procedimento investigativo, sua apresentação nos embargos sob a forma documental não desconfigura a natureza de prova oral, uma vez que se trata de reprodução de depoimento colhido pela autoridade policial, ou seja, sua produção ocorreu por meio da oitiva da parte.

De qualquer sorte, os elementos amealhados no âmbito criminal apenas revelam um suposto empréstimo de dinheiro mediante juros, mas daí não decorre, por si só, qualquer ilegalidade, à míngua de evidenciação do valor mutuado e do percentual de juros cobrados, parâmetros imprescindíveis à demonstração da agiotagem.

Sobre o tema, destaca-se o seguinte julgado:

APELAÇÕES CÍVEIS. AÇÃO MONITÓRIA. NOTAS PROMISSÓRIAS. SENTENÇA QUE REJEITA OS EMBARGOS INJUNTIVOS E ALBERGA A PRETENSÃO VERTIDA NA EXORDIAL. INSURGÊNCIA DE AMBAS AS PARTES.

AGRAVO RETIDO. AUSÊNCIA DE PEDIDO EXPRESSO DAS REQUERIDAS, COMO PRELIMINAR DA APELAÇÃO, REQUERENDO A SUA APRECIÇÃO PELO TRIBUNAL. INVIABILIDADE DE CONHECIMENTO. INTELIGÊNCIA DO ART. 523, § 1º, DO CÓDIGO BUZAID. INSURGÊNCIA FULMINADA PELO MANTO DA PRECLUSÃO.

PRELIMINAR. INÉPCIA DA INICIAL. AUSÊNCIA DE EXPLICITAÇÃO DA ORIGEM DO CRÉDITO. NOTAS PROMISSÓRIAS PRESCRITAS. DESNECESSIDADE DE APONTAMENTO DA CAUSA QUE MOTIVOU A EMISSÃO DOS TÍTULOS. TESE AFASTADA.

MÉRITO. CONCESSÃO DE EMPRÉSTIMO. DEMANDADAS QUE SUSTENTAM A COBRANÇA DE JUROS EXTORSIVOS. OBSERVAÇÃO DOS BALIZAMENTOS CONTIDOS NO *CAPUT* E § 3º DO ART. 1º DO DECRETO N. 22.626/33, NOS ARTS. 1.062 E 1.262, AMBOS DO CÓDIGO CLÓVIS BEVLÁQUA, E NO ART. 591 DO CÓDIGO MIGUEL REALE. ELEMENTOS PROBANTES QUE NÃO IDENTIFICAM A EXIGÊNCIA DE JUROS DE FORMA USURÁRIA. CIRCUNSTÂNCIA QUE IMPOSSIBILITA A ATRIBUIÇÃO AO CREDOR DE COMPROVAR A REGULARIDADE JURÍDICA DO CRÉDITO, NOS TERMOS DA MEDIDA PROVISÓRIA N. 2.172/01. AGIOTAGEM NÃO DEMONSTRADA EFETIVAMENTE. TESE AFASTADA. SENTENÇA INALTERADA NESSE ASPECTO. (TJSC, Apelação Cível n. 2014.018303-9, de Criciúma, rel. Des. José Carlos Carstens Köhler, j. 08-4-2014).

E mais:

NOTA PROMISSÓRIA PRESCRITA. Embargos monitorios.

Improcedência. Insurgência. Agiotagem. Juros extorsivos. Prova ausente. Empréstimo firmado entre particulares. Encargos de mora. Incidência. Vencimento do título. Prequestionamento. Provimento negado.

A inexigibilidade da dívida com base em alegação de agiotagem dependia de prova a cargo do devedor, mas deste ônus não se desincumbiu.

A exigência de juros além do permissivo legal não ficou demonstrada, pois o insurgente sequer informou os valores pagos e o saldo devido para cotejar com a planilha da credora. Os encargos de mora incidem a partir do vencimento da nota promissória, sendo desnecessária interpelação judicial para a constituição em mora. (TJSC, Apelação Cível n. 2011.023943-0, de Brusque, rel. Des. José Inacio Schaefer, j. 28-8-2012).

A partir do raciocínio traçado, ausente prova documental mínima acerca da alegada agiotagem, detalhe reforçado pela inexistência de informação do percentual de juros cobrados, não se verifica causa a afastar a exigibilidade do débito representado nos cheques instruídos, prevalecendo, outrossim, o valor neles inserto, à luz do princípio da literalidade.

No que diz respeito à aludida quitação, sabe-se que o devedor deverá se cercar de algumas cautelas ao efetuar o pagamento do título de crédito, como a quitação no próprio título e o seu resgate.

Ensina Fábio Ulhoa Coelho que:

Em primeiro lugar, em razão do princípio da literalidade, deve-se exigir a quitação no próprio título, já que não produz efeitos jurídicos-cambiais o ato lançado em instrumento à parte. A outra cautela decorre do princípio da cartularidade, e consiste em exigir a entrega do título, indispensável para o exercício do direito de regresso ou, pelo menos, para impedir que o documento seja transferido a terceiro de boa-fé (Curso de direito comercial, v. 1: direito de empresa. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 432).

Além disso, prevê o art. 320, *caput*, do Código Civil que a quitação se dará com a emissão de recibo que deverá conter “o valor e a espécie da dívida quitada, o nome do devedor, ou quem por este pagou, o tempo e o

lugar do pagamento, com a assinatura do credor ou do seu representante”. Já o parágrafo único preleciona: “ainda sem os requisitos estabelecidos neste artigo valerá a quitação, se de seus termos ou das circunstâncias resultar haver sido paga a dívida”.

Na hipótese, sustentam os embargantes o pagamento da dívida mediante cessão de crédito (art. 286 do Código Civil).

No entanto, ao examinar o instrumento no qual teria ocorrido a aludida transferência de direito creditício (fl. 96), verifica-se que foi subscrito tão somente pelos cedentes, ausente manifestação de vontade da cessionária, elemento que se coloca no plano de existência dos negócios jurídicos bilaterais.

Leciona Maria Helena Diniz:

A cessão de crédito é um negócio jurídico bilateral, gratuito ou oneroso, pelo qual o credor de uma obrigação (credor) transfere, no todo ou em parte, a terceiro (cessionário) independente de consenso do devedor (cedido), uma posição na relação obrigacional, com todos os acessórios e garantias, salvo disposição em contrário sem que se opere a extinção do vínculo obrigacional. (Código Civil anotado. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 284).

Sílvio de Salvo Venosa, a seu turno, explicita:

Na teoria dos negócios jurídicos, foi assinalado o papel da vontade. Muito antes de ser exclusivamente um elemento no negócio jurídico, é questão antecedente, é um pressuposto do próprio negócio, que ora interferirá em sua validade ora em sua eficácia, quando não na própria existência, se a vontade não houver sequer existido. Um contrato no qual a vontade não se manifestou gera, quando muito, mera aparência de negócio, porque terá havido, quiçá, simples aparência de vontade. [...]” (Direito civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 432-433).

Portanto, como do documento assinado tão só pelos executados não é possível extrair a aquiescência da exequente em relação à cessão nela manifestada, sequer há falar em existência do negócio jurídico cuja

formação, dada a bilateralidade que lhe é intrínseca, exigia a participação de todos os contratantes.

Em decorrência, como a falta não foi suprida por outro ato que revele manifestação de vontade da credora tendente a confirmar a intenção explicitada pelos embargantes, inacolhe-se a tese de que o pagamento teria decorrido da cessão.

Os apelantes postularam, ainda, a limitação da sua responsabilidade patrimonial ao capital integralizado, tese que não merece prosperar, uma vez que a desconsideração da personalidade jurídica, meio através do qual foram incluídos no polo passivo, é justamente medida excepcional (art. 50 do CC) a mitigar a regra segundo a qual é limitada a responsabilidade dos sócios quotistas (art. 1.052 do CC), de modo que a blindagem patrimonial desta decorrente fica excluída pela aplicação da teoria da *disregard*.

O Superior Tribunal de Justiça já tratou da matéria:

A teoria da desconsideração da personalidade jurídica tem aplicação no domínio do Direito Obrigacional e se restringe aos casos em que a entidade originariamente obrigada deixa de desempenhar a tempo e modo o dever jurídico assumido, em decorrência ou em face de atos praticados pelos seus dirigentes, controladores ou acionistas, com desvio de finalidade ou excesso de poder (art. 50 do Código Civil), pelo que estes assumem a responsabilidade ilimitada pela solvência daquele mesmo dever. (AgRg no AREsp 28612/SP, relator Min. Napoleão Nunes Maia Filho, j. 14-8-2012).

Esta Corte também já se pronunciou:

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. FUNGIBILIDADE. RECEBIMENTO DO RECURSO COMO AGRAVO INOMINADO (ART. 557, § 1º, DO CPC).

Revelado o intuito infringente, sem o apontamento de real omissão, obscuridade ou contradição, os embargos de declaração ofertados em face de decisão monocrática terminativa do Relator devem ser recebidos como agravo inominado (art. 557, § 1º, do CPC), em homenagem também aos princípios da economia, celeridade e fungibilidade.

AGRAVO DE INSTRUMENTO. COBRANÇA DE NOTAS FISCAIS. EXECUÇÃO DE SENTENÇA. SUPERVENIENTE DISTRATO DA SOCIEDADE EXECUTADA. DISSOLUÇÃO IRREGULAR. DESVIO DE FINALIDADE CONSTATADO. APLICAÇÃO DO ART. 50 DO CC. TEORIA DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. RESPONSABILIDADE PESSOAL DOS SÓCIOS. INCIDÊNCIA DO ART. 1.080 DO TEXTO NORMATIVO ALUDIDO.

É permitida a incidência da teoria da desconsideração da personalidade jurídica, mediante a qual os sócios respondem de maneira pessoal e ilimitada pelos débitos contraídos pela sociedade, se constatada a dissolução irregular desta última, sem a necessária atenção ao rito de liquidação estabelecido pelos arts. 1.102 a 1.112 do CC, ainda que formalizado e registrado o distrato. PROVIMENTO. (Embargos de Declaração em Embargos de Declaração em Agravo de Instrumento n. 2010.053646-5, de Porto Belo, rel. Des. Ricardo Fontes, j. 13-1-2011).

Assim, é inviável a admissão da limitação almejada.

Finalmente, em relação à fraude contra credores, manifestaram-se os apelantes no sentido de que, ao contrário do decantado na sentença, não comporta discussão no feito executivo.

Todavia, como em sede recursal só são devolvidas as questões afetas aos embargos, considerando que o Juízo *a quo* decidiu que nestes não tem cabimento o exame da matéria, carece aos apelantes interesse no ingresso do tema relegado a procedimento diverso. Com efeito, a discussão acerca da adequação da elaboração de pedido incidental, na execução, para reconhecimento de fraude contra credores só terá cabimento quando efetivamente optar a parte interessada por esta via, por se tratar de questão processual a ser examinada à luz do instrumento eleito.

Em decorrência, deve ser mantida a sentença.

Ante o exposto, conhece-se em parte do recurso e nega-se-lhe provimento.

TERCEIRA CÂMARA DE DIREITO COMERCIAL

Apelação n. 0003378-41.2012.8.24.0020, de Criciúma

Relator: Desembargador Tulio Pinheiro

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. PROTESTOS INDEVIDOS DE DUPLICATAS MERCANTIS. DEMANDA AJUIZADA EM DESFAVOR DA EMPRESA ENDOSSANTE E DO BANCO ENDOSSATÁRIO. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA, AO FUNDAMENTO DE SEREM INCABÍVEIS DANOS MORAIS NO CASO, PELO FATO DE A EMPRESA AUTORA ESTAR INATIVA À ÉPOCA DOS PROTESTOS.

PRELIMINAR SUSCITADA EM SEDE DE CONTRARRAZÕES PELA EMPRESA ENDOSSANTE.

PLEITEADO NÃO CONHECIMENTO DO APELO. ALEGADA INOVAÇÃO RECURSAL EM RELAÇÃO AO ARGUMENTO DE A INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS SER CABÍVEL NA HIPÓTESE, EM RAZÃO DA AUSÊNCIA DE DISTINÇÃO ENTRE A PESSOA FÍSICA E O ENTE JURÍDICO, POR SE TRATAR DE FIRMA INDIVIDUAL. NÃO ACOLHIMENTO. APELANTE QUE CONTRA-ARGUMENTA O FUNDAMENTO DA SENTENÇA. INOVAÇÃO RECURSAL INOCORRENTE. PREFACIAL AFASTADA.

RECURSO DA DEMANDANTE.

PRETENDIDA REFORMA DA SENTENÇA. ASSERTIVA DE QUE É DEVIDA A INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS POR NÃO HAVER DISTINÇÃO ENTRE A PESSOA FÍSICA E O ENTE JURÍDICO EM SE TRATANDO DE FIRMA INDIVIDUAL. TESE ACOLHIDA. PERSONALIDADE DA PESSOA DO EMPRESÁRIO QUE SE CONFUNDE COM A DA FIRMA INDIVIDUAL. VIOLAÇÃO À HONRA SUBJETIVA. INATIVIDADE DA

EMPRESA QUE, NESSE CENÁRIO, NÃO AFASTA O DEVER DE INDENIZAR. DANOS MORAIS PRESUMIDOS. ATO ILÍCITO, CONSISTENTE NOS PROTESTOS DE DUPLICATAS MERCANTIS SEM LASTRO COMERCIAL, INCONTESTE. DEVER DE INDENIZAR. REFORMA DA SENTENÇA QUE SE IMPÕE PARA JULGAR PROCEDENTE A DEMANDA. *QUANTUM* INDENIZATÓRIO FIXADO EM R\$ 10.000,00 (DEZ MIL REAIS). IMPORTE ESTABELECIDO EM CONSONÂNCIA COM JULGADOS DESTA CORTE EM SITUAÇÕES SEMELHANTES. NECESSÁRIA INVERSÃO DA SUCUMBÊNCIA. VERBA HONORÁRIA ESTIPULADA EM 15% (QUINZE POR CENTO) SOBRE O VALOR DA CONDENAÇÃO.

RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação n. 0003378-41.2012.8.24.0020, da Comarca de Criciúma (1ª Vara Cível), em que é Apelante Jair Rodrigues Gomes ME, e são Apelados Banco do Brasil S.A. e outro:

A Terceira Câmara de Direito Comercial decidiu, por unanimidade, conhecer do recurso para dar-lhe provimento, a fim de condenar as pessoas jurídicas réis ao pagamento de indenização por danos morais, no valor de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), acrescido de juros de mora de 1% (um por cento) ao mês, contados do evento danoso, e corrigido monetariamente, pelo INPC, a partir da presente decisão, e, como corolário, inverter os ônus sucumbenciais, para condenar as requeridas ao pagamento das custas processuais e dos honorários advocatícios, estes fixados em 15% (quinze por cento) sobre o valor da condenação. Custas legais.

Participaram do julgamento, realizado nesta data, o Exmo. Sr. Des. Rodrigo Cunha e a Exma. Sra. Des.^a Denise de Souza Luiz Francoski.

Florianópolis, 22 de setembro de 2016.

Desembargador Tulio Pinheiro
PRESIDENTE E RELATOR

RELATÓRIO

Perante a 1ª Vara Cível da Comarca de Criciúma, Jair Rodrigues Gomes ME promoveu ação de indenização por danos morais contra Agrovêneto S.A. – Indústria de Alimentos e Banco do Brasil S.A.

Na inicial, sustentou a pessoa jurídica demandante, em síntese, que, embora não tenha realizado nenhum negócio jurídico com as requeridas, seu nome foi inscrito nos órgãos de proteção ao crédito por protestos indevidos de títulos, o que lhe causou abalo de crédito. Salientou que tentou resolver a questão extrajudicialmente com a primeira ré, sem obter êxito. Diante disso, requereu a condenação das demandadas ao pagamento de indenização por danos morais (fls. 2/6).

Ambas as partes apresentaram contestação.

De seu turno, a instituição financeira ré sustentou, preliminarmente, a sua ilegitimidade passiva, ao argumento de que recebeu os títulos por endosso-mandato. No mérito, afirmou não poder ser responsabilizada, por ser mero mandatário da empresa corré. Alegou, ainda, não ter praticado qualquer ato ilícito, consistindo a sua conduta em exercício regular de direito. Sucessivamente, pleiteou que o valor reparatório seja arbitrado em quantia razoável, de modo a se evitar o enriquecimento ilícito (fls. 20/29).

Por sua vez, a empresa codemandada esclareceu ter celebrado contratos de compra e venda com Mercado Brasília ME, empresa de titularidade da autora, documentados pelas Notas Fiscais ns. 939.692 e 936.944. Afirmou que, diante do inadimplemento da demandante, emitiu e encaminhou as respectivas duplicatas mercantis a protesto, consistindo seu ato em exercício regular do seu direito de credora. Salientou que os atos notariais foram baixados após o pagamento dos títulos. Alegou, ainda, não terem sido demonstrados os danos morais efetivos, consistindo eventual abalo em mero dissabor. Subsidiariamente, requereu que o *quantum* indenizatório não sirva ao enriquecimento ilícito da autora (fls. 33/39).

Houve réplica (fls. 52/57). Na ocasião, a demandante afirmou que encerrou suas atividades no ramo de venda no varejo (mercado) em 2007, não tendo efetuado nenhuma compra de mercadorias com a primeira ré. Salientou, ainda, que, em momento anterior, mudou seu endereço, passando a situar-se à Rua Cuiabá, n. 140, Bairro Brasília, nesta Comarca. Asseverou, ainda, que as assinaturas constantes nas notas fiscais não correspondem a sua.

Em seguida, o MM. Juiz Pedro Aujor Furtado Júnior julgou improcedente o pedido inicial e, como corolário, condenou a demandante ao pagamento das custas processuais e dos honorários advocatícios, estes arbitrados em R\$ 600,00 (seiscentos reais). Extrai-se do fundamento da decisão:

(...) Afirma o banco réu que recebeu os títulos creditícios por endosso mandato, o que lhe dá o direito de cobrar o crédito, o que o fez ante a falta de pagamento dos mesmos, indicando estes para protesto. Tal ação estaria legitimada, se tivesse o banco também ao seu dispor as duplicatas, ou que tivesse sido diligente quanto à verificação de sua existência.

Desta forma, não havendo comprovação dos débitos que autorizariam os protestos, não poderia o banco protestar os títulos, revelando-se portanto ilegítimos.

Segue-se o mesmo raciocínio para a ré Agrovêneto, já que os títulos apresentados as folhas 47 e 48 dos autos não representam por si só a existência de um débito, vez que não aceito e nem acompanhado de comprovante de entrega da mercadoria o de folha 48 e quanto ao de folha 47 cobrado indevidamente do autor, conforme exposto pela ré a fl. 77.

Sendo assim, é de se concluir pela inexistência do débito que teria justificado os protestos.

Porém, não é a inexistência do débito o escopo da ação, mas tão somente a condenação dos réus ao pagamento de danos morais pelos protestos e inscrições.

Para tanto passa-se a análise do dano moral.

Depreende-se da análise do documentos de folha 65 que a empresa

requereu sua extinção em 23/05/2007 sendo deferida apenas no ano de 2012, assim, embora para o direito ela detivesse personalidade jurídica quando ocorridos os protestos, pois ainda não estava extinta, faticamente ela estava fora das relações comerciais desde a época do requerimento.

Assim, não se concebe que uma empresa em estado de inatividade possa sofrer abalo em sua honra objetiva, ferindo seu conceito junto a clientes e fornecedores, prejudicando suas relações comerciais, inclusive, não constando nos autos qualquer comprovação do dano à sua reputação e imagem. (...) (fls. 81/82).

Inconformada, a autora interpôs recurso de apelação (fls. 86/90). Em suas razões, sustentou que, embora já esteja inativa, é devida a indenização por danos morais, na medida em que, em se tratando de firma individual, não há distinção entre a pessoa física e o ente jurídico. Salientou, ainda, que os danos morais decorrentes de protestos indevidos são presumidos. Por fim, ressaltou que os atos notariais são indevidos, tendo as mercadorias sido entregues em endereço diverso da sua nova sede.

Ambas as requeridas apresentaram contrarrazões (fls. 96/97 e 100/108). Na oportunidade, a empresa endossante pleiteou o não conhecimento do recurso, sob o argumento de que a alegação de que os danos morais são devidos por não haver distinção entre a pessoa física e a jurídica no caso de firma individual consiste em alteração da causa de pedir e, por isso, inovação recursal.

Após, os autos ascenderam a esta Corte.

Este é o relatório.

VOTO

Trata-se de recurso de apelação cível interposto por Jair Rodrigues Gomes ME contra sentença que julgou improcedente o pedido inicial da ação de indenização por danos morais promovida contra Agrovêneto S.A. – Indústria de Alimentos e Banco do Brasil S.A.

Antes de se analisar o apelo, necessária análise da preliminar suscitada em sede de contrarrazões pela empresa endossante.

Na ocasião, pleiteou a recorrida o não conhecimento do recurso, sob o argumento de que a alegação da apelante de que os danos morais são devidos por não haver distinção entre a pessoa física e a jurídica no caso de firma individual consiste em alteração da causa de pedir e, por isso, inovação recursal.

Razão não lhe assiste.

Isso porque a autora, ora apelante, ao sustentar a inexistência de distinção entre a pessoa física e o ente jurídico no caso de firma individual, limitou-se a rebater o fundamento da sentença. Nesta, o pedido indenizatório foi indeferido com base na ausência de lesão à personalidade jurídica da empresa autora, por estar inativa à época da realização dos protestos.

Assim, não restou configurada inovação recursal.

Superada a preliminar, passa-se à análise do reclamo.

Na sentença, o magistrado *a quo* reconheceu a inexistência do débito e a ilegalidade dos protestos realizados, mas indeferiu o pleito condenatório, ao fundamento de que é incabível a concessão de indenização por danos morais a empresa inativa. Extrai-se da decisão:

(...) Afirma o banco réu que recebeu os títulos creditícios por endosso mandato, o que lhe dá o direito de cobrar o crédito, o que o fez ante a falta de pagamento dos mesmos, indicando estes para protesto. Tal ação estaria legitimada, se tivesse o banco também ao seu dispor as duplicatas, ou que tivesse sido diligente quanto à verificação de sua existência.

Desta forma, não havendo comprovação dos débitos que autorizariam os protestos, não poderia o banco protestar os títulos, revelando-se portanto ilegítimos.

Segue-se o mesmo raciocínio para a ré Agrovêneto, já que os títulos

apresentados as folhas 47 e 48 dos autos não representam por si só a existência de um débito, vez que não aceito e nem acompanhado de comprovante de entrega da mercadoria o de folha 48 e quanto ao de folha 47 cobrado indevidamente do autor, conforme exposto pela ré a fl. 77.

Sendo assim, é de se concluir pela inexistência do débito que teria justificado os protestos.

Porém, não é a inexistência do débito o escopo da ação, mas tão somente a condenação dos réus ao pagamento de danos morais pelos protestos e inscrições.

Para tanto passa-se a análise do dano moral.

Depreende-se da análise do documentos de folha 65 que a empresa requereu sua extinção em 23/05/2007 sendo deferida apenas no ano de 2012, assim, embora para o direito ela detivesse personalidade jurídica quando ocorridos os protestos, pois ainda não estava extinta, faticamente ela estava fora das relações comerciais desde a época do requerimento.

Assim, não se concebe que uma empresa em estado de inatividade possa sofrer abalo em sua honra objetiva, ferindo seu conceito junto a clientes e fornecedores, prejudicando suas relações comerciais, inclusive, não constando nos autos qualquer comprovação do dano à sua reputação e imagem. (...) (fls. 81/82).

Em contrapartida, a autora sustentou que, por se tratar de firma individual, não há distinção entre a pessoa física e a jurídica. Assim, ainda que não mais exercesse atividade comercial à época dos atos notariais, a indenização ainda é cabível, por ter sido ferida a honra do empresário.

A tese da apelante, adianta-se, merece prosperar.

De início, importante destacar que restou incontroverso que os protestos das Duplicatas Mercantis ns. 939692 e 936944, realizados pela instituição financeira ré a pedido da empresa codemandada, são indevidos pela ausência de lastro comercial das cambiais, especialmente por tal fato não ter sido impugnado com o presente recurso.

A discussão resta limitada, portanto, ao cabimento da indenização por danos morais decorrente de atos notariais indevidos, considerando-se que a parte autora não se encontrava mais em atividade à época dos protestos.

Não se olvida que é descabida indenização por danos morais a sociedades empresárias inativas, especialmente pelo fato de o abalo moral sofrido por pessoas jurídicas consistir em ofensa a sua honra objetiva, o que compreende a sua imagem perante a sociedade. Assim, uma empresa que não mais exerce suas atividades comerciais não poderia sofrer danos morais em razão de protestos indevidos de títulos.

A respeito, cita-se decisão desta Corte:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE DÉBITO CUMULADA COM PEDIDO DE CONDENAÇÃO AO PAGAMENTO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. PESSOA JURÍDICA INATIVA. DANO NÃO COMPROVADO. AUSÊNCIA DE ATAQUE EM SUA CREDIBILIDADE JUNTO À CLIENTELA. **“Ainda que reconhecida a ilicitude dos protestos, o fato de a empresa autora se encontrar inativa afasta o dever de indenizar, não havendo que se falar em conceituação na praça onde exercia suas atividades ou reputação comercial a zelar”** (TJRS, Apelação Cível n. 70031310881, rel. Des. Angela Maria Silveira). RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO. (Apelação Cível n. 2009.033326-7, rel. Des. Altamiro de Oliveira, j. em 26.10.2010) (negritou-se).

Colhe-se, também, da jurisprudência pátria:

APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. DANOS MORAIS. PROTESTO. ERRO NO NÚMERO DO CNPJ. ELEMENTOS DE PROVA QUE INDICAM QUE A PESSOA JURÍDICA ESTAVA INATIVA NA DATA DO PROTESTO. PEDIDO JULGADO IMPROCEDENTE.

1. Caso em que o protesto reclamado não se deu efetivamente em nome da autora, mas foi formalizado no seu número de CNPJ. O equívoco,

portanto, foi tão somente quanto ao número no encaminhamento do CNPJ do devedor a ser protestado, mas não no nome, que foi o do efetivo devedor (denunciado à lide).

2. O ponto determinante para a improcedência, contudo, é que os elementos de convicção indicam que a empresa demandante encerrou suas atividades antes do protesto que funda a pretensão, o que afasta a concretização de danos morais indenizáveis. Mesmo admitidos danos morais em face de pessoa jurídica, tem-se que atingem sua honra objetiva, ou seja, o nome perante o mercado, que no caso não se justifica em função da inatividade à época dos fatos.

3. Honorários sucumbenciais na denunciação à lide facultativa sob responsabilidade da denunciante. Precedentes jurisprudenciais.

4. Prequestionamento. Há muito que este Tribunal vem decidindo que não se faz necessária a análise expressa de todos os dispositivos e argumentos trazidos pelos recorrentes. Mister é que o acórdão traga, de forma fundamentada, a resposta à controvérsia típica da lide. APELO PARCIALMENTE PROVIDO. (TJRS, Apelação Cível n. 70051627941, rel.^a Des.^a Marilene Bonzanini Bernardi, j. em 14.01.2013) (destacou-se).

Entretanto, no caso, a parte autora trata-se de firma individual, isto é, corresponde à atuação comercial de uma pessoa física, sem personalidade jurídica e sem patrimônio próprio, que se distingue da pessoa do empresário apenas para fins fiscais e tributários.

A propósito, já decidiu esta Corte:

APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO OBRIGACIONAL. AÇÃO DE COBRANÇA. SENTENÇA EXTINTIVA DO FEITO ANTE PRETENSÃO ILEGITIMIDADE ATIVA (CPC ART. 267, INC. VI). CONTRATO DE EMPREITADA CELEBRADO ENTRE AS DEMANDADAS E A FIRMA INDIVIDUAL DO AUTOR. MICROEMPRESA QUE NÃO POSSUI PERSONALIDADE JURÍDICA DIVERSA DO SEU TITULAR (CC ART. 966). INEXISTÊNCIA DE SEPARAÇÃO PATRIMONIAL ENTRE OS

BENS PESSOAIS DO MICROEMPRESÁRIO E OS DA ATIVIDADE COMERCIAL QUE EXERCITA. LEGITIMIDADE ATIVA, NO CASO, INAFASTAVELMENTE RECONHECIDA. SENTENÇA DESCONSTITUÍDA. RETORNO DOS AUTOS À ORIGEM PARA A COLETA DA PROVA POSTULADA PELAS PARTES. RECURSO PROVIDO. **“A firma individual, por constituir simples nomeação utilizada pela pessoa física, confunde-se com seu titular, inclusive pela natureza universal de seu capital que, na prática, retrata situação semelhante.”** (AI n. 2011.007156-0, de Jaraguá do Sul, Segunda Câmara de Direito Comercial, rel. Des. João Batista Góes Ulysséa, j. 04.07.2011) (Apelação Cível n. 2014.088421-0, rel. Des. Eládio Torret Rocha, j. em 04.02.2016) (grifou-se).

Também:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS MOVIDA POR FIRMA INDIVIDUAL COM ATIVIDADES ENCERRADAS. DECISÃO QUE DETERMINOU A REGULARIZAÇÃO DO PÓLO ATIVO DA DEMANDA PARA QUE NELE PASSASSE A FIGURAR A PESSOA FÍSICA DA EMPRESÁRIA. ALEGADA ILEGITIMIDADE ATIVA AFASTADA. AUSÊNCIA DE DISTINÇÃO ENTRE A PERSONALIDADE DA EMPRESA INDIVIDUAL E A DA PESSOA FÍSICA COMERCIANTE. PRECEDENTES. RECURSO IMPROVIDO. **Representando a firma individual simples nomeação utilizada pela pessoa física do empresário, com este se confunde, salvo para fins fiscais/tributários. Por consequência, pertinente a rejeição da arguição de ilegitimidade ativa, na esfera do direito obrigacional. “I – Não é correto atribuir-se ao comerciante individual, personalidade jurídica diferente daquele que se reconhece a pessoa física”** (RESP n. 102.539/SP, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, DJ 16-12-1996, p. 50779, Superior Tribunal de Justiça). (Agravo de Instrumento n. 2013.072879-9, rel. Des. João Batista Góes Ulysséa, j. em 06.03.2014) (destacou-se).

Assim, não havendo distinção entre as figuras do empresário e da firma individual no tocante à personalidade, o abalo moral sofrido por esta consistiu em ofensa a honra subjetiva daquele (empresário), razão

pela qual o fato de a empresa estar inativa à época dos protestos não afasta a concessão da indenização.

Em casos semelhantes, decidiu a jurisprudência pátria:

RESPONSABILIDADE CIVIL. CANCELAMENTO DE PROTESTO E REPARAÇÃO DE DANOS MORAIS. DUPLICATAS INDEVIDAMENTE EMITIDAS CONTRA O AUTOR. AUSÊNCIA DE PROVA DA ANUÊNCIA E DA PARTICIPAÇÃO DO REQUERENTE NO NEGÓCIO JURÍDICO ORIGINÁRIO. FIRMA INDIVIDUAL INATIVA, DE FATO, HÁ MAIS DE 10 ANOS. DANO MORAL OCORRENTE.

1. O réu não comprovou a origem dos débitos, se limitando a juntar as faturas das mercadorias e documento contendo relação das duplicatas possivelmente sacadas pela parte autora; contudo, tendo realizado o protesto por indicação, conforme se verifica na certidão positiva, deveria ao menos ter juntado a prova de que as duplicatas foram remetidas ao sacado para que fosse apostado o aceite, conforme prevê o art. 13, § 1º da Lei 5474/68 ou o recibo de entrega das mercadorias.
2. O autor fez prova do fato constitutivo de seu direito, no sentido de que sua empresa está inativa desde o final do ano de 2000 – embora não tenha procedido a baixa regular nos órgãos competentes por falta de recursos financeiros –, situação que lhe impediria de emitir duplicatas em nome da pessoa jurídica nos anos de 2009 e 2010; a empresa ré não logrou comprovar a inadimplência do autor e consequentemente a validade do protesto – ônus que lhe incumbia, conforme art. 333, II, do CPC.
3. Inexistem provas da validade do negócio jurídico que originou os títulos de crédito, impõe-se a declaração de inexistência dos débitos dos títulos protestados pela empresa ré, bem como a devolução do montante gasto pelo autor com emolumentos para a obtenção de certidões no Tabelionato.
4. Nexo causal presente, entre o protesto indevido em nome da parte autora e o abalo de crédito sofrido, tornando certo o dever de indenizar. Danos morais *in re ipsa*, os quais são excepcionalmente presumidos, ou

seja, independem da comprovação do grande abalo psicológico sofrido pela vítima. (TJRS, Terceira Turma Recursal Cível, Recurso Cível n. 71003060696, rel.^a Juíza Adriana da Silva Ribeiro, j em 13.10.2011) (negritou-se).

Ainda:

AÇÃO DECLARATÓRIA NEGATIVA – DISTRIBUIÇÃO DIVERSA DO ÔNUS DA PROVA – VENDA REALIZADA A TERCEIROS – DUPLICATA EMITIDA EM NOME DE EMPRESA INATIVA – CIÊNCIA DO FATO – PROTESTO DO TÍTULO – NEGLIGÊNCIA – DANO MORAL – FIRMA INDIVIDUAL – MERA FICÇÃO LEGAL.

– O ônus da prova, nas ações declaratórias negativas, não se distribui na forma prevista no artigo 333 do Código de Processo Civil, pois o autor pode apenas negar o ato ou fato cuja inexistência pretende ver declarada, cumprindo à parte adversa a comprovação de sua existência, como fato constitutivo do direito atacado. Nestas ações, portanto, quem faz prova do fato constitutivo do direito é o réu, e não o autor, como de praxe.

– É inequívoca a negligência da empresa que realiza venda a terceiros, acreditando fazê-la para antiga cliente cujas atividades já foram encerradas, e, mesmo depois de cientificada do fato, promove contra esta o apontamento da duplicata mercantil sacada naquela oportunidade, causando-lhe danos morais.

– **A firma individual não se diferencia da pessoa física que a compõe, sendo mera ficção legal destinada a imprimir efeitos tributários à atividade comercial exercida pela pessoa natural.** (TJMG, Apelação Cível n. 1.0708.03.005354-8/001, rel. Des. Elias Camilo, j. em 15.12.2005) (grifou-se).

Também:

AÇÃO DECLARATÓRIA C/C RESSARCIMENTO DE DANOS MATERIAIS E REPARAÇÃO POR DANOS MORAIS. INSCRIÇÃO INDEVIDA NOS CADASTROS DE PROTEÇÃO AO CRÉDITO (SERASA). EMPRESÁRIO INDIVIDUAL, SUJEITO DE DIREITOS

E OBRIGAÇÕES EM SEU PRÓPRIO NOME. INEXISTÊNCIA DE DISTINÇÃO ENTRE ELE E A PESSOA JURÍDICA. HONRA SUBJETIVA VIOLADA. DANO MORAL PRESUMIDO NESSE CASO. DESNECESSIDADE DE COMPROVAR OFENSA À HONRA. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS MANTIDA. VALOR ADEQUADO. APELO DESPROVIDO. (TJPR, Décima Sétima Câmara Cível, Apelação Cível n. 1369660-7, rel. Des. Fernando Paulino da Silva Wolff Filho, j. em 09.12.2015) (destacou-se).

No mais, destaca-se o evidente nexo de causalidade existente entre as condutas das pessoas jurídicas requeridas e os danos morais alegados na peça inicial, uma vez que, conforme visto, foram exatamente os protestos de duplicatas mercantis emitidas sem lastro comercial que ocasionaram os prejuízos extrapatrimoniais suportados pela parte autora.

Nesse cenário, emerge, claramente, o dever de indenizar das pessoas jurídicas requerentes pelos danos morais causados à demandante, sendo consabido que a responsabilidade surge da simples violação praticada, tornando desnecessária a comprovação do prejuízo sofrido, que, nesses casos, decorre do ilícito em si mesmo, ou seja, *in re ipsa*.

Isto porque, “o protesto indevido de título é fato gerador de constrangimentos e transtornos na vida do protestado, pois além de ter seu crédito negado, fica impedido de realizar atos comerciais, provocando-lhe, conseqüentemente, dano moral indenizável” (Apelação Cível n. 2000.020355-6, rel. Des. Jorge Schaefer Martins, j. em 09.06.2005).

Logo, desnecessária a demonstração objetiva do abalo à honra e à reputação sofrido pela demandante, sendo, *in casu*, presumível o prejuízo decorrente dos protestos indevidamente lavrados.

Reconhecido, pois, o dever de indenizar das rés, passa-se ao exame do *quantum* indenizatório.

Prepondera na jurisprudência entendimento segundo o qual a valoração dos danos morais deve levar em conta: as circunstâncias

específicas do evento danoso, a condição econômico-financeira das partes, a gravidade da repercussão da ofensa, o viés pedagógico da sanção, e, por fim, o *“bom senso, para que a indenização não seja extremamente gravosa, a ponto de gerar um enriquecimento sem causa ao ofendido, nem irrisória, que não lhe propicie uma compensação para minimizar os efeitos da violação ao bem jurídico”* (Apelação Cível n. 2010.064477-9, rel.^a Des.^a Maria do Rocio Luz Santa Ritta, j. em 10.05.2011).

Na hipótese, como visto, o ato ilícito perpetrado pelos requeridos consistiu nos protestos indevidos de 2 (duas) duplicatas mercantis – ns. 939692 e 936944, sem lastro comercial, que juntas totalizam o montante de R\$ 757,35 (setecentos e cinquenta e sete reais e trinta e cinco centavos) –, realizados respectivamente em 19.12.2011 e 20.12.2011 (fls. 11/12).

Saliente-se que esta situação perdurou por mais de 4 (quatro) anos, uma vez que, da data de realização dos protestos – dezembro/2011 – até a presente data (setembro/2016), não há notícia nos autos do cancelamento dos registros negativos.

Não há no processado, por outro lado, prova da ocorrência de reflexo extrapatrimonial efetivo, fora os danos presumidos em razão dos protestos.

À vista disso, e considerando-se, outrossim, os valores fixados por esta Corte de Justiça em casos similares ao presente (confira-se: Apelação Cível n. 2014.060622-1, rel.^a Des.^a Denise de Souza Luiz Francoski, j. em 19.11.2015; Apelação Cível n. 2014.075200-9, rel.^a Des.^a Hildemar Meneguzzi de Carvalho, j. em 19.10.2015; Apelação Cível n. 2011.004784-4, rel. Des. Dinart Francisco Machado, j. em 1º.09.2015), tem-se que deve ser fixado em R\$ 10.000,00 (dez mil reais) o valor reparatório.

Sobre tal quantia incidirá correção monetária, a partir do presente julgamento (Súmula 362 do STJ), e juros de mora de 1% (um por cento) ao mês, contados a partir dos protestos indevidos (Súmula 54 do STJ).

Por fim, diante da reforma da sentença neste grau de jurisdição, com a procedência do pedido inicial, imperiosa a inversão dos ônus sucumbenciais, para condenar as requeridas ao pagamento das custas processuais e dos honorários advocatícios, estes fixados em 15% (quinze por cento) sobre o valor da condenação, importe estabelecido em casos semelhantes (a respeito: Apelação Cível n. 2013.090172-6, rel. Des. Ronaldo Moritz Martins da Silva, j. em 19.05.2016; Apelação Cível n. 2013.072090-6, rel.^a Des.^a Rejane Andersen, j. em 29.04.2014; Apelação Cível n. 2011.008809-1, rel. Des. Robson Luz Varela, j. em 21.10.2014).

Este é o voto.

Agravo de Instrumento n. 0032222-22.2016.8.24.0000, de Barra Velha

Relator: Desembargador Tulio Pinheiro

AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL. DECISÃO EM QUE FOI RECHAÇADO PEDIDO DE SUSPENSÃO DO FEITO ATÉ O EFETIVO CUMPRIMENTO DO ACORDO CELEBRADO ENTRE AS PARTES, SOB O FUNDAMENTO DE OCORRÊNCIA DE NOVAÇÃO DA DÍVIDA.

RECURSO DA PARTE EXEQUENTE.

PRETENDIDA REFORMA DO *DECISUM*, A FIM DE QUE SEJA AUTORIZADA A SUSPENSÃO DA EXECUÇÃO ATÉ O TOTAL ADIMPLEMENTO DO ACORDO FIRMADO. POSSIBILIDADE. TRANSAÇÃO EXTRAJUDICIAL PELA QUAL FOI RENEGOCIADA A DÍVIDA EXECUTADA. PREVISÃO DE QUE EVENTUAL INADIMPLEMENTO ACARRETARIA O PROSSEGUIMENTO DA AÇÃO EXECUTÓRIA. AUSÊNCIA DE *ANIMUS NOVANDI*. NÃO OCORRÊNCIA DE QUAISQUER DAS HIPÓTESES DO ART. 360 DO CÓDIGO CIVIL. NOVAÇÃO NÃO CARACTERIZADA. PEDIDO CONJUNTO DOS LITIGANTES DE SOBRESTAMENTO DO FEITO ATÉ O EFETIVO CUMPRIMENTO DO AVENÇADO. PRETENSÃO QUE ENCONTRA AMPARO NO ART. 792 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 1973, APLICÁVEL AO CASO. PRECEDENTES DESTA CORTE. DECISÃO REFORMADA PARA ADMITIR A SUSPENSÃO DA EXPROPRIATÓRIA ATÉ O TOTAL ADIMPLEMENTO DA TRANSAÇÃO.

RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento n. 0032222-22.2016.8.24.0000, da Comarca de Barra Velha (1ª Vara), em que é Agravante Banco Santander S/A, e Agravado Dominio Administração de Bens Próprios Ltda.:

A Terceira Câmara de Direito Comercial decidiu, por unanimidade, conhecer do recurso e dar-lhe provimento para admitir a suspensão da execução até o efetivo cumprimento da transação celebrada entre as partes. Custas legais.

Participaram do julgamento, realizado nesta data, o Exmo. Sr. Des. Rodrigo Cunha e a Exma. Sra. Des.^a Denise de Souza Luiz Francoski.

Florianópolis, 8 de setembro de 2016.

Desembargador Tulio Pinheiro
PRESIDENTE E RELATOR

RELATÓRIO

Trata-se de agravo de instrumento, com pedido de concessão de efeito suspensivo, interposto por Banco Santander S.A. contra decisão exarada pelo Juízo da 1ª Vara da Comarca de Barra Velha em ação de execução de título extrajudicial (Autos n. 0301241-50.2015.8.24.0006), ajuizada pelo agravante em desfavor de Domínio Administração de Bens Próprios Ltda., ora agravado, e Maria Aparecida Aguiar Caliento.

Na decisão combatida (cópia à fl. 42v.), a MM.^a Nayara Scherer indeferiu pedido de suspensão da execução até o efetivo cumprimento do acordo celebrado entre as partes, ao fundamento, em suma, de que a transação noticiada nos autos teria implicado a novação da dívida.

Nas razões do recurso, sustenta o agravante a não ocorrência de novação e, conseqüentemente, a possibilidade de homologação do acordo e suspensão do feito até o seu efetivo cumprimento.

Ao receber o agravo mediante distribuição à Câmara Civil Especial, o Exmo. Sr. Des. Eduardo Mattos Gallo Júnior deferiu o efeito suspensivo almejado, a fim de obstar o prosseguimento da execução até o pronunciamento definitivo pela Câmara especializada (fl. 48).

Sem contrarrazões, vieram os autos conclusos.

Este é o relatório.

VOTO

Volta-se o recurso contra decisão em que foi indeferido pedido de suspensão da execução até o efetivo cumprimento do acordo extrajudicial celebrado entre as partes.

Entendeu a digna magistrada *a quo* que a transação noticiada acarretou a novação da dívida, de modo que teria deixado de existir o débito primitivo (até então executado).

Sustenta a parte agravante a não ocorrência de novação da dívida e postula, destarte, a reforma do *decisum*, a fim de que seja autorizada a suspensão do processo de execução até o efetivo cumprimento da transação realizada entre as partes.

A irresignação, adianta-se, merece prosperar.

De acordo com o Código Civil:

Art. 360. Dá-se a novação:

I - quando o devedor contrai com o credor nova dívida para extinguir e substituir a anterior;

II - quando novo devedor sucede ao antigo, ficando este quite com o credor;

III - quando, em virtude de obrigação nova, outro credor é substituído ao antigo, ficando o devedor quite com este.

A novação da dívida, como cediço, demanda prova incontestada da intenção das partes em extinguir a obrigação primitiva mediante a assunção de uma nova em seu lugar (art. 361 do CC).

Ou seja, o *animus novandi* há de ser expresso ou, quando menos, resultar claro do instrumento da nova obrigação.

No caso vertente, o instrumento do acordo firmado entre as partes (cópia às fls. 39/41) não faz qualquer menção à substituição da dívida originária, tampouco transmite a intenção dos litigantes de novar o débito.

Aliás, na Cláusula n. 6 da avença, consta, inclusive, previsão de que o inadimplemento do acordo acarretará o imediato prosseguimento da ação em seus ulteriores termos (fls. 39v./40).

Tem-se, pois, que a transação noticiada não representou qualquer das hipóteses previstas no art. 360 do Diploma Civil, dado que não houve a contração de nova dívida, mas tão somente o parcelamento daquela já existente, a fim de facilitar o seu pagamento.

A propósito, “(...) Já restou sedimentado nesta Corte de Justiça que as hipóteses de transação homologada pelo juízo não representam quaisquer das previstas no art. 360 do atual diploma civil quando não existir contratação de nova dívida, mas apenas o parcelamento da já existente e com a qual os devedores solidários anuíram no momento da contratação. (...)” (Apelação Cível n. 2011.101688-8, rel. Des. Sérgio Izidoro Heil, j. em 05.02.2015).

Nesse cenário, uma vez que não ocorrente a novação da dívida, não há óbice ao deferimento do pedido de suspensão da execução até o efetivo cumprimento da transação, formulado pelas partes no “item a” do instrumento de acordo (fl. 40v.).

Nesse sentido, já se manifestou esta Corte:

ACÇÃO DE CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. (...) ACORDO FIRMADO ENTRE O EXEQUENTE E A EMPRESA INCLUÍDA NO POLO PASSIVO. PEDIDO DE HOMOLOGAÇÃO DO ACORDO E SUSPENSÃO DO PROCESSO PELO PRAZO DE DOZE MESES. SENTENÇA QUE HOMOLOGOU O ACORDO E JULGOU EXTINTO O PROCESSO COM FULCRO NO ARTIGO 794 II, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. INSURGÊNCIA DO EXEQUENTE. ALEGAÇÃO DE QUE HOUE MERO

ACORDO E NÃO NOVAÇÃO DA DÍVIDA. PEDIDO DE REFORMA DA SENTENÇA PARA DETERMINAR A SUSPENSÃO DA EXECUÇÃO ATÉ O INTEGRAL CUMPRIMENTO DO ACORDO. IMPOSSIBILIDADE DE EXTINÇÃO DO PROCESSO. INCIDÊNCIA DA REGRA PREVISTA NO ARTIGO 792 DO CPC. SENTENÇA DESCONSTITUÍDA. RETORNO DOS AUTOS AO JUÍZO DE ORIGEM ONDE DEVE PERMANECER SUSPENSO ATÉ O INTEGRAL CUMPRIMENTO DO ACORDO. (...) No processo de execução, o acordo firmado entre as partes quanto ao cumprimento parcelado da obrigação, sem intenção de novar, não conduz à extinção do processo, mas tão somente enseja a suspensão até o integral cumprimento do acordo, consoante determinar o artigo o artigo 792 do Código de Processo Civil. (Apelação Cível n. 2015.027035-9, rel. Des. Saul Steil, j. em 28.07.2015) (sublinhou-se).

E também:

APELAÇÃO CÍVEL – EXECUÇÃO NÃO EMBARGADA (...) DESCUMPRIMENTO DE ACORDO FIRMADO NO CURSO DA DEMANDA PARA SATISFAZER O CRÉDITO PLEITEADO – VIABILIDADE DE PROSSEGUIMENTO DA AÇÃO, EM TESE, APENAS COM BASE NO TÍTULO JUNTADO COM A EXORDIAL – NOVAÇÃO INEXISTENTE (...).

“No processo de execução, podem as partes firmar acordo requerendo a sua homologação e extinção do feito, quando, em caso de descumprimento, poderá o credor promover nova execução, agora do título judicial (art. 584, III); ou, como no presente caso, requerendo apenas a suspensão da execução, hipótese em que, descumprido o acordo, prosseguirá a ação com fundamento no título originário, como se nada houvesse acontecido. Inteligência dos arts. 792 e 794, II, do CPC.” (Ap. Cív. n. 2000.012368-4, de Blumenau, Rel. Des. Sérgio Roberto Baasch Luz, DJ de 28.05.03). Ocorre novação quando, dentre outros casos, o devedor contrai com o credor nova dívida para extinguir e substituir a anterior (art. 360, inciso I, do CC, e art. 999, inciso I, do CC de 1916). Inexistente a vontade inequívoca de novar, a segunda obrigação apenas ratifica a primeira (art. 361 do CC e art. 1.000 do CC de 1916). (...) (Apelação Cível n. 2002.026447-0, rel. Des. Ricardo Fontes, j. em 03.05.2004).

A corroborar, colhe-se da jurisprudência pátria:

EXECUÇÃO POR TÍTULO EXTRAJUDICIAL – Homologação de acordo com extinção da execução – Hipótese de moratória da dívida, não de remissão nem de novação – Inaplicabilidade dos arts. 794, II e 265, II e § 3º e incidência do art. 792 do CPC – Sentença reformada para determinar a suspensão da execução até o cumprimento da obrigação – Recurso provido. (TJSP, Apelação n. 0010514-33.2013.8.26.0268, rel. Des. Correia Lima, j. em 25.04.2016).

Mais:

EXTINÇÃO DO PROCESSO – Execução por quantia certa contra devedor solvente – Acordo realizado entre as partes – Extinção decretada com base no artigo 794, II, do Código de Processo Civil – Descabimento – Hipótese de suspensão nos termos do artigo 792, do Código de Processo Civil – Transação que não implicou novação – Previsão de prosseguimento da execução em caso de inadimplemento – RECURSO PROVIDO. (TJSP, Apelação n. 1005132-76.2014.8.26.0019, rel. Des. Renato Rangel Desinano, j. em 18.02.2016).

E, em arremate:

APELAÇÃO CÍVEL. CPC/73. NEGÓCIOS JURÍDICOS BANCÁRIOS. EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL. HOMOLOGAÇÃO DE ACORDO. EXTINÇÃO DO PROCESSO. DESCABIMENTO. SUSPENSÃO.

1. Inobstante exista, no âmbito da execução de título extrajudicial, a possibilidade de novação da obrigação exequenda, a qual, homologada judicialmente, se constitui em título executivo judicial (art. 475-N, inc. V, do CPC/73; art. 515, inc. III, do NCPC), extinguindo a causa subjacente à execução e o próprio feito executivo (art. 794, inc. II, do CPC/73; art. 924, inc. III, do NCPC), é possível uma conjugação de vontades na qual as partes assumam não possuir o ânimo de novar, apenas confirmando a primeira obrigação (art. 361 do Código Civil).

2. **Convindo as partes sobre a obrigação objeto do processo, sem o ânimo de novar, o acordo entabulado entre as partes tem apenas o condão de suspender o feito executivo e possibilitar o cumprimento**

voluntário pelo devedor, nos termos do art. 792 do CPC/73 (art. 922 do NCPC). (...) (TJRS, Apelação Cível n. 70068944735, rel.^a Des.^a Ana Paula Dalbosco, j. em 28.06.2016) (grifou-se).

Oportuno acrescentar que o pedido de suspensão da execução até o total adimplemento do acordo encontra respaldo no art. 792, *caput*, do Código de Processo Civil de 1973 (vigente à época da transação celebrada), segundo o qual: “*Convindo as partes, o juiz declarará suspensa a execução durante o prazo concedido pelo credor, para que o devedor cumpra voluntariamente a obrigação.*”.

Nesse contexto, veja-se:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE EXECUÇÃO DE ALIMENTOS. TRANSAÇÃO ENTRE AS PARTES. SUSPENSÃO DO PROCESSO ATÉ O CUMPRIMENTO INTEGRAL DO ACORDO. SENTENÇA QUE EXTINGUIU O FEITO NOS MOLDES DO ART. 794, INCISO II, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. IMPOSSIBILIDADE. EXEGESE DO ART. 792 DO CPC. SENTENÇA CASSADA. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. (Apelação Cível n. 2013.022685-5, rel. Des. João Batista Góes Ulysséa, j. em 13.06.2013).

E também:

APELAÇÃO CÍVEL. EXECUÇÃO. ACORDO EXTRAJUDICIAL PARA PAGAMENTO PARCELADO. PEDIDO DE HOMOLOGAÇÃO E SUSPENSÃO DO PROCESSO. SENTENÇA DE EXTINÇÃO COM BASE NO ARTIGO 794, INCISO II, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. IMPOSSIBILIDADE. APLICABILIDADE DO ARTIGO 792 DO CPC. SUSPENSÃO DO PROCESSO.

No processo executivo, o acordo entre as partes quanto ao cumprimento da obrigação em parcelas, sem a intenção de novar, não autoriza a extinção da ação, mas somente enseja a suspensão do feito, pelo prazo avençado no acordo, conforme norma contida no artigo 792 do Código de Processo Civil. (Apelação Cível n. 2012.050893-6 e

2012.050892-9, rel.^a Des.^a Subst. Janice Goulart Garcia Ubialli, j. em 04.07.2013).

Ante as considerações acima, deve ser dado provimento ao recurso, para admitir a suspensão da execução até o efetivo cumprimento da transação celebrada entre as partes.

Este é o voto.

QUARTA CÂMARA DE DIREITO COMERCIAL

Apelação n. 0014192-39.2004.8.24.0038

Relator: Des. José Carlos Carstens Köhler

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE RESTITUIÇÃO DE PAGAMENTO INDEVIDO CUMULADA COM PEDIDO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS. MAGISTRADA DE ORIGEM QUE JULGOU PARCIALMENTE PROCEDENTES OS PEDIDOS VERTIDOS NA EXORDIAL. IRRESIGNAÇÃO DA RÉ.

LICENÇA DE USO DE PROPRIEDADE INTELECTUAL. *SOFTWARE* DESENVOLVIDO PARA ENGENHARIA E PROGRAMAÇÃO. APLICATIVO QUE FUNCIONA APENAS DE FORMA CONJUNTA COM O DISPOSITIVO *HARDWARE-LOCK* (CHAVE DE ACESSO). AUTORA QUE TEVE FURTADA A CHAVE DE *HARDWARE*, A QUAL VIABILIZAVA O USO DO *SOFTWARE*. LIBERAÇÃO DE *HARDWARE-LOCK* PROVISÓRIO POR PARTE DA RÉ. CHAVE DE ACESSO DEFINITIVA QUE SOMENTE SERIA FORNECIDA COM A CONTRATAÇÃO DE NOVO LICENCIAMENTO DE USO. AUTORA QUE, INCONFORMADA COM A COBRANÇA DO NOVO LICENCIAMENTO, PUGNA PELA RESTITUIÇÃO DOS VALORES PAGOS INDEVIDAMENTE. INACOLHIMENTO. VERIFICADA IMPOSSIBILIDADE DE VENDA UNICAMENTE DOS *HARDWARE-LOCKS*. EQUIPAMENTOS QUE FUNCIONAM DE FORMA CONJUNTA (*SOFTWARE* + *HARDWARE*). DISPOSITIVOS FURTADOS QUE, MUITO MAIS DO QUE SIMPLES CHAVES DE ACESSO, SÃO UTILIZADOS PELA REQUERIDA PARA O CONTROLE DAS LICENÇAS CEDIDAS. CONSTATAÇÃO DE QUE O *SOFTWARE* INICIALMENTE CONTRATADO DIVERGE DAQUELE ADQUIRIDO EMPÓS O EPISÓDIO DO FURTO. FATO QUE CORROBORA A POSIÇÃO ADOTADA NO PRESENTE JULGAMENTO, A RESPEITO DA PRESENTE NECESSIDADE DE AQUISIÇÃO CONJUNTA DO *SOFTWARE* (PROGRAMA) E DO *HARDWARE-LOCK* (CHAVE DE ACESSO), MEDIANTE

CONTRATAÇÃO DE NOVO LICENCIAMENTO. MODIFICAÇÃO DA SENTENÇA QUE SE DESNUDA IMPERATIVA.

DANO MORAL. PRETENDIDA REFORMA DA SENTENÇA PARA AFASTAR A CONDENAÇÃO PAGAMENTO DA VERBA INDENITÁRIA, OU, SUBSIDIARIAMENTE, A MINORAÇÃO DO VALOR FIXADO NA PRIMEIRA INSTÂNCIA. PESSOA JURÍDICA COMO VÍTIMA DE DANO MORAL. SITUAÇÃO QUE EXIGE A VIOLAÇÃO DE SUA HONRA OBJETIVA, OU SEJA, SUA BOA IMAGEM E BOA FAMA, QUE SÓ SE VERIFICA COM A PUBLICIDADE DE INFORMAÇÕES POTENCIALMENTE LESIVAS À SUA REPUTAÇÃO. CIRCUNSTÂNCIA INOCORRENTE NO CASO CONCRETO. VERBA INDENITÁRIA INCABÍVEL. SENTENÇA REFORMADA NESSA SEARA.

ÔNUS SUCUMBENCIAIS. MODIFICAÇÃO DA DECISÃO RECORRIDA NESTE GRAU DE JURISDIÇÃO. IMPERATIVA RECALIBRAGEM DA RESPONSABILIDADE PELO PAGAMENTO DAS DESPESAS PROCESSUAIS E DOS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS.

REBELDIA PROVIDA.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação n. 0014192-39.2004.8.24.0038, da comarca de Joinville 4ª Vara Cível em que é Apelante SKA Automação de Engenharia Ltda. e Apelada Elmeca Eletromecânica Sulbrasileira Ltda.

A Quarta Câmara de Direito Comercial decidiu, por unanimidade, dar provimento ao Recurso. Custas legais.

O julgamento, realizado nesta data, foi presidido pelo Exmo. Sr. Des. Lédio Rosa de Andrade, e dele participaram os Exmos. Srs. Des. José Inácio Schaefer e José Everaldo Silva.

Florianópolis, 26 de julho de 2016.

Carstens Köhler
RELATOR

RELATÓRIO

Ska Automação de Engenharia Ltda. interpôs Apelação (fls. 225-239) contra a sentença prolatada pela Juíza de Direito oficiante na 4ª Vara Cível da Comarca de Joinville que, nos autos da “ação de restituição de pagamento indevido c/c indenização por danos morais e materiais” n. 038.04.014192-3, julgou parcialmente procedentes os pedidos veiculados na exordial, cuja parte dispositiva restou redigida nos seguintes termos (fls. 218-223):

ANTE TODO O EXPOSTO, com amparo no art. 269, I, do CPC, **JULGO PARCIALMENTE PROCEDENTES** os pedidos formulados pela parte autora em desfavor de **Automação de Engenharias Ltda.**, para condená-la:

- a) a ressarcir os valores pagos em duplicidade pela autora (R\$ 23.374,00), corrigidos monetariamente desde o desembolso e juros de mora de 1% ao mês desde a citação;
- b) ao pagamento da quantia de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) a título de indenização por danos morais, a incidir correção monetária pelo INPC desde a data da sentença e juros de mora de 1% ao mês a partir da sentença.

Diante da sucumbência mínima da parte autora (art. 21 do CPC), **CONDENO** a demandada ao pagamento das custas processuais e verba honorária do patrono da demandante, esta fixada em 15% (quinze por cento) sobre o valor da condenação.

Por fim, extingo o processo, com resolução do mérito (art. 269 do CPC).

(destaques do original).

Em suas razões recursais, defendeu a Apelante, em síntese, que: (a) o *hardware-lock* não se trata de uma simples chave de acesso do programa de *software*, mas, sim, parte indissociável dele para garantir ao detentor dos direitos do *software*, no caso a Autora, o controle e a modulação sobre a qualidade e a quantidade das licenças de uso cedidas, ou seja, o tempo de uso e a quantidade de usuários licenciados; (b) o *hardware-lock* é um dispositivo

externo ao *software*, que autoriza o funcionamento deste último, ou seja, é o próprio licenciamento do programa; (c) cada licença de uso possui o seu *hardware-lock* exclusivo e pessoal, de sorte que ele não pode ser redirecionado, pois reflete na qualidade do direito de uso adquirido; (d) o *software* cuja licença de uso foi adquirida pela Demandante importa o conjunto (*software* + *hardware*), dependentes um do outro para o seu pleno funcionamento; (e) não há que se falar, portanto, no pagamento em duplicidade, já que se trata de procedimento habitualmente adotado nas realidades práticas da área de tecnologia da informação; (f) não havendo provas do prejuízo, imperativo se torna o afastamento da condenação ao pagamento de indenização por danos morais; e (g) na primeira instância cada Litigante foi em parte vencedor e vencido, o que exige a reciprocidade da divisão dos encargos da sucumbência, respeitada a regra do art. 21 do CPC/1973.

O Recurso foi recebido no seu duplo efeito (fl. 241).

As contrarrazões foram apresentadas (fls. 243-246).

A tentativa de conciliação pelo Núcleo de Conciliação desta Corte restou inexitosa (fl. 258).

Empós, ascenderam a este Paço de Justiça, sendo encaminhados à Primeira Câmara de Direito Civil que declinou da competência para julgar a presente Rebeldia, por entender que a matéria é afeta ao âmbito do direito comercial (fls. 260-266).

Na seqüência, os autos foram redistribuídos a esta relatoria.

É o necessário escorço.

VOTO

Preambularmente, impende esclarecer que o *novel* Pergaminho Adjetivo Civil respeitará os atos praticados na vigência do Código Buzaid, como bem doutrina Humberto Theodoro Júnior:

[...] Há quem afirme o caráter retroativo das leis de processo, tendo em vista sua incidência imediata, inclusive sobre os processos em curso.

Como explica Amaral Santos, “encarregou-se a doutrina contemporânea de demonstrar o engano em que incide esta afirmação”.

Na verdade, a lei que se aplica em questões processuais é a que vigora no momento da prática do ato formal, e não a do tempo em que o ato material se deu.

Também a lei processual respeita o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada (Constituição Federal, art. 5º, inc. XXXVI, e Lei de Introdução, art. 6º).

E mesmo quando a lei nova atinge um processo em andamento, nenhum efeito tem sobre os fatos ou atos ocorridos sob o império da lei revogada. Alcança o processo no estado em que se achava no momento de sua entrada em vigor, mas respeita os efeitos dos atos já praticados, que continuam regulados pela lei do tempo em que foram consumados. Se, por exemplo, a lei nova não mais considera título executivo um determinado documento particular, mas se a execução já havia sido proposta ao tempo da lei anterior, a execução forçada terá prosseguimento normal sob o império ainda da norma revogada.

Em suma: as leis processuais são de efeito imediato frente aos feitos pendentes, mas não são retroativas, pois só os atos posteriores à sua entrada em vigor é que se regularão por seus preceitos. *Tempus regit actum*.

Deve-se, pois, distinguir, para aplicação da lei processual nova, quanto aos processos:

- 1) *exauridos*: nenhuma influência sofrem;
- 2) *pendentes*: são atingidos, mas ficando respeitado o efeito dos atos já praticados;
- 3) *futuros*: seguem totalmente a lei nova.

(*Curso de direito processual civil*: teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento. v. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 19).

No mesmo norte, haure-se das sempre elucidativas lições de Fredie Didier Jr., membro da comissão estabelecida para a reforma do Código de Processo Civil na Câmara dos Deputados:

Cada ato que compõe o processo é um ato jurídico que merece proteção. Lei nova não pode atingir ato jurídico perfeito (art. 5º, XXXVI, CF/1988), mesmo se ele for um ato jurídico processual. Por isso o art. 14 do CPC [de 2015] determina que se respeitem “os atos processuais praticados”.

[...] Há direitos processuais; direitos subjetivos processuais e direitos potestativos processuais – direito ao recurso, direito de produzir uma prova, direito de contestar etc. O direito é uma situação jurídica ativa. Uma vez adquirido pelo sujeito, o direito processual ganha proteção constitucional e não poderá ser prejudicado por lei. Lei nova não pode atingir direito adquirido (art. 5º XXXVI, CF/1988), mesmo se for um direito adquirido processual.

Por isso o art. 14 do CPC [de 2015] determina que se respeitem “as situações jurídicas consolidadas sob a vigência da norma revogada”.

[...]

A aplicação imediata da norma processual não escapa à determinação constitucional que impede a retroatividade da lei para atingir ato jurídico perfeito e direito adquirido.

(*Curso de direito processual civil*: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 17. ed. Salvador: Editora Jus Podivm, 2015. p. 56-57).

Feita a necessária ressalva, antes de ser examinado o Inconformismo, é imperativo destacar, resumidamente, os atos processuais praticados na origem, a fim de se possibilitar uma melhor compreensão acerca da controvérsia travada entre os Contendores.

1 Breve introito

O Autor ajuizou “ação de restituição de pagamento indevido c/c indenização por danos materiais e morais”, alegando ser pessoa jurídica

que, nessa qualidade, adquiriu da Ré licença de uso para dois “Softwares Lantek *Expert Cut Plus*”, custando cada um o valor de U\$ 4.000,00 (quatro mil dólares americanos) – fls. 2-7.

Disse que, em meados de outubro de 2003, foi vítima de furto mediante arrombamento, quando foram subtraídos diversos bens. Notificou a ocorrência à Requerida, apurando os bens furtados, dentre os quais, estavam as chaves de *hardware*, imprescindíveis para o uso dos respectivos *softwares*.

Referiu que a Demandada, diante dos acontecimentos, enviou à Autora *hardware-locks* provisórios, com códigos temporários de acesso, sendo que as chaves de acesso definitivas seriam liberadas após nova contratação de licenciamento de uso.

A Autora manifestou seu descontentamento com a cobrança de uma nova licença de uso dos *softwares*, sob o argumento de que já possuía licença de uso principal, bastando-lhe somente as senhas de acesso que viabilizassem o pleno funcionamento dos programas.

Pediu a procedência da demanda, com a restituição do valor pago em duplicidade, bem como a condenação da Requerida ao pagamento de indenização por danos morais e materiais.

Uma vez citada (fl. 106), a Ré contestou, alegando ser incontroversa a contratação de licença de uso dos “Softwares Lantek *Expert Cut Plus*”, assim como do envio das chaves de acesso provisórias, após a ciência do furto ocorrido no estabelecimento comercial da Autora.

Disse que os *softwares* são protegidos pelos *hardware-locks*, os quais são ativados por senhas personalizadas, exclusivas e pessoais, razão pela qual não é possível promover apenas o fornecimento de novas chaves de acesso. Asseverou, ademais, que não possui a obrigação de conceder, de forma gratuita, novo licenciamento (*hardware-lock*) à Demandante.

Empós a oitiva das testemunhas arroladas por ambas as Partes (fls.

153, 171 e 202), e o oferecimento das alegações finais (fls. 209-215 e 216-217), a Magistrada de primeira instância proferiu sentença de parcial procedência dos pedidos veiculados na petição inicial, sob os seguintes fundamentos (fls. 218-223):

Primeiramente, cumpre-me esclarecer que não há contrato nos autos. O que se tem é tão somente notas fiscais, comprovantes de pagamento e fotocópias de mensagem na tela do computador, emitida toda vez que a parte autora tentava acessar o sistema. Logo, tais documentos elucidam o cerne da questão, mas por outro lado a falta de contrato não esclareceu o que fora pactuado pelas partes.

No caso em exame, é inconteste que a demandada faz jus à repetição do indébito. Pois, não se pode olvidar que, a demandada valendo-se dos direitos que detinha sobre o *software*, objeto da presente ação, e, sabendo da necessidade da parte autora, impunha um novo pagamento, constituindo forma de enriquecimento ilícito.

Nessa toada, importa assentar que, não nos parece aceitável que a parte autora tivesse que pagar o valor de uma nova licença se para o uso do *software* bastava o envio de peças e novos códigos por parte da requerida, devendo a parte autora pagar tão somente por tais serviços.

In casu, não se discute aqui a obrigatoriedade da empresa ré em fornecer ou enviar o licenciamento de forma gratuita (fl. 112), mas sim o envio dos códigos. Isso significa dizer que, a cobrança da empresa deveria ter sido tão somente em relação a prestação desse serviço e não de um novo licenciamento, posto que a própria demandada deixa claro em suas alegações que a parte autora necessitava tão somente de novos *hardware-locks* (códigos de acesso).

Aliás, a própria requerida confirmou que “fornecer senhas com validade temporária”. Desta alegação é possível constatar a desnecessidade de nova licença, pois o simples fornecimento de novos códigos (*hard-locks*) bastaria para a utilização do *software*, que sabe-se, fica em servidor de acesso ativado mediante os códigos/chaves.

Repita-se, neste contexto, que nem a parte autora nem a ré juntaram

aos autos cópia do contrato celebrado, bem como a demandada não comprovou que o envio de senhas novas não era suficiente ao bom uso do *software*, necessitando de novas instalações e aí, fira-se novamente justificar-se-ia o pagamento de novo licenciamento.

[...]

Portanto, denota-se que a ré não demonstrou a razão justa pela qual cobrou da parte autora o valor integral de uma nova licença. Outrossim, tanto a parte autora como a demandada não obraram em trazer aos autos o contrato entablado, a fim de elucidar a realidade pactuada. Restando somente as alegações recursais.

(fls. 220-221).

A parte dispositiva restou redigida nos seguintes termos:

ANTE TODO O EXPOSTO, com amparo no art. 269, I, do CPC, **JULGO PARCIALMENTE PROCEDENTES** os pedidos formulados pela parte autora em desfavor de **Automação de Engenharia Ltda.**, para condená-la:

a) a ressarcir os valores pagos em duplicidade pela autora (R\$ 23.374,00), corrigidos monetariamente desde o desembolso e juros de mora de 1% ao mês desde a citação;

b) ao pagamento da quantia de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) a título de indenização por danos morais, a incidir correção monetária pelo INPC desde a data da sentença e juros de mora de 1% ao mês a partir da sentença.

Diante da sucumbência mínima da parte autora (art. 21 do CPC), **CONDENO** a demandada ao pagamento das custas processuais e verba honorária do patrono da demandante, esta fixada em 15% (quinze por cento) sobre o valor da condenação.

Por fim, extingo o processo, com resolução do mérito (art. 269 do CPC).

(destaques do original).

Malcontente, a Ré apelou aduzindo que: (a) o *hardware-lock* não se trata de uma simples chave de acesso do programa de *software*, mas, sim, parte indissociável dele para garantir ao detentor dos direitos do *software*, no caso a Autora, o controle e a modulação sobre a qualidade e a quantidade das licenças de uso cedidas, ou seja, o tempo de uso e a quantidade de usuários licenciados; (b) o *hardware-lock* é um dispositivo externo ao *software*, que autoriza o funcionamento deste último, ou seja, é o próprio licenciamento do programa; (c) cada licença de uso possui o seu *hardware-lock* exclusivo e pessoal, de sorte que ele não pode ser redirecionado, pois reflete na qualidade do direito de uso adquirido; (d) o *software* cuja licença de uso foi adquirida pela Demandante importa o conjunto (*software* + *hardware*), dependentes um do outro para o seu pleno funcionamento; (e) não há que se falar, portanto, no pagamento em duplicidade, já que se trata de procedimento habitualmente adotado nas realidades práticas da área de tecnologia da informação; (f) não havendo provas do prejuízo, imperativo se torna o afastamento da condenação ao pagamento de indenização por danos morais; e (g) na primeira instância cada Litigante foi em parte vencedor e vencido, o que exige a reciprocidade da divisão dos encargos da sucumbência, respeitada a regra do art. 21 do CPC/1973.

Feitas as necessárias considerações sobre os atos processuais que precederam o manejo da presente Rebeldia, passa-se ao enfoque das matérias agitadas pela Recorrente.

2 Do mérito

Conforme narra a inicial, foram furtadas as chaves de *hardware*, que viabilizavam o uso do programa “*Software Lantek Expert Cut Plus*”.

No entanto, o envio gratuito de novos *hardware-locks* foi negado pela Ré, sob a alegação de que tais chaves de acesso, por serem exclusivas e pessoais, não podem ser redirecionadas.

Constata-se, *prima facie*, que os *hardware-locks* (chaves de acesso) são pendrives com dados específicos, que compõem a licença de *software*.

É dizer, em outras palavras, que o *software* é apenas parte integrante de um todo – programa em si, representado por dados eletrônicos – que não pode ser posto em funcionamento sem o *hardware-lock*, este fisicamente representado por um pendrive, que foi objeto do furto.

Nessa linha, conclui-se que a Demandante, através de *hardware-locks* – os quais, repisa-se, foram objetos de furto no interior de seu estabelecimento –, adquiriu acesso a *software* desenvolvido pela empresa Lantek, representada no País pela sociedade Ré.

A Requerida, ao seu turno, afirma que não há como substituir os *hardware-locks* extraviados.

Como se vê, está-se diante de licenciamento de uso de propriedade intelectual, onde as Litigantes discutem a possibilidade ou não de reposição dos *hardware-locks* (chaves de acesso) furtados, a fim de possibilitar a plena utilização pela Autora do *software* desenvolvido pela empresa Lantek.

Uma vez esclarecida a simbiose entre “*software*” e “*hardware*”, bem como o ponto nodal da *quaestio*, tem-se que, diferentemente do que entendeu a Julgadora *a quo*, razão assiste à Requerida.

Extrai-se do conjunto probatório amealhado ao presente feito que os *hardware-locks*, muito mais do que simples chaves de acesso, são dispositivos que garantem ao usuário os direitos sobre o *software*, bem como permitem à Fornecedora o controle sobre a qualidade e a quantidade das licenças de uso cedidas, ou seja, o tempo de uso e a quantidade de usuários licenciados. Daí porque revelada a sua expressiva importância.

Assim, diante da inescindível vinculação do programa (*software*) com a chave de acesso exclusiva (*hardware-lock*), conclui-se que não é

prudente permitir que diante de quaisquer acontecimentos que viessem a danificar e/ou extraviar os pendrives, fosse imposto à Requerida o amplo e irrestrito fornecimento e reposição de novas chaves de acesso gratuitamente, como almeja a Autora na sua pretensão inicial.

Nesta toada, por estar a venda do *hardware* umbilicalmente associada ao *software* – circunstância que sequer foi alvo de contenda na presente Insurgência – tem-se que a reposição “gratuita” tão somente da chave de acesso é medida que não se pode cogitar, fazendo-se mister a contratação de novo licenciamento junto à Fornecedora do conjunto “*software + hardware*”.

Com efeito, dessume-se dos autos que a Ré assim o fez, conforme se verifica na contranotificação ajuizada às fls. 25-28, na qual ficou claramente esclarecido que foi oferecida à Autora a venda de um novo conjunto por um preço mais vantajoso. Senão confira-se:

SKA AUTOMAÇÃO DE ENGENHARIAS LTDA., vem informar que nesta data recebeu carta enviada por sua empresa requerendo uma posição sobre as notas fiscais enviadas. Em razão da forma ética e transparente que a nossa empresa costuma conduzir suas questões comerciais, passa a expor o que segue:

[...]

A nossa empresa, após a comunicação sobre o furto ocorrido, imediatamente encaminhou as *hardware-locks*, com o código de ativação provisório – a fim de que a EMELCA não sofresse quaisquer prejuízos – que serão substituídos por um código definitivo após a confirmação de acordo com o faturamento e o devido pagamento das faturas emitidas.

A EMELCA foi devidamente informada antes do envio das *hardware-locks* com as devidas faturas, e inclusive recebeu proposta de nossa empresa para a aquisição de licenças adicionais em condições especiais.

Ainda, é importante ressaltar que as condições oferecidas pela nossa empresa para aquisição das licenças pela EMELCA foram atípicas e

possuem valor muito abaixo dos oferecidos no mercado, demonstrando o nosso esforço em diminuir o prejuízo ocasionado pelo furto ocorrido.

(sublinhou-se).

Merece ênfase que aditadas à inviabilidade de liberação isolada de chave de *hardware* as inúmeras dificuldades de uso das licenças provisórias fornecidas pela Autora no período após o furto, circunstância que ensejou diversas falhas quando da utilização do *software* durante o lapso provisório.

Para corroborar o que se está a dizer, haure-se do testemunho de Everton Moreira Godoy (fls. 203-203v):

Defesa: Se esse problema já aconteceu em algum outro cliente? De roubo de chaves, roubo da licença? Como procederam na época?

Testemunha: Esse tipo de situação, com experiência já por vivência ali, eu me lembro de já ter acontecido em outras empresas, no caso o roubo da “hardlock”, que no caso confere a licença do *software*. Isso já aconteceu em outras ocasiões também, onde foi procedido da mesma forma.

Defesa: Pode explicar o procedimento padrão, como é?

Testemunha: A partir do momento que a empresa tem a licença roubada, ou seja, a chave de *hardware*, que é a “hardlock”, isso significa que ela acabou perdendo a licença. A pessoa que está de posse daquela licença, quem roubou tem o direito de uso. Pode instalar o *software*, pode usar, ou seja, tem a propriedade de uso do *software*, tem o direito de uso da licença.

Ora, desse depoimento extrai-se que a licença é fornecida através de uma chave de acesso (*hardware-lock*) e que uma vez perdida esta, a obtenção de nova licença, com a conseqüente obtenção de nova “senha”, é prática indissociável.

Tal fato positiva às escâncaras que as chaves de acesso são exclusivas e destinadas unicamente para cada tipo de *software*, razão pela qual o

pedido de restituição do valor despendido com as novas contratações de licenciamento de uso não merece guarida, devendo ser reformada a sentença neste ponto.

Também não passa despercebido por esta relatoria que inicialmente a Requerente havia adquirido licença de uso para o programa “Software Lantek *Expert Cut Plus*” (fl. 2), e, agora, pede a restituição do valor gasto com o programa “Software Lantek *Expert II NS-L183-501715*”, indicando que houve a aquisição de licenças de uso distintas, o que suplicaria a liberação de *hardware-locks* diferentes.

Ad argumentandum tantum, vale ressaltar que eventual prejuízo poderia ter sido discutido perante à seguradora, já que, conforme se constata do depoimento da testemunha André Luiz Budal Arins (fl. 153), arrolada pela própria Demandante, a Apelada possuía seguro contra furtos. Confira-se:

[...] Sem a posse das chaves não se libera o uso do *software*. Caso a empresa ré encaminhasse apenas as chaves configuradas para aqueles programas que a autora já tinha licença, elas funcionariam. [...] Somente a chave libera o *software*. A autora detinha o direito de uso de dois *softwares*. [...] A autora tinha seguro contra furtos, a companhia seguradora foi acionada. Não sabendo informar se houve ressarcimento pela seguradora.

Não é demais ressaltar que, independentemente do resultado apresentado na tutela jurisdicional, a discussão em voga não é inédita nos palcos forenses, já tendo sido alvo de púbere julgamento perante a Corte Gaúcha, que assim decidiu:

APELAÇÃO CÍVEL. SEGUROS. FURTO DE EQUIPAMENTOS EM METALÚRGICA. NEGATIVA DA RÉ. CASO CONCRETO. Inviável o acolhimento da tese recursal, considerando que, quando do furto ocorrido na empresa apelada, foram levados equipamentos que funcionam apenas de forma conjunta (“*software + hardware*”), não podendo a empresa seguradora esquivar-se de indenizar o segurado em face de cláusula que exclui eventual pagamento por furto de “*software*”.

Honorários que não merecem redução. Sentença mantida. NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

(Apelação Cível n. 70065564494, Rel. Des. Léo Romi Pilau Júnior, j. em 29-7-15, destacou-se).

Destarte, a reforma da sentença neste ponto é medida imperativa para negar chancela ao pleito da Demandante de restituição dos valores referentes ao pagamento de nova licença do “*Software Lantek Expert II NS-L183-501715*”.

3 Dos danos morais

Já quanto à responsabilização da Recorrente pelo suposto dano moral que proporcionou à Demandante, é preciso enfatizar que embora a pessoa jurídica seja desnudada de sentimentos e insuscetível de sofrer abalo psíquico, ela pode ser vítima de abalo de crédito e imagem, essenciais ao seu funcionamento, sendo que acerca da possibilidade de uma pessoa jurídica ser vítima de abalo moral, o STJ editou o verbete n. 227, que reza: “A pessoa jurídica pode sofrer dano moral”.

Nesse diapasão, mostra-se plenamente possível a ocorrência de dano moral pela pessoa jurídica, mas para tanto se faz necessário que haja publicidade de informações potencialmente lesivas à sua reputação, uma vez que apenas dessa forma resta caracterizado o abalo ao seu crédito e à sua imagem.

A propósito já se decidiu:

ADMINISTRATIVO.RECURSOESPECIAL.RESPONSABILIDADE DO ESTADO. INTERRUÇÃO DO FORNECIMENTO DE ENERGIA ELÉTRICA. MORTE DE AVES. DANO MORAL. PESSOA JURÍDICA. NECESSIDADE DE CARACTERIZAÇÃO DA PERDA DE CREDIBILIDADE NO ÂMBITO COMERCIAL.

1. A pessoa jurídica pode ser objeto de dano moral, nos termos da Súmula 227/STJ. Para isso, contudo, é necessária violação de sua honra objetiva,

ou seja, de sua imagem e boa fama, sem o que não é caracterizada a suposta lesão.

2. No caso, do acórdão recorrido não se pode extrair qualquer tipo de perda à credibilidade da sociedade empresária no âmbito comercial, mas apenas circunstâncias alcançáveis pela ideia de prejuízo, dano material. Assim, descabida a fixação de dano moral na hipótese.

3. Recurso especial provido.

(REsp n. 1370126/PR, Rel. Min. Og Fernandes, j. 14-04-15, sublinhou-se).

E ainda:

DIREITO CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL. DANO MORAL. PESSOA JURÍDICA. DÉBITO EQUIVOCADO DA CONTA BANCÁRIA. MERO ABORRECIMENTO. PARTICULARIDADES DO CASO CONCRETO. INEXISTÊNCIA DE NEGATIVAÇÃO OU PUBLICIDADE.

1. O acórdão recorrido, com base na soberana análise das provas, entendeu inexistir dano moral no caso em apreço, uma vez que “não houve abalo de crédito, negatificação perante os órgãos de restrição, mas apenas aborrecimento de ter de regularizar situação que lhe era inesperada”. Com efeito, a conclusão a que chegou o Tribunal *a quo* não se desfaz sem incursão no acervo probatório, providência vedada pela Súmula 7/STJ.

2. Toda a edificação da teoria acerca da possibilidade de pessoa jurídica experimentar dano moral está calçada na violação de sua honra objetiva, consubstanciada em atributo externalizado, como uma mácula à sua imagem, admiração, respeito e credibilidade no tráfego comercial. Assim, a violação à honra objetiva está intimamente relacionada à publicidade de informações potencialmente lesivas à reputação da pessoa jurídica.

3. Agravo regimental não provido.

(AgRg no AREsp n. 389410/SP, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 18-12-14, destacou-se).

Ademais, mostra-se igualmente necessário ao reconhecimento do dano moral a ausência de outros registros em nome da pessoa jurídica, de modo a restar patenteado o efetivo abalo à sua credibilidade e imagem.

Aliás, acerca deste último aspecto, o Superior Tribunal de Justiça, em situação análoga referente à inscrição indevida em cadastros de inadimplentes, editou a Súmula 385, *in verbis*: “Da anotação irregular em cadastro de proteção ao crédito, não cabe indenização por dano moral quando preexistente legítima inscrição, ressalvado o direito ao cancelamento”.

No caso vertente, a discussão instaurada na presente porfia passa longe de discutir eventual inserção desabonadora do nome da Autora nos cadastros de proteção ao crédito, que, como se viu, diz respeito à reposição dos *hardware-locks*.

Não obstante, a Demandante pugna na inicial o ressarcimento pelo eventual abalo moral sofrido com os transtornos ocorridos em razão do funcionamento prejudicado do sistema no período de 5 de dezembro de 2003 até o dia 1º de março de 2004.

Entretantes, sobressai incontroverso nos autos que o problema foi completamente resolvido pela Requerida, conforme a própria Autora aduz no pórtico inaugural (fl. 5). Confira-se:

Dizer que apesar de haver a Autora notificado a Requerida verbalmente para que enviasse as senhas com validade definitiva, bem como os *Hardlocks* com códigos para uso definitivo dos sistemas informáticos, entre outros necessários ao bom funcionamento dos programas, já que havia se comprometido em pagar, não foi atendida pela mesma, forçando a Autora interpelar extrajudicialmente em 18/11/03 (doc. 09), mesmo assim, não tendo outra alternativa senão ingressar com uma Ação de Obrigação de Fazer com pedido de Tutela Antecipada, tendo sido deferido pelo MM. Juiz da 1ª Vara Cível desta Comarca, já que a Autora havia pago a importância de R\$ 11.600,00 (onze mil e seiscentos reais) em 17/11/2003, referente a 01 (um) dos *softwares*, conforme prova

em anexo (doc. 06), mesmo achando indevido o pagamento, tendo se comprometido ainda a pagar a importância de mais R\$ 11.774,00 (onze mil e setecentos e setenta e quatro reais) referente ao segundo *software* no dia 01 de dezembro do Corrente, o que veio a honrar.

Citada a Requerida da referida Ação, a fim de que fosse cumprida liminarmente a determinação judicial, para que enviasse os CDs e os *hardlocks* com códigos de avaliações definitivos, a mesma acatou, tendo a Autora recebido aos referidos códigos (senhas) as chaves (*hard-locks*) definitivos, imprescindíveis ao bom funcionamento dos programas, somente em 05 de dezembro de 2003, entretanto as chaves enviadas, proporcionaram uma série de transtornos, haja vista o seu mau funcionamento nos programas de computadores da Empresa Autora, conforme faz prova a robusta documentação anexo, tendo sido cessado finalmente os transtornos em relação ao mau funcionamento dos programas, somente em data de 02 de março de 2004, onde fizeram um acordo, na ação de obrigação de fazer já que os programas a partir daquela data permaneceram em bom funcionamento, sendo a obrigação já cumprida pela requerida.

(fls. 4-5).

Por óbvio, o simples fato de o sistema ter apresentado problemas durante o seu lapso provisório de funcionamento não acarreta qualquer prejuízo de ordem moral à Requerente.

Ora, por não restar verificada no caso concreto a exteriorização de uma conduta possivelmente desabonadora da Requerente, como a inscrição de seu nome nos cadastros de proteção ao crédito, concretização de protesto ou qualquer outro ato que conferisse publicidade, torna-se inviável a condenação da Ré ao pagamento de indenização por danos morais à Contratante, uma vez que o nome, a imagem e a credibilidade que a Apelada busca resguardar não foram tismados.

Neste sentido, haure-se deste Sodalício:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS

MORAIS CUMULADA COM REPETIÇÃO DE INDÉBITO. ACRÉSCIMO DE LINHAS TELEFÔNICAS NÃO CONTRATADAS PELA AUTORA, QUE OCACIONARAM COBRANÇA INDEVIDA DE VALORES. PROCEDÊNCIA PARCIAL NA ORIGEM. RECURSO DA AUTORA. 1. PRELIMINARES. 1.1 LEGITIMIDADE PASSIVA DA TITULAR DO TABELIONADO DE NOTAS E PROTESTOS DE TÍTULOS QUE RECONHECEU FIRMA POR SEMELHANÇA EM CONTRATO FRAUDADO POR TERCEIRO. TEORIA DA ASSERÇÃO. LIGAÇÃO DAS PARTES PASSIVA E ATIVA ENTRE SI E COM O OBJETO DO LITÍGIO. PREFACIAL ACOLHIDA. 1.2 CERCEAMENTO DE DEFESA ANTE O JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE. LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO DO JULGADOR. DESNECESSIDADE DE PERÍCIA GRAFOTÉCNICA. PRELIMINAR REJEITADA. 2. MÉRITO. 2.1. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DA TITULAR DO TABELIONATO. LEI N. 8.935/94, ARTIGO 22. RECONHECIMENTO DE FIRMA POR SEMELHANÇA QUE NÃO ATESTA VALIDADE DO NEGÓCIO JURÍDICO. AUSÊNCIA DE FALHA NO SERVIÇO PRESTADO. 2.2. RESPONSABILIDADE DA OPERADORA DE TELEFONIA. APLICABILIDADE DAS NORMAS DE PROTEÇÃO AO CONSUMIDOR. DEFEITO NO SERVIÇO CONFIGURADO. 2.3. DANO MORAL. PESSOA JURÍDICA. HONRA OBJETIVA. COBRANÇAS IRREGULARES QUE NÃO TÊM O CONDÃO DE CAUSAR OFENSA À CREDIBILIDADE E REPUTAÇÃO DA EMPRESA AUTORA NO MEIO COMERCIAL. AUSÊNCIA DE ABALO MORAL INDENIZÁVEL. 3. ÔNUS SUCUMBENCIAIS. REDISTRIBUIÇÃO. SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA DA REQUERENTE E DA OPERADORA DE TELEFONIA REQUERIDA. DIVISÃO À RAZÃO DE 50% (CINQUENTA POR CENTO) PARA CADA UMA. 4. RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO.

(Apelação Cível n. 2012.041847-9, Rel. Des. Raulino Jacó Brüning, j. 19-11-15, sublinhou-se).

Destarte, exsurge com clareza solar ser incabível a indenização por danos morais na hipótese *sub judice*, merecendo também ser alterada

a sentença nesta seara, para afastar a condenação da Requerida ao pagamento da referida indenização.

4 Dos ônus sucumbenciais

Na origem, ante o deferimento do pleito de restituição dos valores indevidos e a condenação da Ré ao pagamento de indenização por danos morais, à Demandada foi determinado o pagamento das custas processuais e verba honorária ao Causídico da Autora, esta fixada em 15% (quinze por cento) sobre o valor da condenação.

Ocorre que em face da alteração parcial da sentença, indeferindo-se, neste grau de jurisdição, o pedido de restituição do montante indevido, bem como afastando-se a condenação da Requerida ao pagamento de indenização por danos morais, restando, por outro lado, mantido o indeferimento da origem em relação aos lucros cessantes, os ônus sucumbenciais devem ser redistribuídos.

Com efeito, considerando que a Demandante decaiu de todos os pleitos deduzidos na exordial, deve ela arcar com a totalidade das custas, despesas processuais e honorários advocatícios.

Outrossim, quanto a estes últimos – honorários advocatícios – na hipótese dos autos, constata-se que a lide revestiu-se de complexidade mediana.

Também verifica-se que a Procuradora da Ré atuou em Comarca diversa daquela em que possui escritório (fl. 114).

A mais disso, a Causídica se manifestou em todos os momentos em que foi chamada a intervir, demonstrando zelo profissional, e conseguiu reverter totalmente a sentença desfavorável conferida em primeiro grau.

Assim, levando-se em conta os balizamentos suso delineados, fixa-se a verba honorária em favor da Procuradora da Demandada em R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), dentro das diretrizes do art. 20, § 4º e 3º,

alíneas “a”, “b” e “c”, do CPC/1973 (correspondente ao art. 85, § 2º e 8º, do CPC/2015).

É o quanto basta.

Ante o exposto, por unanimidade, dá-se provimento ao Recurso para julgar improcedente a pretensão deduzida na exordial e, via de consequência, recalibrar os ônus sucumbenciais, nos termos suso vazados.

Apelação n. 0003109-42.2006.8.24.0010

Relator: Des. José Carlos Carstens Köhler

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE HABILITAÇÃO DE CRÉDITO EM CONCORDATA PREVENTIVA. SENTENÇA QUE JULGA PROCEDENTE O PLEITO VERTIDO NO PÓRTICO INAUGURAL. IRRESIGNAÇÃO DA CONCORDATÁRIA.

AVENTADA LITISPENDÊNCIA EM RAZÃO DA COBRANÇA DÚPLICE DO SALDO CREDOR POR INTERMÉDIO DE DEFLAGRAÇÃO DE AÇÃO EXECUTIVA NA COMARCA DE SÃO PAULO. TESE RECHAÇADA. IMPOSSIBILIDADE DE SER IDENTIFICADA A SIMILITUDE ENTRE A AÇÃO EXPROPRIATÓRIA E A PRESENTE *ACTIO* DE HABILITAÇÃO. INEXISTÊNCIA DE PROVAS QUANTO AO OBJETO LITIGIOSO CONSTANTE NO CADERNO DE EXECUÇÃO. ÔNUS QUE INCUMBIA À RÉ, SEGUNDO O COMANDO DO ART. 333, INCISO II, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 1973 (EQUIVALENTE AO ART. 373, INCISO II, DO *NOVEL* DIPLOMA PROCESSUAL CIVIL). VERIFICAÇÃO, ADEMAIS, DE PARTES DISTINTAS ENTRE AS DUAS PORFIAS SUPOSTAMENTE IDÊNTICAS. AUSÊNCIA DE PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS PREVISTOS NO ART. 301 DO CPC/1973 (CORRELATO AO ART. 337 DO CPC/2015).

REQUESTADAS: (A) INTEMPESTIVIDADE DE HABILITAÇÃO DO CRÉDITO PERSEGUIDO PELA AUTORA; (B) INVERSÃO PROCEDIMENTAL E VIOLAÇÃO À CONSTITUIÇÃO FEDERAL, DIANTE DO DEFERIMENTO DA HABILITAÇÃO; E (C) IMPERIOSIDADE DE INTIMAÇÃO DOS DEMAIS CREDORES PARA QUE DEVOLVAM AS QUANTIAS JÁ RECEBIDAS, A FIM DE PRESERVAR O *PARS CONDITIO CREDITORUM*. VERSÕES DESCORTINADAS. ARTS. 80 E SEGUINTE DO DECRETO-LEI N. 7.661/45 QUE PREVEEM O PROCEDIMENTO DE HABILITAÇÃO DE CRÉDITOS NO PROCESSO FALIMENTAR. AUTORA QUE OBJETIVA A HABILITAÇÃO RETARDATÁRIA DO

CRÉDITO ADVINDO DO CONTRATO DE MÚTUO N. 12764-7 NA PORFIA DE CONCORDATA PREVENTIVA. ART. 98 DO ANTIGO DIPLOMA FALIMENTAR QUE REGULA A SITUAÇÃO. AUSÊNCIA DE LIMITAÇÃO TEMPORAL PARA A OCORRÊNCIA DA HABILITAÇÃO DE CRÉDITOS. ADIÇÃO QUE, CONTUDO, DEVE SER FEITA ANTES DA EXTINÇÃO DO PROCEDIMENTO FALENCIAL. PRESSUPOSTOS EXIGIDOS NA LEI DE QUEBRA (ART. 82) QUE FORAM DEVIDAMENTE OBSERVADOS PELA POSTULANTE. CONCORDATA PREVENTIVA QUE, COMO AFIRMADO PELA PRÓPRIA DEMANDADA, NÃO FOI JURIDICAMENTE ENCERRADA. VIABILIDADE DE HABILITAÇÃO E CONSEQUENTE OBSERVÂNCIA AOS REQUISITOS PREVISTOS NOS § 1º A 4º DO ART. 98 DA REVOGADA LEI DE REGÊNCIA. EVENTUAL DISCUSSÃO ACERCA DA POSSIBILIDADE OU NÃO DO ADIMPLEMENTO DA QUANTIA HABILITADA QUE DEVE SER DIRECIONADA AO FEITO DA CONCORDATA PREVENTIVA. PARÁGRAFO 4º DO ART. 98 QUE ASSEGURA O RECEBIMENTO DOS RATEIOS FUTUROS ÀQUELES CREDORES QUE TIVEREM SEU CRÉDITO HABILITADO TARDIAMENTE. ESTRITA OBSERVÂNCIA À EQUIPARAÇÃO DOS PAGAMENTOS ENTRE OS INTERESSADOS. MANUTENÇÃO DO DECRETO GUERREADO QUE SE IMPÕE.

SUCUMBÊNCIA. PLEITO DE INVERSÃO CALCADO NA CHANCELA DA IRRESIGNAÇÃO. SENTENÇA PRESERVADA. PEDIDO DEFENESTRADO.

REBELDIA IMPROVIDA.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação n. 0003109-42.2006.8.24.0010, da comarca de Braço do Norte 1ª Vara Cível em que é Apelante MB Molduras do Brasil Indústria e Comércio Ltda. e Apelada Massa Falida do Banco Santos S/A.

A Quarta Câmara de Direito Comercial decidiu, por unanimidade, negar guarida ao Inconformismo. Custas legais.

O julgamento, realizado nesta data, foi presidido pelo Exmo. Sr. Des. Lédio Rosa de Andrade, e dele participaram os Exmos. Srs. Des. José Inácio Schaefer e José Everaldo Silva.

Florianópolis, 2 de agosto de 2016.

Carstens Köhler
RELATOR

RELATÓRIO

MB Molduras do Brasil Indústria e Comércio Ltda. interpôs Apelação (fls. 463-477) em face da sentença prolatada pelo Juiz de Direito oficiante na 1ª Vara Cível da Comarca de Braço do Norte que, nos autos da “ação de habilitação de crédito” n. 0003109-42.2006.8.24.0010, detonada por Massa Falida do Banco Santos S/A em face da ora Recorrente, restou vazada nos seguintes termos:

Dispositivo

Ante o exposto, **DEFIRO** o pedido de **habilitação do crédito** apresentado pela parte requerente, com incidência de correção monetária desde a constituição até o efetivo pagamento, acrescidos de juros e demais encargos até a data do ajuizamento da concordata, compondo tudo isso o valor principal do crédito para fins de habilitação e de formação do quadro geral de credores.

Classifico como quirografário o crédito apresentado.

Custas finais a encargo da requerida.

Honorários pela devedora, arbitrados em R\$ 2.000,00 (dois mil reais), em conformidade com o disposto no art. 20, § 4º, do CPC.

(fls. 451-453, destaques do original).

Em suas razões recursais, a Requerida sustenta, em epítome: a) a ocorrência de litispendência no caso em comento, tendo em vista a

propositura de ação executiva na Comarca do Foro Central Cível de São Paulo, registrada sob o n. 0150391-51.2006.8.26.0100, em que a Demandante busca a satisfação do mesmo crédito perseguido na *actio* de habilitação; b) a ilegalidade na exigência dúplice do saldo credor referente ao ajuste de mútuo n. 12764-7, o que importa na extinção do presente caderno processual e na declaração do Juízo da demanda expropriatória – que tramita na Comarca do Foro Central Cível de São Paulo – como preventivo para apreciar a *quaestio*; c) a intempestividade da demanda sob enfoque, eis que a Credora apenas propôs a habilitação de seu crédito após a homologação do quadro geral pelo Juízo da concordata e o início do adimplemento do grupo de credores; d) a inversão procedimental e os prejuízos decorrentes do deferimento da habilitação tardia do crédito da Apelada, na medida em que se instaurará “[...] uma barafunda procedimental que nem os princípios de processo civil serão aptos a solvê-la sem que se incorra em uma inconstitucionalidade” (fl. 475); e) caso mantida a habilitação do saldo da Requerente, a necessidade de intimação de todos os credores que já tiveram seus créditos pagos para devolver os valores recebidos, de forma a preservar o *pars conditio creditorum*; f) o prequestionamento da matéria em voga; e g) a condenação da Recorrida ao pagamento dos honorários advocatícios no percentual de 20% (vinte por cento) sobre o valor da habilitação.

O Reclamo foi recebido nos seus efeitos legais (fl. 535).

Empós, com o oferecimento das contrarrazões (fls. 537-541v), os autos ascenderam a este grau de jurisdição.

É o necessário escorço.

VOTO

Preambularmente, impende esclarecer que o *novel* Pergaminho Adjetivo Civil respeitará os atos praticados na vigência do Código Buzaid, como bem doutrina Humberto Theodoro Júnior:

[...] Há quem afirme o caráter retroativo das leis de processo, tendo em vista sua incidência imediata, inclusive sobre os processos em curso.

Como explica Amaral Santos, “encarregou-se a doutrina contemporânea de demonstrar o engano em que incide esta afirmação”.

Na verdade, a lei que se aplica em questões processuais é a que vigora no momento da prática do ato formal, e não a do tempo em que o ato material se deu.

Também a lei processual respeita o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada (Constituição Federal, art. 5º, inc. XXXVI, e Lei de Introdução, art. 6º).

E mesmo quando a lei nova atinge um processo em andamento, nenhum efeito tem sobre os fatos ou atos ocorridos sob o império da lei revogada. Alcança o processo no estado em que se achava no momento de sua entrada em vigor, mas respeita os efeitos dos atos já praticados, que continuam regulados pela lei do tempo em que foram consumados. Se, por exemplo, a lei nova não mais considera título executivo um determinado documento particular, mas se a execução já havia sido proposta ao tempo da lei anterior, a execução forçada terá prosseguimento normal sob o império ainda da norma revogada.

Em suma: as leis processuais são de efeito imediato frente aos feitos pendentes, mas não são retroativas, pois só os atos posteriores à sua entrada em vigor é que se regularão por seus preceitos. *Tempus regit actum*.

Deve-se, pois, distinguir, para aplicação da lei processual nova, quanto aos processos:

- 1) **exauridos**: nenhuma influência sofrem;
- 2) **pendentes**: são atingidos, mas ficando respeitado o efeito dos atos já praticados;
- 3) **futuros**: seguem totalmente a lei nova.

(*Curso de direito processual civil*: teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento. v. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 19).

No mesmo norte, haure-se das sempre elucidativas lições de Fredie Didier Jr., membro da comissão estabelecida para a reforma do Código de Processo Civil na Câmara dos Deputados:

Cada ato que compõe o processo é um ato jurídico que merece proteção. Lei nova não pode atingir ato jurídico perfeito (art. 5º, XXXVI, CF/1988), mesmo se ele for um ato jurídico processual. Por isso o art. 14 do CPC [de 2015] determina que se respeitem “os atos processuais praticados”.

[...] Há direitos processuais; direitos subjetivos processuais e direitos potestativos processuais – direito ao recurso, direito de produzir uma prova, direito de contestar etc. O direito é uma situação jurídica ativa. Uma vez adquirido pelo sujeito, o direito processual ganha proteção constitucional e não poderá ser prejudicado por lei. Lei nova não pode atingir direito adquirido (art. 5º XXXVI, CF/1988), mesmo se for um direito adquirido processual.

Por isso o art. 14 do CPC [de 2015] determina que se respeitem “as situações jurídicas consolidadas sob a vigência da norma revogada”.

[...]

A aplicação imediata da norma processual não escapa à determinação constitucional que impede a retroatividade da lei para atingir ato jurídico perfeito e direito adquirido.

(*Curso de direito processual civil*: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 17. ed. Salvador: Editora Jus Podivm, 2015. p. 56-57).

Feita a necessária ressalva, passa-se à análise das matérias levantadas no Apelo, sendo que para facilitar o entendimento, a mesma será feita por tópicos.

1 Da aventada litispendência

Argumenta a Concordatária, em síntese: a) a ocorrência de litispendência no caso em comento, tendo em vista a propositura de ação executiva na Comarca do Foro Central Cível de São Paulo, registrada

sob o n. 0150391-51.2006.8.26.0100, em que a Demandante busca a satisfação do mesmo crédito perseguido na *actio* de habilitação; e b) a ilegalidade na exigência dúplice do saldo credor referente ao ajuste de mútuo n. 12764-7, o que importa na extinção do presente caderno processual e na declaração do Juízo da demanda expropriatória – que tramita na Comarca do Foro Central Cível de São Paulo – como preventivo para apreciar a *quaestio*.

Contudo, os argumentos não prosperam.

A litispendência é descrita no art. 301 do Código de Processo Civil de 1973 (equivalente ao art. 337 do Novo Código de Ritos) da seguinte forma:

Art. 301 [...]

§ 1º Verifica-se a litispendência ou a coisa julgada, quando se reproduz ação anteriormente ajuizada.

§ 2º Uma ação é idêntica à outra quando tem as mesmas partes, a mesma causa de pedir e o mesmo pedido.

§ 3º Há litispendência, quando se repete ação, que está em curso; há coisa julgada, quando se repete ação que já foi decidida por sentença, de que não caiba recurso.

§ 4º Com exceção do compromisso arbitral, o juiz conhecerá de ofício da matéria enumerada neste artigo.

Em que pese a Demandada ter juntado cópia do Sistema de Automação da Justiça – SAJ com a movimentação da ação expropriatória de n. 0150391-51.2006.8.26.0100, em trâmite na 33ª Vara Cível do Foro Central Cível da Comarca de São Paulo, não trouxe aos autos qualquer documento que comprove qual é o objeto litigioso daquela porfia.

Embora seja a matéria cognoscível de ofício, por expressa autorização do § 3º do art. 267 do CPC/1973 (atinentes ao art. 485, § 3º, do

CPC/2015), não está o Juízo obrigado a produzir provas, substituindo a parte, de maneira que era, neste caso, incumbência da Inconformada trazer ao caderno processual elementos que corroborassem as suas alegações, a teor do art. 333, inciso II, também do CPC/1973 (correspondente ao art. 373, inciso II, do CPC/2015), o que incorreu no caso em testilha.

Já decidiu esta Corte de Justiça no mesmo tom:

APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE COMPLEMENTAÇÃO DE AÇÕES EMITIDAS EM DECORRÊNCIA DE CONTRATO DE PARTICIPAÇÃO FINANCEIRA FIRMADO COM EMPRESA DE TELEFONIA.

RECURSO DA BRASIL TELECOM – PRELIMINAR DE LITISPENDÊNCIA NÃO CARACTERIZADA – AJUIZAMENTO ANTERIOR POR UM DOS AUTORES DE AÇÃO DE ADIMPLENTO CONTRATUAL – AUSÊNCIA DE PROVAS NO SENTIDO DE AS DEMANDAS VERSAREM SOBRE O MESMO TERMINAL TELEFÔNICO – ÔNUS QUE SE INCUMBE À EMPRESA DE TELEFONIA – EXEGESE DO ART. 333, II, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL – RECURSO DESPROVIDO NO PONTO.

Não basta a mera alegação de litispendência por parte da empresa de telefonia, mas sim a comprovação que efetivamente a parte autora ingressou em juízo com duas demandas que objetivam a complementação de obrigação contratual em relação à mesma linha telefônica. [...]

(Apelação Cível n. 2009.018325-3. Rel. Des. Paulo Roberto Camargo Costa, j. 18-6-09)

Bem como:

EXECUCIONAL – EMBARGOS DO DEVEDOR – ALEGAÇÃO DE LITISPENDÊNCIA INDEMONSTRADA – EXECUÇÃO FUNDADA EM AVAL – HABILITAÇÃO EM CONCORDATA INDEMONSTRADA E INEFICAZ PARA SUSTAR A EXECUÇÃO – EXECUÇÃO FUNDADA EM AVAL E DISCUSSÃO DA CAUSA

DEBENDI, QUANDO ADMISSÍVEL – EXIGIBILIDADE DE PROTESTO QUANTO AO AVAL – PENHORA DE BENS IMÓVEIS, NECESSIDADE DE DEPOSITÁRIO – MÚTUO BANCÁRIO – INEFICÁCIA DE CLÁUSULAS POTESTATIVAS – REDUÇÃO DO DÉBITO EXEQÜENDO PELA METADE DE SEU MONTANTE – INOCORRÊNCIA DE ILIQUIDEZ DO TÍTULO – SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA, ÔNUS PROCESSUAIS PELA METADE – REDUÇÃO DA VERBA HONORÁRIA DEVIDA AO CREDOR EXEQÜENTE – APELO PROVIDO PARCIALMENTE.

A inicial dos embargos deve vir devidamente instruída, para comprovar a ocorrência de litispendência, para tal, não basta notícia veiculada em apelação, da existência de outras execuções, contra os embargantes, promovidas pelo embargado, sem os elementos caracterizadores da prejudicial suscitada. Da mesma forma a existência de concordata e sua vinculação com o título exeqüendo, há de ser devidamente comprovada, documentalmente, bem como a vinculação do mesmo com o pacto adieto, sendo de se ponderar que a habilitação do crédito avalizado em concordata, não inibe o exercício da execucional, não sendo pertinente a discussão em embargos de execução fundada em aval, da *causa debendi* do débito avalizado, mas sim o seu pagamento, ou honrabilidade do aval, a falsidade de assinatura do avalista, ou seja, de se ver respeitada a autonomia do aval, com relação ao débito avalizado – A falta de protesto do aval não inibe o exercício de sua execução que também não se vê frustrada pela inoccorrência de nomeação de depositário, tratando-se de penhora que incide sobre bens imóveis.

Não é cumulável a comissão de permanência com a atualização monetária, sendo ineficaz, por potestativa a imposição de encargos, onerativos de débitos a critério de uma das partes.

(Apelação Cível n. 1988.084222-3, Rel. Des. Anselmo Cerello, data de julgamento indisponível, destacou-se).

Adite-se que, embora, como já visto, não tenha logrado êxito a Concordatária em comprovar a identidade entre a causa de pedir do intento expropriatório e a presente ação de habilitação, verifica-se a

ausência de similitude entre as partes envolvidas nas duas alterações, outro requisito cumulativo que deve ser preenchido para a constatação da clamada litispendência.

Isto é, compõe o polo ativo da ação de execução de n. 0150391-51.2006.8.26.0100, em curso na 33ª Vara Cível do Foro Central Cível da Comarca de São Paulo, detonada em 12-5-06, a Massa Falida do Banco Santos S.A. Já o polo passivo é integrado por Evaldo Niehues e Woimer Jose Back – avalistas e devedores solidários do ajuste de mútuo de n. 12764-7 (fls. 21-24) – com a presença dos seguintes interessados, Camilo Alberton e Arley José Felipe. Há, ainda, a presença de terceira interessada, Salete Crema Alberton.

Em contrapartida, a lide de habilitação de crédito em concordata preventiva – autos n. 0003109-42.2006.8.24.0010 – foi manejada em 29-9-06, pela Massa Falida de Banco Santos S.A. em desfavor de MB Molduras do Brasil Indústria e Comércio Ltda.

Portanto, por qualquer prisma que seja analisada a *quaestio*, inexistente a propalada litispendência.

Ora, não há que se falar em declaração de prevenção do Juízo da Comarca de São Paulo, em razão do pretérito manejo da demanda executiva.

2 Da concordata preventiva, da suscitada intempestividade da habilitação dos créditos e da habilitação retardatária

Advoga a Requerida, em compêndio: a) a intempestividade da demanda sob enfoque, eis que a Credora apenas propôs a habilitação de seu crédito após a homologação do quadro geral pelo Juízo da concordata e o início do adimplemento do grupo de credores; b) a inversão procedimental e os prejuízos decorrentes do deferimento da habilitação tardia do crédito da Apelada, na medida em que se instaurará “[...] uma barafunda procedimental que nem os princípios de processo civil serão aptos a solvê-

la sem que se incorra em uma inconstitucionalidade” (fl. 475); e c) caso mantida a habilitação do saldo da Requerente, a necessidade de intimação de todos os credores que já tiveram seus créditos pagos para devolver os valores recebidos, de forma a preservar o *pars conditio creditorum*.

Mais uma vez, razão não lhe assiste.

Ab initio, destaca-se que os arts. 80 e seguintes do Decreto-Lei n. 7.661/45 – Lei de Falências e Concordatas – preveem o procedimento da verificação de créditos, também denominado habilitação, no processo falimentar.

Não obstante, observada a regulamentação legal pertinente, tem-se que, *in casu*, por meio da presente “ação de habilitação de crédito”, caderno n. 0003109-42.2006.8.24.0010, a Autora objetiva, tão somente, a declaração de habilitação retardatária do seu crédito, já que não compõe a relação geral de credores estabelecida pelo Estado-Juiz no bojo dos autos n. 0004894-10.2004.8.24.0010.

Pois bem, o art. 98 do Diploma Falimentar até então aplicável ao caso em exame – Decreto-Lei n. 7.661/45 – regulamenta a declaração dos créditos retardatários. Haure-se do mencionado preceptivo legal:

Art. 98. 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.

1º O juiz determinará a intimação pessoal do falido e do síndico, os quais, com observância do disposto no art. 84 e no prazo de três dias para cada um, se manifestarão sobre o pedido, em seguida ao que o escrivão fará publicar aviso para que os interessados apresentem, dentro do prazo de dez dias, as impugnações que entenderem.

2º Decorrido o prazo para impugnação dos interessados, o escrivão fará vista dos autos ao representante do Ministério Público, que, no prazo de três dias, dará o seu parecer.

3º Com o parecer do representante do Ministério Público, os autos serão conclusos ao juiz para os fins previstos no artigo 92, cabendo, da sentença que julgar o crédito, recurso de apelação, que não terá efeito suspensivo.

4º Os credores retardatários não têm direitos aos rateios anteriormente distribuídos.

Em comentários a respeito do assunto, Manoel Justino Bezerra Filho assevera que:

Observe-se inicialmente que 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, as quais serão normalmente processadas, para fins de inclusão no quadro geral de credores, na categoria que a lei reserva para aquele crédito. A única restrição à qual se submete o credor retardatário é aquela do § 4.º deste mesmo art. 98, ou seja, o credor retardatário perde o numerário que lhe caberia nos rateios acaso já feitos anteriormente.

(Lei de falências comentada. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. p. 325, gizou-se).

Na mesma trolilha, Luiz Tzirulnik apregoa em suas ensinanças:

177. Habilitação de crédito retardatária. Declaração retardatária

Seja por incúria, retardamento da parte do credor ou por eventual lapso do síndico, existe a possibilidade de o credor deixar de habilitar-se no prazo determinado pelo juiz na sentença declaratória. Considerando, então, a regra absoluta de que o credor pode habilitar-se em qualquer fase do processo falimentar, antes do seu encerramento, o art. 98 da lei que vimos estudando permite que o credor o faça ainda que retardatariamente, encaminhando ao juiz petição onde estarão contidas as exigências estabelecidas no art. 82 da mesma lei, já referidas anteriormente. Em tal circunstância, todavia, o credor perderá os rateios que eventualmente já tiverem sido distribuídos, excetuando-se, naturalmente, casos em que o retardamento se deva a ato ou omissão do síndico, que se responsabilizará, como vimos, pessoalmente pelos prejuízos causados ao credor.

(*Direito falimentar*. 6ª ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 185, sublinhou-se).

Por fim, observam, de igual modo, 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*. São Paulo: LTr, 3ª ed., 1999. p. 575).

Assim, a habilitação do crédito de forma retardatária é admitida, pela antiga Lei de Regência, até o encerramento do processo falitário, desde que atendidos os requisitos previstos no art. 82 do mesmo Diploma, requisitos esses que se fizeram presentes na peça vestibular (fls. 1-29).

Com efeito, como bem afirmou a Ré em sua peça recursal, “[...] ainda que não haja a extinção formal do procedimento [leia-se, concordata preventiva], através de sentença declarando seu cumprimento, esta já ocorreu, até mesmo em razão do lapso temporal que separa o despacho concessivo e a presente data” (fl. 465), não se pôs fim, na acepção jurídica do termo, ao procedimento deferido à Apelante, o que torna perfeitamente viável a habilitação retardatária do crédito representado pelo ajuste de mútuo de n. 12764-7, entabulado entre as Partes.

Logo, não há falar, nesse viés, em intempestividade no pleito perseguido pela Demandante, já que se trata, como se ventilou alhures, de requerimento de habilitação retardatária de crédito em procedimento de concordata preventiva ainda não encerrado.

Noutro giro, incogitável sustentar que, com a manutenção do deferimento da habilitação do crédito indicado pela ora Apelada, haverá “[...] uma barafunda procedimental que nem os princípios de processo civil serão aptos a solvê-la sem que se incorra em uma inconstitucionalidade” (fl. 475).

Ora, se a presente demanda declaratória de habilitação de crédito respeitou todo o procedimento previsto nos § 1º a 4º do art. 98 da antiga Lei de Quebras, inexistente qualquer vício processual, tampouco constitucional, como faz crer a Inconformada.

A propósito, qualquer discussão acerca da viabilidade ou não de adimplemento do crédito habilitado em futura adição no quadro geral de credores foge aos limites da presente alteração, motivo pelo qual deve ser direcionada ao feito de n. 0004894-10.2004.8.24.0010.

Outrossim, sem guarida a afirmação da Ré no sentido de que a autorização de integração do crédito sob enfoque no quadro geral de credores causaria violação ao princípio da *pars conditio creditorum*. E, a razão para tal ilação dormita nas ordens das singelezas franciscanas.

O § 4º do art. 98 da Lei de Falências e Concordatas sobressai hialino ao dispor que: “Os credores retardatários não têm direitos aos rateios anteriormente distribuídos”.

Portanto, inexistente, como assevera a Concordatária, a obrigatoriedade de intimação de todos os credores que receberam seus pagamentos para que devolvam ao monte, a fim de garantir a equiparação dos pagamentos entre os mesmos.

A inteligência do aludido texto legal não deixa margem a qualquer interpretação tendenciosa ou distorcida. O credor que se habilitar retardatariamente receberá os rateios futuros, não podendo objetivar as parcelas já distribuídas aos credores indicados no quadro geral.

A única exceção à regra é a hipótese em que o retardamento se deva a ato ou omissão do Comissário, que se responsabilizará pessoalmente pelos prejuízos causados ao credor.

Destarte, pelo conjunto da obra e por tudo mais que consta nos autos, a manutenção do *decisum* vergastado é medida que se impõe.

3 Dos honorários advocatícios

Defende a Requerida a condenação da Recorrida ao pagamento dos honorários advocatícios no percentual de 20% (vinte por cento) sobre o valor da habilitação.

Ocorre que, calcando o pleito de inversão dos ônus sucumbenciais no acolhimento do Apelo, nenhuma modificação há de ser feita nessa seara, em face da manutenção *in totum* da prestação jurisdicional entregue pelo Juízo *a quo*.

4 Do prequestionamento

A Inconformada ainda requer que esta Corte Estadual enfrente expressamente as matérias delineadas no Reclamo, para fins de prequestionamento.

No entanto, é sabido que o julgador não está obrigado a se manifestar sobre todos os argumentos suscitados, tampouco sobre todos os dispositivos legais invocados, se o seu convencimento puder ser formado por intermédio de outros aspectos.

Este Pretório já se manifestou nessa toada:

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM APELAÇÃO CÍVEL – ALEGAÇÃO DE OMISSÃO RELATIVO [SIC] A FUNDAMENTAÇÃO DO JULGADO – INEXISTÊNCIA – FALTA DE NECESSIDADE DE ADUZIR TODAS AS QUESTÕES QUANDO RESOLVIDO O LITÍGIO – RECURSO IMPROVIDO.

“O julgador não está obrigado a responder um a um os pontos levantados pelas partes, nem a discorrer sobre os dispositivos de lei invocados, devendo decidir a lide conforme o seu convencimento, aplicando ao caso a norma legal que entender devida, inexistindo, pois, qualquer omissão a ser suprida.” (Embargos de declaração em apelação cível n. 06.010506-1, de Blumenau. Relator: Des. Volnei Carlin).

(Embargos de Declaração em Apelação Cível n. 2006.048559-8/0001.00,

Rel. Des. Sérgio Roberto Baasch Luz, j. 26-3-08).

Em remate, estando a decisão devidamente fundamentada, não haverá óbice em eventual ausência de manifestação expressa acerca de determinado argumento ou dispositivo de lei em específico.

É o quanto basta.

Ante o exposto, por unanimidade, nega-se provimento ao Recurso.

QUINTA CÂMARA DE DIREITO COMERCIAL

Apelação cível n. 0004038-93.2013.8.24.0054

Relator: Des. Jânio Machado

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE RESCISÃO CONTRATUAL CUMULADA COM PERDAS E DANOS. CONTRATO VERBAL DE PRODUÇÃO TÊXTIL TERCEIRIZADA. INOBSERVÂNCIA DO PRAZO ESTABELECIDO PARA DEVOLUÇÃO DAS PEÇAS MANUFATURADAS. ALEGAÇÃO DE DESCUMPRIMENTO CONTRATUAL. ÔNUS PROBATÓRIO. APLICABILIDADE DO ARTIGO 333 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 1973, CORRESPONDENTE AO ARTIGO 373 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015. DEPÓSITO JUDICIAL DO PREÇO DO SERVIÇO. PAGAMENTO INTEGRAL A SER CONCRETIZADO APÓS A CONFERÊNCIA DA QUALIDADE DO PRODUTO FINAL. ORDEM JUDICIAL DE ENTREGA. DEVOLUÇÃO PARCIAL DO MATERIAL. RETENÇÃO DO PRODUTO ENTREGUE PARA A FACÇÃO COMO FORMA DE COBRANÇA DO VALOR INTEGRALMENTE AJUSTADO. DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO CONTRATUAL EVIDENCIADO. EXERCÍCIO DA AUTOTUTELA NÃO AUTORIZADO POR LEI. DIVERGÊNCIA QUANTO AO NÚMERO DE PEÇAS DEVOLVIDAS E SUA QUALIDADE. LIQUIDAÇÃO DE SENTENÇA PELO PROCEDIMENTO COMUM. ARTIGO 509, INCISO II, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015. DECISÃO MANTIDA POR SEUS PRÓPRIOS FUNDAMENTOS. FIXAÇÃO DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS EM RAZÃO DO TRABALHO REALIZADO EM GRAU DE RECURSO PELO ADVOGADO DA APELADA. ARTIGO 85, § 11, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015. RECURSO DESPROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de apelação cível n. 0004038-93.2013.8.24.0054, da comarca de Rio do Sul (2ª Vara Cível), em que é apelante Luis Carlos Dutra ME, e apelada Laibel Confecções Ltda.:

A Quinta Câmara de Direito Comercial decidiu, por unanimidade, negar provimento ao recurso. Custas legais.

O julgamento, realizado no dia 1º de dezembro de 2016, foi presidido pelo desembargador Cláudio Barreto Dutra, com voto, e dele participou a desembargadora Soraya Nunes Lins.

Florianópolis, 5 de dezembro de 2016.

Jânio Machado
RELATOR

RELATÓRIO

Laibel Confecções Ltda. ajuizou “ação ordinária de rescisão de contrato c/c perdas e danos com pedido de tutela antecipada” contra AR Confecções Ltda. sustentando, em resumo, que, mediante contrato verbal de produção têxtil terceirizada, entregou três lotes de peças para facção, sendo que a requerida não cumpriu o prazo para devolução do material manufaturado e nega-se a devolver as peças, o que vem prejudicando a autora, que possui prazos para entrega das mercadorias às redes Pernambucanas e Marisa, para comercialização. Assim, pleiteou: a) a antecipação dos efeitos da tutela para a imediata devolução das peças, oferecendo como garantia o depósito do valor ajustado pela prestação do serviço de facção; b) a rescisão contratual e c) a reparação dos danos materiais, a serem apurados de acordo com o estado das peças devolvidas.

A antecipação da tutela foi deferida e as peças foram devolvidas (fls. 103/104).

Luis Carlos Dutra ME apresentou contestação como sucessora da requerida (fls. 109/123), que foi impugnada (fls. 171/174).

Foi determinada a retificação do polo passivo da lide e deferida a produção da prova oral pretendida (fl. 177).

Nas audiências designadas, foram ouvidas 1 (uma) testemunha da requerida e 1 (uma) informante da autora (fls. 196/198, 261/262 e 266). Após a apresentação de alegações finais (fls. 269/270 e 274/276), o digno magistrado Rafael Gremer Condé prolatou sentença (fls. 277/279), o que fez nos seguintes termos:

“Ante o exposto, com fundamento no artigo 487, inciso I, do Código de Processo Civil, JULGO PROCEDENTE o pedido formulado na inicial por Laibel Confecções Ltda. em face de Luis Carlos Dutra ME, ambos devidamente qualificados, para, tornando definitiva a antecipação de tutela concedida às fls. 95/96:

- a) rescindir o contrato verbal relacionado nos autos;
- b) condenar o demandado ao pagamento de danos materiais, o qual deverá ser apurado mediante liquidação de sentença (art. 509, II, do nCPC).

Condene ainda o réu ao pagamento das custas processuais, do mesmo modo que os honorários advocatícios sucumbenciais, que arbitro em 10% (dez por cento) do valor do contrato (art. 85, § 2º, do CPC).

Com o trânsito em julgado e decorridos seis meses, sem que seja postulado o cumprimento da sentença, arquivem-se, com as devidas anotações e baixa na estatística.

Publique-se. Registre-se. Intimem-se.”

Inconformada, a requerida interpôs recurso de apelação cível (fls. 283/292) defendendo que a retenção das peças deu-se pela falta de pagamento do serviço prestado, impugnando os termos constantes do auto de devolução, que não pode servir para liquidação de sentença, e postulando a condenação da apelada ao pagamento de indenização por dano material.

Com a resposta da apelada (fls. 297/300), os autos vieram a esta Corte.

VOTO

A peça do recurso não se fez acompanhar do correspondente preparo. Ainda assim, o recurso é conhecido, validando-se a declaração de hipossuficiência de fl. 293, que não mereceu qualquer crítica por parte do apelado (ver resposta de fls. 297/300).

Inicialmente, registra-se que o pedido recursal de condenação da autora apelada ao pagamento de indenização por dano material suportado pela apelante requerida em face do inadimplemento contratual é manifestamente incabível, pois não formulado a tempo e modo no primeiro grau (artigos 515 e 517 do Código de Processo Civil de 1973, correspondentes aos artigos 1.013 e 1.014 do Código de Processo Civil de 2015).

A decisão de primeiro grau analisou detalhadamente a prova produzida nos autos e não merece qualquer reparo. Com a vênua do ilustre magistrado, não sendo ignorado o disposto no artigo 150 do Regimento Interno da Casa, é ela aqui transcrita como fundamento para a sua manutenção:

“2. Trata-se de pretensão de rescisão contratual ajuizada por Laibel Confecções Ltda. em face de Luis Carlos Dutra ME, em que o autor busca a tutela jurisdicional com o intuito de ter rescindido contrato verbal para a costura de peças em razão do inadimplemento contratual pelo réu.

A situação dos autos é bastante clara, eis que o réu confirma que não entregou as peças no prazo contratato para coagir o autor a quitar pelo menos parte do saldo devedor.

Ocorre que tal medida é ilegal, sobretudo ante a falta de disposição legal que a permita, vislumbrando-se um abuso de direito que, per si, impõe a rescisão contratual.

Sobre o tema, colhe-se da jurisprudência:

‘APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO INDENIZATÓRIA. REMESSA DE MERCADORIAS À AUTORA POR MEIO DA RÉ. RECEBIMENTO DOS PRODUTOS PELA REQUERIDA E RETENÇÃO DOS MESMOS EM RAZÃO DE DÉBITO EXISTENTE ENTRE AS PARTES, DECORRENTE DE ANTERIOR FRETE. UTILIZAÇÃO DO EXPEDIENTE COMO COAÇÃO PARA PAGAMENTO DA DÍVIDA. ABUSO DE DIREITO EVIDENCIADO. ATO ILÍCITO CARACTERIZADO. CC, ART. 187. AFIRMATIVA DE OCORRÊNCIA DE DANOS MORAIS. PESSOA JURÍDICA COMO SUPOSTA VÍTIMA. NECESSIDADE DE PROVA. PRECEDENTES DO STJ. FEITO JULGADO ANTECIPADAMENTE. INVIABILIDADE. ANULAÇÃO, DE OFÍCIO, DA SENTENÇA. RETORNO DOS AUTOS À ORIGEM PARA ABERTURA DA INSTRUÇÃO PROCESSUAL. (TJSC, Apelação Cível n. 2014.081423-7, de Jaraguá do Sul, rel. Des. Sérgio Izidoro Heil, j. 05-03-2015)’.

‘APELAÇÃO CÍVEL. CONTRATO DE TRANSPORTE DE MERCADORIAS. MEDIDA CAUTELAR DE BUSCA E APREENSÃO COM PEDIDO LIMINAR. RETENÇÃO DA CARGA TRANSPORTADA COMO MEIO DE COERÇÃO AO PAGAMENTO. AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL. É caso de ser mantida a sentença de procedência da medida cautelar de busca e apreensão, pois a retenção das mercadorias como forma de coagir a autora ao pagamento dos fretes inadimplidos é medida que não possui respaldo no ordenamento jurídica, possuindo o credor os meios próprios para tanto. APELO DESPROVIDO. (Apelação Cível Nº 70056824451, Décima Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Ana Lúcia Carvalho Pinto Vieira Rebout, Julgado em 30/10/2014).’

Se não bastasse, a própria ex-funcionária da empresa ré, Sra. Vanessa Priscila Brassiani (fl. 197), disse que no dia do cumprimento da medida antecipatória deferida nesses autos, foram finalizadas uma série de peças, demonstrando que aquilo contratado não estava sequer pronto na ocasião da retenção.

Demais disso, a testemunha, Sra. Mirela Rebelo Assunção Lopes (fl. 262), afirmou que nem todas as peças entregues para costura foram devolvidas.

Assim, evidente o descumprimento contratual, o que determina a sua rescisão.

Por fim, as questões atinentes aos danos materiais, como a quantidade de peças devolvidas em relação àquelas originalmente remetidas, diferença de qualidade, possibilidade ou não de venda e, por consequência a existência de saldo credor ou devedor, deverá ser verificada em sede de liquidação de sentença, nos termos do artigo 509 e ss. do Código de Processo Civil.” (os grifos estão no original, fls. 278/279).

Recorde-se que, em havendo afirmação de descumprimento da relação contratual quanto ao pagamento, o ônus probatório recai sobre o pretense credor (artigo 333, inciso II, do Código de Processo Civil de 1973, correspondente ao artigo 373, inciso II, do Código de Processo Civil de 2015):

“Adotou o legislador método aparentemente simples de atribuição do encargo probatório a cada uma das partes, mas que encobre não poucas dificuldades; assim, em princípio cabe ao autor a prova dos fatos constitutivos de seu direito (inciso I) e ao réu a prova dos fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito da parte contrária (inciso II).

(...)

Coisa diversa, entretanto, é cogitar a parte não propriamente de negar o fato porventura afirmado pela outra, mas de afirmar um segundo fato ou circunstância, contemporâneo ou posterior àquele, que ao invés de excluir o primeiro tome por pressuposto sua realidade, mas que de alguma forma sobre ele interfira, impedindo a produção de seus efeitos naturais, modificando-os ou mesmo extinguindo-os (não por outro motivo, fala o art. 333, II, em limitações relativamente ao direito alheio, partindo-se pois de sua potencial existência, e por conseguinte da do fato que lhe serviu de base); nesses casos, o ônus da demonstração do aspecto secundário será da parte que o tenha alegado. Exemplos de fatos impeditivos do direito alheio são a nulidade do negócio, por alegada incapacidade da parte no momento de sua formação, ou a ocorrência de fraude à execução (impedimentos inerentes aos próprios atos; não se

alega que os negócios, no plano fático, não tenham existido, mas que não podem produzir efeitos ou gerar direitos ao outro contratante ou a terceiros em razão dos vícios apontados); do mesmo modo, a obtenção, pelo devedor, de concordata (impedimento superveniente), afetando a imediata exigibilidade do crédito. Como fatos modificativos podem ser citadas a transação ou a remissão parcial da dívida, e, finalmente, como fatos extintivos, o pagamento, a novação, a compensação e mesmo a decadência (quanto à prescrição, por não implicar o perecimento do direito material propriamente dito, mas apenas afetar a possibilidade de seu exercício em juízo, melhor se enquadra como fato impeditivo).” (MARCATO, Antonio Carlos {Coord.}. *Código de processo civil interpretado*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 1.059-1.060).

Se não restou produzida prova de que o pagamento deveria ter sido feito antes da devolução e conferência das peças a serem manufaturadas – ônus da apelante –, não se pode reconhecer o suposto inadimplemento contratual da apelada, que autorizaria a apelante a escusar-se de efetivar sua obrigação contratual, por não ter a outra contratante cumprido com aquilo que lhe competia (exceção do contrato não cumprido), nos termos dos artigos 476 e 477 do Código Civil.

Ademais, em seu recurso, a própria apelante, embora não tenha produzido prova em seu favor, “reitera que deixou de entregar por falta de pagamento” e, na sequência, prossegue dizendo que “diante uma situação de medo do não recebimento das demais confecções realizadas, reteve a mercadoria” (fl. 285). Tal comportamento é manifestamente indevido e contrário ao entendimento da Casa, no sentido de que “a retenção do bem com a finalidade de compelir o proprietário ao pagamento de dívida configura exercício de autotutela fora dos casos autorizados por lei.” (apelação cível n. 0026842-16.2007.8.24.0038, de Joinville, Segunda Câmara de Direito Civil, relator o desembargador Sebastião César Evangelista, j. em 20.10.2016).

Como visto, o atraso da apelante restou comprovado, tanto que no dia da apreensão das peças as costureiras ainda estavam trabalhando

nelas (depoimento testemunhal em mídia com gravação audiovisual de fl. 198). Por outro lado, a falta de pagamento, além de não provada, mostrou-se superada, pois a apelada depositou, já ao ajuizar a ação, os valores das notas (R\$ 13.870,40, fl. 91) e a apelante recebeu parte significativa do valor (R\$ 13.000,00, fl. 166). A divergência que persiste em relação à diferença devida (número de peças e sua qualidade), como dito na sentença, será equacionada em liquidação, “pelo procedimento comum” (artigo 509, inciso II, do Código de Processo Civil de 2015), inclusive com a possibilidade de produção de prova, lembrando-se que a contagem e a conferência das peças foram feitas por perito, acompanhado pelo oficial de justiça, este que possui fé pública.

Com essas considerações, o recurso é desprovido e, em razão da necessidade de remunerar o trabalho realizado em grau de recurso pelo advogado da apelada (§ 1º e 11 do artigo 85 do Código de Processo Civil de 2015), os honorários advocatícios arbitrados na sentença são majorados em 1% (um por cento), o que se faz em atenção aos limites e aos parâmetros estabelecidos no § 2º do artigo 85 do Código de Processo Civil de 2015, não se olvidando do disposto no artigo 98, § 3º, do Código de Processo Civil de 2015.

Por último, não se faz necessária “a manifestação expressa sobre todos os argumentos apresentados pelos litigantes” e, tampouco, a “menção expressa dos dispositivos infraconstitucionais tidos como violados” (AgRg no REsp. 1.480.667/RS, rel. min. Mauro Campbell Marques, j. em 18.12.2014).

GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO PÚBLICO

Apelação n. 0019667-89.2012.8.24.0039, de Lages

Relator: Desembargador João Henrique Blasi

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DESAPROPRIATÓRIA. IMPLEMENTAÇÃO DE USINA HIDRELÉTRICA (UHE GARIBALDI). DESVALORIZAÇÃO DA ÁREA REMANESCENTE. ELEMENTO A SER CONSIDERADO NA FIXAÇÃO DO QUANTUM INDENIZATÓRIO A TEOR DO ART. 27 DO DECRETO-LEI N. 3.365/41. DISCUSSÃO ACERCA DA DEPRECIÇÃO DOS ACESSÓRIOS (BENFEITORIAS NÃO REPRODUTIVAS). LAUDO CRITERIOSO CALCADO NOS ELEMENTOS COLHIDOS *IN LOCO*. SENTENÇA MANTIDA. RECURSO DESPROVIDO.

I. “Na interpretação do art. 27 do DL 3.365/41, seja na desapropriação direta, seja na indireta, devem ser considerados para estimativa do valor da indenização os diversos itens indicados no dispositivo, dentre os quais a desvalorização ou depreciação da área remanescente.” (STJ – Recurso Especial 447.377/SP, rel^a. p/ acórdão Min^a Eliana Calmon, 2^a Turma, j. em 6.9.2007, DJ 3.10.2007).

II. “[...] na ação de desapropriação [...] o laudo de avaliação do bem expropriado, desde que elaborado com critérios razoáveis pelo perito judicial, deve ser acolhido como parâmetro para a fixação da justa indenização.” (TJSC – Apelação Cível n. 2009.057450-2, de Palmitos, rel. Des. Ricardo Roesler). Foi o que sucedeu no caso concreto, inclusive quanto às denominadas “benfeitorias não reprodutivas”, eis que dimensionadas criteriosamente, à luz dos elementos coligidos *in loco*.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação n. 0019667-89.2012.8.24.0039, da comarca de Lages, Vara da Fazenda Ac. Trabalho e Reg. Públicos, em que é apelante Rio Canoas Energia S/A e apelado Espólio de Natalício Ribeiro da Silva.

A Segunda Câmara de Direito Público decidiu, à unanimidade de votos, negar provimento ao recurso. Custas legais.

Participaram do julgamento, realizado nesta data, os Exmos. Srs. Desembargadores Sérgio Roberto Baasch Luz e Cid Goulart.

Florianópolis, 30 de agosto de 2016.

Desembargador João Henrique Blasi
RELATOR E PRESIDENTE

RELATÓRIO

Rio Canoas Energia S/A, via Advogado Renato da Silva Marques, interpôs apelação ante sentença proferida pelo Juiz Geraldo Corrêa Bastos (fls. 289 a 292), que, em ação desapropriatória por ela aforada contra Espólio de Natalício Ribeiro da Silva, representado pelo Advogado Rodrigo Goetten de Almeida, assim decidiu:

[...] JULGO PROCEDENTE o pedido formulado na presente AÇÃO DE DESAPROPRIAÇÃO, para: a) declarar desapropriada a área de 11.379,00 m² da transcrição sob nº 13.940 do 2º Ofício de Registro de Imóveis de Lages; b) fixo como valor da indenização a quantia de R\$ 125.501,40 (cento e vinte cinco mil, quinhentos e um reais e quarenta centavos), de acordo com o laudo pericial judicial; c) Correção monetária pelo INPC, incide a partir da data do laudo pericial; d) Juros moratórios de 6% ao ano, devendo incidir a partir do trânsito em julgado; e) juros compensatórios 12%, serão calculados a partir da efetiva ocupação do imóvel e, em consequência, resolvo o mérito, nos termos do art. 269, I CPC.

Honorários advocatícios fixados no percentual de 5% sobre o valor da diferença do valor ofertado e a condenação, nos termos do art. 27, § 1º do Decreto-lei nº 3.365/41; [...] (fls. 291 e 292)

Malcontente, a concessionária apelante sustenta, em epítome, que o *expert* nomeado, ao valorar as benfeitorias não reprodutivas, deixou de

computar a depreciação a elas inerente, considerando-as como se novas fossem, além de ter incluído, indevidamente, no *quantum* indenizatório, o montante relativo à desvalorização da área remanescente (fls. 294 a 298).

Foram expendidas contrarrazões (fls. 303 a 307).

O Ministério Público conferiu caráter formal à sua intervenção (fls. 315 a 317).

É, no essencial, o relatório.

VOTO

De antemão, esclareço não estar a sentença sujeita ao reexame necessário estatuído pelo art. 28, § 1º, do Decreto-lei n. 3.365/41 e pelo art. 475, inc. I, da antiga Lei Processual Civil, com correspondência no art. 496 do *novel Codex Instrumentalis*, por ser a expropriante sociedade anônima de direito privado, entidade que não se enquadra no conceito de Fazenda Pública (TJSC – AC n. 2014.005993-4, de Criciúma, rel. Des. Jorge Luiz de Borba, j. 8.3.2016; AC n. 2011.072902-5, de Chapecó, rel. Des. Ricardo Roesler, j. 26.2.2015; e STJ – REsp n. 996.203/SP, rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j. 15.3.2011).

Passo, de pronto, à análise do recurso voluntário.

Examino, por primeiro, a insurgência contrária à computação, no importe indenizatório, da desvalorização da área remanescente.

E anoto que deve ser rejeitada, a teor do que estabelece o art. 27 do Decreto-Lei n. 3.365/1941, que rege o instituto da desapropriação, na senda de pronunciamento do Superior Tribunal de Justiça assim vazado:

PROCESSO CIVIL – RECURSO ESPECIAL – ADMISSIBILIDADE
– INDENIZAÇÃO – DESAPROPRIAÇÃO INDIRETA – ÁREA
REMANESCENTE – PEDIDO IMPLÍCITO.

[...]

2. Na interpretação do art. 27 do DL 3.365/41, seja na desapropriação direta, seja na indireta, devem ser considerados para estimativa do valor da indenização os diversos itens indicados no dispositivo, dentre os quais a desvalorização ou depreciação da área remanescente.

3. Como a depreciação da área remanescente já faz parte da estimativa oficial, ao deixar o desapropriado de pedir, na inicial, a indenização por esse item, não fica o juiz impedido de considerá-lo, por ser visto como pedido implícito.

4. Retorno dos autos para exame e inclusão do valor da área remanescente na estimativa da indenização. 5. Recurso do município não conhecido e conhecido em parte e provido o recurso da empresa. (REsp 447.377/SP, rel^a p/ o acórdão Min^a Eliana Calmon, 2^a Turma, j. 6.9.2007, DJ de 3.10.2007 – negritei).

No mesmo compasso tem decidido esta Corte. Veja-se:

CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. DESAPROPRIAÇÃO INDIRETA. CONSTRUÇÃO DE CAPELA MORTUÁRIA NA PARTE FRONTAL DO IMÓVEL. PROCEDÊNCIA DA PRETENSÃO. DESVALORIZAÇÃO DA ÁREA REMANESCENTE. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

01. Nas ações de desapropriação, direta ou indireta, no arbitramento do *quantum* da indenização deve ser considerada a “valorização ou depreciação de área remanescente, pertencente ao réu” (Decreto-Lei n. 3.365/1941, art. 27) (STJ, REsp n. 447.377, Min. Eliana Calmon; TJSC, AC n. 2012.043182-4, Des. Carlos Adilson Silva; AI n. 2007.024729-0, Des. Francisco Oliveira Filho). [...] (AC n. 2012.030912-5, de São José, rel. Des. Newton Trisotto, 1^a Câmara de Direito Público, j.10.12.2013 – negritei).

Está, pois, patenteada, a desfavor da pretensão recursal, a indenizabilidade pela desvalorização/depreciação da área remanescente.

Quanto às benfeitorias não reprodutivas pretende a apelante reformar a sentença apostrofada em ordem a que sejam considerados,

para fim indenizatório, os valores contidos no laudo de avaliação que fez adunar à petição inicial (fl. 75).

Para tanto argumenta que “*o expert avaliou as benfeitorias como se novas fossem, e ainda utilizando apenas os valores pesquisados pela parte Apelante, ele simplesmente além de não aplicar a depreciação e não fazer uma pesquisa de preço na região [...] não justificou o porquê de não aplicar a depreciação nessa situação*” (fl. 297).

Segundo o experto nomeado pelo Juízo *a quo* “*houve a demolição de parte dos acessórios da propriedade, portanto sem possibilidade deste perito classificar o grau de depreciação dos acessórios. Razão pela qual, este perito apresenta o valor máximo disponibilizado pela empresa Rio Canoas Energética S.A.*” (fl. 210 – quesito 5).

Isso se deveu ao fato de a autora/apelante, buscando dar concretude ao cronograma por ela estabelecido para a construção da reportada usina hidrelétrica, ter requerido a imediata imissão na posse, que foi, de pronto, deferida, condicionada, tão só, ao depósito prévio (fls. 111 e 112), e tendo sido este efetuado, a imissão veio a lume (decisão de fl. 122), cumprida em 19.6.2013 (fl. 170), ao passo que a inspeção de campo, promovida pelo perito, ocorreu em 9.7.2013 (fl. 189), ou seja, quando a empresa já estava executando os trabalhos na área a ser inundada e, como conseqüência, já removera parte dos acessórios (fl. 210 – quesito 5).

O laudo pericial (fls. 185 a 217), por isso, no tocante aos acessórios não reprodutivos, louvou-se nos elementos disponíveis quando da vistoria *in loco*, e quantificou valor razoável, devidamente justificado.

Afigura-se-me ser este o valor correto, uma vez que o *expert* exerceu seu *munus* criteriosamente, apontando valor justo.

Aliás, como bem argumentou o Magistrado sentenciante:

Destaque-se que para fixar o valor da justa indenização utilizar-se-á o laudo do perito do juízo tendo em vista que a perícia foi feita

com visitação *in loco*, na área desapropriada [conforme fotografias juntadas ao laudo pericial], ainda, o laudo do perito foi elaborado com total imparcialidade, utilizando-se de critérios objetivos para realizar a avaliação do bem expropriado.

Hely Lopes Meirelles leciona que “*existindo divergência entre a oferta do Poder Público e a pretensão do particular, a controvérsia se resolverá em juízo, mediante avaliação por perito técnico de livre escolha do Juiz, conforme dispõe o art. 14 do Decreto-lei 3.365/41, com as modificações subseqüentes (Direito Administrativo Brasileiro, 24^a Edição, 1999, Editora Malheiros, pág. 554)*”

Desta forma, verifica-se que o laudo pericial do perito do juízo, foi claro e objetivo na avaliação da área desapropriada, sendo que chegou a uma justa indenização da área desapropriada, por decorrência, não é adequado a utilização do paradigma dos autos nº 039.12.020295-4 foi referente a outro processo, portanto outro imóvel tendo características distintas deste processo.

Da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça: “*O laudo oficial ocupa grande relevância no processo judicial de desapropriação, porquanto apresenta elaboração criteriosa da quantificação do valor indenizatório*” (STJ, AgRg no AREsp 500108/PE, relator Ministro HUMBERTO MARTINS, j. 07/08/2014).

No mesmo norte, o Tribunal de Justiça de Santa Catarina: “*O laudo pericial, elaborado por perito judicial, com base em critérios técnicos, de pesquisa e avaliação sobre as condições do bem expropriado, deve ser utilizado como parâmetro para se decidir sobre as questões atinentes ao imóvel em litígio.*” (TJSC, Apelação Cível n. 2013.007488-5, rel. Des. Sérgio Roberto Baasch Luz, j. 01-04-2014).

Ante o exposto, considerado os critérios elaborados no laudo pericial judicial, concernente a análise das características da área desapropriada, determinação do valor do imóvel, constata-se que o laudo de avaliação do bem expropriado foi elaborado com critérios razoáveis pelo perito judicial deve ser acolhido como parâmetro para a fixação da justa indenização. (fls. 290 e 291 – destaquei)

Do escólio de Celso Antônio Bandeira de Mello, muito a propósito, colhe-se que:

Indenização justa, prevista no art. 5º, XXIV, da Constituição, é **aquela que corresponde real e efetivamente ao valor do bem expropriado, ou seja, aquela cuja importância deixe o expropriado absolutamente indene, sem prejuízo algum em seu patrimônio**. Indenização justa é aquela que se consubstancia em importância **que habilita o proprietário a adquirir outro bem perfeitamente equivalente e o exime de qualquer detrimento**. (*in* Curso de Direito Administrativo. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 592 – negritei)

Logo, o acertado laudo pericial deve ser tido como baliza para o dimensionamento do valor indenizatório, inclusive no dizente com os referidos acessórios, na senda de precedentes desta Corte. Veja-se:

[...] na ação de desapropriação indireta o laudo de avaliação do bem expropriado, desde que elaborado com critérios razoáveis pelo perito judicial, deve ser acolhido como parâmetro para a fixação da justa indenização. (AC n. 2009.057450-2, de Palmitos, rel. Des. Ricardo Roesler).

A justa indenização, no processo expropriatório, encontra maior peso e credibilidade quando baseada em laudo técnico de perito oficial, que aponta estimativa razoável e desinteressada, observando-se o valor real e do momento da avaliação no mercado imobiliário, a fim de que seja assegurada a justiça e imparcialidade necessárias à prestação jurisdicional. (AC n. 2001. 017667-0, da Capital, rel. Des. Volnei Carlin).

Frente ao expendido, impõe-se chancelar a sentença, desprovendo o recurso.

É como voto.

Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas n. 0302355-11.2014.8.24.0054/50000, de Rio do Sul

Relator: Desembargador Ronei Danielli

INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDA REPETITIVA – IRDR. SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE. DISPENSAÇÃO DE MEDICAMENTOS E TERAPIAS PELO PODER PÚBLICO. DISTINÇÃO ENTRE FÁRMACOS PADRONIZADOS DOS NÃO COMPONENTES DAS LISTAGENS OFICIAIS DO SUS. NECESSÁRIA REPERCUSSÃO NOS REQUISITOS IMPRESCINDÍVEIS AO NASCIMENTO DA OBRIGAÇÃO POSITIVA DO ESTADO.

1. Teses Jurídicas firmadas:

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

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

2. Aplicação ao caso concreto:

2.1 Recursos do Município e do Estado conhecidos e parcialmente providos para excluir da condenação o fornecimento dos fármacos não padronizados.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas n. 0302355-11.2014.8.24.0054/50000, da comarca de Rio do Sul Vara da Faz. Pública, Ac. do Trabalho e Reg. Pub. em que é Requerente Estado de Santa Catarina e Requerido Luiz Carlos da Silva.

O Grupo de Câmaras de Direito Público decidiu, por maioria dos votos, julgar o IRDR, nos seguintes termos: 1. Teses Jurídicas firmadas:

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

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

2. Aplicação ao caso concreto:

2.1 Recursos do Município e do Estado conhecidos e parcialmente providos para excluir da condenação o fornecimento dos fármacos não padronizados.

Vencido o Des. Ricardo Roesler, apenas no ponto 1.1 (2).

Participaram do julgamento, realizado nesta data: Exmo. Sr. Desembargador Sérgio Baasch Luz, Exmo. Sr. Desembargador César Abreu, Exmo. Sr. Desembargador Cid Goulart, Exmo. Sr. Desembargador João Henrique Blasi, Exmo. Sr. Desembargador Jorge Luiz de Borba, Exmo. Sr. Desembargador Luiz Fernando Boller, Exmo. Sr. Desembargador Ricardo Roesler, Exmo. Sr. Desembargador Carlos Adilson Silva, Exmo. Sr. Desembargador Edemar Gruber, Exmo. Sr. Desembargador Paulo Ricardo Bruschi.

Presidiu a sessão de julgamento, com voto, o Exmo. Sr. Desembargador Pedro Manoel Abreu.

Florianópolis, 09 de novembro de 2016.

Desembargador Ronei Danielli
Relator

RELATÓRIO

Luis Carlos da Silva promoveu, perante a Vara da Fazenda Pública, Acidentes do Trabalho e Registros Públicos da comarca de Rio do Sul, ação de obrigação de fazer contra o Estado de Santa Catarina e o Município de Agronômica, objetivando o fornecimento dos medicamentos *Vildagliptina + Metformina (GalvusMet)*, *Levotiroxina*, *Ezetimiba + Sinvastatina e Carvedilol*, por ser portador de *Diabetes Melito* Tipo II (CID 10:E11 e E 10.5), hipertensão, dislipidemia e hipotireoidismo.

Deferida a antecipação de tutela, foi determinada a distribuição gratuita dos fármacos especificados na petição inicial e possibilitado o sequestro de valores no caso de descumprimento.

Citado, o Município invocou, preliminarmente, sua ilegitimidade passiva. No mérito, aduziu inexistir orçamento para custear as substâncias excepcionais. Pugnou, ao final, pela realização de prova testemunhal e pericial.

O ente estatal, por seu turno, defendeu, preliminarmente, a ausência de interesse de agir quanto aos fármacos Carvedilol, Levotiroxina e Glicazida porquanto fornecidos pelo Programa de Assistência Farmacêutica na Atenção Básica. No mérito, sustentou a impossibilidade de fornecimento de medicação distinta da padronizada nos programas oficiais, havendo alternativa terapêutica disponibilizada pelo SUS. Argumentou, ainda, a incompatibilidade da receita médica emitida por profissional particular com a Recomendação da COMESC n. 01 de 30.07.2012, a indispensabilidade da realização de perícia, a falta de provas quanto à hipossuficiência do postulante e necessidade da fixação de contracautela.

Realizado o exame pericial, o Magistrado Edison Zimmer julgou procedente o pedido para, ratificando a liminar, condenar os réus ao fornecimento dos insumos, sob pena de “*multa mensal no valor equivalente a dois meses de uso dos medicamentos, a serem adquiridos nas farmácias da região, valor este que será sequestrado dos cofres [...], mediante comprovação dos gastos*”. Fixou, a título de contracautela, as seguintes medidas: I) o fornecimento dos fármacos ao paciente ou a familiar autorizado; II) a obrigação do autor informar seu endereço residencial e de escritório do seu advogado ao setor administrativo onde recebe os medicamentos; III) comunicar a alteração do domicílio, bem como noticiar imediatamente a interrupção ou suspensão do tratamento, devendo devolver a medicação excedente recebida. Possibilitou aos requeridos exigir a comprovação da necessidade dos remédios, a cada quadrimestre. Por fim, condenou-os ao pagamento dos honorários advocatícios, fixados em R\$ 1.000,00 (um mil reais), sendo 50% para cada demandado.

Irresignado, o Estado apelou, apontando a ausência de interesse de agir quanto aos medicamentos padronizados, aduzindo, quanto aos demais, que o requerente possui rendimentos suficientes para arcar com seu custo, não tendo se desincumbido do seu ônus de comprovar sua

hipossuficiência, a teor do art. 333, I, do Código de Processo Civil de 1973. Por fim, pugnou pelo prequestionamento dos dispositivos legais debatidos.

Apelou também o Município, alegando não possuir recursos suficientes para atender à condenação solidária, apontando a escassez de suas receitas e as prioridades sociais a que se sujeita.

Apresentadas contrarrazões, os autos ascenderam a esta Egrégia Corte de Justiça.

Lavrou parecer pela Douta Procuradoria-Geral de Justiça a Exm^a. Sr^a. Dr^a. Gladys Afonso, opinando pelo conhecimento e desprovemento da remessa e do recurso voluntário do Estado.

O processo foi retirado de pauta, tendo em vista conter no âmbito da discussão questão altamente polêmica, revelando a pesquisa jurisprudencial nesta Corte certa discrepância entre seus órgãos fracionários.

Com isso em mente, no intuito de evitar mais decisões conflitantes, optou-se por afetar o presente julgamento ao Grupo de Câmaras de Direito Público a fim de viabilizar o enfrentamento da questão de fundo trazida pelo recurso, uniformizando-a.

Admitido o processamento do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas pelo Grupo de Câmaras de Direito Público, na sessão de julgamento de 11 de maio de 2016, deu-se cumprimento ao disposto nos artigos 979, 982 e 983 do Código de Processo Civil, suspendendo todos os processos pendentes (individuais e coletivos) versando sobre a temática e intimando o Ministério Público, assim como as partes, para as respectivas manifestações.

Em tempo, oficiou-se, com cópias do despacho e do acórdão autorizativo da instauração do IRDR, às entidades a seguir relacionadas, facultando-lhes a ampla participação no debate, mediante juntada

de documentos, requisição de diligências ou mesmo indicação de especialistas na eventualidade de futura realização de Audiência Pública: Secretaria de Estado da Saúde de Santa Catarina; Assembleia Legislativa do Estado de Santa Catarina; Tribunal de Contas do Estado de Santa Catarina; Ordem dos Advogados do Brasil, Seccional de Santa Catarina (OAB/SC); Defensoria Pública do Estado de Santa Catarina; Programa de Proteção e Defesa do Consumidor – Procon de Santa Catarina; Federação Catarinense de Municípios – FECAM; Associação Catarinense de Medicina (ACM); Associação Brasileira de Saúde Coletiva – Abrasco; Associação de Defesa dos Usuários de Seguro, Planos e Sistema de Saúde – Aduseps; Rede Humaniza SUS – RHS; Associação dos Usuários do Sistema Único de Saúde – ASSUS.

Registre-se, nos termos da certidão de fl. 86, não ter sido possível oficial a ASSUS, por inexistir endereço físico, tampouco ser viabilizado contato em seu endereço virtual.

Da ciência dada aos mencionados organismos públicos e privados, resultaram diversas manifestações relevantes, as quais serão oportunamente analisadas em conjunto com as proposições adiantadas por este relator no encaminhamento do presente incidente.

Importante esclarecer que pelo teor das intervenções não fora identificada a necessidade de realização da Audiência Pública inicialmente idealizada, notadamente por se demonstrar a discussão de natureza eminentemente jurídica e por se tratar de tema urgente de resolução tanto para a sociedade civil quanto para os entes públicos.

O Estado de Santa Catarina apresentou manifestação (fls. 91/93), reiterando a tese da imprescindibilidade da demonstração de carência financeira não apenas do requerente, mas de seu ente familiar, de modo a inviabilizar o custo do tratamento ou insumo perseguido. Justifica sua postura no cumprimento dos princípios da eficiência na gestão do dinheiro público e da razoabilidade, apontando que deve ser priorizada

a destinação dos escassos recursos públicos às pessoas realmente necessitadas. Ainda, sustenta a relevância de realização de estudo social como único meio hábil a aferir a hipossuficiência financeira do enfermo e de seu grupo familiar. Em suma, para o Estado, inexistindo comprovação de carência financeira da parte autora e do seu ente familiar o pleito de tratamento de saúde no âmbito público deve ser indeferido.

Por sua vez, a Federação Catarinense de Municípios – FECAM manifestou-se (fls. 95/105) no sentido do encaminhamento dado pelo relator, sobretudo quanto ao caráter coletivo da saúde pública, devendo, pois, ser objeto de políticas voltadas à implementação de modo a prestigiar a universalidade e igualdade das ações, cientes de que o Sistema Único não possui condições de atender tudo a todos os cidadãos. Diante disso, concluiu que as ações individuais que buscam a dispensação de medicamentos não padronizados pelo SUS devem vir acompanhadas da devida comprovação de hipossuficiência do requerente, bem como de Formulário (elaborado pelo COMESC) que demonstre o esgotamento das alternativas protocolares à condição apresentada.

De outro vértice, a Associação Brasileira de Saúde Coletiva – ABRASCO – ofertou manifestação em resposta ao ofício recebido, pretendendo ver prevalecer no julgamento do IRDR a tese de que por ser o acesso à saúde direito universal e igualitário não se pode distinguir entre os cidadãos, ainda que seja em razão da situação econômica. Entende que a Lei Orgânica da Saúde n. 8.080/90, reafirmando o texto constitucional do artigo 196, estabelece ser a saúde um direito fundamental do ser humano, competindo ao Estado a promoção das condições indispensáveis ao seu pleno exercício. Com base nessas premissas, defende que não se pode ofertar *“terapia fracionada de procedimentos ou medicamentos para pacientes que estejam sob tratamento e responsabilidade de profissionais que não pertencem ao SUS”* (fl. 120), da mesma forma que a assistência farmacêutica, como parte importante da assistência terapêutica integral, compreendendo *“o fornecimento ao paciente que está sob tratamento em órgãos e entidades*

do SUS, do medicamento que lhe foi receitado pelo profissional de saúde do SUS” deve ser disponibilizado, “dentre aqueles padronizados” (fl. 120).

Por fim, a Ordem dos Advogados do Brasil, Seccional de Santa Catarina – OAB/SC, representada por seu presidente, Paulo Marcondes Brincas, ingressou no feito na qualidade de *amicus curiae*, manifestando seu entendimento acerca da obrigação solidária dos entes federados na recuperação e promoção da saúde da população em geral, independente de situação financeira, descabendo a distinção entre medicamentos ou tratamentos padronizados e não padronizados pelo SUS.

Após as manifestações aqui resumidas, os autos foram encaminhados à Procuradoria-Geral de Justiça, cujo parecer da lavra da Exma. Dra. Gladys Afonso aponta para a acessibilidade de todo e qualquer tratamento disponível na rede pública de saúde, independente de padrão econômico, enquanto que para terapias e insumos não protocolares deve-se exigir o preenchimento de critérios outros, dentre os quais a hipossuficiência financeira. Propõe, ao final, que o cidadão esgote a esfera administrativa antes de recorrer ao Poder Judiciário.

Esse é o relatório.

VOTO

Versam os autos sobre Incidente de Resolução de Demanda Repetitiva – *IRDR* – proposto sob a perspectiva constitucional da isonomia e da segurança jurídica, segundo a previsão do artigo 976 e seguintes do Novo Código de Processo Civil.

No caso em destaque, a controvérsia jurídica a ser dirimida por este órgão colegiado diz respeito à (des)necessidade de comprovação da carência de recursos ou hipossuficiência financeira do cidadão nas ações voltadas a exigir prestação positiva do Estado em matéria de medicamentos, cirurgia e demais procedimentos afetos à saúde pública.

Consigne-se, de plano, que a semelhança entre a matéria aqui debatida e a submetida ao crivo do Supremo Tribunal Federal não se configura óbice à apreciação do incidente por este órgão fracionário. Os recursos que tiveram repercussão geral reconhecida (Recursos Extraordinários – Res 566471 e 657718), tratam do fornecimento de remédios de alto custo não disponíveis na lista do Sistema Único de Saúde (SUS) e de medicamentos não registrados na Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa), ao tempo em que o IRDR instaurado em âmbito estadual se volta, precipuamente, à uniformização de antigas celeumas, recorrentes na demandas movidas em face dos municípios catarinenses e do próprio Estado.

Sabe-se que as demandas na área de assistência à saúde tanto dizem respeito a terapias e medicamentos que, apesar da padronização, não são regularmente fornecidos, quanto às pretensões voltadas a compelir o Estado ao fornecimento de insumos ou tratamentos não constantes das listagens oficiais.

Para melhor discernir entre tais hipóteses (essencial ao encaminhamento do desfecho), interessante abordar ambas as situações e suas peculiaridades.

O Sistema Único de Saúde, baseado na medicina de evidência, disponibiliza diversos medicamentos previamente selecionados com base na eficácia e segurança, compondo, assim, a listagem oficial denominada RENAME – *Relação Nacional de Medicamentos, subdividida em Relação Nacional de Medicamentos do Componente Básico da Assistência Farmacêutica, Relação Nacional de Medicamentos do Componente Estratégico da Assistência Farmacêutica e Relação Nacional de Medicamentos do Componente Especializado da Assistência Farmacêutica* (conforme consulta em: <http://portalsaude.saude.gov.br/images/pdf/2015/julho/30/Rename-2014-v2.Pdf>, no dia 05.05.2016).

Este rol é atualizado frequentemente, consoante os avanços técnicos

na área e novas descobertas científicas. Por intermédio do Ministério da Saúde, mais especificamente da Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias – CONITEC, novas drogas podem ser incorporadas às listagens oficiais, desde que: (a) sejam avaliadas cientificamente as opções terapêuticas disponíveis no mercado para a melhor escolha possível; (b) sejam verificadas a eficácia e a segurança do medicamento submetido à incorporação; (c) haja baixa probabilidade de que novos estudos mudem as vantagens apresentadas pela nova tecnologia em relação às demais; (d) seja observado o “melhor benefício-menor risco” e o melhor “custo-efetividade”. Cumpre esclarecer, por fim, que tal incorporação é regulada pela Lei n. 12.401 de 28 de abril de 2011 (que altera a Lei n. 8.080 de 19 de setembro de 1990), dispondo sobre a assistência terapêutica e a incorporação de tecnologias em saúde no âmbito do Sistema Único de Saúde.

A despeito do extenso rol de medicamentos e terapias protocolares existentes no SUS, não se pode ignorar o crescente número de demandas, destacadamente as de cunho individual, voltadas a buscar insumos e tratamentos não disponibilizados pela rede pública e, não raro, ainda sem autorização de comercialização pelo órgão regulador do país (Anvisa).

Os dados estatísticos demonstram que o fenômeno da judicialização na área da saúde tem sido responsável por consumir grande parte dos recursos governamentais destinados a esta rubrica, consoante denota o ofício n. 461/2016, juntado ao presente incidente pela consultoria jurídica da Secretaria de Estado da Saúde de Santa Catarina.

Referido documento demonstra que, somente no **ano de 2015**, foram gastos mais de **cento e cinquenta milhões de reais** para atender pouco mais de **trinta mil pacientes** em razão de medidas judiciais, com um custo médio de cinco mil reais por pessoa.

Extrai-se também dos gastos públicos referentes ao **ano de 2014** – pouco mais do que **cento e cinquenta e seis milhões de reais** para o

cumprimento das ordens judiciais em favor de pouco mais do que **vinte e seis mil pacientes** – que tal montante seria suficiente para manter dois dos Hospitais sob a administração da Secretaria Estadual de Saúde (Celso Ramos e Nereu Ramos), por quase um ano, viabilizando o atendimento de quase **cento e noventa e cinco mil pessoas**.

Ainda, a quantia destinada aos vinte e seis mil chamados *pacientes judiciais* em 2014 asseguraria, **por dois meses**, a manutenção de todos os **treze hospitais** administrados diretamente pela Secretaria da Saúde, beneficiando mais de **cento e setenta mil pessoas**.

Essa é uma pequena amostra do resultado de quase vinte e cinco mil demandas na área da saúde em trâmite no Estado de Santa Catarina, assinalando a relevância da presente uniformização de posicionamento elementar ao deslinde da controvérsia jurídica, originalmente encaminhada da seguinte forma por este relator:

Objetivando harmonizar o princípio da universalidade do sistema público de saúde com a garantia constitucional do mínimo existencial, diferenciando-o do máximo desejável, porquanto traduzidas em diferentes obrigações positivas por parte do Estado (notadamente em um contexto de crise), fora proposto originalmente o enfrentamento da temática sob dois enfoques distintos:

- 1) **a desnecessidade de comprovar hipossuficiência para valer-se dos insumos e terapias protocolares**, estas, a toda evidência, disponibilizadas à sociedade em geral, independente da faixa econômica (sem dúvida direito subjetivo do indivíduo);
- 2) **a imprescindível demonstração de carência financeira quando o tratamento ou fármaco perseguido não estiver padronizado pelo SUS**, de modo a acarretar ônus imprevisto ao orçamento público destinado à saúde e, por isso, importar em eventuais escolhas (sempre difíceis, registre-se) entre o direito de um face aos direitos dos demais.

Nesse último caso, mister ainda discernir entre prestação relativa ao máximo desejável e ao mínimo existencial, possibilitando ou não a ponderação com a tese da reserva do possível.

Pois bem.

Cumpre, nesse momento, analisar tais proposições, procurando abranger todas as temáticas a elas subjacentes trazidas nas manifestações das entidades participantes do debate, de modo a convergir em uma solução democraticamente construída e, por isso, com pretensão de legitimidade e permanência.

No intuito de facilitar o entendimento, faz-se, a seguir, uma subdivisão de cunho didático das diferentes situações relativas à controvérsia.

1. Demandas que pretendam a disponibilização de drogas ou terapias protocolares

Diante da hipótese em que o direito fundamental à saúde se encontra devidamente regulado, vale dizer, havendo uma política pública posta em prática, como, por exemplo, no que concerne às terapias e medicamentos previamente incluídos nas listagens e protocolos oficiais do Sistema Único de Saúde, o papel do Poder Judiciário é o de tão somente garantir a sua efetividade.

Essa, aliás, é a situação na qual ninguém duvida de que se trata de direito subjetivo individual, em que o cidadão tem o poder de exigir do Estado que cumpra a obrigação detalhadamente assumida na regulamentação da norma constitucional.

Explica-se.

Como se viu, a inclusão de medicamento ou tratamento no âmbito do SUS é precedida de estudo complexo e multidisciplinar, traduzindo-se em uma política pública que considera, dentre outros fatores, a saúde da população em geral e o orçamento público, sem desconsiderar, todavia, os pilares fundantes do sistema, notadamente o da universalidade e o da isonomia.

Sob essa perspectiva, fácil sustentar que ao manejo de demanda voltada ao recebimento de insumo ou terapia protocolar **basta o receituário médico indicando a doença específica e a necessidade de seu uso ou implementação (podendo ser de profissional não componente dos quadros públicos), bem como a demonstração de impossibilidade de obtenção na via administrativa.**

A necessidade de prévio requerimento administrativo configura o interesse de agir do cidadão, na medida em que comprovada resistência à sua pretensão, quer pela negativa, quer pela própria morosidade na resposta.

No plano da Previdência Pública, aliás, resta assentado pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE 631240, com repercussão geral, a necessidade prévia de requerimento administrativo como condição para o acesso ao Judiciário (Tema 350). Eis a tese jurídica:

- I – A concessão de benefícios previdenciários depende de requerimento do interessado, não se caracterizando ameaça ou lesão a direito antes de sua apreciação e indeferimento pelo INSS, ou se excedido o prazo legal para sua análise. É bem de ver, no entanto, que a exigência de prévio requerimento não se confunde com o esgotamento das vias administrativas;
- II – A exigência de prévio requerimento administrativo não deve prevalecer quando o entendimento da Administração for notória e reiteradamente contrário à postulação do segurado;
- III – Na hipótese de pretensão de revisão, restabelecimento ou manutenção de benefício anteriormente concedido, considerando que o INSS tem o dever legal de conceder a prestação mais vantajosa possível, o pedido poderá ser formulado diretamente em juízo – salvo se depender da análise de matéria de fato ainda não levada ao conhecimento da Administração –, uma vez que, nesses casos, a conduta do INSS já configura o não acolhimento ao menos tácito da pretensão;
- IV – Nas ações ajuizadas antes da conclusão do julgamento do RE 631.240/MG (03/09/2014) que não tenham sido instruídas por prova do prévio requerimento administrativo, nas hipóteses em que exigível, será observado o seguinte: (a) caso a ação tenha sido ajuizada no âmbito

de Juizado Itinerante, a ausência de anterior pedido administrativo não deverá implicar a extinção do feito; (b) caso o INSS já tenha apresentado contestação de mérito, está caracterizado o interesse em agir pela resistência à pretensão; e (c) as demais ações que não se enquadrem nos itens (a) e (b) serão sobrestadas e baixadas ao juiz de primeiro grau, que deverá intimar o autor a dar entrada no pedido administrativo em até 30 dias, sob pena de extinção do processo por falta de interesse em agir. Comprovada a postulação administrativa, o juiz intimará o INSS para se manifestar acerca do pedido em até 90 dias. Se o pedido for acolhido administrativamente ou não puder ter o seu mérito analisado devido a razões imputáveis ao próprio requerente, extingue-se a ação. Do contrário, estará caracterizado o interesse em agir e o feito deverá prosseguir;

V – Em todos os casos acima – itens (a), (b) e (c) –, tanto a análise administrativa quanto a judicial deverão levar em conta a data do início da ação como data de entrada do requerimento, para todos os efeitos legais.

Idêntico raciocínio pode ser aplicado ao caso em comento, o que, ressalta-se, não se confunde com o necessário exaurimento dessa via.

O esgotamento na seara administrativa, a propósito, mostra-se um requisito de difícil exigência na prática, haja vista a inexistência de um protocolo rígido por parte dos postos de distribuição, sendo que, na maioria das vezes, o medicamento não é entregue simplesmente por estar em falta, circunstância que, apesar de recorrente, não é obrigatoriamente documentada.

Desta feita, sujeitar o processamento da demanda à comprovação do exaurimento da via administrativa pode inviabilizar a concretização do direito subjetivo do cidadão ao remédio ou tratamento que deveria estar disponibilizado indiscriminadamente à população do país.

Noutro vértice, **a condição socioeconômica do paciente ou seu ente familiar nas ações dessa natureza revela-se absolutamente irrelevante**, uma vez que se trata de mero cumprimento de política

pública firmada em prol de toda a coletividade, descabendo, inclusive, ponderar-se acerca do custo da terapia ou insumo diante de outras tantas prioridades sociais ou, ainda, valer-se da tese da reserva do possível.

Isso porque a existência de uma política pública revela, por si só, a opção realizada mediante a prévia ponderação de todos esses fatores pelo Executivo, restando, portanto, ao Judiciário garantir a sua efetivação.

Por consequência, parece lógico e até mesmo um consenso (a julgar pelas intervenções dos diversos organismos que colaboram com a construção das teses jurídicas do presente incidente) dispensar-se a discussão da hipossuficiência financeira quando o objeto da lide for o fornecimento de medicamentos padronizados.

Em vista do exposto até então, conclui-se pela eleição de apenas dois requisitos para a concessão judicial de remédio ou tratamento constante do rol do SUS: **(1) a necessidade do fármaco perseguido e adequação à enfermidade apresentada, atestada por médico; e, concomitantemente, (2) a demonstração de impossibilidade de obtenção na via administrativa.**

Situação diversa apresenta-se quando a demanda visa a compelir o Estado a fornecer medicamento ou terapia não regulamentada no âmbito do Sistema Único de Saúde, ensejando, portanto, um maior aprofundamento.

2. Demandas visando ao fornecimento de insumos não padronizados pelo SUS

Sob a óptica dos pleitos destinados à obtenção de remédio não disponível no rol do SUS, mister tecer algumas considerações preliminares acerca do alcance interpretativo assumido pelo direito fundamental à saúde e sua sindicabilidade.

Confira-se o texto do art. 196 da CRFB de 1988:

Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação (sem grifo no original).

Observa-se tratar de norma voltada à concretização tanto do mínimo existencial como do máximo desejável em matéria de saúde, englobando não apenas a sua recuperação e proteção, mas também sua promoção, mediante a adoção de políticas públicas de forma progressiva e proporcional ao crescimento econômico do país.

Há que se ressaltar que quando se defende um direito fundamental ao mínimo existencial, está se afirmando, em outras palavras, que precisam ser asseguradas as condições básicas de vida digna ao ser humano.

A noção de mínimo existencial, embora não definida com essa designação, já aparece na Declaração Universal dos Direitos Humanos, da Organização das Nações Unidas (ONU), datada de 1948, cujo art. XXV proclama um direito a um nível mínimo de vida a fim de garantir a existência digna:

Art. XXV - Todo o homem tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e a sua família saúde e bem estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis, e direito à segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda de meios de subsistência em circunstâncias fora de seu controle.

Ingo Sarlet e Mariana Figueiredo anotam a crescente tendência doutrinária e jurisprudencial de reconhecer “*exigibilidade judicial de posições subjetivas ligadas à tutela do mínimo existencial*” – entendida como algo além da mera sobrevivência física, alcançando “*a garantia de condições materiais mínimas para uma vida saudável (ou o mais próximo disso, de acordo com as condições pessoais do indivíduo) e, portanto, para uma vida com certa qualidade*”. (SARLET, Ingo Wolfgang;

FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. **Algumas considerações sobre o direito fundamental à proteção e promoção da saúde nos 20 anos da Constituição Federal de 1988**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/O_direito_a_saude_nos_20_anos_da_CF_coletânea_10_04_09.pdf>. Acesso em: 16 dezembro 2015).

Sob o prisma do máximo desejável, também prometido constitucionalmente como um horizonte a ser alcançado no futuro, o Estado se obriga à criação de políticas públicas constantes e graduais, prospectando novas soluções consoante avança a medicina e a farmacologia e proporcionalmente às riquezas do país.

Desse modo, cabe distinguir do pleito deduzido em juízo a pretensão voltada à garantia do mínimo existencial (ligado necessariamente à dignidade da pessoa humana), daquela condizente com o máximo desejável, relacionando-se, mais propriamente, a um direito subjetivo coletivo à criação de determinada política pública, após a devida ponderação de aspectos jurídicos e fáticos.

Em artigo específico sobre a matéria, o Min. Barroso apresenta diagnóstico do direito à saúde no Brasil, historiando que, se por um lado os direitos sociais perderam a caracterização de projetos políticos dirigidos aos Poderes Executivo e Legislativo, ganhando aplicabilidade direta e imediata pelo Judiciário, de outro, o sistema apresenta fissuras e ameaça ruir frente aos exageros e decisões emocionais que se proliferam no tema, notadamente as que obrigam a Administração ao custeio de tratamentos irrazoáveis, ameaçando sucumbir da própria “cura”. Em suas palavras:

Tais excessos não são apenas problemáticos em si. Eles põem em risco a própria continuidade das políticas de saúde pública, desorganizando a atividade administrativa e impedindo a alocação racional dos escassos recursos públicos. No limite, o casuísmo da jurisprudência brasileira

pode impedir que políticas coletivas, dirigidas à promoção da saúde pública, sejam devidamente implementadas. Trata-se de hipótese típica em que o excesso de judicialização das decisões políticas pode levar à não realização prática da Constituição Federal. Em muitos casos, o que revela é a concessão de privilégios a alguns jurisdicionados em detrimento da generalidade da cidadania, que continua dependente das políticas universalistas implementadas pelo Poder Executivo (BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, Fornecimento Gratuito de Medicamentos e Parâmetros para a Atuação Judicial. Revista de Direito Social. n. 34 abr./jun. Porto Alegre: Notadez, 2009, p.12).

Não se pode, portanto, extrair como consequência imediata do artigo 196 da CRFB a obrigação do Estado de fornecer todo e qualquer medicamento requerido por toda e qualquer pessoa enferma, independente do contexto em que se insere, da pretensão veiculada em juízo e da questão orçamentária que atrela as escolhas e opções do Executivo.

Na espécie, como se persegue fármaco ou tratamento ainda não contemplado por política pública, alguns requisitos devem preceder ao reconhecimento do direito subjetivo desse cidadão e, em contrapartida, da obrigação do Estado em provê-lo.

Elenca-se como requisito elementar a **hipossuficiência financeira do doente e de seu núcleo familiar**, de modo a evidenciar a impossibilidade de custeio da terapia necessária para a sua recuperação ou garantia de sua qualidade de vida.

Somente aos comprovadamente carentes deve-se dispensar remédios ou procedimentos não protocolares sob pena de se comprometer a própria universalidade e isonomia do sistema público, na medida em que a constante vulneração do orçamento destinado à saúde a fim de acomodar tantos pleitos judiciais pode acarretar a falta dos insumos e terapias já regulamentadas, com incomensuráveis prejuízos aos cidadãos.

Acerca da prova de carência de recursos, cumpre consignar ser insuficiente a mera declaração do paciente, porquanto não se trata de hipótese semelhante a que permite a gratuidade judiciária (com regra específica sobre o tema) em que o Estado deixa de arrecadar recurso, mas, ao contrário, está-se diante de reconhecimento de obrigação positiva por parte do Estado, ensejando despesa imprevista a incidir em um orçamento já escasso para a implementação das políticas públicas existentes.

Desta feita, a prova de incapacidade econômica deverá ser revestida da necessária robustez e não apenas em relação ao enfermo, senão a todo seu núcleo familiar a fim de deslocar a obrigação de sustento e de solidariedade ao Estado.

É muito clara a lição constitucional no sentido de assentar a solidariedade conjugal e familiar como um dos princípios informadores da ordem social, retomada em diversos instrumentos infraconstitucionais como o Código Civil, o Estatuto da Criança e do Adolescente e o Estatuto do Idoso.

Nessa perspectiva, compete ao autor, nos termos do artigo 373, I, do Código de Processo Civil, demonstrar a alegada carência de recursos, uma vez que para embasar pretensão dessa natureza, tal requisito se traduz em fato constitutivo do direito subjetivo reclamado, de modo a preservar-se a noção de equidade, mesmo quando se está dando tratamento diferenciado ao paciente. Isso porque inegável que a concessão de remédio não padronizado constitui privilégio que somente se justifica constitucional, igualitário, caso a pessoa beneficiada esteja em situação de penúria financeira capaz de conformar o tratamento desigual recebido como forma de alcançar a verdadeira igualdade substancial.

Havendo fundada dúvida acerca da hipossuficiência do autor e de seu ente familiar, a confecção de estudo social mostra-se ferramenta apta a identificar as peculiaridades de cada caso concreto, auxiliando o julgador na elucidação da capacidade econômica do demandante.

Nada obstante a assertiva do Estado de que o laudo social é o único meio de afirmar a hipossuficiência do enfermo e seus familiares, vislumbra-se a inviabilidade fática de se eleger a providência como requisito indispensável para as demandas desse jaez, notadamente frente à exiguidade de pessoas habilitadas no Poder Judiciário para sua confecção. Ademais, o próprio interessado pode reunir provas aptas a indicar de plano sua impossibilidade de custear o tratamento pretendido, reservando-se o estudo social para as hipóteses mais nebulosas.

De todo modo, assenta-se a comprovação da hipossuficiência financeira como requisito imprescindível ao nascimento da obrigação estatal de custear fármaco não padronizado pela rede pública.

Soma-se a esse importante elemento **a demonstração da necessidade da droga reclamada, concomitante à inexistência na listagem oficial do SUS de medicamento de atuação idêntica ou semelhante que possa tratar a enfermidade referida, ou, caso já utilizado, sua ineficácia ao caso concreto.**

Para tanto, faz-se imperiosa a realização de laudo pericial detalhado a fim de subsidiar qualquer decisão judicial na matéria.

A conjugação desses dois fatores, não obstante configure condição para o sucesso do pleito judicial, comporta mais uma ponderação significativa, respeitante ao conteúdo propriamente dito da pretensão.

Com efeito, deve-se discernir entre pretensão voltada à garantia do mínimo existencial, daquela respeitante ao máximo desejável, inclusive para ser viável estabelecer um paralelo entre as demandas passíveis de serem deduzidas individualmente daquelas que devem ser postuladas coletivamente.

Quando o remédio ou procedimento postulado refere-se à enfermidade para a qual inexistente política pública, permitindo-se aferir que tal omissão atinge a dignidade da pessoa humana, na medida em que

condiz com os ditames básicos de cuidados à saúde, estar-se-á diante de pretensão condizente com a noção de mínimo existencial.

Ao contrário, quando houver política pública disponibilizando droga diversa da perseguida judicialmente, ou a ausência de política se der em razão de se tratar de fármaco experimental ou de custo exorbitante, há que se aprofundar a análise. Isso porque a decisão judicial estará influenciando diretamente na seara da Administração, de modo a, obrigatoriamente, ter-se que ponderar as consequências práticas do comando emanado pela autoridade judiciária, devendo-se, pois, sopesar a pretensão com o princípio da reserva do possível.

Importante anotar, no entanto, a confusão que usualmente se faz em termos de submissão dos direitos fundamentais sociais aos ditames da reserva do possível.

Cumpre, neste momento, resgatar a origem histórica da teoria da “reserva do possível” no cumprimento de direitos fundamentais. Tal equacionamento fora sedimentado pelo Tribunal Constitucional Alemão quando, ao analisar uma Reclamação Constitucional de um grupo de jovens que apontava desrespeito à Lei Maior – direito ao ensino superior – pela ausência de vaga em curso universitário, entendeu que tal direito fundamental deveria ser concretizado na medida do possível, ou seja, dentro dos limites do que se pode racionalmente exigir da sociedade e do Estado, não configurando, portanto, direito absoluto¹.

1 Segundo relato de Renata Corrêa Severo, a apreciação pela Corte Constitucional Federal Alemã de demanda proposta por estudantes que não haviam sido admitidos em escolas de medicina em Hamburgo e Munique em face da política de limitação de vagas em cursos superiores, aplicada na Alemanha na década de 1960, gerou posicionamento inovador na hermenêutica do art. 12 da Constituição Alemã, o qual prescreve que “todos os alemães têm direito a escolher livremente sua profissão, local de trabalho e seu centro de formação”. Ao decidir o caso, referida Corte entendeu que a satisfação do direito a prestações positivas, tal qual expresso na pretensão em destaque, sujeitar-se-ia à reserva do possível, ou seja, quando observados os limites do que razoavelmente (entendido

Registre-se que originalmente tal teoria não se apresenta necessariamente atrelada às condições materiais para a realização do direito, senão de traçar parâmetros à satisfação por parte do Estado de prestações positivas, vinculando as pretensões apresentadas à noção de razoabilidade da exigência formulada.

Contudo, transposta à realidade brasileira, acabou por ser consagrada apenas no aspecto do materialmente possível, transcendendo até mesmo a razoabilidade da pretensão deduzida.

Compreensível que tenha se dado dessa forma na sociedade brasileira, especialmente sob a circunstância de que os direitos sociais mais básicos (mínimo existencial) carecem de concretude e os recursos apresentam-se como insuficientes para realizá-los.

Todavia, o parâmetro do que se pode razoavelmente esperar da sociedade e do Estado (ainda mais sob a concepção de solidariedade social ou de fraternidade) não deveria ser de todo abandonado pelo Judiciário, notadamente diante das peculiaridades e do contexto de escassez no caso brasileiro, o que evidencia certos pleitos como completamente quiméricos (até mesmo para a realidade alemã!) e, nessa medida, ensejadores de agravamento das desigualdades sociais.

É preciso que se esclareça desde logo a importância da distinção entre pretensões versando sobre a garantia de direito ligado ao mínimo existencial e, por excelência, à noção de dignidade da pessoa humana, daquelas voltadas à implementação do máximo prometido em termos de saúde pública.

Com base nessa proposição, defende-se que **há um direito**

aqui como pretensão embasada racionalmente) pode o indivíduo esperar da sociedade e do Estado. (SEVERO, Renata Corrêa. O princípio da reserva do possível e a eficácia das decisões judiciais em face da Administração Pública. Fórum Administrativo – Direito Público – FA. Ano 1, n. 1. mar. 2001. Belo Horizonte: Fórum, 2001, p. 28).

subjetivo de exigir prestações positivas do Estado para a efetivação do mínimo existencial, não se configurando óbice oponível a essa obrigação a cláusula ou teoria da reserva do possível, destinada apenas a modular políticas públicas na concretização do máximo prometido.

Nesses termos, a atuação do Judiciário pauta-se pela garantia do mínimo existencial e/ou pela obediência às políticas públicas existentes na área da Saúde, situações em que a reserva do possível não deve ser ponderada, porquanto ferida a própria dignidade humana ou a regra regulamentadora do direito em foco.

Coisa diversa acontece quando a demanda de saúde aponta para a consecução de fármaco ou terapia extravagante, sem prévia política pública instituída e, muitas vezes, de eficácia não comprovada ou de custo elevadíssimo por não ser disponibilizado no país (e, portanto, não contar com a aprovação da Anvisa), dentre inúmeras hipóteses de pleitos frequentes na Justiça. Nesses casos, tem-se, em regra, uma pretensão nitidamente voltada à concretização do máximo prometido constitucionalmente em termos de saúde pública.

Precisamente diante da abissal diferença entre o pleito voltado ao **mínimo existencial** daquele pretendendo o **máximo possível** (equacionamento entre o **máximo desejável** e a **reserva do possível**), mostra-se de importância ímpar a teoria de Alexy ao discernir princípio de regra e suas formas de aplicação (ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2011).

Logo, percebe-se que a metodologia da ponderação dos valores jusfundamentais, denominada por Alexy de “máxima da proporcionalidade”, merece substancial relevo na atuação judicial destinada ao equacionamento das demandas na área da Saúde, porquanto permite sopesar eventual colisão de princípios antagônicos

(proporcionalidade em sentido estrito), além das circunstâncias fáticas do caso concreto (necessidade e adequação).

Em resumo, o modelo apresentado se assenta na ideia de sopesamento. Isso porque se parte da premissa de que o que é devido *prima facie* seja mais amplo daquilo que é devido definitivamente (após a operação do sopesamento).

De acordo com tal proposta, o indivíduo passa a ter um direito definitivo à prestação (fática ou normativa) quando o princípio da liberdade fática (ligado à noção de dignidade) tem um maior peso em detrimento dos demais princípios formais ou das condições materiais colidentes, conjuntamente considerados, a exemplo do que ocorre em relação ao mínimo existencial, consoante afirmado anteriormente.

O Código de Processo Civil de 2015, albergando a ideia da ponderação, prescreve, ao elencar os elementos essenciais da sentença, no § 2º do art. 489: “*No caso de colisão entre normas, o juiz deve justificar o objeto e os critérios gerais da ponderação efetuada, enunciando as razões que autorizam a interferência na norma afastada e as premissas fáticas que fundamentam a conclusão*”.

Em resumo, tratando-se de medicamentos não listados pelo sistema público de saúde, além de congregar a necessidade de comprovação da hipossuficiência, da inexistência ou ineficácia da política pública referente à enfermidade, há que se perquirir tratar-se a pretensão sobre o mínimo existencial ou o máximo prometido, sujeitando-se, no último caso, ao exame relativo à reserva do possível, entendido este como o que pode razoavelmente exigir do Estado o cidadão, bem como o que pode atender o Poder Público no âmbito da saúde sem vulnerar o princípio da solidariedade social, da isonomia e da universalidade.

4. Conclusão

A partir do enfoque originalmente proposto, acrescido das questões

relevantes trazidas por diferentes entidades participantes do processo de julgamento do presente incidente, pretende-se delinear os limites da atuação judicial, correlacionando-os aos extremos do mínimo existencial e do máximo desejável.

No extremo compreendido pelo mínimo existencial (ligado à dignidade humana e à liberdade fática ou quando houver patente desrespeito a uma política pública já instituída), afirma-se haver um direito subjetivo a uma prestação positiva do Estado, nesse caso fática, de modo que a intervenção judicial pode e deve se dar de forma contundente, aplicando-se o direito à saúde na base do tudo ou nada (como regra).

É o que se depreende do entendimento da Corte Suprema no julgamento do Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n. 745745/MG. Relator Min. Celso de Mello, em 02.12.2014:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO (LEI Nº 12.322/2010) – MANUTENÇÃO DE REDE DE ASSISTÊNCIA À SAÚDE DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE – DEVER ESTATAL RESULTANTE DE NORMA CONSTITUCIONAL – CONFIGURAÇÃO, NO CASO, DE TÍPICA HIPÓTESE DE OMISSÃO INCONSTITUCIONAL IMPUTÁVEL AO MUNICÍPIO – DESRESPEITO À CONSTITUIÇÃO PROVOCADO POR INÉRCIA ESTATAL (RTJ 183/818-819) – COMPORTAMENTO QUE TRANSGRIDE A AUTORIDADE DA LEI FUNDAMENTAL DA REPÚBLICA (RTJ 185/794-796) – A QUESTÃO DA RESERVA DO POSSÍVEL: RECONHECIMENTO DE SUA INAPLICABILIDADE, SEMPRE QUE A INVOCÇÃO DESSA CLÁUSULA PUDER COMPROMETER O NÚCLEO BÁSICO QUE QUALIFICA O MÍNIMO EXISTENCIAL (RTJ 200/191-197) – O PAPEL DO PODER JUDICIÁRIO NA IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS INSTITUÍDAS PELA CONSTITUIÇÃO E NÃO EFETIVADAS PELO PODER PÚBLICO – A FÓRMULA DA RESERVA DO POSSÍVEL NA PERSPECTIVA DA TEORIA DOS CUSTOS DOS DIREITOS: IMPOSSIBILIDADE DE SUA INVOCÇÃO PARA LEGITIMAR O INJUSTO

INADIMPLENTO DE DEVERES ESTATAIS DE PRESTAÇÃO CONSTITUCIONALMENTE IMPOSTOS AO PODER PÚBLICO – A TEORIA DA “RESTRICÇÃO DAS RESTRICÇÕES” (OU DA “LIMITAÇÃO DAS LIMITAÇÕES”) – CARÁTER COGENTE E VINCULANTE DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS, INCLUSIVE DAQUELAS DE CONTEÚDO PROGRAMÁTICO, QUE VEICULAM DIRETRIZES DE POLÍTICAS PÚBLICAS, ESPECIALMENTE NA ÁREA DA SAÚDE (CF, ARTS. 6º, 196 E 197) – A QUESTÃO DAS “ESCOLHAS TRÁGICAS” – A COLMATAÇÃO DE OMISSÕES INCONSTITUCIONAIS COMO NECESSIDADE INSTITUCIONAL FUNDADA EM COMPORTAMENTO AFIRMATIVO DOS JUÍZES E TRIBUNAIS E DE QUE RESULTA UMA POSITIVA CRIAÇÃO JURISPRUDENCIAL DO DIREITO – CONTROLE JURISDICIONAL DE LEGITIMIDADE DA OMISSÃO DO PODER PÚBLICO: ATIVIDADE DE FISCALIZAÇÃO JUDICIAL QUE SE JUSTIFICA PELA NECESSIDADE DE OBSERVÂNCIA DE CERTOS PARÂMETROS CONSTITUCIONAIS (PROIBIÇÃO DE RETROCESSO SOCIAL, PROTEÇÃO AO MÍNIMO EXISTENCIAL, VEDAÇÃO DA PROTEÇÃO INSUFICIENTE E PROIBIÇÃO DE EXCESSO) – DOCTRINA – PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL EM TEMA DE IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS DELINEADAS NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA (RTJ 174/687 – RTJ 175/1212-1213 – RTJ 199/1219-1220) – EXISTÊNCIA, NO CASO EM EXAME, DE RELEVANTE INTERESSE SOCIAL – RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO.

Em vértice oposto, tratando-se de pretensão voltada à implementação do máximo desejável, deve-se interpretar o direito à saúde como um mandamento de otimização a ser concretizado por políticas públicas na maior medida possível, de modo que, para a atuação judicial, se recomenda prudência, aplicando-se a metodologia sugerida por Alexy, ou seja, a ponderação entre os demais princípios jurídicos colidentes (como, por exemplo, a igualdade), além das circunstâncias fáticas relevantes (a exemplo da cláusula da reserva do possível). Isso porque, na maioria dos precedentes, o que se percebe é que os magistrados, ao

ponderarem, acabam por eleger os princípios jurídicos colidentes de forma equivocada, resultando, geralmente, em uma colisão entre o direito à saúde de alguém versus a política orçamentária do Estado.

A verdadeira questão que subjaz ao julgamento dos casos difíceis e que poucos se dispõem a enfrentar é a contraposição do direito à saúde de um (aquele que demanda em uma ação individual) em detrimento da saúde de vários (consoante analogia do cobertor curto), com profunda e imediata repercussão no primado da igualdade.

Novamente é o Min. Barroso, no discurso proferido em Audiência Pública realizada pelo Supremo Tribunal Federal acerca da saúde, quem alerta a respeito do tópico:

Eu acho que a judicialização e o atendimento de casos individuais, onde deve haver uma política pública coletiva, uma política pública, favorece a captura do sistema pela classe média ou pelo menos favorece aqueles que não estão na base mais modesta do sistema. Mas, sobretudo, essa transformação da ação individual em uma ação coletiva permite que se realize a ideia de universalização e a ideia da igualdade. Vai-se realizar e se atender aquele direito para todo mundo, ou não, mas não se vai criar um modelo em que o atendimento passa a ser lotérico – depende de ter informação, depende de cair em um determinado juízo. Portanto uma política pública, não o atendimento a varejo de prestações individuais. [...]

Desenvolveu-se certo senso comum que é preciso enfrentar, que o Judiciário, no caso da judicialização, pondera o direito à vida e à saúde de uns e, de outro lado, pondera princípios orçamentários, separação dos poderes. Infelizmente esta não é a verdade. O que o Judiciário verdadeiramente pondera é direito à vida e à saúde de uns contra direito à vida e à saúde de outros. Portanto, não há solução juridicamente fácil nem moralmente simples nesta matéria. (Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublica/anexo/Luis_Roberto_Barroso.pdf>. Acesso em: 25 janeiro 2016, grifou-se).

Repise-se que não se está afirmando que o Judiciário não deve agir

diante das hipóteses de inexistência de políticas públicas ou ainda no caso de sua ineficiência. O que se pretende construir é uma interferência mais efetiva em prol da influência que esse Poder deve exercer na edificação das políticas públicas, a fim de colaborar com os demais Poderes na missão constitucional que lhes é comum de concretizar a saúde no país ao máximo desejável e possível de forma contínua e progressiva.

Com isso em mente, propõe-se as seguintes teses jurídicas como resolução do IRDR:

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

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

5. Proposta de solução do caso concreto a partir das teses firmadas no IRDR

Estabelecidos os parâmetros de direito a orientar o julgamento da Apelação Cível ensejadora do presente incidente, retoma-se o caso concreto, a fim de aplicar como solução da demanda a tese anteriormente firmada.

Na espécie, o autor, ao reclamar a dispensação dos medicamentos indicados por seu facultativo (da rede particular), mediante a constituição de advogado de sua escolha, declara ser hipossuficiente, não possuindo bens móveis ou imóveis, ou mesmo condições de arcar com os custos do tratamento de sua diabetes e das comorbidades dela decorrentes.

Relaciona, na sequência, os fármacos buscados via judicial e suas respectivas posologias: Vildagliptina + Metformina (GalvusMet), (01 comprimido ao dia), Levotiroxina (Puran T4), (01 comprimido ao dia), Ezetimiba + Sinvastatina (Vytoirin), (01 comprimido ao dia), Glicazida (Azukon MR), (01 comprimido ao dia) e Carvedilol (Ictus), (01 comprimido ao dia).

A despeito da informação prestada pelo ente municipal à fl. 20, o próprio Estado admite que os medicamentos Carvedilol, Levotiroxina e Glicazida integram a lista do RENAME (Relação Nacional de Medicamentos Essenciais), **devendo o Município de Agronômica fornecê-los, independente da configuração econômica do requerente**, porquanto integrantes do Programa de Assistência Farmacêutica na Atenção Básica.

Quanto ao medicamento GALVUSMET (VILDAGLIPTINA + METFORMINA), o Estado de Santa Catarina presta a seguinte informação:

A associação dos fármacos Vildagliptina + Metformina, não está padronizado em nenhum dos programas do Ministério da Saúde, o qual é responsável pela seleção e definição dos medicamentos a serem fornecidos pelos referidos programas. Ainda, compete a esse órgão elaborar os Protocolos Clínicos Diretrizes Terapêuticas para tratamento da patologia que acomete o paciente.

Sendo assim, cumpre ser informado que o medicamento referido, por não estar padronizado, não é fornecido pelo Estado.

Separadamente, as unidades locais de saúde (postos de saúde) disponibilizam o fármaco Metformina 500 e 850 mg, pois é integrante da Relação Nacional de Medicamentos Essenciais (RENAME) 2013. A aquisição e distribuição deste medicamento é responsabilidade dos municípios, os quais recebem recursos financeiros das três esferas em gestão.

Alternativamente à vildagliptina, as Unidades Locais de Saúde municipais (postos de saúde) disponibilizam os antidiabéticos orais glibenclamida 5 mg e gliclazida 30mg (Lib. Prolongada). Esses fármacos também são integrantes da Relação Nacional de Medicamentos Essenciais (RENAME) 2013. A aquisição e distribuição destes medicamentos é responsabilidade dos municípios, os quais recebem recursos financeiros das três esferas em gestão.

De igual modo, o fármaco Ezetimiba + Sinvastatina (Vytorin) não se encontra dentre o rol dos medicamentos padronizados pelo SUS, embora haja combinação de efeitos similares entre a Sinvastatina e a alcachofra (fitoterápico), ambos disponibilizados na rede pública.

Ressalta-se estar devidamente demonstrada a negativa administrativa de fornecimento das drogas reclamadas judicialmente, bem como a necessidade do seu uso atestada pelo médico do autor às fls. 16/18.

Havendo dois medicamentos não padronizados em seu pleito, cumpre, antes de quaisquer outras indagações, analisar a alegada hipossuficiência do requerente.

Em sua exordial, afirma o autor a impossibilidade econômica de arcar com os custos de seu tratamento médico, atestando não possuir bens móveis ou imóveis em seu nome, tampouco rendimentos que lhe proporcionem uma situação financeira propícia, requerendo, portanto, do Estado a dispensação de todos os fármacos, padronizados e não padronizados.

Por ocasião do apelo, o Estado de Santa Catarina, derruindo a declaração de carência firmada pelo autor, junta aos autos a comprovação da titularidade de três veículos automotores em seu nome, a saber, um Mercedes Benz/L 160 (1997), um Fiat/Palio WK Adventure Flex (2009) e Toyota Hilux SW 4 SRV4x4 (2013) (conforme certidão expedida pelo Detran/SC à fl. 193).

Além disso, consta da perícia médica a informação de que o paciente possui Unimed e se consulta regularmente com médico da rede particular.

Em tempo, o Município junta ao processo a demonstração de que o autor é empresário, sendo sócio em pessoa jurídica de responsabilidade Ltda. no ramo da confecção de vestuário (fls. 224/231).

Nas contrarrazões, o recorrido, sem contestar sua real condição financeira, apega-se à obrigação do Estado de fornecer todo e qualquer medicamento a todo e qualquer cidadão, independente de suas posses.

Fosse essa sua verdadeira convicção, certamente teria se portado de maneira diversa à demonstrada, assumindo, desde logo, sua capacidade econômica a fim de direcionar a discussão da lide ao cerne da questão, objeto mesmo desse IRDR, qual seja, se a obrigação positiva do Estado quanto aos medicamentos não padronizados se estende às pessoas não carentes de recursos.

Pois bem.

Com amparo das teses desenvolvidas ao longo desse estudo, tem-se como imprescindível a comprovação da carência de recursos econômicos do paciente para que se cogite da obrigação do Estado de fornecer fármaco não padronizado, sobretudo quando disponibilizados tratamentos similares com a combinação de outras drogas.

Desta sorte, no pertinente aos remédios Galvusmet e Vytorin os recursos merecem prosperar, haja vista que o tratamento privilegiado perseguido na presente demanda não se justifica como concretização

do primado da igualdade substancial (conferir tratamento jurídico diferenciado às pessoas em desigualdade fática), contrariando os pilares da universalidade e da isonomia do sistema de saúde público.

No tocante aos medicamentos padronizados e constantes da listagem do Programa de Assistência Farmacêutica na Atenção Básica (Carvedilol, Levotiroxina e Glicazida), por ser flagrante a obrigação de dispensação do ente público, os recursos não logram provimento, mantendo-se intacta a decisão de primeiro grau no ponto.

Esclarece-se que os argumentos debatidos pelo Município de Agronômica no apelo não se aplicam a fármacos padronizados, de modo que a cláusula da reserva do possível sequer pode ser aventada ao se examinar hipótese de descumprimento de política pública estabelecida.

De outro lado, a tese da ausência de interesse de agir defendida pelo Estado igualmente não pode prosperar, ao passo que o autor comprova definitivamente que teve negado pelo Município o acesso às drogas padronizadas, motivo por que a necessidade e utilidade do provimento buscado no Poder Judiciário se evidencia.

Por fim, o argumento de que eventual condenação do Estado ao fornecimento das medicações de responsabilidade do Município (que recebe repasse de verbas para tanto) representaria despesa em duplicidade não se sustenta diante da solidariedade assentada jurisprudencialmente, facultando-lhe a devida compensação a tempo e modo.

Com essas considerações, os recursos são conhecidos e parcialmente providos para excluir da obrigação estatal o fornecimento dos fármacos não padronizados.

Em razão do parcial provimento dos recursos, redistribuem-se os ônus da sucumbência, devendo estes serem repartidos equitativamente entre autor e réus, na proporção de 50% para cada, a teor do disposto no art. 86 do Novo Código de Processo Civil.

Consignando a isenção dos entes públicos e por ser o autor beneficiário da gratuidade judiciária, apesar de sua condenação com relação à metade das custas, estas restam suspensas.

Mantendo-se a condenação dos réus ao pagamento dos honorários advocatícios do patrono do autor, condena-se este ao pagamento de igual valor aos procuradores do Município e Estado, suspensa a exigibilidade na forma do art. 98, § 3º do Novo Código de Processo Civil.

Esse é o voto.

PRIMEIRA CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO

Apelação Cível n. 0000465-49.2013.8.24.0021 (2014.076447-5), de Cunha Porã

Relator: Desembargador Carlos Adilson Silva

APELAÇÃO CÍVEL. AMBIENTAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. EFLUENTES DE PISCICULTURA QUE ATINGIRAM O CURSO D'ÁGUA. POLUIÇÃO DOS RECURSOS HÍDRICOS, DANDO CAUSA À MORTE DE PEIXES E SITUAÇÃO DE EMERGÊNCIA NA CONCESSIONÁRIA DE ABASTECIMENTO DE ÁGUA QUE, EMBORA NÃO TENHA SUSPENDIDO O SERVIÇO, PASSOU A UTILIZAR O TRIPLO DO MONTANTE DE PRODUTO DE LIMPEZA PARA LIMPAR OS RESÍDUOS. JULGAMENTO DE IMPROCEDÊNCIA POR SUPOSTA TOLERABILIDADE DO DANO. RECURSO DO *PARQUET*.

CONDENAÇÃO CRIMINAL POR CRIME DE POLUIÇÃO HÍDRICA TRANSITADA EM JULGADO. EXECUÇÃO POSTERIORMENTE EXTINTA POR CUMPRIMENTO DA PENA. IMPOSSIBILIDADE DE DISCUSSÃO ACERCA DA AUTORIA E MATERIALIDADE. EXEGESE DO ART. 935 DO CC/2002.

DANO AMBIENTAL. OCORRÊNCIA. POSTERIOR RECUPERAÇÃO NATURAL DAS ÁGUAS. RETORNO AO *STATU QUO ANTE*. DESNECESSIDADE DE MEDIDA COMPENSATÓRIA. RECURSO DESPROVIDO, NO PONTO.

DANO MORAL COLETIVO. DEGRADAÇÃO AMBIENTAL QUE GEROU INTRANQUILIDADE SOCIAL E ALTERAÇÕES RELEVANTES NA ORDEM EXTRAPATRIMONIAL COLETIVA. MALFERIMENTO DO DIREITO A UM MEIO AMBIENTE SADIO E ECOLOGICAMENTE EQUILIBRADO. PREJUÍZO À CASAN PELO USO EXACERBADO DE MATERIAIS QUÍMICOS DE LIMPEZA E DA FAUNA PELA MORTALIDADE DE PEIXES.

DANO MORAL COLETIVO EVIDENCIADO. RECURSO PROVIDO, NA PARTE.

“O dano extrapatrimonial ambiental não tem mais como elemento indispensável a dor em seu sentido moral de mágoa, pesar, aflição, sofrido pela pessoa física. A dor, na qual se formulou a teoria do dano moral individual, [...] acabou abrindo espaço a outros valores que afetam negativamente a coletividade, como é o caso da lesão imaterial ambiental” (MORATO LEITE, José Rubens. *Dano Ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial*. 2ª ed. São Paulo: RT, 2003).

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 0000465-49.2013.8.24.0021, da comarca de Cunha Porã Vara Única em que é Apelante Ministério Público do Estado de Santa Catarina e Apelado Iran Antônio Ecco.

A Primeira Câmara de Direito Público decidiu, por unanimidade, conhecer do recurso e dar-lhe parcial provimento. Custas legais.

O julgamento, realizado no dia 08 de novembro de 2016, foi presidido pelo Exmo. Sr. Des. Jorge Luiz de Borba, com voto, e dele participou o Exmo. Sr. Des. Luiz Fernando Boller.

Florianópolis, 09 de novembro de 2016.

Desembargador Carlos Adilson Silva
Relator

RELATÓRIO

Na comarca de Cunha Porã, o Ministério Público do Estado de Santa Catarina ajuizou ação civil pública em face de Iran Antônio Ecco, sustentando, em síntese, que o réu realiza atividade de produção de peixes em açudes localizados em proximidade das rodovias BR 282 e BR 158, onde passa a Sanga Segredo, dependendo de licenciamento ambiental para continuidade da atividade, que não foi renovado desde 2010.

Ademais, afirmou que em razão de infrações aos artigos 54, § 2º, V, e 60, ambos da Lei de Crimes Ambientais, aforou as ações criminais nº 021.11.000932-1 e nº 021.12.000283-4, em decorrência de autuação da Polícia Militar Ambiental em 18/11/2010, 29/11/2010 e 27/12/2011, causada por denúncia da funcionária responsável pela estação de tratamento de água da CASAN, que informou que a água do Rio Iraceminha, usada para abastecimento da população, estava esverdeada e com aspecto de poluição, tendo sido constatada pela polícia a poluição neste rio, na Sanga Chinelô Queimado e na Sanga Segredo nas três referidas datas por causa de emissão de efluentes na água, em desacordo com a legislação de regência, originada dos tanques de piscicultura do réu, tendo ficado assente ainda que o requerido, além de causar a poluição (que, no entanto, já foi elidida por recuperação natural da área degradada em razão da regeneração natural das águas e diluição dos poluentes), não possuía licença ambiental à época, já que a licença de operação emitida pela FATMA estava vencida desde 07/10/2010.

Em razão da situação exposta, o *parquet* requereu a antecipação dos efeitos da tutela para impedir as atividades do réu até a obtenção de Licença Ambiental Operacional, e, no mérito, a decretação de paralisação das atividades comerciais do réu até que este providencie a LAO, bem como condenação dele em medida compensatória em razão da poluição e em indenização por dano moral coletivo.

Regularmente citado, Iran Antonio Ecco apresentou resposta na forma de contestação (fls. 129-156), defendendo que os fatos sobre a possível poluição devem ser apurados nos processos criminais nos quais o *parquet* também é parte, que não há provas de que o réu efetivamente poluiu, que os laudos acostados pelo Ministério Público são nulos, que a amostra de material foi colhida de maneira incorreta, e que tão logo percebeu da expiração da Licença, tomou medidas para obter outra, estando esta em trâmite, terminando por requerer a improcedência dos pedidos inaugurais.

Ato contínuo, o juízo *a quo* indeferiu o pedido antecipatório (fls.

160-162), tendo as partes requerido a abertura da fase probatória e a importação de prova emprestada das ações penais nº 021.11.000932-1 e nº 021.12.000283-4 (fls. 164-165 e 166-168).

Deferida a produção de prova testemunhal e a importação da prova já produzida nas ações penais (fl. 170), foram realizadas audiências deprecadas na comarca de Mondáí (fls. 184-186), Maravilha (fls. 194-196), São Carlos (fls. 209-210) e São Miguel do Oeste (fls. 219-224) para oitiva de testemunhas, tendo sido juntadas aos autos cópias integrais das ações penais mencionadas.

Com as alegações finais (fls. 226-252 e 255-285), os autos foram recebidos pelo juízo, que julgou improcedentes os pedidos vindicados pelo *parquet* (fls. 286-301).

Irresignado, o Ministério Público apelou (fls. 304-332), requerendo a reforma da sentença para que o réu seja condenado nos termos da inicial, para isso arguindo que este efetivamente exerceu suas atividades sem a Licença correspondente, tendo causado poluição ambiental nas ocasiões já descritas na peça inaugural, estando comprovada a ocorrência do dano, subsistindo, portanto, o dever de compensar, independentemente da regeneração natural das águas afetadas, terminando por prequestionar os dispositivos suscitados.

Com as contrarrazões (fls. 336-354), os autos ascenderam a esta Corte de Justiça.

Lavrou parecer pela Douta Procuradoria-Geral de Justiça a Exma. Sra. Dra. Vera Lúcia Ferreira Copetti, opinando pelo conhecimento e provimento do recurso (fls. 354-373).

Este é o relatório.

VOTO

Trata-se de apelação cível interposta pelo Ministério Público do

Estado de Santa Catarina em face de sentença que, em ação civil pública ajuizada em face de Iran Antônio Ecco (nº 021.13.000465-1), julgou improcedentes os pedidos formulados na inicial, consistentes na decretação de paralisação das atividades comerciais do réu até que este providencie a pertinente licença, bem como condenação dele em medida compensatória em razão da poluição e em indenização por dano moral coletivo.

Conheço do recurso, porquanto satisfeitos os requisitos intrínsecos e extrínsecos de admissibilidade.

Cinge-se a controvérsia acerca da responsabilização ambiental do réu quanto à poluição perpetrada em curso de água em duas oportunidades em 2010 e uma em 2011, cuidando-se, portanto, de três possíveis eventos danosos.

De início, inarredável mencionar que, no julgamento da ação penal nº 021.11.000932-1 (apenso I), que versa sobre dois fatos ocorridos em 2010, a denúncia foi julgada parcialmente procedente para absolver o autor quanto ao dano ambiental ocorrido em 29/11/2010 e quanto ao fato de inexistir licença ambiental vigente à época, e condená-lo pelo crime de poluição do art. 54, § 2º, V, da Lei de Crimes Ambientais, perpetrado pelo réu em 18/11/2010, em regime aberto, substituída a pena por prestação pecuniária no valor de R\$ 10.000,00.

Vale dizer que a absolvição referente ao dano ambiental ocorrido em 29/11/2010 foi requerida pelo próprio *parquet* **por ausência de provas quanto à autoria**, haja vista que a amostra foi coletada em área do rio na qual rejeitos de outras propriedades poderiam fluir, motivo pelo qual não é possível precisar a autoria em sede criminal.

Quanto ao fato ocorrido em 18/11/2010, houve a condenação em razão de que as amostras coletadas **comprovaram que o réu lançou poluentes na sanga Segredo em desacordo com a legislação**, motivo pelo qual incorreu no crime disposto no artigo 54, § 2º, V, da Lei de Crimes Ambientais.

Irresignados, o *parquet* e o réu recorreram, tendo sido não conhecido o reclamo do réu e negado provimento ao recurso do Ministério Público, readequando-se de ofício a penalidade (Apelação Criminal nº 2014.016952-7), transitando em julgado a ação penal em 26/05/2015 para a defesa e 23/06/2015 para a acusação, ensejando a execução criminal nº 0000321-07.2015.8.24.0021, tendo ocorrido a extinção da punibilidade por cumprimento da pena em 10/09/2015.

Nessa senda, por afigurar-se essencial para o deslinde deste feito, peço vênia para transcrever trecho da sentença que determinou a condenação:

Vistos, etc.

(...)

1. Crime previsto no art. 54, § 2º, V, da Lei n. 9.605/98, constatado no dia 29 de novembro de 2010.

O Representante do Ministério Público analisou muito bem o conjunto probatório, motivo pelo qual adoto suas palavras como razão de decidir:

“Neste ponto, após sopesada análise dos elementos coligidos ao longo dos autos, em que pese haver fortíssimos indícios da poluição hídrica ocasionada pelo acusado, haja vista que o relatório de fl. 36 dá conta que o réu lançava efluentes de 14 dos 17 açudes de sua propriedade numa “vala” que desaguava na Sanga Segredo, entende o Ministério Público que, ante a ausência de coleta de amostra a montante da dita “vala” onde eram lançados os efluentes dos tanques, deve o acusado IRAN ANTONIO ECCO ser absolvido em relação a este fato.

Isto porque, apesar da Guarnição da Polícia Militar Ambiental ter constatado o despejo de líquidos oriundos dos tanques do acusado na Sanga Segredo por meio da citada “vala”, não há comprovação de que as águas da “vala”, a montante dos açudes, encontrava-se limpa, ou ao menos não poluída. Tal constatação poderia ter sido realizada através da análise de amostra obtida a montante da “vala” que recebia os efluentes dos tanques do sistema de policultivo do acusado.

Na representação da fl. 32, percebe-se que as coletas realizadas no dia 29/11/2010 (P01, P02 e P03) se deram no final da “vala” e na Sanga Segredo. Assim, a dúvida que persiste reside em saber se a poluição constatada no P03 decorre dos lançamentos dos açudes ou é proveniente de outras propriedades localizadas a montante da “vala”, haja vista que, conforme vistoria da FATMA à fl. 156, a citada “vala” trata-se, em verdade, de curso hídrico natural, não construído pelo réu (item c), sendo proveniente de outras propriedades que, eventualmente, podem ter causado a poluição. Infelizmente, ao que parece, tal constatação foi não feita pelos policiais militares ambientais, prejudicando a identificação da causa da poluição neste dia.

É o que se extrai do depoimento do Policial Ademir Catto, que “uma coleta foi realizada dos líquidos que estavam sendo lançados na margem do rio, saía do açude, entrava em uma vala, e antes de entrar no curso hídrico foi coletado” e que “do curso hídrico então, duas amostras, uma a montante, acima do lançamento, e outra abaixo do lançamento, uma distância de aproximadamente 50 metros do ponto de lançamento”.

Ou seja, a coleta foi realizada somente no ponto em que a vala encontrava-se com a Sanga Segredo. No entanto, a mencionada vala é um curso hídrico natural e advinha de outras propriedades. Não sendo, portanto, suficiente o resultado desta amostra para comprovação da autoria de IRAN ANTONIO ECCO.

Assim, considerando que as provas colacionadas no curso da instrução processual são incapazes de comprovar efetivamente a prática do crime constatado no dia 29 de novembro de 2010, **inexistem elementos probatórios suficientes para a condenação do acusado**, de modo que a absolvição é medida que se impõe, apenas em relação a este fato” (fls. 169-170).

2. Crime previsto no art. 54, § 2º, V, da Lei n. 9.605/98, constatado no dia 18 de novembro de 2010.

Eis a tipificação descrita no art. 54, § 2º, V, da Lei n. 9.605/98:

Art. 54. Causar poluição de qualquer natureza em níveis tais que resultem

ou possam resultar em danos à saúde humana, ou que provoquem a mortandade de animais ou a destruição significativa da flora:

Pena - reclusão, de um a quatro anos, e multa.

§ 2º *Se o crime:*

(...);

V - ocorrer por lançamento de resíduos sólidos, líquidos ou gasosos, ou detritos, óleos ou substâncias oleosas, em desacordo com as exigências estabelecidas em leis ou regulamentos:

Pena - reclusão, de um a cinco anos.

A materialidade do delito está evidenciada pela notícia de infração ambiental (fls. 01-32), pelo relatório de análises laboratoriais (fl. 08), pelo laudo pericial (fls. 09-16), pelo croqui de coleta de amostras (fl. 32), pelo relatório de fls. 33-47, bem como pelas declarações prestadas nas fases policial e judicial.

Maristela Endrigo, disse que é funcionária da CASAN, e que à época dos fatos a água que chegou à estação de tratamento da CASAN, do município de Riqueza, estava bem esverdeada, cheia de algas, em razão do despejo de açudes. **Afirmou que tiveram de parar o tratamento da água diversas vezes por causa das algas, o que implicou no aumento do uso de produto químico e interrupção do fornecimento de água à população. Tal situação perdurou mais de 15 dias.** Asseverou que solicitou a Polícia Ambiental que averiguasse a origem do problema, a qual percorreu toda a extensão do rio e constatou que era proveniente de despejos de açudes localizados na linha Humaitá, em Cunha Porá, onde eram desenvolvidas atividades pesqueiras. **Disse que pela característica das algas os efluentes que chegaram até a estação de tratamento provêm de atividade de piscicultura.** Acompanhou a vistoria do curso hídrico no município de Riqueza, juntamente com a Polícia Ambiental e a Bióloga da CASAN, e constatou que a mancha verde na água era muito grande e que um empreendimento do porte do réu seria capaz de gerá-la (fl. 122).

Ademir Antonio Catto, Policial Militar, disse na data dos fatos recebeu solicitação da CASAN do município de Riqueza, para verificar a contaminação no rio Iracema, o qual abastece essa cidade, pois não havia como efetuar o tratamento da água. Afirmou que promoveram vistoria no curso hídrico para localizar de onde estavam sendo lançados os efluentes que provocaram a poluição. **Afirmou que no curso das diligências, chegaram até a propriedade do réu e constataram que ele realizou ou estava realizando a despesca da sua atividade de piscicultura em 2 tanques, sendo que possui um total de 19.** A despesca consiste no esvaziamento dos tanques para retirada de peixes. **Asseverou que o líquido proveniente dos 2 tanques foi lançado no curso hídrico conhecido como Segredo, o qual desagua no curso chamado Chinelo Queimado, que se liga ao rio Iracema.** Ato contínuo foi efetuada a coleta de água do ponto onde estava sendo lançada, outra coleta a montante e outra a jusante. Disse que as coletas foram acompanhadas pela Bióloga da CASAN, a qual encaminhou o material para análise. Disse que a poluição causou a interrupção do abastecimento de água no município de Riqueza. **Afirmou que a mancha verde encontrada no rio Iracema é proveniente de cianobactérias (algas) que se reproduzem em virtude da grande quantidade de matéria orgânica que fica depositada em águas paradas, tanques/açudes e quando lançadas em rios encontram ambiente propício para se reproduzirem.** Disse que percorreram o rio Iracema, o qual apresentava essa mancha esverdeada em todo o seu curso, até a confluência do rio Iracema e a sanga Chileno Queimado, onde constataram que essa matéria provinha da sanga Chinelo Queimado. **Afirmou que continuaram a diligência para saber de onde vinha a mancha verde, percorrendo a sanga Chinelo Queimado, depois a sanga Segredo e, por fim, chegaram até a propriedade do réu.** Asseverou que existe uma barragem da Aurora no curso da sanga Chileno Queimado (fl. 148).

Gilberto Pila, Policial Militar, disse que participou de 2 diligências relacionadas aos fatos, uma no dia 02 de dezembro no rio Iracema, e a outra auxiliou o Soldado Catto na lavratura dos autos de infração e termo de embargo. Afirmou que na data de 02 de dezembro não conseguiram localizar qualquer fonte causadora de poluição ao rio Iracema. Asseverou que nesse curso hídrico existia um barramento total de água, pertencente à empresa Aurora, porém não sabe precisar sua localização (fl. 148).

Cristhyano Zandoná Beduschi, disse que conhece o sistema de produção de peixes desenvolvido pelo réu. Afirmou que para realizar a despesca nos tanques de criação são baixados 60% do nível da água. **Sustentou que essa água é lançada em um córrego, o qual desagua na sanga Pequena, que transpassa à sanga Segredo e, por fim, desagua no rio Iracema. Asseverou que a água de um dos tanques é largada diretamente na sanga Segredo.** Disse que existe outro curso hídrico que corta o empreendimento do réu, no qual são lançados os efluentes. Que a CASAN do município de Riqueza fica a uma distância aproximada de 50 km da propriedade do réu e entre estes pontos existe um grande barramento da Aurora, de onde esta capta água. Outrossim, disse que curso hídrico que transpassa a propriedade do réu, no qual são lançados líquidos, chega até a barragem da Aurora. Disse que no ano de 2010 encaminhou o pedido de renovação da licença ambiental do empreendimento do réu à FATMA (fl. 122).

Do laudo pericial se extrai que os resultados laboratoriais das amostras coletadas na propriedade do réu (fls. 06-07), estão em desacordo com a legislação vigente (quesito n. 2, fls. 10-11). Ainda, destaco que a utilização da água na forma coletada pode acarretar danos à saúde humana, à flora e à fauna (quesito n. 3.a, b, c, d, fls. 11-12).

Desta feita, restou demonstrado que o réu causou poluição ao curso hídrico denominado sanga Segredo, em nível que poderia resultar em danos à saúde humana, à fauna e à flora, mediante o lançamento de resíduos líquidos provenientes da atividade de piscicultura que desenvolve.

(...)

Muito embora o ponto de coleta R4 (fl. 32) esteja distante dos demais tanques, constato que foi selecionado por existir outro tanque do réu neste local, que também estava lançando líquidos na sanga Segredo.

Assim declarou o Policial Ademir Antonio Catto que na primeira vez foram efetuadas 4 coletas, uma no lageado Segredo a montante, uma no local do lançamento proveniente da vala, uma no local de lançamento do Segredo, 50 metros a montante (...). E prosseguiu: *“na primeira vez, no local de lançamento, percebia-se que a montante ainda tinha vestígios*

da característica de poluição, então a gente percebeu que ali adentrava uma parte e a montante também tinha, por isso a gente seguiu e essa segunda parte da propriedade dele fica em torno de 2 a 3 quilômetros acima da Sanga Segredo, e lá nós constatamos que ele tem mais dois tanques, que estavam saindo os líquidos para a Sanga Segredo, então foi coletado a montante daqueles tanques” (fl. 148).

Vale dizer que o réu reconheceu que o tanque correspondente à coleta R4 lhe pertence.

Quanto ao ponto de coleta R3 (fl. 32), verifico que serviu como ponto neutro para comparação das demais amostras, já que estas foram coletas após os despejos efetuados pelo réu no ponto R4. Aliás, veja-se a tabela comparativa de fls. 14-15 mostrando que o ponto R3 apresenta os menores índices de substâncias poluentes, a maioria dentro do limite estabelecido pela legislação.

O fato de a Sanga Segredo cruzar as BRs 282 e 158 e eventualmente alguma lavoura não implica no aumento automático de poluentes na água a níveis de causar poluição, principalmente com as características encontradas (grande quantidade de cianobactérias (algas), que se reproduzem em virtude da grande quantidade de matéria orgânica que fica depositada em águas paradas). Inclusive o réu não fez prova nesse sentido.

Repiso que a distância entre os principais tanques e os demais não prejudica a amostragem das coletas, haja vista que se buscou aferir a ocorrência da poluição em toda a extensão da sanga segredo, bem como nos pontos em que o empreendimento do réu estava instalado.

Não obstante, o réu também não demonstrou que existiam outras atividades potencialmente poluidoras (piscicultura e agricultura) pertencentes a terceiros e que estivessem causando poluição na sanga Segredo e lhe afastasse a culpa pela poluição hídrica.

A impugnação quanto às amostras coletadas no ponto 03, “vala” (fl. 32), dizem respeito ao fato delituoso ocorrido no dia 29/11/2013 (art. 54, § 2º, da Lei n. 9.605/98), do qual absolvi o acusado, por isso é desnecessária a análise.

Assim, ainda que duvidoso o resultado do exame do ponto R2, em razão da origem dos efluentes provenientes da “vala” (questão supra-apreciada), **o ponto R4 comprova que o réu lançou poluentes na sanga Segredo.**

(...)

Mensuração dos danos.

É desnecessária a realização de nova perícia para comprovar a materialidade do delito de poluição, pois sua realização, decorridos mais de 3 anos da data dos fatos (18/11/2010), não demonstraria a realidade.

No caso em comento, entendo que as provas carreadas aos autos dispensam a perícia judicial, inclusive pela existência de perícia realizada na fase policial (fls. 09-16), pois evidenciam a contaminação da sanga Segredo por efluentes provenientes da atividade de piscicultura explorada pelo réu, demonstrando a potencialidade lesiva para a saúde da sociedade e do meio ambiente.

(...)

Ademais, a perícia para mensurar os volumes de efluentes lançados no curso hídrico, bem como da capacidade deste receptor (sanga) é desnecessária, porque os efluentes deveriam ser tratados antes do seu lançamento.

Por fim, é irrelevante à configuração do tipo se o barreamento da Cooperativa Aurora (localizado entre a propriedade do réu e a estação de tratamento de água da CASAN do município de Riqueza) contribuiu ou não na poluição do rio Iracema, pois o crime se consumou com a poluição da sanga Segredo promovida pelo réu (ponto R4).

E, obviamente, a poluição do curso hídrico (sanga Segredo – ponto R4) também foi um fator contributivo à poluição do rio Iracema. Aliás, o Policial Militar Ademir Antonio Catto disse que percorreram o rio Iracema, o qual apresentava essa mancha esverdeada (poluição) em todo o seu curso, até a confluência do rio Iracema e a sanga Chileno Queimado, onde constataram que essa matéria provinha da sanga Chinelo Queimado. Afirmou que continuaram a diligência para saber de onde vinha a mancha

verde, percorrendo a sanga Chinelo Queimado, depois a sanga Segredo e, por fim, chegaram até a propriedade do réu (fl. 148).

Dolo.

O dolo se perfectibilizou com a ação de despesca promovida pelo réu, o qual tinha consciência de que esta atividade implicaria no lançamento de líquidos no curso hídrico.

A propósito, bastante esclarecedor o depoimento da testemunha Gilmar Roque Casagrande que, apesar de não ter presenciado a despesca efetuada pelo réu, explicou como ocorre tal procedimento. Declarou que é Biólogo, comercializa rações para peixes e conhece o réu, bem como sua propriedade, em razão das atividades pesqueiras desenvolvidas por este. **Afirmou que na atividade de piscicultura pode-se liberar até 70% da água diretamente para o ambiente e, após coleta dos peixes, devem-se bombear os outros 30% de água para outros tanques ou esperar a decantação para, por fim, liberar para o ambiente.** Afirmou que os fatos (novembro/dezembro) ocorreram em um período de pouca chuva, por isso, após passarem redes para coleta de peixes, foram liberados apenas 30% da água existe nos tanques do réu ao ambiente, e o restante não seria liberado. Disse que os outros 70% seriam liberados aos poucos conforme a quantidade de chuva. **Asseverou que esses 30% liberados pelo réu estavam carregados de lodo, formado por materiais sedimentados, os quais surgem quando se passam redes, pois mexe com o fundo do tanque, e este material é poluente. Por isso, a água do curso hídrico ficou verde** (fl. 136).

Destaco que não houve mero vazamento de efluentes no curso hídrico, a denotar culpa.

Assim, afasto a absolvição e desclassificação para a modalidade culposa em relação ao fato delituoso ocorrido no dia 18/11/2010.

(...)

Diante desse quadro, deve o réu ser apenado por infração ao art. 54, § 2º, V, da Lei n. 9.605/98, constatado no dia 18 de novembro de 2010.

(...)

Diante do exposto, julgo parcialmente procedente a denúncia para:

A) absolver Iran Antônio Ecco em relação ao crime previsto no art. 54, § 2º, V, da Lei n. 9.605/98, constatado no dia 29 de novembro de 2010, com fundamento no art. 386, VII, do CPP;

B) absolver Iran Antônio Ecco em relação ao crime previsto no art. 60 da Lei n. 9.605/98, com fundamento no art. 386, VI, do CPP;

C) condenar Iran Antônio Ecco ao cumprimento de 1 ano de reclusão, em regime inicialmente aberto, por infração ao art. 54, § 2º, V, da Lei n. 9.605/98, fato ocorrido em 18 de novembro de 2010, substituída por prestação pecuniária em valor correspondente a R\$ 10.000,00 em favor de alguma das entidades cadastradas neste Juízo.

Condeno o réu ao pagamento das custas processuais (art. 804 do CPP).

Fixado o regime inicial aberto, concedo ao réu o direito de recorrer em liberdade (art. 387, parágrafo único, do CPP).

Transitada em julgado a sentença, lance-se o nome do réu no rol de culpados; designe-se audiência admonitória, ou, caso o sentenciado resida em Comarca diversa, depreque-se a fiscalização do cumprimento das penas irrogadas; expeça-se certidão; providenciem-se as devidas comunicações à Justiça Eleitoral e à Corregedoria-Geral de Justiça.

P. R. I.

De outra sorte, nos autos nº 021.12.000283-4 (apenso II), ajuizados pelo Ministério Público em razão de conduta perpetrada em 27/12/2011, o próprio *parquet* opinou novamente – como havia feito com o fato ocorrido em 29/11/2010, processado na outra ação penal – pela absolvição do réu, ensejando sentença de improcedência da denúncia, transitada em julgado em 16/12/2013, **por ausência de provas** quanto à autoria do fato.

No caso em testilha, não há como negar o cometimento do crime disposto no artigo art. 54, § 2º, V, da Lei n. 9.605/98, pelo menos no

tocante à conduta perpetrada em 18/11/2010, já que a análise da autoria e materialidade do crime está dispensada, porquanto “*a responsabilidade civil é independente da criminal, não se podendo questionar mais sobre a existência do fato, ou sobre quem seja o seu autor, quando estas questões se acharem decididas no juízo criminal*” (art. 935 do CC/2002).

Assim, “*transitada em julgado a sentença condenatória, poderão promover-lhe a execução, no juízo cível, para o efeito da reparação do dano, o ofendido, seu representante legal ou seus herdeiros*” (art. 65 do CPP).

Vale dizer que os atos cometidos em 29/11/2010 e 27/12/2011, objeto de absolvição por ausência de provas da autoria no processo criminal, podem ter a apreciação de autoria revista no juízo cível, haja vista que, nos termos do artigo 66 do Código de Processo Penal, “*Não obstante a sentença absolutória no juízo criminal, a ação civil poderá ser proposta quando não tiver sido, categoricamente, reconhecida a inexistência material do fato*”.

Assim, como a absolvição criminal fundamentada somente na **negativa** da autoria faz, automaticamente, coisa julgada nas esferas cível e administrativa, faz-se imprescindível a discussão completa acerca dos elementos de autoria por dano ambiental quanto a estes dois fatos (sendo indiscutível a autoria em relação ao terceiro), o que se passa a analisar.

Nesse ponto, há que se observar que a Constituição Federal de 1988 recepcionou o art. 14, § 1º, da Lei n. 6.938/1981, que estabeleceu a responsabilidade objetiva para os causadores de danos ao meio ambiente, nos seguintes termos:

“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”.

Sabido e consabido que a responsabilidade por dano ambiental é objetiva e regida pela teoria do *risco integral*, em que basta a ocorrência do dano e a prova do nexo de causalidade com a respectiva atividade danosa, prescindindo da culpabilidade dos agentes.

Em contraposição à teoria do risco criado, conforme previsto no art. 927, parágrafo único, do novo Código Civil, pela teoria do *risco integral* procura-se investigar apenas a efetiva ocorrência do dano e sua vinculação ao ato praticado, numa clara concepção de equivalência das condições, afigurando-se possível responsabilizar todos aqueles que contribuíram de alguma forma para o evento danoso.

Dessa forma, a responsabilização civil por dano ambiental incide irrestritamente sobre todas as causas determinantes e as secundárias da poluição, não se aplicando as excludentes clássicas do dever reparatório, tais como a culpa exclusiva da vítima, o caso fortuito, a força maior e o fato de terceiro.

Nos expressivos dizeres de Édis Milaré:

“Com a teoria do risco integral, o poluidor, na perspectiva de uma sociedade solidarista, contribui – nem sempre de maneira voluntária – para com a reparação do dano ambiental, ainda que presentes quaisquer das clássicas excludentes da responsabilidade ou cláusula de não-indenizar. É o poluidor assumindo todo o risco que sua atividade acarreta: o simples fato de existir a atividade produz o dever de reparar, uma vez provada a conexão causal entre dita atividade e o dano dela advindo” (*Direito do ambiente*. 5ª ed. ref. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 907).

Também para Sergio Cavalieri Filho:

“Extrai-se do Texto Constitucional e do sentido teleológico da Lei de Política Nacional do Meio Ambiente (Lei nº 6.938/1981) que essa responsabilidade é fundada no risco integral, conforme sustentado por Nelson Nery Jr. (Justitia 126/74). Se fosse possível invocar o caso fortuito ou a força maior [ou ainda a culpa exclusiva da vítima e fato de terceiro] como causas excludentes da responsabilidade civil por dano ecológico, ficaria fora da incidência da lei, a maior parte dos casos de poluição ambiental, como a destruição da fauna e da flora causada por carga tóxica de navios avariados em tempestades marítimas; rompimento de oleoduto em circunstâncias absolutamente imprevisíveis, poluindo lagoas, baías, praias e mar; contaminação de estradas e rios, atingindo vários municípios, provocada por acidentes imponderáveis de grandes veículos transportadores de material poluente e assim por diante” (*Programa de responsabilidade civil*. 8ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2008, p. 145).

Nesse sentido, extrai-se da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

“RESPONSABILIDADE CIVIL POR DANO AMBIENTAL. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C DO CPC. DANOS DECORRENTES DO ROMPIMENTO DE BARRAGEM. ACIDENTE AMBIENTAL OCORRIDO, EM JANEIRO DE 2007, NOS MUNICÍPIOS DE MIRAÍ E MURIAÉ, ESTADO DE MINAS GERAIS. TEORIA DO RISCO INTEGRAL. NEXO DE CAUSALIDADE.

1. Para fins do art. 543-C do Código de Processo Civil: **a) a responsabilidade por dano ambiental é objetiva, informada pela teoria do risco integral, sendo o nexo de causalidade o fator aglutinante que permite que o risco se integre na unidade do ato, sendo descabida a invocação, pela empresa responsável pelo dano ambiental, de excludentes de responsabilidade civil para afastar sua obrigação de indenizar;** b) em decorrência do acidente, a empresa deve recompor os danos materiais e morais causados e c) na fixação da indenização por danos morais, recomendável que o arbitramento seja feito caso a caso e com moderação, proporcionalmente ao grau de culpa, ao nível

socioeconômico do autor, e, ainda, ao porte da empresa, orientando-se o juiz pelos critérios sugeridos pela doutrina e jurisprudência, com razoabilidade, valendo-se de sua experiência e bom senso, atento à realidade da vida e às peculiaridades de cada caso, de modo que, de um lado, não haja enriquecimento sem causa de quem recebe a indenização e, de outro, haja efetiva compensação pelos danos morais experimentados por aquele que fora lesado.

2. No caso concreto, recurso especial a que se nega provimento.” (REsp 1.374.284/MG, rel. Min. Luis Felipe Salomão, Segunda Seção, j. em 27/08/2014, DJe 05/09/2014) [grifou-se]

“AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO (ART. 544 DO CPC) – NA ORIGEM, TRATA-SE DE AGRAVO DE INSTRUMENTO NO BOJO DE AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS DECORRENTES DE CONTAMINAÇÃO PROVENIENTE DO DESCARTE DE MATERIAL DE LIMPEZA DE TANQUES DA PETROBRÁS NO MUNICÍPIO DE SÃO SEBASTIÃO (SP) – DECISÃO MONOCRÁTICA QUE CONHECEU DO AGRAVO PARA DAR PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO ESPECIAL A FIM DE AFASTAR A OBRIGAÇÃO PELO ADIANTAMENTO DOS HONORÁRIOS PERICIAIS DECORRENTE DA INVERSÃO DO ÔNUS PROBATÓRIO. IRRESIGNAÇÃO DA EMPRESA PETROLÍFERA.

1. Responsabilidade civil por lesão individual causada, supostamente, por contaminação do solo (descarte impróprio de material poluente). Alegada inexistência de conduta ilícita imputável à sociedade petrolífera ré. **A responsabilidade civil por dano ambiental (público ou privado) é objetiva, fundada na teoria do risco integral, à luz do disposto no artigo 14, § 1º, da Lei nº 6.938/81.** Assim, “sendo o nexo de causalidade o fator aglutinante que permite que o risco se integre na unidade do ato”, revela-se “descabida a invocação, pela empresa responsável pelo dano ambiental, de excludentes de responsabilidade civil para afastar a sua obrigação de indenizar” (REsp 1354536/SE, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 26/03/2014, DJe 05/05/2014, sob o rito dos recursos repetitivos)

2. Inversão do ônus da prova no âmbito de ação de indenização por dano ambiental. Acórdão estadual que, corroborando a decisão saneadora, considerou cabida a inversão do ônus probatório, ante a constatação da verossimilhança do direito alegado (tendo em vista a responsabilidade objetiva decorrente do risco da atividade econômica empreendida e a notoriedade do acidente ambiental), bem assim a hipossuficiência técnica e financeira da vítima/autor. Incidência da súmula 7/STJ.

3. Responsabilidade pelo adiantamento dos honorários do perito. Não é lícito obrigar a parte contra quem o ônus da prova foi invertido a custear os honorários do perito, porque lhe assiste a faculdade de não produzir a prova pericial e arcar com as conseqüências processuais da omissão. Precedentes.

4. O recurso apresentado às fls. 656-662 não é admissível em razão da violação ao princípio da unirrecorribilidade, a ensejar a aplicação do óbice da preclusão consumativa.

5. Agravo regimental desprovido e petitório de fls. 656-662 não conhecido.” (AgRg no AgRg no AREsp 153.797/SP, rel. Min. Marco Buzzi, Quarta Turma, j. em 05/06/2014, DJe 16/06/2014) [grifou-se]

RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL. DANO AMBIENTAL PRIVADO. RESÍDUO INDUSTRIAL. QUEIMADURAS EM ADOLESCENTE. REPARAÇÃO DOS DANOS MATERIAIS E MORAIS.

1 – Demanda indenizatória movida por jovem que sofreu graves queimaduras nas pernas ao manter contato com resíduo industrial depositado em área rural.

2 – A responsabilidade civil por danos ambientais, seja por lesão ao meio ambiente propriamente dito (dano ambiental público), seja por ofensa a direitos individuais (dano ambiental privado), é objetiva, fundada na teoria do risco integral, em face do disposto no art. 14, § 10º, da Lei n. 6.938/81.

3 – A colocação de placas no local indicando a presença de material orgânico não é suficiente para excluir a responsabilidade civil.

- 4 – Irrelevância da eventual culpa exclusiva ou concorrente da vítima.
- 5 – *Quantum* indenizatório arbitrado com razoabilidade pelas instâncias de origem. Súmula 07/STJ.
- 6 – Alteração do termo inicial da correção monetária (Súmula 362/STJ).
- 7 – RECURSO ESPECIAL PARCIALMENTE PROVIDO. (REsp 1.373.788/SP, rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, Terceira Turma, j. em 06/05/2014, DJe 20/05/2014) [grifou-se]

E ainda: REsp 1.354.536/SE, rel. Min. Luis Felipe Salomão, Segunda Seção, j. em 26/03/2014, DJe 05/05/2014; AgRg no REsp 1.412.664/SP, rel. Min. Raul Araújo, Quarta Turma, j. em 11/02/2014, DJe 11/03/2014; AgRg no AREsp 273.058/PR, rel. Min. Antônio Carlos Ferreira, Quarta Turma, j. em 09/04/2013, DJe 17/04/2013; REsp 1.198.727/MG, rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, j. em 14/08/2012, DJe 09/05/2013; dentre outros precedentes.

Ainda que não fosse aplicável ao caso a teoria do risco integral, restaria configurada a responsabilidade do réu quanto a um dos eventos causados, haja vista a condenação criminal com apuração de dolo na conduta poluidora.

No tocante aos dois eventos danosos cuja autoria não restou incontestada em sede penal, afigura-se necessário mencionar que o convencimento do magistrado em sede de *ultima ratio* opera-se de maneira muito mais restritiva, cabendo ao juízo cível convencer-se das provas amealhadas aos autos sem a vinculação ao julgamento pela ausência de provas no âmbito criminal.

Forçoso convir que, como afirmado pelo *parquet* ao pedir pela absolvição do réu nos processos criminais, “(...) **em que pese haver fortíssimos indícios da poluição hídrica ocasionada pelo acusado, haja vista que o relatório de fl. 36 dá conta que o réu lançava efluentes de 14 dos 17 açudes de sua propriedade numa “vala” que desaguava**

na Sanga Segredo, entende o Ministério Público que, ante a ausência de coleta de amostra a montante da dita “vala” onde eram lançados os efluentes dos tanques, deve o acusado IRAN ANTONIO ECCO ser absolvido em relação a este fato”.

Neste sentido, correto o posicionamento do Ministério Público *in casu*, haja vista que a condenação criminal depende de certeza inarredável da autoria, sendo que, mesmo em face de fortíssimos indícios de autoria, a incerteza leva à absolvição.

No processo civil, no entanto, a avaliação da prova produzida não atinge critérios tão restritivos.

Ora, considerando que houve a comprovação do crime em uma das oportunidades e que nas três ocasiões a substância poluidora é a mesma e foi liberada na mesma época do ano (dois fatos em novembro de 2010 e um em dezembro de 2011), é possível concluir que o réu contribuiu ao menos de maneira concomitante com outro poluidor piscicultor para a consecução do dano, em razão do tipo específico de material poluente despejado no curso d’água.

Este juízo cível, portanto, posiciona-se pela presença de elementos suficientes de comprovação do nexo causal entre o fato danoso e a conduta perpetrada em todas as três ocorrências.

Neste ponto, vale mencionar novamente o depoimento da testemunha Gilmar Roque Casagrande, que explicou como ocorre o procedimento de pesca, causador da emissão de efluentes, nos seguintes termos:

Declarou que é Biólogo, comercializa rações para peixes e conhece o réu, bem como sua propriedade, em razão das atividades pesqueiras desenvolvidas por este. **Afirmou que na atividade de piscicultura pode-se liberar até 70% da água diretamente para o ambiente e, após coleta dos peixes, devem-se bombear os outros 30% de água para outros tanques ou esperar a decantação para, por fim, liberar para**

o ambiente. Afirmou que os fatos (novembro/dezembro) ocorreram em um período de pouca chuva, por isso, após passarem redes para coleta de peixes, foram liberados apenas 30% da água existe nos tanques do réu ao ambiente, e o restante não seria liberado. Disse que os outros 70% seriam liberados aos poucos conforme a quantidade de chuva. **Asseverou que esses 30% liberados pelo réu estavam carregados de lodo, formado por materiais sedimentados, os quais surgem quando se passam redes, pois mexe com o fundo do tanque, e este material é poluente. Por isso, a água do curso hídrico ficou verde (fl. 136).**

No tocante ao dano propriamente dito, extrai-se dos autos que foram liberados poluentes potencialmente lesivos à saúde humana e de animais, em 18/10/2010, 29/11/2010 e 27/12/2011, detectando-se o aumento considerável de cianobactérias e coliformes nas águas em valores muito superiores à medida de equilíbrio.

Com efeito, quanto à análise laboratorial efetivada em razão da emissão de poluentes em 18/10/2010, pela qual o autor foi condenado na esfera criminal, o valor de coliformes no montante era de 1.180 NMP/100 ml antes do local de lançamento e, neste, 241.000 NMP/100 ml (R3 e R4 – fl. 59), valor mais que duzentas vezes maior que o anterior. A jusante, o montante de coliformes regrediu para 38.700 NMP/100 ml, ainda assim considerável se comparado com a montante, no valor de 1.180 NMP/100 ml (fl. 35).

Ainda, a análise laboratorial demonstrou a ocorrência de cianobactérias na água, sendo que a montante havia a inócorrência destas. No local de lançamento, no entanto, encontraram-se cianobactérias no montante de 392.325,00 ccl/ml, sendo predominante a espécie *aphanocapsa sp*, que é “considerada pela comunidade científica como potencialmente tóxica, liberando para a água cianotoxinas do grupo das microcistinas (uma hepatotoxina) e saxitoxinas (uma neurotoxina). As microcistinas quando consumidas podem causar diarreia, vômito, piloereção, fraqueza, palidez, sendo que a morte ocorre por choque

hemorrágico (...) as saxitoxinas causam paralisia progressiva dos músculos, diminuição dos movimentos, exagerada respiração abdominal, cianose, convulsão, parada respiratória e morte” (fl. 38), tendo, em razão da poluição, ocorrido a interrupção do abastecimento de água pela CASAN.

Já em 29/11/2010 ocorreu nova inspeção laboratorial de água, também com a aparição preponderante da espécie *aphanocapsa sp*, apresentando-se valor muito superior a montante (223.701 cel/ml) em relação ao local de lançamento, em 1.976.037 cel/ml, sendo que a resolução CONAMA nº 357/2005 determina a presença de até 50.000 cel/ml cianobactérias na água (fl. 50).

Já no terceiro fato, ocorrido pouco mais de um ano depois, foi colhida uma amostra no local de lançamento, apontando a existência de cianobactérias, tendo como preponderante novamente a espécie *aphanocapsa sp*, em valor total de 1.823.053 cel/ml (fl. 106).

Vale dizer que a absolvição criminal quanto ao fato ocorrido em 2011 e o segundo fato de 2010 foi possível em razão do fato de que a “vala” onde os resíduos são despejados é, na realidade, um curso hídrico, motivo pelo qual outros produtores poderiam ter efetivado a poluição antes mesmo da “vala” passar pela propriedade do réu e depois se encaminhar para a sanga Segredo.

De outra sorte, a condenação referente ao primeiro fato de 2010 ocorreu em razão de haver outro açude do réu entre os pontos R3 e R4 (fl. 59), na própria sanga Segredo, antes de encaminhar-se para o local no qual esta se harmoniza com a “vala” onde são lançados os demais efluentes.

No entanto, parece muito improvável, como apontado pelo *parquet* quando advogou pela absolvição do réu, que a mesma espécie de cianobactéria tenha sido encontrada nas três oportunidades e só a emissão de 18/11/2010 seja atribuível ao réu.

Desta forma, mesmo que em possível concausa com outro possível agente, entende-se pela responsabilidade do réu no tocante aos três eventos danosos ocorridos.

O dano ambiental encontra-se evidenciado e, embora não se desconheça a orientação de que “(...) *se o meio ambiente lesado for imediata e completamente restaurado ao seu estado original (reductio ad pristinum statum), não há falar, como regra, em indenização*” (STJ, REsp 1.145.083/MG, rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, j. em 27/09/2011), não é esta a situação retratada nos autos.

Malgrado não haja, até então, notícia de que a higidez dos recursos hídricos da área afetada tenha sido afetada de forma permanente ou considerável, ou mesmo de que alguma providência devesse ter sido adotada para o restabelecimento do *statu quo ante*, o fato é que a concessionária do sistema de abastecimento passou a fazer monitoramento mais frequente da qualidade da água, notificando que suspenderia o serviço de abastecimento para preservar a saúde pública (fls. 103-105) e tendo que, para evitar a suspensão do serviço para a população, utilizar o triplo do material de limpeza para purificar a água em razão da conduta do réu (cujo dispêndio muito possivelmente foi transferido à coletividade por aumento da tarifa), conforme depoimento de Maristela Endrigo, funcionária pública da CASAN, responsável pela estação de tratamento da área, tendo inclusive ocorrido a morte de peixes no rio, muito provavelmente em razão da poluição, haja vista que a depoente nunca viu peixes mortos naquela área antes (fl. 185 e fl. 120 do apenso II).

Houve, é importante ressaltar – ainda que, na visão do poluidor, por curto período de tempo –, repercussão ecológica à toda comunidade que se aproveita do Rio Iracema e seus afluentes, gerando, além de inegável prejuízo na qualidade da água, evidente abalo na ordem extrapatrimonial coletiva.

No tocante à medida compensatória, no entanto, bem lançada a decisão de primeiro grau ao entender pela ausência de dano indenizável, haja vista que houve regeneração natural dos recursos hídricos, restando como dano passível de indenização somente o valor despendido a maior pela CASAN para o tratamento da água, não sendo a ação civil pública, no entanto, veículo adequado para a perseguição da mencionada indenização.

Relativamente ao cabimento da indenização a título de dano moral coletivo, imperioso salientar a possibilidade de seu arbitramento por eventual lesão extrapatrimonial ao meio ambiente, seja este direcionado ao equilíbrio ecológico, à qualidade de vida ou à saúde da sociedade, nos termos do art. 5º, V, da Constituição Federal.

Mesmo que a medida não esteja direcionada à reparação do dano *in natura*, pode-se destinar à privação temporária da fruição do patrimônio comum a todos os indivíduos.

À guisa de ilustração, cita-se a lição de Annelise Monteiro Steigleder:

“A partir da compreensão de que o dano ambiental tem uma dimensão material a que se encontram associados danos extrapatrimoniais, que abarcam os danos morais coletivos, a perda pública decorrente da não fruição do bem ambiental, e a lesão ao valor de existência da natureza degradada, importa definir diferentes formas de reparação para cada classe de danos.

“Esclareça-se que os pedidos de condenação em obrigações de fazer e de indenização *serão cumulados*, inexistindo *bis in idem*, pois o fundamento para cada um deles é diverso. O pedido de obrigação de fazer cuida da reparação *in natura* do dano ecológico puro e a indenização visa a ressarcir os danos extrapatrimoniais, pelo que o reconhecimento de tais pedidos compreende as diversas facetas do dano ambiental” (*Responsabilidade civil ambiental: as dimensões do dano ambiental no direito brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 236).

Note-se que, num primeiro momento, houve certa resistência

jurisprudencial ao reconhecimento da categoria de dano moral coletivo, sob a justificativa de que o instituto deveria estar vinculado à noção de dor, sofrimento psíquico, de caráter individual, daí porque a sua incompatibilidade com a moderna noção de transindividualidade.

Nesse sentido: REsp 598.281/MG, rel. Min. Luiz Fux, rel. p/ Acórdão Min. Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, DJe 01/06/2006; AgRg no REsp 1.305.977/MG, rel. Min. Ari Pargendler, Primeira Turma, DJe 16/04/2013; e AgRg no REsp 1.109.905/PR, rel. Min. Hamilton Carvalhido, Primeira Turma, DJe 03/08/2010.

Mais recentemente, todavia, firmou-se a orientação de que o dano moral coletivo não se relaciona necessariamente com aqueles tradicionais atributos da pessoa humana (dor, sofrimento ou abalo psíquico), conforme explanado pelo eminente Relator, o Min. Luis Felipe Salomão, quando do julgamento do REsp 1.293.606:

“(...) é imaginável também que, de danos individuais homogêneos em escala ampliada possam decorrer danos difusos. Tal circunstância ocorre no exemplo doutrinário da poluição de um açude que atinge concretamente diversas pessoas que fizeram uso de sua água (direito individual homogêneo). Contudo, é possível imaginar que, em razão do número de indivíduos contaminados, esse fato pode sobrecarregar o sistema de saúde local, com acréscimo de gastos de recursos estatais e, de resto, um prejuízo difuso à toda coletividade que depende daquele serviço público (direito difuso).

Com os mesmos contornos do exemplo acima citado, são as conhecidas situações de danos ambientais dos quais resultam danos individuais a trabalhadores ou pescadores de determinada localidade. Nesse caso, há na origem um dano ambiental (direito difuso), do qual resulta violação a direitos individuais homogêneos (danos a trabalhadores/pescadores), dos quais, finalmente, pode resultar impacto no sistema previdenciário ou em fundos públicos.

A propósito, foi aprovado o Enunciado n. 456 nas Jornadas de Direito Civil CJP/STJ, com o seguinte teor: **“A expressão “dano” no art. 944**

abrange não só os danos individuais, materiais ou imateriais, mas também os danos sociais, difusos, coletivos e individuais homogêneos a serem reclamados pelos legitimados para propor ações coletivas”.
[grifou-se]

Outrossim, segundo pontificou a Min^a. Eliana Calmon no julgamento do REsp 1.027.274/RS:

“O dano moral coletivo, assim entendido o que é transindividual e atinge uma classe específica ou não de pessoas, é passível de comprovação pela presença de prejuízo à imagem e à moral coletiva dos indivíduos enquanto síntese das individualidades percebidas como segmento, derivado de uma mesma relação jurídica base. O dano extrapatrimonial coletivo prescinde de dor, sofrimento e de abalo psicológico, suscetíveis de apreciação na esfera do indivíduo, mas inaplicável aos interesses difusos e coletivos”.

Nesse sentido, de acordo com José Rubens Morato Leite:

“A coletividade pode ser afetada quanto aos seus valores extrapatrimoniais e devem ser reparados. Um dos pressupostos é denotado através da seguinte assertiva: se o indivíduo pode ser ressarcido por lesão a um dano moral, não há óbice para que a coletividade não venha a ser reparada, considerando que, do contrário, estaria se evidenciando um dano sem obrigação de compensação.

[...]

O dano extrapatrimonial ambiental não tem mais como elemento indispensável a dor em seu sentido moral de mágoa, pesar, aflição, sofrido pela pessoa física. A dor, na qual se formulou a teoria do dano moral individual, [...] acabou abrindo espaço a outros valores que afetam negativamente a coletividade, como é o caso da lesão imaterial ambiental.

“A dor, em sua acepção coletiva, é ligada a um valor equiparado ao sentimento moral individual, mas não propriamente este, posto que concernente a um bem ambiental, indivisível, de interesse comum, solidário e relativo a um direito fundamental de toda a coletividade. Trata-se de uma lesão que traz desvalorização imaterial ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e concomitantemente a outros valores inter-

relacionados como a saúde e a qualidade de vida. A dor, referida ao dano extrapatrimonial ambiental, é predominantemente objetiva, pois se procura proteger o bem ambiental em si (interesse objetivo) e não o interesse particular subjetivo. Outrossim, refere-se, [simultaneamente], a um interesse comum de uma personalidade em sua caracterização coletiva” (*Dano Ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial*. 2ª ed. São Paulo: RT, 2003, p. 267 e 299-300).

É ainda, segundo Leonardo Roscoe Bessa:

“Em se tratando de direitos difusos e coletivos, a condenação por dano moral (*rectius: extrapatrimonial*) se justifica em face da presença do interesse social em sua preservação. Trata-se de mais um instrumento para conferir eficácia à tutela de tais interesses, considerando justamente o caráter não patrimonial desses interesses metaindividuais” (*Revista de Direito do Consumidor*. 59. São Paulo: RT, 2006, p. 105).

Carlos Alberto Bittar Filho, por sua vez, conceitua o dano moral coletivo como a:

“(…) injusta lesão da esfera moral de uma dada comunidade, ou seja, é a violação antijurídica de um determinado círculo de valores coletivos’. (...) ‘Quando se fala em dano moral coletivo, está-se fazendo menção ao fato de que o patrimônio valorativo de uma certa comunidade (maior ou menor), idealmente considerado, foi agredido de maneira absolutamente injustificável do ponto de vista jurídico: quer isso dizer, em última instância, que se feriu a própria cultura, em seu aspecto imaterial. Tal como se dá na seara do dano moral individual, aqui também não há que se cogitar de prova da culpa, devendo-se responsabilizar o agente pelo simples fato da violação (*damnum in re ipsa*)” (Dano moral coletivo no atual contexto brasileiro. *Revista de Direito do Consumidor*. n. 12. São Paulo: RT, 1994, p. 55).

Estes ensinamentos guardam sintonia com o magistério de André de Carvalho Ramos, segundo o qual “(...) a dor psíquica que alicerçou a teoria do dano moral individual acaba cedendo lugar, no caso do dano moral coletivo, a um sentimento de despreço e de perda de valores que afetam negativamente toda uma coletividade”.

O autor acrescenta que:

“Imagine-se o dano moral gerado por propaganda enganosa ou abusiva. O consumidor em potencial sente-se lesionado e vê aumentar seu sentimento de desconfiança na proteção legal do consumidor, bem como no seu sentimento de cidadania.

[...]

Assim, é preciso sempre enfatizar o imenso dano moral coletivo causado pelas agressões aos interesses transindividuais. Afeta-se a boa-imagem da proteção legal a estes direitos e afeta-se a tranquilidade do cidadão, que se vê em verdadeira selva, onde a lei do mais forte impera.

Tal intranquilidade e sentimento de desapareço gerado pelos danos coletivos, justamente por serem indivisíveis, acarreta lesão moral que também deve ser reparada coletivamente.

[...]

Com isso, vê-se que a coletividade é passível de ser indenizada pelo abalo moral, o qual, por sua vez, não necessita ser a dor subjetiva ou estado anímico negativo, que caracterizam o dano moral na pessoa física, podendo ser o desprestígio do serviço público, do nome social, a boa-imagem de nossas leis, ou o desconforto da moral pública, que existe no meio social.” (*A ação civil pública e o dano moral coletivo. Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo, n. 25, jan.-mar. 1998, p. 82-83). [grifou-se]

Embora não se exija, como visto, a concretização de dano aos tradicionais atributos da pessoa humana, é necessário que a violação ao direito seja de tal monta que supere os limites do aceitável na vida em sociedade, sendo grave o suficiente para produzir intranquilidade social e alterações relevantes na ordem extrapatrimonial coletiva, salvo melhor juízo, ocorrentes na hipótese.

Com efeito, o dano ambiental observado nos cursos hídricos afetou o bem-estar social e o direito de se viver em um meio ambiente

sadio e ecologicamente equilibrado, justamente no que consiste a lesão a um interesse difuso.

Vale ressaltar ainda que os vizinhos da área tiveram conhecimento da situação de poluição, que houve relatos de animais mortos na área de extensão do dano ambiental, que as cianobactérias liberadas no curso d'água eram tóxicas, podendo levar à morte de humanos e animais, e que a CASAN passou a proceder em prudente sobreaviso para a suspensão do abastecimento de água, tendo que, para não proceder a tal medida, gastar três vezes o montante normal de produto de limpeza utilizado na água, muito provavelmente repassando seu prejuízo para o consumidor final.

Ademais, sequer é possível calcular, com a notícia acerca da morte dos peixes, os prejuízos efetivamente causados ao ecossistema, afigurando-se possível, portanto, a reparação por danos extrapatrimoniais.

A quantificação dos danos morais fica a critério do juiz, mediante arbitramento, na forma do artigo 946 do Código Civil, prelecionando este que *“Se a obrigação for indeterminada, e não houver na lei ou no contrato disposição fixando a indenização devida pelo inadimplente, apurar-se-á o valor das perdas e danos na forma que a lei processual determinar”*.

Cabe ao magistrado a fixação de verba que corresponda, tanto quanto possível, à situação socioeconômica do ofensor, sem perder de vista a necessidade de avaliação da repercussão do evento danoso. Tais critérios, utilizáveis na fixação do valor do dano, podem ser encontrados na lição de José Raffaelli Santini, cujos ensinamentos seguem transcritos:

“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 (...) 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. São Paulo: Agá Júris, 2000, p. 45).

Destarte, não perdendo de vista a capacidade econômica do ofensor e a gravidade e reincidência da conduta, defino que o valor a título de danos morais coletivos deve ser arbitrado no montante de R\$ 6.000,00 para o primeiro evento danoso, R\$ 10.000,00 para o segundo e R\$ 14.000,00 para o terceiro, totalizando valor final em R\$ 30.000,00, a ser corrigido monetariamente a partir deste arbitramento (Súmula 362 do STJ) pelo INPC, sofrendo incidência de juros de mora desde a data de cada evento danoso (Súmula 54 do STJ) no valor de 1% (um por cento) ao mês.

Por fim, no tocante à suspensão da atividade em razão da ausência de Licença Ambiental de Operação vigente, peço vênha para transcrever parte da sentença objurgada, que bem descreveu a situação fática encartada nos presentes fólios:

Paralisação das atividades.

Não visualizo qualquer motivo para alterar o posicionamento externado quando da análise da liminar.

De fato, constato que o réu exerce atividade de produção de peixes através do sistema de policultivo, em 19 tanques (açudes) localizados às margens do entroncamento entre as rodovias BR 282 e BR 158, linha Humaitá, neste município (fls. 5 e 57).

A atividade desenvolvida pelo réu (piscicultura) foi permitida pelo órgão ambiental competente (FATMA) através de licença ambiental na data de 07-10-2006, com vencimento em 07-10-2010 (fl. 5).

Quando da primeira autuação pela polícia militar ambiental (18-1-2010)

constatou-se que a licença ambiental do réu estava vencida. Todavia, há indício de regularidade de sua atividade, pois fora previamente autorizada pelo órgão competente.

Ressalvo que em menos de um mês dessa autuação (09-12-2010) o réu solicitou à FATMA a renovação da licença ambiental, de modo que, a qualquer momento, seu empreendimento poderia sofrer a fiscalização desse órgão.

Entretanto, apenas em 1/06/2013 a FATMA efetuou vistoria para verificar as instalações do empreendimento do réu (fl. 156 dos autos n. 021.1.00932-1), ou seja, após decorridos 2 anos 1 mês e 21 dias da solicitação (fl. 123). O pedido de renovação da licença, contudo ainda não foi analisado e nem há previsão para tanto, pois no referido documento a FATMA esclareceu que **“em processos dessa natureza ainda não se estabeleceu um padrão exato de licenciamento, de forma que a grande maioria está represada em todo o Estado”** (fl. 123).

Diante desse contexto, parece-me evidente que, mesmo se o réu tivesse feito a solicitação de renovação antes de expirado o prazo da licença anterior, ainda assim seu pedido não teria sido analisado ao tempo da fiscalização, tendo em vista que até hoje pende de análise.

Certamente o réu não pode sofrer as mazelas da morosidade administrativa, pois não é do réu a culpa pela estagnação do seu procedimento administrativo.

Logo, a irregularidade do empreendimento do réu, por conta da licença vencida, restou suprida no momento em que este protocolou pedido de renovação junto à FATMA e quando esta, negligentemente, deixou de apreciar seu pedido (fl. 123).

Muito embora o réu tenha sido novamente autuado pela polícia militar ambiental em data que seu procedimento administrativo se encontrava pendente de apreciação (fls. 79 e 123), sobreveio sentença absolutória transitada em julgado em relação a este fato (autos 021.12.00283-4).

Ademais, tais fatos isoladamente são incapazes de paralisar toda a atividade exercida pelo réu, uma vez que a licença concedida anteriormente

consubstancia indício de regularidade e considerando que existe pedido para renovação da licença.

Outrossim, obstar o prosseguimento da atividade exercida pelo réu, por negligência/desorganização do órgão ambiental competente, por via transversa, também ensejaria na paralisação de toda a piscicultura catarinense, uma vez que a própria FATMA admite que “em processos dessa natureza ainda não se estabeleceu um padrão exato de licenciamento, de forma que a grande maioria está represada em todo o Estado” (fl. 123).

Forçoso convir, portanto, que a situação de irregularidade do réu perante a FATMA não mais é causada por este, haja vista que protocolou pedido de renovação da licença perante o órgão ambiental, não tendo recebido resposta, uma vez que toda a atividade de piscicultura, conforme declaração da própria FATMA, vem “sendo represada” neste ente federativo.

Há que se concluir, portanto, que se não fosse a morosidade do órgão ambiental, o pedido do *parquet* atualmente não teria mais objeto, em razão da apreciação administrativa do pedido de renovação de licença, que, então, obstaria a suspensão da atividade em razão da regularidade dela.

Merece, portanto, parcial provimento o recurso do ente ministerial para condenar o réu quanto aos danos morais coletivos, nos termos da fundamentação.

Por fim, quanto ao invocado prequestionamento, cediço que apesar do entendimento fixado no enunciado n. 21 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça, a própria Corte Superior vem decidindo, mais recentemente, ser “(...) *desnecessária a manifestação explícita da Corte de origem acerca das normas que envolvem a matéria debatida, uma vez que, para a satisfação do prequestionamento, basta a implícita discussão da matéria impugnada no apelo excepcional*” (REsp 637.836/DF, rel. Min. Felix Fischer).

Por oportuno, impende salientar que a tese do prequestionamento ficto foi expressamente consagrada no art. 1.025 do novo Código de Processo Civil (Lei n. 13.105/2015), segundo o qual “(...) *ainda que os embargos de declaração sejam inadmitidos ou rejeitados, caso o Tribunal superior considere existentes erro, omissão, contradição ou obscuridade, consideram-se incluídos no acórdão os elementos que o embargante suscitou, para fins de pré-questionamento*” (IMHOF, Cristiano Imhof; REZENDE, Bertha Steckert. Novo Código de Processo Civil Comentado. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015, p. 93).

Em razão do exposto, vota-se no sentido de conhecer do recurso e dar-lhe parcial provimento, reformando-se a sentença de primeiro grau para julgar parcialmente procedentes os pedidos vindicados pelo *parquet*, condenando-se o réu em danos morais coletivos, nos termos da fundamentação.

Este é o voto.

Apelação Cível n. 0900003-50.2014.8.24.0080 (2015.024525-3), de Xanxerê

Relator: Desembargador Carlos Adilson Silva

AÇÃO CIVIL PÚBLICA. CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. OBRIGAÇÃO DE FAZER. ACESSIBILIDADE DE DEFICIENTES FÍSICOS AO EDIFÍCIO DO FÓRUM DA COMARCA DE XANXERÊ. ADAPTAÇÕES, ELIMINAÇÕES E SUPRESSÕES DE BARREIRAS ARQUITETÔNICAS. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA, CONFIRMANDO A ANTECIPAÇÃO DA TUTELA. INSURGÊNCIA DO ESTADO DE SANTA CATARINA.

I – PROCESSUAL CIVIL. PRELIMINARES DE AUSÊNCIA DE INTERESSE DE AGIR E IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. INOCORRÊNCIA. DEMONSTRAÇÃO DA NECESSIDADE E UTILIDADE DO PRONUNCIAMENTO JUDICIAL. PREFACIAIS AFASTADAS.

II – MÉRITO. PRAZOS DE ADAPTAÇÕES E REFORMAS DESCUMPRIDOS PELO ENTE ESTADUAL. NORMAS DE ACESSIBILIDADE PREVISTAS NA LEI FEDERAL N. 10.098/2000, REGULAMENTADO PELO DECRETO N. 5.296/2004, E NA LEI ESTADUAL 12.870/2004, QUE ESTABELECEU PRAZO PARA A REALIZAÇÃO DAS ADEQUAÇÕES NECESSÁRIAS. AUSÊNCIA, VIA DE CONSEQUÊNCIA DE DISCRICIONARIEDADE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. INOCORRÊNCIA, ADEMAIS, DE OFENSA AO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES. EXCEPCIONALIDADE DA MEDIDA QUE AUTORIZA A INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO. OFENSA À DIGNIDADE DOS DEFICIENTES FÍSICOS E DAQUELES COM MOBILIDADE REDUZIDA. VALORIZAÇÃO DE PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS, EM ESPECIAL O DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E DESTA CORTE DE ESTADUAL.

DECISUM A QUO MANTIDO. RECURSO DESPROVIDO.

DEMAIS TERMOS DA SENTENÇA MANTIDOS EM REMESSA NECESSÁRIA.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 0900003-50.2014.8.24.0080, da comarca de Xanxerê 2ª Vara Cível em que é Apelante Estado de Santa Catarina e Apelado Ministério Público do Estado de Santa Catarina.

A Primeira Câmara de Direito Público decidiu, à unanimidade, conhecer do recurso voluntário e negar-lhe provimento, confirmando os demais termos da sentença em remessa necessária. Custas legais.

O julgamento, realizado no dia 08 de novembro de 2016, foi presidido pelo Exmo. Sr. Des. Jorge Luiz de Borba, com voto, e, dele participou, o Exmo. Sr. Des. Luiz Fernando Boller.

Florianópolis, 09 de novembro de 2016.

Desembargador Carlos Adilson Silva
Relator

RELATÓRIO

Cuida-se de apelação cível interposta pelo Estado de Santa Catarina contra a sentença proferida pela MMª. Juíza de Direito da 2ª Vara Cível da Comarca de Xanxerê, Dra. Surami Juliana dos Santos, que, em “ação civil pública” ajuizada pelo Ministério Público de Santa Catarina a fim de defender os interesses das pessoas portadoras de necessidades especiais, julgou procedente a pretensão vindicada na inicial, constando de sua parte dispositiva:

“Ante o exposto, confirmo a liminar de pgs. 223/225 e, com base no art. 269, I, CPC, JULGO PROCEDENTE o pedido formulado pelo Ministério Público em face do Estado de Santa Catarina e, como consequência:

DETERMINO que o réu adapte o Fórum da Comarca de Xanxerê às normas de acessibilidade da Lei n. 10.098/2000, do Decreto n. 5.296/2004 e da NBR 9050 (da ABNT), no prazo de 180 dias a contar da desta decisão, sob pena de cominação de multa diária, no caso de descumprimento.

O réu é isento do pagamento das custas, conforme preceitua o art. 33 da LCE 156/97.

Quanto aos honorários de sucumbência, partilho do entendimento que “em virtude do princípio da isonomia (art. 5º, *caput*, CF), se o Ministério Público quando resta vencido não é condenado a pagar honorários advocatícios (ressalvada litigância de má-fé, art. 17 LACP), quando sagra-se vencedor não lhe cabe o percebimento de honorários, ainda que destinados a fundo estadual de reconstituição de bens lesados”. (Reexame Necessário n. 2009.050648-2, de São João Batista, Rel. Des. Carlos Adilson Silva, j. em 28/03/2012). Deixo, portanto, de condenar o requerido ao pagamento de honorários. Publique-se. Registre-se. Intimem-se. Sentença sujeita a reexame necessário (art. 475, inciso I, do CPC). Transitada em julgado, archive-se.”

Em suas razões recursais, o Estado de Santa Catarina suscitou as preliminares de: a) ausência de interesse processual, vez que diversas medidas estão sendo adotadas pelo próprio Tribunal de Justiça; e b) impossibilidade jurídica do pedido, porquanto o Poder Judiciário não possui legitimidade para adentrar o mérito do ato administrativo. Quanto ao mérito, sustentou: a) terem sido tomadas todas as providências necessárias para assegurar a acessibilidade de pessoas deficientes ou com mobilidade reduzida na unidade escolar; e b) que eventual condenação implicaria desrespeito aos limites orçamentários.

Lavrou parecer pela Douta Procuradoria-Geral de Justiça a Exma. Sra. Dra. Hercília Regina Lemke, opinando pelo conhecimento e desprovimento do recurso.

Instadas, as partes noticiaram a execução das obras, com término previsto para março de 2017.

Este é o relatório.

VOTO

Inconformado com o pronunciamento judicial *a quo* que julgou procedente a pretensão vindicada nos autos de “ação civil pública” pelo Ministério Público, determinando a adaptação do Fórum da Comarca de Xanxerê às normas de acessibilidade previstas na Lei n. 10.098/2000, do Decreto n. 5.296/2004 e da NBR 9050 (da ABNT), no prazo de 180 dias a contar desta decisão, o Estado de Santa Catarina interpôs o presente recurso de apelação.

Conheço do recurso, porquanto satisfeitos os pressupostos intrínsecos e extrínsecos de admissibilidade.

1. Por ordem de prejudicialidade, principia-se pela análise das preliminares:

1.1. Inicialmente cumpre salientar que a **preliminar de carência de ação por falta de interesse de agir** não prospera, vez que demonstra-se patente a necessidade de o órgão ministerial buscar no Judiciário o direito já tutelado por regramentos legais e que vem sendo descumprido.

Ademais, a necessidade de aforamento da ação está comprovada pelo fato de aos portadores de necessidades especiais ou com mobilidade reduzida não lhes haver sido asseguradas a acessibilidade adequada nas repartições do Fórum da Comarca de Xanxerê, é o que se constata nos autos do inquérito civil público n. 06.2014.00004412-0 deflagrado em 29-4-2014, por meio da Portaria n. 0041/2014/02PJ/XXÊ (fls. 20 e segs.), donde se observa que desde o início de 2012 há reclamações formalizadas pelo Conselho Municipal de Direitos do Deficiente de Xanxerê – COMDE acerca do descumprimento das normas de acessibilidade.

Na oportunidade, foi instaurado o Inquérito Civil Público n. 06.2012.00001811-4 (fls. 23 e segs.), que apurou a existência de “*diversas barreiras arquitetônicas que dificultam a locomoção e acessibilidade de pessoas com deficiência ou mobilidade reduzida*” (fl. 03).

Não obstante a instauração do primeiro inquérito civil, nenhuma melhoria foi realizada, embora tenha havido um comprometimento para realizar as adequações necessárias até o primeiro semestre de 2013 (fls. 153-155), até o momento do ajuizamento da presente demanda nada havia sido concretizado as reformas pertinentes nas edificações do Fórum da Comarca de Xanxerê (fls. 158-161), tampouco havia sido incluso no projeto de acessibilidade para o plano plurianual 2012-2015 (fls. 162-166).

Neste sentido, o binômio necessidade-utilidade da prestação jurisdicional encontra-se devidamente caracterizado nos autos, estando demonstrado o interesse de agir do Ministério Público.

Ao cabo, não há se falar sequer em perda superveniente do interesse de agir, porquanto, instadas as partes para notificarem eventual cumprimento da tutela antecipada, sobrevieram informações que as obras encontram-se em fase de execução, com previsão de término em março de 2017.

1.2. No tocante à proemial de impossibilidade jurídica do pedido, aventando hipótese de desrespeito à separação de poderes, urge registrar que a atuação do Ente Público está vinculada aos termos dos preceitos constitucionais. Diante disso, a intervenção judicial é o meio de assegurar a adequação da prestação de serviço público, o que leva por consequência à observância das condições mínimas necessárias a uma existência digna, em observância ao núcleo essencial dos direitos fundamentais (art. 1º, III da CF).

Esta prefacial, ademais, confunde-se com análise de mérito, razão pela qual o seu aprofundamento dar-se-á por ocasião da matéria de fundo.

2. Tocante ao mérito, afirma o apelante que foram tomadas todas as providências necessárias para assegurar a acessibilidade de pessoas deficientes ou com mobilidade reduzida no prédio do Fórum da Comarca de Xanxerê.

Neste sentido, sustenta que diversos reparos foram procedidos, viabilizando-se, assim, a utilização, acesso e circulação de pessoas com necessidades especiais, notadamente cadeirantes, razão pela qual a improcedência da ação é medida que se impõe.

Pois bem. Este Órgão Fracionário vem revendo seu posicionando no tocante ao crescente ativismo do Poder Judiciário frente à consecução de políticas governamentais, ponderando a necessidade de se observar as limitações financeiras, o planejamento administrativo e orçamentário, a discricionariedade administrativa, a responsabilidade fiscal dos gestores públicos, buscando, com isso, uma harmonização entre as eventuais omissões de dever agir dos entes públicos e o princípio da Separação dos Poderes.

Assim, sem descurar da necessidade de se privilegiar a eficácia das normas constitucionais, especialmente a fundamentalidade dos direitos sociais, atendendo-se ao mínimo existencial, intimamente correlacionado ao Princípio da Dignidade da Pessoa Humana (art. 1º, III, da CF), busca-se preservar o pacto republicano e o poder discricionário da Administração Pública.

Nesse passo, cabe ao Poder Judiciário analisar cada caso concreto, a fim de verificar a excepcionalidade da situação a justificar a sua intervenção, tal como se apresenta na vertente hipótese.

Referido entendimento, a propósito, não destoia do posicionamento assente da Corte Suprema Federal em situações, *mutatis mutandis*, envolvendo a adequação estrutural de prédios públicos para garantir a acessibilidade de deficientes físicos, ex vi:

“DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS. REFORMA DE ESCOLA EM ESTADO PRECÁRIO DE CONSERVAÇÃO. VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES. INOCORRÊNCIA. CONSONÂNCIA DA DECISÃO RECORRIDA

COM A JURISPRUDÊNCIA CRISTALIZADA NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO QUE NÃO MERECE TRÂNSITO. REELABORAÇÃO DA MOLDURA FÁTICA. PROCEDIMENTO VEDADO NA INSTÂNCIA EXTRAORDINÁRIA. ACÓRDÃO RECORRIDO PUBLICADO EM 07.8.2013.

1. O entendimento adotado pela Corte de origem, nos moldes do assinalado na decisão agravada, não diverge da jurisprudência firmada no âmbito deste Supremo Tribunal Federal, **no sentido de que o Poder Judiciário, em situações excepcionais, pode determinar que a Administração Pública adote medidas assecuratórias de direitos constitucionalmente reconhecidos como essenciais, sem que isso configure violação do princípio da separação de Poderes.** Entender de modo diverso demandaria a reelaboração da moldura fática delineada no acórdão de origem, o que torna oblíqua e reflexa eventual ofensa, insuscetível, como tal, de viabilizar o conhecimento do recurso extraordinário. 2. As razões do agravo regimental não se mostram aptas a infirmar os fundamentos que lastrearam a decisão agravada. 3. Agravo regimental conhecido e não provido.” (ARE 886710 AgR, Relator(a): Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 03/11/2015, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-232 DIVULG 18-11-2015 PUBLIC 19-11-2015) [grifou-se].

“PRÉDIO PÚBLICO – PORTADOR DE NECESSIDADE ESPECIAL – ACESSO.

A Constituição de 1988, a Convenção Internacional sobre Direitos das Pessoas com Deficiência e as Leis nº 7.853/89 – federal –, nº 5.500/86 e nº 9.086/95 – estas duas do Estado de São Paulo – **asseguram o direito dos portadores de necessidades especiais ao acesso a prédios públicos, devendo a Administração adotar providências que o viabilizem.**” (RE 440028, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Primeira Turma, julgado em 29/10/2013, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-232 DIVULG 25-11-2013 PUBLIC 26-11-2013) [grifou-se].

E do Superior Tribunal de Justiça, mudando o que deva ser mudado:
ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. INTERESSE DE

AGIR DO MPF. ADEQUAÇÃO DOS PRÉDIOS DA UNIVERSIDADE FEDERAL DE PERNAMBUCO – UFPE. **ACESSIBILIDADE. PORTADORES DE NECESSIDADES ESPECIAIS. IMPOSSIBILIDADE DE UTILIZAÇÃO DA TEORIA DA RESERVA DO POSSÍVEL.** FALTA DE PREQUESTIONAMENTO. FUNDAMENTO INATACADO. SÚMULA 282/STF.

1. Trata-se de Ação Civil Pública proposta pelo Ministério Público Federal contra a Universidade Federal de Pernambuco – UFPE com o escopo de obrigar a recorrente a iniciar as obras de adaptação de todas as suas edificações para permitir a sua utilização por pessoas portadoras de necessidade especiais.

2. Não se pode conhecer da insurgência contra a ofensa do art. 7º, § 2º, da Lei 8.666/1993, pois o referido dispositivo legal não foi analisado pela instância de origem. Dessa forma, não se pode alegar que houve prequestionamento da questão, nem ao menos implicitamente.

3. Conforme destacado pelo Tribunal regional, o MPF vem solicitando à Reitoria da UFPE, há mais de uma década, providências para a conclusão das obras de acessibilidade em suas instalações. Como prova de sua afirmação destacou a existência do Inquérito Civil 1.26.000.0001418/2003-23, que fixou o prazo de trinta meses para o encerramento das adaptações necessárias nos prédios da universidade.

Contudo, o lapso temporal transcorreu sem que as determinações constantes no inquérito fossem cumpridas.

4. Tendo em vista o quadro fático delineado pela instância *a quo*, sobeja o interesse do *parquet* no ajuizamento da demanda. Ainda mais, por se tratar do direito de pessoas com necessidades especiais de frequentar uma universidade pública.

5. No campo dos direitos individuais e sociais de absoluta prioridade, o juiz não deve se impressionar nem se sensibilizar com alegações de conveniência e oportunidade trazidas pelo administrador relapso. A ser diferente, estaria o Judiciário a fazer juízo de valor ou político em esfera na qual o legislador não lhe deixou outra possibilidade de decidir

que não seja a de exigir o imediato e cabal cumprimento dos deveres, completamente vinculados, da Administração Pública.

6. Se um direito é qualificado pelo legislador como absoluta prioridade, deixa de integrar o universo de incidência da reserva do possível, já que a sua possibilidade é, preambular e obrigatoriamente, fixada pela Constituição ou pela lei.

7. Ademais, tratando-se de direito essencial, incluso no conceito de mínimo existencial, inexistirá empecilho jurídico para que o Judiciário estabeleça a inclusão de determinada política pública nos planos orçamentários do ente político, mormente quando não houver comprovação objetiva da incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal.

8. Recurso Especial conhecido parcialmente e, nessa parte, não provido.

(REsp 1607472/PE, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 15/09/2016, DJe 11/10/2016)

Assim, em que pese as alegações trazidas, cumpre salientar que a pretensão recursal não merece guarida, isso porque, além da Lei n. 10.098/2000, que trata da acessibilidade no âmbito da Administração Pública Federal, regulamentada pelo Decreto n. 5.296/2004, a Lei Estadual n. 12.870/2004 reitera o dever da Administração de adotar providências para garantir a acessibilidade e a utilização de bens e serviços, eliminando barreiras arquitetônicas e obstáculos, bem como evitando novas construções com esses empecilhos.

Aliás, é de bom alvitre deixar assentado o teor dos art. 49, 50 e 51 da Lei n. 12.870/2004, *in verbis*

“Art. 49. A construção, ampliação e reforma de edifícios, praças e equipamentos esportivos e de lazer, públicos e privados, destinados ao uso coletivo deverão ser executadas de modo que sejam ou se tornem acessíveis à pessoa portadora de necessidades especiais ou com mobilidade reduzida.

Parágrafo único. Para os fins do disposto neste artigo, na construção,

ampliação ou reforma de edifícios, praças e equipamentos esportivos e de lazer, públicos e privados, destinados ao uso coletivo por órgãos da Administração Pública Estadual deverão ser observados, pelo menos, os seguintes requisitos de acessibilidade:

I - nas áreas externas ou internas da edificação, destinadas a garagem e a estacionamentos de uso público serão reservados dois por cento do total das vagas à pessoa portadora de necessidades especiais ou com mobilidade reduzida, garantidas no mínimo três, próximas dos acessos de circulação de pedestres, devidamente sinalizadas e com as especificações técnicas de desenho e traçado segundo as normas ABNT;

II - pelo menos um dos acessos ao interior da edificação deverá estar livre de barreiras arquitetônicas e de obstáculos que impeçam ou dificultem a acessibilidade da pessoa portadora de necessidades especiais ou com mobilidade reduzida;

III - pelo menos um dos itinerários que comuniquem horizontal e verticalmente todas as dependências e serviços do edifício, entre si e com exterior, cumprirá os requisitos de acessibilidade;

IV - pelo menos um dos elevadores deverá ter a cabine, assim como sua porta de entrada, acessíveis para pessoa portadora de necessidades especiais ou com mobilidade reduzida, em conformidade com norma técnica específica da ABNT; e

V - os efeitos disporão, pelo menos, de um banheiro acessível para cada gênero, distribuindo-se seus equipamentos e acessórios de modo que possam ser utilizados por pessoa portadora de necessidades especiais ou com mobilidade reduzida.

Art. 50. As bibliotecas, os museus, os locais de reuniões, conferências, aulas e outros ambientes de natureza similar disporão de espaços reservados para pessoa que utilize cadeira de rodas e de lugares específicos para pessoa portadora de necessidade especial auditiva e visual, inclusive acompanhante, de acordo com as normas técnicas da ABNT, de modo a facilitar-lhe as condições de acesso, circulação e comunicação.

Art. 51. Os órgãos e as entidades da Administração Pública Estadual, no prazo de três anos a partir da publicação desta Lei, deverão promover as adaptações, eliminações e supressões de barreiras arquitetônicas existentes nos edifícios e espaços de uso público e naquelas que estejam sob sua administração ou uso” (grifos nossos).

Como se vê, o figurino legal não dá qualquer margem de discricionariedade ao Executivo, impondo, inclusive, prazo específico para conclusão das obras destinadas a eliminar e suprimir as barreiras arquitetônicas existentes.

Por outro lado, o arcabouço probatório de fls. 20-222 demonstra a existência de inúmeras irregularidades na edificação do Fórum da Comarca de Xanxerê.

Resta caracterizada, portanto, a omissão administrativa em efetuar as adaptações necessárias à acessibilidade dos portadores de necessidades especiais, notadamente, os cadeirantes.

Quanto ao argumento de que as adaptações implicariam desrespeito aos limites orçamentários, urge se registre, desde logo, que o apelante também não tem razão.

Como é cediço, *“a escusa da ‘limitação de recursos orçamentários’ frequentemente não passa de biombo para esconder a opção do administrador pelas suas prioridades particulares em vez daquelas estatuídas na Constituição e nas leis, sobrepondo o interesse pessoal às necessidades mais urgentes da coletividade. O absurdo e a aberração orçamentários, por ultrapassarem e vilipendiarem os limites do razoável, as fronteiras do bom-senso e até políticas públicas legisladas, são plenamente sindicáveis pelo Judiciário, não compondo, em absoluto, a esfera da discricionariedade do Administrador, nem indicando rompimento do princípio da separação dos Poderes”* (REsp. 1.185.474/SC, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 29.4.2010).

Destarte, sendo manifesta a violação de direitos fundamentais, não

subsiste a alegação de intromissão na discricionariedade administrativa, porquanto, frise-se, há muito decorreu o prazo de 3 (três) anos preconizado no art. 51 da Lei Estadual n. 12.870/2004, tipificando-se, assim, a mora por parte do Ente Público.

A propósito, no que concerne ao controle judicial das políticas públicas em sede de ação civil pública diante do manifesto quadro de violação de direitos fundamentais, já decidiu esta egrégia Câmara:

AÇÃO CIVIL PÚBLICA. AMBIENTAL. SANEAMENTO BÁSICO. CONTROLE JUDICIAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS. VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DE PODERES. INOCORRÊNCIA. OMISSÃO ADMINISTRATIVA VERIFICADA. IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO AFASTADA. RECURSO PROVIDO.

“1 O princípio da separação dos Poderes vem sendo tratado de forma consentânea com a atual ordem constitucional, que confere atribuições e obrigações aos Poderes constituídos da República e permite, por meio do sistema de freio e contrapesos, que um fiscalize o outro e postule, no plano jurisdicional, mediante grave ponderação do que se convencionou denominar ‘mínimo existencial’ e ‘reserva do possível’, que se imponha ao poder inadimplente o desempenho de deveres e obrigações que lhe são impostas diretamente pela própria Carta e pela legislação que a conforma.

2 ‘No Brasil, ao contrário de outros países, o juiz não cria obrigações de proteção do meio ambiente. Elas jorram da lei, após terem passado pelo crivo do Poder Legislativo. Daí não precisarmos de juízes ativistas, pois o ativismo é da lei e do texto constitucional. Felizmente nosso Judiciário não é assombrado por um oceano de lacunas ou um festival de meias-palavras legislativas. Se lacuna existe, não é por falta de lei, nem mesmo por defeito na lei; é por ausência ou deficiência de implementação administrativa e judicial dos inequívocos deveres ambientais estabelecidos pelo legislador’ (STJ – REsp. n. 650728, rel. Min. Herman Benjamin).

3 ‘O controle judicial das políticas públicas é vedado quando o pleito deduzido em sede de ação civil pública reveste-se de caráter genérico, inespecífico e abstrato. Quando, porém, da execução de determinada

política pública, seja por ação ou omissão, decorre prejuízo concreto, a interesses individuais homogêneos, difusos ou coletivos, é possível o controle judicial de tais políticas por meio de ação coletiva, já que investidos o Judiciário, o Ministério Público e as associações de representação funcional específica, de caráter constitucional. Nesse caso, não se cogita de ativismo judicial frente à Administração e ao Legislativo, porquanto foi o próprio Poder Constituinte originário quem atribuiu ao Judiciário e aos demais órgãos em questão a titularidade para o manejo de ações específicas para compelir a Administração inconstitucionalmente omissa a implementar políticas públicas. Nesse caso, cumpre ao juiz, na condição de guardião das promessas (na expressão de Garapón), obrigar o Administrador faltoso ou omissor a tornar factível o princípio vinculante da Supremacia da Constituição’ (TJSC – 2010.082906-1, rel. Des. Pedro Manoel Abreu).” (AC n. 2010.061968-0, de Dionísio Cerqueira, rel. Des. Cesar Abreu, Terceira Câmara de Direito Público, j. 19-2-2013). (TJSC, Apelação Cível n. 2012.042105-0, de Lauro Müller, rel. Des. Paulo Henrique Moritz Martins da Silva, j. 18-11-2014 – Grifos nossos).

Logo, havendo grave lesão aos direitos das pessoas portadoras de deficiência física, não há que se falar em discricionariedade administrativa.

Ante o exposto, vota-se no sentido de conhecer do recurso voluntário e negar-lhe provimento, confirmando os demais termos da sentença em remessa necessária.

Este é o voto.

SEGUNDA CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO

Apelação n. 0002958-59.2014.8.24.0022, de Curitiba

Relator: Desembargador João Henrique Blasi

ASSUNÇÃO DE COMPETÊNCIA. REVISÃO DE TESE JURÍDICA. POSSIBILIDADE (ART. 947, § 3º, DO CPC). PROJETO “LAR LEGAL”. REGULARIZAÇÃO DE IMÓVEIS. ELEMENTOS DE APRIMORAMENTO DO TEXTO ORIGINÁRIO PRESENTES. NOVA REDAÇÃO DA TESE JURÍDICA ASSIM DEFINIDA: “*A APRESENTAÇÃO DE PROVAS FORNECIDAS PELO PODER PÚBLICO, DESDE QUE ELABORADAS POR PROFISSIONAL TÉCNICO COM ANOTAÇÃO DE RESPONSABILIDADE, E CAPAZES DE DEMONSTRAR A REAL SITUAÇÃO DO IMÓVEL OBJETO DA REGULARIZAÇÃO REGISTRÁRIA, REVELA-SE SUFICIENTE PARA EVIDENCIAR QUE A PRETENSÃO EXORDIAL DE REGISTRO DO BEM EM MATRÍCULA IMOBILIÁRIA PRÓPRIA, NO CONTEXTO DO PROJETO ‘LAR LEGAL’, CRIADO PELO PROVIMENTO N. 37/99, DA CORREGEDORIA-GERAL DA JUSTIÇA DE SANTA CATARINA, ATENDEU AOS REQUISITOS NORMATIVOS E LEGAIS DE ESTILO.*”

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação n. 0002958-59.2014.8.24.0022, da comarca de Curitiba, 1ª Vara Cível, em que é Apelante Ministério Público do Estado de Santa Catarina e são Apelados Município de Curitiba e outro.

O Grupo de Câmaras de Direito Público decidiu, por unanimidade de votos, rever a tese jurídica estabelecida no incidente de assunção de competência objeto destes autos para redefini-la, nos seguintes termos: “A apresentação de provas fornecidas pelo Poder Público, desde que elaboradas por profissional técnico com anotação de responsabilidade, e capazes de demonstrar a real situação do imóvel objeto da regularização

registrária, revela-se suficiente para evidenciar que a pretensão exordial de registro do bem em matrícula imobiliária própria, no contexto do Projeto ‘Lar Legal’, criado pelo Provimento n. 37/99, da Corregedoria-Geral da Justiça de Santa Catarina, atendeu aos requisitos normativos e legais de estilo.” Custas legais.

Participaram do julgamento realizado no dia 14 de setembro de 2016 os Excelentíssimos Senhores Desembargador Jorge Luiz de Borba, Desembargador Ronei Danielli, Desembargador Luiz Fernando Boller, Desembargador Ricardo Roesler, Desembargador Carlos Adilson Silva, Desembargador Edemar Gruber, Desembargador Paulo Ricardo Bruschi, Desembargador Sérgio Roberto Baasch Luz (Presidente), Desembargador César Abreu e Desembargador Cid Goulart.

Florianópolis, 16 de setembro de 2016.

Desembargador João Henrique Blasi
Relator

RELATÓRIO

O Ministério Público, via Promotora de Justiça Raísa Carvalho Simões, interpôs apelação à vista de sentença proferida pelo Juiz Elton Vitor Zuquelo, em ação proposta pelo Município de Curitiba, representado pelo Procurador Cláudio Vieira França, postulando a concessão de matrícula imobiliária para terreno urbano, em prol de Pedro Batista de Souza, nos termos do Programa de Regularização Imobiliária denominado “Lar Legal”.

A insurgência recursal vetorizou-se contra a inexistência de estudo socioambiental quanto ao terreno focalizado, instrumento que o *Parquet* reputa fundamental, para tanto argumentando que:

Em suma, o objeto do presente apelo baseia-se no raciocínio de que, uma vez que os documentos que instruem a inicial são insuficientemente

conclusivos e, também, carentes de qualquer atestado técnico, entende-se que a sentença de primeiro grau deve ser anulada, a fim de que seja determinada a realização do competente diagnóstico socioambiental antes da análise meritória do feito. Isso impedirá que outros problemas ambientais e sociais surjam diante da inércia do Município de Curitiba e dos atestados genéricos que instruem o feito. (e-TJ fls. 99 e 100)

A matéria foi submetida ao Grupo de Câmaras de Direito Público (fls. 22 a 30), em sede de incidente de assunção de competência, que acabou por assentar, nos termos do art. 947 do Código de Processo Civil, a seguinte tese jurídica: “*o estudo socioambiental soa despreciando quando as provas existentes nos autos, fornecidas pelo Poder Público, desvelam-se bastantes para evidenciar que a pretensão exordial de registro do bem em matrícula imobiliária própria, no contexto do Projeto ‘Lar Legal’, criado pelo Provimento n. 37/99, da Corregedoria-Geral da Justiça de Santa Catarina, atendeu os requisitos normativos e legais de estilo*” (fls. 36 a 47).

Dessa decisão houve a interposição, pelo Ministério Público, de recursos especial (fls. 52 a 69) e extraordinário (fls. 73 a 83), com pedido de concessão de efeito suspensivo, que foi deferido pelo Desembargador Sérgio Izidoro Heil para obstar, por ora, a eficácia do acórdão e o efeito vinculante da tese jurídica nele estabelecida (fls. 97 a 100).

Sobreveio, então, petição do *Parquet*, subscrita pelo Procurador de Justiça Jacson Corrêa, pugnando pela revisão da tese jurídica estabelecida (fls. 164 a 167), inclusive com sugestão de texto, sob o entendimento de que, para efetivamente atender-se a imperativos de segurança e de proteção ambiental, impõe-se a almejada revisão, garantindo-se que, por força de documentação competente, firmada por profissional habilitado, a regularização fundiária, objeto do Projeto “Lar Legal”, alcançará seu desiderato sem perigo de que os imóveis regularizando estejam situados em área de risco ou de preservação permanente (fls. 164 a 167).

Aportou, na sequência, nova manifestação do Ministério Público,

subscrita pelo mesmo Procurador, abrandando, em certa medida, algumas exigências inicialmente sugeridas, de modo a preservar a confiabilidade da documentação exigível para a regularização fundiária, mas sem imposições adicionais de cariz burocratizante (fl. 170).

Por isso os autos voltam a este Grupo de Câmaras.

É o relatório.

VOTO

Cumpra inicialmente observar que a tese jurídica assentada na ambiência do Incidente de Assunção de Competência – IAC, instituto trazido a lume pelo *novel* Código de Processo Civil, está sujeita a alteração.

Tanto é assim que o próprio art. 947 do reportado Diploma Processual, ao disciplinar o instituto, aludiu a essa possibilidade, dizendo:

Art. 947. É admissível a assunção de competência quando o julgamento de recurso, de remessa necessária ou de processo de competência originária envolver relevante questão de direito, com grande repercussão social, sem repetição em múltiplos processos.

[...]

§ 3º O acórdão proferido em assunção de competência vinculará todos os juízes e órgãos fracionários, **exceto se houver revisão de tese.** (negritei)

E, invocando interpretação analógica do disposto no art. 986 do mesmo Código, que dispõe sobre a revisão da tese jurídica estabelecida em Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas – IRDR, o Ministério Público, com esquite em orientação doutrinária, assevera:

Nesse contexto, havendo necessidade de alterar ou superar o entendimento firmado no precedente, o art. 986 do NCPC autoriza a revisão da tese jurídica marcada pelo incidente, ao tempo em que determina que ela será feita pelo mesmo Tribunal, de ofício ou por meio de requerimento dos legitimados no art. 977, III, do NCPC, dentre eles o Ministério Público.

Cediço que o dispositivo alhures mencionado encontra-se no capítulo do NCPC destinado à regulamentação do IRDR. Entretanto, é aplicado, por analogia, ao IAC, haja vista que “em termos de procedimento, embora o Código delegue aos regimentos internos a sua disciplina, parece não haver dúvida de que – porque a decisão ali proferida é capaz de gerar precedente obrigatório (art. 927, III, do CPC) – é imprescindível o balizamento desse incidente pelo regime atribuído do incidente de resolução de demandas repetitivas” (MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. Novo Curso de Processo Civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 583). (fl. 165)

Concordo com a inteligência deduzida pelo *Parquet*.

Destaco, por outro lado, dois elementos fáticos: o primeiro é o de que a tese jurídica revisanda foi assentada há pouco, e o segundo, como antes averbado, é o de que sua eficácia acha-se suspensa por decisão da Segunda Vice-Presidência desta Corte.

Nenhuma dessas duas circunstâncias, entretantes, constitui-se, a meu sentir, em empeco para que se examine – e, já adiante, promova-se – a revisão pretendida, até porque, como à frente registrado, ela presta-se para aprimorar o texto originariamente concebido.

Com efeito, exercendo juízo crítico sobre a atual redação da tese jurídica definida por este Grupo de Câmaras, infere-se que ela não individualiza a característica, nem a autoria da prova necessária para a regularização do imóvel, ao consignar que “o estudo socioambiental soa despiciendo quando as provas existentes nos autos, fornecidas pelo Poder Público, desvelam-se bastantes para evidenciar que a pretensão exordial de registro do bem em matrícula imobiliária própria” atende os requisitos normativos (sublinhei).

Bem por isso a proposta modificativa propugna que tal prova seja “*elaborada por profissional técnico com anotação de responsabilidade, contendo dados detalhados e fundamentados, mapas e fotografias,*

capazes de demonstrar a real situação do imóvel, viabilizando um fidedigno levantamento de dados técnicos e ambientais do terreno objeto da regularização registrária” (fl. 167).

Ao texto acima reproduzido seguiu-se um outro, também provindo do *Parquet*, abrandando, em boa medida, algumas exigências que haviam sido inicialmente sugeridas, de modo a preservar a confiabilidade da documentação exigível para a regularização fundiária, mas sem imposições adicionais de cariz burocratizante, estando tal texto assim vazado: *“A apresentação de provas fornecidas pelo Poder Público, desde que elaboradas por profissional técnico com anotação de responsabilidade, e capazes de demonstrar a real situação do imóvel objeto da regularização registrária, revela-se suficiente para evidenciar que a pretensão exordial de registro do bem em matrícula imobiliária própria, no contexto do Projeto “Lar Legal”, criado pelo Provimento n. 37/99, da Corregedoria-Geral da Justiça de Santa Catarina, atendeu aos requisitos normativos e legais de estilo” (fl. 170).*

Esta última versão redacional, é forçoso convir, aprimora, a um só tempo, a tese jurídica firmada, bem como a ideia inicial de revisão ofertada pelo Ministério Público, pois a primeira (tese em vigor) peca por deixar em aberto o tipo de prova a ser produzida e a segunda por exigir elementos (mapas e fotografias) que dificultariam o tramitar de cada processo atinente ao Projeto “Lar Legal”, de reconhecido alcance social.

Segue-se que a pretensão revisional deve ser albergada, nos termos da proposta intermediária trazida pelo *Parquet*, que, ademais, vem ao encontro da máxima latina, cuja autoria é atribuída a Santo Tomás de Aquino: *“virtus in medium est”* (a virtude está no meio).

A validação da proposta em exame, de modo a revisar-se a tese jurídica antes definida, por sugestão e com a efetiva participação do Ministério Público, haverá de servir, também, para oferecer pronta solução a uma pletera de feitos do mesmo jaez, que tramitam nesta Corte,

como, por exemplo, os listados às fls. 70 e 71 (mais de 60 – envolvendo 180 famílias – documentos repetidos às fls. 92 e 93, além de 151 e 152).

Voto, portanto, pelo acolhimento do pedido de revisão da tese jurídica e, aprovada esta, deverá a decisão aqui tomada ser, de pronto, levada ao conhecimento do eminente Desembargador Segundo Vice-Presidente deste Tribunal, onde os recursos extraordinário e especial interpostos encontram-se em fase de admissibilidade.

E, por fim, como o Município apelado já fez juntar, no caso concreto, documento (“declaração ambiental”) que se afeiçoa, por inteiro, aos termos da nova tese aqui fixada, insta que o Ministério Público manifeste-se nos autos, declarando sua aquiescência com tal documento.

TERCEIRA CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO

Apelação Cível n. 0000161-36.2012.8.24.0037

Relator: Desembargador Pedro Manoel Abreu

Apelação cível. Ação civil pública por ato de improbidade administrativa. Tentativa de servidor da Cidasc de ludibriar atos fiscalizatórios e isentar seus companheiros de caça, surpreendidos em fiscalização realizada em rodovia federal. Apuração dos mesmos fatos no juízo criminal e absolvição do réu por insuficiência de provas em sentença transitada em julgado. Circunstância que não interfere no processamento e julgamento nas instâncias cível e administrativa. Aventada violação aos princípios norteadores da Administração Pública, notadamente o de lealdade à instituição, nos termos do art. 11 da Lei n. 8.429/1992. Decreto de improcedência em primeiro grau, ao fundamento de que o servidor estava no gozo de férias. Inconsistência dessa fundamentação. Afastamento legal que não importa em vacância do cargo público e, portanto, não tem o condão de eximir do dever de observância às obrigações e aos impedimentos legais e/ou principiológicos em relação à Administração Pública. Prevalência, diante da análise do arcabouço probatório, da versão fática apresentada pelo Ministério Público. Ilegalidade na atuação do requerido bem evidenciada. Situação que, entretanto, não ostenta densidade suficiente à configuração do ato de improbidade administrativa. Ausência de comprovação do dolo, aspecto subjetivo indispensável para o enquadramento da conduta no art. 11 da LIA. Sentença de improcedência mantida, mas por fundamento diverso. Recurso desprovido.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 0000161-36.2012.8.24.0037, da comarca de Joaçaba 1ª Vara Cível em que é Apelante Ministério Público do Estado de Santa Catarina e Sérgio Vieceli.

A Terceira Câmara de Direito Público decidiu, por votação unânime, conhecer do recurso e negar-lhe provimento, mantendo a sentença de improcedência, mas por fundamento diverso. Custas legais.

O julgamento, realizado no dia 13 de dezembro de 2016, foi presidido pelo signatário e dele participaram os Desembargadores Júlio César Knoll e Guilherme Nunes Born.

Florianópolis, 14 de dezembro de 2016.

Desembargador Pedro Manoel Abreu
Presidente e Relator

RELATÓRIO

O Ministério Público do Estado de Santa Catarina interpôs recurso de apelação, nos autos da ação civil pública por ato de improbidade administrativa ajuizada contra Sérgio Vieceli, inconformado com a sentença que julgou improcedente o pedido inicial, ao fundamento de que o réu praticou os atos que lhe foram imputados no gozo das férias regulamentares (fls. 687/693v).

Em suas razões, o *Parquet* reafirmou, em suma, que o requerido, valendo-se da condição de funcionário da CIDASC, escondeu no respectivo posto de fiscalização as chaves de veículo que sabia conter objetos oriundos de atividade ilegal de caça, isto com o objetivo de ludibriar atos fiscalizatórios e prestar auxílio aos criminosos, seus amigos.

Enfatizou que o acesso ao posto de fiscalização apenas lhe foi franqueado por ser servidor público, mesmo estando no gozo das férias regulamentares, as quais, defende o insurgente, não interromperam o seu vínculo com a Administração Pública.

Assim, sustentando que o comportamento do demandado violou os princípios administrativos, principalmente o de lealdade para com a instituição, pugnou pelo provimento do recurso, no sentido de julgar-se procedente o pedido exordial e condenar-se o réu por ato de improbidade administrativa, nos moldes do art. 11, *caput* e inciso I, da Lei n. 8.429/1992 (fls. 695/702).

Nas contrarrazões, o apelado sustentou, em suma, que: a) não praticou ato de improbidade administrativa, tanto que foi absolvido no juízo criminal por ausência de provas da autoria (Apelação Criminal n. 2012.015575-9); b) não se valeu de sua função para adentrar no posto de fiscalização, visto que qualquer um poderia fazê-lo, nem criou obstáculos ou dificultou a ação dos policiais militares e dos demais fiscais que estavam de plantão; e c) não há comprovação de dolo ou má-fé, o que impossibilita a condenação por ato de improbidade administrativa, com base no art. 11 da Lei n. 8.429/1992. Em consequência, requereu a manutenção da sentença (fls. 705/716).

Após, seguiram os autos à douda Procuradoria-Geral de Justiça, que, em parecer de lavra do Dr. Paulo Cezar Ramos de Oliveira, manifestou-se pelo conhecimento e desprovimento do recurso (fls. 721/727).

Este é o relatório.

VOTO

Inicialmente, importante esclarecer que, tratando-se de recurso interposto com fundamento no CPC de 1973, e, tendo a decisão recorrida sido publicada antes da vigência do atual normativo, iniciada em 18.03.2016, a ele aplicam-se as disposições do Código Instrumental de 1973, quanto à admissibilidade, ainda realizada em primeira instância.

É nesse sentido o enunciado administrativo 2 do STJ:

Aos recursos interpostos com fundamento no CPC/1973 (relativos a decisões publicadas até 17 de março de 2016) devem ser exigidos os requisitos de admissibilidade na forma nele prevista, com as interpretações dadas, até então, pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.

Afora isso, todos os demais critérios de julgamento são os do Código de Processo Civil de 2015, pois que, nos termos do seu art. 14, “a norma processual não retroagirá e será aplicável imediatamente

aos processos em curso, respeitados os atos processuais e as situações jurídicas consolidadas sob a vigência da norma revogada”.

Assim, porque presentes os pressupostos intrínsecos e extrínsecos de admissibilidade, conhece-se do recurso.

Trata-se de examinar o acerto ou desacerto da sentença que, nos autos da ação civil pública movida pelo Ministério Público Estadual em desfavor de Sérgio Vieceli, julgou improcedente o pedido inicial, deixando de condenar o réu pela prática de ato de improbidade administrativa, disposto no art. 11, *caput* e inciso I, da Lei n. 8.429/1992 (fls. 687/693v).

Ab initio, importa destacar que os fatos versados nestes autos também foram objeto de apuração e julgamento na instância criminal, culminando com a absolvição de Sérgio Vieceli (Apelação Criminal n. 2012.015575-9, julgada em 14.05.2014 e transitada em julgado em 25.06.2014 – fls. 663/671):

APELAÇÃO CRIMINAL – PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO (LEIN. 10.826/03, ARTS. 14, *CAPUTE* 16, *CAPUT*) – DÚVIDA QUE EXSURGE DO CONJUNTO PROBATÓRIO – DEPOIMENTO DOS POLICIAIS RESPONSÁVEIS PELO FLAGRANTE – VERSÕES INCONSISTENTES – NEGATIVA DE AUTORIA – ISENÇÃO DA PRÁTICA DELITIVA PELOS DEMAIS ACUSADOS – PARECER DA PROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA PELO DECRETO ABSOLUTÓRIO – ABSOLVIÇÃO QUE SE IMPÕE – RECURSO PROVIDO.

No processo penal, a dúvida não pode militar em desfavor do réu, haja vista que a condenação, como medida rigorosa e privativa de uma liberdade pública constitucionalmente assegurada (CF/88, art. 5º, XV, LIV, LV, LVII e LXI), requer a demonstração cabal da autoria e materialidade, pressupostos autorizadores da condenação, e em sendo a prova nebulosa e contraditória quanto à autoria do delito, a absolvição é medida que se impõe, em observância ao princípio do *in dubio pro reo*. (TJSC, Apelação Criminal n. 2012.015575-9, de Joaçaba, rel. Des. Salete Silva Sommariva, j. 13-05-2014).

Como se vê, o réu foi absolvido no juízo criminal em virtude da insuficiência de provas para a condenação, o que, como é cediço, não interfere no processamento e no julgamento dos processos nas esferas cível e administrativa.

A propósito, cita-se do Superior Tribunal de Justiça:

ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. DEMISSÃO. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. INDEPENDÊNCIA DAS ESFERAS ADMINISTRATIVA E PENAL.

1. Pacificou-se na doutrina e na jurisprudência o entendimento segundo o qual a esfera administrativa só se subordina à penal na hipótese de sentença criminal absolutória que reconheça a não-ocorrência do fato ou negue a sua autoria, o que não é o caso dos autos, em que a absolvição veio lastreada no inciso VII do art. 386 do Código de Processo Penal, ou seja, por insuficiência de provas. [...] (MS 17.873/DF, rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, rel. p/ acórdão Ministro Mauro Campbell Marques, Primeira Seção, julgado em 08.08.2012, DJe 02.10.2012).

E, em especial, deste Tribunal de Justiça:

AÇÃO CIVIL PÚBLICA – IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – COISA JULGADA – ABSOLVIÇÃO NA ESFERA CRIMINAL POR INSUFICIÊNCIA DE PROVAS (ART. 386, VI, CPP) – INEXISTÊNCIA DE ÓBICE PARA A AVERIGUAÇÃO DAS RESPONSABILIDADES CIVIL E ADMINISTRATIVA – PRELIMINAR RECHAÇADA.

Sob a luz do disposto nos arts. 66 e 67, III, do Código de Processo Penal, a sentença penal absolutória por insuficiência de provas (art. 386, VI, do Código de Processo Penal) não impede o exame da responsabilidade civil e da administrativa, isto é, não faz coisa julgada nas esferas cível e administrativa. [...] (Apelação Cível n. 2007.004412-0, de Porto União, rel. Des. Sérgio Roberto Baasch Luz, j. 25.03.2008).

Feito esse esclarecimento, passa-se propriamente ao exame dos fatos.

Relata o *Parquet*, na inicial, em suma, que, em 8 de julho de 2007,

às margens da BR 153, no município de Água Doce, fiscais localizaram no interior do automóvel VW Gol, de placas MAW 0908, ocupado por Evaristo Alberto Eberle, Irineu Armindo Zago e Renato Comelli, petrechos e equipamentos apropriados para a caça de animais.

Ato contínuo, avistaram o veículo GM Corsa, de placas MCF 1115, e, desconfiados de uma possível relação com os ocupantes do primeiro automóvel, resolveram proceder a uma revista, o que não foi possível em razão de este ter sido trancado. Somente após localizada a chave no interior do posto de fiscalização da CIDASC, lograram êxito em realizar a pretendida revista, encontrando grande quantidade de aves abatidas, diversas armas próprias para caça, além de farta munição e equipamentos.

Segundo destaca o Ministério Público, o réu Sérgio Vieceli estava no interior do automóvel GM Corsa e, valendo-se da sua condição de servidor da CIDASC, mancomunado com os seus parceiros de caça, escondeu as chaves do veículo, com o intuito de ocultar, ludibriar e dificultar a fiscalização e, ainda, eximir-se e a seus companheiros de quaisquer responsabilidades, o que resultou na prática de ato de improbidade administrativa, por violação aos princípios norteadores da Administração Pública, nos moldes do art. 11, *caput* e inciso I, da Lei 8.429/1992.

O requerido, por seu turno, afirmou que não participou da atividade de caça e que apenas recebeu uma carona de Celestino Munaro, proprietário e condutor do GM Corsa, não tendo praticado nenhum ato de improbidade administrativa.

Conquanto não tenha refutado a versão dos fatos trazida pelo Ministério Público Estadual, a sentença julgou improcedentes os pedidos, por entender que o fato de o réu estar no gozo de férias regulares durante o episódio impossibilitaria o enquadramento da sua atuação como ato de improbidade administrativa.

No apelo, o *Parquet* sustenta que, mesmo de férias, o requerido usou

das prerrogativas do seu cargo para ter acesso ao posto de fiscalização e lá esconder as chaves do veículo onde a caça ilegal era transportada, o que viabilizaria o integral acolhimento da pretensão versada na proemial.

Pois bem, no que tange ao desencadear dos fatos, traz-se a lume a detalhada e percuciente fundamentação do decisório objurgado (fls. 688/691):

[...] 4.1 Na inicial e na contestação foram apresentadas duas descrições para a conduta do réu, senão vejamos:

PRIMEIRA VERSÃO DOS FATOS – A do Ministério Público.

4.2 O réu estaria trafegando em um veículo GM Corsa, conduzido por Celestino Munaro. Este veículo parou no posto de fiscalização da CIDASC, BR153, no Município de Água Doce, logo após os fiscais terem abordado um veículo VW Gol, em que estavam Evaristo Alberto Eberle, Irineu Armindo Zago e Renato Comelli. No veículo VW Gol foram encontrados vários petrechos destinados à caça.

4.2.1 O réu saiu deste veículo e foi depositar a chave dentro do posto de fiscalização, escondeu as chaves e tentou ludibriar a fiscalização e eximir os envolvidos de quaisquer responsabilidades. Os Policias Militares, achando que havia uma ligação entre os veículos e seus ocupantes, resolveram realizar vistoria no veículo GM Corsa, o que não foi possível pois o mesmo estava trancado. De posse das chaves do veículo GM Corsa, os Policiais Militares realizaram busca neste veículo, oportunidade em que encontraram várias armas de caça, farta munição, bem como encontraram grande quantidade de aves abatidas.

4.2.2 O réu agiu em conluio com os demais ocupantes dos dois veículos. Esta conduta, segundo o Ministério Público, caracteriza a improbidade administrativa do art. 11 da lei 8.429/92.

SEGUNDA VERSÃO DOS FATOS – A do Réu.

4.3 O réu declara que de nada sabia – sobre os petrechos de caça, armamento de caça, farta munição e grande quantidade de aves apreendidas – e que apenas havia pegado uma carona com Celestino

Munaro. O réu não tinha qualquer conhecimento da existência dos petrechos para caça, armamento para caça, munição e aves abatidas no interior dos veículos VW Gol e GM Corsa.

ANÁLISE JUDICIAL DA CONDUTA DO RÉU

5. Uma análise mais detida e aprofundada a respeito da prova produzida nestes autos, mostra a este Juízo que a descrição da conduta do réu apresentada pelo Ministério Público é a mais próxima da verdade. É o que este Juízo passa a demonstrar.

ANÁLISE DA CONDUTA DO RÉU PARTINDO DA VERSÃO DADA AOS FATOS PELO PRÓPRIO RÉU

5.1 A análise do conjunto probatório partirá de uma perspectiva da versão dada aos fatos pelo réu e pelas demais pessoas que estavam nos veículos VW Gol e GM Corsa, suas próprias testemunhas. Na avaliação destas provas concluiu-se que o réu e seus companheiros trouxeram versões diversas e divergentes entre si e que, portanto, mentiram. Vejamos.

5.1.1 Das declarações do réu: a) o réu não teve qualquer participação no evento criminoso dos demais envolvidos (demais pessoas que estavam no interior dos veículos VW Gol e GM Corsa (contestação, fl.478); b) disse que pegou carona com Celestino Munaro em um veículo GM Corsa a fim de se deslocar para o Município de Videira; que em dado momento o condutor Celestino Munaro estacionou o veículo no Posto de Fiscalização da CIDASC, BR 153 sob a alegação de que aguardava alguns amigos que vinham em outro veículo; que em dado momento o condutor do veículo se ausentou do local, motivo pelo qual o réu retirou a chave do veículo e a levou até o Posto Fiscal onde ele mesmo trabalha; que como estava no interior do Posto, os Policiais Militares o indagaram sobre o veículo GM Corsa e, após, acabaram por revistá-lo; que os Policiais Militares o confundiram como um dos integrantes do grupo de caçadores (depoimento do réu no Auto de Prisão em Flagrante nº 012/2007, fl. 21).

5.1.2 Das declarações de Celestino Munaro – condutor do veículo GM Corsa, veículo em que estava o réu: a) Celestino Munaro não prestou

declarações no Auto de Prisão em Flagrante pois evadiu-se do local, conforme relato do próprio réu; b) em Juízo (fl. 606), Celestino, que dirigia o veículo GM Corsa, disse que trafegavam na retaguarda do veículo VW Gol e o réu teria pedido para parar no Posto de Fiscalização para ver a sua escala de plantão, pois iria retornar das férias e iniciar seu trabalho na semana seguinte (01:25-01:33, fl. 606); c) ainda em Juízo disse que após pararem o veículo no Posto de Fiscalização, em dado momento os fiscais vieram para perto do veículo e “eu fugi” (02:20, fl. 606), também declarou que as armas e as aves estavam no porta-malas do veículo.

5.1.2.1 Observa-se aqui que Celestino e o réu, que estavam no veículo GM Corsa, divergem quanto ao motivo da parada do veículo no Posto de Fiscalização. O réu disse que lá pararam porque Celestino queria aguardar alguns amigos, já a testemunha Celestino disse que lá pararam a pedido do réu, pois o réu queria ver sua escala de trabalho para a próxima semana. **Não é possível admitir divergência sobre questão importante – o motivo por terem parado no Posto de Fiscalização. Ora, o motivo de uma parada, durante uma viagem, quando mais em um Posto de Fiscalização, é assunto importante e que os passageiros não poderiam jamais divergir.** A divergência quanto a este ponto demonstra que, ambos, o réu e a testemunha Celestino, mentiram.

5.1.3 A testemunha Renato Comelli (fl. 25) disse, perante a autoridade policial, que o veículo GM Corsa seguia mais à frente e que o condutor do veículo GM Corsa, ao perceber a abordagem (no veículo VW Gol) estacionou mais a frente.

5.1.3.1 Vejam que este ocupante do veículo VW Gol, diz que o veículo GM Corsa, que seguia à frente, parou quando percebeu que o veículo VW Gol foi parado na fiscalização da CIDASC. Portanto, este Juízo pode concluir que: a) ambos os veículos viajavam juntos; b) tanto o réu como a testemunha Celestino mentiram sobre o motivo da parada no Posto de Fiscalização.

5.1.3.2 **Em verdade, a testemunha Celestino Munaro, condutor do veículo GM Corsa, e o réu, que viajava como caroneiro no referido veículo, pararam e retornaram até o Posto de Fiscalização pelo motivo de terem visto o veículo VW Gol ter sido parado pela fiscalização. Tal**

conclusão é corroborada por outras testemunhas arroladas pelo próprio réu.

5.1.4 A testemunha Irineu Zago, que estava no veículo VW Gol, também declarou que o veículo GM Corsa seguia à frente do veículo VW Gol (fl. 27). Como o réu desistiu da inquirição judicial desta testemunha, este Juízo entende que o réu está satisfeito com as declarações desta testemunha concedidas na fase policial (fl. 605).

5.1.5 Por fim, a testemunha Evaristo Eberle, que estava no interior do veículo VW Gol, também declarou que o veículo GM Corsa – que transportava o réu e Celestino Munaro – transitava à frente do veículo VW Gol. Como o réu também desistiu da inquirição judicial desta testemunha, este Juízo entende que o réu está satisfeito com as declarações desta testemunha na fase policial (fl. 543).

-x-x-x-x-x-x-

CONCLUSÃO I

5.1.6 O carro GM Corsa estava trafegando à frente do veículo VW GOL. Quando seus ocupantes viram que o veículo VW Gol foi parado no Posto de Fiscalização da CIDASC, eles retornaram para ver o que havia acontecido.

CONCLUSÃO II

5.1.6.1 Portanto, o réu, quando disse que pararam no Posto de Fiscalização porque o condutor Celestino Munaro queria esperar alguns “amigos” – traiu a verdade, pois estes “amigos” já estavam parados no posto de fiscalização. De outra forma, Celestino Munaro, quando disse que pararam no posto de fiscalização a pedido do réu para este averiguar sua escala de plantão para a próxima semana, também traiu com a verdade.

CONCLUSÃO III

5.1.6.2 Diante da prova de que o réu mentiu sobre alguns aspectos da sua versão dada aos fatos na contestação, não há como conceder força

probante às demais declarações do réu apresentadas na contestação. Assim, resta para este Juízo, como fundamento da sentença, utilizar as declarações prestadas pelos Policiais Militares e Fiscais da CIDASC.

-x-x-x-x-x-x-x-

ANÁLISE DA VERSÃO DADA AOS FATOS PELO MINISTÉRIO PÚBLICO

5.2 O Policial Militar João Carlos de Oliveira narra os fatos e caracteriza de forma clara a conduta do réu em vários momentos. A conclusão, novamente, é a de que a versão dada aos fatos pelo réu não correspondem com a verdade.

5.2.1 Esta testemunha João Carlos de Oliveira declarou: a) quando estavam fazendo a abordagem do veículo VW Gol, chegou o veículo GM Corsa (fl. 21 e minuto 01:25-01:32, fl. 544). ; b) enquanto estavam revistando o veículo VW Gol, apareceu o réu e perguntou se tinha algum problema (02:13-02:20, fl. 544); c) a testemunha perguntou se o carro era do réu e ele disse que não (02:48-02:54, fl. 544); d) depois o réu disse que tinha escondido as chaves do veículo GM Corsa no interior do posto (03:09-03:33); e) posteriormente o réu declarou que era o condutor do carro GM Corsa (03:33-03:40, fl. 544); f) foi encontrado no banco traseiro armamento (05 rifles calibre 22 e uma escopeta calibre 12); às perguntas do Promotor de Justiça a testemunha respondeu: g) no começo o réu disse que não conhecia os integrantes do veículo VW Gol e depois, “no decorrer do tempo” ele admitiu que estava junto (06:30-06:54, fl. 544); h) o réu assumiu que estava conduzindo o veículo GM Corsa (07:41-07:43, fl. 544); i) quando solicitaram as chaves do GM Corsa o réu disse que não sabia de quem era o carro (08:18-08:18, fl. 544); j) o réu admitiu que estava conduzindo o veículo Corsa (09:22-09:27, fl. 544).

-x-x-x-x-x-x-x-

CONCLUSÃO IV

5.2.2 Portanto, observa-se que as mentiras do réu se reproduzem, por exemplo: a) inicialmente disse que não sabia nada sobre o veículo GM

Corsa, depois revelou onde estavam as chaves e ainda declarou que estava conduzindo o referido veículo; b) primeiro disse que não conhecia os ocupantes do veículo VW Gol, depois disse que estava junto com eles, confessando parte das condutas imputadas na inicial.

CONCLUSÃO V

5.2.3 Em verdade, este Juízo conclui que os fatos se desenrolaram da seguinte forma: O réu e Celestino trafegavam no veículo GM Corsa, à frente do veículo VW Gol com o qual viajavam em conjunto. Após passarem pelo Posto de Fiscalização da CIDASC, observaram que o veículo VW Gol foi parado no Posto de Fiscalização, motivo pelo qual retornaram ao Posto de Fiscalização a fim do réu verificar o que ocorreu com os integrantes do veículo VW Gol, tanto é que o réu chegou no interior do Posto de Fiscalização perguntando ao Policial o que estava ocorrendo.

5.2.4 Apesar de inicialmente dizer que nem conhecia os demais integrantes do veículo VW Gol posteriormente admitiu que estava junto com os mesmos (fl. 19 e 544). Da mesma forma, apesar de inicialmente o réu afirmar para a testemunha João Carlos de Oliveira (Policial Militar) que não sabia onde estavam as chaves do veículo GM Corsa (fl. 544), depois ele mesmo disse que as guardou no interior do Posto de Fiscalização (fl. 21).

5.2.5 Por fim, não é ponto controvertido que foram encontrados, em ambos os veículos, armamento para caça, petrechos para caça e boa quantidade de aves mortas. [...] (grifos no original)

Consolidada a dinâmica dos acontecimentos, resta, pois, perquirir se as condutas imputadas ao réu Sérgio Vieceli são passíveis de enquadramento como ato de improbidade administrativa, nos termos do art. 11, *caput* e inciso I, da Lei n. 8.429/1992:

Art. 11. Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições, e notadamente:

I - praticar ato visando fim proibido em lei ou regulamento ou diverso daquele previsto, na regra de competência; [...]

Como dito, o juízo concluiu que o requerido, embora tenha violado os princípios da honestidade, da legalidade e da moralidade, não praticou ato de improbidade, porquanto estava no gozo de férias, afastado de sua função.

Destacou o Juiz de Direito que a “improbidade administrativa somente pode ser praticada por funcionário público quando no exercício de suas funções públicas. Fora desta hipótese o funcionário público, quando autor de conduta ilícita, responde pela sua conduta como cidadão comum” (fl. 691v).

Respeitosamente, esse entendimento não merece subsistir.

As férias, as licenças e os outros afastamentos legais não são hipóteses de vacância do cargo público e, portanto, não têm o condão de romper o vínculo do servidor com o órgão onde mantém seu cargo e sua lotação.

Nessa perspectiva, o servidor em gozo de férias continua com o dever de observância às obrigações e aos impedimentos legais e/ou principiológicos em relação à Administração Pública, devendo manter conduta de honestidade, de imparcialidade, de legalidade, de moralidade e de lealdade naquilo que especificamente se associa ao cargo que ocupa.

Todavia, não obstante a inconsistência técnica do fundamento utilizado na sentença, a improcedência do pedido inicial deve ser mantida, uma vez que, na esteira de entendimento do Superior Tribunal de Justiça, a configuração do ato ímprobo depende da existência de dolo, ao menos genérico, o que não se evidenciou no caso vertente.

Nesse ponto, bem ponderou o Procurador de Justiça, Dr. Paulo Cezar Ramos de Oliveira (fls. 724/725):

[...] o fato de o apelado adentrar nas dependências da CIDASC e esconder as chaves do veículo GM/Corsa não configura, em qualquer hipótese, ato de improbidade administrativa e, assim, não deve ser analisado sob o enfoque da Lei 8.429/92.

Considerando os elementos colacionados (depoimentos dos policiais – CD audiovisual de fl. 544), tem-se que em nenhum momento o apelado tentou impor o fato de ser fiscal daquele posto de fiscalização da CIDASC, nem tampouco que ele tenha interferido nas diligências que estavam sendo realizadas.

O que se depreende dos depoimentos prestados, é que o apelado negou ter conhecimento sobre o automóvel GM/Corsa – fato que não condizia com a verdade, tendo em vista que ele próprio admitiu ter pego carona com o proprietário do referido veículo –, bem como que Sérgio omitiu o fato de ter guardado as chaves do carro no interior do posto de fiscalização.

No entanto, esses fatos, por si só, não configuram ato de improbidade administrativa, na medida em que não restou demonstrado nos autos que o apelado tenha agido com a vontade deliberada de obter vantagem para si ou para os demais envolvidos, tendo em vista que, inclusive, em um primeiro momento Sérgio negou conhecê-los. [...]

Portanto, a inicial e o arcabouço probatório, nesse aspecto, em nada sugerem alteração da sentença no sentido de prolatar decreto de improcedência dos pedidos. É que, conquanto se tenha afirmado vulneração aos princípios da honestidade, da imparcialidade, da legalidade, da moralidade e da lealdade às instituições, o Ministério Público não demonstrou o único elemento subjetivo capaz de tipificar o ato de improbidade administrativa: o dolo, ainda que genérico, consistente em comprovar que o requerido atuou com o objetivo de, valendo-se da função pública, ludibriar os atos fiscalizatórios e de prestar auxílio aos seus colegas de caça.

Sabe-se igualmente que a mera ilegalidade, desapegada do dolo e de outros elementos subjetivos admitidos pela Lei n. 8.429/1992, não permite reconhecer, por si só, conduta ímproba.

Sublinha-se que os arts. 9.º e 11, da Lei de Improbidade diferem muito do seu respectivo art. 10. Nos primeiros, que tipificam ato de improbidade pelo enriquecimento ilícito e pela violação a princípios, o dolo constitui o único elemento subjetivo admitido. Ele é exclusivo, pois afasta a modalidade culposa. Esse, aliás, é o entendimento consolidado do Superior Tribunal de Justiça:

IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. PRESENÇA DO ELEMENTO SUBJETIVO. INSTÂNCIA ORDINÁRIA. MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. SÚMULA 7/STJ. SÚMULA 83/STJ. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

[...]

4. 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.

5. É pacífico o entendimento desta Corte no sentido de que o ato de improbidade administrativa previsto no art. 11 da Lei 8.429/92 exige a demonstração de dolo, o qual, contudo, não necessita ser específico, sendo suficiente o dolo genérico.

6. Assim, para a correta fundamentação da condenação por improbidade administrativa, é imprescindível, além da subsunção do fato à norma, caracterizar a presença do elemento subjetivo. A razão para tanto é que a Lei de Improbidade Administrativa não visa punir o inábil, mas sim o desonesto, o corrupto, aquele desprovido de lealdade e boa-fé.

7. Precedentes: AgRg no REsp 1.500.812/SE, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 28/5/2015, REsp 1.512.047/PE, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 30/6/2015, AgRg no REsp 1.397.590/CE, Rel. Ministra Assusete Magalhães, Segunda Turma, DJe 5/3/2015, AgRg no AREsp 532.421/PE, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 28/8/2014.

[...]

10. Dessume-se que o acórdão recorrido está em sintonia com o atual entendimento do STJ, razão pela qual não merece prosperar a irresignação. Incide, *in casu*, o princípio estabelecido na Súmula 83/STJ.

11. Agravo Regimental não provido. (AgRg no AREsp 654.406/SE, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 17.11.2015, DJe 04.02.2016).

A doutrina, em complemento, corrobora:

O elemento subjetivo é exclusivamente o dolo; não tendo havido na lei referência à culpa, como seria necessário, não se enquadra como ato de improbidade aquele praticado por imprudência, negligência ou imperícia. Poderá, é óbvio, constituir infração funcional e gerar a aplicação de penalidade, conforme a lei de incidência, mas de improbidade não se cuidará (CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 22. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 1024).

A respeito, já decidiu este Relator, *mutatis mutandis*:

Apelação cível em ação civil de improbidade administrativa. Uso de servidores municipais e maquinário da Prefeitura para remoção de entulhos e destinação de materiais servíveis a pessoas carentes. Alegada violação aos princípios da legalidade e impessoalidade. Decreto de improcedência no primeiro grau. Acerto. Dolo ou culpa grave indemonstrados. Ônus que competia ao autor (CPC, art. 333, I). Persecução fundada nos arts. 9.º e 11, da Lei 8.429/92, que exigem a demonstração de um único elemento subjetivo admitido: dolo. Alcaide que, com esteio em dois programas informais, permitia a doação de materiais oriundos de demolição e reformas, servíveis, a pessoas necessitadas. Ausência de lei. Circunstância que, por si só, não ostenta densidade suficiente à configuração do ato de improbidade administrativa. Inexistência do intuito de enriquecimento ilícito, de má-fé e de dano ao erário. Recurso desprovido.

A violação a princípios da Administração Pública, tipificada no art. 11, e o enriquecimento ilícito de que trata o art. 9.º, ambos da Lei de Improbidade Administrativa, exigem a presença de dolo, ainda que genérico, o qual elegem como único elemento subjetivo passível de configuração.

O ato ímprobo há de ser necessariamente ilegal, mas a ilegalidade, por si só, não conduz ao seu reconhecimento, mormente quando indemonstrados os elementos subjetivos exigidos pelos tipos legais, sob pena de criar-se um sistema de responsabilização objetiva inadmitido pelo ordenamento jurídico pátrio.

Não é possível vulgarizar o controle de probidade dos atos administrativos, sob o argumento de que toda ilegalidade configura necessariamente conduta definida na LIA. Assim não pode ser, porque a complexa atividade administrativa exige dos administradores quase que diuturnamente uma incessante tomada de decisões, o que fatalmente os expõe a erros. Não é justo que, ao mais simples equívoco, desprovido de má-fé, sejam os administradores despojados de seus direitos políticos, destituídos de seus cargos públicos, para exemplificar, lançando-se-lhes o anátema da desonestidade. Resulta daí a exigência jurisprudencial acerca da demonstração do dolo ou de culpa grave na maior parte dos tipos definidos na Lei de Improbidade: distinguir entre o ato de boa e o de má-fé; o administrador inepto, do ímprobo. (Apelação Cível n. 2012.075036-0, de São Bento do Sul, j. 10.12.2013).

E:

Apelação cível. Ação de improbidade administrativa. Plágio de questões em concurso público pela empresa realizadora do certame. Cópia que recaiu em matérias de conhecimento geral e não específico, no total de quatro questões. Descumprimento contratual incontroverso, mas insuficiente à pretensão de anulação do certame e ao reconhecimento do ato ímprobo. Pedido de extinção do feito sem resolução do mérito, pelo apelante. Impossibilidade. Demanda adequada ao pedido. Recurso desprovido.

A ação de improbidade administrativa é o meio adequado à persecução de todas as condutas descritas na Lei n. 8.429/92. A inexistência dos seus elementos configuradores ensejará resolução de mérito, com a improcedência do pedido.

A condenação por ato de improbidade administrativa, na hipótese de violação a princípios da Administração Pública não prescinde do dolo,

inexistente na espécie, de modo a determinar a improcedência do pedido. (Apelação Cível n. 2014.041523-5, de Itá, j. 19.01.2016).

Em sintonia, colhe-se, ainda, desta Casa:

APELAÇÕES CÍVEIS. ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA (LEI N. 8.429/92). CUMULAÇÃO DE CARGOS PÚBLICOS. VEREANÇA E CARGO DE GERÊNCIA REGIONAL EM SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA (CASAN). NOMEAÇÃO PRECEDIDA DE AUTORIZAÇÃO LEGISLATIVA (LEI MUNICIPAL N. 1.711/2005), CHANCELADA POR PARECER HOMOLOGADO PELO DIRETOR JURÍDICO DA CASAN, DANDO RESPALDO À CUMULAÇÃO DOS CARGOS. TEMA CONTROVERTIDO À ÉPOCA DOS FATOS, INCLUSIVE NO ÂMBITO JUDICIAL. ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL FIXADO MUITOS ANOS APÓS, NO SENTIDO DA INACUMULABILIDADE. AUSÊNCIA DE DOLO, MÁ-FÉ OU CULPA GRAVE. ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA NÃO CONFIGURADO. PRECEDENTES. RECURSO PROVIDO PARA JULGAR IMPROCEDENTE A AÇÃO CIVIL PÚBLICA. PREJUDICADO O RECLAMO DO MINISTÉRIO PÚBLICO.

Nem toda ilegalidade configura ato de improbidade administrativa; de acordo com remansosa jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, a ilegalidade só adquirirá o *status* de improbidade quando a conduta antijurídica importar enriquecimento ilícito, causar prejuízo ao erário ou representar ofensa aos princípios constitucionais da Administração Pública, sempre coadjuvada pela má intenção (dolo genérico) ou ao menos culpa grave por parte do administrador.

“O entendimento jurisprudencial do STJ é pacífico no sentido de que improbidade é ilegalidade tipificada e qualificada pelo elemento subjetivo da conduta do agente; [é] indispensável para a caracterização de improbidade que a conduta do agente seja dolosa, para a tipificação das condutas descritas nos artigos 9º e 11 da Lei 8.429/92, ou pelo menos eivada de culpa grave, nas do artigo 10º (AIA 30/AM, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Corte Especial, DJe 28/09/2011).” (AgRg no REsp

1.224.462/MG, rel. Min. Benedito Gonçalves, Primeira Turma, j. em 15/10/2013, DJe 22/10/2013).

Apesar do inequívoco reconhecimento da ilegalidade do ato fustigado, qual seja, a indevida cumulação do cargo de agente político (vereador) com cargo de Chefe de Agência Regional da Casan, não restou evidenciada a presença do elemento volitivo (dolo ou culpa grave), requisito imprescindível à caracterização do ato de improbidade administrativa para que não se incorra em hipótese de responsabilidade objetiva. (Apelação Cível n. 0003912-21.2006.8.24.0076, de Turvo, Rel. Designado Des. Carlos Adilson Silva, j. em 06.07.2016).

Ante todo o exposto, conhece-se do recurso e nega-lhe provimento, mantendo-se a sentença de improcedência, mas por fundamento diverso.

Este é o voto.

QUARTA CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO

Apelação Cível n. 0301679-14.2014.8.24.0038, de Joinville

Relator: Desembargador Edegar Gruber

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE.

PRELIMINAR DE CERCEAMENTO DE DEFESA ANTE O JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE AFASTADA. EXAME DO LITÍGIO QUE DISPENSA A PRODUÇÃO DE PROVAS TESTEMUNHAL E PERICIAL. DOCUMENTOS ANEXADOS QUE SÃO SUFICIENTES PARA FORMAR O CONVENCIMENTO A RESPEITO DOS FATOS E DO DIREITO DISCUTIDO.

PERMISSÃO DE USO DE BEM PÚBLICO CONFERIDA AO INSTITUTO DUAL DE EDUCAÇÃO. ATO UNILATERAL, DISCRICIONÁRIO E PRECÁRIO. CONSTATADO DESVIO DE FINALIDADE. TERRENO DESTINADO AO FUNCIONAMENTO DE UNIDADE ESCOLAR UTILIZADO COMO DEPÓSITO DE LIXO ELETRÔNICO. CONSERVAÇÃO AMBIENTAL QUE MUITO EMBORA TENHA CUNHO PEDAGÓGICO NÃO SE CONFUNDE E NEM SE ASSEMELHA À FINALIDADE DO TERMO DE PERMISSÃO DE USO. PRAZO PARA EDIFICAÇÃO E INSTALAÇÃO DA UNIDADE ESCOLAR NÃO RESPEITADO. BUROCRACIA MUNICIPAL QUE NÃO PODE SER UTILIZADA COMO JUSTIFICATIVA PARA O NÃO IMPLEMENTO DO OBJETO NOS OITO ANOS EM QUE O INSTITUTO OCUPA O BEM. NOTIFICAÇÃO EXTRAJUDICIAL INFORMANDO A REVOGAÇÃO DA PERMISSÃO E PEDINDO A DESOCUPAÇÃO DO IMÓVEL. RECUSA DO INSTITUTO EM SE RETIRAR. ESBULHO VERIFICADO. REQUISITOS PRESENTES PARA REINTEGRAÇÃO DE POSSE.

PEDIDO DE INDENIZAÇÃO PELAS BENFEITORIAS REALIZADAS JULGADO IMPROCEDENTE. TERMO DE PERMISSÃO QUE EXPRESSAMENTE CONVENCIONA A INCORPORAÇÃO DELAS AO PATRIMÔNIO DO MUNICÍPIO.

RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 0301679-14.2014.8.24.0038, da comarca de Joinville 1ª Vara da Fazenda Pública em que é Apelante Instituto Dual de Educação e Apelado Município de Joinville.

A Quarta Câmara de Direito Público decidiu, por unanimidade, conhecer e negar provimento ao recurso interposto. Custas legais.

O julgamento, realizado nesta data, foi presidido pelo Exmo. Sr. Des. Ricardo Roesler, com voto, e dele participou o Exmo. Sr. Des. Luiz Antônio Zanini Fornerolli.

Florianópolis, 09 de dezembro de 2016.

Desembargador Edemar Gruber
Relator

RELATÓRIO

O Município de Joinville ajuizou ação de reintegração de posse com pedido de tutela antecipada contra o Instituto Dual de Educação com o intuito de reaver bem público permissionado correspondente a uma área de 7.364,00 m² registrada sob a matrícula n. 32.071 na 1ª Circunscrição Imobiliária da Comarca de Joinville.

Contou o município demandante que no dia 07 de julho de 2006 a área foi permissionada ao Instituto Dual de Educação, por prazo indeterminado, com a finalidade única e exclusiva de implantar uma unidade escolar, nos termos da cláusula segunda do Termo de Permissão.

Afirmou que no dia 17 de outubro de 2013 o Instituto demandado foi devidamente notificado da Revogação da Permissão de Uso, concedida através da Lei n. 6.245/08, ocasião em que lhe fora concedido o prazo de sessenta dias para desocupação do imóvel.

Sustentou que a revogação foi motivada pelo interesse da Secretaria de Saúde em ampliar o Posto de Saúde já existente no imóvel, bem como porque fora constatado o desvio da finalidade da permissão, a presença de irregularidades ambientais e na construção, as quais foram verificadas através das diversas notificações emitidas pela Fundação Municipal do Meio Ambiente (FUNDEMA) e pela Secretaria de Infraestrutura Urbana (SEINFRA), respectivamente.

Argumentou que o prazo para desocupação do imóvel expirou no dia 17 de dezembro de 2013 e a posse que era precária e justa passou a ser injusta, sem qualquer título, em razão da extinção da Permissão de Uso.

Disse, ainda, que no dia 06 de dezembro de 2013 o Instituto informou que não desocuparia o imóvel, de modo que, no seu entendimento, o demandado passou a ser invasor de área pública.

Por tais razões pugnou pela concessão da tutela antecipada para que seja imediatamente reintegrado na posse do referido imóvel, julgando-se, ao final da demanda procedente o pedido (fls. 1/13).

Recebida a inicial, o Magistrado *a quo postergou o exame do pedido liminar para depois de formado o contraditório* (fl. 172).

Em contestação, o Instituto Dual de Educação esclareceu que foi idealizado e instituído pelo Sindicato Patronal da Indústria da Mecânica de Joinville e Região (SINDIMEC) tendo como premissa maior a qualificação de mão de obra para o setor metalmeccânico.

Alegou que até o final de 2010 a construção do prédio alcançou a cobertura, porém faltava o acabamento interno para sua conclusão. Disse que com a alternância de agentes políticos, os interesses dos envolvidos na unidade escolar sofreram mutações que resultaram em obstáculo para conclusão do projeto.

Afirmou que com a posse de novo mandatário na administração municipal em 2009, foi dificultado o prosseguimento do projeto com

a retirada do auxílio do Instituto de Pesquisa e Planejamento para o Desenvolvimento Sustentável de Joinville (IPPUJ), assim como da Fundação Municipal Albano Schmidt (FUNDAMA) e de um dos idealizadores do projeto, o SINDIMEC.

Asseverou que em 2011 solicitou alvará de funcionamento para ocupação de parte da obra que já estava finalizada, mas após um ano de burocracia municipal o pedido foi negado, sob o argumento de que o prédio deveria estar inteiramente concluído.

Admitiu que no dia 16 de outubro de 2012 a obra foi embargada, mas registrou que o alvará de construção só foi emitido quatro anos depois do pedido protocolado em 2009.

Sustentou ser nula a notificação enviada, pois subscrita pelo Secretário de Administração.

Culpou a municipalidade pelo não cumprimento das cláusulas e sugere o enriquecimento ilícito do município, caso retomado o terreno sem que indenizadas as benfeitorias realizadas, pois o investimento soma a quantia aproximada de R\$ 800.000,00 (oitocentos mil reais).

Ao final, pugnou pela extinção do feito por falta de interesse processual, pois nula a revogação emitida pelo Secretário de Administração, visto que tal ato, na sua concepção, é de competência exclusiva do prefeito. Caso assim não entendido, requereu a improcedência da demanda e, no caso de procedência, pediu pela indenização de todas as benfeitorias realizadas, pois não deu causa a quebra do que fora pactuado (fls. 206/234).

Na réplica, o Município asseverou que tem o dever por imposição legal de zelar pelo patrimônio público e pugnou pela procedência do pedido (fls. 576/579).

Na sequência, sobreveio sentença de procedência para reintegrar o autor na posse do imóvel, no prazo de 60 dias para desocupação

voluntária, sob pena de ser procedida de forma compulsória. Concedida nesta mesma ocasião a tutela provisória para cumprimento imediato da medida (fls. 592/597).

Descontente, o Instituto Dual de Educação apelou.

Argui, preliminarmente, a ocorrência do cerceamento de defesa.

Sustenta que se o julgador *a quo tivesse realizado inspeção judicial constataria que o prédio do Instituto Dual de Educação em nada atrapalha a reforma ou ampliação do Posto de Saúde.*

Sugere que não existem nos autos provas documentais de que a área a ser reintegrada ao município é realmente indispensável para a ampliação do Posto de Saúde.

Sustenta que o agendamento de audiência de instrução era de suma importância, pois participariam testemunhas para corroborar as alegações da defesa. Argumenta, ainda, que existem provas nas mãos de terceiros que amparam a sua tese.

No mérito, defende que a ocupação do terreno é lícita, pois lastreada em permissão de uso.

Assevera que não se pode confundir posse precária com qualquer um dos atributos da má-fé.

Argumenta que no caso de manutenção da sentença de procedência, o ressarcimento é devido, pois detentor de autorização formal para construir prédio na área municipal.

Alega que no momento da instituição da permissão a Administração Municipal se comprometeu a auxiliar na edificação da unidade escolar, mas tal ajuda não aconteceu. Salienta que a permissão não se tratou de um documento isolado, atrelados, vieram o Protocolo de Intenções e diversos Termos de Parceria.

Afirma que o conjunto de limitações estabelecidas na permissão revestiram o ato de tamanha solenidade que passou à condição de verdadeiro negócio jurídico bilateral.

Salienta, por fim, que o interesse em revogar o Termo de Permissão de Uso não foi o público, mas sim, o interesse político-partidário.

Ao final, requereu fosse cassada a sentença, com o retorno dos autos à origem para instrução. Caso assim não entendido e mantida a sentença, requereu a indenização pelas benfeitorias feitas. Caso não fixada a condenação, e considerando tratar-se de obra inacabada, requereu a permissão para retirada dos bens móveis do local (materiais em geral, lajes, pilares, alvenarias) (fls. 613/666).

Com as contrarrazões (fls. 673/675), os autos subiram conclusos.

Na sequência, lavrou parecer pela Douta Procuradoria-Geral de Justiça o Exmo. Sr. Dr. Basílio Elias De Caro, manifestando o desinteresse da instituição no feito (fls. 688/689).

Não cumprida a liminar concedida na sentença, após pedido realizado pelo Município pedindo fosse expedido mandado de reintegração de posse e compreendendo que a apelação interposta pelo Instituto Dual teria pouca chance de êxito aliado ao fato de que se pretendia ampliar um posto de saúde, indeferi o pleito de suspensão da eficácia da sentença e determinei que fossem tomadas as providências necessárias para o cumprimento da antecipação da tutela (fls. 692/696).

Este é em síntese o relatório.

VOTO

Cuida-se de apelação cível interposta pelo Instituto Dual de Educação contra sentença de procedência proferida nos autos da ação de reintegração de posse movida pelo Município de Joinville.

Registro, inicialmente, que a sentença foi proferida quando já vigente o Novo Código de Processo Civil, de modo que o recurso em análise também será examinado sob a égide do diploma corrente.

1. Preliminar de Cerceamento de Defesa

Antes de analisar as razões de mérito, faz-se necessário enfrentar a preliminar de cerceamento de defesa arguida pelo recorrente ante o julgamento antecipado da lide.

Adianto que a tese não merece guarida.

Isso porque a ampla quantidade de documentos acostados aos autos é suficiente para formar um convencimento a respeito da causa em discussão.

Nesse sentido, ressalto que é facultada ao juiz, como destinatário final da prova, a decisão quanto à necessidade de produção probatória, além daquela existente nos autos.

Observo, também, que muito embora o apelante tenha defendido a necessidade de oitiva de suas testemunhas para amparar as suas teses, em nenhum momento processual indicou quais pessoas seriam ouvidas, tampouco arrolou quais seriam as provas que estão nas mãos de terceiros e seriam indispensáveis para o julgamento da causa.

A respeito da necessidade de inspeção judicial, que na sua percepção revelaria a dispensabilidade da área a ser reintegrada para a ampliação do posto de saúde, entendo que tal fato em nada altera o direito do município em reaver terreno de sua propriedade quando aventado o desvio de finalidade como concausa para a revogação da permissão de uso.

Tal situação, adiantando também o julgamento de mérito do feito, além de admitida pela própria recorrente revelou-se através da documentação acostada.

De qualquer forma, ainda que o Decisor *a quo não tenha realizado*

a inspeção judicial, por meio do Google Street View atualizado em agosto de 2015, simplesmente informando o endereço do recorrente, é possível perceber através das imagens de satélite disponíveis, que há, sim, um posto de saúde ao lado da estrutura que deveria comportar uma unidade escolar, circunstância, mesmo que avaliada de maneira virtual, corrobora a intenção declarada do município em utilizar o terreno para aprimorar a unidade de saúde existente.

Por tais razões e entendendo que os documentos necessários à suficiente instrução do feito se fazem presentes, deixo de acolher a preliminar de cerceamento de defesa invocada e passo à análise de mérito, mas antes faço uma breve digressão a respeito dos fatos e documentos que acompanham a contenda.

2. Resumos dos fatos e documentos apresentados nos autos

Extrai-se dos autos que no dia 18 de julho de 2008 entrou em vigor a Lei Municipal n. 6.245/2008 por meio da qual o Executivo Municipal outorgou a Permissão de Uso ao Instituto Dual de Educação.

Consta no art. 2º desta lei que “a Permissão de Uso terá por finalidade a construção de uma unidade educacional”.

O dispositivo subsequente estabeleceu que “a Permissionária obriga-se a iniciar as obras da finalidade, dentro do prazo de um ano e concluí-la em três anos, a contar da data da publicação da presente lei, sob pena de cancelamento automático da permissão de uso” (fl. 18).

Observo que o Termo de Permissão de Uso firmado entre as partes no dia 09 de julho de 2008 expressamente previu que o imóvel objeto da permissão serviria para a implantação de uma unidade escolar.

Na cláusula sexta convencionou-se que “a permissão é outorgada por prazo indeterminado e poderá ser rescindida de pleno direito, independente de interpelação judicial, nos seguintes casos: a) a qualquer tempo, pelo descumprimento de qualquer de suas cláusulas; pela

alteração da destinação prevista; pela superveniência de norma legal ou fato administrativo que o torne materialmente inexecutável” (fls. 19/20).

No dia 05 de dezembro de 2011 o Município de Joinville emitiu notificação pedindo que o instituto comprovasse de maneira documental a implantação e funcionamento de uma unidade educacional na área, sob pena de revogação da permissão (fl. 160).

No dia 17 de outubro de 2013, passados cinco anos da assinatura do Termo de Permissão, o apelante foi notificado da revogação da permissão de uso.

Na notificação o Município explicou que a Secretaria de Saúde tem interesse em ampliar o posto de saúde que já existe no imóvel e considerando que a atividade realizada no terreno envolve a recuperação de materiais digitais descartados, o que no entendimento do município caracteriza desvio de finalidade da permissão, levando em conta também as diversas notificações por irregularidades ambientais lavradas pela FUNDEMA, a notificação n. 24901 devido ao exercício de atividade comercial sem Alvará de Localização e Permanência, e o Auto de Embargo n. 27275, pois constatada a execução de obra em alvenaria sem licença e projeto aprovado, foi concedido ao instituto o prazo de sessenta dias para a desocupação do imóvel (fl. 24).

Em resposta, o instituto interpôs recurso administrativo. Nele explicou que construiu a edificação estando uma parte dela em condições de uso, e que os entraves burocráticos da administração pública é que causam além de enormes transtornos, a impossibilidade jurídica de cumprimento.

Disse que o pedido de Alvará de localização e utilização do imóvel tramitou na prefeitura por mais de um ano sendo indeferido ao final. Alegou, também, que o Alvará para Construção, solicitado em setembro de 2009 tramitou por quase quatro anos até ser finalmente emitido.

Argumentou que só não acabou a obra em razão do risco que corria em perdê-la, visto que em outubro de 2013 foi notificado a respeito da Revogação de Permissão de Uso.

Admitiu que o imóvel estava sendo utilizado para dar destino adequado ao lixo digital produzido e salientou que inúmeros cursos de informática da FUNDAMAS se utilizaram de tal fonte para alimentar a necessidade de peças para os cursos práticos. No final do recurso pediu fosse declarada nula a notificação de revogação da permissão de uso (fls. 26/46).

Sobre o recurso administrativo interposto não houve aparentemente qualquer manifestação municipal, pois não há qualquer documento anexado aos autos.

No dia 19 de fevereiro de 2014 o Município de Joinville deflagrou o processo administrativo n. 1392829325 a fim de se ver reintegrado na posse da área ocupada pelo Instituto (fl. 15), o que culminou no ajuizamento da presente ação de reintegração de posse.

3. Análise dos requisitos da reintegração de posse

Pois bem. A respeito da reintegração de posse, dispõe o art. 561 do NCPC:

Art. 561. Incumbe ao autor provar:

I - a sua posse;

II - a turbação ou o esbulho praticado pelo réu;

III - a data da turbação ou do esbulho;

IV - a continuação da posse, embora turbada, na ação de manutenção, ou a perda da posse, na ação de reintegração.

Como se vê, o acolhimento da pretensão do apelado necessita da demonstração dos requisitos estampados no artigo 561 do NCPC,

quais sejam: a posse do apelado, o esbulho praticado pelo apelante e a consequente perda da posse em decorrência deste.

Além desses requisitos é necessário considerar que o direito do recorrente está amparado por permissão de uso, que consiste em um ato unilateral, discricionário, precário e revogável a qualquer momento, sem ônus à Administração Pública.

Acerca disso, extrai-se da doutrina:

É ato administrativo, vinculado ou discricionário, segundo o qual a Administração Pública outorga a alguém, que para isso se interesse, o direito de prestar um serviço público ou de usar, em caráter privativo, um bem público. [...] É discricionário se sobre o pedido a Administração Pública não tem liberdade para decidir, concordando ou não com a solicitação. Nesses casos, a permissão é revogável em função do interesse público (RT, 650:160), a qualquer momento após sua outorga, sem nenhuma indenização, sendo irrelevante o fato de ter o interessado atendido a todas as exigências legais. [GASPARINI, Diogenes. Direito Administrativo. Ed. 16ª. São Paulo: Saraiva, 2011. Pg. 135/136].

Conceituado sinteticamente o instituto da permissão, retomo a verificação do preenchimento dos requisitos necessários à reintegração da posse.

A posse do município apelado sobre a área desponta dos autos estreme de dúvidas, haja vista que a área em questão é reconhecidamente de propriedade do município, conforme indicado na Lei n. 6.245/2008 que disciplinou o Termo de Permissão firmado entre as partes.

Outrossim, o esbulho possessório praticado pelo instituto recorrente está devidamente comprovado, na medida em que, na condição de permissionário do uso de bem público, tinha a obrigação de restituí-lo no momento em que foi requisitado pelo município cedente.

O esbulho mostrou-se incontroverso, devido à resistência manifesta do ora recorrente em deixar o bem, conforme demonstra a contranotificação anexada à fl. 25.

Noto que na sentença, o Magistrado *a quo reconheceu como legítimos os motivos levantados na notificação para revogar a permissão, mas foi com base na supremacia do interesse público em instalar na localidade o posto de saúde ampliado que julgou procedente o pedido sem muito divagar a respeito das outras razões que levaram a municipalidade a revogar a permissão de uso.*

A ausência de aprofundamento na análise a respeito das outras situações que fundamentaram a revogação da permissão levou o recorrente a criticar em suas razões de apelação a forma absoluta com que foi tratada a supremacia do interesse público na sentença recorrida.

Ainda que na decisão o mencionado princípio tenha orientado o convencimento do Juiz sentenciante, entendo que existem elementos suficientes a amparar a postura do magistrado de primeira instância e reconhecer como legítima a revogação realizada pelo município independentemente do interesse em ampliar o posto de saúde.

Analisados os documentos acostados aos autos e o termo de permissão de uso firmado entre as partes entendo que houve sim desvio de finalidade. A proposta inicial consistia na edificação de uma unidade escolar. Ainda que o destino adequado do lixo eletrônico produzido esteja vinculado ao desenvolvimento da consciência ambiental da população joinvilense, acredito que a proposta inicial previa a promoção de cursos na localidade com grade curricular adequada para atender a demanda técnica e produtiva, cenário que não se consolidou ao longo desses oito anos em que o apelante ocupa o imóvel (fls. 84/100).

E, por mais que o Protocolo de Intenções firmado com a FUNDAMAS e a Prefeitura Municipal no dia 25 de junho de 2006 (fls. 264/269), o Termo de Parceria firmado com a FUNDAMAS no dia 19 de junho de 2008 (fls. 259/260), o Termo de Parceria e Responsabilidade n. 001/2011 firmado com a Prefeitura de Joinville no dia 15 de agosto de 2011 não tenham gerado o fruto e o apoio esperado pelo apelante,

(fls. 261/263) tais circunstâncias não podem ser utilizadas pelo instituto recorrente para não cumprir o fim a que se destinava.

Ressalto, nesse sentido, que a cláusula terceira do Termo de Permissão de Uso estabeleceu que “os custos e as despesas com a infraestrutura e a construção, correrão por conta do permissionário, sem ônus de qualquer natureza para o Município” (fl. 19).

Ora, como se vê, no próprio termo foi avençado que a implementação da unidade escolar competia única e exclusivamente ao apelante, de modo que a ausência de auxílio na execução do projeto não pode ser alegada como obstáculo, até mesmo porque as modificações administrativas oriundas da eleição de novos gestores é algo esperado.

Quanto ao Alvará de Construção, de fato, foi requerido no dia 17 de setembro de 2009 e o projeto foi aprovado apenas em 2013, quando atendidas as exigências da legislação em vigor (fl. 105).

O recorrente atribui a morosidade na emissão do alvará à mudança de gestão na administração da municipalidade e a interesses político-partidários diversos.

A respeito disso, observo que nos termos do art. 3º da Lei n. 6.245/2008 que autorizou o Executivo Municipal a outorgar a permissão de uso ao Instituto Dual de Educação, dispôs-se que “a Permissionária obriga-se a iniciar as obras, dentro do prazo de um ano e concluí-la em três anos, a contar da data da publicação da presente lei, sob pena de cancelamento automático da permissão de uso” (fl. 18).

A lei foi publicada no dia 18 de julho de 2008 e o pedido de emissão do alvará de construção foi realizado em setembro de 2009, quando passado mais de um ano da publicação da lei.

Assim, a burocracia municipal não pode ser apontada como a culpada pela demora na edificação, quando o instituto recorrente demonstra certa inércia para iniciar a construção.

Além disso, o alvará só pode ser emitido quando atendidas todas as exigências legais para tanto.

Ora, está cabalmente demonstrado nos autos que a atividade desenvolvida pelo recorrente no local não mais se relacionava com o propósito originário da permissão, que era o de instalar uma unidade escolar no terreno, visto que a área passou a funcionar como depósito de lixo eletrônico (fls. 569/570).

Após oito anos, o fato da entidade não conseguir concluir o projeto da unidade escolar não lhe dá o direito de utilizar o imóvel para outro fim.

Ainda que a atividade desenvolvida seja relevante (fl. 570), não é a convencionada para a localidade.

É indiscutível a facultatividade da Administração Pública revogar os atos de permissão, haja vista a precariedade inerente a tais atos, sobretudo no caso em apreço, em que verificado o desvio de finalidade.

Em situações semelhantes, colhe-se da jurisprudência desta Corte:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE. OCUPAÇÃO IRREGULAR DE ÁREA DA MATERNIDADE CARMELA DUTRA. ATO DE MERA DETENÇÃO. PROPRIEDADE DO ESTADO DE SANTA CATARINA. EXEGESE DO ART. 927, DO CPC. SENTENÇA MANTIDA. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. “O termo de permissão de uso utilizado como forma de regulamentação administrativa possui caráter meramente permissionário, ou seja, é ato administrativo unilateral, discricionário e precário, podendo ser revogado a qualquer tempo, sem ônus para a Administração Pública.” (TJSC, Apelação Cível n. 2009.035495-5, rel. Des. Pedro Manoel Abreu, j. em 14-6-2010). (TJSC, Apelação n. 0065505-40.2011.8.24.0023, da Capital, rel. Des. Júlio César Knoll, j. 23-08-2016).

E:

REINTEGRAÇÃO DE POSSE. PERMISSÃO DE USO DE IMÓVEL CONFERIDA PELO MUNICÍPIO DE SÃO LOURENÇO DO OESTE

A EMPRESA PARTICULAR. ATO PRECÁRIO. POSSIBILIDADE DE REVOGAÇÃO A QUALQUER TEMPO. NOTIFICAÇÃO DO PERMISSIONÁRIO PARA DESOCUPAR O BEM. ESBULHO CONFIGURADO. INEXISTÊNCIA DE DIREITO DE RETENÇÃO PELAS BENFEITORIAS. AUSÊNCIA DE EMBASAMENTO LEGAL OU CONTRATUAL PARA DETERMINAR QUE O ENTE PÚBLICO DOE OU CONSTRUA OUTRO IMÓVEL À RÉ. MANUTENÇÃO DO PRAZO DE 15 DIAS PARA DESOCUPAÇÃO DO IMÓVEL. PERMANÊNCIA IRREGULAR DA RÉ HÁ 8 ANOS. SENTENÇA MANTIDA. RECURSO DESPROVIDO. (TJSC, Apelação n. 0002396-88.2009.8.24.0066, de São Lourenço do Oeste, rel. Des. Paulo Henrique Moritz Martins da Silva, j. 10-05-2016).

Ainda:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE MANUTENÇÃO NA POSSE. DOAÇÃO DE BEM IMÓVEL PÚBLICO. LEI AUTORIZATIVA. PERMISSÃO DE USO PARA FINS INDUSTRIAIS. DESTINAÇÃO DIVERSA DAQUELA PACTUADA. REINTEGRAÇÃO DA MUNICIPALIDADE NA POSSE. SENTENÇA A QUO MANTIDA. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. “O ato administrativo de permissão de bens públicos possui natureza precária e discricionária, podendo, a qualquer momento, ao interesse do Administrador manifestar o interesse de retomada dos bens”. (Ag. de Instrumento n. 2011.096919-3, rel. Des. Rodolfo C. R. S. Tridapalli, j. em 16-12-2014). (TJSC, Apelação Cível n. 2012.080629-6, de Forquilha, rel. Des. Júlio César Knoll, j. 19-03-2015).

Por fim:

APELAÇÃO CÍVEL. PERMISSÃO DE USO DE ARMAZÉM FRIGORÍFICO E ÁREA ADJACENTE NO PORTO DE LAGUNA. REVOGAÇÃO UNILATERAL PELA PERMITENTE. VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA. NÃO OCORRÊNCIA. ARRENDAMENTO DO BEM PELA PERMISSIONÁRIA QUE VIOLOU EXPRESSAMENTE O TERMO DE PERMISSÃO. NATUREZA PRECÁRIA DO ACERTO QUE DISPENSA O CONTRADITÓRIO. RECURSO CONHECIDO E

DESPROVIDO. (TJSC, Apelação n. 0002806-59.2011.8.24.0040, de Laguna, rel. Des. Júlio César Knoll, j. 14-06-2016).

Defende, ainda, o recorrente que a permissão é qualificada e se reveste de tantas obrigações e limitações que, em verdade, é um contrato bilateral e para ser revogado necessita de processo administrativo.

Sem razão. Trata-se de típica modalidade de permissão de uso, instituto de direito administrativo caracterizado pela unilateralidade por parte da administração pública, discricionariedade, precariedade e ausência de licitação, visto que inexistente prazo determinado e foi pactuado em nome do interesse público.

Além disso, *o apelante violou expressamente os termos estipulados na permissão, razão suficiente para a revogação imediata pelo município apelado, segundo previsto na própria cláusula sexta do termo* (fl. 18).

Por tais razões, entendo que a sentença merece ser mantida no ponto, pois preenchidos os requisitos necessários à reintegração da posse pelo município apelado, razão pela qual não merece provimento o recurso no ponto.

4. Benfeitorias

A respeito da indenização pelas benfeitorias realizadas, adianto que agiu com acerto o Decisor *a quo* ao julgar improcedente o pedido.

Isso, porque a revogação faz-se, em geral, sem indenização, salvo se em contrário se dispuser, pois a regra é a revogabilidade sem ônus para a Administração.

Saliento que o ato da revogação deve ser idêntico ao do deferimento da permissão e atender às condições nele previstas.

Nesse sentido, menciono que a cláusula quinta do Termo de Permissão de Uso estabeleceu que “as benfeitorias realizadas no imóvel objeto desta permissão, pelo permissionário, serão incorporadas ao

patrimônio do Município”.

Assim, é impossível reconhecer o direito de indenização e o de retenção pelas benfeitorias realizadas.

Ante o exposto, voto no sentido de conhecer o recurso e negar-lhe provimento.

Este é o voto.

Apelação Cível n. 0008388-59.2010.8.24.0045

Relator: Desembargador Ricardo Roesler

APELAÇÃO. RESPONSABILIDADE CIVIL. PLEITO DE CONDENAÇÃO DO ESTADO EM DANOS MORAIS. HOSPITAL QUE, POR EQUÍVOCO CONFESSO, TROCOU OS CORPOS DE FETOS NATIMORTOS. APELANTES QUE, DIANTE DISSO, REALIZARAM O FUNERAL DE CRIANÇA QUE, EM REALIDADE, NÃO ERA SEU FILHO. COMUNICAÇÃO ACERCA DO ERRO APÓS TRÊS MESES DA OCORRÊNCIA DO PARTO. VERDADEIRO FILHO DOS RECORRENTES CUJO CORPO PERMANECIA NO HOSPITAL, AGUARDANDO RECONHECIMENTO. RECORRENTES QUE, NESSE CONTEXTO, TIVERAM QUE REALIZAR OUTRO FUNERAL, DESTA VEZ DE SEU VERDADEIRO FILHO. DANO MORAL INQUESTIONÁVEL. CONDENAÇÃO NA ORIGEM.

RECURSO DE AMBAS AS PARTES. SENTENÇA ATACADA TÃO SOMENTE QUANTO AO VALOR DA CONDENAÇÃO. MAJORAÇÃO DEVIDA, CONSIDERANDO AS CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO CONCRETO. APELO DOS AUTORES PROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 0008388-59.2010.8.24.0045, da comarca de Palhoça 3ª Vara Cível em que são apelantes e apelados Miguel Arcângelo Moreira Branco e outro e Estado de Santa Catarina.

A Quarta Câmara de Direito Público decidiu, por votação unânime, dar provimento ao recurso dos autores. Custas legais.

Participaram do julgamento, realizado nesta data, os Exmos. Srs. Desembargadores Edemar Gruber e Paulo Ricardo Bruschi.

Florianópolis, 17 de novembro de 2016.

Desembargador Ricardo Roesler
Relator e Presidente

RELATÓRIO

Constou do relatório da sentença (fls. 263-264):

“Miguel Arcângelo Moreira Branco e Regina de Fátima Apolinário, propuseram a presente ação de indenização por danos morais e materiais em face de Hospital Regional de São José e Estado de Santa Catarina, alegando, em síntese, que a segunda requerente estava grávida e, no dia 11/01/2010, já na iminência do nascimento do bebê previsto para o dia 15/01/2010 –, percebeu que o feto não tinha mais movimentos, motivo pelo qual procurou o primeiro requerido, momento em que foi internada.

Narram que a morte do feto foi constatada por “maceração fetal, anoxia intraútero, malformações congênitas”, havendo a cirurgia para a retirada do feto em 15/01/2010 e, que, posteriormente, o corpo do natimorto lhes foi entregue em um caixão lacrado, tendo os mesmos procedido ao funeral e, no dia 16/01/2010, o enterro.

Alegam que passados mais de três meses do ocorrido, no dia 19/04/2010, um funcionário do primeiro requerido telefonou e lhes pediu que comparecessem no hospital, ocasião em que foram informados da ocorrência de um engano quando da entrega do feto, ou seja, uma troca, posto que lhes entregaram o corpo de um natimorto do sexo feminino e o corpo de seu filho ainda permanecia no hospital, no formol.

Sendo assim, diante do erro havido por parte dos requeridos e do sofrimento que experimentaram, pleiteiam indenização a título de danos morais e materiais, este no importe de R\$ 850,00 (oitocentos e cinquenta reais), inerentes as despesas realizadas com funeral da criança trocada. Em liminar, pugnam pela exumação do corpo já enterrado a fim de apurar a paternidade, a realização de exame no corpo de seu filho para determinação de *causa mortis* e, após, a liberação do nascituro para o sepultamento com as despesas custeadas pelos requeridos.

Carream documentos (fls. 15/59).

O pedido liminar foi analisado às fls. 60/62 e parcialmente deferido, com determinação de exame pericial no natimorto a fim de averiguar a *causa mortis* do mesmo, quando ocorreu o falecimento e quais as providências

técnicas poderiam ter sido tomadas a fim de resguardar a vida do feto e, ainda, com autorização do sepultamento do natimorto às custas dos requeridos.

O requerido, Estado de Santa Catarina, ofertou contestação às fls. 149/160, arguiu, preliminarmente, a ilegitimidade passiva do réu Hospital de São José. No mérito, sustenta a inexistência de culpa e de negligência do médico e dos profissionais quanto a morte do feto, a qual alega que ocorreu antes da internação. No que tange a troca dos bebês natimortos, reconhece que realmente ocorreu tal equívoco, todavia, assim que verificada a falha, entrou em contato com os pais a fim de regularizar a situação. No mais, teceu comentários acerca dos valores pleiteados a título de indenizações.

Arregimentou documentos (fls. 161/225).

Em apresentação da réplica às fls. 238/244, os autores informaram que com relação aos danos materiais, a questão se encontra solucionada, haja vista que os réus procederam ao pagamento da quantia de R\$ 1.820,00 (mil oitocentos e vinte reais), conforme se extrai dos documentos de fls. 231/234.

Houve acolhimento da preliminar suscitada pelo Estado e, em consequência, a extinção do processo com relação ao réu Hospital Regional de São José, haja vista este ser apenas órgão do Estado, razão pela qual não possui capacidade jurídica para figurar em Juízo (fl. 252).

Intimadas as partes para dizerem as provas que pretendem produzir, os autores arrolaram quatro testemunhas a fim de demonstrar o alegado sofrimento em decorrência do erro havido pelo réu, tendo o Estado deixado de se manifestar (fl. 259).”

Adiante, ao fundamento de verificação do abalo moral suportado em razão da falha da prestação do serviço, o pedido foi julgado procedente, sendo o Estado de Santa Catarina condenado ao pagamento de R\$ 16.950,00 (dezesseis mil novecentos e cinquenta reais) aos autores, a título de indenização por danos morais (fls. 263-267). Após, o Estado de Santa Catarina opôs embargos de declaração (fls. 271-273), estes que foram rejeitados, nos termos da sentença de fls. 275-276.

Irresignados, os autores interpuseram recurso (fls. 280-284), postulando, em resumo, a majoração do valor fixado para a indenização. Contrarrazões às fls. 296-298.

Por sua vez, o Estado de Santa Catarina apelou buscando a diminuição do montante da condenação (fls. 286-291).

Lavrou parecer pela Douta Procuradoria-Geral de Justiça o Exmo. Sr. Dr. André Carvalho, que deixou de manifestar-se acerca do mérito, com fulcro do Ato n. 103/2004/PGJ (fl. 303).

É o relatório.

VOTO

Cuido de apelações cíveis interpostas contra sentença que, ao fundamento de verificação do abalo moral suportado pelos autores, condenou o Estado de Santa Catarina no pagamento de R\$ 16.950,00 (dezesseis mil novecentos e cinquenta reais), a título de indenização por danos morais.

Os autores, em suas razões, postularam a majoração do valor da condenação, ao passo que o Estado de Santa Catarina buscou a respectiva diminuição.

Tenho que o pleito de majoração da indenização merece guarida.

Constou dos autos que a apelante Regina de Fátima Apolinário estava grávida e, em 11/01/2010, dias antes da data programada para o nascimento de seu filho (que seria 15/01/2010), teve a impressão de que o feto, que era do sexo masculino, não mais se movimentava. Em razão disso, os dois apelantes encaminharam-se até o Hospital Regional de São José, administrado pelo Estado de Santa Catarina, oportunidade em que a apelante foi internada.

Realizado o parto, os requerentes foram comunicados que o

feto teria nascido já sem vida, em razão de “maceração fetal, anoxia intrauterina, malformações congênitas” (certidão de natimorto – fl. 54). Posteriormente, como é incontroverso dos autos, o corpo do natimorto foi entregue aos autores/apelantes em um caixão lacrado, tendo sido levado a efeito funeral no dia 16/01/2010.

Ocorreu que, mais de três meses após tais fatos, no dia 19/04/2010, os autores receberam um telefonema de um funcionário do mencionado Hospital pedindo-lhes que lá comparecessem. Os apelantes atenderam ao chamado, sendo que no hospital foram informados que, por um equívoco, lhes foi entregue, no caixão lacrado, outro feto natimorto (que, aliás, era do sexo feminino).

Na mesma ocasião, depois de serem comunicados da troca dos fetos, foi-lhes dito que o corpo da criança nascida (já morta) da apelante ainda estava ali, no hospital, conservado no formol.

Sendo assim, diante do erro havido por parte dos requeridos e do sofrimento que experimentaram, pleiteiam indenização a título de danos morais e materiais, estes referentes às despesas realizadas com funeral da criança que, em verdade, não era filho dos recorrentes.

No curso da demanda, foram reparados integralmente os danos materiais, conforme documentos de fls. 231-232.

Na origem, o pleito de indenização por danos morais foi acolhido, sendo condenado o Estado ao pagamento de R\$ 16.950,00 (dezesesseis mil novecentos e cinquenta reais) aos autores.

Em sede de apelo, as partes discutem, tão somente, o valor fixado a título de indenização, postulando os autores pela majoração, ao passo que o Estado requereu a respectiva redução.

Anoto, por anteparo, que as circunstâncias do falecimento da criança gerada pelos demandantes foram, de fato, questionadas na peça vestibular. Com efeito, os requerentes postularam, inicialmente, “a

determinação para que uma equipe médica, através de um laudo, determine a *causa mortis* do corpo do nascituro, filho do casal, apontando quais as providências poderiam ter sido tomadas para evitar a morte prematura do feto” (fl. 12 – item ‘b’).

Após, nos termos da decisão de fls. 61-62, foi deferida medida liminar para determinar a realização de exame pericial no natimorto a fim de averiguação acerca da *causa mortis*, quando ocorreu o falecimento e quais as providências técnicas poderiam ter sido tomadas a fim de resguardar a vida do feto.

Em cumprimento à decisão, o Estado de Santa Catarina juntou documentos de fls. 166-225 e relatório de fls. 227-230.

Após, intimados, os autores manifestaram-se no sentido de que o abalo moral que imputam ao Estado não está relacionado com o fato de seu filho ter nascido sem vida, mencionando, no ponto, que “toda indignação pelo sofrimento experimentado foi pela troca de bebês, o que os levou a sentimentos de perda ao limite de suas forças” (fl. 240).

Nesse cenário, observo que o fato sustentado pelos autores como causador do abalo psíquico (qual seja, a troca dos fetos) é incontroverso, tendo sido, aliás, confessado pelo Estado réu que, em sede de contestação disse “de fato o Hospital Regional de São José já reconheceu que realmente houve troca dos corpos dos bebês” (fl. 156).

Nesse tocante, anoto que o objeto do apelo do Estado não é a responsabilidade pelo dano ou o dever de indenizar, mas tão somente o valor da condenação (ponto da sentença também atacado pelos autores).

Dito isso, considerando as circunstâncias do caso concreto, tenho que o montante arbitrado em primeiro grau foi, de fato, *aquém* da compensação efetivamente devida aos autores/recorrentes pelo abalo psíquico suportado.

Isso porque, conforme se extrai dos autos, os demandantes, três

meses depois de suportarem todo sofrimento decorrente do enterro de um feto que supunham ser seu filho, foram informados acerca da troca. Em verdade, o corpo da criança por eles gerada (que, da mesma forma, tinha nascido sem vida) permanecia no hospital, imerso em formol, aguardando identificação. Diante disso, o casal foi obrigado a, outra vez, passar pela dor e angústia de enterrar a criança que, desta vez, tratava-se de seu filho.

O abalo moral, em situação, é indiscutível e inquestionável.

Logo, inafastavelmente, restou caracterizada a falha do Estado e, via de consequência, a sua obrigação de indenizar (arts. 186 e 927 do Código Civil).

Resta, então, arbitrar o montante a título de danos morais, adequadamente. Sobre o tema, o que se pergunta, sempre com alguma inquietude, é a dimensão que um litígio dessa envergadura assume, e que resposta deve ser dada pelo Judiciário.

O Direito, lembra *Alain Supiot*, é o repositório de nossas crenças fundamentais (*Homo Juridicus*, Martins Fontes, 2007). É, sem dúvida, o reflexo dos valores defendidos pelo corpo social. A questão primaz, portanto, gira em torno da qualificação dos valores que nos são caros.

Por certo a proteção da tranquilidade espiritual, extensão da preservação da honra (tanto objetiva, quanto subjetiva), insere-se entre os bens, que, em essência, são os objetos de proteção maior da reparação por dano moral. Todavia, reconhecer-se tal fato não é, por si só, suficiente para tornar simples a aferição da indenização em sede de dano moral.

Em regra, o magistrado se vê contornado por elementos de ordem subjetiva, cujo deslinde exige, invariavelmente, a sua percepção pessoal em relação ao litígio. A sentença, portanto, não obstante reste despida de discricionariedade, revela, nesse particular, aquilo que toda obra humana tem em comum: a impressão de seu criador: “Mas o que não

é autobiográfico? Até uma tela... Entre nós, quantos pintores já não se pintaram, pensando que estavam pintando a ponte do riacho?”, indagava-se Mário Quintana (Collete, 1988).

Assim, em seu discurso, o magistrado, ao analisar o dano moral não projeta propriamente o dano suportado pela vítima, mas sim o que ele, sentenciante, percebe como observador. O discurso (a sentença) revela a reação idiossincrática do sentenciante diante do problema posto.

No entanto, tal decisão somente será legítima se o magistrado, em seu mister, valer-se dos elementos objetivos angariados ao longo do processo.

Esses elementos são, em verdade, suas condicionantes de validade; são as balizas pelas quais o sentenciante deve obrigatoriamente transitar, e por onde deve exercer o juízo subjetivo que é próprio desse tipo de demanda.

No caso, já se disse, o sofrimento é inescusável, pois a conduta perpetrada permite que se conclua a agressão íntima causada. E deve-se observar que a indenização por dano moral, além de servir de lenitivo à ofensa causada, deve, também, servir de instrumento punitivo, e coibir a reiteração de tal conduta.

Logo, positivada a existência do dano moral, cumpre arbitrar a satisfação compensatória correspondente. Nesse sentido, saliento não se poder pretender que seja a compensação financeira fonte de vantagem indevida por parte da parte lesada. Com efeito, a par dos critérios da condição econômica do responsável, de seu grau de culpa e da extensão do dano, necessário que o julgador proceda com circunspeção e razoabilidade na estipulação do *quantum* indenizatório (CC, art. 944).

Desse modo, a par das variáveis que orientam o caso concreto, entendo que a indenização por danos morais deve ser majorada para R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais). Mudando o que deve ser mudado, o valor

encontra respaldo na jurisprudência do STJ: AgRg no AREsp 574385/PE, Relator Ministro HUMBERTO MARTINS, j em 17/11/2014; AgRg no AREsp 140217/SP, Relator Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, j em 03/06/2014.

No que toca aos consectários legais, custas e honorários, pontos da sentença não atacados, mantenho os parâmetros estabelecidos em primeiro grau.

Ante o exposto, dou provimento ao recurso dos autores para majorar o valor da indenização por danos morais para R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais).

É como voto.

SEÇÃO CRIMINAL

Revisão Criminal n. 4012895-23.2016.8.24.0000, Tijucas

Relator: Desembargador Getúlio Corrêa

REVISÃO CRIMINAL – CONDENAÇÃO PELOS CRIMES DE TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO (LEI N. 11.343/06, ARTS. 33, *CAPUT*, E 35, *CAPUT*) – TESE DE CONTRARIEDADE À EVIDÊNCIA DOS AUTOS – PEDIDO ADMISSÍVEL, PORÉM IMPROCEDENTE.

A revisão criminal é ação de fundamentação vinculada, cujas hipóteses de cabimento confundem-se com o próprio mérito do pedido. Para sua admissibilidade é suficiente a alegada contrariedade da decisão à evidência dos autos, sendo que a efetiva aferição do suscitado constitui o mérito da pretensão.

ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO – VÍNCULO ESTÁVEL E PERMANENTE DEMONSTRADO NAS DECISÕES QUESTIONADAS – UNIÃO QUE ULTRAPASSA OS LIMITES DA COAUTORIA – INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS POR APROXIMADAMENTE UM MÊS – CAMPANAS POLICIAIS – PRISÃO EM FLAGRANTE – RESCISÃO INVIÁVEL.

Constitui associação para o tráfico, e não coautoria, a reunião de agentes de forma estável e permanente por cerca de dois meses, mediante esquema organizado para a distribuição de droga, com específica divisão de tarefas.

TRÁFICO DE DROGAS – PRETENDIDA APLICAÇÃO DO REDUTOR ESPECÍFICO – INVIABILIDADE – DEDICAÇÃO À ATIVIDADE CRIMINOSA – CONFORMIDADE À ROBUSTA PROVA DOS AUTOS.

“Não se aplica a causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 aos condenados pelo crime de associação para o tráfico, visto que tal fato evidencia a dedicação à atividade criminosa. Precedentes” (STJ, Min. Reynaldo Soares da Fonseca).

IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO REVISIONAL.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Revisão Criminal n. 4012895-23.2016.8.24.0000, da comarca de Tijucas Vara Criminal em que é Requerente: Rafael Booz.

A Seção Criminal decidiu, por votação unânime, conhecer e indeferir o pedido revisional. Custas legais.

Participaram do julgamento, realizado nesta data, os Excelentíssimos Senhores Desembargadores Ernani Guetten de Almeida, Leopoldo Augusto Brüggemann, Vera Lúcia Ferreira Copetti, Rui Fortes (Presidente), Salete Silva Sommariva, Moacyr de Moraes Lima Filho, Jorge Schaefer Martins, Roberto Lucas Pacheco, José Inacio Schaefer, Paulo Roberto Sartorato, Rodrigo Collaço e Sérgio Rizelo.

Funcionou como representante do Ministério Público o Excelentíssimo Procurador de Justiça Norival Acácio Engel.

Florianópolis, 14 de dezembro de 2016.

Desembargador Getúlio Corrêa
Relator

RELATÓRIO

Trata-se de revisão criminal ajuizada por Rafael Booz contra sentença condenatória transitada em julgado nos autos da Ação Penal n. 072-11.003757-1, da Comarca de Tijucas.

O ora revisionando foi denunciado, juntamente com outra pessoa, pela prática dos crimes de tráfico ilícito de drogas e associação para o tráfico (Lei n. 11.343/06, arts. 33, *caput*, e 35, *caput*), em razão dos fatos assim narrados na inicial acusatória:

“De acordo com o apurado auto de prisão em flagrante que instrui a presente denúncia, os denunciados MARCOS JOSÉ SERPA DE

OLIVEIRA e MARCOS BOOZ, em data a ser apurada no curso da instrução criminal, associaram-se, de forma estável e permanente, com o fim de praticar, em concurso de esforços e divisão de tarefas, o crime de tráfico ilícito de drogas, na modalidade prevista no *caput* do art. 33 da Lei n. 11.343/06.

Ao que se pode apurar até o momento, a associação criminosa estabelecida pelos denunciados funcionava da seguinte forma: o denunciado Marcos José Serpa de Oliveira seria o responsável pela aquisição e venda de entorpecente, enquanto a Rafael Booz incumbia o depósito e guarda da droga em sua residência.

Nesse contexto, já de posse de mandados de busca e apreensão expedidos pelo juízo de direitos desta comarca e dando continuidade ao monitoramento da movimentação dos denunciados que já vinha sendo realizada há algum tempo, no dia 31 de agosto de 2011, por volta das 17h, policiais federais, em campanha na área de residência do denunciado Rafael Booz – localizada na Rua Rudy Bayer, 135, Centro desta cidade, presenciaram a chegada do denunciado Marcos José Serpa de Oliveira a bordo do veículo Ford/Ecosport de placas MJZ8700, na residência do denunciado Rafael.

Passados aproximadamente 10 min, o denunciado Marcos José Serpa de Oliveira deixou o interior da residência de Rafael levando consigo um pacote, sendo abordado pelos policiais, já no interior do veículo Ford/Ecosport, quando deixava o local, oportunidade em que foi surpreendido no exato momento em que trazia consigo, em cima do banco do carona, a embalagem com a qual foi visto sair da residência do denunciado Rafael, no interior da qual havia um tablete, envolto em plástico transparente, pesando aproximadamente 1 kg (um quilograma) de uma substância que, periciada, revelou ser a droga cocaína (auto de apreensão de fls. 10/11 e laudo pericial de fls. 47/51).

Em seguida, certos de que no interior da residência do denunciado Rafael Booz poderia haver mais drogas, os policiais deram cumprimento ao mandado de busca e apreensão da residência de Rafael, que lá se encontrava, oportunidade em que encontraram, em uma despensa, mais dois tabletes de cocaína, pesando no total, aproximadamente, 2.025

kg (dois quilos e vinte e cinco gramas), além de outras duas trouxinhas pesando o total de 150 g (cento e cinquenta gramas) da mesma droga (conforme autos de apreensão de fls. 10/11 e laudos de fls. 16 e 47/51).

Diante da apreensão das drogas, de imediato a equipe policial se dirigiu à residência do denunciado Marcos José Serpa de Oliveira, situada na Rua Pelicano, 90, Bairro Praça, nesta cidade, onde cumpriu a ordem de busca e apreensão, apreenderam uma agenda e três folhas soltas contendo anotações que indica, tratar-se de contabilidade do tráfico, além de R\$ 4.500,00 (quatro mil e quinhentos reais) em espécie, que, igualmente a outros R\$ 700,00 (setecentos reais) apreendidos em poder de Marcos José, são certamente produtos do tráfico” (fls. 69-72).

Instruído o processo criminal, o Magistrado Rodrigo Coelho Rodrigues condenou o revisionando à pena de 9 anos, 7 meses e 6 dias de reclusão, a ser cumprida inicialmente no regime fechado, e ao pagamento de 1.440 dias-multa, no mínimo legal, por infração aos arts. 33, *caput*, e 35, *caput*, da Lei n. 11.343/06 (fls. 529-540).

A defesa apelou, requerendo a absolvição pelo crime de associação para o tráfico e a aplicação do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06 no patamar máximo.

Em 23.04.2013, a Primeira Câmara Criminal, composta pelos Desembargadores Marli Mosimann Vargas (relatora), Paulo Roberto Sartorato e Newton Varella Júnior, conheceu do recurso do ora revisionando e negou-lhe provimento (autos n. 2012.057320-1) (fls. 691-706).

O recurso especial interposto (fls. 711-720) não foi admitido pela 2ª Vice-Presidência desta Corte (fls. 730-731). O agravo manejado contra a decisão (fls. 733-739) foi conhecido para negar seguimento ao recurso especial (fls. 760-765). Interposto agravo regimental (fls. 803-806), o recurso foi improvido (fls. 809-816).

O recurso extraordinário (fls. 824-835) não foi admitido pelo

Vice-Presidente do STJ (fl. 849). Ao agravo regimental (fls. 853-857) foi negado seguimento monocraticamente (fls. 878-880), confirmado pela Segunda Turma (fls. 894-890).

Trânsito em julgado em 25.09.2014 (fl. 904).

O postulante formulou o pedido revisional com fundamento no art. 621, I, do CPP (fls. 01-11). Sustentou não haver provas da associação para o tráfico, mas tão somente da guarda de entorpecente, o que fez a pedido do corrêu. Argumentou que não existem provas da união estável, habitual e rotineira, pois não há “*nada além da simples coautoria*”. Também afirmou fazer jus ao redutor previsto no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06 em seu patamar máximo e, com isso, à fixação do regime aberto e à substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos. Por fim, requereu, liminarmente, a suspensão dos decretos prisionais até o julgamento da presente revisão criminal.

Indeferida a liminar (fls. 910-913), a Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer da lavra do Procurador de Justiça Raul Schaefer Filho, manifestou-se pelo não conhecimento do pedido (fls. 918-921).

VOTO

1. O voto, adianto, é pelo conhecimento e indeferimento do pedido.
2. Pretende o requerente a revisão de sua condenação, nos termos do art. 621, II, segunda parte, do CPP, ao argumento de que: **a)** não há provas da associação criminosa, pois houve apenas coautoria; **b)** é devida a aplicação do redutor de pena previsto no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06.

Em que pese o respeitável posicionamento do Procurador de Justiça Raul Schaefer Filho, que opinou pelo não conhecimento da ação revisional, entendo ser o caso de admiti-la.

A revisão criminal é medida excepcional, somente cabível quando a sentença for contrária a texto expresso de lei penal ou à evidência dos autos (inciso I); fundar-se em depoimentos, exames ou documentos comprovadamente falsos (inciso II); ou, após a sentença, descobrirem-se novas provas de inocência do condenado ou de circunstância que determine ou autorize diminuição especial de pena (inciso III).

Trata-se, pois, de ação de fundamentação vinculada, cujas hipóteses de cabimento confundem-se com o próprio mérito do pedido. Diante disso, é suficiente, para sua admissibilidade, a **alegada** contrariedade da decisão à evidência dos autos, como é o caso deste feito. A efetiva aferição do suscitado constitui o mérito da ação desconstitutiva e, como tal, pressupõe seu conhecimento. A respeito do tema colho o ensinamento de Paulo Rangel:

“As hipóteses previstas no artigo mencionado constituem o mérito da ação revisional, pois, se não estiver presente a hipótese alegada, o pedido deverá ser julgado improcedente. Trata-se de extinção do processo com julgamento do mérito” (Direito processual penal. Atlas. 22. ed. São Paulo, 2014, p. 1.095).

Na petição inicial o autor alegou que a condenação pelo crime do art. 35, *caput*, da Lei n. 11.343/06 opôs-se os elementos dos autos, que, segundo ele, evidenciam apenas a coautoria. Disse que a mesma contrariedade ocorreu em relação à minorante do § 4º do art. 33 da referida lei. Logo, o pedido é cabível, na forma do art. 621, I, do CPP.

3. De toda feita, deve-se ter em mente que a revisão criminal não se presta a ação a servir como uma nova apelação, sob pena de ofensa à coisa julgada material (CF, art. 5º, XXXVI). Acerca do tema lecionam Eugênio Pacelli e Douglas Fischer:

“Questão probatória: Quando a sentença for manifestamente contrária às provas existentes nos autos. Uma advertência bastante importante merece reiteração neste momento. O que fundamenta a ação revisional

*nessa hipótese é uma rediscussão probatória desde que as conclusões a que chegou a decisão transitada em julgado opõem-se, de forma manifesta e cristalina, às provas existentes nos autos. É dizer: **não cabe a revisão criminal com a finalidade simplesmente de reanalisar o conjunto probatório.** A revisão criminal não se confunde com a apelação, em que os limites de cognição são bem mais amplos. Aqui só há de se admitir o desfazimento do julgado criminal se houver certeza aferível de plano (sem revolvimento de eventual dissonância probatória) de que se apresenta em descompasso o que provado e o que decidido” (Comentários ao Código de Processo Penal e sua jurisprudência. Atlas. 7. ed. São Paulo, 2015, p. 1.316 – destaquei).*

3.1. Do detido exame dos autos, verifico que a prova neles contida foi profundamente analisada na sentença e no acórdão substitutivo. A tese da defesa do requerente foi abordada com propriedade e, diante do conjunto probatório, afastada. A propósito, reproduzo trechos das decisões:

“Assim, tenho que restou devidamente configurado o delito previsto no art. 35 da Lei n.º 11.343/2006, vez que nítido o caráter duradouro, permanente e estável da associação existente entre Marcos e Rafael, tanto que está claro nos autos a função de cada um, individuada de forma bastante precisa. **Isso se percebe não somente das interceptações telefônicas, mas também dos depoimentos testemunhais e da apreensão dos entorpecentes com ambos os increpados. Ademais, denota-se, como já narrado, que havia verdadeira convergência de vontades dos citados para desenvolver em conjunto o tráfico de drogas, havendo verdadeira distribuição de funções para que a mercancia acontecesse da forma mais eficaz.** Desta feita, também com relação ao crime de associação para o tráfico, a materialidade e autoria são manifestas, merecendo os réus responderem penalmente pela associação” (sentença à fl. 533 – sem grifos no original).

“O pedido de absolvição dos apelantes, baseados em insuficiência probatória, não comporta acolhimento, nota-se:

Colhe-se dos autos que **a polícia federal recebeu denúncias de que**

os apelantes estavam traficando e foram fazer campana na casa do apelante Marcos e na casa do apelante Rafael.

A polícia viu quando o apelante Marcos chegou na casa do apelante Rafael e ficou durante 10 (dez) minutos, e quando saiu carregava um pacote na mão, quando aquele foi dar a partida no carro os policiais realizaram a abordagem.

Quando da abordagem, verificaram no banco do carro uma sacola plástica contendo um tablete de *crack* pesando aproximadamente 1 kg (um quilograma), o qual foi apreendido.

Em seguida, os policiais entraram na residência do apelante Rafael, que lá se encontrava, oportunidade em que encontraram, em uma despensa, mais dois tabletes de cocaína, pesando no total, aproximadamente, 2.025 kg (dois quilos e vinte e cinco gramas), além de outras duas trouxinhas de *crack* pesando o total de 150 g (cento e cinquenta gramas).

Diante da apreensão das drogas, os policiais se dirigiram à residência do apelante Marcos, cumprindo a ordem de busca e apreensão, apreenderam uma agenda e três folhas soltas contendo anotações que indica, tratar-se de contabilidade do tráfico, além de R\$ 4.500,00 (quatro mil e quinhentos reais) em espécie, que, igualmente a outros R\$ 700,00 (setecentos reais) apreendidos em poder do apelante Marcos.

Vê-se que **os apelante foram presos em flagrantes e a quantidade de drogas totalizou-se em 3.175 kg (três quilos e cento e setenta e cinco gramas) de *crack*.**

Diante do exposto no tópico anterior, inegável o cometimento do crime de associação para o tráfico (art. 35 da Lei n. 11.343/2006), pois restou evidente pelas provas colacionadas que os apelantes Rafael e Marcos atuavam em comunhão de esforços, de forma estável e permanente, com o propósito de praticar o crime de tráfico de drogas.

A materialidade delitativa imputada aos apelantes está demonstrada pelo termo de apreensão (fls. 10-12 e fls. 33-43), laudo pericial (fls. 47-51), relatório de investigação (fls. 389-354), no qual constam inúmeras conversas interceptadas.

A autoria delitiva está demonstrada nos autos pelos depoimentos do policiais federais que participaram da investigações e das diligências, além das demais provas colacionadas nos autos.

Vê-se que os policiais durante as interceptações telefônicas escutaram que o apelante Marcos adquiriu droga em Itajaí e que o entorpecente encontrava-se na residência do apelante Rafael, para então distribuir a droga a partir da cidade de Itajaí.

Nesse sentido, colhe-se da sentença condenatória (fls. 433-434), a qual o magistrado singular transcreveu um trecho das interceptações telefônicas (fls. 334-336) em que os apelantes em conversas confirmam, em mais de um dia, a entrega das drogas. Nota-se:

Marcos: o nego se eu trazer um dinheiro hoje tu guarda pra mim...; Rafael: com certeza; Marcos: o nego, 4 trinca, entendeu...; Rafael: engaiola bem pra não fugir e manda. Ainda, no mesmo dia, porém à noite, outro diálogo que merece ser transcrito: Rafael: fala Mori [Marcos]; Mori: daí nego; Rafael: beleza; Mori: tá em casa-; Rafael: tô deitado já; Mori: tá deitado-; Rafael: tô deitado já; Mori: e a dona Maria [esposa de rafael] tá aí-; Rafael: dona Maria tá... já tá chegando aqui agora; Mori: ah tá. Então, pô. Eu tinha que entregar aquele negócio [droga] lá pra ti cara...; Rafael: amanhã de manhã é ruim-; Mori: a é né. Pera aí, pera aí... pera aí, pera aí, nego, oi nego. Rafael: fala; Mori: pô tava no (inaudível), perdi até a moeda. Cara, pô. Eu tinha que guardar esse dinheiro [droga] agora, cara; Rafael: é; Mori: claro porra. passei o dia inteiro...; Rafael: tá aqui em Tijucas já-; Mori: tô, tô chegando aqui já. Já passei... passei o pedágio; Rafael: mas tá dentro, dentro do quê-; Mori: de uma, de uma bolsinha certinha, não tem. Bolsinha térmica; Rafael: é. Tá, então traz, traz, traz na corrida que ela [esposa de Rafael] já deve tá chegando daqui um pouquinho, já; Mori: tá, valeu, valeu; Rafael: falou, valeu.

Além disso, as escutas telefônicas também demonstram que a venda de drogas era intensa para usuários das regiões de Tijucas, Blumenau e Gaspar.

A operação policial chamada “Gato Preto” identificou que o elemento “Gazela” fazia carregamento de drogas de fornecedores estrangeiros e repassava também ao apelante Marcos.

Outros diálogos foram gravados e os resumos constam no relatório que os policiais apresentaram às fls. 289-354, o qual consta todo o histórico da investigação e das escutas telefônicas.

Ademais, os policiais federais às fls. 325 a 329 fotografaram o apelante Marcos entregando droga para dois elementos e para não atrapalhar as investigações chamaram a polícia militar e esta prendeu os dois elementos, sendo que estes estavam com 500 g (quinhentos gramas) de droga.

Verifica-se, ainda, que os apelantes comunicavam-se por meio de SMS e o fato transcrito acima foi relatado pelo apelante Marcos ao apelante Rafael.

Extrai-se das declarações do policial federal Sérgio Luiz Wayhs prestadas em juízo (CD de fl. 278):

[...] quando Marcos entrou na residência de Rafael não portava este pacote; que então entraram na casa de Rafael e o inquiriram acerca da droga contando que haviam apreendido drogas com Maços e ele os levou prontamente para um quarto que era usado como despensa onde foi encontrado mais dois tabletes da mesma droga e em seguida estava pendurada outra sacola plástica com mais dois tabletes [...].

Aliás, na fase judicial, os policiais federais Sérgio, Rafael e Marcos, que participaram da operação que culminou na prisão dos apelantes, confirmaram a versão acusatória e acrescentaram que **o monitoramento dos apelantes já vinha sendo feita há dois meses e que o apelante Marcos conseguiu a droga e levava na casa do apelante Rafael e depois dali revendiam e já havia ocorrendo antes dos fatos narrados na denúncia, sendo que tinham frequente contato e que o apelante Marcos sempre pedia para “separar alguma coisa”** (CD de fl. 278).

Tem-se desta maneira que a tese defensiva não merece prosperar, posto que a habitualidade, a organização e a comunhão de vontades ficaram demonstradas” (fls. 697-700 – meus destaques).

Conforme se observa, sobretudo nos breves trechos destacados, não há manifesta contrariedade da decisão à prova dos autos a permitir

a desconstituição da coisa julgada. Muito pelo contrário, há provas contundentes, mormente decorrentes da interceptação telefônica, de que Marcos e Rafael uniram-se com o propósito de realizar o tráfico de drogas.

De acordo com o relatório de investigação criminal de fls. 370-435, que foi citado nas decisões questionadas, é possível concluir que Marcos era responsável pela aquisição do entorpecente e Rafael pelo armazenamento. É interessante colacionar alguns trechos a respeito do esquema travado por eles:

“No começo do mês de agosto (2011) começou a ficar claro que ‘More’ não guardava as substâncias ilícitas por ele comercializadas em sua residência, possuindo para tanto um associado no tráfico, o qual se utilizava do prefixo 48-9617.7789.

SMS de Marcos a Rafael: **O nego tem como tu pegar 2 dessa dai e deixa na mao** (27.07.2011, às 20h17).

SMS de Marcos a Rafael: Dai nego tem como eu deixar um dinheiro com vc.. Entendeu (07.08.2011, às 19h).

Aprofundando-se os trabalhos em relação a tal pessoa, restou evidente que se tratava de Rafael Booz, apelidos ‘Fá’ ou ‘Cantor’ [...]. Quase sempre que precisava fazer entregas de drogas aos clientes, More **telefonava ou mandava SMS para ‘Fá’**, utilizando as expressões ‘separa duas de 100 reais’, ‘separa 200 reais’, etc. Nesta senda os áudios e mensagens abaixo:

Ligação de Marcos a Rafael, em 12.08.2011, às 16h48:

Marcos: Tás onde?

Rafael: Tô em casa.

Marcos: Ah tá, eu vou pegar aquele 100 pila [droga] aí, firmeza

Rafael: Vem cá, vem cá, chega aí.

[...]

No dia 17/08/2011, Marcos 'More' recebeu ligação de um cliente chamado Edson, provavelmente da cidade de Gaspar/SC, querendo pegar quantidade de droga com ele e dizendo que estava no posto. 'More' achou ruim atender ao pedido de seu cliente naquele momento, pois estava em Itajaí, mas mesmo assim fez contato com Rafael Booz para que ele fizesse a entrega. No entanto, 'Fá' avisa que está numa pizzaria em Itapema com a esposa e por isso vai ficar difícil.

[...]

'More' então explica a situação ao cliente e pede para Edson vir no dia seguinte [...] trazer-lhe dinheiro e pegar a droga. [...] Já no dia seguinte, após novos contatos com Marcos 'More', Edson e outro rapaz (também Edson) estavam se deslocando de motocicleta até a cidade de Tijucas, mas na altura do posto 'Parada dos Amigos', na BR-101 em Balneário Camboriú, um dos pneus da moto furou e pararam naquele local para o conserto. Na impossibilidade de chegar no horário combinado, avisaram 'More' do acontecido. **Aí ele fez contato com seu 'mocó' (Rafael Booz) para separar a droga.** Após, o próprio 'More' veio [...] ao encontro dos rapazes para fazer a entrega.

[...]

Dentro das vestes daquele que entrou no veículo de 'More' foi encontrado um saco plástico contendo aproximadamente 300 gramas de *crack*, o que determinou a autuação em flagrante dos dois rapazes.

[...]

Ainda, na mesma noite Marcos 'More' manda SMS para Rafael Booz contando que 'tomou mais um prejuízo', que o menino que 'veio buscar aquelas 300 caiu em Balneário (em 18.08.2011, às 21h10).

Mesmo com a prisão de seu cliente, Marcos 'More' continuou traficando normalmente, contando para tanto com o auxílio de Rafael Booz. [...] Notou-se que **'More', quando ia pegar drogas na casa de 'Fá', tomava cuidado de ligar para ele antes e certificar-se de que estava sozinho, pois a mulher dele não sabia que a residência era usada para o tráfico.**

[...]

À noite, quando estava voltando para Tijucas na posse da droga, 'More' avisou Rafael Booz que já havia passado o pedágio e que – a droga – estava dentro de uma bolsa térmica ('04 trinca'). 'Fá' manda ele ir rápido pois 'ela já deve estar chegando' (sua esposa).

No dia seguinte, 'More' então começa a distribuir a droga e por SMS inicialmente manda Rafael separar '1 (kg) daquela da bolsa, agora' (destaquei).

Esse breve fragmento do relatório das conversas interceptadas já indica que a união entre o revisionando e o codenunciado não se trata de mera coautoria, como alegado, porque ficou evidenciado que eles atuavam de forma estável e permanente. Além de terem um esquema organizado para a distribuição da substância ilícita, com específica divisão de tarefas, a interceptação telefônica captou mensagens e ligações relacionadas ao comércio ilícito durante o período de 27.07.2011 a 31.08.2011, ou seja, durante mais de um mês. Além disso, os agentes policiais declararam que a investigação persistiu por quase dois meses, período durante o qual efetuaram campanhas, inclusive a que culminou na prisão em flagrante dos denunciados.

Esta Corte já deliberou acerca das provas capazes de indicar a estabilidade e a permanência do ânimo associativo, conforme os seguintes julgados:

“APELAÇÃO CRIMINAL – TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES, ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO (LEI N. 11.343/06, ARTS. 33 E 35) E RECEPÇÃO (CP, ART. 180, CAPUT) – ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO – ESTABILIDADE E PERMANÊNCIA COMPROVADAS – CAMPANAS POLICIAIS E INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS – CONDENAÇÕES MANTIDAS[...]” (ACrim n. 0001513-53.2014.8.24.0071, Segunda Câmara Criminal, Des. Salete Silva Sommariva, j. 19.04.2016 – grifei).

“CRIME DE ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO DE DROGAS.

MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS. VASTO CONJUNTO PROBATÓRIO. DEPOIMENTOS UNÍSSONOS DOS POLICIAIS. ESCUTAS TELEFÔNICAS QUE DÃO A CERTEZA DA PRÁTICA DO CRIME DE TRÁFICO POR PARTE DOS RÉUS, DE FORMA CONSTANTE. ANIMUS ASSOCIATIVO PLENAMENTE DEMONSTRADO. CLARA DIVISÃO DE TAREFAS E ASSOCIAÇÃO ESTÁVEL E PERMANENTE COM O FITO DE MANUTENÇÃO DO COMÉRCIO PROSCRITO. CONDENAÇÕES MANTIDAS.

A descrição do modus operandi dos réus pode ser facilmente extraída dos depoimentos dos policiais e das interceptações telefônicas, ficando comprovada a divisão de tarefas de gerenciamento e venda das drogas. No caso, por evidente, não se trata de mera coautoria entre os réus na prática de um crime, mas sim da constituição de clara societatis sceleris com o fito de perpetrar o tráfico de drogas, estando definidas as funções distintas dos réus. Logo, a associação criminosa era estável e permanente, visando o comércio proscrito, o que não deixa sombra de dúvida sobre a existência do crime do artigo 35 da lei n. 11.343/06. [...]” (TJSC, ACrim n. 0001520-60.2014.8.24.0163, Quarta Câmara Criminal, Des. Jorge Schaefer Martins, j. 07.07.2016).

Percebo, neste caso, que as provas revelam que a reunião dos agentes não foi eventual nem esporádica. Logo, as decisões não são contrárias às evidências dos autos a permitir a rescisão dos julgados.

3.2. É impossível a pretendida aplicação da causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06. Isso porque a condenação pela infração penal do art. 35, *caput*, da Lei de Drogas é impeditivo para o reconhecimento do referido redutor, já que indica a dedicação do agente à atividade criminosa do tráfico. A propósito:

“Esta Corte consolidou o entendimento de que não se aplica a causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 aos condenados pelo crime de associação para o tráfico, visto que tal fato evidencia a dedicação à atividade criminosa. Precedentes” (STJ, HC n. 369892, Min. Reynaldo Soares da Fonseca, j. 06.10.2016).

Logo, o pedido é improcedente.

4. A pena-base do revisionando foi exasperada em 1/5 em razão da quantidade e natureza da droga (total apreendido: 3.175 kg de *crack*), totalizando 6 anos de reclusão e 600 dias-multa para o crime de tráfico e 3 anos, 7 meses e 6 dias de reclusão e 840 dias-multa para o de associação para o tráfico.

Embora não seja objeto da ação, apenas esclareço inexistir *bis in idem* na utilização do mesmo fundamento para majorar a pena dos crimes dos arts. 33 e 35 da Lei n. 11.343/06. A propósito:

“PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. FALTA DE CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. ASSOCIAÇÃO CRIMINOSA. [...] BIS IN IDEM. NÃO OCORRÊNCIA. REFORMATIO IN PEJUS. AUSÊNCIA. FUNDAMENTAÇÃO. NATUREZA E QUANTIDADE DA DROGA. [...]”

Ao majorar a pena-base em 1/3 acima do piso mínimo para ambos os delitos, o julgador local considerou o art. 42 da Lei n. 11.343/2006, em relação à natureza e quantidade da substância entorpecente (1,792 kg de cocaína em pó e 4,023 kg de cocaína na forma de um tijolo). Não há falar em bis in idem na dosimetria, na hipótese dos autos, pois os fundamentos foram utilizados para a condenação de crimes diversos, tráfico e associação para o tráfico” (HC n. 331675, Min. Sebastião Reis Júnior, j. 28.06.2016 – grifei).

As reprimendas não sofreram modificações nas etapas seguintes e, reconhecido o concurso material, a sanção final é de **9 anos, 7 meses e 6 dias de reclusão e 1.440 dias-multa**, estes no mínimo legal.

Inalterada a sanção privativa de liberdade, o regime deve ser mantido no fechado, nos termos do art. 33, § 2º, a, do CP. Igualmente não há falar em substituição da pena por restritivas de direitos, em razão do óbice previsto no art. 44, I, do CP.

5. Ante o exposto, voto pelo conhecimento e indeferimento do pedido revisional.

Revisão Criminal n. 4002488-55.2016.8.24.0000, de Palhoça

Relatora: Desa. Salete Silva Sommariva

REVISÃO CRIMINAL – HOMICÍDIO QUALIFICADO (CP, ART. 121, § 2º, IV) E OCULTAÇÃO DE CADÁVER (CP, ART. 211) – DOSIMETRIA – PENA-BASE ESTABELECIDACIMA DO MÍNIMO LEGAL – PRETENSO AFASTAMENTO DOS ASPECTOS REFERENTES À CONDUTA SOCIAL E AOS MOTIVOS DOS CRIMES – INVIABILIDADE – FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA – REEDUCANDO COM HISTÓRICO VIOLENTO NO ÂMBITO FAMILIAR E MOVIDO POR CIÚME QUANDO DO INTENTO CRIMINOSO – PEDIDO INDEFERIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Revisão Criminal n. 4002488-55.2016.8.24.0000, da comarca de Palhoça (1ª Vara Criminal) em que é Requerente: Carlos Alexandre Peron:

A Seção Criminal decidiu, por unanimidade, indeferir o pedido revisional. Custas legais.

Participaram do julgamento, realizado em 14 de dezembro de 2016, os Exmos. Srs. Des. Rui Fortes (Presidente), Moacyr de Moraes Lima Filho, Jorge Schaefer Martins, Roberto Lucas Pacheco, José Inácio Schaefer, Paulo Roberto Sartorato, Rodrigo Collaço, Sérgio Rizelo, Getúlio Corrêa, Ernani Guetten de Almeida, Leopoldo Augusto Brüggemann e Vera Lúcia Ferreira Copetti.

Florianópolis, 15 de dezembro de 2016.

Salete Silva Sommariva
RELATORA

RELATÓRIO

Na comarca de Palhoça, o reeducando Carlos Alexandre Peron,

submetido ao Tribunal do Júri, restou condenado nos autos n. 0007464-77.2012.8.24.0045, à pena de 22 (vinte e dois) anos e 2 (dois) meses de reclusão, a ser cumprida inicialmente em regime fechado, além do pagamento de 12 (doze) dias-multa, cada qual em seu valor mínimo legal, pela prática dos crimes de homicídio qualificado (reprimenda fixada em 20 anos) e ocultação de cadáver (sanção estabelecida em 2 anos e 2 meses), tipificados no art. 121, § 2º, inciso IV e art. 211, ambos do Código Penal (p. 13/16).

Referida sentença condenatória, transitada em julgado em 22-1-2015 (p. 721), não foi objeto de recurso.

Busca a presente revisão criminal, em síntese, a readequação da reprimenda estabelecida em face de supostamente ter sido aplicada de maneira excessiva e injusta, mormente no que se refere à utilização dos aspectos referentes à conduta social e aos motivos dos delitos, uma vez que inexistem parâmetros para suas qualificações negativas. Aduz, ainda, como reforço argumentativo, que a conduta social somente é aferida mediante provas da participação do reeducando em sua comunidade, o que não fora comprovado, aliado ao fato de que os motivos que o levaram à prática do homicídio já restaram sopesados quando do reconhecimento da qualificadora prevista no art. 121, § 2º, II, do Código Penal (p. 1/9).

A Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer de lavra do Dr. Francisco Bissoli Filho (p. 828/832), manifestou-se pelo indeferimento do pedido.

VOTO

As razões da presente revisão criminal objetivam exclusivamente a redução da pena imposta a Carlos Alexandre Peron.

É cediço que, em se tratando de revisão criminal, o reexame do cálculo de pena por decisão já transitada em julgado somente se opera quando se tratar de erro técnico ou manifesta injustiça.

A propósito, já decidiu a corte catarinense:

REVISÃO CRIMINAL. [...] PRETENDIDA A REFORMA DA DOSIMETRIA. MEDIDA EXCEPCIONAL EM SEDE DE REVISÃO. [...]. DECISÃO ESCORADA EM PLAUSÍVEL INTERPRETAÇÃO DA LEI PENAL. NÃO CABIMENTO DO PLEITO REVISIONAL. PEDIDO INDEFERIDO.

A reforma do cálculo de pena em sede de revisão criminal apresenta-se como medida absolutamente excepcional, somente sendo cabível “quando comprovado o erro técnico ou a ocorrência de injustiça explícita do julgado, circunstâncias que caracterizam a violação do texto e/ou a vontade da lei”. (Revisão Criminal n. 2012.039402-1, de Caçador, Rel. Des. Torres Marques, j. em 29/08/2012). [...] (Revisão Criminal n. 0135324-94.2015.8.24.0000, da Capital, rel. Des. Paulo Roberto Sartorato, j. em 16-3-2016).

No mesmo sentido:

REVISÃO CRIMINAL. [...] ERRO TÉCNICO NA APLICAÇÃO DA PENA. CABIMENTO EXCEPCIONAL.

[...] 2 “As hipóteses que admitem a propositura da revisão criminal estão expressamente previstas nos incisos do artigo 621 do Código de Processo Penal, entre as quais não se prevê a possibilidade de reavaliação da dosimetria da pena, porém a jurisprudência passou a admitir excepcionalmente o seu cabimento também quando ocorrer erro técnico ou explícita injustiça da decisão”. (Revisão Criminal n. 2012.014844-8, de Xanxerê, rel. Des. Jorge Schaefer Martins, j. em 27.6.2012). [...]. PEDIDO REVISIONAL PROCEDENTE. (Revisão Criminal n. 0116319-86.2015.8.24.0000, de Balneário Camboriú, rel. Des. Carlos Alberto Civinski, j. em 15-2-2016).

Assentada referida consideração, infere-se que o togado singular, atendendo à decisão proferida pelo Conselho de Sentença, ao fixar as penas do estágio primitivo do cálculo relacionadas aos crimes de homicídio qualificado e ocultação de cadáver um pouco acima do mínimo legal (em 15 anos de reclusão e 2 anos e 2 meses, respectivamente), entendeu pela

presença desfavorável de duas circunstâncias judiciais (conduta social e motivos dos crimes).

Para uma melhor compreensão, extrai-se da referida decisão *a quo* (p. 13/16):

[...] 1. Da análise do artigo 59 do Código Penal:

a) Culpabilidade: restou altamente reprovável, pois tinha o acusado plena capacidade de entender o caráter ilícito dos fatos, com liberdade de escolha quanto ao seu proceder; b) Antecedentes: não os registra de forma relevante para o aumento da pena-base, c) Conduta social: deturpada, tendo em vista ser agressivo com sua companheira, já tendo agredido-a fisicamente, inclusive enquanto grávida, fazendo também uso nocivo de substâncias entorpecentes crack conforme afirmou em seu interrogatório na data de hoje, o que o torna ainda mais violento, tendo se evadido do distrito da culpa no curso das investigações, o que demonstra ausência de responsabilidade social e criminal, sendo suficiente para aumentar a sua pena-base em dois anos para o crime de homicídio e dois meses para aquele de ocultação de cadáver; d) Personalidade do agente: desvirtuada pelas próprias prática ilícitas; e) Motivos do crime: não se conformou com o fato de a vítima, pessoa reconhecidamente bondosa, estar auxiliando sua ex-companheira e filho em todos os itens de subsistência, notadamente casa e alimentação, o que lhe gerou ciúmes, já que só sabia agredir e fazer ameaças a Olivia Priscila, sendo causa suficiente para aumentar a pena-base do crime de homicídio exclusivamente em um ano; f) Circunstâncias do crime: normais à espécie; g) Consequências do crime: normais à espécie; g) Comportamento da vítima: não contribuiu direta e determinante para a prática dos graves crimes.

Assim sendo, fixo as penas-bases: a) em 15 anos de reclusão para o crime de homicídio; b) em 02 anos e 02 meses de reclusão e 12 dias-multas, esta fixada em 1/30 do salário mínimo vigente à época dos fatos para aquele de ocultação de cadáver.

2. Das agravantes e atenuantes:

Não há agravantes ou atenuantes a serem consideradas.

3. Das causas de aumento e diminuição da pena:

Para o crime de homicídio, existe causa de aumento de pena prevista no § 4º do artigo 121 do Código Penal, que a aumenta em 1/3 (um terço).

Para o crime de ocultação de cadáver não há causa de aumento de pena; para ambos os crimes, não existem causas de diminuição.

Portanto, restam as penas fixadas em: a) 20 anos de reclusão para o crime de homicídio; b) 02 anos e 02 meses de reclusão e 12 dias-multa, esta fixada em 1/30 do salário mínimo vigente à época dos fatos para aquele de ocultação de cadáver. [...]. (grifou-se).

Conforme consta da decisão prolatada pelo juiz singular, com base nos quesitos apreciados pelos jurados (p. 705/707), reputou-se desvantajosos ao reeducando os fatores referentes à conduta social e os motivos dos delitos, tendo como justificativa o histórico de violência contra sua ex-companheira, seu sucesso em escapar do distrito da culpa no decorrer do procedimento investigativo e o uso indiscriminado de substâncias tóxicas (conduta social desvirtuada), bem como a motivação criminosa calcada em ciúme, uma vez que a vítima estaria ajudando financeiramente sua antiga convivente.

Com efeito, analisando-se os fundamentos firmados à presente impugnação, verifica-se desnecessária qualquer adequação atinente aos parâmetros utilizados no cálculo da pena corpórea fixada ao revisando, senão vejamos.

Isso porque, no concernente à conduta social, há parâmetros retirados dos autos no sentido de torná-la desabonadora, não só em razão das informações acerca das agressões suportadas pela ex-convivente do apenado no contexto das relações domésticas, mas também em face de que o comportamento de Carlos Alexandre Peron no âmbito familiar não era dos melhores, principalmente por fazer uso constante da substância psicotrópica conhecida como “*crack*”. Registre-se, no mais, como bem explicitado no *decisum* de origem, que o apenado, no decorrer do

procedimento pré-processual, acabou por se evadir do distrito da culpa, revelando total ausência de comprometimento para com a elucidação dos fatos apurados.

Acerca da apuração do fator relacionado à conduta social, colhe-se ensinamento de Guilherme de Souza Nucci:

[...] É o papel do réu na comunidade, inserido contexto da família, do trabalho, da escola, da vizinhança etc. O magistrado precisa conhecer a pessoa que estará julgando, a fim de saber se merece uma reprimenda maior ou menor, daí a importância das perguntas que devem ser dirigidas ao acusado, no interrogatório, e às testemunhas, durante a instrução. Um péssimo pai e marido violento, em caso de condenação por lesões corporais graves, merece pena superior à mínima, por exemplo. A apuração da conduta social pode ser feita por várias fontes, mas é preciso boa vontade e dedicação das partes envolvidas no processo, bem como do juiz condutor da instrução. Em primeiro lugar, é dever das partes arrolar testemunhas, que possam depor sobre a conduta social do acusado. Tal medida vale para a defesa e, igualmente, para a acusação. O magistrado, interessado em aplicar a pena justa, pode determinar a inquirição de pessoas que saibam como se dava a conduta do réu, anteriormente à prática do crime. (Código Penal Comentado. 16. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 457).

A propósito, extrai-se julgado desta corte de justiça:

CRIME CONTRA A VIDA. HOMICÍDIO DUPLAMENTE QUALIFICADO (ART. 121, I E III DO CÓDIGO PENAL) E ABORTO PROVOCADO POR TERCEIRO (ART. 125 DO CÓDIGO PENAL). [...]. DOSIMETRIA. PEDIDO PARA AFASTAMENTO DA CONDUTA SOCIAL E DA PERSONALIDADE, AVALIADAS COMO CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS NA SENTENÇA. IMPOSSIBILIDADE. CONDUTA SOCIAL DESAJUSTADA. ELEMENTOS QUE DEMONSTRAM QUE O APELANTE POSSUÍA COMPORTAMENTO AGRESSIVO NO ÂMBITO FAMILIAR E, ALÉM DISSO, SUBTRAIÁ BENS DE SUA COMPANHEIRA PARA PERMUTAR POR ENTORPECENTES PARA CONSUMO PRÓPRIO. DE OUTRO

LADO, PERSONALIDADE VOLTADA À PRÁTICA DE CRIMES DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA CONTRA MULHER. LAUDOS PERICIAIS DE OUTRAS OCORRÊNCIAS QUE COMPROVAM HISTÓRICO DE AGRESSÕES CONTRA A VÍTIMA, SUA COMPANHEIRA. ELEMENTOS CONCRETOS APTOS A EMBASAR A MAJORAÇÃO NA PRIMEIRA FASE DA DOSIMETRIA. PENA MANTIDA. [...] RECURSO CONHECIDO, AFASTADA A PRELIMINAR E DESPROVIDO. (Apelação n. 0004713-56.2014.8.24.0075, de Tubarão, rel. Des. Ernani Guetten de Almeida, j. em 16-8-2016).

Outrossim, quanto aos motivos da prática dos delitos, verifica-se, num primeiro momento, erro material na parte dispositiva da sentença proferida pelo togado singular (p. 711), uma vez que fez menção, de forma equivocada, à qualificadora prevista no art. 121, § 2º, II, do Código Penal (motivo fútil), quando na verdade, em análise ao feito, a quesitação submetida ao Conselho de Sentença (p. 706) e a posterior condenação do apenado deram-se com a majoração do inciso IV (recurso que impossibilitou a defesa do ofendido).

Assim, não há que falar na ocorrência de *bis in idem* quando da análise da reprimenda.

Não bastasse isso, a inclusão do referido aspecto previsto no art. 59 do Código Penal como ponto de majoração da reprimenda encontra motivação no arcabouço probatório, mormente pelo fato de que há elementos suficientes a demonstrar que o apenado cometera as atividades criminosas imbuído de um sentimento de ciúme, conforme explanação constante da sentença condenatória bem fundamentada.

A respeito do tema, tem-se da jurisprudência desta Segunda Câmara Criminal:

APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME DOLOSO CONTRA A VIDA. RÉU CONDENADO PELO TRIBUNAL DO JÚRI PELA PRÁTICA DE HOMICÍDIO SIMPLES NA FORMA TENTADA. APELO

DEFENSIVO VISANDO À REVISÃO DA DOSIMETRIA DA PENA. INSURGÊNCIA CONTRA O AUMENTO DA PENA-BASE A TÍTULO DE CULPABILIDADE, CONDUTA SOCIAL E COMPORTAMENTO DA VÍTIMA. MAGISTRADO QUE APRECIA AS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS À LUZ DA DISCRICIONARIEDADE MOTIVADA. PROVA AMEALHADA AOS AUTOS QUE DÁ ENSEJO À EXASPERAÇÃO NA PRIMEIRA FASE DA APLICAÇÃO DA PENA, NO TOCANTE AOS DOIS PRIMEIROS VETORES MENCIONADOS. ACRÉSCIMO NA PENA-BASE À GUIZA DE COMPORTAMENTO DA VÍTIMA, QUE NÃO CONTRIBUIU PARA O DESFECHO CRIMINOSO. IMPROPRIEDADE DA EXASPERAÇÃO. AFASTAMENTO DA CITADA CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL E READEQUAÇÃO DA REPRIMENDA QUE SE IMPÕE.

“1 Em virtude da própria origem e dos motivos que ensejaram a inclusão no rol do art. 59 do Código Penal, o comportamento da vítima não permite o agravamento da reprimenda imposta ao agente, podendo, conforme o caso, minorá-la” (Revisão Criminal 2012.027700-0, Rel. Des. Moacyr de Moraes Lima Filho – j. 30.5.12). [...] RECURSO PARCIALMENTE CONHECIDO E PROVIDO EM PARTE. (Apelação Criminal n. 2014.031269-2, de São Lourenço do Oeste, rel. Des. Sérgio Rizelo, j. em 1-7-2014).

À vista do exposto, o voto é no sentido de indeferir o pedido revisional.

PRIMEIRA CÂMARA CRIMINAL

***Habeas Corpus* (criminal) n. 4014869-95.2016.8.24.0000, da Capital**

Relator: Desembargador Paulo Roberto Sartorato

HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO PENAL. CABIMENTO DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL NA FASE EXECUCIONAL TÃO SOMENTE QUANDO A ILEGALIDADE PUDER SER CONSTATADA DE PLANO. INSURGÊNCIA CONTRA DECISÃO QUE INDEFERIU O BENEFÍCIO DO INDULTO. PLEITO PELO AFASTAMENTO DA HEDIONDEZ DO DELITO DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/06, NOS TERMOS DO *HABEAS CORPUS* N. 118.533/MS DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. IMPOSSIBILIDADE. DECISÃO DA SUPREMA CORTE PROFERIDA EM CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE. INEXISTÊNCIA DE EFEITO VINCULANTE E EFICÁCIA *ERGA OMNES*. ADEMAIS, CANCELAMENTO DA SÚMULA 512 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA QUE NÃO ALTERA O ENTENDIMENTO ESPECIFICAMENTE PARA AS HIPÓTESES DE INDULTO. BENESSE QUE É EXPRESSAMENTE VEDADA PARA OS DELITOS DE TRÁFICO DE DROGAS. INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 9º, INCISO II, DO DECRETO N. 8.615/15. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. ORDEM DENEGADA.

1. A impetração do *habeas corpus* para questionar situações ocorridas no âmbito da execução penal só é possível quando comprovada de plano a ilegalidade, isto é, quando tal análise dispensar o exame aprofundado de provas.

2. O Supremo Tribunal Federal, ao julgar o *Habeas Corpus* n. 118.533/MS, entendeu, por maioria de votos, que o chamado “tráfico privilegiado” – figura do crime de tráfico que recebe a redução do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 – não deve ser considerado crime de natureza hedionda.

Todavia, o enfrentamento da questão ocorrerá por meio de controle difuso ou incidental de constitucionalidade, produzindo efeitos somente entre as partes, sem propagar, portanto, efeito vinculante e eficácia *erga omnes*.

3. Nas hipóteses relativas ao indulto, o cancelamento da Súmula 512 do Superior Tribunal de Justiça não ocasiona a alteração do entendimento, uma vez que a benesse é costumeiramente vedada, em cada decreto presidencial, para os crimes de tráfico de drogas. No caso do Decreto n. 8.615/15, aliás, que fundamenta o pedido em análise, é expressamente inviável a sua concessão.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de *Habeas Corpus* (criminal) n. 4014869-95.2016.8.24.0000, da comarca da Capital 4ª Vara Criminal em que é Impetrante a Defensoria Pública de Santa Catarina e Paciente Santo Santana.

A Primeira Câmara Criminal decidiu, por maioria de votos, denegar a ordem. Vencido o Exmo. Desembargador José Inácio Schaefer.

Participaram do julgamento, realizado nesta data, o Exmo. Des. José Inácio Schaefer e o Exmo. Des. Luiz Cesar Schweitzer.

Funcionou na sessão pela douta Procuradoria-Geral de Justiça o Exmo. Dr. Rogério Antônio da Luz Bertoncini.

Florianópolis, 06 de dezembro de 2016.

Desembargador Paulo Roberto Sartorato
Presidente e Relator

RELATÓRIO

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado pela Defensoria Pública do Estado de Santa Catarina, em favor de Santo Santana, contra ato acoimado de ilegal do MM. Juiz de Direito da Vara de Execuções Penais da Comarca da Capital que, nos autos n. 0007958-

37.2014.8.24.0023, indeferiu o pedido de indulto formulado pelo paciente.

Sustenta a impetrante, em síntese, que diante do julgamento do *Habeas Corpus* n. 118.533/MS pelo Supremo Tribunal Federal, sedimentou-se a natureza não hedionda do delito de tráfico privilegiado, não havendo óbice à concessão do indulto aos apenados condenados pela prática do referido delito. Neste íterim, argumenta que o paciente possui direito à extinção das penas pela concessão do indulto com base no art. 1º, inciso II, do Decreto 8.615/15.

Defende que o paciente preencheu rigorosamente os dois requisitos do Decreto n. 8.615/15 necessários à obtenção do indulto, ou seja, não praticou falta grave nos últimos 12 (doze) meses anteriores à edição do Decreto (art. 5º) e adimpliu mais de 1/3 das penas somadas até 25/12/1015.

Aduz, ainda, que o decreto presidencial não traz empecilho ao deferimento de indulto ao tráfico privilegiado, eis que o art. 9º, inciso II, do Decreto 8.615/15 exclui o art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06 de seu rol de crimes impeditivos.

Pugna, por fim, pelo deferimento do pedido liminar e pela concessão da ordem em definitivo para que seja concedido o pleito de indulto ao paciente. Ademais, pretende a dispensa do pedido de informações à autoridade coatora, considerando que o presente *writ* foi suficientemente instruído com os documentos necessários.

Indeferido o pedido liminar, bem como o pedido que visava à dispensa de informações (fls. 61/63), foram essas solicitadas e prestadas pela autoridade apontada como coatora (fls. 66/67).

A douta Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer da lavra do Exmo. Dr. José Eduardo Orofino da Luz Fontes, opinou pelo conhecimento do *writ* e denegação da ordem (fls. 70/74).

Este é o relatório.

VOTO

Preambularmente, imperioso ressaltar que em sede de *habeas corpus*, na qualidade de remédio constitucional de natureza excepcionalíssima, inexistente a possibilidade de discussão acerca do mérito, ficando o seu objeto adstrito à aferição da legalidade ou não da decisão capaz de privar o paciente de sua liberdade de locomoção.

Sabe-se, por outro lado, que a concessão de *habeas corpus* ocorre sempre que alguém sofrer, ou se achar ameaçado de sofrer, violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder (art. 5º, inciso LXVIII, da Constituição Federal), e quando sua aferição prescindir de dilação probatória.

Ademais, é cediço que a impetração do *habeas corpus* para questionar decisões proferidas no âmbito da execução penal só é possível quando comprovada de plano a ilegalidade, isto é, quando tal análise dispensar o exame aprofundado de provas.

A respeito, assinala Julio Fabbrini Mirabete:

As questões relativas à execução da pena que demandam incontestável exame de prova, por envolverem aspectos objetivos e subjetivos, impedem que se concedam benefícios por via do *habeas corpus*. (Execução penal: comentários à Lei 7.210, de 11-7-84. 9ª. ed. São Paulo: Atlas, 2000. p. 678).

Não destoam o posicionamento deste Sodalício:

HABEAS CORPUS. PACIENTE SUBMETIDO A CIRURGIA. PRETENSÃO DE CUMPRIMENTO DA PENA EM REGIME DE PRISÃO DOMICILIAR DURANTE O PERÍODO DE CONVALESCENÇA. MATÉRIA ATINENTE À EXECUÇÃO PENAL. VIA ELEITA INADEQUADA. PRINCÍPIO DA CONFIANÇA NO JUIZ DA CAUSA. ORDEM NÃO CONHECIDA.

Somente em casos excepcionais, quando possível a constatação de plano

da alegada ilegalidade, a jurisprudência admite a impetração de *habeas corpus*, em substituição ao agravo em execução.

“[...] É imperiosa a necessidade de racionalização do *habeas corpus*, a bem de se prestigiar a lógica do sistema recursal. As hipóteses de cabimento do *writ* são restritas, não se admitindo que o remédio constitucional seja utilizado em substituição a recursos ordinários (apelação, agravo em execução, recurso especial)” (STJ, HC n. 117.696/MG, rela. Mina. Maria Theresa de Assis Moura, DJe de 3-10-2011). (*Habeas Corpus* n. 2012.010031-4, de Canoinhas, Rel. Desa. Substituta Janice Goulart Garcia Ubialli, j. em 13/03/2012 – grifou-se).

Na hipótese, a impetrante alega que o paciente cumpre pena em situação mais gravosa, alegando que o Magistrado *a quo* incorreu em constrangimento ilegal ao submeter o crime de tráfico privilegiado (art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06) aos ditames da Lei de Crimes Hediondos (Lei n. 8.072/90).

Alega ser possível a concessão do indulto nos termos do *Habeas Corpus* n. 118.533/MS do Supremo Tribunal Federal, que afastou a hediondez do delito previsto no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06.

Os argumentos da impetrante, no entanto, não autorizam a concessão da ordem de *habeas corpus*.

Depreende-se dos autos que o paciente foi condenado à pena privativa de liberdade de 08 (oito) anos e 04 (quatro) meses de reclusão pela prática do crime de tráfico de drogas (art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/06), conforme se depreende da decisão de soma de penas (fls. 148/150 dos autos digitais de origem) sendo-lhe concedido o benefício insculpido no § 4º do mencionado dispositivo legal (autos n. 023.09.079822-0 e 0032966-50.2013.8.24.0023).

A defesa do paciente formulou pedido de indulto (fls. 44/47), pleito que, após manifestação desfavorável do Ministério Público (fl. 51), foi indeferido pelo MM. Juiz *a quo* que, mesmo sem considerar o delito

como hediondo, concluiu que o Decreto Presidencial n. 8.615/15 e a Constituição Federal vedam a concessão da benesse aos condenados por tráfico de drogas (fls. 52/54).

A impetrante pugna pela reforma do *decisum*, alegando que a Constituição Federal não veda a concessão de indulto aos condenados pelo crime de tráfico de drogas, registrando, ainda, que a decisão do Supremo Tribunal Federal, emanada nos autos do *Habeas Corpus* n. 118.533/MS afastou o caráter hediondo do crime de tráfico de drogas quando combinado com o § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06.

É de se registrar que, de fato, a Constituição Federal, em seu art. 5º, inciso XLIII, considera insuscetível de graça ou anistia o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, não tratando, explicitamente, do benefício do indulto.

Certo, ainda, que no julgamento do supracitado *habeas corpus*, o Supremo Tribunal Federal entendeu, por maioria de votos, que o chamado “tráfico privilegiado” – figura do crime de tráfico que recebe a redução do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 – não deve ser considerado crime de natureza hedionda.

No entanto, mesmo diante do aludido entendimento, esta Primeira Câmara Criminal vinha mantendo a hediondez do delito em questão, sob o fundamento de que a conclusão do Supremo Tribunal Federal ocorrera incidentalmente, ou seja, por meio de controle difuso de constitucionalidade, não possuindo, pois, efeito vinculante e eficácia *erga omnes*, mormente porque a decisão não fora dotada de repercussão geral.

A conclusão fulcrava-se, ainda, no fato de que o entendimento do Supremo Tribunal Federal não alterou os requisitos previstos na Lei de Execução Penal para a concessão de benefícios da execução, não se podendo aplicar a conclusão alcançada no precedente da Suprema Corte a todo e qualquer caso.

Eis os precedentes desta Primeira Câmara Criminal:

RECURSO DE AGRAVO. EXECUÇÃO PENAL (LEP ART. 197). INSURGÊNCIA DA DEFESA. DECISÃO QUE DEIXOU DE ATUALIZAR OS CÁLCULOS DOS BENEFÍCIOS DA EXECUÇÃO DA PENA. PEDIDO DEFENSIVO EMBASADO NA DECISÃO DO STF NOS AUTOS DO HC 118.553/MS. PRONUNCIAMENTO DA CORTE SUPREMA QUE AFASTOU A HEDIONDEZ DO CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS PRIVILEGIADO. NÃO INCIDÊNCIA DOS EFEITOS DA REFERIDA DECISÃO NO CASO CONCRETO. IMPOSSIBILIDADE. DECISÃO PROFERIDA EM JULGAMENTO “*INTER PARTES*” E SEM EFEITO VINCULANTE. EXEGESE DE VERBETE 512 DA SÚMULA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. DECISÃO CONFIRMADA.

– A aplicação da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006, não afasta a hediondez do crime de tráfico de drogas, uma vez que a sua incidência não decorre do reconhecimento de uma menor gravidade da conduta praticada e tampouco da existência de uma figura privilegiada do crime.

– Quanto o Plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC 118.553/MS, tenha concedido ordem para afastar a natureza hedionda do crime de tráfico de drogas privilegiado, tal efeito é apenas “*inter partes*”.

– Parecer da PGJ pelo não conhecimento do recurso.

– Recurso conhecido e desprovido. (Agravo de Execução Penal n. 0018035-37.2016.8.24.0023, da Capital, Rel. Des. Carlos Alberto Civinski, j. em 01/11/2016).

RECURSO DE AGRAVO EM EXECUÇÃO PENAL. INSURGÊNCIA DEFENSIVA. DECISÃO QUE RECONHECEU O DELITO DELINEADO NO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/06 COMO CRIME HEDIONDO PARA FINS DE BENEFÍCIOS EXECUCIONAIS. PLEITO PELO AFASTAMENTO DA HEDIONDEZ. IMPOSSIBILIDADE. RECENTE DECISÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL PROFERIDA POR MEIO DE CONTROLE

DIFUSO E INCIDENTAL DE CONSTITUCIONALIDADE. INEXISTÊNCIA DE EFEITO VINCULANTE E EFICÁCIA *ERGA OMNES*. DECISÃO AGRAVADA MANTIDA INCÓLUME. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.

É cediço que a Suprema Corte, ao julgar o remédio constitucional n. 118.533/MT, entendeu, por maioria de votos, que o chamado “tráfico privilegiado”, no qual as penas podem ser reduzidas por força do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, não deve ser considerado crime de natureza hedionda. Todavia, o enfrentamento da questão ocorrera por meio de controle difuso e incidental de constitucionalidade, produzindo efeitos somente entre as partes, sem propagar, portanto, efeito vinculante e eficácia *erga omnes*. (Agravado de Execução Penal n. 0018904-97.2016.8.24.0023, da Capital, acórdão da lavra deste Relator, j. em 01/11/2016).

No mesmo sentido vem se manifestando a Terceira Câmara Criminal desta Corte:

AGRAVO EM EXECUÇÃO PENAL. DECISÃO QUE HOMOLOGOU A SOMA DE PENAS. CRIMES DE TRÁFICO DE DROGAS, ROUBO E CORRUPÇÃO DE MENORES. RECURSO DEFENSIVO. PEDIDO DE AFASTAMENTO DOS CRITÉRIOS DE HEDIONDEZ COM RELAÇÃO AO CRIME DE TRÁFICO PRIVILEGIADO (ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/06). ALEGADA A EXISTÊNCIA DE DECISÃO RECENTE DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL AFASTANDO A HEDIONDEZ DO TRÁFICO MINORADO (*HABEAS CORPUS* N. 118553). IMPOSSIBILIDADE. DECISÃO DO STF PROFERIDA EM JULGAMENTO *INTER PARTES* E SEM EFEITO VINCULANTE. EXEGESE DE VERBETE SUMULAR N. 512 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. MANTIDA A DECISÃO VERGASTADA. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. (Agravado de Execução Penal n. 0014794-55.2016.8.24.0023, da Capital, Rel. Des. Ernani Guetten de Almeida, j. em 02/08/2016).

HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO PENAL. PROGRESSÃO DE REGIME. TRÁFICO PRIVILEGIADO. ART. 33, § 4º, DA LEI N.

11.343/06. AFASTAMENTO DA EQUIPARAÇÃO AOS CRIMES HEDIONDOS. NÃO CABIMENTO. ART. 2º DA LEI N. 8.072/90. SÚMULA 512 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA E RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. TEMA 600. CONSTRANGIMENTO ILEGAL INEXISTENTE. NÃO CONHECIMENTO.

“A aplicação da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 não afasta a hediondez do crime de tráfico de drogas, uma vez que a sua incidência não decorre do reconhecimento de uma menor gravidade da conduta praticada e tampouco da existência de uma figura privilegiada do crime” (STJ, REsp n. 1.329.088/RS, rel. Min. Sebastião Reis Júnior, j. em 13/3/2013). (*Habeas Corpus* (Criminal) n. 4013615-87.2016.8.24.0000, de São José, Rel. Des. Moacyr de Moraes Lima Filho, j. em 01/11/2016).

AGRAVO INTERNO EM *HABEAS CORPUS*. INSURGÊNCIA CONTRA DECISÃO MONOCRÁTICA QUE NÃO CONHECEU DO *WRIT*, COM FULCRO NO ARTIGO 3º DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL C/C O ARTIGO 932, INCISO III, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. EXECUÇÃO PENAL. TRÁFICO PRIVILEGIADO. AFASTAMENTO DO TRATAMENTO EQUIPARADO A HEDIONDO E CONSEQUENTE PROGRESSÃO DE REGIME. INDEFERIMENTO NO PRIMEIRO GRAU. *WRIT* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. INEXISTÊNCIA DE ILEGALIDADE MANIFESTA APTA A ENSEJAR A CORREÇÃO DO ATO GUERREADO PELA VIA DO *HABEAS CORPUS*. DECISÃO MANTIDA. AGRAVO DESPROVIDO.

Não obstante a fundamentação externada pelo Magistrado *a quo*, no tocante ao não preenchimento do requisito objetivo para concessão da progressão de regime, contrariar entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do HC 118.533, tal circunstância, por si só, não possui o condão de caracterizar-se como flagrante ilegalidade hábil a ensejar sua análise por meio de *habeas corpus*, notadamente porque tal decisão não possui efeito *erga omnes*, ou seja, seus efeitos são restritos ao processo e às partes daquele *writ*. (Agravo n. 4009799-97.2016.8.24.0000, da Capital, Rel. Des. Rui Fortes, j. em 22/11/2016).

Portanto, a aplicação da causa de diminuição do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas não afastaria a hediondez do crime de tráfico ilícito de substâncias entorpecentes, tratando-se, tão somente, de uma causa de redução de pena para aqueles que preenchem os requisitos ali delineados.

O aludido entendimento permanece plenamente vigorante para hipóteses como a presente, que tratam do benefício do indulto, de modo que o recentíssimo cancelamento da Súmula 512 do Superior Tribunal de Justiça (Petição n. 11.796/DF, Rel. Mina. Maria Thereza de Assis Moura, j. em 23/11/2016) não altera, especificamente no presente caso – que trata do benefício do indulto – o entendimento ora explanado.

Isso porque o acatamento do entendimento das Cortes Superiores, afastando-se a hediondez do delito, deve ocorrer apenas nas hipóteses de progressão de regime, não se mostrando adequado equiparar o crime do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06 aos crimes comuns quando se trata do benefício do indulto, benesse que é vedada pelo decreto presidencial para os crimes de tráfico de drogas, sendo expressamente inviável a sua concessão nos termos do Decreto n. 8.615/15.

Importante frisar que a extensão dos efeitos do indulto vincula-se aos limites impostos pelo Decreto Presidencial do qual se origina a legitimidade do ato – no caso em tela, o Decreto n. 8.615, de 23 de dezembro de 2015 –, que, em seu artigo 9º, inciso II, assim dispõe:

Art. 9º O disposto neste Decreto não alcança as pessoas condenadas:

I - por crime de tortura ou terrorismo;

II - por crime de tráfico ilícito de droga, nos termos do *caput* e do § 1º do art. 33 e dos arts. 34 a art. 37 da Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006;

III - por crime hediondo praticado após a publicação da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, da Lei nº 8.930, de 6 de setembro de 1994, da Lei nº 9.695, de 20 de agosto de 1998, da Lei nº 11.464, de 28 de março

de 2007, e da Lei nº 12.015, de 7 de agosto de 2009, observadas as suas alterações posteriores; ou

IV - por crimes definidos no Código Penal Militar que correspondam aos delitos previstos nos incisos I e II, exceto quando configurada situação do uso de drogas disposto no art. 290 do Código Penal Militar.

Parágrafo único. As restrições deste artigo não se aplicam às hipóteses previstas nos incisos XI, XII, XIII e XIV do *caput* do art. 1º. (Grifou-se).

De acordo com referida regulamentação, observa-se que não podem ser agraciados com a concessão do indulto natalino os apenados, entre outros, condenados pelo crime de tráfico de drogas (art. 33 da Lei n. 11.343/06), independentemente de ser considerado o delito privilegiado ou não.

Veja-se que o § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06 prevê, tão somente, uma causa de diminuição de pena, aplicável ao pequeno traficante, que não tenha envolvimento com associações criminosas, na terceira fase dosimétrica. O crime praticado pelo agente permanece sendo o delito de tráfico de drogas – conduta para a qual foi vedada a aplicação do indulto (art. 9º, inciso II, do Decreto n. 8.615/15).

Este, aliás, foi o raciocínio utilizado pelo Magistrado *a quo*, que, ao consignar que “*a análise do pleito ocorre sem considerar o delito como hediondo*” (fl. 52), indeferiu o benefício por conta da vedação existente no Decreto Presidencial.

Pertinente se mostra a colação do julgado mencionado pelo Togado *a quo*, que registrou o entendimento exarado pelo Ministro Jorge Mussi, quando do exame liminar do *Habeas Corpus* n. 371.705/SC, *in verbis* (fl. 53):

Diante do exposto, defere-se a liminar para determinar que o Juízo da execução proceda à retificação do cálculo de penas impostas ao paciente, desconsiderando a natureza hedionda do delito de tráfico privilegiado de entorpecentes para fins de benefícios prisionais, excetuado o indulto

e a comutação de penas, cuja proibição decorre da própria Constituição Federal (o destaque não consta do original).

Por tais razões, não se verifica na decisão de primeiro grau qualquer ilegalidade, pelo que devem ser mantidas ao paciente as vedações estabelecidas no Decreto Presidencial n. 8.615/15.

À vista do exposto, inexistindo ilegalidade ou constrangimento ilegal a ser sanado, vota-se pela denegação da ordem.

Este é o voto.

SEGUNDA CÂMARA CRIMINAL

Apelação n. 0900001-15.2014.8.24.0037, de Joaçaba

Relator: Des. Sérgio Rizelo

APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME DE RESPONSABILIDADE DE PREFEITO (DECRETO-LEI 201/67, ART. 1º, INC. II). SENTENÇA ABSOLUTÓRIA. RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO.

1. PECULATO DE PREFEITO (DECRETO-LEI 201/67, ART. 1º, INC. II). ALCAIDE. AUTORIZAÇÃO PARA USO IRREGULAR DE IMÓVEL PÚBLICO. PARTICULAR QUE OCUPA O BEM. PARTICIPAÇÃO. 2. CULPABILIDADE. “ACESSO À CULTURA”. 3. PRESCRIÇÃO. PENA DE DOIS ANOS. CRIME ANTERIOR A MAIO DE 2010. PRAZO.

1. O prefeito municipal que autoriza, irregularmente, o uso de imóvel público por particular, para que lá instale uma empresa sem pagar pela ocupação do bem ou sem adimplir as despesas geradas pelo consumo de energia, deixando tal gasto ao encargo do município, comete o crime de peculato previsto no art. 1º, inc. II, do Decreto-Lei 201/67; e o particular que usa o imóvel também concorre para a prática do mesmo delito.

2. O fato de o agente ter “acesso à cultura” e não “precisar” cometer o delito não torna sua conduta mais reprovável a ponto de permitir o aumento da reprimenda por má valoração da culpabilidade.

3. O prazo prescricional, se aplicada pena de 2 anos de privação de liberdade, é de 4 anos. Se o delito é anterior a 5.5.10 e se tal interregno transcorreu entre a data do crime e o recebimento da denúncia, declara-se extinta a punibilidade do acusado, mesmo de ofício.

RECURSO CONHECIDO E PROVIDO; DECLARAÇÃO, *EX OFFICIO*, DA EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE DE UM DOS AGENTES.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação n. 0900001-15.2014.8.24.0037, da Comarca de Joaçaba (Vara Criminal), em que é Apelante o Ministério Público do Estado de Santa Catarina e Apelados Maria Carlesso Doré e outros:

A Segunda Câmara Criminal decidiu, por unanimidade, conhecer do recurso e dar-lhe provimento, a fim de julgar procedente a imputação inicial e condenar Maria Carlesso Doré, Norival Fiorin, José Luiz Dezanet e Luis Tedesco à pena de 2 anos de reclusão, em regime aberto, pela prática do crime previsto no art. 1º, inc. II, do Decreto-Lei 201/67, substituída a sanção corporal por prestação de serviços à comunidade e prestação pecuniária; declarar, *ex officio*, extinta a punibilidade de Maria Carlesso Doré, em razão da prescrição em sua modalidade retroativa; e, por maioria, determinar, após o exaurimento da possibilidade de interposição de recursos nesta Corte, o encaminhamento da íntegra do presente *decisum* ao Juízo da Condenação para que expeça os documentos necessários à execução provisória das penas impostas aos Apelados (exceto quanto a Maria Carlesso Doré), nos termos do posicionamento do Supremo Tribunal Federal no julgamento do HC 126.292, vencida a Exma. Des. Salette Sommariva. Custas legais.

Participaram do julgamento, realizado em 12 de julho de 2016, os Excelentíssimos Desembargadores Salette Silva Sommariva (Presidente) e Getúlio Corrêa. Atuou pelo Ministério Público o Excelentíssimo Procurador de Justiça Paulo Roberto de Carvalho Roberge.

Florianópolis, 13 de julho de 2016.

Sérgio Rizelo
Relator

RELATÓRIO

Na Comarca de Joaçaba, o Ministério Público do Estado de Santa

Catarina ofereceu denúncia contra Maria Carlesso Doré, Norival Fiorin, José Luiz Dezanet e Luis Tedesco, imputando-lhes a prática do crime previsto no art. 1º, inc. II, do Decreto-Lei 201/67, nos seguintes termos:

Conforme se infere do Procedimento de Investigação Criminal anexo, em 14 de junho de 2006, o Estado de Santa Catarina, por meio do Decreto nº 4.431 (fl. 134 numeração do MP – CMA), autorizou a transferência do imóvel onde funcionava a Escola Isolada Barra do Estreito, de sua propriedade, ao Município de Luzerna, mediante o cumprimento das condições previstas na Lei nº 13.500, de 26 de setembro de 2005 (fl. 135 verso).

Dentre as condições cita-se a prevista no artigo 3º, inciso I, da Lei Estadual nº 13.500, *in verbis*:

Art. 3º Os municípios donatários não poderão, sob pena de reversão:

I - desviar a finalidade, salvo por interesse público devidamente justificado e com anuência escrita do Estado; e

Já em 19 de outubro de 2006, a denunciada Maria Carlesso Doré, na condição de Chefe do Poder Executivo de Luzerna, por meio da Lei Municipal nº 675 (fl. 138 verso), autorizou receber em doação o imóvel da Escola Isolada Barra do Estreito, ciente de que este deveria ser utilizado “nas atividades de interesse público social, cultural, industrial ou pedagógico”, conforme previsão do artigo 2º da mesma lei.

Caberia, ainda, ao Município de Luzerna promover e executar as ações necessárias à transferência da titularidade da propriedade do bem, no registro de imóveis, de acordo com a Lei Estadual nº 13.500/2005, art. 2º, inciso I.

Assim, o bem de uso especial, na dicção do artigo 99 do Código Civil, estava afetado a fim público, qual seja, o desenvolvimento de atividades de interesse público, social, cultural, industrial ou pedagógico, haja vista que a execução das atividades de gestão integral e corpo discente da Escola Isolada Barra do Estreito haviam sido repassadas ao Município de Luzerna (cf. fl. 137).

Apesar de estar ciente quanto à finalidade do bem público, a denunciada Maria Carlesso Doré, Prefeita em exercício na época, praticando ato diverso daquele previsto na regra de competência, e em visível prejuízo para o Município de Luzerna, no início de 2007, em data que a instrução poderá melhor apurar, cedeu, sem qualquer ônus e/ou autorização legislativa, parte do imóvel onde deveria funcionar a Escola Isolada Barra do Estreito, para que os particulares Luis Tedesco e José Luiz Dezanet o utilizassem, indevidamente, com a finalidade de lá instalar uma indústria de beneficiamento de mandioca (empresa Mandiocas Luzerna, cf. fl. 70).

Assim agindo, a denunciada Maria Carlesso Doré dispôs de bem público de uso especial, para ser utilizado, indevidamente, em benefício alheio, mais especificamente, dos particulares Luis Tedesco e José Luiz Dezanet, os quais com ela estavam plenamente ajustados quanto à destinação e uso indevidos do bem.

A cessão perdurou até o final do mandato da denunciada em dezembro/2008 e foi ainda além, em razão da conduta perpetrada pelo denunciado Norival Fiorin. Ressalta-se que a averbação da propriedade em nome do Município de Luzerna ainda estava pendente de realização pelo gestor municipal.

Com efeito, logo que assumiu a condução do Município, em janeiro/2009, o denunciado Norival Fiorin, ciente de que havia particulares fazendo uso do bem público de uso especial, não procurou reaver o imóvel para uso de interesse público.

Enquanto isso, os particulares Luis Tedesco e José Luiz Dezanet estavam usufruindo do bem público, como se fossem os proprietários, vindo, em junho de 2009, a adquirir uma Câmara Fria da empresa Milkinox Fabricação de Máquinas Industriais Ltda. (fls. 116).

Desta forma, com a instalação da Câmara Fria no imóvel da antiga Escola Isolada Barra do Estreito, a partir de julho de 2009, houve um aumento considerável nas faturas de energia elétrica em nome do Município de Luzerna, já que as despesas do bem público sempre foram custeadas pelo erário municipal, apesar de estar a unidade consumidora em nome da APP Associação de Pais e Professores da Escola Isolada Barra do Estreito.

Tudo isso ocorria devido a ajuste existente entre o Prefeito Norival Fiorin e os réus Luis e José Luiz, com a finalidade de prosseguir a utilização indevida e ainda avançar tal atitude sobre a energia elétrica lá fornecida.

Em agosto de 2009, o denunciado Norival Fiorin solicitou à Celesc que alterasse o cadastro da unidade consumidora existente no imóvel da Escola Isolada Barra do Estreito, a fim de possibilitar que o Município adimplisse as faturas de energia elétrica (fl. 89), sempre ciente de que o imóvel e a energia estavam sendo utilizados, indevidamente, pelos particulares José Luiz Dezanet e Luis Tedesco.

Somente em 16/09/2010 é que o denunciado Norival Fiorin organizou uma audiência pública sobre a destinação da escola da Linha Barra do Estreito (fl. 142-verso), após proceder em 30/08/2010 à averbação da propriedade do imóvel em nome do Município de Luzerna.

Após, o denunciado sancionou a Lei nº 939, de 17 de novembro de 2010 (fl. 26-verso), desafetando da destinação originária o bem imóvel, além de outros, e autorizou sua alienação.

Em dezembro de 2010, o bem público em questão foi submetido a avaliação e em 12 de janeiro de 2011 o denunciado Norival Fiorin tornou pública realização da Licitação nº 02/2011, na modalidade Concorrência Pública, para sua alienação e de outros imóveis (fls. 28-47).

O imóvel objeto da matrícula nº 28.247 foi arrematado em 21/02/2011 pelos particulares Luis Tedesco e Itacir José Tedesco, pelo valor de R\$ 26.580,00 (vinte e seis mil, quinhentos e oitenta reais), não tendo sido escriturado devido a problemas de desmembramento da área perante o Incra, o que seria resolvido pelo Município de Luzerna, de acordo com a informação de fl. 25.

Assim agindo, o denunciado Norival Fiorin dispôs da res pública, permitindo que particulares fizessem uso, indevidamente, do imóvel de propriedade do Município de Luzerna, bem como da energia elétrica paga pelo Município de Luzerna, em detrimento do interesse público, vindo a causar um prejuízo para o erário municipal no valor de R\$ 7.880,10 (sete mil, oitocentos e oitenta reais e dez centavos), referente ao consumo

de energia elétrica no período de julho/2009 a fevereiro/2011, quando a câmara fria esteve em funcionamento, conforme a tabela seguinte:

Mês de Referência	Valor da despesa	Página no PP
Julho/2009	R\$ 208,13	144
Agosto/2009	R\$ 351,59	145
Setembro/2009	R\$ 430,75	146
Outubro/2009	R\$ 384,51	147
Novembro/2009	R\$ 420,41	148
Dezembro/2009	R\$ 419,79	149
Janeiro/2010	R\$ 392,20	74
Fevereiro/2010	R\$ 447,87	75
Março/2010	R\$ 328,13	76
Abril/2010	R\$ 368,21	77
Maió/2010	R\$ 368,53	78
Junho/2010	R\$ 362,84	79
Julho/2010	R\$ 354,28	80
Agosto/2010	R\$ 427,60	81
Setembro/2010	R\$ 467,53	82
Novembro/2010	R\$ 478,33	83
Outubro/2010	R\$ 476,93	84
Dezembro/2010	R\$ 483,87	85
Janeiro/2011	R\$ 330,16	150
Fevereiro/2011	R\$ 369,44	15
Total = R\$ 7.880,10 (sete mil, oitocentos e oitenta reais e dez centavos).		

Portanto, os denunciados Maria Carlesso Doré e Norival Fiorin utilizaram, indevidamente, o imóvel de propriedade do Município de Luzerna e a energia elétrica lá fornecida, em proveito dos particulares José Luiz Dezanet e Luis Tedesco, durante o período de 2007 a fevereiro de 2011.

José Luiz Dezanet e Luis Tedesco agiram sempre ajustados com os réus Maria Carlesso Doré e Norival Fiorin, e desse modo concorreram para sua prática, razão pela qual, na forma do artigo 29 do Código Penal, respondem em concurso de agentes pelo crime cometido (fls. 1-6).

Concluída a instrução, o Magistrado de Primeiro Grau julgou improcedente a exordial acusatória, e absolveu os Acusados das imputações que lhes foram dirigidas (fls. 707-713).

Insatisfeito, o Ministério Público deflagrou recurso de apelação.

Aduziu, em síntese, que foram suficientemente comprovadas a autoria e a materialidade do delito imputado aos Denunciados, e que inexistente fundamento a alicerçar a conclusão de que as condutas são atípicas.

Sob tais argumentos requereu a reforma da sentença, com a condenação de Maria Carlesso Doré, Norival Fiorin, José Luiz Dezanet e Luis Tedesco nos termos da denúncia (fls. 719-733).

Os Acusados ofereceram contrarrazões pelo conhecimento e desprovimento do reclamo (fls. 743-754).

A Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer lavrado pela Excelentíssima Procuradora de Justiça Heloísa Crescenti Abdalla Freire, posicionou-se pelo conhecimento e provimento do recurso (fls. 769-772).

Este é o relatório.

VOTO

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

E, quanto ao mérito, é digno de provimento.

1. A controvérsia não diz respeito à ocorrência do fato ou à autoria. Os Acusados não negam que José Luiz Dezanet e Luis Tedesco instalaram o empreendimento de beneficiamento de mandioca (chamado de “Mandiocas Luzerna”) no imóvel que antes era a Escola Isolada Barra do Estreito, tampouco há dúvida sobre o fato de ter sido Maria Carlesso Doré quem autorizou, em um primeiro momento, a utilização do imóvel, e de ter Norival Fiorin permitido que José Luiz e Luis lá continuassem mesmo quando assumiu a chefia do Poder Executivo do Município de Luzerna.

Suas declarações em Juízo (fl. 664) confirmam tais circunstâncias, que não são impugnadas pelos Apelados de qualquer modo; nem nas alegações finais (em que são mencionadas a inexistência de prejuízo ao erário, a correta destinação dada ao imóvel e a conclusão da ação civil pública que tratava do mesmo assunto, fls. 677-685 e 690-694), nem nas contrarrazões recursais (fls. 743-754).

O debate cinge-se, em verdade, à existência de dolo e, a julgar pelo último parágrafo da fundamentação da sentença (fl. 713), à necessidade da prestação jurisdicional repressiva.

Os Apelados foram absolvidos em Primeira Instância porque, ao sentir do Magistrado, “a atitude dos Prefeitos não passou de mera irregularidade, sem o condão de lhes impingir condenação criminal, pois ausentes o dolo específico ou genérico em suas condutas, consistente em auferir algum tipo de vantagem ou mesmo beneficiar terceiros” (fls. 710-711).

Mas o dolo *genérico*, é preciso reconhecer, está plenamente configurado. Não se cogita que Maria, como Prefeita Municipal, tenha autorizado a utilização do imóvel por descuido ou negligência; ou que José Luiz e Luis tenham lá instalado seu empreendimento por desatenção; ou que Norival, quando sucedeu Maria na chefia do Poder Executivo

Municipal, tenha permitido a permanência dos Corréus no lugar por distração.

Lembre-se que o dolo, de acordo com a teoria finalista, “é a vontade consciente de praticar a conduta típica” (NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de direito penal*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 236). Não se alegou, em momento algum, que qualquer um dos Apelados não tenha agido de modo livre e consciente (seja permitindo a utilização do imóvel e fazendo com que a municipalidade suportasse as despesas com energia elétrica no caso de Maria e Norival; ou seja utilizando o bem público e a luz sem desembolsar qualquer quantia, no caso dos demais Acusados).

Os dois ex-alcaides, inclusive, nem sequer podem sustentar que ignoravam que a cessão de parte do imóvel foi feita de modo irregular. Luis, quando ouvido no gabinete da 2ª Promotoria de Justiça de Joaçaba, afirmou que quando tratou com Maria sobre o uso do imóvel, esta lhe-ia dito que “a utilização seria complicada, mas acabou concordando, dizendo que após procurariam um meio de legalizar a situação” (fl. 138); e Norival foi o prefeito em cujo mandato ocorreu a alienação do imóvel (justamente para Luis, fls. 58-74); se Norival supusesse que o uso do bem, nos termos em que ocorria, era perfeitamente lícito, não teria despendido esforços para leiloar a coisa. Aliás, a ata da audiência pública da fl. 283, firmada por ele, conta com a passagem “o prefeito salientou que a exigência da lei destaca que a forma correta é o sistema de leilão público” para transferência da propriedade; *sabia*, pois, da irregularidade até então desenvolvida no local.

Sem mencionar que eles eram os chefes do Poder Executivo municipal. O desconhecimento da lei é inescusável (CP, art. 21), e alegá-lo é ainda mais temerário quando se trata de procedimentos legais que definem parte das funções atribuídas a ocupante de cargo público.

Quanto ao dolo *específico* de lesar o erário, tem-se que, apesar da

existência de precedentes que o apontam como imprescindível (STF, AP 372, Rel. Min. Dias Toffoli, j. 16.12.10; e TJSC, Ap. Crim. 2012.085772-9, Rel^a. Des^a. Marli Mosimann Vargas, j. 6.8.13), o tipo não faz tal exigência.

A conduta proibida é “utilizar-se, indevidamente, em proveito próprio ou alheio, de bens, rendas ou serviços públicos” (Decreto-Lei 201/67, art. 1º, inc. II). Certamente, em maior ou menor extensão, o dano ao patrimônio público é consequência inerente ao crime; mas não há sentido em limitar a punição aos casos em que o prejuízo ao erário é a motriz do agente.

Pois o bem juridicamente tutelado pela norma é “o interesse público na probidade administrativa e o patrimônio do município, que deve ser utilizado com propósitos públicos” (RAMOS, João Gualberto Garcez. *Crimes funcionais de prefeitos*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 34). E a probidade administrativa fica comprometida com a utilização indevida de bens, rendas ou serviços públicos, ainda que o *animus* do agente seja apenas a vontade de enriquecer ilicitamente. Não se exige que o agente almeje levar a municipalidade à bancarrota, ou que tenha como propósito o esvaziamento dos cofres da cidade.

E, se existe um elemento subjetivo específico do tipo, é aquele que vem inscrito na norma: a intenção de agir “em proveito próprio ou alheio”.

É esse o posicionamento de João Gualberto Garcez Ramos:

O tipo subjetivo desse crime é formado pelo dolo de utilizar-se mais o elemento subjetivo do tipo consistente na intenção de favorecer a si próprio ou a terceiro. Não é punível a título de culpa.

A intenção, manifestada posteriormente, de pagar pela utilização do bem, renda ou serviço públicos não tem nenhuma importância, nem para fins de apenamento (ibid., p. 35).

Assim, não se afigura razoável exigir dolo de lesar o erário para a

configuração do delito. Basta que o agente atue conscientemente, e que pretenda, com o uso indevido dos recursos públicos, beneficiar a si ou a terceiro.

E, neste caso, foi exatamente esse o *animus* que impulsionou os Apelados Maria e Norival.

Com relação à primeira, ela foi procurada pelos também Apelados Luis e por José Luiz depois de a Vigilância Sanitária ter proibido o enriquecimento da mandioca como era feito (de modo precário, nos porões das casas das famílias que plantavam e colhiam a mandioca), e autorizou o uso do imóvel onde antes era localizada a escola para que os dois lá realizassem o beneficiamento do produto, que seria adquirido dos demais microprodutores da região. Segundo disse, ela “sentiu-se obrigada” a ceder o espaço em razão do maior rigor que a Vigilância Sanitária passou a dispensar aos agricultores, que, em seu entender, “não eram pobres, mas apenas sobreviviam”. A Apelada também confirmou que não foi confeccionado contrato formalizando a cessão de parte do bem à Mandiocas Luzerna, mas que não viu qualquer prejuízo à municipalidade em seu modo de proceder (vídeo da fl. 662).

Norival, por sua vez, disse ter sido informado por Maria acerca do funcionamento da empresa no imóvel onde foi a Escola Isolada Barra do Estreito. Ainda segundo ele, Luis e José Luiz ter-lhe-iam procurado para que a cobrança da energia elétrica não ficasse ao encargo do Município, mas a concessionária teria criado embaraços à transferência de titularidade da conta. O Apelado acrescentou que não viu prejuízo ao erário, porque os Corréus davam manutenção ao imóvel, e porque as contas de energia elétrica, mesmo que eles lá não estivessem, seriam adimplidas pela municipalidade (mídia da fl. 662).

O que moveu ambos, portanto, a “ausência de prejuízo” à municipalidade, e o fato de que a providência teria caráter social, ao possibilitar o escoamento da produção de mandioca das famílias da

localidade (que, proibidas de enriquecer o produto em seus porões, poderiam vender a matéria-prima à Mandiocas Luzerna).

Mas a “ausência de prejuízo” é uma falsa premissa. Porque ele ocorreu. Foi criteriosamente discriminado na denúncia, às fls. 4-5, e foi objeto da Ação Civil Pública 037.12.003574-6, processo em que foi determinada a restituição, aos cofres públicos, do montante irregularmente despendido com o adimplemento das despesas geradas no imóvel. A determinação, a propósito, foi mantida no julgamento da Apelação Cível 2014.079844-5 (Rel. Des. Sérgio Roberto Baasch Luz, j. 24.3.15).

E Norival, que aduziu que a conta de energia seria suportada pelo município de qualquer maneira, parece ignorar o fato de que, se não houvesse a instalação de uma empresa no bem, não haveria o consumo extra de luz ocasionado pelo maquinário lá inserido para o enriquecimento da mandioca. Pois seguramente um imóvel eminentemente desocupado não gera despesas de energia na ordem de R\$ 300,00 a R\$ 400,00 mensais.

O prejuízo ao erário, portanto, ocorreu, e era previsível.

Quanto ao ponto restante (a função social advinda da utilização irregular do imóvel), não se tem tal escusa como suficiente para desconfigurar o dolo dos ex-alcaides.

Porque, como dito acima, não se exige a intenção deliberada do agente em esvaziar as reservas financeiras do município. Menos mau que o procedimento irregular não causou consequências excessivamente nefastas, e tanto melhor que algum benefício social adveio do comportamento dos ex-prefeitos. Mas esse reflexo não é extraordinário. Tivessem os Apelados cedido irregularmente o imóvel para que outra empresa lá se instalasse, tal medida poderia representar criação de postos de trabalho e maior distribuição de renda no local; a cessão, todavia, não deixaria de ser irregular, tampouco deixaria de representar violação à impessoalidade. E o tipo penal também proíbe a conduta de utilização indevida da res pública mesmo que em benefício alheio.

E, como apontou o Recorrente, “não se pode aceitar a tese de que toda conduta criminoso que gere, indiretamente, algum benefício social ou econômico coletivo, provoque a descaracterização do tipo penal. Mesmo o tráfico de drogas, a exploração sexual, o tráfico de pessoas e outros crimes podem ser economicamente mensurados e socialmente considerados quanto aos benefícios que trazem para quem vive da sordidez de tais atos” (fl. 732).

As alegações no sentido de que não havia outros interessados no uso do imóvel têm amparo apenas nos depoimentos dos próprios Apelados. Até o procedimento de alienação do bem (realizado em momento posterior às práticas delitivas aqui em análise) não dá segurança a esse respeito, pois Luis e Itacir José Tedesco arremataram a coisa com a melhor proposta, de R\$ 26.580,00 (fls. 85-86), mas cerca de cem páginas do processo não foram trazidas a estes autos (a numeração vai de 74 a 185, fls. 84-85). Não se sabe se foi a *única* proposta.

Aliás, nos autos da Ação Civil Pública 037.12.003574-6, foi reconhecido que o modo de proceder dos Apelados representou afronta à impessoalidade, princípio que norteia a probidade da administração pública, como se vê na sentença proferida em tal processo (“a ré violou o princípio da impessoalidade por destinar bem público para beneficiar restritamente os réus José e Luis” e “esta omissão se deu para privilegiar exclusivamente interesse particular, ocasionando prejuízo direto ao erário público”, p. 7-8 do ato compositivo da lide).

Sem mencionar o óbvio: o imóvel, ao final, foi alienado. O que significa que existiam meios para que a transferência da propriedade fosse efetivada, de modo que não havia óbice aos Apelados a procederem dentro dos limites da legalidade para que fosse gerado o impacto positivo na comunidade de Barra do Estreito.

Mas não: Maria decidiu ceder um imóvel público para dois particulares, escolhidos ao seu exclusivo arbítrio, lá instalarem uma

empresa, e fez com que o município suportasse as contas de energia por eles geradas. Norival resolveu manter a situação irregular e só deu início à licitação em 12.1.11 (fl. 58), data posterior ao início dos procedimentos investigativos pelo Ministério Público, que remontam a 9.12.10 (fl. 30). E enquanto o *Parquet* não agia, não havia esforço despendido no sentido de ressarcir o erário do débito gerado em razão das contas de energia elétrica.

Não se afirma aqui, peremptoriamente, que em *nenhuma* ocasião seria permitido aceitar que um prefeito, em nome do bem maior, precisasse tomar decisão que escapasse da legalidade. Mas, como retoricamente indagou o Apelante, “não era possível descascar e armazenar mandioca congelada em um cômodo das casa de algum dos réus? A única solução era ceder o imóvel e a energia elétrica do Município? Tais despesas são realmente de ordem pública?” (fl. 732).

Certamente, havia uma miríade de soluções que não consistiam em autorizar o uso irregular de propriedade pública. Uma delas seria providenciar o uso *regular* do imóvel, inclusive. E nem seria necessária tramitação excessivamente burocrática e morosa, inclusive: o procedimento licitatório teve início em 12.1.11 (fl. 74), e em 21.2.11 o termo de adjudicação foi firmado (fl. 88).

Mas não foi desta forma que procederam os Apelados Norival e Maria. No que diz respeito a eles, portanto, a sentença deve ser reformada.

E quanto aos Apelados José Luiz e Luis a solução não é diferente.

Pois foram os dois os maiores beneficiados com o modo de proceder incorreto dos ex-alcaides, e foram eles quem ativamente buscaram tal providência, pois procuraram Maria e propuseram a ela que autorizasse o uso do imóvel (vídeo da fl. 662). Na reunião em que o assunto foi debatido, a propósito, estavam a então Prefeita, José Luiz, Luis e os idosos que também utilizavam o imóvel. Não houve menção da participação de um outro empresário que estivesse disposto a realizar o serviço de beneficiamento da mandioca.

A intenção de se beneficiarem com o uso indevido do imóvel é clara, pois lá sediaram as instalações de sua empresa, e por meio de tal empreendimento é que auferiam lucro. Tanto assim é que compraram uma câmara fria de R\$ 17.500,00 (fl. 210), e o imóvel foi posteriormente arrematado por R\$ 26.580,00. O impacto social que Mandiocas Luzerna tinha era secundário à atividade econômica lá desenvolvida, como destacou o Recorrente (fl. 732).

E mais: José Luiz e Luis *sabiam*, seguramente, que não desembolsavam um centavo pelo aluguel do espaço, e que nem pagavam as contas de energia elétrica. Por mais preconceituoso que seja o juízo que se faz acerca da população de Barra do Estreito, nem o mais matuto dentre eles pode evocar sua situação de morador do interior como escusa para o desconhecimento da necessidade de contraprestação pelo uso dos bens alheios. Os dois, portanto, agiam de modo consciente, sabendo que se aproveitavam, indevidamente, de coisa pública.

A digressão a respeito do resultado da Ação Civil Pública (ação em que José Luiz e Luis não foram condenados, e onde se reconheceu que Maria e Norival não agiram com dolo) é irrelevante. As esferas são independentes, e ainda que a decisão em juízo criminal possa vincular as demais áreas (CPP, art. 65, p. ex.), a conclusão de uma ação civil pública certamente não limita a atuação jurisdicional penal.

A assertiva de que “o maior prejuízo da conduta dos réus seriam os cofres públicos e já houve ressarcimento desse dano ao erário”, o que levou o Magistrado de Primeiro Grau a concluir pela desnecessidade de condenação criminal (fl. 713), por sua vez, é incorreta. O “ressarcimento de prejuízo” não tem caráter preventivo ou retributivo; não é, pois, uma das finalidades da pena (DOTTI, René Ariel. *Curso de direito penal: parte geral*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 528).

E, no que concerne à prevenção e à retribuição, os Apelos não experimentaram nenhuma medida que pudesse, satisfatoriamente, carregar a mensagem do erro em seus modos de agir. O ressarcimento ao

erário não tem caráter retributivo, pois a quantia foi *ilicitamente* tirada dos cofres públicos; exigir sua restituição não tem caráter punitivo, é apenas um meio de tornar a lesão indene.

Assim, o recurso é digno de provimento, para que sejam os Apelados condenados pela prática do crime previsto no art. 1º, inc. II, do Decreto-Lei 201/67.

2. Quanto à dosimetria, não há justificativa para a fixação da pena acima do mínimo legal. A culpabilidade não é digna de nota, os Apelados não registram antecedentes, não há informações desabonadoras sobre suas condutas sociais ou suas personalidades (dois deles, inclusive, foram prefeitos; não se pode imaginar que tenham condutas sociais ruins), os motivos, as circunstâncias e as consequências do crime não são dignos de destaque por sua maior reprovabilidade, e não há comportamento da vítima.

Apesar do arrazoado tecido no recurso (fl. 733), a culpabilidade dos Apelados não é descomunal. A boa formação e as condições financeiras de Maria e Norival não tornam o delito mais reprovável, porque não é como se eles tivessem utilizado sua posição no administrativo municipal para o vil fim de encherem os próprios cofres. Em outras palavras, não usaram esse “acesso à cultura” (fl. 733) em benefício próprio.

Ademais, o próprio Recorrente insurgiu-se com relação à presunção de que os moradores da Barra do Estreito são “pessoas toscas” (fl. 728). Não pode esperar que, sem qualquer amparo probatório, sejam os ex-alcaides considerados pessoas com acesso à cultura e cosmopolitas somente pelo fato de terem ocupado a cadeira de prefeito. Sem mencionar que, exceto nas hipóteses do art. 29 do Código Penal, o réu de ação penal movida pela prática de crime previsto no Decreto-Lei 201/67 *sempre* terá o cargo de prefeito no currículo.

E o fato de que “estavam tratando de um bem público e deveriam zelar pela sua conservação como tal” (fl. 733) é inerente ao tipo. Se não estivessem tratando de bem público, não teriam sido processados.

Assim, considerando que as circunstâncias judiciais não são desfavoráveis aos Apelados, a pena-base deve ser estipulada em seu mínimo legal, ou seja, 2 anos de reclusão.

Inexistentes ulteriores modificações na segunda e na terceira etapa dosimétrica, é neste mesmo patamar em que a reprimenda final é tornada definitiva. O regime inicial para resgate da pena, em razão do *quantum* e dos vetores do art. 59 do Código Penal, é o aberto.

Considerando que o crime não foi cometido com violência ou grave ameaça, que os Acusados são primários e que as circunstâncias judiciais são favoráveis a eles, é viável a substituição da sanção corporal por duas restritivas de direitos (CP, art. 44, § 2º), consistentes em prestação de serviços à comunidade e prestação pecuniária, esta, em valor equivalente a 2 salários mínimos para cada Apelado. Ainda que não se tenha noção exata da capacidade econômica de cada um deles, dois são ex-prefeitos, e outros dois tiveram cacife para adquirir uma câmara fria de R\$ 17.500,00. Não é adequado impor a eles a mesma prestação pecuniária geralmente imposta a condenados desempregados ou subempregados.

3. De resto, é necessário declarar a extinção da punibilidade da Apelada Maria, em razão da prescrição retroativa.

Como o delito antecedeu a modificação do art. 110, § 1º, do Código Penal promovida pela Lei 12.234/10 (de 5.5.10), não há óbice ao cálculo da prescrição entre intervalo anterior ao recebimento da denúncia.

E, no que diz respeito a Maria, o delito foi por ela permanentemente cometido enquanto ela, como chefe do Poder Executivo municipal, permitiu a utilização irregular do imóvel; considerando que ela foi sucedida em 2009 (depois das eleições para Prefeito de 2008) por Norival, é de se considerar, como data em que cessou a permanência (CP, art. 111, inc. III), o dia 31.12.08.

Uma vez que a exordial acusatória foi recebida em 20.2.15 (fl. 595),

o lapso de 4 anos (CP, art. 109, inc. V) transcorreu entre os dois marcos interruptivos; a pretensão punitiva, portanto, encontra-se prescrita.

Com relação aos demais, todavia, não há causa de extinção da punibilidade a ser reconhecida. Considerando que o bem só foi adjudicado em fevereiro de 2011 (fl. 88), sua utilização irregular ocorreu, de forma permanente, até tal data; e como “a lei penal mais grave aplica-se ao crime continuado ou ao crime permanente, se a sua vigência é anterior à cessação da continuidade ou da permanência” (STF, Súmula 711), não há justificativa para contagem retroativa da prescrição (pois desde maio de 2010 tal medida não mais era permitida).

Por fim, não se pode olvidar que em 17.2.16 o Plenário do Supremo Tribunal Federal permitiu a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação ao julgar o *Habeas Corpus* 126.292, Relator o Excelentíssimo Ministro Teori Zavascki.

Reverendo entendimento anteriormente firmado, decidiu a Suprema Corte que a presunção de não culpabilidade do acusado deve evoluir de acordo com o estágio do procedimento, de forma que, proferida a sentença, a eventual condenação representa um juízo de culpabilidade, o qual, embora não definitivo, fica sujeito a revisão por Tribunal hierarquicamente superior. Com a concordância da Corte de Justiça quanto à condenação, esgota-se a análise dos fatos e das provas encartadas ao feito, pois é na segunda instância “que se concretiza, em seu sentido genuíno, o duplo grau de jurisdição, destinado ao reexame de decisão judicial em sua inteireza, mediante ampla devolutividade da matéria deduzida na ação penal, tenha ela sido apreciada ou não pelo juízo *a quo*”. “Ressalvada a estreita via da revisão criminal, é, portanto, no âmbito das instâncias ordinárias que se exaure a possibilidade de exame de fatos e provas e, sob esse aspecto, a própria fixação da responsabilidade criminal do acusado”. Não se pode olvidar que os julgamentos realizados pelas cortes superiores “não se vocacionam a permear a discussão acerca da

culpa, e, por isso, apenas excepcionalmente teriam, sob o aspecto fático, aptidão para modificar a situação do sentenciado”. Logo, “tendo havido, em segundo grau, um juízo de incriminação do acusado, fundado em fatos e provas insuscetíveis de reexame pela instância extraordinária, parece inteiramente justificável a relativização e até mesmo a própria inversão, para o caso concreto, do princípio da presunção de inocência até então observado”.

O entendimento vem sendo renovado nas últimas decisões monocráticas dos componentes do Supremo Tribunal Federal, vide HC 133.651, Rel. Min. Luiz Fux, 28.3.16; RHC 133.150, Rel. Min. Teori Zavascki, j. 17.3.16; HC 133.387 MC, Rel. Min. Edson Fachin, j. 16.3.16; RHC 123.416, Rel. Min. Luiz Fux, j. 29.2.16.

Essa compreensão também tem sido acatada pelo Superior Tribunal de Justiça (HC 354.470, Rel. Min. Nefi Cordeiro, j. 2.6.16; HC 350.518, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, j.17.5.16, e HC 354.769, Rel.^a Min.^a Maria Thereza de Assis Moura, j. 5.5.16) e por esta Casa (Apelação 0001295-23.2014.8.24.0104, Rel.^a Des.^a Marli Mosimann Vargas, j. 21.6.16; HC 4001960-21.2016.8.24.0000, Rel. Des. Rodrigo Collaço, j. 9.6.16; e HC 4001453-60.2016.8.24.0000, Rel. Des. Moacyr de Moraes Lima Filho, j. 3.5.16).

Assim, tendo em mira que o Supremo Tribunal Federal é o órgão de cúpula do Poder Judiciário, que conforme definido no art. 102 da Constituição Federal compete-lhe precipuamente guardá-la, e que no julgamento por seu Plenário do *Habeas Corpus* 126.292 foi afirmada a constitucionalidade do início da execução da pena após o assentamento da culpabilidade pelo Tribunal de apelo, ainda que pendentes de análise recursos dirigidos às Cortes de Superposição, concebe-se que o caso em tela requer a imediata implementação da execução provisória da pena.

Ante o exposto, vota-se pelo conhecimento e provimento do recurso, a fim de julgar procedente a imputação inicial e condenar Maria

Carlesso Doré, Norival Fiorin, José Luiz Dezanet e Luis Tedesco à pena de 2 anos de reclusão, em regime aberto, pela prática do crime previsto no art. 1º, inc. II, do Decreto-Lei 201/67, substituída a sanção corporal por prestação de serviços à comunidade e prestação pecuniária; e pela declaração, *ex officio*, da extinção da punibilidade de Maria Carlesso Doré, em razão da prescrição em sua modalidade retroativa.

Determina-se ao Juízo da Condenação, exaurida a possibilidade de interposição de recurso nesta Corte e após o recebimento na íntegra do presente *decisum*, que expeça os documentos necessários à execução provisória das penas impostas aos Apelados, nos termos do recente posicionamento do Supremo Tribunal Federal no julgamento do HC 126.292.

Para os fins do disposto no § 5º do art. 87 do Regimento Interno desta Corte, nas Resoluções 44, 50 e 172 do Conselho Nacional de Justiça e no Provimento 29 da Corregedoria Nacional de Justiça, o nome dos Acusados Norival Fiorin, José Luiz Dezanet e Luis Tedesco deve ser incluído, com fulcro no art. 1º, inc. I, “e”, 1, da Lei Complementar 64/90, no Cadastro Nacional de Condenados por Ato de Improbidade Administrativa e por Ato que Implique Inelegibilidade – CNCIAI.

Apelação Criminal n. 0001401-52.2015.8.24.0135, de Navegantes

Relator: Des. Sérgio Rizelo

APELAÇÃO CRIMINAL. TENTATIVAS DE LATROCÍNIO (CP, ARTS. 157, § 3º, C/CO 14, INC. II). SENTENÇA CONDENATÓRIA. RECURSOS DOS ACUSADOS.

1. ATENUANTES. MENORIDADE PENAL RELATIVA E CONFISSÃO ESPONTÂNEA. PRETENSÕES DEFERIDAS NA SENTENÇA. INTERESSE RECURSAL. 2. “FATO 1”. LATROCÍNIO TENTADO. DOLO DE SUBTRAÇÃO. *ANIMUS NECANDI*. DESCLASSIFICAÇÃO. SENTENÇA PARCIALMENTE ANULADA. REMESSA DOS AUTOS AO JUÍZO DO TRIBUNAL DO JÚRI. 3. “FATO 2”. 3.1. PROVA DA AUTORIA. DECLARAÇÕES DAS VÍTIMAS. RECONHECIMENTO PESSOAL DO AGENTE. 3.2. DESCLASSIFICAÇÃO. LATROCÍNIO. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. *ANIMUS NECANDI*. PROVA. 3.3. TENTATIVA. FRAÇÃO. *ITER CRIMINIS* PERCORRIDO. 3.4. REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DA PENA. FECHADO. PENA ACIMA DE 8 ANOS.

1. Não devem ser conhecidos os pedidos de aplicação da atenuante da menoridade penal relativa e da confissão espontânea, por ausência de interesse recursal, se tais pretensões já foram deferidas na sentença resistida.

2. Se o agente ingressa no local de trabalho da vítima, efetua disparo que não lhe causa a morte, e foge do local sem manifestar nem evidenciar vontade de subtrair algum bem suscetível de apreciação econômica, viável é a desclassificação do crime de latrocínio tentado para o de tentativa de homicídio. Por consequência, deve-se anular em parte a sentença, cindir o processo e remetê-lo ao Juízo do Tribunal do Júri, a fim de que seja observado o procedimento relativo aos processos da competência do Tribunal do Júri, em relação ao “Fato 1” descrito na denúncia.

3.1. As declarações das vítimas, no sentido de que o acusado e seu comparsa, mediante o uso de arma de fogo, renderam-nas e subtraíram

seus pertences, além de um deles ter tentado disparar quatro vezes na direção de uma delas, que não foi atingida porque o artefato bélico falhou, corroboradas pelo reconhecimento pessoal de um agente, são provas suficientes da autoria do crime de latrocínio tentado.

3.2. Se, além do dolo da subtração, é comprovado o *animus necandi* dos agentes no tocante a uma das vítimas, mas sem idêntica prova com relação ao elemento subjetivo no que concerne a outro ofendido, deve ser mantida a tipificação de latrocínio tentado no que tange àquela, mas desclassificado o delito para roubo circunstanciado pelo emprego de arma e pela comparsaria quanto a este.

3.3. É adequada a fixação do patamar para a redução de pena decorrente da tentativa em 1/2 se o agente tentou efetuar disparos contra a vítima, mas sua morte não se consumou porque a arma de fogo falhou.

3.4. Deve ser fixado regime inicialmente fechado ao acusado condenado à pena superior a 8 anos de reclusão.

RECURSOS PARCIALMENTE CONHECIDOS E EM PARTE PROVIDOS E, DE OFÍCIO, ANULADA SENTENÇA QUANTO AO “FATO 1” DESCRITO NA DENÚNCIA, DETERMINADA A CISÃO DO FEITO E REMETIDOS OS AUTOS, NO QUE LHE DIZEM RESPEITO, AO JUÍZO DO TRIBUNAL DO JÚRI, PARA A ADOÇÃO DAS PROVIDÊNCIAS PERTINENTES.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n. 0001401-52.2015.8.24.0135, da Comarca de Navegantes (Vara Criminal), em que são Apelantes Viktor Hugo Santana e outro e Apelado o Ministério Público do Estado de Santa Catarina:

A Segunda Câmara Criminal decidiu, por unanimidade, conhecer parcialmente dos recursos, provê-los em parte para: a) desclassificar o latrocínio descrito no “Fato 2” do aditamento à denúncia (fls. 109-112) contra a Vítima Débora Salau do Nascimento Leo da Silva para roubo circunstanciado pelo emprego de arma e pela comparsaria; e b) elevar a fração utilizada em decorrência da minorante da tentativa para 1/2,

resultando na pena final para ambos os Acusados de 15 anos e 6 meses de reclusão e 12 dias-multa; de ofício, desclassificar o crime descrito no “Fato 1” da denúncia e de seu aditamento para tentativa de homicídio, anulando a sentença no que lhe diz respeito, cindindo o feito e remetendo os autos ao Primeiro Grau a fim de que seja aberta vista às Partes para que requeiram o que lhes aprouver, seguindo-se o procedimento relativo aos processos da competência do Tribunal do Júri, e determinar, após o exaurimento da possibilidade de interposição de recursos nesta Corte, o encaminhamento da íntegra do presente *decisum* ao Juízo da Condenação para que expeça os documentos necessários à execução provisória da pena imposta aos Acusados quanto ao “Fato 2” do aditamento das fls. 109-112, caso isso ainda não tenha sido implementado. Custas legais.

Participaram do julgamento, realizado no dia 29 de novembro de 2016, as Excelentíssimas Desembargadoras Salete Silva Sommariva (Presidente) e Cinthia Beatriz da S. Bittencourt Schaefer. Atuou pelo Ministério Público a Excelentíssima Procuradora de Justiça Heloísa Crescenti Abdalla Freire.

Florianópolis, 30 de novembro de 2016.

Sérgio Rizelo
Relator

RELATÓRIO

Na Comarca de Navegantes, o Ministério Público do Estado de Santa Catarina ofereceu denúncia contra Jardel Felipe Ferreira da Silva, imputando-lhe a prática dos crimes previstos nos arts. 157, § 3º, c/c o 14, inc. II (“Fato 1”) e 157, § 3º, c/c o 14, inc. II, por duas vezes (“Fato 2”), todos do Código Penal, nos seguintes termos:

Fato 1

No dia 13 de abril de 2015, por volta das 12h15min, o denunciado Jardel

Felipe Ferreira da Silva visando o assenhoreamento definitivo de coisa alheia móvel, dirigiu-se ao Escritório de Advocacia – Doutora Débora Salau do Nascimento Leo da Silva, situado na Avenida Prefeito Cirino Adolfo Cabral, 1.239, centro, neste município.

Lá chegando, o denunciado Jardel Felipe Ferreira da Silva, empunhando uma arma de fogo do tipo “espingarda”, adentrou no referido escritório, dirigiu-se até a sala ocupada pela vítima Alexandre Leo da Silva (cônjuge da proprietária do escritório), momento em que o denunciado ao avistar a vítima e objetivando assegurar a consumação do crime de roubo, efetuou um disparo em direção da vítima Alexandre, acertando-o no ombro esquerdo, logo após evadiu-se do local sem subtrair qualquer objeto.

Registra-se que a subtração do patrimônio alheio, bem como a morte da vítima Alexandre não se consumaram por circunstâncias alheias à vontade do agente, uma vez que a vítima foi atingida em região não letal e recebeu posterior atendimento médico.

É de se destacar que o crime foi praticado de modo desproporcional impossibilitando a defesa da vítima Alexandre, haja vista que foi surpreendido de inopino em seu local de trabalho e se encontrava totalmente desarmado.

Fato 2

No dia 23 de abril de 2015, por volta das 12 horas, o denunciado Jardel Felipe Ferreira da Silva, em comunhão de esforços e vontades com terceiro não identificado, movidos na intenção de apoderar-se do patrimônio alheio mediante grave ameaça e violência, com o emprego de arma de fogo e restrição à liberdade das vítimas, dirigiram-se novamente ao Escritório de Advocacia – Doutora Débora Salau do Nascimento Leo da Silva, no mesmo endereço supramencionado.

Lá chegando, o denunciado Jardel Felipe Ferreira da Silva e seu comparsa adentraram ao recinto e, utilizando-se de uma arma de fogo, anunciaram o assalto rendendo as vítimas que lá se encontravam dentre elas, Débora Salau do Nascimento Leo da Silva (proprietária do escritório), Alexandre Leo da Silva (cônjuge da proprietária), Verônica Larissa Honório da Silva

(funcionária), Guilherme Augusto Ferreira (funcionário), Josiel Luiz Bendin Schramm (Advogado associado) e Leonam da Costa Nascimento (cliente).

Na sequência, o comparsa do denunciado, sempre apontando a arma de fogo em direção às vítimas na intenção de aterrorizá-las, ordenou que todas próximas (sic), reunindo-as em uma sala do escritório, instante em que o denunciado Jardel subtraía a quantia de R\$ 2.800,00 (dois mil e oitocentos reais) que guardava em uma das gavetas do escritório, a quantia de R\$ 240,00 (duzentos e quarenta reais), um celular da marca Samsung, de cor branca, pertencentes à vítima Guilherme, além da quantia de R\$ 27,00 (vinte e sete reais) e joias pertencentes à vítima Débora.

Na ocasião, o comparsa do denunciado Jardel movido pela intenção de garantir a consumação do crime, apontou a arma de fogo em direção da vítima Alexandre Leo da Silva e desferiu cerca de quatro (4) disparos, contudo, o intento homicida não se consumou por circunstâncias alheias à vontade dos agentes, uma vez que os disparos falharam, fazendo com que a dupla se evadisse do local.

Desta feita, o denunciado Jardel Felipe Ferreira da Silva, em concurso com outro indivíduo, com uso de arma de fogo, subtraíram coisa móvel alheia, mediante violência que buscou inclusive a morte da vítima Alexandre Leo da Silva para garantir a consecução do crime, o que só não se consumou por circunstâncias alheias à vontade dos agentes, qual seja: a falha nos disparos da arma de fogo (fls. 87-90).

Posteriormente, o Ministério Público aditou a denúncia para imputar a Jardel Felipe Ferreira da Silva e Viktor Hugo Santana o cometimento dos delitos positivados no art. 157, § 3º, c/c os arts. 14, inc. II, e 70 (duas vezes), todos do Código Penal (“Fato 2”), nos seguintes termos:

Fato 1

No dia 13 de abril de 2015, por volta das 12h15min, o denunciado Jardel Felipe Ferreira da Silva visando o assenhoreamento definitivo de coisa

alheia móvel, dirigiu-se ao Escritório de Advocacia – Doutora Débora Salau do Nascimento Leo da Silva, situado na Avenida Prefeito Cirino Adolfo Cabral, 1.239, centro, neste município.

Lá chegando, o denunciado Jardel Felipe Ferreira da Silva, empunhando uma arma de fogo do tipo “espingarda”, adentrou no referido escritório, dirigiu-se até a sala ocupada pela vítima Alexandre Leo da Silva (cônjuge da proprietária do escritório), momento em que o denunciado ao avistar a vítima e objetivando assegurar a consumação do crime de roubo, efetuou um disparo em direção da vítima Alexandre, acertando-o no ombro esquerdo, logo após evadiu-se do local sem subtrair qualquer objeto.

Registra-se que a subtração do patrimônio alheio, bem como a morte da vítima Alexandre não se consumaram por circunstâncias alheias à vontade do agente, uma vez que a vítima foi atingida em região não letal e recebeu posterior atendimento médico.

É de se destacar que o crime foi praticado de modo desproporcional impossibilitando a defesa da vítima Alexandre, haja vista que foi surpreendido de inopino em seu local de trabalho e se encontrava totalmente desarmado.

Fato 2

No dia 23 de abril de 2015, por volta das 12 horas, o denunciado Jardel Felipe Ferreira da Silva, em comunhão de esforços e vontades com o denunciado Viktor Hugo Santana, movidos na intenção de apoderar-se do patrimônio alheio mediante grave ameaça e violência, com o emprego de arma de fogo e restrição à liberdade das vítimas, dirigiram-se novamente ao Escritório de Advocacia – Doutora Débora Salau do Nascimento Leo da Silva, no mesmo endereço supramencionado.

Lá chegando, os denunciados Jardel Felipe Ferreira da Silva e Viktor Hugo Santana adentraram ao recinto e, utilizando-se de uma arma de fogo, anunciaram o assalto rendendo as vítimas que lá se encontravam dentre elas, Débora Salau do Nascimento Leo da Silva (proprietária do escritório), Alexandre Leo da Silva (cônjuge da proprietária), Verônica Larissa Honório da Silva (funcionária), Guilherme Augusto Ferreira

(funcionário), Josiel Luiz Bendin Schramm (Advogado associado) e Leonam da Costa Nascimento (cliente).

Na sequência, o denunciado Viktor Hugo Santana, sempre apontando a arma de fogo em direção às vítimas na intenção de aterrorizá-las, ordenou que todas ficassem próximas, reunindo-as em uma sala do escritório, instante em que o denunciado Jardel Felipe Ferreira da Silva subtraía a quantia de R\$ 2.800,00 (dois mil e oitocentos reais) de uma das gavetas do escritório, mais a quantia de R\$ 240,00 (duzentos e quarenta reais) e um celular da marca Samsung, de cor branca, estes pertencentes à vítima Guilherme, além da quantia de R\$ 27,00 (vinte e sete reais) e joias pertencentes à vítima Débora.

Na ocasião, o denunciado Viktor Hugo Santana movido pela intenção de garantir a consumação do crime, apontou a arma de fogo em direção da vítima Alexandre Leo da Silva e desferiu cerca de quatro (4) disparos em sua direção. Contudo, o intento homicida não se consumou por circunstâncias alheias à vontade dos agentes, uma vez que os disparos falharam, fazendo com que a dupla se evadisse do local.

Desta feita, os denunciados Jardel Felipe Ferreira da Silva e Viktor Hugo Santana, com uso de arma de fogo, subtraíram coisa móvel alheia, mediante violência que buscou inclusive a morte da vítima Alexandre Leo da Silva para garantir a consecução do crime, o que só não se consumou por circunstâncias alheias à vontade dos agentes, qual seja: a falha nos disparos da arma de fogo (fls. 109-112).

Concluída a instrução, o Magistrado de Primeiro Grau julgou procedente a exordial acusatória e condenou:

1) Jardel Felipe Ferreira da Silva à pena de 18 anos, 1 mês e 23 dias de reclusão, a ser cumprida em regime inicialmente fechado, e 18 dias-multa, arbitrados individualmente no mínimo legal, pelo cometimento dos delitos previstos nos arts. 157, § 3º, c/c o 14, inc. II (fato 1), e 157, § 3º, c/c o 14, inc. II, por duas vezes (fato 2), todos do Código Penal; e

2) Viktor Hugo Santana à pena de 15 anos, 6 meses e 20 dias de reclusão, a ser cumprida em regime inicialmente fechado, e 12 dias-multa,

arbitrados individualmente no mínimo legal, pelo cometimento dos delitos previstos no art. 157, § 3º, c/c o 14, inc. II, por duas vezes, ambos do Código Penal (fls. 392-422).

Insatisfeitos, Jardel Felipe Ferreira da Silva e Viktor Hugo Santana deflagraram recursos de apelação.

Nas razões do inconformismo, Viktor Hugo Santana postulou a decretação da sua absolvição, por ausência de prova da autoria no que tange ao “Fato 2” descrito no aditamento à denúncia (fls. 109-112).

Subsidiariamente, requereu: 1) a desclassificação do crime de latrocínio tentado para roubo; 2) o reconhecimento da atenuante da menoridade penal relativa; 3) a aplicação da minorante da tentativa na fração máxima; e 4) a fixação do regime inicial de cumprimento da pena no aberto ou semiaberto (fls. 457-476).

Jardel Felipe Ferreira da Silva, por sua vez, pleiteou a proclamação da sua absolvição quanto ao “Fato 1” da exordial acusatória, por não estar demonstrada sua participação no evento.

No tocante ao “Fato 2” presente no aditamento das fls. 109-112, pugnou pela desclassificação da conduta para a tipificadora do delito de roubo e, ainda, pela aplicação da atenuante da confissão espontânea (fls. 523-530).

O Ministério Público ofereceu contrarrazões pelo conhecimento e desprovidimento dos reclamos (fls. 488-503 e 534-544).

A Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer lavrado pelo Excelentíssimo Procurador de Justiça Paulo Antônio Günther, posicionou-se pelo conhecimento dos recursos e por seus desprovidimentos (fls. 548-562).

Este é o relatório.

VOTO

1. Não devem ser conhecidos os pedidos de aplicação das atenuantes da menoridade penal relativa e da confissão espontânea (CP, art. 65, incs. I e III, alínea “d”), por ausência de interesse recursal, pois o Magistrado de Primeiro Grau já deferiu essas pretensões na sentença resistida, embora não tenha reduzido a pena dos Apelantes Jardel Felipe Ferreira da Silva e Viktor Hugo Santana *aquém* do mínimo legal diante da incidência da Súmula 231 do Superior Tribunal de Justiça.

Confira-se:

Art. 157, § 3º (segunda parte), c/c art. 14, inciso II, ambos do Código Penal (fato 1):

Jardel Felipe Ferreira da Silva:

Na segunda fase de aplicação da pena, há de ser ponderada a atenuante de ser o agente menor de 21 anos de idade na data do fato (art. 65, inciso I, do CP), pois tinha 19 anos de idade. Entretanto, como a pena privativa de liberdade já está no mínimo legal, mantenho-na em 20 (vinte) anos de reclusão e 10 (dez) dias-multa (fl. 416).

[...]

Art. 157, § 3º (segunda parte), c/c art. 14, inciso II, ambos do Código Penal, por duas vezes (fato 2):

Jardel Felipe Ferreira da Silva:

[...] Na segunda fase de aplicação da pena, há de ser ponderada a atenuante de ser o agente menor de 21 anos de idade na data do fato (art. 65, inciso I, do CP), pois tinha 19 anos de idade, e a confissão. Entretanto, como a pena privativa de liberdade já está no mínimo legal, mantenho-na em 20 (vinte) anos de reclusão e 10 (dez) dias-multa (fl. 417).

[...]

Viktor Hugo Santana:

[...] Na segunda fase de aplicação da pena, há de ser ponderada a atenuante de ser o agente menor de 21 anos de idade na data do fato (art. 65, inciso I, do CP), pois tinha 20 anos de idade. Entretanto, como a pena privativa de liberdade já está no mínimo legal, mantenho-na em 20 (vinte) anos de reclusão e 10 (dez) dias-multa (fls. 418-419).

No mais, os apelos preenchem os pressupostos objetivos e subjetivos de admissibilidade, razão pela qual devem ser conhecidos.

2. Quanto ao “Fato 1” descrito na denúncia e no seu aditamento

O Recorrente Jardel Felipe Ferreira da Silva postulou a decretação da sua absolvição por ausência de prova da autoria delitiva.

Contudo, a sentença deve ser anulada nesse particular, de ofício, pois a conduta do agente não deve ser tipificada como tentativa de latrocínio (CP, art. 157, § 3º, c/c o 14, inc. II), mas como homicídio tentado (CP, art. 121, c/c o 14, inc. II).

O Apelante Jardel negou ter praticado o “Fato 1” positivado na denúncia e no aditamento, que deu-se no dia 13 de abril de 2015, por volta das 12h15min, quando dirigiu-se ao Escritório de Advocacia da Doutora Débora Salau do Nascimento Leo da Silva e, empunhando uma “espingarda”, dirigiu-se até a sala ocupada pela Vítima Alexandre Leo da Silva (cônjuge da proprietária do estabelecimento) e efetuou disparo que a alvejou no ombro esquerdo, evadindo-se sem subtrair qualquer objeto (audiovisual da fl. 237).

A Vítima Alexandre Leo da Silva contou, na fase administrativa:

no dia 13/04/2015, por volta das 12h15min, estava em sua sala no interior do escritório de Advocacia de sua esposa, Dra. Débora Salau do Nascimento Leo da Silva, quando observou a porta abrir e um homem adentrar portando uma arma de fogo, estilo espingarda; Que, tal homem foi diretamente para a sala do declarante, com tal arma em riste; Que, o declarante, assustado, levantou da cadeira onde estava, a qual bateu fortemente na mesa e fez um barulho, momento que tal

homem se assustou e disparou contra o declarante, acertando em seu ombro esquerdo de raspão; Que, tal homem se assustou e de pronto saiu correndo do local; Que, o declarante foi socorrido por sua esposa Débora e levado até o Hospital de Navegantes, em seguida; Que, tal homem possuía bigode de cor preta e ralo, possuía pele morena e vestia uma jaqueta com capuz [...] (fl. 5).

Sob o crivo do contraditório, o Ofendido Alexandre ratificou:

Promotor: Alexandre, vamos falar primeiro, do primeiro fato. Esquece, por ora, o segundo, tá? Onde é que tu tava dentro do escritório? O que aconteceu? Alexandre: Doutor, eu tava sentado na minha sala, que era, assim, no caso, na frente, né, bem na, na porta, assim, aí fica a recepção e aí era meio-dia, não sei dizer exato pro senhor, passava um pouquinho do meio-dia e a doutora tava na sala dela, que fica mais ao fundo, assim, mas não tem como ver, que é repartido, assim, o escritório, né, tem divisória. E aí o indivíduo abriu a porta do escritório. Ele tava de boné com um capuz, assim, sabe, na cabeça e um óculos escuro.

Promotor: Aham.

Alexandre: E aí tinha um bigodezinho, que é o Jardel e aí quando eu vi que ele vinha entrando, né, uma pessoa assim, estranha, tal, meio-dia, eu já vi ele com uma arma na mão, levantei da cadeira, cadeira de rodinha, assim, a cadeira correu e bateu na, na mesa. Quando a cadeira bateu na mesa, ele disparou o tiro e pegou por aqui, assim [indicou o ombro com a mão], em mim.

Promotor: Ele se assustou?

Alexandre: Eu acredito que quando eu levantei, que ele achou que eu ia em cima dele, mas eu acredito que ele veio pra me matar.

Promotor: Ele era menor que o senhor?

Alexandre: Olha...

Promotor: Que o senhor é um cara alto.

Alexandre: É, mas eu creio, creio que é um pouco menor, doutor.

Promotor: Tá. E daí?

Alexandre: E aí que a cadeira bateu na mesa, deu um estouro, assim, que deu o estouro da cadeira, ele atirou com a espingarda e saiu correndo.

Promotor: Tá.

Alexandre: Aí eu, meio que sangrou assim, né, furou minha camisa, até que o policial levou minha camisa pra fazer, não sei se perícia. Aí a doutora já levantou, eu fui lá na sala dela, fiquei meio assustado, assim e aí eu vi que bateu a porta de um carro e ele foi embora.

Promotor: Tá. Hoje foram apresentados pro senhor cinco pessoas.

Alexandre: Certo.

Promotor: O senhor fez o reconhecimento.

Alexandre: Sim, senhor.

Promotor: Um dos cinco participou nesse dia? Um dos cinco que foi mostrado pro senhor era a pessoa que participou desse fato...

Alexandre: Sim.

Promotor: ... que o senhor narrou?

Alexandre: Sim.

Promotor: Tá. Aquele que o senhor já falou no reconhecimento...

Alexandre: Isso.

Promotor: ... Né?

Alexandre: Sim, senhor.

Promotor: O senhor tem alguma dúvida que era ele?

Alexandre: Não (retirado da sentença, fls. 397-398).

A esposa da Vítima, Débora Salau do Nascimento Leo da Silva, narrou, na etapa judicial:

Promotor: Débora, nós vamos falar primeiro do primeiro fato só pra ficar bem, bem delimitado, tá?

Testemunha: [Sinal positivo com a cabeça].

Promotor: No primeiro fato, o que aconteceu? A senhora tava onde, que...?

Testemunha: Eu tava na minha sala, né, na época a minha sala era a última do escritório, ficava lá no fundo. Eu tava atendendo uma cliente, era, já passava do meio dia e, e eu, eu, eu só, eu só ouvi, né, não vi nada, eu só escutei quando o meu marido gritou: “Que foi?!”. Aí eu escutei um disparo e aí ele disse: “Oh! Seu desgraçado!”. Aí eu imaginei: Alguém deu um tiro nele.

Promotor: A senhora ouviu um disparo de arma de fogo?

Testemunha: Escu... Sim e o cheiro de pólvora que já ficou. O lugar fechado...

Promotor: Tá.

Testemunha: E aí eu, aí eu, né, levantei, a minha cliente também já levantou e a gente foi pra sala do meio, ficava fechada né, porque eu pensei que era alguém que tava entrando e atirando, né e daí eu já peguei o telefone e comecei a ligar pra polícia militar e comecei a gritar pro meu marido ir pra minha sala, né, pra se esconder. Daí eu comecei a gritar: “Alexandre! Alexandre!”. Aí ele já entrou na minha sala com o ombro sangrando, né, com a mão no ombro sangrando e aí eu já liguei pra polícia militar.

Promotor: A senhora viu a pessoa?

Testemunha: Não vi nada.

Promotor: que fez o disparo?

Testemunha: Nada. Aí a polícia militar chegou. Aí nisso um vizinho do lado, né, que tem uns predinhos do lado, ele veio. Daí ele falou assim: “Olha, eu vi, né, um cara, é...” – que daí o meu marido tinha parado

o carro dele, é, tava meio mal estacionado, assim. Daí ele falou assim: “Eu vi um cara que parou, tava com um mole... Um capuz na cabeça e com... eu pensei que era um pedaço de pau. Eu vi que ele abaixou, ficou mexendo naquele pau e aí levantou” – E o cara disse que tava estendendo roupa na sacada. Aí ele falou: “Aí daqui a pouco escutei o tiro. Escutei o tiro e vi que veio daqui do escritório e fiquei olhando. Aí eu vi aquele rapaz saindo”. Aí que ele identificou que era uma espingarda que o rapaz tava na mão.

Promotor: Aham.

Testemunha: Entendeu? Aí, eu não, não vi nada. Aí como, quando ele falou isso, aí o policial militar foi fazer, vasculhar ali perto do carro e achou um cartucho, né, da, da espingarda ali do lado.

Promotor: da espingarda.

Testemunha: Aham.

Promotor: Nesse primeiro dia, dra. Débora, foi levado qualquer coisa do escritório?

Testemunha: Não foi levado nada. E assim, eu não escutei falar “perdeu” e tal, “é um assalto”, nada. Eu só escutei o Alexandre gritar: “Que foi?” e aí (barulho de tiro) e aí ele: “Uh, seu desgraçado!”. Aí eu falei: foi um tiro. Aí o cheiro, um tiro. E aí eu já entendi... (audiovisual da fl. 226).

Sobre o tipo penal do latrocínio (CP, art. 157, § 3º, segunda parte), Cleber Masson leciona que “é crime complexo – resulta da fusão dos delitos de roubo (crime-fim) e homicídio (crime-meio) e pluriofensivo, já que ofende o patrimônio e a vida humana” (*Código penal comentado*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015. p. 701).

Com efeito, não há dúvida de que um agente, identificado pela Vítima como o Recorrente Jardel, ingressou no escritório da esposa daquela, munido de espingarda, foi à sala onde Alexandre Leo da Silva estava e, com a intenção, em tese, de matá-lo, efetuou um disparo na direção dele, alvejando seu ombro.

Em nenhum momento da ação delituosa houve menção sobre a vontade do autor do “Fato 1” de subtrair o patrimônio de alguém, tanto que a Vítima ressaltou “eu acredito que ele veio pra me matar”, e Débora Salau do Nascimento Leo da Silva aduziu: “eu não escutei falar ‘perdeu’ e tal, ‘é um assalto’, nada”.

Essa circunstância foi ignorada pelo Ministério Público nas alegações finais e pelo Magistrado de Primeiro Grau na sentença resistida.

Logo, não está evidenciado no feito o dolo de subtração de patrimônio alheio, o fim específico de ofender o patrimônio alheio, o *animus furandi*, que é a intenção de furtar, subtrair, mas apenas o de ceifar a vida do Ofendido Alexandre Leo da Silva, razão pela qual deve ser desclassificada a conduta descrita como “Fato 1” na denúncia e seu aditamento para a configuradora do delito de tentativa de homicídio (CP, art. 121, c/c o 14, inc. II).

É que, para a configuração do crime de latrocínio, é imprescindível a prova inequívoca do desiderato de subtrair coisa alheia, assegurar o sucesso ou a impunidade da empreitada, disso resultando a morte da vítima. Se a prova produzida não é segura e concludente que esse era o objetivo do agente (*animus furandi*), de crime doloso contra a vida se trata e como tal deve ser apurado.

Vale o registro:

“A certeza é aqui a *conscientia dubitandi* segura de que falava Viço e que não admite graus. Tem de fundar-se em dados objetivos indiscutíveis, de caráter geral, que evidenciem o delito e autoria, sob pena de conduzir tão-somente à íntima convicção insuficiente’ (Helena Frago, Revista de Processo Penal, vol. 5.º/148, Borsoi). A íntima convicção, sem apoio em dados ou elementos subjetivos indiscutíveis, leva à simples crença e não àquela certeza necessária e indispensável à condenação. Essa certeza não pode ser, igualmente, a certeza subjetiva, formada na consciência do Julgador, sob pena de se transformar o princípio do livre convencimento em arbítrio. A certeza que pode e deve levar à condenação é aquela de que

todos devem participar, alcançada sub *specie universalis*. Como diz Jean Patarin, citado por Heleno Fragoso, ‘a procura da certeza perfeita revela-se uma exigência particularmente imperiosa do direito penal. Certeza é sinônimo de manifesto, de evidente, de indiscutível’ (TJSP – AC – rel. Silva Leme – RJTJSP 138/424, grifo nosso).

A nossa Legislação Processual Penal, no art. 386, II, tratando da ausência de prova da existência do fato, consagra o princípio do *favor rei*, igualmente conhecido por *favor innocentiae* ou *favor libertatis*, definido na expressão de Euclides Ferreira da Silva Júnior como:

‘Aquele segundo o qual, num conflito entre o *jus puniendi* do estado e o *jus libertatis* do indivíduo, deve a conclusão ser tomada em favor do acusado’ (Curso de direito processual penal, 1997, Oliveira Mendes. p. 18).

Em igual prisma, preleciona o eminente E. Magalhães Noronha:

‘Vê-se, pois, que o ônus da prova cabe às partes. Há uma diferença, porém. A da acusação há de ser plena e convincente, ao passo que para o acusado basta a dúvida...

É a consagração do *in dubio pro reo* ou *actore non probante absolvitur reus*; há então presunção legal da inocência do acusado. É o que o Código expressamente consagra no art. 386, VI: absolve-se o réu quando ‘não existir prova suficiente para a condenação’ (Curso de direito processual penal, 24. ed., Saraiva, 1995, p. 91). (RT 787, de maio de 2001, p. 684-685)” (RT 787-684-685).

O Supremo Tribunal Federal orienta:

I. *Habeas corpus*: cabimento para dar à versão do fato acertada pela instância de mérito a sua correta classificação jurídica, mais favorável ao paciente. II. Latrocínio ou homicídio em concurso com roubo: diferenciação. 1. No roubo com resultado morte (“latrocínio”), a violência empregada – da qual deve resultar a morte –, ou se dirige à subtração, ou, após efetivada esta, a assegurar a posse da coisa ou a impunidade do delito patrimonial, que constitui a finalidade da ação. 2. Diversamente, tem-se concurso de homicídio e roubo (ou furto), se a morte da vítima, em razão

de animosidade pessoal de um dos agentes – segundo a própria versão dos fatos acertada pela decisão condenatória – foi a finalidade específica da empreitada delituosa, na qual a subtração da sua motocicleta – que, embora efetivada antes da morte, logo após é lançada ao rio pelos autores –, antes se haja de atribuir à finalidade de dissimular o crime contra a vida planejado (HC 84217, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 10.8.04).

Já deliberou esta Corte:

APELAÇÃO CRIMINAL. LATROCÍNIO (CP, ART. 157, § 3.º, *IN FINE*) E CORRUPÇÃO DE MENORES (LEI N. 8.069/90, ART. 244-B, § 2.º). [...] PLEITOS ALTERNATIVOS. DESCLASSIFICAÇÃO PARA HOMICÍDIO OU REDUÇÃO DAS PENAS APLICADAS. MORTE. SUBTRAÇÃO PATRIMONIAL. DESÍGNIOS AUTÔNOMOS. DESCLASSIFICAÇÃO. HOMICÍDIO. FURTO. CONCURSO. *EMENDATIO LIBELLI*. PRONÚNCIA. QUALIFICADORAS. ABSOLVIÇÃO SUMÁRIA. IMPOSSIBILIDADE. Quando a morte e a subtração patrimonial – ainda que praticadas no mesmo contexto – resultarem de ações distintas, motivadas por desígnios autônomos, não há falar em latrocínio, mas em concurso entre homicídio e furto. Se a peça acusatória descreve todos os elementos tipificadores do delito de homicídio e suas qualificadoras – não obstante imputando a prática de latrocínio –, cumpre ao tribunal desclassificar a conduta (CPP, art. 383, *c/c* art. 617) e pronunciar os acusados, determinando a remessa dos autos à corte popular (CPP, art. 383, § 2.º). A existência de indícios de terem os acusados, na companhia de um adolescente, simulado a compra de *crack* junto à vítima, com o intuito de matá-la para eximir um deles do pagamento de dívida contraída com a aquisição de drogas, e a subtração dela após a morte, do material estupefaciente e do aparelho celular que trazia consigo, permite cogitar do concurso entre os delitos de homicídio duplamente qualificado e de furto qualificado com o de corrupção de menores. Compete ao tribunal do júri dirimir a questão, eis que é o juiz natural constitucionalmente designado para julgar os crimes dolosos contra a vida e os a eles conexos. Recursos defensivos de três Réus parcialmente providos. Extensão aos outros dois Apelantes (CPP, art. 580). Demais teses defensivas prejudicadas (Ap. Crim. 2013.021595-5, Rel. Des. Roberto Lucas Pacheco, j. 8.5.14).

Também:

APELAÇÃO CRIMINAL. CONDENAÇÃO POR LATROCÍNIO, OCULTAÇÃO DE CADÁVER E CORRUPÇÃO DE MENOR (ARTIGOS 157, § 3º, *IN FINE*, E 211, AMBOS DO CÓDIGO PENAL, C/C ARTIGO 244-B, DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE). PLEITO DESCLASSIFICATÓRIO DE CRIME CONTRA O PATRIMÔNIO (LATROCÍNIO) PARA CRIME CONTRA A VIDA (HOMICÍDIO). ACOLHIMENTO. CADERNO PROBATÓRIO QUE APONTA A AUSÊNCIA DE LIAME ENTRE A PRÁTICA DO CRIME DE HOMICÍDIO E O FURTO POSTERIORMENTE COMETIDO. PROCESSUAL PENAL. COMPETÊNCIA DO TRIBUNAL DO JÚRI. INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 5º, XXXVIII, “D”, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, E ARTIGO 74, § 1º, C/C ARTIGOS 77, I, e 78, I, TODOS DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. ANULAÇÃO DA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL QUE SE ESTENDE, INCLUSIVE AO COAUTOR DOS CRIMES DE OCULTAÇÃO DE CADÁVER E CORRUPÇÃO DE MENOR, QUE NÃO APELOU. PRISÃO CAUTELAR MANTIDA NOS TERMOS DA DECISÃO DE PRIMEIRO GRAU. PLEITO SUBSIDIÁRIO DE REVISÃO DA PENA PREJUDICADO (Ap. Crim. 2012.039774-2, Rel. Des. José Everaldo Silva, j. 6.12.12).

É preciso salientar que se mostra possível a alteração da definição jurídica no caso (*emendatio libelli* prevista no art. 383 do Código de Processo Penal), pois a conduta, ainda que implicitamente, encontra-se descrita na denúncia, veja-se:

No dia 13 de abril de 2015, por volta das 12h15min, o denunciado Jardel Felipe Ferreira da Silva visando o assenhoreamento definitivo de coisa alheia móvel, dirigiu-se ao Escritório de Advocacia – Doutora Débora Salau do Nascimento Leo da Silva, situado na Avenida Prefeito Cirino Adolfo Cabral, 1.239, centro, neste município.

Lá chegando, o denunciado Jardel Felipe Ferreira da Silva, empunhando uma arma de fogo do tipo “espingarda”, adentrou no referido escritório, dirigiu-se até a sala ocupada pela vítima Alexandre Leo da Silva (cônjuge da proprietária do escritório), momento em que o denunciado ao avistar a

vítima e objetivando assegurar a consumação do crime de roubo, efetuou um disparo em direção da vítima Alexandre, acertando-o no ombro esquerdo, logo após evadiu-se do local sem subtrair qualquer objeto.

Registra-se que a subtração do patrimônio alheio, bem como a morte da vítima Alexandre não se consumaram por circunstâncias alheias à vontade do agente, uma vez que a vítima foi atingida em região não letal e recebeu posterior atendimento médico.

É de se destacar que o crime foi praticado de modo desproporcional impossibilitando a defesa da vítima Alexandre, haja vista que foi surpreendido de inopino em seu local de trabalho e se encontrava totalmente desarmado.

Portanto, não há comprovação nos autos de que o Apelante Jardel, ao efetuar disparo contra a Vítima no dia 13 de abril de 2015, tinha o propósito de causar-lhe a morte para empreender um roubo ou para assegurar a impunidade desse delito patrimonial.

Por consequência, como o “Fato 1” descrito na denúncia e no seu aditamento trata de crime doloso contra a vida, cujo julgamento compete ao Tribunal do Júri (CF, art. 5º, inc. XXXVIII, alínea “d”), a sentença, no que lhe diz respeito, é anulada para que, remetidos os autos ao Primeiro Grau, seja aberta vista às Partes para que requeiram o que lhes aprouver, seguindo o feito o procedimento relativo aos processos da competência do Tribunal do Júri.

Não se desconhece precedente da Quarta Câmara Criminal deste Tribunal que, após desclassificar o delito de latrocínio para o de homicídio, pronunciou os réus na mesma decisão (Ap. Crim. 2013.021595-5, Rel. Des. Roberto Lucas Pacheco, j. 8.5.14).

Todavia, respeitando seus fundamentos, cuida-se de julgado isolado e destoante da jurisprudência desta Corte, a qual entende necessária a anulação do feito e o envio dos autos ao Primeiro Grau. Cita-se:

APELAÇÃO CRIMINAL – LATROCÍNIO, RECEPÇÃO,

POSSE DE ARMAS DE FOGO E MUNIÇÕES DE USO RESTRITO, TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO AO TRÁFICO – DESCLASSIFICAÇÃO DO DELITO MAIS GRAVE PARA HOMICÍDIO – POSSIBILIDADE – *ANIMUS FURANDI* NÃO AFERIDO – CRIME DOLOSO CONTRA A VIDA, CUJA COMPETÊNCIA É DO TRIBUNAL DO JÚRI – REMESSA DO PROCESSO AO PRIMEIRO GRAU – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. 1 O art. 157, § 3º, segunda parte, do Código Penal, que doutrinariamente recebeu o *nomen juris* latrocínio, contempla crime complexo, qualificado pelo resultado, formado pela soma dos delitos de roubo e homicídio, doloso ou culposo, e “ocorre quando, do emprego de violência física contra a pessoa com o fim de subtrair a *res*, ou para assegurar a sua posse ou a impunidade do crime, decorre a morte da vítima” (Capez, Fernando). 2 Diante da ausência de provas de que os réus agiram com *animus furandi* ao efetuar os diversos disparos de arma de fogo contra a vítima, não é possível concluir que a conduta perpetrada amolda-se ao delito de latrocínio, motivo pelo qual a desclassificação é medida de rigor. Por envolver a prática de crime doloso contra a vida, a competência para a análise da conduta, inclusive de todos os ilícitos conexos, é do Tribunal do Júri, que deliberará sobre materialidade e autoria delitivas (Ap. Crim. 2012.057122-1, Rel. Des. Moacyr de Moraes Lima Filho, j. 18.12.12).

Igualmente:

APELAÇÃO CRIMINAL. LATROCÍNIO E OCULTAÇÃO DE CADÁVER. PRETENDIDO O RECONHECIMENTO DA LEGÍTIMA DEFESA OU A DESCLASSIFICAÇÃO PARA O CRIME DE HOMICÍDIO. *ANIMUS FURANDI* NÃO AFERIDO. VIOLÊNCIA COM RESULTADO MORTE PRATICADA SEM A FINALIDADE DE SUBTRAÇÃO DE BENS. MANIFESTO *ANIMUS NECANDI*. POSTERIOR DESAPOSESSAMENTO DO VEÍCULO DO OFENDIDO PARA OCULTAR SEU CADÁVER EM LOCAL ERMO. ROMPIMENTO DO NEXO ENTRE UMA CONDUTA E OUTRA. DESCLASSIFICAÇÃO QUE SE IMPÕE. FEITO DA COMPETÊNCIA DO TRIBUNAL DO JÚRI. SENTENÇA ANULADA. REMESSA DOS AUTOS À ORIGEM

PARA APRESENTAÇÃO DE ALEGAÇÕES FINAIS E ADOÇÃO DO RITO DOS CRIMES DOLOSOS CONTRA A VIDA. RECURSO PROVIDO EM PARTE (Ap. Crim. 2012.019644-9, Rel. Des. Torres Marques, j. 8.5.12).

E:

[...] DESCONSTITUIÇÃO DO CRIME COMPLEXO DE LATROCÍNIO – *ANIMUS NECANDI* DELINEADO NA PEÇA ACUSATÓRIA – *EMENDATIO LIBELLI* (CPP, ART. 383) – DESCLASSIFICAÇÃO PARA CRIME DE COMPETÊNCIA DO TRIBUNAL DE JÚRI [...] CRIME DE COMPETÊNCIA DO TRIBUNAL DO JÚRI – NECESSIDADE DE OBSERVÂNCIA DO RITO ESPECIAL – REMESSA DOS AUTOS À ORIGEM PARA AS PROVIDÊNCIAS DO ART. 413 DO CPP. Operando-se a desclassificação para crime de competência do Tribunal do Júri em vista à existência de materialidade e indícios de autoria delitiva, mister proceder-se ao retorno dos autos à origem, para fins de observância do rito especial, em particular a partir do art. 413 do CPP, ocasião em que o magistrado deverá proferir juízo de admissibilidade da peça acusatória. [...] (Ap. Crim. 2008.030351-5, Rel^a. Des^a. Salete Silva Sommariva, j. 23.2.10).

Além disso, apesar de o julgamento dos “Fatos 1 e 2” da denúncia e de seu aditamento ter sido conjunto, não é presente nenhuma das hipóteses de conexão ou continência previstas nos arts. 76 e 77 do Código de Processo Penal:

Art. 76. A competência será determinada pela conexão:

I - se, ocorrendo duas ou mais infrações, houverem sido praticadas, ao mesmo tempo, por várias pessoas reunidas, ou por várias pessoas em concurso, embora diverso o tempo e o lugar, ou por várias pessoas, umas contra as outras;

II - se, no mesmo caso, houverem sido umas praticadas para facilitar ou ocultar as outras, ou para conseguir impunidade ou vantagem em relação a qualquer delas;

III - quando a prova de uma infração ou de qualquer de suas circunstâncias elementares influir na prova de outra infração.

Art. 77. A competência será determinada pela continência quando:

I - duas ou mais pessoas forem acusadas pela mesma infração;

II - no caso de infração cometida nas condições previstas nos arts. 51, § 1o, 53, segunda parte, e 54 do Código Penal [atuais arts. 70, 73 e 74].

Assim, deve o processo ser cindido (CPP, art. 80) em relação ao “Fato 1”, a fim de que seja remetido ao Juízo do Tribunal do Júri seu processamento e julgamento, mantida a competência deste Tribunal para a análise do recurso quanto ao “Fato 2” descrito no aditamento das fls. 109-112.

Por último, destaca-se que, como não houve apelo do Ministério Público, eventual pena imposta ao Apelante Jardel para o crime de tentativa de homicídio, caso seja condenado, quando somada àquela imposta pelos crimes descritos no “Fato 2”, não poderá ultrapassar a fixada na sentença das fls. 392-422, qual seja, 18 anos, 1 mês e 23 dias de reclusão, sob pena de *reformatio in pejus indireta*.

3. “Fato 2”

3.1. A pretensão absolutória do Apelante Viktor Hugo Santana quanto ao “Fato 2” do aditamento das fls. 109-112, por sua vez, não comporta guarida.

Na hipótese, a materialidade é demonstrada com base no exposto no boletim de ocorrência das fls. 19-21, no termo de exibição e apreensão da fl. 22, no termo de reconhecimento e entrega da fl. 23 e na prova oral colhida durante a instrução.

A autoria, da mesma forma, está evidenciada no feito.

O Recorrente Viktor Hugo Santana não foi ouvido na etapa

administrativa e, na judicial, negou a prática criminosa. Agregou conhecer o Corréu Jardel, mas não costumavam andar juntos, “provavelmente estava dormindo” no momento dos fatos, a namorada e um amigo estavam na sua companhia e possui duas tatuagens (audiovisual da fl. 226).

Jardel Felipe Ferreira da Silva, sob o crivo do contraditório, confessou ter cometido o delito na companhia de um segundo agente e, embora não tenha citado o nome dele, afirmou que não era o também Apelante Viktor (audiovisual da fl. 237).

Essas versões, porém, não encontram suporte nas demais provas coligidas aos autos.

Na fase judicial, a Ofendida Débora Salau do Nascimento Leo da Silva narrou:

Promotor: A senhora tava onde, dentro do escritório?

Débora: Tava dentro do escritório. Aí eu já tinha pegado trauma. Não ficava na minha sala, daí eu já ficava na sala do meio, junto com o Guilherme. Aí, eu... e a gente criou um pânico, que daí meio-dia a gente não ficava mais no escritório e antes do meio-dia, eu falava: “Vamos embora, vamos embora!”. E aí naquele dia... Tinha passado dez dias do primeiro fato, foi o primeiro dia que eu consegui sentar e fazer a primeira petição, assim. Aí eu sentei. Aí eu lembro que ainda olhei no relógio e falei assim: “Ha! Meio-dia e dois gente, vamos embora”. Aí nisso, eu já vi: Entrou, né, que eu, aí eu não, que eu não tava na recepção, não entendi nada. Entrou o Leonam, que era um cliente lá do escritório, e ele entrou, ele já entrou, assim [sinal com as duas mãos na cabeça], passou numa sala e falou: “É um assalto, é um assalto”. Aí eu tava sentada, eu achei que era brincadeira, aí eu falei: “Ha! Que palhaçada que é essa?! Que brincadeira que é essa?!”. Aí nisso a secretária já veio, né, aí ela veio assim [sinal com as duas mãos levantadas] e falou: “Não. Doutora é um assalto. Não grita. Não fala nada”. Aí eu já escutei um, assim, barulho de cadeira, assim, bater no armário e eu vi que era da sala do Alexandre. Aí eu gritei e falei: “Alexandre!” Porque eu fiquei com medo do meu marido reagir. Aí eu

falei: “Alexandre! Bota a mão na cabeça”. Aí ele, nisso eu já vi, né, que daí eu fiquei, não conseguia levantar. Aí eu vi, ele já veio com um, né, dá, com o Alexandre, segurando sempre. Daí era o Viktor...

Promotor: Ele era aquele que tava com a arma ou sem a arma?

Débora: Era o Viktor Hugo. Sim, porque o Viktor Hugo que comandou toda a situação. O Jardel ficava atrás, dando cobertura. Aí eu vi que aí ele vinha com o Alexandre sempre no ombro. Ele segurou na camiseta, na camisa do Alexandre e vinha. O Alexandre com a mão na cabeça e ele olhou pra mim, parou na porta da sala que tava eu e o Guilherme, eu não tinha nem conseguido levantar. Aí ele fez com a arma: “Levanta! Levanta! Levanta! Ninguém vai se machucar!”. Aí eu não consegui levantar. Aí eu segurei no Guilherme. Eu levantei por impulso. Segurei no Guilherme. Levantei agarrada no Guilherme e aí a gente foi saindo pra fora. Aí que a gente foi saindo pra fora e aí ele já colocou o Alexandre na sala do Josiel, que era sala em frente. O Josiel já tava lá rendido e esse Leonam entrou sozinho, né, porque ele entrou primeiro anunciando o assalto e entrou lá pra sala e aí eu e o Guilherme ficamos ali no corredor. E até então, eu não tinha percebido que tinha outro, né. Aí nisso esse gritava: “Dinheiro! Dinheiro! Eu quero dinheiro! Eu sei que aqui tem dinheiro! Eu quero mais dinheiro!”. O Viktor Hugo gritava. Ele que comandava. O Jardel não abria a boca. E aí, eu, dai, eu, né, eu sabia que o Alexandre já tinha dado o dinheiro, aí eles pegaram, é... O Guilherme tava no corredor, assim, com a mão na cabeça e eles tiraram a, a... esse Jardel tirou a carteira do, do Guilherme, tirou o dinheiro. Aí eu lembro que o Guilherme ainda falou assim: “Ha! Deixa o meu documento cara”. Aí ele pegou e ainda jogou a carteira do Guilherme no chão e aí ele dizia: “Dinheiro! Dinheiro!”. Eu disse: “Oh! Na minha bolsa tem dinheiro”. Eu só tinha cartão, não tinha cheque. Aí eu lembrava que eu tinha um troco de vinte e sete reais na minha carteira. Aí eu falei: “Na minha bolsa. Na minha bolsa tem”. Aí o Viktor Hugo disse pro Jardel: “Vai lá pegar! Vai lá pegar!”. Aí eu acompanhei ele até a minha sala, dei o dinheiro e aí voltei. Aí ele olhou pro...

Promotor: Respira. Pode respirar.

Débora: Aí ele olhou pro Alexandre e falou: “Joia! Eu quero joia!”. Aí

o Alexandre só tinha os anéis, né, que o Alexandre andava com uma corrente e uma pulseira e ele parou de andar, depois da primeira vez que foram lá. Aí o Alexandre tirou os anéis, deu pra ele. Aí ele falou: “Relógio!”. O Alexandre tirou o relógio. Aí ele falou: “Mais joia! Eu quero mais joia!”. E ele pedia pro Alexandre, entendeu? Mas aí eu falei, pra ele não dar um tiro no meu marido, eu peguei e tirei meus anéis e entreguei pra ele, entendeu? Eu via que a violência era direta assim, sabe, eles queriam tirar as coisas do Alexandre. Aí eu peguei tirei meus anéis e entreguei pra eles, assim, também. Aí depois, e assim, né, foi uma coisa assim que eu, não sei, Deus me deu uma intrepidez na hora, assim, que eu conversava com ele: “Calma, moço. Não tem mais dinheiro, moço”. Não sei o quê... Então eu conversava muito com o Viktor Hugo, olhando pra ele.

Promotor: Aham.

Débora: Eu ficava, sabe, falando com ele. Ele levantava. Aí eu sei que depois que, ele olhou, acho que entendeu que ele tinha recolhido tudo, aí ele pegou e olhou pro Alexandre e falou: “Agora tu vai virar presunto”. E “tecl!”. A primeira vez. Aí eu grito: “Não moço! Não moço! Não moço!”. Comecei a gritar pra ele. Aí ele fez: “Tecl!”. A segunda. Aí nisso eles conseguiram fechar a porta da sala. Aí ele dá, eu e o Guilherme corremos pra sala do fundo e aí ele ainda disparou mais duas vezes e saiu. Mas graças a Deus, não funcionou o revólver...

Promotor: Tá. Eu tenho aqui, doutora Débora, a questão financeira.

Débora: Tá.

Promotor: Teria sido levado, nesse segundo fato, dois mil e oitocentos reais...

Débora: Isso.

Promotor: mais duzentos e quarenta reais, é, um celular Samsung, mais vinte sete reais e joias.

Débora: É. Foi. Eu sei que foi levado, é, duzentos e pouco do Guilherme e o celular do Guilherme.

Promotor: Isso.

Débora: Foi levado o celular do Alexandre e dois mil e oitocentos reais que o Alexandre tinha e aí, mais as joias do Alexandre.

Promotor: Joias variadas, né?

Débora: É. E aí meu foi levado dois anéis e o... e vinte sete reais, né.

Promotor: Tá. É, pra ficar mais claro, então, duas pessoas que entraram.

Débora: Duas pessoas que entraram.

Promotor: Tá. Hoje foi apresentado pra senhora aqui, é, foram apresentadas cinco pessoas, quatro pessoas, aliás.

Débora: Quatro.

Promotor: Porque a senhora foi a primeira a fazer o reconhecimento.

Débora: Aham.

Promotor: É. A senhora reconheceu...

Débora: O Viktor Hugo.

Promotor: O Viktor Hugo.

Débora: É.

Promotor: O Viktor Hugo participou do primeiro ou do segundo fato?

Débora: Ele participou do segundo fato.

Promotor: Ele era qual deles?

Débora: Ele era o que tava com a arma na mão e o que comandava toda a situação, que falava, o que dava ordem e o que deu o tiro, né, que disparou contra o Alexandre.

Promotor: Tá. É. O Ministério Público aditou a denúncia aqui.

Débora: Aham.

Promotor: Né, chegando a autoria do Viktor Hugo através de informações prestadas pela senhora.

Débora: Sim.

Promotor: Como é que a senhora chegou a conseguir o reconhecimento do Viktor Hugo?

Débora: O Viktor Hugo, assim ó: A gente tinha a imagem dele e quando o Jardel foi preso, o celular do Jardel foi preso, então, quando a gente pegou o celular do Jardel que a gente viu a foto, que tinha a foto dele e outro. Quando a gente olhou, a gente falou: “Esse é o segundo”. Esse é o segundo. Na hora a gente já sabia que aquele era o segundo. Acho que tem foto juntada no processo. Só que a gente não tinha o nome dele, não tinha. E aí a gente... Depois disso eu viajei, fiquei uns dez dias fora e aí quando a gente voltou...

Promotor: Mas como é que a senhora reconheceu?

Débora: Então...

Promotor: Tava com o rosto tapado?

Débora: Há?

Promotor: Tava com o rosto...

Débora: Não. Ele tava, assim, ó. Ele tinha uma... a balaclava dele era assim, ó [sinal com as mãos, indicando os olhos]. Ele usava, ele tinha um boné e aí aqui tinha, era a toca. Aí a toca dele tava frouxa, caiu o nariz, então aqui narizinho afilado e ele tinha uma marca preta aqui no olho, que era um olheira bem funda, sabe.

Promotor: Aham.

Débora: Quando caiu, eu percebi que era um rapaz jovem, um rapaz até bem-apegoado sabe, então eu conseguia sabe, isso aqui [sinal com as mãos indicando a região dos olhos, na face], eu conseguia ver. Então,

quando a gente viu a foto no celular do Jardel, a gente falou: “É esse aqui!”.

Promotor: Aham.

Débora: A gente reconheceu a imagem. Eu sabia que era ele. Só que aí eu não tinha o nome dele, né. Aí depois, né, a própria malandragem me deu o nome dele, né, e me informou que ele já tava preso. Daí foi quando eu fui na delegacia e daí vi que ele tava preso, aí depois eu fui no Ministério Público e...

Promotor: deu as declarações.

Débora: e dei as declarações e reconheci ele (retirado da sentença, fls. 404-408).

Alexandre Leo da Silva disse ter “plena certeza” de que o delito foi praticado pelos Recorrentes (“por causa do olho, assim, a voz”), que foi Viktor Hugo que disse que iria “virar presunto” e tentou disparar, quatro ou cinco vezes, na sua direção, mas todos os tiros falharam (audiovisual da fl. 226).

Josiel Luiz Bendin Schramm contou ter reconhecido o Apelante Viktor Hugo como um dos assaltantes, pois “a gente investigou e reconhece de certeza, eu reconheço ele pelas fotografias, o rosto dele”. Ademais, revelou que o Recorrente Viktor Hugo falou a Alexandre: “Você vai morrer agora!”, e tentou efetuar três ou quatro disparos contra ele, porém os projéteis não deflagraram (audiovisual da fl. 226).

Guilherme Augusto Ferreira relatou ter “certeza absoluta” de que o Recorrente Viktor Hugo foi um dos agentes que praticou o delito, salientando que foi ele que tentou disparar quatro vezes na direção de Alexandre Leo da Silva (audiovisual da fl. 226).

Verônica Larissa Honório da Silva aclarou que identificou o Recorrente Viktor Hugo como um dos autores do roubo e que um agente tentou efetuar disparo em Alexandre Leo da Silva “umas quatro vezes”, porém a arma de fogo “não funcionou” (audiovisual da fl. 226).

Realizado o procedimento de reconhecimento dos Apelantes na audiência de instrução, todas as Vítimas reconheceram Viktor Hugo como o agente que portava a arma de fogo durante o crime:

A vítima Débora reconheceu o réu Viktor como portando a arma no segundo fato (o procedimento com a vítima Débora foi realizado somente com o réu Viktor e mais três homens, sem o outro réu, que foi colocado somente posteriormente); A vítima Guilherme reconheceu o réu Viktor como portando a arma no segundo fato [...]; A vítima Alexandre reconheceu o réu Viktor pela voz e aparência, dizendo que estava com a arma e que foi quem atirou no segundo fato [...]; A vítima Verônica reconheceu somente o réu Viktor pelo rosto no segundo fato, sendo que era quem estava com a arma. Os defensores dispensaram a realização do reconhecimento pela vítima Josiel (fl. 226).

Leonam da Costa Nascimento relatou que estava adentrando no escritório quando dois assaltantes, com “toucas ninja”, renderam-no. Aduziu que um dos agentes estava armado, acreditar que o sotaque deles era da região, que a ação foi muito rápida e que não escutou barulho de tiro (audiovisual da fl. 273).

Não há dúvida, portanto, de que os Recorrentes Viktor Hugo Santana e Jardel Felipe Ferreira da Silva se dirigiram ao Escritório de Advocacia Doutora Débora Salau do Nascimento Leo da Silva e, mediante o uso de arma de fogo, renderam os presentes, inclusive funcionários, subtraíram R\$ 2.800,00 de uma das gavetas do estabelecimento, R\$ 240,00 e um celular de Guilherme e R\$ 27,00 e joias de Débora.

Para assegurar a posse das coisas subtraídas, o Apelante Viktor Hugo, com *animus necandi*, efetuou quatro tentativas de disparar contra o Ofendido Alexandre Leo da Silva, não se consumando a morte em razão de a arma de fogo ter falhado.

A autoria delitiva fica mais evidente porque praticamente todas as Vítimas (exceto Leonam) identificaram Viktor Hugo como um dos autores do roubo.

É importante frisar que nos crimes contra o patrimônio, praticados via de regra de forma clandestina, consumados apenas na presença do Acusado e da Vítima, as declarações firmes e harmônicas desta merecem credibilidade e relevância probatória. Isso porque, além de o Ofendido ser ao mesmo tempo espectador e sujeito passivo do delito, é a pessoa mais categorizada a reconhecer o agente e narrar com precisão o desenrolar dos fatos, não tendo por objetivo acusar um inocente, senão contribuir para a busca da verdade real. Logo, a sua palavra possui valor suficiente para alicerçar o decreto condenatório, especialmente quando confirmada com as demais provas colacionadas no processo.

Essa é a orientação que emana do Superior Tribunal de Justiça: “‘A palavra da vítima, nos crimes às ocultas, em especial, tem relevância na formação da convicção do Juiz sentenciante, dado o contato direto que trava com o agente criminoso’ (HC 143.681/SP, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, Quinta Turma, DJe 2.8.2010)” (AgRg no AREsp 482.281, Rel^a. Min^a. Marilza Maynard, j. 6.5.14).

Colhe-se da jurisprudência desta Câmara Criminal:

APELAÇÃO CRIMINAL – ROUBO DUPLAMENTE CIRCUNSTANCIADO PELO EMPREGO DE ARMA DE FOGO E POR CONCURSO DE AGENTES (CP, art. 157, § 2º, I e II) – SENTENÇA CONDENATÓRIA – RECURSO DEFENSIVO. PRELIMINAR – SENTENÇA CITRA PETITA – NULIDADE NÃO VERIFICADA – DECISÃO MOTIVADA – SUFICIENTE EXAME DAS PROVAS E VERSÕES SUSCITADAS PELAS PARTES – PREFACIAL REJEITADA [...] MATERIALIDADE E AUTORIA ROBUSTAMENTE COMPROVADAS PELOS ELEMENTOS DE CONVICÇÃO INCLUSOS AOS AUTOS – PALAVRAS DAS VÍTIMAS HARMÔNICAS E UNÍSSONAS QUE MERECEM ESPECIAL CREDIBILIDADE – RECONHECIMENTO EFETUADO POR AMBOS OS OFENDIDOS – ADEMAIS, ÁLIBI NÃO DEMONSTRADO PELA DEFESA – ABSOLVIÇÃO INCABÍVEL. “Nos crimes contra o patrimônio, a palavra da vítima

apontando o réu como autor, corroborada por indícios e circunstâncias e, em especial, pelo reconhecimento efetuado tão logo detido o agente, constitui importante elemento de convicção” (Ap. Crim. 2013.088876-5, Des. Jorge Schaefer Martins, j. 18.06.2014) [...] Recurso conhecido e desprovido (Ap. Crim. 2014.026957-3, Rel. Des. Getúlio Corrêa, j. 22.7.14).

Ressalta-se que o depoimento de Leonam da Costa Nascimento deve ser visto com ressalva.

Isso porque, além de seus informes terem destoado dos das outras cinco Vítimas (enquanto estas afirmaram que um dos assaltantes tentou disparar quatro vezes contra Alexandre sem êxito porque a arma de fogo falhou, Leonam contou não ter escutado nenhum barulho típico de tentativa de disparo), os Ofendidos Débora e Alexandre, ao narrarem o caso ao Representante do Ministério Público extrajudicialmente, mencionaram acreditar que ele estava envolvido nos assaltos (fl. 118 e 123).

Por conta disso, eventuais discrepâncias nas palavras de Leonam não têm o condão de afastar a autoria delitiva do Recorrente Viktor.

A Defesa sustentou que o agente que aparece nas filmagens do assalto não possui tatuagens no braço, o que difere do Recorrente Viktor Hugo, que as ostenta.

Contudo, percebe-se das imagens da fl. 464 que as inscrições (“Família” e “Breaking Bad”) nos braços do Apelante são pequenas e, por isso, considerando principalmente a baixa resolução das imagens captadas pelas câmeras de segurança, não é possível afirmar que o assaltante não tinha tatuagens.

Por outro lado, embora o Apelante tenha alegado, em Juízo, que estava em casa no momento dos fatos, não produziu prova nesse sentido, ônus que lhe competia a teor do disposto no art. 156 do Código de Processo Penal. Poderia, por exemplo, ter arrolado a namorada e o amigo,

que supostamente se encontravam no local onde estava, o que não fez, razão de não se poder acolher seu álibi.

Decidiu esta Câmara que “a comprovação de álibi para fulcrar a tese de negativa de autoria é ônus da defesa, nos moldes do art. 156 do CPP, de modo que, se esta não fundamenta sua assertiva por meio de quaisquer elementos, limitando-se a meras alegações, faz derruir a versão apresentada” (Ap. Crim. 2010.024481-6, Rel^a. Des^a. Salete Silva Sommariva, j. 26.7.11).

Assim, está plenamente comprovada a participação de Viktor Hugo Santana no “fato 2” descrito no aditamento à exordial acusatória das fls. 109-112.

Veja-se precedente desta Corte:

APELAÇÃO – ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE (LEI N. 8.069/90) – ATO INFRACIONAL ANÁLOGO AO CRIME DE LATROCÍNIO TENTADO (CP, ART. 157, § 3º, PARTE FINAL, C/C ART. 14, II) – MATERIALIDADE E AUTORIA DEMONSTRADAS – PALAVRAS FIRMES E COERENTES DA VÍTIMA CORROBORADAS PELA PROVA TESTEMUNHAL PRODUZIDA – RECONHECIMENTO DOS ADOLESCENTES PELO OFENDIDO E TESTEMUNHA OCULAR – NEGATIVA DE AUTORIA ISOLADA NO CONTEXTO DOS AUTOS – ÁLIBI NÃO COMPROVADO – ABSOLVIÇÃO INVIÁVEL [...] (Ap. Crim. 0004107-13.2015.8.24.0004, Rel^a. Des^a. Salete Silva Sommariva, j. 22.3.16).

É preciso ressaltar que, na sentença, os Apelantes foram condenados pela prática de dois crimes de latrocínio tentados, ao fundamento de que, “mediante uma só ação o acusado, em conluio com comparsa, perpetrou o crime de latrocínio contra duas vítimas diferentes [Alexandre Leo da Silva e Débora Salau do Nascimento Leo da Silva, fl. 415], sendo que todas tiveram subtraídos objetos pessoais” (fls. 417 e 419).

A decisão mereceria reparo nesse aspecto, porque, além das

tentativas de disparar contra Alexandre, de bens seus e de Débora serem também rapinados, foi comprovada a violação de outros dois patrimônios: do escritório de advocacia (R\$ 2.800,00) e do Ofendido Guilherme (R\$ 240,00 e um celular).

Todavia, diante da ausência de recurso do Ministério Público, é inviável cuidar das subtrações perpetradas contra o patrimônio do escritório de Débora e do de Guilherme.

3.2. O pleito de desclassificação do agir dos Apelantes para o configurador do delito de roubo deve ser parcialmente provido.

Para a caracterização do crime de latrocínio tentado, deve-se levar em conta se o agente desejava a morte da vítima ou, ao menos, se assumiu o risco de sua ocorrência.

Cezar Roberto Bitencourt leciona:

Observando-se a sistemática de nosso Código Penal, constata-se que o art. 157, § 3º, pretendeu tipificar um *crime preterdoloso*, uma vez que a locução utilizada, “se resulta”, indica, normalmente, resultado decorrente de culpa, e não meio de execução de crime, no caso de roubo próprio ou impróprio. No entanto, como já referimos no tópico anterior, a severidade das penas cominadas não se harmoniza com o crime preterdoloso. Procurando minimizar a inocuidade congênita da estrutura tipológica em apreço, a doutrina passou a sustentar a possibilidade de o resultado morte ser produto de dolo, culpa ou preterdolo, indiferentemente (*Tratado de Direito Penal: dos crimes contra o patrimônio até dos crimes contra o sentimento religioso e contra o respeito aos mortos*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. v. 3, p. 122).

Com relação ao Ofendido Alexandre Leo da Silva, não há dúvida de que a tentativa de latrocínio aconteceu.

Segundo relataram Débora, Josiel e o próprio Alexandre, o Recorrente Viktor, antes de tentar disparar, afirmou que este iria morrer e “virar presunto” (audiovisual da fl. 226). O óbito não ocorreu, contudo,

em razão de os projéteis não terem sido expelidos pela arma de fogo. Ato contínuo, os assaltantes fugiram do local para garantir a posse da res furtiva.

Nesse contexto, é indubitoso que a tentativa de efetuar disparos contra Alexandre não tinha outro desiderato senão sua morte, a fim de garantir o êxito na empreitada criminosa que, por sua própria natureza, reclama violência ou grave ameaça.

Conforme orienta o Superior Tribunal de Justiça, em caso de subtração consumada e morte tentada deve-se reconhecer a figura típica de tentativa de latrocínio:

[...] 1. Prevalece nesta Corte o entendimento de que, sempre que caracterizado o dolo do agente de subtrair o bem pertencente à vítima e o dolo de matá-la, não ocorrido o resultado morte por circunstâncias alheias à sua vontade, configura-se o latrocínio na modalidade tentada. Precedentes (REsp 1282171, Rel. Min. Rogério Schietti Cruz, j. 21.6.16).

Deste Tribunal de Justiça:

[...] DESCLASSIFICAÇÃO DO CRIME DE LATROCÍNIO PARA A FIGURA DO ART. 157, § 3º, PRIMEIRA PARTE, DO CÓDIGO PENAL, SOB ALEGAÇÃO DE QUE NÃO HOUE RESULTADO MORTE. IMPOSSIBILIDADE. ROUBO ALIADO A TENTATIVA DE HOMICÍDIO QUE CARACTERIZA LATROCÍNIO TENTADO. RÉU QUE ATENTOU CONTRA A VIDA DA VÍTIMA PARA OBTER SUCESSO NO ROUBO. VÍTIMA AGREDIDA COM DIVERSOS GOLPES DE MARTELO NA CABEÇA. 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 CONHECIDO E DESPROVIDO (Ap. Crim. 0000293-30.2015.8.24.0024, Relª. Desª. Cinthia Beatriz da Silva Bittencourt Schaefer, j. 3.11.16).

Outrossim, é assente na jurisprudência do Supremo Tribunal

Federal que “o coautor que participa de roubo armado, responde pelo latrocínio, ainda que o disparo tenha sido efetuado só pelo comparsa’ (HC 74.861/SP)” (HC 109151, Rel^a. Min^a. Rosa Weber, j. 12.6.12).

Assim, é correta a capitulação do “Fato 2”, descrito no aditamento das fls. 109-112 relativamente à Vítima Alexandre Leo da Silva, nos termos do disposto no art. 157, § 3º, segunda parte, c/c o 14, inc. II, ambos do Código Penal (tentativa de latrocínio).

Por outro lado, não ficou demonstrado que os agentes também objetivaram ceifar a vida da Vítima Débora Salau do Nascimento Leo da Silva no dia dos fatos narrados no aditamento das fls. 109-112.

Como se viu anteriormente, nenhuma das Vítimas mencionou que os agentes apontaram a arma de fogo contra Débora, tentaram ou efetuaram disparos em sua direção. Todas foram uníssonas em narrar que isso só aconteceu em relação a Alexandre Leo da Silva.

Logo, deve o crime de latrocínio praticado contra Débora Salau do Nascimento Leo da Silva ser desclassificado para o de roubo circunstanciado pela comparsaria (uma vez comprovada a participação de ambos os Apelantes) e pelo emprego de arma (conforme relato das Vítimas), valendo lembrar que é dispensável a apreensão e perícia do artefato bélico para a incidência da majorante.

Este Órgão Fracionário já deliberou:

[...] TENTATIVA DE LATROCÍNIO – DESCLASSIFICAÇÃO, NA SENTENÇA, PARA ROUBO DUPLAMENTE MAJORADO – DOLO DE MATAR NÃO EVIDENCIADO – PALAVRA DA VÍTIMA IMPRECISA QUANTO À DIREÇÃO DO DISPARO – *IN DUBIO PRO REO* – APELO MINISTERIAL DESPROVIDO. “O crime de latrocínio tentado se configura independentemente da natureza das lesões sofridas, bastando provas no sentido de que o agente, no decorrer do roubo, atentou contra a vítima, com o desígnio de matá-la” (STJ, Min. Reynaldo Soares da Fonseca). Havendo dúvida quanto ao dolo,

impossível a condenação na modalidade qualificada. [...] (Ap. Crim. 0000647-59.2015.8.24.0055, Rel. Des. Getúlio Corrêa, j. 12.4.16).

Por consequência, configurados um latrocínio tentado e um roubo consumado, deve-se reconhecer entre eles o concurso material, conforme posicionamento pacífico do Superior Tribunal de Justiça:

Os crimes de roubo e latrocínio, pelos quais o Paciente foi condenado, apesar de serem do mesmo gênero, não são da mesma espécie. No crime de roubo, a conduta do agente ofende o patrimônio. No delito de latrocínio, ocorre lesão ao patrimônio e à vida da vítima, não havendo homogeneidade de execução na prática dos dois delitos, razão pela qual tem aplicabilidade a regra do concurso material. Precedentes (HC 240.630, Rel^a. Min^a. Laurita Vaz, j. 4.2.14).

Também:

Os delitos de roubo e latrocínio são de espécie diversas, o que torna impossível o reconhecimento da continuidade delitiva entre eles, sendo imperiosa a aplicação da regra do concurso material. Precedentes do STJ. (REsp 1008517, Rel. Min. Rogério Schietti Cruz, j. 7.11.13).

3.3. No tocante à dosimetria, sendo todas as circunstâncias judiciais favoráveis, a pena-base de ambos os Recorrentes para o crime de latrocínio foi arbitrada no mínimo legal (20 anos de reclusão e 10 dias-multa).

Valendo-se dos mesmos motivos, já que os delitos foram cometidos em circunstâncias semelhantes, a reprimenda do crime de roubo circunstanciado contra Débora também é fixada no mínimo (4 anos de reclusão e 10 dias-multa).

Na segunda etapa, apesar de reconhecida a atenuante da menoridade penal relativa para os Apelantes Viktor Hugo e Jardel, e a da confissão espontânea em favor do último, a sanção deve permanecer no mesmo patamar, com base na Súmula 231 do Superior Tribunal de Justiça (“a incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal”).

Na terceira fase, eleva-se a pena do delito de roubo em 3/8 em razão das majorantes do art. 157, § 2º, incs. I e II, do Código Penal, fração hodiernamente adotada por esta Corte de Justiça em hipóteses semelhantes. Veja-se:

APELAÇÕES CRIMINAIS. ROUBO CIRCUNSTANCIADO PELO EMPREGO DE ARMA E CONCURSO DE AGENTES. [...] CAUSAS ESPECIAIS DE AUMENTO. MAJORAÇÃO DEVIDAMENTE FUNDAMENTADA, EM RESPEITO À SUMULA 443 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Havendo o reconhecimento de duas causas especiais de aumento de pena, como o emprego de arma de fogo e concurso de agentes no crime de roubo, viável é a majoração no patamar de 3/8 (três oitavos), desde que devidamente fundamentada na decisão, em respeito ao verbete 443 da súmula do Superior Tribunal de Justiça (Ap. Crim. 2014.036788-6, Rel. Des. Moacyr de Moraes Lima Filho, j. 21.10.14).

No mesmo sentido: TJSC, Apelações Criminais 2014.078767-9, Rel. Des. Rodrigo Collaço, j. 5.3.15; 2013.089517-9, Rel. Des. Ernani Guetten de Almeida, j. 10.2.15; 2014.040506-9, Rel. Des. Volnei Celso Tomazini, j. 25.11.14; e 2014.001816-5, Rel. Des. Jorge Schaefer Martins, j. 14.11.14.

E em respeito à Súmula 443 do Superior Tribunal de Justiça, diga-se que a adoção de tal patamar é adequada porque: 1) o fato de a infração penal ter sido praticada mediante concurso de pessoas facilitou a consumação do roubo, pois, enquanto um dos agentes ameaçava as Vítimas, o outro recolhia seus pertences; e 2) os assaltantes utilizaram uma arma de fogo para facilitar a consumação da rapinagem.

Nesse sentido, “em respeito aos ditames de individualização da pena e aos critérios de proporcionalidade e razoabilidade, não deve ser tratado de modo idêntico agente que se utiliza de arma branca ou imprópria para a prática do delito de roubo e aquele que faz uso, por exemplo, de revólver, pistola ou fuzil com a mesma finalidade. Se a locução ‘emprego

de arma⁷ – causa especial de majoração da pena no crime de roubo –, abrange tanto as armas impróprias (faca, chave de fenda, pedaço de pau, de vidro, emprego de animais, por exemplo), cujo porte não é proibido, quanto às armas de fogo – conduta que constitui crime autônomo e grave –, nada mais razoável e lógico que a censura penal incidente sobre roubos com armas impróprias e próprias tenha tratamento distinto” (STJ, HC 297.425, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, j. 19.8.14).

Assim, utilizada essa fração, a reprimenda do delito de roubo é estabelecida em 5 anos e 6 meses de reclusão e 13 dias-multa.

Com relação ao crime de latrocínio, em face do reconhecimento da tentativa, o Doutor Juiz de Direito reduziu a sanção de cada um dos Recorrentes em 1/3, estabelecendo-a em 13 anos e 4 meses de reclusão e 6 dias-multa.

Nesse ponto, o Apelante Viktor Hugo postulou o emprego da minorante da tentativa no patamar máximo, alegando que a diminuição no mínimo legal não foi fundamentada.

Razão parcial lhe assiste.

A escolha da fração entre os limites previstos para a causa de diminuição em comento dá-se de acordo com o *iter criminis* percorrido pelo agente. Quanto mais próximo da consumação do delito, menor a redução da pena.

No caso, o Magistrado de Primeiro Grau fundamentou a redução da pena nos seguintes termos:

Justifico a redução da pena na fração supramencionada em virtude do *iter criminis* percorrido pelo agente, que muito se aproximou da consumação do delito, uma vez que o agente já havia entrado no escritório da vítima, anunciado o assalto e a alvejado com um disparo de arma de fogo em região não letal (fl. 419).

Em primeiro lugar, o Recorrente Viktor Hugo não teve nenhuma

participação no “Fato 1” descrito na denúncia, razão pela qual a justificativa de que “já havia entrado no escritório da vítima” não é válida em relação a ele.

Além disso, a Vítima Alexandre não sofreu lesão, pois a arma de fogo utilizada pelo Apelante falhou nas quatro vezes em que foi disparada na direção dela.

Ainda assim, não se pode negar que o crime só não se consumou porque os disparos não foram expelidos. Caso contrário, até pela distância entre agente e Vítima e pelo número de tiros, a morte era provável.

Diante disso, mostra-se adequado o emprego da fração de 1/2 (metade), o que deve ser estendido ao Recorrente Jardel.

Logo, reduzidas as penas dos Apelantes no mencionado patamar, são estipuladas em 10 anos de reclusão e 5 dias-multa.

Incidindo o concurso material entre os crimes de roubo e de latrocínio (CP, art. 69), como reconhecido no tópico anterior, somam-se as penas, resultando em 15 anos e 6 meses de reclusão para cada um dos Recorrentes.

Ademais, em observância ao que determina o art. 72 do Código Penal, as penas de multa também deveriam ser somadas. No entanto, considerando que o Magistrado de Primeiro Grau as fixou em 12 dias-multa, cada uma no mínimo legal, e que não houve recurso do Ministério Público, mantém-se a mesma quantidade.

3.4. Não merece ser alterado o regime inicial de cumprimento da pena fixado na sentença resistida (fechado), uma vez que a reprimenda arbitrada é superior a 8 anos (CP, art. 33, § 2º, alínea “a”).

Pelo mesmo motivo, é inviável a substituição da corporal por restritivas de direitos (CP, art. 44, inc. I), bem como a concessão de sursis (CP, art. 77, *caput*).

Ante o exposto, vota-se pelo conhecimento parcial dos recursos; pelos seus provimentos em parte para: a) desclassificar o latrocínio descrito no “Fato 2”, empreendido contra a Vítima Débora Salau do Nascimento Leo da Silva, para o delito de roubo circunstanciado pelo emprego de arma e pela comparsaria; b) elevar a fração utilizada em decorrência da minorante da tentativa para 1/2, resultando a pena final para ambos os Apelantes em 15 anos e 6 meses de reclusão e 12 dias-multa e, de ofício, pela desclassificação do crime descrito no “Fato 1” para o de tentativa de homicídio, anulando-se a sentença resistida no que lhe diz respeito, cindindo-se o feito e remetendo os autos ao Primeiro Grau para que seja aberta vista às Partes para que requeiram o que lhes aprouver, seguindo o feito o procedimento relativo aos processos da competência do Tribunal do Júri.

Determina-se ao Juízo da Condenação, exaurida a possibilidade de interposição de recurso nesta Corte, que expeça os documentos necessários à execução imediata da pena imposta aos Acusados quanto ao “Fato 2” descrito no aditamento à denúncia (fls. 109-112), caso isso ainda não tenha sido implementado, nos termos da orientação do Plenário do Supremo Tribunal Federal (ARExtra 964246, Rel. Min. Teori Zavascki, j. 11.11.16).

Para os fins do disposto no § 5º do art. 87 do Regimento Interno desta Corte, nas Resoluções 44, 50 e 172 do Conselho Nacional de Justiça e no Provimento 29 da Corregedoria Nacional de Justiça, o nome dos Acusados Jardel Felipe Ferreira da Silva e Viktor Hugo Santana devem ser incluídos, com fulcro no art. 1º, inc. I, “e”, 2, da Lei Complementar 64/90, no Cadastro Nacional de Condenados por Ato de Improbidade Administrativa e por Ato que Implique Inelegibilidade (CNCIAI).

TERCEIRA CÂMARA CRIMINAL

Revisão Criminal n. 0141417-73.2015.8.24.0000, da Capital

Relator: Desembargador Ernani Guetten de Almeida

REVISÃO CRIMINAL. CRIMES CONTRA O PATRIMÔNIO E A PAZ PÚBLICA. ROUBO DUPLAMENTE CIRCUNSTANCIADO E QUADRILHA (ARTS. 157, § 2º, I E II, E 288, AMBOS DO CÓDIGO PENAL). AÇÃO AJUIZADA DE PRÓPRIO PUNHO POR APENAS UM DOS CONDENADOS. ENCAMINHAMENTO PARA A DEFENSORIA PÚBLICA, QUE FORMULOU PEDIDOS AFETOS AO INTERESSE DOS OUTROS CORRÉUS. ILEGITIMIDADE ATIVA CONSTATADA NESSE TOCANTE. REVISÃO CRIMINAL QUE SE TRATA DE MEIO IMPUGNATIVO AUTÔNOMO, COM NATUREZA DE AÇÃO E PECULIARIDADES PRÓPRIAS DO ÂMBITO PENAL. NÃO DEMONSTRAÇÃO DE QUE OS REVISIONANDOS M. A. M., N. M. A. E M. A. DE S. ERAM HIPOSSUFICIENTES OU QUE, CIENTES DO POTENCIAL INTERESSE DE AGIR, DEIXARAM DE CONSTITUIR DEFENSOR. AUSÊNCIA DE PRESSUPOSTOS PARA ATUAÇÃO DA DEFENSORIA PÚBLICA. CONHECIMENTO DA REVISÃO TÃO SOMENTE QUANTO AOS PEDIDOS AFETOS A N. A. P.

Em função da natureza própria de ação e suas peculiaridades no âmbito penal, entende-se que a provocação do poder-dever jurisdicional pela via revisional depende, a princípio, da iniciativa ou da anuência da parte, à qual caberá, nesta última hipótese, a escolha de seu defensor. Somente quando comprovada/declarada hipossuficiência do jurisdicionado ou demonstrada a sua inércia (opção) em não constituir-lo, é que recairá à Defensoria Pública o *munus* de proteção do direito individual e indisponível à liberdade, situações que devem ser demonstradas quando do ajuizamento da revisão criminal.

POSTULADA A NULIDADE DO PROCESSO PELA INEXISTÊNCIA DE INCIDENTE DE SANIDADE MENTAL. INOCORRÊNCIA. AGRAVAMENTO DO QUADRO DE DEPRESSÃO. QUADRO PSICOLÓGICO QUE, POR SI SÓ, NÃO AUTORIZA A REALIZAÇÃO DO EXAME PERICIAL. ÔNUS DE COMPROVAÇÃO DA

INIMPUTABILIDADE QUE RECAI SOBRE A DEFESA. AUSÊNCIA DE FUNDADAS DÚVIDAS DA CAPACIDADE DE COMPREENSÃO DO REQUERENTE. INSTAURAÇÃO DO INCIDENTE DE SANIDADE MENTAL QUE SE AFIGURA COMO ATO FACULTATIVO DO MAGISTRADO. OUTROSSIM, POSSIBILIDADE DE PLEITEAR A APLICAÇÃO DE MEDIDA DE SEGURANÇA PERANTE O JUÍZO DA EXECUÇÃO. PLEITO RECHAÇADO.

REVISÃO CRIMINAL DE M. A. M., N. M. A. E M. A. DE S. NÃO CONHECIDA; E DE M. A. P. CONHECIDA E INDEFERIDA.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Revisão Criminal n. 0141417-73.2015.8.24.0000, da comarca da Capital (Vara de Execuções Penais) em que são Imp/Pacien(s) Marcio Augusto Pinheiro.

A Seção Criminal decidiu, por maioria de votos, não conhecer dos pedidos de Manoel André Matos, Nilton Marques Alves e Márcio Azevedo de Souza e conhecer do pedido de Márcio Augusto Pinheiro. Vencidos os Desembargadores Leopoldo Augusto Brüggemann, Rodrigo Collaço e Sérgio Rizelo que conhecem dos pedidos de Manoel André Mattos, Nilton Marques Alves e Márcio Azevedo de Souza; por unanimidade, indeferir o pedido revisional do requerente Márcio Augusto Pinheiro. Custas legais.

Presidiu o julgamento, realizado nesta data, o Exmo. Sr. Des. Desembargador Rui Fortes, com voto, e dele participaram os Exmos. Srs. Des. Volnei Celso Tomazini, Leopoldo Augusto Brüggemann, Luiz César Schweitzer, Roberto Lucas Pacheco, Carlos Alberto Civinski, Rodrigo Collaço e Sérgio Rizelo.

Funcionou como Representante do Ministério Público a Exma. Sra. Dra. Heloísa Crescenti Abdalla Freire.

Florianópolis, 28 de setembro de 2016.

Desembargador Ernani Guetten de Almeida
Relator

RELATÓRIO

Trata-se de revisão criminal formulada por Marcio Augusto Pinheiro, Manoel André Matos, Nilton Marques Alves e Márcio Azevedo de Souza contra acórdão proferido pela Segunda Câmara Criminal, que, em síntese, em sede do Recurso de Apelação n. 2008.028365-3 (0000321-29.2002.8.24.0064) manteve a condenação dos mesmos pelo crime de roubo circunstanciado pelo emprego de arma e pelo concurso de pessoas (art. 157, § 2º, I e II, do Código Penal) e, dando provimento ao recurso de apelação interposto pelo Ministério Público, condenou-os pelo crime previsto no art. 288, parágrafo único, do Código Penal, sem contudo, por equívoco, aplicar a pena a Márcio Augusto Pinheiro.

No tocante ao trâmite do feito, após o julgamento acima referido, o Ministério Público ainda interpôs recurso extraordinário (fls. 1527/1537), ao qual foi dado provimento por decisão monocrática do Ministro Relator Luiz Fux, tão somente para “*determinar que seja restabelecida a sentença penal condenatória na parte em que determina a perda do cargo de Márcio Augusto Pinheiro*” (fls. 1601/1609).

Diante do trânsito em julgado desta decisão (fls. 1571 e 1576 e 1612), representados pela Defensoria Pública Estadual, os Requerentes ajuizaram a presente ação impugnativa, com supedâneo no art. 621, inc. III, do Código de Processo Penal.

Por essa via, Márcio Augusto Pinheiro pleiteia a nulidade do processo em razão da inexistência de incidente de insanidade mental.

Manoel André Mattos pugna pela decretação de nulidade absoluta por violação ao princípio de livre escolha de advogado, uma vez que, apesar de ter comparecido espontaneamente perante o cartório, não teria sido intimado para a constituição de novo causídico.

Márcio Azevedo de Souza, preliminarmente, almeja: 1) o reconhecimento incidental da inconstitucionalidade do art. 392, II, do

Código de Processo Penal com a consequente decretação de nulidade da intimação da sentença feita por edital, pois não esgotadas as diligências para localizar o seu endereço; 2) o reconhecimento de nulidade absoluta por falta de intimação pessoal do defensor dativo para a apresentação das razões do recurso de apelação, interposto na forma do art. 600, § 4º, do Código de Processo Penal; 3) o reconhecimento de nulidade absoluta por violação ao direito de livre escolha de advogado, em razão de ausência de intimação pessoal do Requerente para tanto; 4) o reconhecimento de nulidade absoluta em razão de suposta colidência de defesas entre ele e o corréu Nilton Marques Alves. No mérito, requer a aplicação da Lei 12.850/13, que alterou a redação do art. 288, parágrafo único, do Código Penal, em razão do efeito da *novatio legis in mellius*.

Por fim, Nilton Marques Alves, preliminarmente, pede: 1) o reconhecimento de nulidade absoluta pela falta de intimação do Recorrente no endereço declinado nos autos; 2) o reconhecimento de nulidade absoluta por falta de intimação pessoal do defensor dativo para a apresentação das razões do recurso de apelação, interposto na forma do art. 600, § 4º, do Código de Processo Penal; 3) o reconhecimento de nulidade absoluta por violação ao direito da livre escolha de advogado, em razão de ausência de intimação pessoal do Requerente para tanto; 4) o reconhecimento de nulidade absoluta em razão de suposta colidência de defesas entre ele e o corréu Márcio Azevedo de Souza. No mérito, também requer a aplicação da Lei 12.850/13, que alterou a redação do art. 288, parágrafo único, do Código Penal, em razão do efeito da *novatio legis in mellius*.

Os dois últimos Requerentes também pretendem, subsidiariamente, a concessão de *habeas corpus* de ofício para o reconhecimento da referida *novatio legis in mellius* e, alternativamente, a comunicação do juízo da execução acerca da vigência da nova lei.

Apensados a este os autos originais da ação penal, lavrou parecer

pela douta Procuradoria de Justiça o Exmo. Sr. Dr. Francisco Bissoli Filho, pelo deferimento parcial da ação revisional, para que seja decretada: 1) a nulidade do processo em relação a Nilton Marques Alves, a partir de sua intimação editalícia acerca da sentença penal condenatória; e 2) a nulidade do processo em relação a Márcio Azevedo de Souza, a partir da intimação editalícia do defensor dativo para apresentar razões recursais, estendendo a decisão a Nilton Marques Alves, caso não acolhido o primeiro pleito (p. 54/58).

Este é o relatório.

VOTO

Trata-se de revisão criminal formulada por Marcio Augusto Pinheiro, Manoel André Matos, Nilton Marques Alves e Márcio Azevedo de Souza, representados pela Defensoria Pública do Estado, que o fez com supedâneo no art. 621, inc. III, do Código de Processo Penal.

1. Juízo de Admissibilidade

De início, pertinente às condições desta actio, consigna-se que a Defensoria Pública do Estado de Santa Catarina carece de legitimidade para o ajuizamento da Revisão Criminal em nome de Manoel André Matos, Nilton Marques Alves e Márcio Azevedo de Souza.

Não se desconhece do teor do julgamento proferido na Revisão Criminal n. 2013.069335-5, de relatoria do Exmo. Des. Rodrigo Collaço, no qual se decidiu, por maioria de votos, pelo conhecimento da ação ajuizada, ainda que a Defensoria Pública não tivesse sido expressamente autorizada pelo revisionando, por se tratar de dever de ofício desse mesmo Órgão.

No entanto, feitas as devidas ponderações, o caso em apreço merece ter solução diversa, uma vez que se entende que

a Defensoria Pública, embora possa atuar em casos específicos sem autorização da parte, tem sua legitimidade condicionada, em qualquer caso, à verificação de dois pressupostos: condição de necessidade da parte ou inércia desta.

Sob esse prisma, inicialmente, compartilha-se do entendimento de que a ação impugnativa ora em análise é “[...] *um meio extraordinário de impugnação, não submetida a prazos, que se destina a rescindir uma sentença transitada em julgado, exercendo por vezes papel similar ao de uma ação de anulação, ou constitutiva negativa no léxico ponteano, sem se ver obstaculizada pela coisa julgada*” (LOPES JR., Aury Lopes. *Direito Processual Penal*. 11ª ed., São Paulo: Saraiva, 2014. pg. 970).

De acordo com Nucci, é a revisão uma ação *sui generis* que tem como objeto apagar eventual injustiça na decisão, ainda que acobertada pelo manto da coisa julgada. Segundo o doutrinador, referido meio impugnativo:

É uma ação penal de natureza constitutiva e *sui generis*, de competência originária dos tribunais, destinada a rever decisão condenatória, com trânsito em julgado, quando ocorreu erro judiciário. Trata-se de autêntica ação rescisória na esfera criminal, indevidamente colocada como recurso neste Título do Código de Processo Penal. [...] Tem alcance maior do que o previsto na legislação ordinária, adquirindo, igualmente, o contorno de garantia fundamental do indivíduo, na forma de remédio constitucional contra injustas condenações. Eis porque é uma ação *sui generis*, onde não há parte contrária, mas somente o autor questionando um erro judiciário que o vitimou. (NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado**, 12ª ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013; ps. 1080/1081)

A revisão criminal, assim, afigura-se como uma nova ação e, por consectário lógico, seu ajuizamento institui uma nova relação processual. A esse respeito, faz-se referência ao voto vencido do Exmo. Des. Roberto

Lucas Pacheco proferido na Revisão Criminal n. 2013.069335-5, que, com peculiar precisão técnica, espairoseu todos os meandros que circundam o tema, no sentido de que:

Numerosos 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).

Além desses, ressaltou-se no voto o ensinamento de outros renomados autores como Ada Pellegrini Grinover, Antônio Magalhães Gomes Filho, Antônio Scarance Fernandes (*Recursos no processo penal*. 6. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009) e Denilson Feitoza Pacheco (*Direito processual penal*. 4. ed. rev. ampl. e atual. Niterói: Impetus, 2006). Como principal ponto, porém, destacou que:

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, instaura-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).

Desse modo, a revisão criminal é o meio autônomo de provocação da jurisdição permeado, entre as condições comuns a todo tipo de ação,

por requisitos próprios referentes à possibilidade jurídica do pedido (art. 626, *caput*, do Código de Processo Penal), ao interesse ou cabimento (art. 621, *caput* e incisos, do Código de Processo Penal) e à legitimidade (art. 623 do Código de Processo Penal). Por meio dela, a jurisdição é provocada e materializa-se uma nova relação jurídica processual.

Essa premissa, como se vê, é irrefutável diante do que se tem de melhor no estudo da teoria geral do processo.

De outro lado, a par desse arcabouço teórico, não se pode descurar da nobre vocação constitucional atribuída à Defensoria Pública na defesa dos necessitados e desassistidos. De acordo com a Constituição Federal, “*A Defensoria Pública é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe, como expressão e instrumento do regime democrático, fundamentalmente, 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*” (art. 134 da Constituição Federal).

A Lei Complementar n. 80/94, a qual contém normas gerais para a Defensoria Pública do Estado, estabelece no seu art. 106 que é atribuição dessa instituição a “[...] *assistência jurídica aos necessitados, em todos os graus de jurisdição e instâncias administrativas do Estado*”.

Já entre os deveres daquele que se encontra investido na carreira, além de outros, está o de “*interpor recursos cabíveis para qualquer instância ou Tribunal e promover revisão criminal, sempre que encontrar fundamentos na lei, jurisprudência ou prova dos autos [...]*” (art. 129, VII, da Lei Complementar n. 80/94). Igual *munus* é arrolado no art. 22, V, da Lei Complementar Estadual n. 575/12).

Nesse espectro, considerando o compromisso que a Constituição Federal assumiu com a máxima realização dos princípios da dignidade humana e da isonomia material, é natural, portanto, que “*Sendo a Defensoria Pública a instituição responsável pela prestação da assistência*

jurídica ao necessitado e sendo o conceito de assistência jurídica amplo, a conclusão é a de que a atuação da Defensoria Pública na tutela dos direitos deve ser a mais ampla possível” (BARROS, Guilherme Freire de Melo. **Defensoria Pública: Comentários à LC n. 80/1994**, 5ª ed., Salvador, BA: Editora Juspodivm, 2013; pg. 30).

Diante dessa confluência de ideias, em que de um lado está a natureza de ação da Revisão Criminal e de outro a ampla vocação da Defensoria Pública, é que se discute a possibilidade desta atuar à revelia da parte.

Sobre esse aspecto, em se tratando de Revisão Criminal, a larga atribuição da Defensoria Pública ao mesmo tempo em que não pode ser encarada como sinônimo de uma atuação irrestrita e independentemente de autorização da parte, deve sofrer uma releitura e se amoldar às peculiaridades do processo penal, à proteção ao princípio constitucional da ampla defesa e à atividade paralela e igualmente fundamental à administração da justiça, que é a Advocacia.

Nesse norte, salvo melhor juízo, a Defensoria Pública tem sua atuação reclamada, no âmbito penal, em duas situações: quando verificada a hipossuficiência do jurisdicionado, caso em que este fará jus ao benefício da assistência judiciária gratuita; ou quando, durante a persecução penal, em razão de sua própria inércia, o acusado, hipossuficiente ou não, deixa de constituir defensor.

Neste último caso, frisa-se isto, é necessário algum elemento capaz de demonstrar que o jurisdicionado, mesmo ciente do potencial interesse de agir ou da investigação/processo criminal que tramita contra si, optou por não constituir um causídico, deixando à mercê sua defesa técnica, a qual, diga-se de passagem, é tratada como direito indisponível e deve ser resguardada pelo Estado, que o faz justamente por intermédio da atuação da Defensoria Pública.

Diante disso, ao se transplantar essas noções à Revisão Criminal é importante que se tenha em mente a existência de peculiaridades que circundam o ramo do direito que ora se trata. A preponderância da ideia de disponibilidade da ação proveniente da teoria geral do processo civil, que inclusive foi ressaltada acima, não pode ser aplicada indistintamente à noção de ação no âmbito penal, principalmente quando se trata de um meio impugnativo próprio da defesa. Isso se justifica, pois o que está em jogo no processo penal, em última análise, é o direito à liberdade, indisponível e constitucionalmente protegido (art. 5º, *caput*, da Constituição Federal). Obviamente, não integra a esfera jurídica de qualquer cidadão a opção em permanecer preso ou não. É impensável a possibilidade de o Estado cancelar seu próprio erro quando se está em jogo a liberdade do indivíduo, deixando de prover a defesa técnica do sujeito passivo do processo penal investigado ou já condenado.

Por essa razão, entende-se ser admissível apenas em restritas hipóteses a atuação da Defensoria Pública sem a autorização do jurisdicionado. Não existindo elementos que indiquem estar a parte na condição de necessitada, somente quando se lhe dá ciência de que existe potencial interesse de agir e ela opta por não constituir advogado é que a atuação da Defensoria Pública será legítima, mesmo sem a sua anuência.

Aliás, nesse tocante, é necessário ressaltar a importância da cientificação da parte acerca de seu interesse processual. A título argumentativo, os Regimentos Internos dos Tribunais Superiores estabelecem a possibilidade de não se conhecer de *habeas corpus* quando houver oposição do paciente (art. 192, § 3º, do Regimento Interno do STF e art. 202, § 1º, do Regimento Interno do STJ). Em última análise, portanto, revela-se a necessidade de, em se tratando de ações impugnativas, o jurisdicionado estar ciente de seu interesse processual, antes do ajuizamento de qualquer demanda.

Além disso, abre-se um parêntese para destacar que, nos casos

acima elencados de atuação do defensor público, não se estaria a tratar de substituição processual ou legitimação extraordinária. A Defensoria Pública agiria motivada pelo interesse do próprio Estado em preservar a defesa técnica de todo aquele que se submete à persecução penal e que tem sua liberdade restringida – o que já ocorre durante o processo ou o inquérito policial, quando é nomeado defensor ao acusado que é hipossuficiente ou, citado/cientificado de seus direitos, permanece inerte.

No geral, a partir de uma interpretação ampliativa, são sob esses termos que a atuação da Defensoria Pública encontra-se assegurada. É o que se extrai, não somente dos dispositivos acima citados, como também do art. 4º, XV, da Lei Complementar Estadual n. 575/12 e dos art. 4º, I, V, XVII, e 108, IV, da Lei Complementar n. 80, este *in verbis*:

Art. 108. Aos membros da Defensoria Pública do Estado incumbe, sem prejuízo de outras atribuições estabelecidas pelas Constituições Federal e Estadual, pela Lei Orgânica e por demais diplomas legais, a orientação jurídica e a defesa dos seus assistidos, no âmbito judicial, extrajudicial e administrativo.

Parágrafo único. São, ainda, atribuições dos Defensores Públicos Estaduais: [...]

IV - atuar nos estabelecimentos prisionais, policiais, de internação e naqueles reservados a adolescentes, visando ao atendimento jurídico permanente dos presos provisórios, sentenciados, internados e adolescentes, competindo à administração estadual reservar instalações seguras e adequadas aos seus trabalhos, franquear acesso a todas as dependências do estabelecimento independentemente de prévio agendamento, fornecer apoio administrativo, prestar todas as informações solicitadas e assegurar o acesso à documentação dos assistidos, aos quais não poderá, sob fundamento algum, negar o direito de entrevista com os membros da Defensoria Pública do Estado.

Reconhece-se, desse modo, que condicionar a revisão criminal à autorização da parte, sem qualquer ressalva, realmente, equivaleria a

aceitar a possibilidade de um condenado manter-se recluso por opção (de não constituir defesa técnica) e a impedir que a Defensoria Pública cumpra seu dever de ofício.

Por outro lado, somente o estado de necessidade da parte ou sua inércia podem justificar a legitimidade do Defensor Público, com ou sem a autorização do jurisdicionado, de ajuizar revisão criminal.

Desse modo, ajustando tais ponderações à natureza peculiar de ação desse meio impugnativo e da nova relação jurídica que dele decorre, entende-se que essas mesmas situações – estado de necessidade da parte ou sua inércia –, ainda que porventura presentes no processo originário, devem ser verificadas também quando do ajuizamento da revisão criminal, pois reaparecem como pressupostos para a atuação da Defensoria Pública.

E isso se justifica, *mutatis mutandis*, pois é aplicável ao presente caso o entendimento de que “*A nomeação de defensor dativo [público] para a ação penal não se estende para a esfera do pedido de revisão*” (MIRABETE, Julio Fabbrini. Código de Processo Penal Interpretado. 6ª ed., Atlas, pg. 808).

Em suma, quer-se deixar claro que aceitar a ideia de atuação da Defensoria Pública sem a anuência da parte não significa que ela também esteja autorizada a agir sem que se verifiquem os pressupostos de sua legitimidade.

No âmbito da revisão criminal, ampliar de maneira irrestrita o espectro de atuação da Defensoria Pública, sem se exigir a demonstração das hipóteses que a legitimam, ainda que restritas, certamente significaria desconsiderar a vontade da parte na escolha de seu patrono e desprestigiar outra função igualmente considerada como função essencial à Justiça pela Carta Maior, que é a Advocacia (art. 133 da Constituição Federal). Em prejuízo à mesma, burlar-se-ia o direito de o sujeito passivo poder escolher seu próprio causídico, com quem possua relação de confiança, faculdade

essa, aliás, que, curiosamente – e até de certo modo contraditório –, a Defensoria Pública pretende proteger nesta Revisão Criminal.

Evidentemente, a atuação ampla e irrestrita da Defensoria Pública, sem sequer exigir a demonstração de que se ensejou a possibilidade de o condenado constituir um defensor, não somente ofereceria espaço a uma concorrência desleal com a atividade da Advocacia, igualmente conceituada como fundamental para a função jurisdicional, como também ceifaria a faculdade do jurisdicionado de escolher quem melhor lhe represente em juízo.

Ademais, noutro aspecto, é cediço que a condição de hipossuficiência ou de necessitado, nos termos da lei, pode se alterar com o decurso do tempo, de modo que se afigura plenamente possível a parte ter sido beneficiária da assistência judiciária durante o processo de origem, mas deixe de ter esse mesmo direito ao ajuizar a revisão criminal.

Portanto, como síntese, em função da natureza própria de ação, entende-se que a provocação do poder-dever jurisdicional pela via revisional depende, a princípio, da iniciativa ou da anuência da parte, à qual caberá, nesta última hipótese, a escolha de seu defensor. Somente quando verificado/declarado o estado de hipossuficiente do jurisdicionado ou demonstrada a sua inércia (opção) em não constituí-lo, é que recairá à Defensoria Pública o *munus* de proteção do direito individual e indisponível à liberdade, inclusive por meio da ação revisional.

Não se vislumbra outra forma mais proporcional e adequada de conciliar o exercício das atividades essenciais à Justiça, Defensoria Pública e Advocacia, com o princípio da ampla defesa dedicado ao sujeito passivo no processo penal e o resguardo ao direito inalienável e indisponível à sua liberdade.

Diante dessas considerações, volvendo-se ao caso concreto, verifica-se que a Defensoria Pública não possui legitimidade para ajuizar Revisão Criminal em nome de Manoel André Matos, de Nilton Marques Alves e de Márcio Azevedo de Souza.

Nesse passo, nos autos da presente revisão, não há qualquer declaração ou elementos que demonstrem estarem na condição de necessitados.

Além disso, diferentemente do requerente Márcio Augusto Pinheiro, que peticionou de próprio punho, inexistente qualquer demonstração de que permaneceram inertes ou deixaram de constituir advogado, cientes do potencial interesse de agir para o ajuizamento desta *actio*.

Assim, diante desse contexto, é imperioso reconhecer a ilegitimidade ativa da Defensoria Pública para o ajuizamento da ação, pois além da ausência de autorização, não há qualquer indicativo do estado de necessidade ou da inércia ou opção das partes em não constituir um causídico.

Por esses motivos, deixa-se de se conhecer da revisão criminal ora ajuizada no tocante às pretensões relacionadas a Manoel André Matos, a Nilton Marques Alves e a Márcio Azevedo de Souza, e se conhece tão somente do pedido afeto ao requerente Márcio Augusto Pinheiro.

2. Nulidade por inexistência de exame de sanidade mental (Márcio Augusto Pinheiro)

Ultrapassada essa questão inicial, no que se refere a Márcio Augusto Pinheiro, a defesa alega que o feito padece de nulidade por não ter sido instaurado o incidente de insanidade mental, mesmo havendo dúvida do estado de psíquico do recorrente, tanto que teria sido requisitado pelo Ministério Público.

Razão, contudo, não lhe assiste.

A conjugação da teoria das nulidades do processo penal e o instituto da revisão criminal permite concluir que em sede desta ação impugnativa somente é admissível a arguição de nulidade absoluta. Evidentemente, o trânsito em julgado do processo original significa a preclusão das vias impugnativas das nulidades relativas, que devem ser demonstradas nos

momentos oportunos, conforme dispõe o art. 571, incisos, do Código de Processo Penal.

Partindo dessa premissa, volvendo-se à nulidade suscitada pelo requerente Márcio Augusto Pinheiro, impende elucidar que o incidente de sanidade mental, considerado ausente pela defesa, é cabível “*Quando houver dúvida sobre a integridade mental do acusado*”, caso em que “*o juiz ordenará, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, do defensor, do curador, do ascendente, descendente, irmão ou cônjuge do acusado, seja este submetido a exame médico-legal*” (art. 149 do Código Penal).

Nota-se que se instaurado o referido incidente e verificada a inimputabilidade ao tempo dos fatos, o processo deve seguir normalmente para, ao final, se for o caso, decretar a absolvição imprópria do acusado. Por outro lado, verificado que esse estado é superveniente ao fato e se iniciou durante o processo, o incidente se prestará a suspendê-lo, até que o acusado se restabeleça.

Nos autos de origem, contudo, percebe-se que a documentação médica pelo Comando-Geral da Polícia Militar (fls. 179/181 e 451/557), juntada à época, visava tão somente a demonstrar um agravamento do quadro de depressão que apresentou após sua prisão cautelar, ou seja, por causa superveniente. A defesa em nenhum momento questionou a possibilidade de o recorrente ser inimputável ou semi-imputável ao tempo dos fatos, tanto que essa condição não foi sustentada nem nas alegações finais e nem nas razões do recurso de apelação interposto.

Em verdade, buscou-se justificar tão somente a necessidade de transferência do recorrente do quartel onde estava segregado para um Hospital Psiquiátrico.

Tanto é assim que, após juntada dos documentos médicos remetidos pela Diretoria de Recursos Humanos da Polícia Militar (fls. 451/558), a defesa peticionou almejando unicamente a “procedência do pedido

de transferência para tratamento hospitalar pleiteado, determinando-se a imediata remoção para local adequado à prestação do atendimento necessário” (fl. 559).

Observa-se que essa mesma pretensão restou prejudicada após a decisão proferida no *Habeas Corpus* n. 02.008294-0, de 04 de junho de 2002 (fls. 716/721), que concedeu a ordem e determinou a imediata soltura do Requerente.

Após obter a liberdade, inclusive, a defesa não apresentou qualquer interesse em comprovar a inimputabilidade do apelante à época dos fatos ou de suspender o feito, o que, como visto, justificaria o incidente.

Nesse passo, por ser um ônus da defesa, a inércia durante a instrução em requerer a instauração do incidente ou em se insurgir quanto à sua falta, principalmente após a soltura do Requerente, tornou preclusa a matéria.

Nesse sentido:

1) Sentido Estrito n. 0004444-74.2012.8.24.0014, de Campos Novos, rel. Des. Rodrigo Collaço, Quarta Câmara Criminal, j. 23-05-2016:

RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. SUPOSTO HOMICÍDIO TENTADO (ART. 121, *CAPUT*, C/C ART. 14, INC. II, AMBOS DO CP). DECISÃO DE PRONÚNCIA. INSURGÊNCIA DEFENSIVA. [...] AVENTADA SEMI-IMPUTABILIDADE DA ACUSADA. CIRCUNSTÂNCIA NÃO EVIDENCIADA NA HIPÓTESE. PRETENSÃO DE PRODUÇÃO DE EXAME DE SANIDADE MENTAL ABARCADA PELA PRECLUSÃO. PROVA NÃO REQUERIDA EM TEMPO. RECURSO DESPROVIDO.

2) Apelação Criminal (Réu Preso) n. 2014.079891-9, de Balneário Camboriú, rel. Des. Marli Mosimann Vargas, j. 02-06-2015:

APELAÇÃO CRIMINAL (RÉU PRESO). CRIMES DE AMEAÇA EM CONTINUIDADE DELITIVA E ROUBO EM CONCURSO MATERIAL, PRATICADOS COM VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E

FAMILIAR CONTRA A MULHER (ART. 147, *CAPUT*, C/C O ART. 61, II, “F”, NOS MOLDES DO ART. 71 E ART. 157, *CAPUT*, C/C ART. 61, II, “F”, NA FORMA DO ART. 69, TODOS DO CÓDIGO PENAL). SENTENÇA CONDENATÓRIA. RECURSO DA DEFESA. [...] ABSOLVIÇÃO IMPRÓPRIA. **INIMPUTABILIDADE NÃO COMPROVADA. AUSÊNCIA DE REQUERIMENTO DE EXAME DE SANIDADE MENTAL. ÔNUS QUE COMPETIA À DEFESA.** EXEGESE DO ART. 156 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. ADEMAIS, AUSÊNCIA DE INDICATIVOS DE QUE O APELANTE NÃO POSSUI TOTAL CAPACIDADE PARA ENTENDER O CARÁTER ILÍCITO DO ATO. DESCLASSIFICAÇÃO DO CRIME DE ROUBO PARA O CRIME DE INJÚRIA OU LESÕES CORPORAIS. IMPOSSIBILIDADE. CONDUCTA QUE SE AMOLDA PERFEITAMENTE AO CRIME DE ROUBO. [...] RECURSO CONHECIDO EM PARTE E DESPROVIDO. (grifo nosso)

Nesse quadro, mister destacar ainda que a determinação de realização de exame de sanidade mental é um ato facultativo do Magistrado, o qual poderá assim proceder quando verificar fundadas dúvidas acerca da imputabilidade do agente (Nesse sentido: Apelação Criminal n. 2014.023793-0, de São João Batista, rel. Des. Cinthia Beatriz da S. Bittencourt Schaefer, Quarta Câmara Criminal, j. 24-09-2015).

Com efeito, o fato de o Requerente ter sido submetido a tratamento para a depressão, doença psicossomática muito comum na atualidade, não é motivo suficiente para duvidar da capacidade de compreensão dos próprios atos que aparentava possuir, conforme noticiado pelo Ministério Público na origem (fl. 260).

No caso, conforme entendimento jurisprudencial, para a “[...] *instauração do respectivo incidente, deve existir a presença de dúvida razoável a respeito da inimputabilidade ou semi-imputabilidade dos acusados, o que não ocorre no caso dos autos, não sendo suficiente mero requerimento do exame pela defesa para sua instauração*” (STF, HC n. 102.936, Min. Luiz Fux, j. 27.4.2011).

Ademais, conforme bem observado pelo Exmo. Procurador de Justiça Francisco Bissoli Filho, acaso o Requerente venha apresentar indícios de que é inimputável, o exame de sanidade mental poderá ser pleiteado perante o juízo da execução a fim de que lhe seja substituída a pena privativa de liberdade por medida de segurança, nos termos do art. 183 da Lei 7.210/84 (Lei de Execução Penal).

Portanto, diante dessas razões, não merece acolhida a nulidade suscitada pelo Requerente, uma vez que inexistente vício processual a ser sanado.

3. Dos pedidos para concessão de habeas corpus de ofício para a correção das penas ou comunicação ao juízo da execução (Márcio Azevedo de Souza e Nilton Marques Alves).

No ajuizamento da presente ação impugnativa, a defesa requer a readequação da pena de Márcio Azevedo de Souza e Nilton Marques Alves. Aduz que se deve aplicar a Lei 12.850/13 que alterou o parágrafo único do art. 288 do Código Penal, em observância à regra geral da *novatio legis in mellius*, aplicando-se a causa de aumento que se afigura mais benéfica. Nesse tocante, pugna ainda, se for o caso, pela concessão de *habeas corpus* de ofício.

Contudo, o pedido formulado é afeto ao juízo da execução, não podendo ser conhecido.

Conforme dispõe o enunciado da Súmula 611 do Supremo Tribunal Federal, “*Transitada em julgado a sentença condenatória, compete ao Juízo das execuções a aplicação de lei mais benigna*”.

Além disso, de acordo com o art. 66, I, da Lei de Execução Penal, compete ao juízo da execução “*aplicar aos casos julgados lei posterior que de qualquer modo favorecer o condenado*”.

Nesse mesmo viés, encontra-se o entendimento desta Corte na Revisão Criminal n. 2011.062400-0, de Lages, rel. Des. Francisco Oliveira Neto, j. 30-05-2012:

REVISÃO CRIMINAL. CRIME DE TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES (ART. 12, *CAPUT*, DA LEI N. 6.368/76). PLEITO DE DIMINUIÇÃO DA PENA-BASE PARA O MÍNIMO LEGAL SOB O ARGUMENTO DE QUE TODAS AS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS SÃO FAVORÁVEIS. PEDIDOS E ARGUMENTOS QUE EXPRESSAM A CLARA INTENÇÃO DE REDISCUTIR E REAVALIAR QUESTÕES JÁ CONSTANTES NOS AUTOS QUANDO DO JULGAMENTO. IMPOSSIBILIDADE EM SEDE DE REVISÃO CRIMINAL. “A ação revisional não se presta à nova avaliação da prova, e, tampouco, ao reexame de decisão já apreciada pelo Juízo *ad quem*.” (TJSC, Rev. Crim. n. 2010.067947-3, rel. Des. Rui Fortes, j. 25.5.11). **PRETENDIDA A RETROATIVIDADE DA LEI N. 11.343/06, JÁ QUE MAIS BENÉFICA AO REVISIONADO. IMPOSSIBILIDADE. MATÉRIA AFETA AO JUÍZO DA EXECUÇÃO. INTELIGÊNCIA DA SÚMULA N. 611 DO STF. Segundo o Supremo Tribunal Federal, “Transitada em julgado a sentença condenatória, compete ao juízo das execuções a aplicação de lei mais benigna.”** (Súmula n. 611). PEDIDO REVISIONAL NÃO CONHECIDO. (grifo nosso)

Acrescenta-se que, diante desse quadro, não é o caso de concessão de *habeas corpus* de ofício em favor de Márcio Azevedo de Souza e de Nilton Marques Alves, tal como pleiteado pela defesa em sua inicial.

Ainda que Márcio e Nilton não estejam efetivamente cumprindo a pena – no caso de Nilton, o processo de execução encontra-se suspenso por estar foragido –, a matéria ora suscitada passou a ser, como visto, de competência do juízo da execução desde o momento do trânsito em julgado do processo, de modo que sua análise não pode ser feita diretamente por esta Corte sob pena de supressão de instância.

Nesse quadro, a ausência de análise do juízo competente denota justamente que inexistente qualquer ameaça ou coação em prejuízo à liberdade dos requeintes, passível de ser afastada por esta Corte, até mesmo de ofício.

Como se sabe, o *habeas corpus* somente pode ser concedido de ofício em revisão criminal quando a decisão que se pretende rescindir consolida situações teratológicas (TJSC, Revisão Criminal n. 0151945-69.2015.8.24.0000, de Canoinhas, rel. Des. Jorge Schaefer Martins, j. 27-04-2016), o que, diante desse contexto, não é o caso dos autos.

Ademais, não é o caso de se comunicar ao juízo da execução, uma vez que cabe à parte postular perante o juízo competente o que achar de direito.

Diante disso, não se conhece da pretensão suscitada pela defesa, nem mesmo de ofício.

4. Dispositivo

Ante o exposto, o voto é no sentido de não conhecer a revisão criminal referente aos pedidos formulados por Nilton Marques Alves, Márcio Azevedo de Souza e Manoel André Mattos; conhecer a revisão criminal referente ao pedido formulado por Márcio Augusto Pinheiro e indeferi-la.

Revisão Criminal n. 4008074-73.2016.8.24.0000

Relator: Desembargador Moacyr de Moraes Lima Filho

REVISÃO CRIMINAL. LAVAGEM DE CAPITAIS. ART. 1º, VII, DA LEI N. 9.613/98. DELITO ANTERIOR ÀS LEIS NS. 12.683/12 E 12.850/13. INEXISTÊNCIA DE DESCRIÇÃO NORMATIVA DE ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. CARÊNCIA DE CRIME ANTECEDENTE. ATIPICIDADE. ASSOCIAÇÃO CRIMINOSA. CRIME ANTERIOR À LEI N. 12.850/13. VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DO *NON BIS IN IDEM*. NÃO OCORRÊNCIA. INFRAÇÃO PENAL AUTÔNOMA. EVENTUAL PRÁTICA DE OUTROS DELITOS PELO GRUPO. CONCURSO DE CRIMES.

1 “A ausência à época de descrição normativa do conceito de organização criminosa impede o reconhecimento dessa figura como antecedente da lavagem de dinheiro, em observância ao princípio da anterioridade legal, insculpido nos arts. 5º, XXXIX, da CF, e art. 1º do CP” (STJ, HC n. 356.027/CE, Min. Nefi Cordeiro, j. em 6/10/2016).

2 Como o art. 288 do Código Penal cuida de crime autônomo, é prescindível a prática efetiva dos delitos que motivaram a reunião, os quais, se ocorridos, atraem a regra do concurso material.

INJUSTIÇA OU ERRO TÉCNICO NA APLICAÇÃO DA REPRIMENDA. *REFORMATIO IN PEJUS*. REAPRECIÇÃO DAS CIRCUNSTÂNCIAS RECONHECIDAS PELO SENTENCIANTE. SITUAÇÃO DO RÉU NÃO AGRAVADA. POSSIBILIDADE. INCIDÊNCIA DA MAJORANTE DO ART. 288, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CÓDIGO PENAL. FRAÇÃO MAIS BENÉFICA TRAZIDA PELA LEI N. 12.850/13. ADEQUAÇÃO DEVIDA.

O Superior Tribunal de Justiça assentou que não fere o princípio do *non reformatio in pejus* “[...] a adoção pelo Tribunal de motivação própria sobre as questões jurídicas ampla e contraditoriamente debatidas no juízo *a quo*, não se tratando de inovação indevida, desde que não agravada a situação do réu” (HC n. 319.962/SP, Mina. Maria Thereza de Assis Moura, j. em 17/3/2016).

PEDIDO PARCIALMENTE ACOLHIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Revisão Criminal n. 4008074-73.2016.8.24.0000, da comarca de Chapecó (2ª Vara Criminal) em que é Requerente Ari Vosniak.

A Seção Criminal decidiu, por votação unânime, acolher parcialmente o pedido, a fim de afastar a condenação por afronta ao art. 1º, VII, da Lei n. 9.613/98, com redação anterior ao advento da Lei n. 12.683/12, e adequar a pena cominada ao delito do art. 288, parágrafo único, do Código Penal. Sem custas.

O julgamento, realizado nesta data, foi presidido pelo Excelentíssimo Sr. Des. Rui Fortes, com voto, e dele participaram os Excelentíssimos Srs. Des. Jorge Schaefer Martins, Des. Roberto Lucas Pacheco, Des. José Inacio Schaefer, Des. Paulo Roberto Sartorato, Des. Rodrigo Collaço, Des. Sérgio Rizelo, Des. Getúlio Corrêa, Des. Ernani Guetten de Almeida, Des. Leopoldo Augusto Brüggemann e Des. Salete Silva Sommariva. Lavrou parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Excelentíssimo Dr. Raul Schaefer Filho.

Florianópolis, 14 de dezembro de 2016.

Desembargador Moacyr de Moraes Lima Filho
Relator

RELATÓRIO

Cuida-se de revisão criminal ajuizada por Ari Vosniak, condenado por infração aos arts. 288, parágrafo único, do Código Penal e 1º, VII, da Lei n. 9.613/98, ambos com redação anterior às Leis n. 12.683/12 e 12.850/13, à pena de 6 (seis) anos e 8 (oito) meses de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 30 (trinta) dias-multa, no valor unitário mínimo legal.

Sustenta, em preliminar, a nulidade do *decisum*, decorrente da atipicidade da conduta que cominou no reconhecimento do crime

de lavagem de dinheiro ou ocultação de bens, porquanto à época dos fatos, não havia previsão legal do delito antecedente de organização criminosa. Aponta, também, existir violação ao princípio *non bis in idem*, ao argumento de que condenações anteriores foram empregadas como prova da prática de crime de associação criminosa armada (então formação de quadrilha armada). Quanto à dosimetria, almeja a redução da fração atribuída à majorante do parágrafo único do art. 288 do Código Penal, tendo em vista a alteração promovida pela Lei n. 12.850/13. Aduz, ainda, que o *quantum* da pena é exacerbado, haja vista que esta Corte, no julgamento do recurso exclusivo da defesa, aumentou as penas-base (fls. 1/30).

Indeferido o pedido liminar (fls. 364/366), a douta Procuradoria-Geral de Justiça, por intermédio do Dr. Raul Schaefer Filho, manifesta-se pelo “[...] *conhecimento e parcial provimento da provocada revisão, para, absolver o revisionando pela conduta imputada como sendo do artigo 1º, VII, da Lei 9.613/98 (com redação anterior à Lei 12.683/2012); e, adequar a pena infligida ao delito do artigo 288, parágrafo único, do Código Penal (também com redação anterior à modificação pela Lei 12.850/2013)*” (fls. 372/377).

VOTO

1 Inicialmente, sob a assertiva de que o decreto condenatório padece de nulidade absoluta, o requerente persegue a absolvição do crime de lavagem de capitais.

Colhe-se dos autos que, no dia 29 de novembro de 2011, o órgão do Ministério Público ofereceu denúncia contra o requerente, Ari Wosniak, e outros por infração aos arts. 288, parágrafo único, do Código Penal (com redação anterior à Lei 12.850/2013) e no art. 1º, VII, da Lei 9.613/98 (com redação anterior à Lei 12.683/2012).

Quanto à lavagem de capitais, descreveu a inicial que se articulou

na cidade de Chapecó, “[...] desde o ano de 2006, 2007 e 2008 [...]”, grande quadrilha especializada em roubos e furtos a estabelecimentos comerciais. Acrescentou que, “[...] segundo apurado na investigação, após realizar a prática dos delitos patrimoniais, a organização, através dos denunciados, com o intuito de dar aparência de legitimidade ao produto dos crimes, trataram de utilizar as vantagens auferidas para adquirir bens, através de operações financeiras adquirindo principalmente veículos além de outros bens e efetuando depósitos em conta pertencentes a outros membros da organização criminosa, de modo a ocultar ou dissimular a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente, de crime praticado pela organização criminosa [...]”. Assim, capitulou-se a afronta ao “[...] art. 1º, VII, da Lei n. 9.613/98, todos nos termos da Lei 9.034/95 (organização criminosa) [...]” (fls. 32/71).

Ocorre que, conforme sustenta o requerente, a conduta que lhe foi imputada carece de tipicidade.

Depois de superada fundada controvérsia, consolidou-se o entendimento de que o conceito legal e a tipificação de organização criminosa, exigida como crime antecedente pelo art. 1º, VII, da Lei n. 9.613/98, com redação anterior à Lei n. 12.683/12, só foram concretizados pela Lei n. 12.850/13, não servindo para tanto outros instrumentos normativos, como convenções internacionais.

Sendo assim, consoante recente decisão do Superior Tribunal de Justiça, “a ausência à época de descrição normativa do conceito de organização criminosa impede o reconhecimento dessa figura como antecedente da lavagem de dinheiro, em observância ao princípio da anterioridade legal, insculpido nos arts. 5º, XXXIX, da CF, e art. 1º do CP” (HC n. 356.027/CE, rel. Min. Nefi Cordeiro, j. em 6/10/2016).

Nesse sentido, extrai-se da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal:

RECURSO ORDINÁRIO EM “*HABEAS CORPUS*” – LAVAGEM DE DINHEIRO – ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA – INFRAÇÃO PENAL ANTECEDENTE – QUADRILHA (ATUALMENTE DESIGNADA “ASSOCIAÇÃO CRIMINOSA”) – CONDUTAS PRATICADAS ENTRE 1998 E 1999, MOMENTO QUE PRECEDEU A EDIÇÃO DA LEI Nº 12.683/2012 E DA LEI Nº 12.850/2013 – IMPOSSIBILIDADE CONSTITUCIONAL DE SUPRIR-SE A AUSÊNCIA DE TIPIFICAÇÃO DO DELITO DE ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA, COMO INFRAÇÃO PENAL ANTECEDENTE, PELA INVOCAÇÃO DA CONVENÇÃO DE PALERMO – INCIDÊNCIA, NO CASO, DO POSTULADO DA RESERVA CONSTITUCIONAL ABSOLUTA DE LEI EM SENTIDO FORMAL (CF, art. 5º, inciso XXXIX) – DOCTRINA – PRECEDENTES – INADMISSIBILIDADE, DE OUTRO LADO, DE CONSIDERAR-SE O CRIME DE FORMAÇÃO DE QUADRILHA COMO EQUIPARÁVEL AO DELITO DE ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA PARA EFEITO DE REPRESSÃO ESTATAL AO CRIME DE LAVAGEM DE DINHEIRO COMETIDO ANTES DO ADVENTO DA LEI Nº 12.683/2012 E DA LEI Nº 12.850/2013 – RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO.

– Em matéria penal, prevalece o dogma da reserva constitucional de lei em sentido formal, pois a Constituição da República somente admite a lei interna como única fonte formal e direta de regras de direito penal, a significar, portanto, que as cláusulas de tipificação e de cominação penais, para efeito de repressão estatal, subsumem-se ao âmbito das normas domésticas de direito penal incriminador, regendo-se, em consequência, pelo postulado da reserva de Parlamento. Doutrina. Precedentes (STF).

– As convenções internacionais, como a Convenção de Palermo, não se qualificam, constitucionalmente, como fonte formal direta legitimadora da regulação normativa concernente à tipificação de crimes e à cominação de sanções penais. (RHC n. 121835 AgR, rel. Min. Celso de Mello, j. em 13/10/2015)

Logo, como não há descrição na exordial acusatória de delito antecedente à lavagem de capitais, exigido pela antiga redação da Lei n. 9.613/98, não servindo para tanto os crimes de furto, receptação

e associação criminosa (então formação de quadrilha), tampouco de organização criminosa anterior à Lei n. 12.850/13, deve ser reconhecida a atipicidade da conduta e afastado o decreto condenatório.

2 Quanto à imputação do art. 288, parágrafo único, do Código Penal, sustenta o requerente existir violação ao princípio do *non bis in idem*, sob a assertiva de que as condenações impostas nos autos ns. 018.05.003886-1, 018.07.012767, 018.08.023781-6 e 018.08.017317-4 teriam sido empregadas como prova fundamental para a condenação.

Não é essa, entretanto, a conclusão que pode ser extraída das decisões combatidas.

Como é sabido, para a configuração do crime em comento, antes das alterações promovidas pela Lei n. 12.850/13, é necessária a comprovação de que na associação exista no mínimo quatro pessoas e que entre estas *“haja um vínculo associativo permanente para fins criminosos, uma predisposição comum de meios para a prática de uma série indeterminada de delitos. Exige-se, assim, uma estabilidade ou permanência com o fim de cometer crimes, uma organização de seus membros que revele acordo sobre a duradoura atuação em comum”* (MIRABETE, Julio Fabbrini. Código penal interpretado. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 1548). De outro norte, por cuidar-se de crime autônomo, é prescindível a prática efetiva dos delitos que motivaram a reunião, os quais, se ocorridos, atraem a regra do concurso material.

Na espécie, a referência aos delitos destacados na revisional serviu apenas para corroborar a presença dos elementos caracterizadores do art. 288 do Código Penal, especialmente a existência entre os denunciados de vínculo estável e permanente para o cometimento de delitos patrimoniais.

A propósito:

PROCESSO PENAL E PENAL. *HABEAS CORPUS* EM SUBSTITUIÇÃO A RECURSOS ESPECIAL E ORDINÁRIO OU

REVISÃO CRIMINAL. NÃO CABIMENTO. PRINCÍPIO DO *NE BIS IN IDEM*. VIOLAÇÃO. INOCORRÊNCIA. FATOS E IMPUTAÇÕES DISTINTAS. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO.

1. Ressalvada pessoal compreensão diversa, uniformizou o Superior Tribunal de Justiça ser inadequado o *writ* em substituição a recursos especial e ordinário, ou de revisão criminal, admitindo-se, de ofício, a concessão da ordem ante a constatação de ilegalidade flagrante, abuso de poder ou teratologia.

2. Pela simples leitura das denúncias, constata-se que as peças acusatórias tratam de fatos e imputações distintas, uma vez que uma imputa ao paciente a prática do delito de tentativa de furto mediante fraude, ocorrida em 19/1/2013, e a outra imputa a prática de associação criminosa durante o período de janeiro de 2012 a agosto do 2013.

3. A referência ao inquérito que originou a outra ação penal se deu simplesmente para corroborar e embasar a imputação feita na denúncia, a fim evidenciar a efetiva prática do delito de associação criminosa, tanto é assim que não adentrou em crimes lá apurados, apenas citando os inquéritos.

4. Essa é a posição do Tribunal de origem que afirma “que o fato de a denúncia relativa à ação penal nº 2013011112292-6 (fls. 126/132) fazer menção ao IP nº 54/2013-DRE, apenas objetivou demonstrar a reiteração dos autores na prática de furtos mediante arrombamento e fraude, confirmando a existência da quadrilha, crime pelo qual foi condenado o paciente.” 5. É de se afastar a alegação de violação ao princípio do *ne bis in idem*, pois tratando-se de denúncia que imputa ao paciente prática de delito diverso, ocorrido em dia distinto e apresentando outras circunstâncias, não há que se falar em duplo processamento por único crime.

6. *Habeas corpus* não conhecido. (STJ, HC n. 324.687/DF, rel. Min. Nefi Cordeiro, j. em 28/6/2016)

Desse feita, não há mácula a ser reconhecida.

3 Quanto à dosimetria, convém registrar ser cabível a ação

impugnativa com o objetivo de modificação da pena, consoante o art. 626 do Código de Processo Penal. Entretanto, a doutrina e a jurisprudência têm condicionado o deferimento à comprovação de erro técnico ou de injustiça explícita do julgado (TJSC, Revisão Criminal n. 0157326-58.2015.8.24.0000, de Sombrio, rel. Des. Roberto Lucas Pacheco, j. em 27/4/2016).

O requerente aduz, primeiramente, que esta Corte, no exame da apelação criminal, obrou em *reformatio in pejus* ao reavaliar as operadoras do art. 59 do Código Penal.

Colhe-se do aresto que, considerando que uma das condenações definitivas empregada para o reconhecimento da agravante da reincidência não preenche os pressupostos do art. 63 da Lei Penal, haja vista que transitou em julgado no curso da presente ação penal, esta Corte diminuiu a fração aplicada na segunda fase – de 1/3 para 1/6 – e passou a considerá-la na etapa anterior, aumentando em 1/6 a pena-base em virtude dos maus antecedentes (fl. 346).

A despeito dos argumentos do requerente, o Superior Tribunal de Justiça assentou que não fere o princípio do non *reformatio in pejus* “[...] a adoção pelo Tribunal de motivação própria sobre as questões jurídicas ampla e contraditoriamente debatidas no juízo a quo, não se tratando de inovação indevida, desde que não agravada a situação do réu” (HC n. 319.962/SP, rela. Mina. Maria Thereza de Assis Moura, j. em 17/3/2016).

Nesse sentido:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE REVISÃO CRIMINAL. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. ROUBO MAJORADO E ESTUPRO. ABSOLVIÇÃO POR INSUFICIÊNCIA DE PROVAS. VIA INADEQUADA. REVOLVIMENTO DE PROVAS. PALAVRA DA VÍTIMA. VALIDADE. DOSIMETRIA DA PENA. *REFORMATIO IN PEJUS*. NÃO CONFIGURAÇÃO. CULPABILIDADE E CONDUTA DO AGENTE. VALORAÇÃO NEGATIVA. POSSIBILIDADE. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. MAJORANTE DO EMPREGO

DE ARMA DE FOGO. AFASTAMENTO. INVIABILIDADE. APREENSÃO E PERÍCIA. DESNECESSIDADE. ESTUPRO. NATUREZA HEDIONDA. AFASTAMENTO. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO.

[...]

3. “É dominante a jurisprudência desta Corte no sentido de que não há impedimento de o Tribunal *a quo*, em julgamento de apelação exclusivo da defesa, inovar na fundamentação, desde que não agrave a situação penal do réu. Precedentes” (HC 316.941/SP, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, Quinta Turma, julgado em 16/02/2016, DJe 04/03/2016).

[...]

7. *Habeas Corpus* não conhecido. (STJ, HC n. 298.653/RJ, rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, j. em 19/4/2016)

Com efeito, como cabe a este Sodalício o exame de todas as circunstâncias do caso concreto, desde que debatidas anteriormente, e não houve agravamento da pena, afasta-se o pleito de revisão.

Por último, almeja-se a redução da fração atribuída à majorante do parágrafo único do art. 288 do Código Penal, tendo em vista a alteração mais benéfica promovida pela Lei n. 12.850/13.

Pontua-se, de pronto, que o pedido tem lugar nesta via, uma vez que a modificação legislativa ocorreu antes de alcançado o trânsito em julgado. Assim, descabida a incidência do art. 66, I, da Lei de Execução Penal.

Verifica-se que, depois de superada a etapa intermediária, entendeu-se devido o incremento em dobro da pena, por incidência da causa especial de aumento em debate (fl. 347).

No entanto, como bem ponderou o Dr. Raul Schaefer Filho, d. Procurador de Justiça, “[...] a edição de legislação nova mais benéfica ao ora revisionando, vez que a Lei n^o 12.850/2013 modificou o dispositivo

para que o aumento da pena (em razão de ser armada a quadrilha, agora, associação criminosa) ocorra até a metade, em vez do dobro, tal qual era a previsão, devendo, pois, efetuar-se a adequação, em conformismo ao disposto nos artigos 5º, XL, da Constituição Federal, e 2º, parágrafo único, do Código Penal” (fl. 376).

Desse modo, tendo em vista a existência de provas robustas de que a associação criminosa (então quadrilha) fazia uso reiterado de armas de fogo, inclusive para o cometimento de infrações penais com grave ameaça à pessoa, conforme reconhecido na sentença (fls. 167/169) e no acórdão (fls. 328/331), imperativo adotar a fração de 1/2 (um meio), a fim de tornar a sanção definitiva em 2 (dois) anos de reclusão e 15 (quinze) dias-multa, no valor unitário mínimo legal.

A reincidência e a análise negativa das circunstâncias judiciais obstam a substituição da pena corporal por medidas restritivas de direitos e a concessão de sursis, bem como impõem a manutenção do regime prisional fechado (arts. 33, § 3º, 44, I e III e 77, todos do Código Penal).

Ante o exposto, acolhe-se parcialmente o pedido, a fim de afastar a condenação por afronta ao art. 1º, VII, da Lei n. 9.613/98, com redação anterior ao advento da Lei n. 12.683/12, e adequar a pena cominada ao delito do art. 288, parágrafo único, do Código Penal.

QUARTA CÂMARA CRIMINAL

Apelação n. 0062433-11.2012.8.24.0023, Capital

Relator: Desembargador Jorge Schaefer Martins

APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME DOLOSO CONTRA A VIDA. TRIBUNAL DO JÚRI. HOMICÍDIO QUALIFICADO MEDIANTE RECURSO QUE DIFICULTOU OU TORNOU IMPOSSÍVEL A DEFESA DA VÍTIMA. ARTIGO 121, § 2º, IV, DO CÓDIGO PENAL. SENTENÇA CONDENATÓRIA. RECURSO DEFENSIVO.

PRELIMINAR. NULIDADE POSTERIOR À PRONÚNCIA. RÉU PRONUNCIADO PELO CRIME PREVISTO NO ARTIGO 121, § 2º, IV, DO CÓDIGO PENAL. REQUERIMENTO, EM PLENÁRIO, PELO REPRESENTANTE DO MINISTÉRIO PÚBLICO, DE INCIDÊNCIA DA AGRAVANTE GENÉRICA DO CRIME PRATICADO POR MOTIVO TORPE (ARTIGO 61, II, “A”, CP). TESE QUESITADA PELO JUIZ PRESIDENTE. ACOLHIMENTO PELO CONSELHO DE SENTENÇA. IMPOSSIBILIDADE. MOTIVO TORPE QUE CONSTITUI ELEMENTO DO TIPO PREVISTO NO ARTIGO 121, § 2º, I, DO CÓDIGO PENAL. INVIABILIDADE DE RECONHECIMENTO DA AGRAVANTE GENÉRICA QUANDO A DECISÃO DE PRONÚNCIA NÃO RECONHECEU A ELEMENTAR DO TIPO. AFASTAMENTO QUE SE IMPÕE.

[...]

2.2. *Agravantes: restrições* O alerta a respeito das agravantes diz, também com a expressão de direito material. Art. 61 do Código Penal dispõe: São circunstâncias que sempre agravam a pena, quando não constituem ou qualificam o crime.

Observa-se que as agravantes do art. 62, II correspondem:

A alínea “a” (por motivo fútil ou torpe) à qualificadora do art. 121, § 2º, I e II;

A alínea “b” (para facilitar ou assegurar a execução, ocultação, a impunidade ou vantagem de outro crime) à qualificadora do art. 121, § 2º, inciso V;

A alínea “c” (à traição, de emboscada, ou mediante dissimulação, ou outro recurso que dificultou ou tornou impossível a defesa do ofendido) à qualificadora do art. 121, § 2º, IV;

A alínea “d” (com emprego de veneno, fogo, explosivo, tortura ou outro meio insidioso ou cruel, ou de que podia resultar perigo comum).

Assim, se a circunstância qualifica o crime de homicídio e tendo eventualmente sido rejeitada pela pronúncia ou, mesmo, tenha o agente ministerial omitido a circunstância na denúncia, não poderá ela ser repriminada como agravante em plenário. Melhor dizendo, não podem elas ser “alegadas nos debates” (inc. I, b).

Traz-se presente, novamente, a imposição legal do art. 476, *caput*, em sua parte final (NASSIS, Aramis. *O novo Júri Brasileiro: conforme a Lei 11.689/08, atualizado com as Leis 11.690/08 e 11.719/08* – Porto Alegre: Ed. Livraria do Advogado, 2009, p. 185-186).

MÉRITO. PLEITO ABSOLUTÓRIO. DECISÃO MANIFESTAMENTE CONTRÁRIA À PROVA DOS AUTOS. NÃO OCORRÊNCIA. VERSÃO ACOLHIDA PELOS JURADOS QUE ENCONTRA RESPALDO NO CONJUNTO PROBATÓRIO. TESE PREVALENTE QUE EVIDENCIA A PRÁTICA DE HOMICÍDIO. MANUTENÇÃO DA CONDENAÇÃO. RECURSO NÃO PROVIDO.

“Em se tratando de júri, somente a decisão em manifesto confronto com os elementos do processo, totalmente dissociada da reconstituição fática trazida aos autos, é que pode ensejar a nulidade do julgamento. No caso, foi adotada a versão que pareceu mais convincente aos jurados, a qual encontra amparo nas provas existentes no feito” (Apelação Criminal n. 2010.033055-7, rel. Des. Torres Marques, Terceira Câmara Criminal, j. 13.9.2011).

EXCLUSÃO DE QUALIFICADORA. RECURSO QUE DIFICULTOU

OU TORNOU IMPOSSÍVEL A DEFESA DA VÍTIMA. ARTIGO 121, § 2º, IV, DO CÓDIGO PENAL. ACEITAÇÃO PELO CORPO DE JURADOS. VÍTIMA SUPREENDIDA PELO RÉU QUE, APÓS PEDIR ÁGUA, ARROMBOU A PORTA DO IMÓVEL E A EXECUTOU. POSSIBILIDADE DE ENQUADRAMENTO DESSA SITUAÇÃO NA QUALIFICADORA REFERENDADA.

DOSIMETRIA DA PENA. PRIMEIRA FASE. ALMEJADA FIXAÇÃO DA PENA NO MÍNIMO LEGAL. RECONHECIMENTO, EM PRIMEIRO GRAU, DA CONDUITA SOCIAL COMO CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL NEGATIVA, NA FASE DO ARTIGO 59 DO CÓDIGO PENAL. MOTIVAÇÃO INIDÔNEA. MANUTENÇÃO DO AUMENTO, TODAVIA, POR FORÇA DOS MAUS ANTECEDENTES. EXISTÊNCIA DE CONDENAÇÃO COM TRÂNSITO EM JULGADO NO CURSO DO PROCESSO ORA ANALISADO POR FATO ANTERIOR. MIGRAÇÃO DE UM PARA OUTRO VETOR, QUE NÃO IMPLICA EM *REFORMATIO IN PEJUS*. MAJORAÇÃO MANTIDA.

“Embora o paciente não possa ser considerado reincidente, uma vez que o trânsito em julgado da condenação por fatos anteriores ocorreu no curso da ação a que ora responde, tal fato caracteriza maus antecedentes e permite a fixação da pena-base acima do mínimo legal” (RE n. 608.718-AgR. Rel. Min. Ricardo Lewandowski. Julgado em: 23-3-2011) (Apelação Criminal (Réu Preso) n. 2011.094310-6, de Pomerode, deste Relator).

SEGUNDA FASE. AFASTAMENTO DA AGRAVANTE DO CRIME COMETIDO POR MOTIVO TORPE. MANUTENÇÃO APENAS DA ATENUANTE DA MENORIDADE. ADEQUAÇÃO DA PENA. ADEMAIS, MAGISTRADO *A QUO* QUE PODERIA TER RECONHECIDO A AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA, VISTO QUE O ACUSADO OSTENTA CONDENAÇÃO TRANSITADA EM JULGADO QUE SERVIRIA PARA TAL FIM. NÃO APLICAÇÃO SOB PENA DE *REFORMATIO IN PEJUS*.

PREQUESTIONAMENTO. NÃO ACOLHIMENTO. DESNECESSIDADE DE MANIFESTAÇÃO EXPRESSA ACERCA DE TODOS OS DISPOSITIVOS LEGAIS INVOCADOS PELAS PARTES.

“[...] o magistrado não está obrigado a se manifestar expressamente sobre todos os argumentos levantados pelas partes, de modo que descabe falar, na espécie, em negativa de prestação jurisdicional quando todas as questões necessárias ao deslinde da controvérsia foram analisadas e decididas, ainda que de forma contrária às pretensões do impetrante” (*Habeas Corpus* n. 155028, Rel. Min. Jorge Mussi, Quinta Turma, j. 28/6/2011).

DETRAÇÃO. ANÁLISE PREJUDICADA EM RAZÃO DE O ACUSADO CUMPRIR PENA EM OUTRO PROCESSO.

RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação n. 0062433-11.2012.8.24.0023, da comarca da Capital Vara do Tribunal do Júri em que é apelante Felipe Alves de Lima e apelado o Ministério Público do Estado de Santa Catarina.

A Quarta Câmara Criminal decidiu, por unanimidade, dar parcial provimento ao recurso para acolher a preliminar e excluir a agravante prevista no artigo 61, II, “a”, do Código Penal e, em consequência adequar a reprimenda, que se torna definitiva em 13 (treze) anos de reclusão. Custas legais.

Participaram do julgamento, realizado em 04 de agosto de 2016, os Excelentíssimos Desembargadores Roberto Lucas Pacheco e Newton Varela Júnior. Emitiu parecer pela Procuradoria-Geral de Justiça o Dr. Odil José Cota. Compareceu à sessão como representante do Ministério Público o Dr. Paulo Roberto de Carvalho Roberge.

Nos termos do § 5º, do art. 87, do RITJSC, os dados do presente feito deverão ser incluídos no CNCIAI.

Florianópolis, 9 de agosto de 2016.

Desembargador Jorge Schaefer Martins
PRESIDENTE E RELATOR

RELATÓRIO

O Ministério Público da Comarca da Capital ofereceu denúncia contra Felipe Alves de Lima pelo cometimento, em tese, do delito descrito no artigo 121, § 2º, IV, do Código Penal, conforme os seguintes fatos narrados na peça acusatória:

No dia 6 de outubro de 2012, por volta das 02h10min, na Rua Joaquim Nabuco, nº 2399, Monte Cristo, nesta Capital, o denunciado Felipe Alves de Lima, juntamente com uma segunda pessoa ainda não identificada, desferiu, com vontade de matar, diversos tiros de arma de fogo contra a vítima João José da Silva, causando-lhe, em consequência, os ferimentos descritos no laudo pericial cadavérico nº 509/12 (fls. 55-62), que foram causa eficiente de sua morte.

Na ocasião dos fatos, a vítima encontrava-se em sua residência dormindo na cozinha quando foi surpreendido pelos seus algozes, um deles o denunciado, que invadiram a casa e desferiram sete disparos de arma de fogo contra sua pessoa.

Ressalta-se que o crime foi praticado com a utilização de recurso que tornou impossível a defesa da vítima, uma vez que foi surpreendida enquanto estava dormindo pelos seus algozes que portavam armas de fogo (fls. 50-51).

Recebida a denúncia em 5.2.2013 (fl. 217), o réu foi citado e apresentou defesa prévia (fls. 275-297).

Nas datas aprazadas, foram ouvidas as testemunhas e realizado o interrogatório.

Apresentadas as alegações finais, a Dr^a. Juíza de Direito acolheu a denúncia e, em consequência, pronunciou o réu como incurso nas sanções do artigo 121, § 2º, IV do Código Penal, submetendo-o ao Tribunal do Júri (fls. 440-445).

Inconformado, o acusado interpôs recurso em sentido estrito, ao qual foi negado provimento (fls. 502-509).

Em seguida, opôs embargos de declaração, os quais foram rejeitados (fls. 517-520), e, posteriormente, interpôs recurso especial, o qual não foi admitido (fls. 548-550), motivo pelo qual agravou referida decisão (fls. 552-559).

Submetido a julgamento, o Conselho de Sentença reconheceu a materialidade e autoria do delito e condenou o réu pelo crime tipificado no art. 121, § 2º, IV, do Código Penal, ao passo que a Magistrada *a quo* fixou a pena em 14 (quatorze) anos de reclusão, em regime inicial fechado (fls. 658-660).

Inconformado, o réu interpôs recurso de apelação e arguiu, preliminarmente, a ocorrência de nulidade posterior à pronúncia, pelo fato de um dos quesitos formulados ter sido feito supostamente de forma ilegal, sob o fundamento de que não poderia uma circunstância qualificadora não referida na pronúncia ser posteriormente reconhecida como agravante pelos jurados.

Alegou, ainda, que a sentença do juiz-presidente foi contrária à lei expressa, tendo em vista que a apreciação de eventuais circunstâncias agravantes ou atenuantes seria de sua competência, e não do tribunal do júri.

No mérito, sustentou que a decisão dos jurados foi manifestamente contrária à prova dos autos.

Alternativamente, postulou pelo afastamento da qualificadora do recurso que impossibilitou a defesa da vítima.

Com relação à dosimetria, pleiteou a fixação da pena no mínimo legal.

Por fim, prequestionou diversos dispositivos legais.

Com as contrarrazões, ascenderam os autos a este Tribunal.

Instada, a Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer da lavra do Dr. Odil José Cota, opinou pelo desprovimento do recurso.

VOTO

Inicialmente, verifica-se que a defesa arguiu, de forma preliminar, a ocorrência de nulidade posterior à pronúncia, pelo fato de um dos quesitos formulados o ter sido feito de forma supostamente ilegal, sob o argumento de que não poderia uma circunstância qualificadora não referida na pronúncia ser posteriormente reconhecida como agravante pelos jurados.

Alegou, ainda, que a sentença do juiz-presidente foi contrária à lei expressa, tendo em vista que a apreciação de eventuais circunstâncias agravantes ou atenuantes seria de sua competência, e não do tribunal do júri.

Como visto, o acusado foi pronunciado como incurso nas sanções do artigo 121, § 2º, IV, do Código Penal.

Contudo, em plenário, o representante do Ministério Público de primeiro grau requereu o reconhecimento da agravante do crime praticado por motivo torpe, prevista no artigo 61, II, “a”, do Código Penal.

Por tal razão, o magistrado *a quo* incluiu na quesitação o seguinte item: “O acusado praticou o crime por motivo torpe, eis que o levou a efeito por vingança” (fl. 690).

A defesa, por sua vez, impugnou o referido quesito, conforme se percebe pela ata da sessão presente à fl. 692-694.

Nesse particular, razão socorre à defesa.

De fato, não pode uma elementar do tipo não reconhecida na sentença de pronúncia ser posteriormente quesitada e reconhecida pelo conselho de sentença através de uma agravante genérica, notadamente a prevista no artigo 61, II, “a”, do Código Penal.

A propósito, colhe-se dos ensinamentos de Aramis Nassif:

2.1. Atenuantes: dispensa de provocação nos debates

[...]

Por outro lado, o art. 476, que trata dos debates, autoriza o Ministério Público fazer a “acusação, nos limites da pronúncia ou das decisões posteriores que julgaram admissível a acusação, sustentando, se for o caso, a existência de circunstância agravante”.

[...]

2.2. Agravantes: restrições

O alerta a respeito das agravantes diz, também com a expressão de direito material. Art. 61 do Código Penal dispõe: São circunstâncias que sempre agravam a pena, quando não constituem ou qualificam o crime.

Observa-se que as agravantes do art. 62, II correspondem:

A alínea “a” (por motivo fútil ou torpe) à qualificadora do art. 121, § 2º, I e II;

A alínea “b” (para facilitar ou assegurar a execução, ocultação, a impunidade ou vantagem de outro crime) à qualificadora do art. 121, § 2º, inciso V;

A alínea “c” (à traição, de emboscada, ou mediante dissimulação, ou outro recurso que dificultou ou tornou impossível a defesa do ofendido) à qualificadora do art. 121, § 2º, IV;

A alínea “d” (com emprego de veneno, fogo, explosivo, tortura ou outro meio insidioso ou cruel, ou de que podia resultar perigo comum).

Assim, se a circunstância qualifica o crime de homicídio e tendo eventualmente sido rejeitada pela pronúncia ou, mesmo, tenha o agente ministerial omitido a circunstância na denúncia, não poderá ela ser ripristinada como agravante em plenário. Melhor dizendo, não podem elas ser “alegadas nos debates” (inc. I, b).

Traz-se presente, novamente, a imposição legal do art. 476, *caput*, em

sua parte final (NASSIS, Aramis. O novo Júri Brasileiro: conforme a Lei 11.689/08, atualizado com as Leis 11.690/08 e 11.719/08 – Porto Alegre: Ed. Livraria do Advogado, 2009, p. 185-186).

No mesmo sentido é o entendimento de Guilherme de Souza Nucci:

5.2.8 Agravantes e Atenuantes

[...]

Outro enfoque importante diz respeito à consideração de uma agravante, como questão independente, quando ela encontra definição, na lei penal, igualmente como qualificadora do crime. Ilustrando: o motivo fútil constitui qualificadora do homicídio (art. 121, § 2º, II, CP), mas também agravantes para qualquer outro delito (art. 61, II, a, CP). Assim ocorrendo, tem preferência para a imputação a qualificadora, devendo ser articulada, se for o caso, na denúncia, para posterior acolhimento na pronúncia. Se a qualificadora do motivo fútil não for considerada como tal e restar afastada da imputação, é defeso à acusação, em plenário, inseri-la como agravante. Seria a burla ao princípio do *ne bis in idem* (não haverá dupla punição pelo mesmo fato, nem dupla acusação pelo mesmo fato). [...] (NUCCI, Guilherme de Souza. *Tribunal do Júri*. 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 312).

Dessa forma, necessária a exclusão da agravante prevista no artigo 61, II, “a”, do Código Penal.

No mérito, impõe-se discorrer acerca do disposto na alínea “d” do inciso III do artigo 593 do Código de Processo Penal, pois sustenta o réu que a decisão proferida pelo Conselho de Sentença é manifestamente contrária à prova dos autos.

Efetivamente, levando-se em conta a soberania constitucional dos veredictos proferidos pelo Tribunal do Júri, conforme disposto na alínea “c” do inciso XXXVIII do artigo 5º da CRFB, Guilherme de Souza Nucci, ao comentar sobre o assunto dispõe que:

[...] esta é a hipótese mais controversa e complexa de todas, pois, em muitos casos, constitui nítida afronta ao princípio constitucional da soberania dos veredictos. É certo, como afirmado na nota anterior, que o duplo grau de jurisdição merece conviver harmoniosamente com a soberania dos veredictos, mas nem sempre, na situação concreta, os tribunais togados respeitam o que os jurados decidiram e terminam determinando novo julgamento, quando o correto seria manter a decisão. O ideal é anular o julgamento, em juízo rescisório, determinando a realização de outro, quando efetivamente o Conselho de Sentença equivocou-se, adotando tese integralmente incompatível com as provas dos autos. Não cabe a anulação, quando os jurados optam por uma das correntes de interpretação da prova possíveis de surgir. Exemplo disso seria a anulação do julgamento porque o Conselho de Sentença considerou fútil o ciúme, motivo do crime. Ora, se existe prova de que o delito foi, realmente, praticado por tal motivo, escolheram os jurados essa qualificadora, por entenderem adequada ao caso concreto. Não é decisão manifestamente contrária à prova, mas situa-se no campo da interpretação da prova, o que é bem diferente. Consideramos que a cautela, na anulação das decisões do júri, deve ser redobrada, para não transformar o tribunal togado na real instância de julgamento dos crimes dolosos contra a vida. Conferir: TJMG: ‘Como de pacífica jurisprudência e de uníssona doutrina, só se licencia a cassação do veredicto popular por manifestamente contrário à prova dos autos quando é absurda, escandalosa, arbitrária e totalmente divorciada do conjunto probatório. Se a decisão popular tem respaldo em uma das versões existentes, não pode o órgão revisor cassá-la, sob pena de negar vigência ao princípio constitucional da soberania do Júri’. (Ap. 1.0567.95.000772-2/001, 1ª C., rel. Gudesteu Biber, 15.03.2005, v. u.). (Código de processo penal comentado. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 952).

A par disso, observa-se que há falar em novo julgamento, com base na alínea “d” do inciso III do artigo 593 do Código de Processo Penal, apenas quando o veredicto popular contrariar a prova dos autos de forma que não ofereça dúvida; que se compreenda prontamente, dispensando demonstração; clara, manifesta, patente, o que não ocorre no caso em tela.

Na verdade, a autoria dos fatos narrados na denúncia admitida pelo Conselho de Sentença tem amparo no conjunto probatório, mais precisamente nas provas testemunhais e periciais produzidas.

Com efeito, com relação aos fatos acontecidos, inicia-se pela transcrição do interrogatório do réu, colhido na fase judicial:

Que nega os fatos; que não sabe o motivo de estar sendo acusado; que não conhece a vítima; [...] que ouviu falar de um tiroteio no morro nesse mesmo dia; [...] que no dia dos fatos estava na casa de um amigo; que já foi ameaçado pelos policiais que lhe prenderam; [...] (audiovisual – fl. 18).

O policial Marcelo Coelho foi ouvido em juízo e relatou:

[...] que 3 (três) dias após os fatos, receberam a informação de outra delegacia de que os autores seriam o Felipe e o K., que é um adolescente; que mostraram a foto deles para as testemunhas e o A. reconheceu o Felipe; que souberam que um tio do Felipe, de nome Albino, havia sido esfaqueado pela vítima; que 1 (um) mês após os fatos, um colega do depoente recebeu a informação de que haveriam armas e drogas escondidas próximas à casa de Felipe; que eles fizeram diligência e encontraram uma 9mm, uma .45 e drogas; que mandaram para a perícia, a qual confirmou que as cápsulas encontradas no local do crime, haviam saído da .45 apreendida; que o Felipe é conhecido traficante da área; [...] que a briga da vítima com o tio de Felipe ocorreu há cerca de 10 (dez) anos; que também descobriram que há 5 (cinco) anos, o filho de Albino tentou matar João José; [...] que a vítima era usuário de drogas (audiovisual – fls. 12-13).

Os policiais Dionei Vargas e Regina Regis, bem como as testemunhas Zelia de Souza e Matilde Conceição, pouco acrescentaram à elucidação dos fatos.

Gilberto dos Santos prestou depoimento nos seguintes termos:

Que tem uma lanchonete em sua casa; que era aniversário do seu filho no dia dos fatos; que estava fazendo um churrasco; que o acusado chegou

lá por volta das 22:30hs/23:00hs; que fechou a lanchonete por volta de 4:30hs; que o Felipe ficou lá até o final; que Felipe não se ausentou; [...] que no dia dos fatos houve um tiroteio; que Felipe estava de boné preto, blusa verde; [...] (audiovisual – fls. 12-13).

Natan Silva Xavier foi ouvido e relatou:

Que estavam num churrasco na casa do Beto; que chegou lá por volta de 1h; que viu o Felipe lá; que ele não se ausentou; que foi embora quatro e pouco e ele ainda estava lá; [...] (audiovisual – fls. 12-13).

E do depoimento de José Ricardo da Silva, colhe-se:

Que estavam fazendo churrasco na casa do Beto; que Felipe estava lá; que ele chegou por volta das 21hs; que foi embora quatro e pouco da madrugada e ele ainda estava lá; que ele não se ausentou; [...] (audiovisual fls. 12-13).

O adolescente A. da S., testemunha dos fatos, contou sua versão:

[...] que viu Felipe com a arma; que se escondeu; que então escutou os tiros; que viu a foto dele depois e o reconheceu; que confirma que foi o réu o autor dos disparos; [...] que viu o acusado indo em direção ao banheiro; [...] que ele vestia uma camiseta verde, boné e bermuda; [...] (audiovisual fls. 35-36).

Jesser Pedro da Silva, irmão da vítima, relatou o que viu:

[...] que ouviu pessoas batendo na porta pedindo água; que foi ver quem era; que começaram a bater mais forte; que disse que tinha chamado a polícia; que arrombaram a porta; que saiu correndo e não viu nada; que apenas escutou os tiros; que A. estava no quarto dele no momento dos disparos; que no quarto dele não tem porta; que ele tem visão direta de quem entra e sai; que ele viu que foram 2 (duas) pessoas; que ele reconheceu o acusado como autor dos disparos; [...]

Ao ser ouvido em plenário, o réu manteve sua versão (audiovisual – fl. 695).

Como visto, o acusado negou a autoria do delito em todas as

oportunidades que foi ouvido, e disse que estava na casa de seu amigo Gilberto fazendo churrasco, versão confirmada por esta pessoa, bem como pelas testemunhas Natan Xavier e José Ricardo da Silva, os quais supostamente estariam presentes no local.

Por outro lado, o policial Marcelo Coelho, responsável pela investigação, disse que, 3 (três) dias após os fatos, recebeu informações de colegas de profissão, dando conta que Felipe Alves de Lima teria sido o responsável por ceifar a vida de João José da Silva.

Foi assim que, munido de tal notícia, foi ao encontro do adolescente A. da S., sobrinho da vítima e testemunha ocular dos fatos, e mostrou-lhe a fotografia de Felipe, ao passo que o adolescente confirmou ser o acusado o autor dos disparos que mataram seu tio.

A propósito, extrai-se do Termo de Reconhecimento presente à fl. 68, que A. disse reconhecer “sem qualquer dúvida, entre as fotografias que lhe foram exibidas, o indivíduo Felipe Alves de Lima [...] como sendo o atirador [...]”.

Posteriormente, aproximadamente 1 (um) mês após o crime, referido policial recebeu nova informação de que haveriam drogas e armas escondidas próximas à residência do acusado, motivo pelo qual diligenciou até o local e logrou encontrar uma pistola .45, a qual, após submetida à perícia, veio a confirmar que as cápsulas encontradas no local do crime haviam saído daquela arma.

Aliás, extrai-se do referido laudo pericial:

[...] os projéteis motivo pericial apresentam macro e microelementos convergentes em quantidade suficiente, que nos permitem afirmar que os mesmos foram expelidos pelo cano presente na pistola Colt, calibre nominal .45 *Automatic*, número de série C192646. [...]

Os estojos motivo pericial apresentam elementos convergentes suficientes em quantidade e qualidade, que nos permitem afirmar ter sido a marca

de percussão existente nos mesmos, produzida pelo pino percutor presente na pistola Colt, calibre nominal .45 *Automatic*, número de série C192646. (fls. 332-338).

Percebe-se, portanto, dos trechos transcritos, que existem elementos que dão suporte à versão de que o réu, efetiva e deliberadamente, desferiu vários tiros na vítima, com evidente intenção de matar, o que impede falar em decisão manifestamente contrária à prova dos autos.

Sobre o assunto, perfilha Julio Fabbrini Mirabete:

[...] Trata-se de hipótese em que se fere justamente o mérito da causa, em que o error *in* judicando é reconhecido somente quando a decisão é arbitrária, pois se dissocia integralmente da prova dos autos, determinando-se novo julgamento. Não se viola, assim, a regra constitucional da soberania dos veredictos. Não é qualquer dissonância entre o veredicto e os elementos de convicção colhidos na instrução que autorizam a cassação do julgamento. Unicamente, a decisão dos jurados que nenhum apoio encontra na prova dos autos é que pode ser invalidada. É lícito ao Júri, portanto, optar por uma das versões verossímeis dos autos, ainda que não seja eventualmente essa a melhor decisão [...]. (Código de Processo Penal Interpretado, 4. ed., São Paulo: Atlas, 1996, p. 680)

Em consonância:

Decisão manifestamente contrária à prova dos autos é a que se afasta completamente dos subsídios enfeixados no processo, traduzindo verdadeira criação mental dos jurados. (RT 557/371)

Desta Câmara cita-se:

APELAÇÃO CRIMINAL. TRIBUNAL DO JÚRI. HOMICÍDIO SIMPLES. CÓDIGO PENAL, ART. 121, *CAPUT*. CONDENAÇÃO. RECURSO DEFENSIVO. ANULAÇÃO DO JULGAMENTO. DECISÃO MANIFESTAMENTE CONTRÁRIA À PROVA DOS AUTOS. LEGÍTIMA DEFESA. NÃO ACOLHIMENTO. DECISÃO DOS JURADOS QUE ENCONTRA RESPALDO NO CONJUNTO PROBATÓRIO. *DECISUM* MANTIDO. Ao Tribunal do Júri é constitucionalmente assegurada a soberania dos veredictos (CF, art. 5.º,

XXXVIII, “c”). Somente em casos excepcionais, de flagrante e patente contrariedade à prova dos autos, pode sua decisão ser desconstituída. Havendo elementos que possam sustentar a convicção dos jurados, deve esta prevalecer. Presentes fundados indícios de ter sido a vítima atingida por golpes de pedra na cabeça, quando já se encontrava ao chão, não se pode afirmar que o afastamento da legítima defesa pelos jurados é manifestamente contrário à prova dos autos. RECURSO NÃO PROVIDO. (TJSC, Apelação Criminal n. 2014.038334-7, de Chapecó, rel. Des. Roberto Lucas Pacheco, j. 12-02-2015).

Deste Relator:

CRIME DOLOSO CONTRA A VIDA. TRIBUNAL DO JÚRI. HOMICÍDIOS QUALIFICADOS. ARTIGOS 121, § 2º, I, III E IV, E 121, § 2º, I, IV E V, C/C O § 4º DESSE DISPOSITIVO, TODOS DO CÓDIGO PENAL. OCULTAÇÃO DE CADÁVER. ARTIGO 211 DO CÓDIGO PENAL. SENTENÇA CONDENATÓRIA. RECURSO DEFENSIVO. PLEITO ABSOLUTÓRIO. SUPOSTA NULIDADE EM FUNÇÃO DE DECISÃO MANIFESTAMENTE CONTRÁRIA À PROVA DOS AUTOS. ALEGAÇÃO DE AUSÊNCIA DE PROVAS DA AUTORIA. VÍTIMA ENY. IRMÃ DA RÉ. MATERIALIDADE E AUTORIA. COMPROVAÇÃO. VERSÃO ACOLHIDA PELOS JURADOS QUE ENCONTRA RESPALDO NO CONJUNTO PROBATÓRIO. TESE PREVALENTE QUE EVIDENCIA O MOTIVO TORPE, A EMBOSCADA/DISSIMULAÇÃO E A ASFIXIA. DESAVENÇA ENTRE IRMÃS EM RAZÃO DE UM IMÓVEL. VÍTIMA QUE FOI TOMAR CHIMARRÃO NA CASA DA MÃE E FOI SURPREENDIDA PELA RÉ. EXECUÇÃO DO DELITO POR MEIO DE ENFORCAMENTO. OFENDIDA ENCONTRADA NO LEITO DO RIO DAS ANTAS, ENROLADA EM UM COBERTOR, COM AS MÃOS AMARRADAS COM UM FIO ELÉTRICO E O CORPO EM AVANÇADO ESTADO DE PUTREFAÇÃO. MANUTENÇÃO DA CONDENAÇÃO. RECURSO DESPROVIDO NO PONTO. “Em se tratando de júri, somente a decisão em manifesto confronto com os elementos do processo, totalmente dissociada da reconstituição fática trazida aos autos, é que pode ensejar a nulidade do julgamento. No caso, foi adotada a versão que pareceu mais convincente

aos jurados, a qual encontra amparo nas provas existentes no feito” (Apelação Criminal n. 2010.033055-7, rel. Des. Torres Marques, Terceira Câmara Criminal, j. 13.09.2011). VÍTIMA GERALDINA. MÃE DA RÉ. DECISÃO SEM RESPALDO SUFICIENTE NOS ELEMENTOS PROBATÓRIOS. JULGAMENTO CONTRÁRIO À PROVA DOS AUTOS RECONHECIDO NESSE PARTICULAR. SUBMISSÃO DA RÉ A NOVO JULGAMENTO. CONCESSÃO DE PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO. Mesmo pelo Júri, não é possível a condenação somente com base em elementos informativos, pois há necessidade de que o material probatório, produzido em Juízo, sob o manto dos princípios do devido processo legal, contraditório e ampla defesa, seja suficiente para embasar a decisão dos jurados. Caso contrário, a decisão é manifestamente contrária à prova dos autos. O art. 593, inciso III, alínea d, do Código de Processo Penal deve ser interpretado como regra excepcional, cabível somente quando não houver, ao senso comum, material probatório suficiente para sustentar a decisão dos jurados. De efeito, em casos de decisões destituídas de qualquer apoio na prova produzida em juízo, permite o legislador um segundo julgamento (HC n. 173.965/PE, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, Quinta Turma, j. 1-3-2012). (Apelação Criminal (Réu Preso) n. 2013.030300-9, de São Miguel do Oeste, rel. Des. Jorge Schaefer Martins, j. 24-04-2014).

Assim, havendo elementos de prova que confortem a versão encampada pelo Conselho de Sentença, não há falar em decisão manifestamente contrária à prova dos autos.

Da mesma forma, inviável a exclusão da qualificadora do recurso que impossibilitou a defesa da vítima.

Nessa senda, infere-se dos autos a possibilidade dos jurados reconhecerem que o crime realmente foi praticado com recurso que impossibilitou a defesa da vítima, uma vez que o acusado, juntamente com seu comparsa, bateu à porta da residência de João José para supostamente pedir água. Todavia, após alguns instantes, arrombou a abertura e, ao avistar-lhe, lhe desferiu diversos tiros, que o levaram a óbito.

Com efeito, segundo a doutrina de Cleber Masson, homicídio

qualificado pelo recurso que impossibilitou a defesa da vítima é “uma forma genérica indicativa do meio análogo à traição, à emboscada e à dissimulação. Como exemplos destacam-se a conduta de matar a vítima com surpresa, enquanto dorme, quando se encontra em estado de embriaguez, em manifesta superioridade numérica de agentes (linchamento) etc. (MASSON, Cleber. *Direito penal esquematizado*, vol. 2: parte especial, arts. 121 a 212. São Paulo: Método, 2011).

Extraí-se, ainda, do escólio de Guilherme de Souza Nucci:

Outro recurso que dificulte ou torne impossível a defesa da vítima: ao generalizar, fornecendo de antemão os exemplos, deixa a lei penal bem claro que o objetivo desta qualificadora é punir mais severamente o agente que, covardemente, mata o ofendido. Traíndo-o, emboscando-o ou ocultando suas verdadeiras intenções, está prejudicando ou impedindo qualquer reação de sua parte, que se torna presa fácil” (*in* Código penal comentado. 10. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 614).

Nesse sentido já decidiu esta Corte:

PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME CONTRA A VIDA. TRIBUNAL DO JÚRI. HOMICÍDIO DUPLAMENTE QUALIFICADO PELO MOTIVO TORPE E RECURSO QUE DIFICULTOU A DEFESA DA VÍTIMA (ART. 121, § 2º, I E IV, DO CP). SENTENÇA CONDENATÓRIA. [...] PLEITO DE ANULAÇÃO DO JULGAMENTO EM RAZÃO DO DESCABIMENTO DA QUALIFICADORA DO RECURSO QUE IMPOSSIBILITOU A DEFESA DA VÍTIMA. RECONHECIMENTO PELO CONSELHO DE SENTENÇA. INVIABILIDADE. CIRCUNSTÂNCIA QUE NÃO ESTÁ DISSOCIADA DA PROVA COLHIDA NOS AUTOS. PRINCÍPIO DA SOBERANIA DO VEREDITO (ART. 5º, XXXVIII, “C”, DA CF).

– Não há falar em afastamento da qualificadora do inciso IV do § 2º do artigo 121 do Código Penal quando a conduta do apelante for inesperada e limitar qualquer recurso de defesa da vítima. [...] (Apelação Criminal n. 2011.091369-1, de Joinville, rel. Des. Carlos Alberto Civinski, Primeira Câmara Criminal, j. 4.11.2014).

Assim, novamente, vê-se que não houve decisão manifestamente contrária à prova dos autos, uma vez que os jurados reconheceram o fato de que o acusado agiu de forma a impossibilitar a defesa da vítima, inexistindo fundamentos para que se decrete a nulidade do julgamento, em respeito à soberania dos veredictos.

A propósito, sobre o referido princípio, leciona a doutrina:

A soberania dos veredictos é a alma do Tribunal Popular, assegurando-lhe efetivo poder jurisdicional e não somente a prolação de um parecer, passível de rejeição por qualquer magistrado togado. Ser soberano significa atingir a supremacia, o mais alto grau de uma escala, o poder absoluto, acima do qual inexistente outro. Traduzindo-se esse valor para o contexto do veredicto popular, quer-se assegurar seja esta a última voz a decidir o caso, quando apresentado a julgamento no Tribunal do Júri (NUCCI, Guilherme de Souza. Princípios constitucionais penais e processuais penais, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, pp. 357).

Com relação à dosimetria, assim decidiu o magistrado sentenciante:

A culpabilidade é padrão. Não registra antecedentes. Sua conduta social é ruim, eis que mesmo após os fatos pelos quais está sendo julgado, foi condenado por outro crime (neste sentido: TJSC Ap. crim. 2013.055205-9. Rel. Desa. Marli Mosimann Vargas, j. em 13/05/2014). A personalidade não foi aferida nos autos. Os motivos e as circunstâncias revelaram-se normais à espécie. As consequências foram às próprias do tipo penal infringido.

Assim analisadas as circunstâncias judiciais do art. 59 do CP, fixo a pena base em 14 (quatorze) anos de reclusão.

Reconhecida a agravante do art. 61, II, “a”, do Código Penal, majoro a pena em 01 (um) ano. Presente a atenuante da menoridade ao tempo do crime (art. 65, I, CP), reduzo a pena no mesmo patamar, para fixa-la em definitivo, ante a ausência de causas de especial aumento ou diminuição de pena, em 14 (quatorze) anos de reclusão.

O regime inicial para cumprimento da pena é o fechado (art. 33, § 2º, “a”, do CP).

Não faz jus à substituição por restritivas de direitos (art. 44, CP) e nem ao *sursis* (art. 77, CP), dado o montante da pena (fls. 658-659).

Como visto, o Juiz Presidente singular aumentou a pena do acusado com base na *conduta social*, sob o argumento de que “mesmo após os fatos pelos quais está sendo julgado, foi condenado por outro crime (neste sentido: TJSC Ap. crim. 2013.055205-9. Rel. Desa. Marli Mosimann Vargas, j. em 13/05/2014)”.

Todavia, sabe-se que a *conduta social* diz respeito à interação do agente no meio em que ele vive, notadamente, sua relação com a sociedade, ambiente de trabalho, família, vizinhos, etc.

Por outro lado, ainda que aquela fundamentação não sirva para valorar a *conduta social*, os maus *antecedentes* deveriam ter sido reconhecidos.

Nesse contexto, dita circunstância judicial deve ser considerada negativa, pois, de acordo com a certidão de fls. 589-590, o réu foi condenado pelo crime previsto no artigo 12 da Lei 10.826/03, fato ocorrido em 31 de maio de 2011, com trânsito em julgado da sentença condenatória em 24 de outubro de 2014, salientando-se que o crime objeto desta demanda ocorreu em 6 de outubro de 2012.

Diante de tal situação, esta Corte tem entendido que o trânsito em julgado de condenação após a ocorrência do fato típico ora apurado pode ser considerado para fins de maus antecedentes na lavratura da sentença, porém, desde que o fato que gerou tal condenação tenha ocorrido antes do crime pelo qual o réu é sentenciado, peculiaridade que ocorreu no caso em apreço.

Sobre esse entendimento, cita-se o seguinte julgado:

ROUBO TRIPLAMENTE CIRCUNSTANCIADO. AUTORIA E MATERIALIDADE INCONTROVERSAS. PLEITO DE MODIFICAÇÃO DA DOSIMETRIA DA PENA. RECURSO DA

DEFESA. PRIMEIRA FASE. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS: CULPABILIDADE. MANUTENÇÃO. PROVAS DE QUE FOI O RÉU QUEM COORDENOU AS ATIVIDADES DELITIVAS. MAUS ANTECEDENTES. MANUTENÇÃO. EXISTÊNCIA DE CONDENAÇÃO COM TRÂNSITO EM JULGADO POR FATO ANTERIOR AO DELITO ORA ANALISADO. CIRCUNSTÂNCIAS NEGATIVAS DO CRIME. MANUTENÇÃO. RÉUS QUE INVADIRAM A RESIDÊNCIA DAS VÍTIMAS. BEM JURÍDICO VIOLADO QUE, ISOLADAMENTE, É CONSIDERADO CRIME. DELITO DE VIOLAÇÃO DE DOMICÍLIO. FATO QUE PODE SER VALORADO NEGATIVAMENTE NA DOSIMETRIA DA PENA. CONSEQUÊNCIAS GRAVOSAS DO DELITO. REFORMA. PERDA DOS BENS FURTADOS QUE CONSTITUI ELEMENTO DO CRIME PATRIMONIAL. IMPOSSIBILIDADE DE DUPLA VALORAÇÃO NEGATIVA DO FATO. COMPORTAMENTO DA VÍTIMA. REFORMA. CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL INAPLICÁVEL AO CASO. ADEMAIS, ENTENDIMENTO MAJORITÁRIO DE QUE SE TRATA DE ELEMENTO QUE SÓ PODE SER CONSIDERADO EM FAVOR DO RÉU. REFORMA PARCIAL DA SENTENÇA NESSE PARTICULAR. Na individualização da pena, é justificável considerar a culpabilidade do réu que coordena as atividades criminosas como mais reprovável caso o fato não seja considerado para agravar a pena na segunda fase da dosimetria. “Embora o paciente não possa ser considerado reincidente, uma vez que o trânsito em julgado da condenação por fatos anteriores ocorreu no curso da ação a que ora responde, tal fato caracteriza maus antecedentes e permite a fixação da pena-base acima do mínimo legal” (RE n. 608.718-AgR. Rel. Min. Ricardo Lewandowski. Julgado em: 23-3-2011) (Apelação Criminal (Réu Preso) n. 2011.094310-6, de Pomerode, deste Relator).

Assim, ainda que o aumento pela *conduta social* não seja devido, a valoração dos *maus antecedentes* se mostra justa, sendo possível a migração, consoante reiterado posicionamento desta Câmara:

DISPARO DE ARMA DE FOGO. PORTE IRREGULAR DE ARMA DE FOGO COM NUMERAÇÃO SUPRIMIDA. ARTIGOS 15 E

16, PARÁGRAFO ÚNICO, IV, DA LEI 10.826/03. SENTENÇA PARCIALMENTE PROCEDENTE, ACUSADOS ABSOLVIDOS PELO CRIME DE DISPARO DE ARMA DE FOGO. RECURSO DA DEFESA.

[...]

DOSIMETRIA. PRIMEIRA FASE. MIGRAÇÃO DOS ELEMENTOS CONSIDERADOS A TÍTULO DE MÁ CONDUTA SOCIAL, PARA A CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DOS ANTECEDENTES CRIMINAIS. POSSIBILIDADE ANTE A EXISTÊNCIA DE CONDENAÇÃO COM TRÂNSITO EM JULGADO NO CURSO DO PROCESSO ORA ANALISADO POR FATO ANTERIOR. INOCORRÊNCIA DE *REFORMATIO IN PEJUS*, ANTE A AUSÊNCIA DE INCREMENTO NA PENA FIXADA.

[...] (Apelação n. 0015704-67.2011.8.24.0020, de Criciúma, deste relator, Quarta Câmara Criminal, j. 6.6.2016).

Portanto, não há falar em afastamento do acréscimo.

Na segunda fase, diante do afastamento da agravante prevista no artigo 61, II, “a”, do Código Penal, permanece apenas a redução referente ao reconhecimento da atenuante do artigo 65, I, do mesmo diploma legal, tornando-se definitiva a pena do acusado em 13 (treze) anos de reclusão, em razão da ausência de causas de aumento ou diminuição de pena.

Percebe-se, ainda, que o Magistrado poderia ter aumentado a pena do réu em razão da reincidência, notadamente pela condenação que o acusado possui, em função da prática do crime previsto no artigo 14, *caput*, da Lei n. 10.826/03 (fls. 591-592), com trânsito em julgado em 17.7.2012, todavia, para evitar o *reformatio in pejus*, permanece inalterada a pena do réu em 14 (quatorze) anos de reclusão.

Com relação ao prequestionamento dos dispositivos legais feito pela defesa, cumpre esclarecer que “o magistrado não está obrigado a se manifestar expressamente sobre todos os argumentos levantados pelas

partes, de modo que descabe falar, na espécie, em negativa de prestação jurisdicional quando todas as questões necessárias ao deslinde da controvérsia foram analisadas e decididas, ainda que de forma contrária às pretensões do impetrante” (*Habeas Corpus* n. 155028, Rel. Min. Jorge Mussi, Quinta Turma, j. 28/6/2011).

Fica prejudicada a análise da detração, tendo em vista que o acusado encontra-se cumprindo pena por outro crime.

Ante o exposto, dá-se parcial provimento ao recurso para acolher a preliminar e excluir a agravante prevista no artigo 61, II, “a”, do Código Penal, tornando-se definitiva a pena do acusado em 13 (treze) anos de reclusão.

Agravo de Execução Penal n. 0016967-52.2016.8.24.0023, da Capital

Relator: Desembargador Roberto Lucas Pacheco

AGRAVO. EXECUÇÃO PENAL. INDULTO NATALINO. INDEFERIMENTO PELO JUÍZO *A QUO*, POR ENTENDER QUE O CRIME DE TRÁFICO PRIVILEGIADO POSSUI CARÁTER HEDIONDO. RECURSO DO APENADO.

CRIME DE TRÁFICO PRIVILEGIADO. AFASTAMENTO DO CARÁTER HEDIONDO PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. INDULTO NATALINO. POSSIBILIDADE. REAPRECIÇÃO DO PLEITO PELO JUÍZO DA VARA DE EXECUÇÃO PENAL.

RECURSO PROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Execução Penal n. 0016967-52.2016.8.24.0023, da comarca da Capital (Vara de Execuções Penais) em que é Agravante Marco Antônio Moreira Borges e Agravado Ministério Público do Estado de Santa Catarina.

A Quarta Câmara Criminal decidiu, por unanimidade, dar provimento ao recurso. Custas legais.

O julgamento, realizado nesta data, foi presidido pelo Exmo. Sr. Des. Jorge Schaefer Martins, e dele participaram o Exmo. Sr. Des. Rodrigo Collaço e a Exma. Sra. Desa. Cinthia Beatriz da S. Bittencourt Schaefer. Funcionou como representante do Ministério Público o Exmo. Sr. Dr. Luiz Ricardo Pereira Cavalcanti.

Florianópolis, 1.º de dezembro de 2016.

Desembargador Roberto Lucas Pacheco
Relator

RELATÓRIO

Trata-se de recurso de agravo interposto por Marco Antônio Moreira Borges, contra a decisão proferida pelo juízo da Vara de Execução Penal da comarca da Capital que, nos autos n. 0045151-52.2015.8.24.0023, indeferiu o pedido de indulto baseado no art. 1.º, XV, do Decreto n. 8.615/2015, ao argumento de que o delito de tráfico privilegiado seria impeditivo do referido benefício, nos termos do art. 9.º, II, do referido Decreto.

Em suas razões, sustentou, em síntese, que em razão da recente decisão do plenário do Supremo Tribunal Federal no *Habeas Corpus* n. 118.533/MS, que afastou o caráter hediondo ao crime de tráfico privilegiado, em homenagem ao princípio da proporcionalidade, referida decisão, em que pese não tenha sido proferida em sede de controle difuso de constitucionalidade, deveria se estender aos demais casos, motivo pelo qual entende que o pedido de concessão do benefício do indulto deveria ser analisado pelo magistrado *a quo*.

Com essas razões, requereu a reforma da decisão para, afastando-se a hediondez do delito de tráfico privilegiado, fosse determinado ao juízo *a quo* que aprecie o pedido de indulto com base no art. 1.º, XV, do Decreto n. 8.615/2015.

Nas suas contrarrazões, o Ministério Público pugnou pela manutenção do *decisum* (pp. 13 a 20) que, em juízo de retratação, foi ratificado pelo juiz *a quo* (p. 21).

Lavrou parecer pela douta Procuradoria-Geral de Justiça o Exmo. Sr. Dr. Genivaldo da Silva, que opinou pelo não provimento do recurso (pp. 33 a 38).

É o relatório.

VOTO

Em que pesem os argumentos do douto parecerista, o recurso merece provimento.

Com efeito, a matéria recursal já foi examinada pela Segunda Câmara Criminal desta Corte de Justiça:

AGRAVO – EXECUÇÃO PENAL – PEDIDO DE INDULTO NATALINO – *NOVEL* INTERPRETAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL ACERCA DO AFASTAMENTO DA NATUREZA HEDIONDA DO DELITO DE TRÁFICO PRIVILEGIADO (*HABEAS CORPUS* N. 118.553/MS) – CUMPRIMENTO DA DECISÃO PLENÁRIA – RELEVANTE CARÁTER JURISPRUDENCIAL – REFLEXOS POSITIVOS NA POLÍTICA PENITENCIÁRIA – APLICABILIDADE DE FRAÇÕES TEMPORAIS MAIS BRANDAS – EXCLUSÃO DA CONDUTA TIPIFICADA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006 DO ROL DE CRIMES IMPEDITIVOS DO DECRETO PRESIDENCIAL N. 8.615/2015 – DETERMINAÇÃO PARA QUE O JUÍZO REAPRECIE O REQUERIMENTO – RECURSO PROVIDO.

E do corpo do v. acórdão se extrai:

O recurso merece provimento.

Isso porque, não obstante a tese suscitada pela Procuradoria-Geral de Justiça – acerca da impossibilidade de se considerar o redutor previsto na citada legislação especial como efeito para a exclusão da infração do rol da Lei n. 8.072/90 – trata-se tão-somente de dar cumprimento à *novel* interpretação emanada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do HC n. 118.553/MS, datado de 23-6-2016, no sentido de afastar o caráter hediondo da conduta de narcotráfico abarcada pela causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, tornando viável, por consequência, a utilização de fracionamentos temporais mais brandos atinentes ao estágio execucional da reprimenda e, por via reflexa, obstar a negativa de concessão de indulto natalino aos condenados pelo crime de tráfico privilegiado.

Demais disso, a recente conclusão da matéria pela Suprema Corte fora tomada em sessão plenária (por maioria – 8 votos a 3) e, ainda que não detenha efeito *erga omnes*, traduz-se em *decisum* de relevante caráter de direcionamento jurisprudencial, com reflexos positivos na política penitenciária, principalmente ao se levar em conta a atual situação carcerária brasileira, não havendo que se falar em precocidade na utilização imediata de tal entendimento em face de que o tema sofrera grande maturação.

Para uma melhor elucidação da tese acolhida pelo órgão fracionário, que começou a ser apreciada em 24-6-2015, extrai-se excerto do informativo do Supremo Tribunal Federal:

Crime de tráfico privilegiado de entorpecentes não tem natureza hedionda, decide STF

Na sessão desta quinta-feira (23), o Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF) entendeu que o chamado tráfico privilegiado, no qual as penas podem ser reduzidas, conforme o artigo 33, parágrafo 4º, da Lei 11.343/2006 (Lei de Drogas), não deve ser considerado crime de natureza hedionda. A discussão ocorreu no julgamento do *Habeas Corpus* (HC) 118533, que foi deferido por maioria dos votos.

No tráfico privilegiado, as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa. No caso concreto, Ricardo Evangelista Vieira de Souza e Robinson Roberto Ortega foram condenados a 7 anos e 1 mês de reclusão pelo juízo da Comarca de Nova Andradina (MS). Por meio de recurso, o Ministério Público conseguiu ver reconhecida, no Superior Tribunal de Justiça (STJ), a natureza hedionda dos delitos. Contra essa decisão, a Defensoria Pública da União (DPU) impetrou em favor dos condenados o HC em julgamento pelo Supremo.

O processo começou a ser julgado pelo Plenário em 24 de junho do ano passado, quando a relatora, ministra Cármen Lúcia, votou no sentido de conceder o HC e afastar o caráter de hediondez dos delitos em questão. Para ela, o tráfico privilegiado não se harmoniza com a qualificação de

hediondez do delito definido no *caput* e no parágrafo 1º do artigo 33 da Lei de Drogas. O julgamento foi suspenso em duas ocasiões por pedidos de vista formulados pelos ministros Gilmar Mendes – que seguiu a relatora – e Edson Fachin.

Na sessão de hoje, o ministro Edson Fachin apresentou voto-vista no sentido de acompanhar a relatora, reajustando posição por ele apresentada no início da apreciação do processo. Segundo ele, o legislador não desejou incluir o tráfico minorado no regime dos crimes equiparados a hediondos nem nas hipóteses mais severas de concessão de livramento condicional, caso contrário o teria feito de forma expressa e precisa.

“Nesse reexame que eu fiz, considero que a equiparação a crime hediondo não alcança o delito de tráfico na hipótese de incidência da causa de diminuição em exame”, disse o ministro Fachin, acrescentando que o tratamento equiparado à hediondo configuraria flagrante desproporcionalidade. Os ministros Teori Zavascki e Rosa Weber também reajustaram seus votos para seguir a relatora.

Ao votar no mesmo sentido, o ministro Celso de Mello ressaltou que o tráfico privilegiado tem alcançado as mulheres de modo grave, e que a população carcerária feminina no Brasil está crescendo de modo alarmante. Segundo o ministro, grande parte dessas mulheres estão presas por delitos de drogas praticados principalmente nas regiões de fronteiras do país.

Dados estatísticos

O presidente do STF, ministro Ricardo Lewandowski, também votou no sentido de afastar os efeitos da hediondez na hipótese de tráfico privilegiado. Ele também observou que a grande maioria das mulheres está presa por delitos relacionados ao tráfico drogas, e quase todas sofreram sanções desproporcionais às ações praticadas, sobretudo considerada a participação de menor relevância delas nessa atividade ilícita. “Muitas participam como simples ‘correios’ ou ‘mulas’, ou seja, apenas transportam a droga para terceiros, ocupando-se, o mais das vezes, em mantê-la, num ambiente doméstico, em troca de alguma vantagem econômica”, ressaltou.

O voto do ministro Lewandowski apresenta dados do Sistema Integrado de Informações Penitenciárias (Infopen) do Ministério da Justiça que demonstram que, das 622.202 pessoas em situação de privação de liberdade (homens e mulheres), 28% (174.216 presos) estão presas por força de condenações decorrentes da aplicação da Lei de Drogas. “Esse porcentual, se analisado sob a perspectiva do recorte de gênero, revela uma realidade ainda mais brutal: 68% das mulheres em situação de privação de liberdade estão envolvidas com os tipos penais de tráfico de entorpecentes ou associação para o tráfico”, afirmou o ministro, ressaltando que hoje o Brasil tem a quinta maior população carcerária do mundo, levando em conta o número de mulheres presas.

De acordo com ele, estima-se que, entre a população de condenados por crimes de tráfico ou associação ao tráfico, aproximadamente 45% – algo em torno de 80 mil pessoas, em sua grande maioria mulheres – tenham recebido sentença com o reconhecimento explícito do privilégio. “São pessoas que não apresentam um perfil delinquencial típico, nem tampouco desempenham nas organizações criminosas um papel relevante”, afirmou.

Resultado do julgamento

O voto da relatora foi acompanhado pelos ministros Luís Roberto Barroso, Edson Fachin, Teori Zavascki, Rosa Weber, Gilmar Mendes, Celso de Mello e Ricardo Lewandowski. Ficaram vencidos os ministros Dias Toffoli, Luiz Fux e Marco Aurélio, que reconheceram como hediondo o crime de tráfico privilegiado.

Crimes hediondos

Os crimes hediondos, previstos na Lei 8.072/1990, e os equiparados (tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e terrorismo) são inafiançáveis e insuscetíveis de anistia, graça ou indulto, e a progressão de regime só pode acontecer após o cumprimento de dois quintos da pena, se o réu for primário, e de três quintos, se for reincidente.

Diante desse quadro, reconhece-se que o novo viés jurisprudencial trazido pelo Excelso Pretório no julgamento do HC n. 118.553/MS

possui relevante fundamentação, de sorte que deve ser utilizado como norte para hipóteses similares, como no caso.

À vista do exposto, o voto é no sentido de dar provimento ao recurso, no sentido de afastar a hediondez do delito de tráfico privilegiado pelo qual a agravante fora condenada, determinando-se o recálculo das previsões de benefícios relacionados à execução penal e, por consequência, a apreciação do pedido de indulto natalino em observância ao *novel decisum* emanado pela corte de superposição.

Ora, como se pode perceber do acórdão citado, houve o entendimento, também acompanhado por esta Quarta Câmara Criminal, que o crime de tráfico privilegiado deixou de ser considerado hediondo, e, tendo em vista essa *novel* caracterização, deve o magistrado *a quo* a analisar o pedido de indulto efetuado pelo agravante.

À vista do exposto, deve-se dar provimento ao recurso.

É como voto.

PRIMEIRO GRAU

SENTENÇAS

Autos nº 0002097-96.2010.8.24.0189

Natureza: Procedimento Sumário

Autor: Suzana Pereira de Souza

Réu: Constran S/A Construções e Comércio

SENTENÇA

RELATÓRIO

Vistos.

Suzana Pereira de Souza, qualificada, ingressou com ação de ressarcimento de danos causados por acidente de veículo, em desfavor de Constran S/A – Construções e Comércio. Segundo consta da inicial, a autora trafegava pela BR 101, em obras, quando colidiu sua motocicleta na traseira de um veículo que, ante o estreitamento de pista, sinalizado por cones, foi bruscamente forçado a reduzir a velocidade. Transcreveu o registro constante de boletim de ocorrência elaborado por agente policial, sustentando que o acidente ocorreu por culpa da ré, que realizando obras para a duplicação da rodovia, sinalizou a via de forma inadequada.

Afirmou que teve despesas com o conserto da moto atingida, além de ter sofrido ferimentos que causaram dores e aborrecimentos imensuráveis, mas que o maior abalo foi de natureza moral, decorrente do sofrimento experimentado. Requereu, pelos fundamentos apresentados, a procedência da ação para condenar o réu ao ressarcimento dos danos materiais, no valor de R\$496, e danos morais, em valor sugerido de 200 salários mínimos. Valorou a causa. Juntou documentos.

A inicial foi recebida, deferida a gratuidade da justiça, e designada audiência de conciliação (fl. 32).

O réu foi citado.

Não houve conciliação. (fl. 36).

O requerido apresentou contestação às fls. 37/46. Preliminarmente, pugnou pela retificação do polo passivo, para dele constar Consórcio Constran-Mac Ltda. No mérito, alegou culpa exclusiva da vítima, que não observou o limite de distância regulamentar determinado pela norma de trânsito do veículo que trafegava à sua frente. Aduziu que a camionete na qual colidiu conseguiu parar sem causar danos à sinalização ou a terceiros. Asseverou que o contexto fático é assentado na presunção de culpa de quem vem a colidir na traseira de veículo que trafega à frente ou está parado em razão de manobra sinalizada ou obstáculos na pista, pois é dever guardar distância de segurança ao veículo da frente. Também pontuou culpa de terceiro diante do argumento de que a causa do acidente foi freada brusca. Alternativamente, arguiu culpa concorrente. Impugnou os documentos e requereu a improcedência da ação.

Réplica, às fls. 55/61, sustentando haver em contestação apenas a negativa da responsabilidade da ré atribuindo a culpa à autora e a terceiro envolvido no acidente, buscando contrapor o boletim com alegações de fato. Narrou novamente o ocorrido, imputando culpa à ré e rebateu a impugnação dos documentos alegando serem revestidos de legalidade.

Saneado o processo à fl. 62, foi acolhida a preliminar de retificação do polo passivo e designada audiência de instrução e julgamento, na qual foi ouvida a testemunha Leandro Couto de Freitas (fls. 78/81) e por carta Otiliano Walnier Júnior (fls. 126/129).

Alegações finais às fls. 133/136 e 138/140.

Vieram os autos para sentença.

Breve, é o relatório.

FUNDAMENTAÇÃO

Decido.

Cuida-se de ação indenizatória aforada por Suzana Pereira de Souza, em desfavor de Constran S/A – Construções e Comércio.

Devidamente instruído o feito, não existem preliminares a serem enfrentadas. Estando o processo ordenado e regular, passo à prolação de sentença.

Regem as relações em comento as disposições do Código Civil de 2002, as normas esparsas que dão suporte ao Direito Administrativo, bem como as normas de trânsito. Isso porque, os principais fundamentos jurídicos incluem-se no conceito de responsabilidade civil – atinente a consórcio de empresas de direito privado, prestadora de serviço público –, no âmbito da administração pública e em acidente ocorrido em rodovia federal.

Antes de entrar no mérito acerca das alegações de fato e provas, relativamente à controvérsia existente entre as partes, consigne-se que a responsabilidade civil a ser analisada rege-se pela teoria objetiva, sob a modalidade de risco administrativo, a qual para que reste configurado o dever de indenizar é desnecessária a prova da culpa. Assim leciona Meirelles (ob. cit., p. 626):

“a teoria do risco administrativo faz surgir a obrigação de indenizar o dano do só ato lesivo e injusto causado à vítima pela Administração. Não se exige qualquer falta do serviço público, nem culpa de seus agentes. Basta a lesão, sem o concurso do lesado. Na teoria da culpa administrativa exige-se a falta do serviço; na teoria do risco administrativo exige-se, apenas, o fato do serviço. Naquela, a culpa é presumida da falta administrativa; nesta, é inferida do fato lesivo da Administração.”¹

1 MEIRELLES, Hely Lopes. Direito administrativo brasileiro. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 626-631.

Com efeito, controvertem as partes quanto à responsabilidade pela ocorrência do acidente ocorrido em 31/08/2010, imputando a parte autora a culpa do evento à ré, pela sinalização deficiente da via, e a parte requerida à culpa exclusiva da motorista ou de terceiro.

Segundo relatado no boletim de acidente, elaborado com base em vestígios e declarações dos condutores envolvidos, o veículo Ford F250 reduziu bruscamente a velocidade ao se deparar com cones sobre a rodovia, que faziam um estreitamento da pista, sinalizando obras, ocasião em que foi colidido, na traseira, pela motocicleta que era pilotada pela autora. Constou registrado: “a sinalização da pista era feita de forma inadequada, no início de um declive em curva e sem a presença de uma sinalização de alerta feita com bandeira” (fl. 19).

O fato de que a rodovia estava em obras não foi controvertido. O agente policial descreveu no *status* da ocorrência que a sinalização do local, face as obras empreendidas, era inadequada. À fl. 18, foi juntado boletim – proveniente da autoridade de trânsito que atendeu à ocorrência – no qual há registro da “sinalização inadequada da pista, no início de um declive em curva e sem a presença de uma sinalização de alerta feita com bandeira – tipo bandeirinha”.

Durante sua oitiva em juízo, o policial reafirmou a precária sinalização do local, e pontuou a impossibilidade de manobra defensiva do primeiro condutor na ocasião, pois os cones localizavam-se exatamente ao final do aclive, de difícil visualização, senão quando muito próximo o condutor.

A testemunha Leandro, arrolada pela parte autora, em nada contribui para o deslinde do feito, pois, além de ter sido ouvida como informante, sem prestar compromisso legal, não participou nem presenciou o evento, do qual apenas foi comunicada por telefone.

Sem negar o fato básico da relação jurídica alegada, incumbia à parte requerida comprovar fato impeditivo/modificativo/extintivo do

direito do autor, ônus do qual não se desincumbiu. Incontroverso o acidente de trânsito em decorrência da sinalização precária da rodovia que estava sob responsabilidade da ré, exclui-se a culpa de terceiro que, segundo apurado, não tinha condições de realizar outra manobra senão frear bruscamente ao avistar a sinalização mal alocada na via.

Em consequência, muito embora seja presumida a culpa do motorista que colide na traseira do veículo que segue à sua frente, como no caso dos autos ficou assentada a precária sinalização do estreitamento da pista que ensejou a manobra do condutor do veículo atingido, há de afastar-se, também, a tese de culpa exclusiva da vítima, momento quando a parte requerida não demonstrou que a autora trafegava em alta velocidade e que, também, não guardava a distância regulamentar do automóvel que seguia à frente.

Muito embora na contestação seja explanado sobre o dever de prudência nas estradas, fato é que a imprudência destituída de outros elementos não é presumível; o conjunto probatório encaminha à conclusão de que o acidente não ocorreu em uma situação de normalidade, pois os motoristas sinistrados precisavam, para se desvencilhar do sinistro, realizar manobra evasiva modificando a via em que estavam e, ainda, proceder à brusca frenagem em razão da ausência de sinalização adequada. Também os argumentos de excesso de velocidade, de proximidade com o veículo da frente e do conhecimento das obras não ficaram comprovados, e restritos ao liame hipotético atinente à narrativa do réu, não merecem prosperar.

Analisando os documentos que guarnecem o processo, junto à contestação e as outras provas produzidas, não se vislumbra a concorrência de culpa da autora para o evento. De concreto se tem o fato gerador do dano (má sinalização) e a provável inexistência dele contanto que adequadas fossem as condições de trafegabilidade.

Dessa feita, sob o manto da teoria objetiva, a simples comprovação

da existência do evento presente nos autos, corroborada pelos documentos que instruem a inicial, juntamente com o dano e o nexo causal imputam à prestadora dever de indenizar. Nesse viés, há nos autos, orçamentos referentes aos valores para conserto das avarias ocasionadas à motocicleta durante a colisão, bem como fichamento ambulatorial (fl. 23/25) e fotografias que atestam os danos físicos sofridos (fl. 29),

Vencido o fato e consignada a responsabilidade do réu, que não se desvencilhou do encargo da prova, o dano material evidentemente deve ser ressarcido, considerando, assim, dos orçamentos apresentados às fls. 27 e 28 – impugnados de forma genérica apenas – o de menor valor para restituição; ou seja, devido o ressarcimento pelo dano material, na quantia de R\$ 496,00.

De outra banda, os documentos acostados demonstram suficientemente para que a autora ficou lesionado no acidente, e, por conta disso, inegavelmente sofreu ofensa à sua integridade física e psicológica. A ocorrência do dano moral, nesse caso, não demanda maiores digressões, pois trata-se de ofensa que decorre do próprio fato:

“[...] Qualquer ofensa à integridade física, mesmo quando passageira e sem deixar marcas estéticas, produz, muito além da sensação de incômodo, um decaimento na auto-estima da vítima que, ao se ver nesta situação, nunca se conformará com o fato de ter de padecer, física e psiquicamente, em razão da conduta culposa de outrem. Eis aí identificado o dano moral.” (TJSC, AC n. 2008.069491-1, rel. Des. Newton Janke, j. 19.5.09).

Ao lado de outras características que conferem autonomia ao dano moral, como, por exemplo, a intransmissibilidade, a irrenunciabilidade e a indisponibilidade, é a extrapatrimonialidade, contudo, o elemento que revela que nenhuma soma pecuniária jamais será capaz de reparar a ofensa moral suportada. Assim, para arbitramento da indenização, considera-se primeiramente que o prejuízo decorrente da ofensa a um direito da personalidade não pode ser mensurado.

Buscando encontrar uma quantia razoável que, embora não possa reparar a ofensa suportada, seja capaz de proporcionar ao ofendido algum conforto para seu sofrimento, a verba indenizatória deve ser mensurada com moderação, pois ela não pode servir como fonte de enriquecimento para o lesado. Assim, consideram-se no arbitramento, dentre outras circunstâncias variáveis, as características da ofensa, o grau de reprovabilidade da conduta do ofensor, e também, as condições econômicas das partes envolvidas.

Muito embora não haja comprovação da extensão das lesões físicas sofridas pelo ofendido, a repercussão maléfica da ofensa, como já se consignou, é presumida. Analisada à exaustão, não existem maiores considerações a serem feitas sobre a conduta que deu causa ao evento danoso. A lesado, que declarou ser fiscal de segurança, não informou seus rendimentos financeiros, e tampouco há nos autos elementos que permitam aferir a condição financeira dos réus. Em face dessas circunstâncias, entende-se razoável e proporcional a fixação do *quantum* indenizatório em R\$ 10.000,00.

Com a procedência integral da pretensão autoral, fica sem sentido analisar o pedido de enquadramento das ações da parte autora nas hipóteses de litigância de má-fé.

DISPOSITIVO

Diante do exposto, com fulcro no art. 487, I do CPC, julgo extinta com resolução de mérito o processo movida por Suzana Pereira de Souza em desfavor de Constran S/A – Construções e Comércio, e acolho os pedidos aviados, para condenar a parte ré 1) ao pagamento de indenização por danos materiais, no valor de R\$496,00, corrigido pela Taxa Selic, que compreende correção monetária e juros de mora, a contar da data do evento danoso (Súmula 54 do STJ); e 2) ao pagamento de indenização por dano moral, no valor de R\$ 10.000,00, com acréscimo de juros de mora de 1% ao mês, da data do fato até a data da publicação

desta sentença, a partir de quando, então, deverá incidir apenas a Taxa Selic, que contempla também a correção monetária, devida nos termos da Súmula 362 do STJ.

Sucumbente, condeno a parte ré ao pagamento das custas processuais, e honorários advocatícios ao patrono da parte contrária que consoante § 2º do art. 85 do NCPC arbitro em 10% sobre o valor da condenação.

Publique-se. Registre-se. Intimem-se.

Certificado o trânsito em julgado, e nada sendo requerido, arquivem-se, anotando-se as devidas baixas.

Santa Rosa do Sul (SC), 31 de agosto de 2016.

Livia Borges Zwetsch
Juíza de Direito

Autos nº 0301051-86.2016.8.24.0189

Natureza: Busca e Apreensão Em Alienação Fiduciária

Autor: Banco Panamericano S.A.

Réu: Krs Peruchi Alimentos Me

SENTENÇA

Vistos

Banco PAN S/A ajuizou ação de busca e apreensão contra KRS Peruchi Alimentos ME, aduzindo que o requerido inadimpliu o contrato de financiamento n. 62585087 garantido por alienação fiduciária firmado em 03/04/2014 e, diante disso, posteriormente aos atos para constituição em mora, por inadimplência da prestação vencida em 04/07/2016, sobreveio o vencimento antecipado da dívida, que atualizada à época perfazia a quantia de R\$ 41.828,46. Requereu a procedência da ação para consolidar a posse e a propriedade do veículo dado em garantia. Juntou documentos.

A liminar de busca e apreensão foi deferida (pág. 27), e o mandado cumprido à pág. 37.

A parte ré informou a purgação da mora (págs. 39/42)

Intimado (pág. 45), o Banco impugnou a purga da mora, aduzindo que não houve atualização do débito, nem acréscimo do montante as despesas com remoção e estadia do bem apreendido (pág. 46).

Vieram os autos conclusos.

Breve, o relatório.

Decido.

Cuida-se de ação de busca e apreensão de veículo objeto de garantia de alienação fiduciária.

O feito encontra-se ordenado e regular, sendo possível o julgamento antecipado do feito na forma do artigo 355, inciso I, do CPC, uma vez que a matéria controvertida não demanda produção de outras provas. Ademais, a prova documental carreada aos autos é suficiente para a resolução da lide.

Segundo a instituição financeira, o requerido deixou de pagar as prestações avençadas do contrato de financiamento firmado e garantido por alienação fiduciária, a partir de 04/07/2016 (parcela 27). Pelo vencimento antecipado do contrato, pugnou pelo pagamento da dívida que, ao tempo do ajuizamento da ação, somava R\$ 41.828,46.

Aplicam-se ao caso as disposições do Código de Defesa do Consumidor, pois a relação jurídica existente entre autor e réu caracteriza-se como de consumo, consoante previsão do art. 3º, § 2º, do CDC, a qual qualifica a prestação de serviço como qualquer atividade existente no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária. Esse também é o entendimento sedimentado por meio da Súmula n.º 297 do STJ.

Pois bem. Dispõe o art. 3º, parágrafo 2º, do Dl. 911/69 acerca da possibilidade do devedor fiduciante purgar a mora mediante o pagamento integral da dívida pendente, segundo os valores apresentados pelo credor fiduciário, hipótese na qual o bem ser-lhe-á restituído livre de qualquer ônus. No caso em apreço, juntamente à inicial, foi demonstrada a constituição em mora do devedor (págs. 14/16) e consignado o valor integral da dívida (pág. 17), o qual, nos termos do art. 3º, § 2º, do Del 911/96, foi pago pelo requerido (fl. 42).

Nessa toada, apesar de o autor não concordar com a quantia depositada (pág. 46), aduzindo que não houve atualização das despesas ou recolhimento das despesas com remoção e depósito, há necessidade de se reconhecer que o devedor saldou integralmente o débito, e os acréscimos reclamados não foram sequer quantificados pela instituição financeira

na sua insurgência (pág. 46). Além disso, as despesas mencionadas não foram demonstradas e, ainda que o fossem, não seriam passíveis de obstar a restituição do veículo, uma vez que não integraram, conforme § 3º do art. 2º do DL 911/69, a “dívida pendente”, cuja expressão, consoante entendimento do STJ, diz respeito aos valores apresentados e comprovados pelo credor na exordial (Recurso Especial representativo de controvérsia n. 1.418.593/MS).

Logo, tendo o demandado efetuado o depósito do numerário informado, declaro purgada a mora e revogo a decisão liminar, determinando que o veículo objeto da ação seja devolvido ao requerido.

A manutenção do vínculo, modo inverso à rescisão do contrato postulada pelo autor da ação na inicial, deve ser assegurada ao réu, por se mostrar, porque purgada a mora, mais interessante do que o término do contrato. É que a cláusula resolutória nos contratos de adesão só é permitida quando a escolha pertencer ao consumidor (art. 54, § 2º, do CDC); e, por mais que essa proteção aparente contradição com a regra do art. 3º, do § 2º, do DL 911/69, resolve-se a antinomia pela supremacia da norma protetiva, tendo em vista dela emane *status* constitucional (art. 5º, XXXII, CF).

Diante do exposto, com fulcro no art. 487, I, do NCPC, declaro purgada a mora e *julgo improcedente* a ação movida por Banco PAN S/A em face de KRS Peruchi Alimentos ME. Revogo a liminar, determinando a restituição do automóvel objeto da ação ao requerido, no prazo de 5 dias, livre de quaisquer ônus/gravames referentes à alienação fiduciária. Caso o bem já tenha sido alienado, condeno o credor fiduciário ao pagamento de multa em favor do devedor fiduciante, equivalente a 50% do valor originariamente fiduciado, devidamente atualizado pelo INPC, nos termos do § 6º do art. 3º do DL 911/69.

Em razão do princípio da eventualidade, porque deu causa à ação, condeno a parte ré ao pagamento das custas e despesas processuais,

inclusive aquelas antecipadas pela outra parte, bem como honorários advocatícios ao patrono do adverso, os quais, com fulcro no art. 85, § 2º, do NCPC, arbitro em 10% sobre o valor atualizado da causa.

Cancelem-se eventuais restrições judiciais, ficando a cargo das partes a baixa de restrições atinentes ao contrato.

Publique-se. Registre-se. Intimem-se.

Certificado o trânsito em julgado, e nada sendo requerido, arquivem-se, anotando-se as devidas baixas.

Santa Rosa do Sul (SC), 30 de novembro de 2016.

Livia Borges Zwetsch
Juíza de Direito

Autos nº 0002804-30.2011.8.24.0189

Natureza: Procedimento Ordinário

Autor: Cheila de Matos Machado

Réu: Paulo Rogério de Quadros da Rosa e outros

SENTENÇA

RELATÓRIO

Vistos.

Cuida-se de ação de indenização por danos morais, c/c antecipação de tutela, ajuizada por Cheila de Matos Machado contra Paulo Rogério de Quadros da Rosa, Sandro Lopes Scheffer e Auto Passo Veículos, aduzindo, em síntese, que outorgou procuração ao primeiro e segundo réus para efetivação de negócio jurídico em abril de 2009, ficando acordado na ocasião que, juntamente à transferência definitiva do veículo à terceiro, também seria transferido o financiamento e, enquanto pendente a transferência, pagariam-no. Asseverou que foi surpreendida quando dirigiu-se à concessionária para realizar a compra de outro automóvel e descobriu estar negativada devido ao não pagamento das parcelas do referido financiamento, buscando informações acerca do ocorrido, comunicou-se com os réus que a tranquilizaram dizendo que resolveriam o problema, o que de fato não ocorreu.

Sustentou a continuidade do problema sem solução e, mais, que vem recebendo desde então diversas correspondências de cobrança da dívida, multas e débitos referentes a infrações cometidas depois que não mais estava o bem em sua posse. Ressaltou que a dívida não lhe pertence, inclusive as multas destinadas à sua CNH, devendo ser destinadas aos responsáveis, porque de responsabilidade deles. Juntou documentos.

Analisada a tutela antecipada às fls. 24/25, a decisão foi postergada para momento posterior à resposta.

Citada, a parte requerida contestou às fls. 30/42.

Na contestação, os requeridos aduziram ilegitimidade passiva de ambos e requerem a exclusão da empresa do polo passivo; ainda nas preliminares asseveraram inépcia da inicial (fl. 33), e apresentaram denúncia à lide de Marcelo Cardoso Salsa (fl. 35). No mérito, informaram que ficou ajustado que o adquirente do automóvel se comprometeu a pagar o financiamento, bem como transferir o veículo para o seu nome; afirmaram, inclusive, que foi aprovada a transferência de financiamento ao adquirente, que por culpa exclusiva sua não o transferiu para si e que a argumentação é comprovada à fl. 14 dos autos. Aduziram, ainda, que o financiamento foi quitado, conforme extrato anexo aos autos e imputam inverdade na manifestação da autora de que está inscrita nos cadastros de proteção ao crédito e que referidas inscrições não mais se mantêm, pois datam de 2009/2010. Rechaçaram, por último, a possibilidade de dano moral.

Em réplica o autor aduziu a promoção extemporânea da contestação, rechaçou as preliminares da defesa e novamente firmou a verdade que entende acerca dos fatos.

Vieram os autos conclusos.

Breve, o relatório.

FUNDAMENTAÇÃO

Cuida-se de ação de indenização por danos morais, c/c antecipação de tutela, em que a parte autora postula a retirada do seu nome dos cadastros de proteção ao crédito; a transferência do veículo, bem como a retirada das infrações do seu nome; a declaração da quitação do financiamento do veículo; e indenização por danos morais.

Rechaço a inépcia da inicial, porquanto a peça preenche todos os requisitos legais, permitindo a parte requerida conhecimento da insurgência.

A preliminar relativa à ilegitimidade passiva confunde-se com o mérito, uma vez que diz respeito à própria responsabilidade dos litigantes em responderem pelos prejuízos supostamente sofridos pela requerente, por este motivo afastou-a.

Considerando a possibilidade de demanda regressiva em ação autônoma contra o pretense denunciado, que seria responsável pelos danos causados, fica afastada a denúncia. Ademais, não se trata de casos de denúncia da lide obrigatória, conforme estatuído pelo art. 70 do CPC/1973, vigente à época da proposição da ação.

Não prospera o aventado em réplica pelo réu que consigna a intempestividade da contestação. Conta-se o prazo a partir da juntada do mandado cumprido e, outrossim, o prazo do autor para apresentá-la, considerando a retirada dos autos em carga pelo procurador do réu com poderes para receber citação (fl. 28), findou um dia após sua apresentação, veja-se: carga no dia 26/03/2012 (fl. 28 – verso), protocolo da contestação no dia 09/04/2012 (fl. 30).

Passadas essas considerações, à análise do mérito.

O feito encontra-se ordenado e regular, sendo possível o julgamento antecipado do feito na forma do artigo 355, inciso I, do CPC, uma vez que a matéria controvertida não demanda produção de outras provas. Ademais, a prova documental carreada aos autos é suficiente para a resolução da lide.

Verifica-se, inicialmente, que a procuração conferida pela autora aos réus Paulo Rogerio de Quadros da Rosa e Sandro Lopes Scheffer outorgou-lhes poderes para alienação do veículo Gol de placas BOY4386. No documento, a autora se responsabilizou pelo pagamento de multas de trânsito, impostos, seguros obrigatório e demais obrigações inerentes ou impostas ao veículo até a data da assinatura da procuração – abril de 2009 (fl. 13).

O pedido para transferência do registro do veículo está prejudicado, pois desde antes do ajuizamento da ação, o automóvel já consta em nome de terceiro. Em 20/07/2009, ainda que gravado de alienação fiduciária em favor do Banco Finasa S/A desde 03/03/2008, o veículo foi transferido para a propriedade de Marcelo Cardoso Sal. (fl. 14). Assim também consta na Certidão de Registro exarada pelo DETRAN/RS (FL. 57), que, emitida em março de 2012, não mais demonstra a existência do gravame ou de dívidas. Da mesma forma, é possível concluir, pela ausência de gravame de alienação fiduciária, que também não remanesce dívida com o Banco Finasa.

Descabido cogitar do cancelamento das pontuações registradas na CNH da autora, ainda que decorrentes de infrações cometidas por terceiro. Isso porque, além de o DETRAN não ser parte na demanda, a circunstância só ocorreu por sua própria desídia, uma vez que o Código de Trânsito Brasileiro estabelece que é obrigação do vendedor comunicar ao DETRAN a transferência de propriedade do automóvel, no prazo de 30 dias da venda, sob pena de continuar responsável pelo carro se o novo proprietário deixar de fazer essa transferência (arts. 123, § 1º c/c 134 e 233 do CTB).

Por sua vez, não verifica-se dever dos réus de indenizar a autora pela negativação realizada pelo Banco Finasa, em razão do inadimplemento do contrato de mútuo 3673284009 (fl. 16). Observe-se que não consta expresso na procuração que os outorgados tenham assumido quaisquer responsabilidades pelas obrigações decorrentes do veículo a partir daquela data, mormente porque, existindo um contrato de mútuo entre a autora e uma instituição financeira, a validade da assunção de dívida demandaria a anuência deste credor, consoante art. 299 do CC: “É facultado a terceiro assumir a obrigação do devedor, com o consentimento expresso do credor, ficando exonerado o devedor primitivo, salvo se aquele, ao tempo da assunção, era insolvente e o credor o ignorava”.

Não havendo nenhum documento no qual os réus se obrigaram ao pagamento de tais prestações, impossível responsabilizar-lhe pelos efeitos da inadimplência, oriunda dos riscos assumidos por ocasião da realização de um negócio jurídico precário. A circunstância de a autora ter realizado negócio de venda do automóvel alienado sem o consentimento do credor fiduciário, enquanto objeto de financiamento, por intermédio de procurador, com terceiro, não lhe retira a responsabilidade de adimplir as prestações a que se comprometeu ao assinar contrato de financiamento.

Acerca da responsabilidade dos requeridos pelos fatos articulados pela autora – em que pese clara a legitimidade de todos os réus, os dois primeiros a partir do momento em que assumiram pessoalmente a obrigação enquanto procuradores, nos termos dela; e o terceiro, porque o negócio jurídico foi realizado em suas dependências – vislumbra-se não evidenciada, porque, na verdade, quem deu causa à circunstância debatida foi à própria autora quando resolveu vender o automóvel alienado sem o consentimento do credor fiduciário. Na hipótese, não existem dúvidas de que a autora sofreu danos por conta do negócio jurídico realizado com os réus, mas quem deu causa a essa situação foi ela mesma. Em caso análogo decidiu o TJSC:

“Apelação cível. Ação de rito ordinário c/c antecipação de tutela. Instrumento particular de compra e venda de veículo. Suposto automóvel alienado fiduciariamente utilizado como forma de pagamento no negócio celebrado entre as partes. Pedido de transferência da propriedade do automóvel e do financiamento para a ré ou para terceiro. Ausência de amparo legal. Falta de anuência expressa do proprietário fiduciário. Inexistência de eficácia jurídica. Pedido de dano moral. Obrigação de indenizar não caracterizada. Sentença de improcedência mantida. Recurso desprovido.” (TJSC. Apelação Cível n. 2009.012782-2, de Blumenau. rel. Des. Substituto Ronaldo Moritz Martins da Silva, j. 21-05-2009)

Portanto, ausentes os requisitos necessários à configuração da responsabilidade civil, não há como acolher os pleitos indenizatório.

Por fim, rejeito ainda o pedido alternativo referente à retomada do veículo, livre e desembaraçado de quaisquer ônus, tendo em vista por terceiro de boa-fé que, aliás, sequer foi demandado nesse processo.

DISPOSITIVO

Diante do exposto, indefiro a tutela antecipada requerida pelo autor e com fulcro no art. 487, I do NCPC, julgo extinta com resolução de mérito a ação movida por Cheila de Matos Machado contra Paulo Rogério de Quadros da Rosa, Sandro Lopes Scheffer e Auto Passo Veículos, rejeitando os pedidos aviados.

Sucumbente a parte autora, condeno-a ao pagamento das custas e despesas processuais, bem como honorários advocatícios ao patrono do adverso, os quais, tendo em vista a impossibilidade de mensurar o proveito econômico obtido pelas partes, considerando o grau de zelo do profissional, o lugar de prestação do serviço, a natureza e a importância da causa, o trabalho realizado e o tempo exigido para o seu serviço, arbitro honorários em R\$ 1.500,00 (art. 82, § 2º, do NCPC).

Suspendo a exigibilidade da cobrança dos ônus de sucumbência, tendo em vista a justiça gratuita que defiro à parte autora.

Publique-se. Registre-se. Intimem-se.

Certificado o trânsito em julgado, e nada sendo requerido, arquivem-se, anotando-se as devidas baixas.

Santa Rosa do Sul (SC), 14 de julho de 2016.

Livia Borges Zwetsch
Juíza de Direito

Autos n. 0001060-73.2016.8.24.0011

Ação: Ação Penal de Competência do Júri/PROC

Autor: Ministério Público do Estado de Santa Catarina

Acusado: Everton Cunha

Vistos, etc.

EVERTON CUNHA, vulgo “**Kankinha**”, brasileiro, solteiro, auxiliar de escritório, nascido em 24.2.1994, com 22 anos na data dos fatos, natural de Brusque/SC, filho de Gilmar José Cunha e Maria Teresinha Cunha, residente na Avenida das Comunidades, n. 180, apto 102, Residencial Rodrigo, Bairro Centro, em Brusque/SC, foi denunciado pelo Ministério Público pela prática dos crimes previstos no artigo 121, *caput*, (por duas vezes), artigo 121, *caput*, c/c artigo 14, inciso II, (por uma vez), e artigo 129, § 1º, incisos I e III, (por uma vez), todos do Código Penal, porque segundo a denúncia, *in verbis*:

“Antes de mais nada, cabe aqui fazer um intróito a ação do denunciado EVERTON CUNHA.

“No dia 12 de março de 2013, o denunciado EVERTON CUNHA se dirigiu até a cidade de Canelinha/SC, onde, em uma chácara no interior do município, ocorria o evento denominado “Costelaço do Júnior Seco – edição 2016”, chegando ao destino por volta de 17h.

“No local seus amigos já o aguardavam em uma mesa, que inclusive foi reservada antecipadamente, e onde, assim que chegou, EVERTON precisou desembolsar a quantia de R\$ 150,00 (cento e cinquenta reais) e entregar ao seu colega Carlito Fantini Neto referente a consumação de bebidas alcoólicas e não alcoólicas (vodca e refrigerantes), o que foi prontamente feito pelo denunciado (vide fl. 23), por óbvio, com a intenção de consumir os destilados comprados pelos seus amigos, principalmente se levarmos em consideração que o valor é relativamente alto para quem pretendia apenas consumir “refrigerantes”.

“Após horas consumindo bebidas alcoólicas, já mais do que embriagado,

em meio aos amigos o denunciado EVERTON chegou a chorar por causa de uma garota com quem pretendia relacionar-se amorosamente, principalmente ao ouvir o som das músicas da dupla sertaneja Bruno e Marrone (que tocavam no evento), atitude exatamente característica de pessoas que ingerem bebidas alcoólicas em demasia e posteriormente passam a se “lamentar por amor”.

‘Depois disso, por volta de 21 horas, o denunciado EVERTON convidou Luiz Antonio Marchi, para juntos retornarem até esta urbe no veículo VW/GOL Special MB, placas QHB 1018, de sua propriedade, o que foi atendido pelo colega.

‘No trajeto até esta cidade, que é composto basicamente por pista simples, em sua maior extensão sem sequer acostamento, além de ser um trecho extremamente sinuoso, com muitas curvas acentuadas, o denunciado EVERTON, muito embriagado, empregando velocidade incompatível com a via, onde se deve exercer cuidado constante e assumindo o risco de cometer ato mais grave ao assumir a direção do seu veículo com a capacidade psicomotora alterada, o que indica, basicamente, que estava ciente de toda sua conduta, assim como da possibilidade de incorrer em crime ou tirar a vida de alguém, por ser jovem e irresponsável, perdeu o controle do veículo em uma das curvas, colidindo frontalmente com o veículo Ford/Escort, placas IBR 7384, no qual estavam as vítimas Joanir Quevedo dos Santos e Silciane de Fátima Stivanin, que vieram a óbito imediatamente, e a vítima Eduardo Stivanin, de apenas 13 anos de idade, o qual sofreu lesões corporais de grave monta e permanece internado no Hospital de Azambuja até os dias de hoje (vide fls. 164, 165/168 e 169/171).

‘Além das vítimas do outro veículo, ainda restou lesionado gravemente o amigo do denunciado, Luiz Antonio Marchi que estava com ele no seu veículo, o qual sofreu diversas fraturas na perna, precisando, inclusive, de intervenção cirúrgica para evitar amputação de membro (vide cota).

‘Fixa-se que quando o denunciado EVERTON percebeu que estava sem controle do veículo que conduzia e que na mesma mão de direção (sua contramão pois já havia invadido a pista contrária) vinha outro veículo, ele conscientemente virou a direção de seu automóvel, abalroando a

lateral esquerda dianteira de seu veículo com a frente do outro veículo, com manifesto desejo de livrar-se de mal maior, gerando impacto direto em seu colega que ocupava o banco do carona, impacto este que foi suficiente para lesionar o amigo e suprimir a vida dos ocupantes dos bancos dianteiros do outro veículo, e, também, lesionar a criança filha do casal que estava no banco traseiro, evidenciando o egoísmo presente em sua conduta.

‘Depois, apenas para frisar o quanto mesquinho e frio o denunciado EVERTON foi, mesmo vendo o casal inconsciente (na ocasião ele não sabia que estavam mortos), o filho deles agonizando, assim como seu amigo, ele deixou o local, sem prestar socorro, sem acionar o Corpo de Bombeiros ou sequer pedir ajuda na estrada para que alguém acudisse os vitimados, demonstrando que a sua única preocupação era com a sua situação e não com o contexto e tudo o que ele havia provocado, mostrando-se naquele momento mais importante salvar-se da provável abordagem policial que iria constatar sua conduta deturpada, do que socorrer quatro vidas que estavam em jogo e que por sua única e exclusiva culpa foram/poderiam ter sido interrompidas.

‘Por derradeiro, cumpre esclarecer que não houve, no caso em tela, qualquer falha mecânica, ao contrário do que quer nos fazer crer o denunciado EVERTON, uma vez que foi realizada perícia no local do ocorrido (vide fls. 45/86), onde restou constatado que da forma como a colisão aconteceu e pelas circunstâncias de local não ter havido qualquer derrapagem, frenagem ou estouro de pneus, posto que todos os pneus encontravam-se danificados apenas pelo impacto e com desgaste, não sendo constatado qualquer alteração por falha.

‘Os peritos também lograram êxito em apreender no local do acidente, próximo ao local onde o veículo do denunciado parou, uma garrafa de bebida alcoólica whisky, marca Johnny Walker Red Label, que, bem provável, tenha caído do interior do automóvel em que o denunciado e seu colega se encontravam.

‘Dessa forma, o denunciado EVERTON CUNHA matou duas pessoas, tentou matar uma terceira, e lesionou gravemente uma quarta pessoa, pois conduziu seu veículo automotor com a capacidade psicomotora

alterada devido a ingestão exagerada de bebidas alcoólicas, como era de seu costume (vide fls. 21/22), assumindo o risco de produzir resultado mais grave com tal conduta, assim como conduziu inadvertidamente o veículo, demonstrando o pouco apego que demonstra com a vida alheia.”

A autoridade policial representou pela decretação da prisão preventiva do acusado, cuja representação obteve manifestação Ministerial favorável (fls. 104-108) e foi acolhida por este Juízo no dia 1-4-2016 (fls. 109-112), sendo o mandado de prisão cumprido na mesma data (fl. 122).

Formulado pedido de revogação da prisão preventiva (fls. 128-132), este foi indeferido pela autoridade judiciária em regime de plantão (fl. 139).

A denúncia veio acompanhada pelo inquérito policial e foi recebida em 7-4-2016 (fl. 293).

Citado (fls. 309-310), o acusado apresentou resposta à acusação por meio de defensores constituídos, requerendo a absolvição, com base na ausência de dolo. Alternativamente, postulou pela desclassificação para os crimes previstos no art. 121, § 3º e art. 129, *caput*, ambos do Código Penal (fls. 325-328).

A defesa impetrou *habeas corpus* em favor do acusado, cuja ordem foi parcialmente concedida, a fim de substituir a prisão preventiva por medidas cautelares (fls. 376-377), sendo Everton liberado no dia 3-5-2016 (fls. 383-385).

Durante a instrução processual, foram ouvidas treze testemunhas de acusação e duas de defesa, além de interrogado o acusado, através do sistema audiovisual (fl. 843).

Nada foi requerido na fase de diligências (fl. 843).

Em alegações finais por meio de memoriais, a acusação requereu a pronúncia do acusado, nos moldes da denúncia, pois entendeu que restaram comprovadas a materialidade dos delitos, a autoria e culpabilidade de Everton Cunha (fls. 848-866).

A defesa, por sua vez, postulou pela absolvição sumária do acusado, sustentando a ausência de culpa no evento danoso. Alternativamente, requereu a readequação da capitulação feita na denúncia, com a imputação dos crimes inculpidos no art. 121, § 3º e art. 129, *caput*, ambos do CP, com a conseqüente impronúncia. Ainda, de forma subsidiária, requereu a aplicação da norma específica de trânsito, para que o acusado seja julgado pelos crimes inculpidos no art. 302, *caput*, do CTB, e art. 129, *caput*, do CP (fls. 868-874).

Antecedentes criminais registrados às fls. 835-836; 876-877.

Relatados, decido.

Imputa-se ao acusado a prática dos crimes de homicídio simples consumado, contra as vítimas Joanir Quevedo dos Santos e Silciane de Fátima Stivanin, homicídio simples tentado, contra a vítima Eduardo Stivanin, e lesão corporal de natureza grave, contra a vítima Luiz Antonio Marchi, capitulados, respectivamente, no artigo 121, *caput*, (por duas vezes), artigo 121, *caput*, c/c artigo 14, inciso II, (por uma vez), e artigo 129, § 1º, incisos I e III, (por uma vez), todos do Código Penal.

Ab initio, cumpre ressaltar que a pronúncia é um mero juízo de admissibilidade da acusação, de modo que o feito deve ser remetido a julgamento pelo Tribunal do Júri quando estiver comprovada a materialidade e houver indícios suficientes da autoria de crime doloso contra a vida, nos termos do art. 413 do Código de Processo Penal.

O próprio dispositivo legal atinente à espécie prescreve que: “O juiz, *fundamentadamente, pronunciará o acusado, se convencido da materialidade do fato e da existência de indícios suficientes de autoria ou de participação*” (art. 413, CPP).

Com efeito, por óbvio, é vedado ao juiz, na formação do seu convencimento, pronunciar-se sobre o mérito da acusação e das teses da defesa, evitando assim, o exercício de qualquer influência no ânimo dos

jurados. Entretanto, isto não significa que não deva apreciar as provas e teses esposadas, não podendo, contudo, aprofundar-se na análise a ponto de manifestar-se sobre o mérito.

Aliás, como ensina Julio Fabbrini Mirabete, “o juiz deve enfrentar e apreciar as teses apresentada pela defesa, sob pena de nulidade. Além disso, o juiz deve dar ‘os motivos do seu convencimento’, como diz a lei, apreciando a prova existente nos autos. Mas não pode e não deve fazer apreciação subjetiva dos elementos probatórios coligidos, cumprindo-lhe limitar-se a única e tão-somente, em termos sóbrios e comedidos, a apontar a prova do crime e os indícios de autoria, para não exercer influência no ânimo dos jurados, competentes para o exame aprofundado da matéria” (Processo Penal, revista e atualizada por Renato N. Fabbrini, Editora Atlas SA., 2008, 18ª edição, pág. 500).

Acerca do tema em debate, já decidiu o Supremo Tribunal Federal:

“O dever de motivação que é imposto ao magistrado, quando da prolação da sentença de pronúncia, é de ser cumprido dentro de limites estreitos. É dizer: a dita fundamentação deve limitar-se à comprovação do fato criminoso e à mera indicação dos indícios da autoria delitiva. Porque tudo o mais, todas as teses defensivas, todos os elementos de prova já coligidos hão de ser sopesados pelo próprio Conselho de Sentença, que é soberano em tema de crimes dolosos contra a vida. É vedado ao juízo de pronúncia o exame conclusivo dos elementos probatórios constantes dos autos. Além de se esperar que esse juízo pronunciante seja externado em linguagem sóbria, comedida, para que os jurados não sofram nenhuma influência em seu *animus judicandi*. É dizer: o Conselho de Sentença deve mesmo desfrutar de total independência no exercício de seu múnus constitucional. Revela-se idônea a sentença de pronúncia, quando o magistrado que a profere se limita a demonstrar a ocorrência do crime e a pontuar os indícios de participação do paciente, afastando os pedidos defensivos de absolvição sumária ou exclusão das qualificadoras. Ordem denegada” (HC 85992/SP, rel. Min. Carlos Ayres Britto, j. em 13-12-2005).

Ainda, nos termos da alínea “d” do inciso XXXVIII do art. 5º da Constituição Federal, “*a competência para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida*” é do Tribunal do Júri.

Dessa forma, mister se faz, no momento do *judicium accusationis*, a análise do elemento subjetivo do tipo, para pronunciar, tão somente, os crimes contra a vida cometidos, indubitavelmente, com dolo (direto ou eventual).

A questão em tela cinge-se a perquirir acerca do elemento volitivo do agente no momento do fatídico sinistro, ou seja, se o acusado agiu com dolo eventual ou culpa, em qualquer das suas modalidades.

Feitas tais considerações iniciais, passo à análise quanto a materialidade e os indícios de autoria dos crimes imputados ao acusado Everton Cunha.

A materialidade dos delitos encontra conforto no boletim de acidente de trânsito (fls. 144-148), atestados de óbito (fls. 157-158 e 161-162), laudos cadavéricos (fls. 165-166 e 169-170), laudo pericial realizado no local do acidente (fls. 175-205), BOAT elaborado pela polícia rodoviária estadual (fls. 207-214), laudos periciais realizados nas vítimas Douglas Eduardo e Luiz Antonio (fls. 333-334), e prontuário médico da vítima Douglas Eduardo (fls. 390-757).

Já os indícios de autoria encontram amparo na prova oral coletada ao longo da instrução criminal e nos demais elementos coligidos aos autos.

Ao ser interrogado na fase embrionária, Everton Cunha, vulgo “Kankinha”, declarou que é proprietário do veículo VW/Gol, cor branca, modelo G6, 2015, de placas QHB 1018, e que por volta das 18:00 de sábado, dia 12-3-2016, foi sozinho à cidade de Canelinha/SC para participar da festa “Costelada do Júnior Seco”, onde permaneceu até às 21:00 horas aproximadamente. Alegou que durante o período em que permaneceu

na festa, não consumiu qualquer quantia de bebida alcoólica ou fez uso de entorpecentes, sendo que inclusive se coloca à disposição para exames necessários. Relatou que trafegava pela Rodovia Gentil Batisti Archer, na última curva antes do bairro Zantão, quando perdeu o controle do veículo, possivelmente devido a um estouro de pneu. Disse que ao perder o controle, percebeu que a parte traseira do veículo começou a derrapar, momento em que tentou controlar o automóvel virando a direção em sentido contrário, todavia a manobra não funcionou e o veículo ficou transversal a pista e começou a sair em direção ao lado esquerdo, sentido São João Batista → Brusque. Neste momento, avistou um veículo se aproximando no sentido contrário e o motorista daquele também tentou desviar, infelizmente para o mesmo sentido do carro do interrogando, gerando assim a colisão. Esclareceu que o outro veículo colidiu com a frente direita do automóvel do interrogando e com o impacto o veículo do interrogando foi lançado para o acostamento, enquanto o outro para o lado oposto. Informou que com a força da colisão, sofreu ferimentos no nariz e no joelho, sendo perfurado por um pedaço de ferro. Aduziu que ainda um pouco desorientado com o impacto, o interrogando acionou o corpo de bombeiros e informou da ocorrência do acidente. Alegou que após o sinistro, ouviu ameaças de alguns populares que diziam que ele havia matado uma família, pelo que removeu o estilhaço do joelho, deixou o carro no local dos fatos e seguiu caminhando ao longo da rodovia, quando foi socorrido por um desconhecido, o qual não se recorda a fisionomia. Disse que o desconhecido insistiu em levar o interrogando para o hospital, mas se recusou, pois primeiro queria conversar com seu pai, antes de tomar qualquer medida, sendo que até aquela data não foi ao nosocômio, pois teme ser agredido. Afirmou que durante o acidente estava na velocidade permitida para o local e que o infortúnio foi causado possivelmente por uma falha mecânica. Reafirmou ainda ter acionado o corpo de bombeiros e que não permaneceu no local pois sentiu-se ameaçado pelas pessoas que presenciaram o acidente (fls. 231-232).

Por ocasião do seu interrogatório judicial, o acusado reproduziu sua versão inicial e declarou que na ocasião dos fatos, participou do evento “Costelaço do Júnior Seco” e que contribuiu com R\$ 150,00 (cento e cinquenta reais) para participar da mesa com os amigos, na qual havia água, refrigerante e vodca, todavia não ingeriu bebida alcoólica, pois estava de dieta e ingerindo medicamentos. Disse que quando estava indo embora, “Neni” lhe pediu carona, pois a amiga Caroline havia ido embora e o deixado no local, sendo que concordou em levá-lo e o interrogando comprou duas águas antes de saírem da festa. Confirmou ter feito ultrapassagens no caminho de volta para Brusque, mas em locais permitidos e dentro do limite de velocidade. Aduziu que Luiz não pediu para assumir a direção do veículo, tampouco para que dirigisse mais devagar, não sabendo dizer por que ele falou isso. Alegou que estava a uma velocidade de 60 ou 70 km/h, sendo que no local a velocidade permitida é de 80 km/h. Que ao passar por uma curva, seu carro derrapou por causa da areia que havia na pista, quando acabou cortando a pista contrária, colidindo no veículo em que vinham as vítimas. Esclareceu que estava em sentido declive e a colisão ocorreu no acostamento, do lado esquerdo, na contramão em que vinha o interrogando. Aduziu ainda que ao sair do carro, veio uma pessoa em sua direção, dizendo que havia matado uma família e que estava bêbado, pelo que ficou com medo e foi até o carro de seu amigo Jacson, onde ficou por dez minutos, quando várias pessoas ficaram apontando em sua direção e dizendo que matou uma família.

Continuou, dizendo que em razão das ameaças, ficou com medo e saiu do local caminhando, sendo que ligou para seus amigos, todavia ninguém foi lhe buscar. Ato contínuo, passou um carro desconhecido e o condutor lhe ofereceu carona, ao que aceitou e foi levado para casa. Informou ter tomado conhecimento através de seu tio, na segunda-feira posterior aos fatos, que duas pessoas morreram em razão do acidente, razão pela qual teme que a família faça justiça com as próprias mãos.

Ao ser questionado do motivo de ter chorado durante o evento, disse que é muito fã de Bruno e Marrone. Alegou também que se apresentou na delegacia apenas na segunda-feira e não no sábado em virtude da orientação do advogado. Afirmou que não foi atrás das vítimas para indenizá-los e também ninguém lhe procurou. Não soube dizer por que seu amigo Luiz falseou uma incriminação contra si. Disse ainda que não foi ao hospital após o acidente, mesmo estando machucado, pois estava muito nervoso e queria ir para casa (mídia de fl. 843).

A vítima Luiz Antonio Marchi declarou na fase policial que não se considera amigo íntimo de Everton Cunha, com quem esporadicamente se encontra em festas e locais públicos, o tratando como colega. Relatou que desde as 14:00 horas do sábado, dia 12-3-2016, esteve na cidade de Canelinha/SC, participando da festa “Costeção do Júnior Seco”, onde encontrou com Everton e pode perceber que ele estava sempre segurando um copo transparente com uma bebida de cor escura, mas não pode afirmar o que o colega bebia. Disse que em certo momento presenciou Everton chorando, mas não soube dizer o motivo. Esclareceu que por volta das 21:00 horas, Everton convidou o depoente a voltar para Brusque, alegando que não gostaria de voltar sozinho, ocasião em que percebeu sinais nítidos de embriaguez em Everton, o qual principalmente tinha dificuldades em se expressar, falando de forma “enrolada”. Asseverou que ao longo de todo o trajeto da volta, Everton dirigiu de forma imprudente, imprimindo alta velocidade e fazendo ultrapassagens perigosas, tanto que o depoente sucessivas vezes pediu ao colega que dirigisse com mais calma e cautela. Próximo a Brusque, se recorda apenas de que ao sair de uma curva em alta velocidade, Everton se deparou com um veículo vindo no sentido contrário, causando grande impacto. Disse não se recordar de ter ouvido qualquer ruído, principalmente estouro de pneu, momentos antes da colisão. Esclareceu que após o impacto, tem recordações vagas do acontecimento, lembrando-se apenas de ter conversado com algumas pessoas, mas sem saber exatamente o que teria dito. Confirmou que após

o sinistro, Everton fugiu do local, abandonando inclusive o depoente, que sofreu três faturas na perna e inclusive passará por cirurgia. Destacou ao final que tem plena consciência de que o acidente não foi causado por falha mecânica, mas sim pelo estado de embriaguez e o excesso de velocidade imprimido por Everton (fls. 228-229).

Em juízo, o informante esclareceu que conheceu o acusado há cerca de um ano e meio a dois anos, através de outro amigo, e sempre se encontravam em festas. Disse que Everton ingeria bebidas alcoólicas e o declarante pegou poucas caronas com ele. Com relação ao dia dos fatos, narrou que encontrou com Everton na festa mais para o final da tarde, sendo que o declarante pagou R\$ 150,00 (cento e cinquenta reais) ao amigo Carlito para participar da mesa, tendo ingerido bebida alcoólica, assim como todos os demais integrantes daquela mesa. Informou que pegou carona com o acusado por volta das 20:30 horas e que Everton fez todo o trajeto de volta para Brusque em alta velocidade, fazendo muitas ultrapassagens perigosas, tanto que dizia a ele: “vai um pouco mais devagar, a gente tá muito rápido”. Asseverou que Everton perdeu o controle do veículo em razão da alta velocidade que vinha imprimindo e também pela ingestão de álcool. Mencionou que a estrada era muito perigosa e que não se recorda de detalhes após a colisão, pois não sabe quanto tempo ficou “apagado”. Destacou que a colisão ocorreu totalmente do lado do declarante, no caso, o caroneiro. Aduziu ainda que conversou com Everton após o acidente e o acusado não justificou sua ação, alegando que a colisão ocorreu em razão do estouro de um pneu. Afirmou também que não moveu ação cível contra o acusado e este não auxiliou o declarante em nenhuma despesa. Confirmou ter visto Everton chorando durante a festa, mas não sabe o motivo.

Luiz Antonio destacou ainda que Everton não explicou o fato de ter saído do local do acidente, e que o declarante sofreu vários hematomas no peito, cortes na virilha e nos braços, além de quatro fraturas nas pernas, das quais terá sequelas a vida toda, mas o médico ainda não sabe precisar

quais. Confirmou seu depoimento prestado na fase policial, e acrescentou dizendo que a velocidade permitida para a via era baixa, contudo estavam em alta velocidade no momento do acidente. Mencionou também que bebeu durante a festa, mas não a ponto de perder a memória, sendo que ao pedir carona para Everton, percebeu que este estava embriagado. Asseverou que pediu por diversas vezes para o condutor diminuir a velocidade do veículo, porque via o risco que estavam correndo e tinha medo de se envolver num acidente. Concluiu, dizendo que o acusado se perdeu numa curva, sentido declive, e colidiu num veículo que vinha em sentido inverso, sendo que no dia não chovia e havia boa visibilidade (mídia de fl. 843).

O Delegado de Polícia responsável pelas investigações, Dr. Alex Bonfim Reis, ao ser ouvido em juízo, confirmou o relatório final acostado às fls. 268-271 e declarou que Everton Cunha não era conhecido no meio policial. Esclareceu que após o registro da ocorrência, o declarante presidiu toda a investigação, determinando a realização de perícias nos veículos e no local do acidente, além de ter averiguado a situação das vítimas e realizado a oitiva de Everton e testemunhas. Afirmou ter sido encontrada uma garrafa de bebida alcoólica no veículo acusado. Destacou o fato de a perícia não ter apontado falha mecânica ou marcas de frenagem, tampouco prévio estouro de pneu, sendo que o excesso de velocidade e a embriaguez do condutor foram confirmados pela prova testemunhal. Disse ainda que durante as investigações, recebeu informações de que o acusado fugiu do local do acidente e que pessoas que passaram pelo local foram os responsáveis por acionar o corpo de bombeiros. Asseverou também que não foi realizado laudo técnico ou auto de constatação de embriaguez no acusado, pois Everton se evadiu do local e se apresentou na delegacia de polícia somente depois de alguns dias. Esclareceu que esteve no local do acidente para tentar entender a dinâmica, tendo constatado que a colisão ocorreu próximo a uma curva, em sentido declive e na saída da curva para o veículo do acusado,

e sentido ativo para o automóvel das vítimas. Arrematou dizendo que o filho do casal, uma das vítimas, sofreu muitas sequelas e ficou muito tempo internado na UTI, sendo removido para o estado do Rio Grande do Sul para ficar perto dos familiares (mídia de fl. 843).

A testemunha Daniela Vivian da Costa, oficial de justiça, não contribuiu muito para o esclarecimento dos fatos, pois apenas percorreu a respeito de dois mandados oriundos da Vara Cível que precisava cumprir na época dos fatos, os quais eram destinados a um familiar do acusado, quando tomou conhecimento através de terceiros que, após o grave acidente, a única preocupação de Everton “era o fato de estar sem carro” (mídia de fl. 843).

O testigo Rodrigo Wegner Willrich declarou na fase indiciária que é amigo de Everton Cunha, vulgo “Kankinha” e que no dia 12-3-2016, o depoente foi com alguns amigos à festa “Costelaço Júnior Seco”, em Canelinha/SC, chegando ao local por volta das 14:00 horas. Disse não saber a hora que Everton chegou ao evento, mas o encontrou cerca de uma hora e meia após ter chegado a festa. Esclareceu que Everton ficou na mesma mesa que o depoente e outros colegas, mas não pode afirmar se o indiciado consumiu bebidas alcoólicas, embora tenha tirado uma fotografia do amigo através do aplicativo “Snap Chat”, na qual ele segurava um copo nas mãos. Mencionou não se recordar se Everton comentou sobre não poder ingerir bebidas alcoólicas por estar tomando alguma medicação. Informou ainda que ao longo da festa, consumiram garrafas de vodca, refrigerantes e água, cujo consumo individual foi de R\$ 150,00 (cento e cinquenta reais). Confirmou que em dado momento se recorda de ter visto Everton chorando no evento, mas não soube dizer o motivo, acreditando ser por causa de Caroline Toll Fischer. Não soube dizer o horário em que o indiciado saiu do evento, mas sabe que ele foi embora mais cedo que os amigos, na companhia de Luiz Antonio Marchi. Concluiu, dizendo que no caminho de volta da festa, já chegando em Brusque, parou em um congestionamento causado por um grave

acidente na Rodovia Gentil Batisti Archer, sendo que as 22:45 horas recebeu uma ligação de Everton, mas não atendeu pois não queria falar com o colega (fls. 215-216).

Ao prestar declarações em juízo, Rodrigo disse que é amigo de Everton e que tinham convívio social, sendo que em algumas festas o amigo bebia e em outras não, pois tomava remédio. Confirmou ter visto Everton com um copo na mão na festa, todavia não pode dizer se era bebida alcoólica, pois não viu o acusado colocando vodca no copo. Afirmou que em determinado momento, o acusado chegou chorando ao lado do depoente, por causa de uma menina, todavia não deu muita bola e também não percebeu se ele exalava odor etílico. Mencionou ao final que conversou com Everton depois do acidente e ele disse ao declarante que “se perdeu”, mas não se lembra de detalhes (mídia de fl. 843).

A testemunha Gabriela Dalsenter declarou nas duas fases processuais, que é apenas colega de Everton Cunha e na data dos fatos foi a um evento na cidade de Canelinha, “Costelação do Júnior Seco”, ali chegando por volta das 17:30 horas. Disse se recordar de ter encontrado Everton por volta das 18:00 horas e afirmou que ele segurava um copo transparente na mão a todo momento, mas não pode dizer se era bebida alcoólica. Esclareceu que Everton permaneceu próximo à mesa da depoente e de seus amigos durante o evento, sendo que ao longo da festa seus amigos consumiram algumas garrafas de vodca e refrigerante, mas não havia água, tanto que a depoente e uma amiga saíram da mesa para comprar garrafas de água. Não soube dizer se Everton consumiu bebidas alcoólicas e afirmou não ter visto Everton deixando o local, não sabendo dizer se mais alguém foi embora com ele. Mencionou que acredita ter saído depois de Everton, pois quando chegaram em Brusque o acidente já havia ocorrido, sendo que em razão do trânsito, fez a volta com o carro e retornou por outro caminho, não passando pelo local do acidente (fl. 217; mídia de fl. 843).

Ainda, na fase judicial, Gabriela esclareceu que na ocasião, enquanto retornavam da festa, Everton telefonou para o celular de sua amiga Caroline e a declarante atendeu, tendo o acusado dito que se envolveu no acidente e que era para cuidar do “Neni”. Mencionou ainda que durante a festa, teve pouco contato com o acusado e não pode dizer se este estava embriagado. Disse também que o acidente ocorreu numa descida e não havia acostamento no local, sendo que não chovia e havia boa visibilidade, todavia aquele trecho não possui sinalização (mídia de fl. 843).

Apresentando versão semelhante, a testemunha Caroline Tholl Fischer declarou nos autos que é amiga de Everton Cunha, conhecido como “Kankinha”, há cerca de seis meses. Relatou que na ocasião dos fatos, foi a um evento na cidade de Canelinha/SC, chamado “Costeção do Júnior Seco”, chegando ao local por volta das 17:00 horas. Informou que ficou em uma mesa com alguns amigos, onde consumiram algumas garrafas de vodca e refrigerantes, sendo o consumo das bebidas pago pelos rapazes que a acompanhavam. Não pode afirmar se Everton consumiu bebidas alcoólicas durante a festa, mas disse ter visto que o amigo estava sempre com um copo na mão, não sabendo precisar o conteúdo. Disse ter sido informada por terceiros de que Everton chorou durante o evento. Esclareceu que deixou a festa por volta das 21:30 horas, junto com dois amigos, sendo que quando foi embora o acidente já havia ocorrido, pois ficaram parados no trânsito em razão disso. Mencionou ainda que no domingo, sua amiga Gabriela Dalsenter lhe disse que Everton telefonou para o celular da depoente e que pediu para que cuidassem de “Neni” (Luiz Antonio Marchi), que estava junto com o acusado no carro. Aduziu que o amigo não disse nada além disso e que parecia estar muito eufórico, apavorado, informando que estavam envolvidos no acidente. Concluiu, dizendo que estava dormindo no carro e acordou no momento em que passaram pelo acidente (fl. 218).

Em juízo, Caroline esclareceu ainda que Everton costumava ingerir

bebidas alcoólicas como todo mundo durante as festas, todavia não sabe dizer se ele dirigia depois. Não soube dizer se o acusado estava embriagado na data dos fatos, tampouco reparou se ele consumiu bebidas alcoólicas. Esclareceu que posteriormente soube que Everton estava junto com o pessoal da mesa, na qual foi feito um rateio de R\$ 150,00 (cento e cinquenta reais) para cada um. Mencionou novamente que dormiu durante o trajeto de retorno da festa, razão pela qual não sabe dizer se a visibilidade do local era boa. Ainda, não soube precisar quantas garrafas de vodca foram consumidas durante o evento. Ao final, informou que não teve mais contato com Everton após os fatos (mídia de fl. 843).

Outrossim, Leandro Andrade Alves declarou nas duas fases processuais, que é amigo de Everton há três anos e que no sábado, dia 12-3-2016, foi a uma festa no município de Canelinha/SC, chamada “Costelaço do Júnior Seco”, na qual chegou por volta das 15:00 horas, onde encontrou com alguns amigos que ficaram em uma mesa. Esclareceu que o depoente permaneceu na área VIP do evento, e que vez ou outra se dirigia até a mesa dos amigos para pegar bebida, na qual foi consumido principalmente vodca e refrigerante, não se recordando de ter visto água. Informou ter gasto cerca de R\$ 100,00 (cem reais) para consumação. Mencionou ter cumprimentado Everton quando ele chegou na festa, não sabendo dizer o horário ou se em algum momento ele segurava um copo de bebida nas mãos. Disse que foi embora da festa depois de Everton, pois ao retornar para Brusque ficou preso no engarrafamento causado pelo acidente, ressaltando que as vítimas já estavam sendo atendidas pelo corpo de bombeiros. Destacou que foi informado que um casal havia falecido no local e que outras duas vítimas haviam sido encaminhadas para o hospital, sendo que uma delas tratava-se de seu amigo Luiz Antonio Marchi, o qual estava na carona do carro conduzido por Everton. Alegou não ter encontrado Everton no local e não soube dizer como ele pode ter ido embora, sendo que tomou conhecimento por terceiros que, por

volta das 22:30 horas de sábado, Everton tentou telefonar para seus amigos, mas nenhum deles atendeu, pois estavam tentando se afastar do indiciado. Aduziu ao final não ter feito nenhum registro fotográfico ou em vídeo de Everton durante a festa (fls. 220-221; mídia de fl. 843).

A testemunha Pedro Henrique Pruner, por sua vez, disse perante a autoridade policial que é apenas conhecido de Everton Cunha e que sempre o encontrava em algumas festas, sendo do conhecimento do depoente, bem como dos demais amigos, que o indiciado tem o costume de beber exageradamente e dirigir. Relatou que na data dos fatos, foi ao evento “Costelaço do Júnior Seco”, onde chegou por volta das 15:00 horas e ficou numa mesa com alguns amigos. Disse ter encontrado Everton no local, mas não soube dizer a hora em que ele chegou. Informou ter consumido bebidas alcoólicas, refrigerantes e água, alegando ter pago a quantia de R\$ 50,00 (cinquenta reais) pela consumação na mesa. Afirmou ter visto que Everton segurava um copo personalizado, mas não pode dizer o que ele estava bebendo. Não pode dar maiores detalhes sobre o estado psicomotor do colega, pois o encontrou apenas uma vez durante a festa (fl. 221).

Na audiência, Pedro novamente confirmou ter visto Everton com um copo na mão durante a festa, todavia não soube dizer o líquido que havia em seu interior. Não soube dizer como ocorreu o acidente, pois não visualizou a colisão e chegou depois no local, contudo também não viu os amigos Everton e Luiz (mídia de fl. 843).

O testigo Guilherme Wanka Imianowski declarou que é amigo de Everton há cerca de um ano e no sábado dos fatos foi ao evento “Costelaço do Júnior Seco”, chegando ao local por volta das 14:00 horas. Disse que ficou em uma mesa com alguns amigos, onde consumiram vodka, refrigerantes e água, gastando, além do valor pago pela camiseta, a quantia de R\$ 100,00 (cem reais) pela consumação. Esclareceu que Everton chegou ao local cerca de uma hora depois que o depoente, se

recordando de tê-lo visto com um copo transparente na mão, porém não sabe dizer o que o amigo bebia. Asseverou ao final que é de seu conhecimento que Everton tem o hábito de consumir bebidas alcoólicas de maneira exagerada (fl. 222).

Perante este juízo, Guilherme igualmente confirmou ter visto o colega Everton com um copo na mão, todavia não soube dizer o conteúdo. Destacou ainda que não conversou com o acusado após o acidente, mas somente com Luiz Antonio, o qual disse ao declarante que não se recordava do ocorrido, não tendo dito que Everton estava embriagado ou em alta velocidade. Esclareceu ao final que pagou R\$ 100,00 (cem reais) pela mesa, estando incluso no valor do rateio água, refrigerante e vodca (mídia de fl. 843).

Por sua vez, Carlito Fantini Neto disse nos autos que conhece Everton Cunha há cerca de um ano e no sábado, dia 12-3-2016, foi ao evento “Costelaço do Júnior Seco”, onde chegou por volta das 14:00 horas. Informou ter reservado uma mesa em seu próprio nome, para que os amigos ficassem juntos durante o evento. Disse que Everton chegou ao local por volta das 17:00 horas e que fez parte dos amigos que estavam na mesa, tendo pago ao depoente a quantia de R\$ 150,00 (cento e cinquenta reais), cujo valor foi estipulado para dividirem a consumação de bebidas. Confirmou que Everton consumiu as bebidas que eram servidas na mesa, dentre elas vodca e refrigerantes, se recordando de tê-lo visto a todo momento com um copo transparente de bebidas nas mãos. Não soube dizer o horário em que o amigo foi embora da festa, sendo que o depoente tomou conhecimento do acidente ao passar pelo local no caminho de volta. Esclareceu que desceu do seu veículo para ver se algum amigo se acidentou e encontrou com Luiz Antonio, o qual voltava de carona com Everton e informou ao depoente que havia quebrado a perna (fl. 223).

Quando ouvido na fase judicial, referido testigo disse que embora

estivesse controlando quem pegava bebida na mesa, não pode dizer o que Everton consumiu durante a festa. Esclareceu que foram consumidas em torno de quatro ou cinco garrafas de vodca, sendo que primeiro coletou uma quantia de dinheiro dos colegas e durante o evento fizeram um novo racha para comprar mais bebida. Asseverou que a estrada onde ocorreu o acidente era íngreme, cheia de curvas e sem acostado, acreditando que Everton tenha invadido a contramão de direção, pois o carro ficou quebrado do lado do carona (mídia de fl. 843).

Jacon Jasper declarou perante a autoridade policial que conhece Everton Cunha apenas “de vista”. Esclareceu que no sábado, dia 12-3-2016, ao retornar do evento “Costeção do Júnior Seco”, onde não encontrou com Everton, foi um dos primeiros a chegar no local do acidente, sendo que parou o seu carro no acostamento para ver o que havia acontecido, quando se deparou com Everton chamando-o e pedindo sua ajuda. Disse se recordar de ter visto um amigo do acusado apoiado na porta do veículo deste e foi até o outro automóvel envolvido no acidente, um Ford/ Escort, podendo perceber que as pessoas dos bancos da frente estavam inconscientes e que o menino sentado atrás estava muito mal. Confirmou que Everton pediu ao depoente que o tirasse do local, porém disse a ele que as pessoas do outro carro estavam muito mal e que não poderia tirá-lo dali, pois não queria se comprometer. Asseverou que em momento algum viu Everton ser hostilizado pelos presentes, até porque os populares ainda não haviam identificado o condutor. Informou que Everton começou a caminhar, sentido Brusque e acredita que durante o trajeto, mais a frente, pode ter conseguido uma carona com alguém (fl. 224).

Em juízo, Jacson confirmou seu depoimento inicial e esclareceu que foi um dos primeiros a chegar após o acidente, sendo que viu Everton no local, mas não soube dizer quanto tempo ele permaneceu. Informou ainda que o acusado aparentava ter ferimentos na canela e que o acidente ocorreu em um local escuro, uma descida, nas proximidades de uma curva (mídia de fl. 843).

A testemunha Gabriela Gomes Reis declarou na fase embrionária que por volta das 22:00 horas de sábado, dia 12-3-2016, estava acompanhada de Marcelo Coelho Júnior, e seguiam para São João Batista/SC, quando passaram por um grave acidente na Rodovia Gentil Batisti Archer, o qual envolvia um veículo VW/Gol e um Ford/Escort, ambos de cor branca. Esclareceu que o acidente havia acabado de acontecer e ainda haviam pedaços de fuselagem na pista, sendo que os ocupantes do VW/Gol estavam saindo do carro. Declarou que Marcelo parou o veículo e desceu para socorrer as vítimas, ocasião em que o condutor do VW/Gol tomou rumo ignorado e deixou o local do crime, abandonando até mesmo o carona. Asseverou que Marcelo presenciou o carona conversando com uma feminina e dizia claramente: “ele estava muito bêbado, quase não se aguentava em pé. Eu pedi para vir com o carro, mas ele não deixou. Veio num cacete, passou reto na curva e bateu no Ford/Escort”. Disse que o caroneiro estava consciente e mencionou na presença de Marcelo que estava com a perna quebrada e que não era amigo do motorista. Informou também que seu acompanhante percebeu que os ocupantes do veículo Ford/Escort estavam muito lesionados e possivelmente mortos, pelo que acionaram o bombeiro e a polícia e, como não podiam prestar socorro, partiram após a chegada de algumas pessoas (fls. 225-226).

Na fase judicial, Gabriela secundou sua versão inicial e disse que chegaram no local tão logo o acidente havia ocorrido, sendo que Marcelo saiu do veículo para auxiliar as vítimas e ficou muito assustado, pois a mulher estava morta, o homem resmungando e o menino cuspiendo sangue. Esclareceu que foram os responsáveis por acionar o corpo de bombeiros e que viu Everton no local, mas não conseguiu ver se ele estava embriagado, apesar de Luiz ter dito a outra moça que sim. Asseverou ainda que foi encontrada uma garrafa de bebida no local e que apesar de ser depositado lixo na estrada, naquele local não, pois é a entrada de uma residência. Informou ao final, que o acidente aconteceu em uma curva, que Everton passou reto na curva e atingiu o Ford/Escort, parando próximo à residência (mídia de fl. 843).

No mesmo sentido foram as declarações de Marcelo Coelho Júnior, o qual declarou que na noite dos fatos, estava indo com sua namorada Gabriela Gomes Reis em direção a São João Batista/SC, quando se depararam com um acidente de trânsito envolvendo um veículo VW/Gol e um Ford/Escort, ambos de cor branca. Informou que os veículos acidentados ficaram cerca de 10 ou 15 metros distantes do outro, sendo que os passageiros do Ford/Escort estavam no interior do veículo, apresentando ferimentos graves, enquanto os ocupantes do VW/Gol saíram do interior do automóvel. Destacou que o condutor do VW/Gol se evadiu do local e o carona, Luiz Antonio Marchi conversava com populares, e reclamava de muita dor na perna. Disse se recordar de ter ouvido Luiz Antonio ter dito para populares que Everton estava bêbado, dirigindo rápido e havia se perdido na curva, se recordando ainda que ao ser perguntado o motivo de ele próprio não estar conduzindo o veículo, Luiz Antonio respondeu que Everton não permitiu. Não soube dizer o estado em que Everton se encontrava no momento do acidente, pois ele se evadiu do local (fl. 227).

Ainda, na fase judicial, Marcelo esclareceu que quando chegou no local, Everton e Luiz Antonio estava saindo do veículo. Narrou que parou seu veículo mais a frente e foi ver o estado das vítimas do automóvel Ford/Escort, sendo que na sequência foi até o veículo Gol, quando falou com Luiz Antonio, que pediu ajuda pois estava com muita dor na perna, tendo este dito a uma amiga que pediu a Everton para dirigir o carro, mas ele não deixou. Destacou ainda que foi o responsável por chamar a polícia e que logo que o declarante chegou ao local, Everton se evadiu, de modo que não conversou com ele. Não soube informar o ponto de impacto, pois os carros estavam fora da pista, ressaltando apenas que o acidente ocorreu após uma curva, num declive (mídia de fl. 843).

A testemunha de defesa Waldir Rosin Neto, ouvido apenas em juízo, declarou que conhece Everton desde 2010 e que às vezes ele costumava beber e depois dirigir, mas em outras não. Informou ainda

que não presenciou o acidente e que também não sabe esclarecer detalhes dos fatos (mídia de fl. 843).

Por último, o testigo Renato Rosa enalteceu os predicados pessoais favoráveis ao acusado e destacou que Everton é bem querido e inclusive costumava ser o motorista dos amigos após as festas, pois não bebia (mídia de fl. 843).

Com efeito, conforme acima analisado, verifica-se que há prova suficiente da materialidade delitiva, já que a ocorrência do acidente que vitimou fatalmente Joanir Quevedo dos Santos e Silciane de Fátima Stivanin e causou graves lesões nas vítimas Eduardo Stivanin e Luiz Antonio Marchi é incontroversa nos autos.

A condução do veículo VW/Gol, causador do sinistro, naquela ocasião, é confirmada pelo próprio acusado. Resta analisar tão somente se este agiu com dolo eventual como narrado na denúncia.

Desta forma, passo a discorrer sobre alguns pontos que merecem destaque.

Primeiro, embora o acusado tenha alegado na fase policial que perdeu o controle do veículo em razão do estouro de um pneu e, posteriormente, tenha dito em juízo que derrapou na porção de areia que havia na pista, o laudo pericial de fls. 175-205 foi conclusivo no sentido de que não foram observadas marcas de derrapagem ou frenagem no local do acidente, descartando-se a hipótese de falha mecânica, pois não há marcas de pneu no asfalto próximas ao ponto de impacto. Concluiu também que a velocidade crítica do condutor do veículo VW/Gol na curva fez com que invadisse a pista contrária, colidindo frontalmente contra o veículo Ford/Escort.

Portanto, verifica-se que a assertiva do acusado foi derruída pelo laudo pericial, já que a hipótese de falha mecânica não se confirmou e também inexistem vestígios de frenagem ou derrapagem no local

da colisão, o que, ao menos por ora, dá azo a tese acusatória de que o acidente ocorreu por excesso de velocidade e embriaguez de Everton.

Por outro lado, embora a maioria das pessoas ouvidas durante a instrução processual tenham pouco contribuído para o esclarecimento dos fatos, aduzindo, em síntese, que “durante a festa Everton segurava um copo na mão, mas não posso dizer a bebida que ingeria”, o depoimento prestado por Luiz Antonio Marchi, uma das vítimas e que estava com o acusado no momento do acidente, foi esclarecedor.

Referido informante afirmou, de forma precisa, que Everton apresentava sinais nítidos de ingestão de bebidas alcoólicas e no percurso de volta dirigiu de forma imprudente o veículo, excedendo os limites de velocidade em vários pontos, tanto que pediu sucessivas vezes ao mesmo que dirigisse com mais calma e cautela. Asseverou ainda não ter dúvida de que o acidente não foi causado por falha mecânica, mas sim pelo estado de embriaguez e o excesso de velocidade imprimido por Everton.

Neste particular, vale ressaltar que embora Luiz Antonio tenha sido ouvido como informante, já que sofreu sérias lesões em decorrência do acidente, foi categórico em ressaltar que não moveu nenhum tipo de indenização cível contra o acusado, tampouco que pediu ou teve qualquer tipo de auxílio do colega nas despesas decorrentes do acidente, o que constitui fortes indicativos de que a vítima não teria motivos para falsear uma incriminação contra seu próprio amigo se este realmente não tivesse embriagado e trafegando em alta velocidade na ocasião dos fatos.

Além do mais, embora os demais participantes da festa ouvidos em juízo tenham dado a mesma versão no sentido de que Everton segurava um copo na mão mas não sabem dizer o que tinha no seu interior, restou devidamente esclarecido durante a instrução processual que durante o evento cada homem integrante de uma mesa dividida entre os amigos pagou a quantia de R\$ 150,00 (cento e cinquenta reais) referente à consumação de bebidas, que incluía vodca, água e refrigerantes. Embora

Everton tenha alegado que consumiu apenas água, pagou tal quantia em espécie ao colega Carlito, administrador da mesa, o que evidencia que, assim como todos os colegas, consumiu também vodca, pois do contrário não teria realizado um gasto tão dispendioso em poucas horas de festa, sem olvidar, não ser comum a pessoa que consome água ficar segurando o copo durante a festa da qual participa.

O próprio testigo Carlito, embora tenha dito em juízo que não controlou a bebida consumida pelo acusado, afirmou perante a autoridade policial que Everton consumiu todas as bebidas disponíveis na mesa, inclusive vodca e refrigerante, tendo confirmado na fase judicial a assinatura constante no referido termo.

Aliás, as testemunhas Pedro Henrique Pruner e Guilherme Wanka, amigos do acusado, ao serem ouvidos perante o Delegado de Polícia, destacaram o fato de que este consumia bebidas alcólicas de maneira exagerada antes de assumir a direção de seu veículo automotor.

Causa espécie todos os integrantes da mesa terem confirmado a ingestão de vodca e somente o acusado, causador do grave acidente, ter dito que ingeriu apenas água. Causa mais espécie ainda o fato de o acusado não ter permanecido no local da colisão para se submeter ao teste de bafômetro e confirmar a sua versão.

Neste aspecto, consigno que embora o acusado tenha alegado que deixou o local do acidente por medo, pois estava sendo ameaçado por populares, o testigo Jacson foi categórico em dizer que em momento algum viu Everton ser hostilizado pelos presentes, até porque os populares ainda não haviam identificado o condutor. Da mesma forma, as testemunhas Marcelo e Gabriela destacaram que o acusado saiu do local logo na sequência da colisão, quando ainda não haviam muitos populares, não havendo qualquer menção de ameaças à Everton.

Além do mais, soa estranho a alegação do acusado de que pegou carona com um desconhecido até a sua residência, o qual até hoje não

soube identificar, e que somente não quis ir ao hospital por medo e porque queria ficar perto dos pais. Se o acusado realmente estivesse lesionado da forma em que descreveu em juízo e se realmente não tivesse sob efeito de álcool, por óbvio teria comparecido ao nosocômio para o devido atendimento.

E depois, a assertiva de que somente se apresentou na delegacia de polícia na segunda-feira, isto é, dois dias após os fatos, reforça ainda mais a ideia de que efetivamente estava em elevado grau de embriaguez na ocasião dos fatos.

Consigno ainda que o fato de o acusado ter se submetido a exame clínico que resultou negativo para a presença de álcool no sangue não o isenta de sua responsabilidade criminal, em especial por todas as evidências indicarem que o acidente de trânsito foi causado pelo excesso de álcool e velocidade excessiva de Everton. Aliás, referido exame foi realizado somente no dia 16-3-2016, ou seja, quatro dias após os fatos, sendo pouco provável que ainda houvesse álcool na corrente sanguínea do acusado.

Desta forma, tais evidências e a conclusão do laudo pericial no sentido de que o acidente não foi causado por falha mecânica ou derrapagem do veículo reforçam a ideia de que o acusado, movido pelo excesso de álcool e trafegando em alta velocidade, agiu com dolo eventual e assumiu o risco de produzir a morte das vítimas Joanir Quevedo dos Santos e Silciane de Fátima Stivanin, as quais efetivamente vieram à óbito, e do menor Eduardo Stivanin, o qual, felizmente, apesar da gravidade dos ferimentos, sobreviveu e está em recuperação, tendo ainda lesionado gravemente o amigo Luiz Antonio Marchi.

Acerca do dolo eventual, retiro da doutrina de Cezar Roberto Bitencourt o seguinte excerto:

“No dolo eventual o agente prevê o resultado como provável ou, ao menos, como possível, mas, apesar de prevê-lo, age aceitando o

risco de produzi-lo. Como diz Hungria, assumir o risco é alguma coisa mais do que ter consciência de correr o risco: é consentir previamente no resultado, caso este venha efetivamente a ocorrer. Essa espécie de dolo tanto pode existir quando a intenção do agente dirige-se a um fim penalmente típico como quando dirige-se a um resultado extratípico” (Tratado de direito penal. Saraiva. 18. ed. São Paulo, 2012. p. 354).

In casu, de modo diverso do alegado pela defesa, os elementos juntados aos autos são aptos a pronunciar o agente pelos crimes descritos na denúncia, na forma do artigo 18, inciso I, do Código Penal, havendo indícios de que Everton efetivamente consentiu com o resultado lesivo.

Com efeito, o contexto fático que permeia o caso dos autos, com fortes indicativos de consumo excessivo de bebida alcoólica e alta velocidade imprimida no veículo, com direção perigosa e manobras arriscadas de ultrapassagem em locais não permitidos, demonstra a possibilidade de o agente ter consentido com o resultado lesivo, o que é suficiente para que a questão seja submetida a Júri Popular, cabendo ao Conselho de Sentença a análise do elemento subjetivo do tipo.

Além do mais, embora o acusado tenha negado o consumo de bebida alcoólica antes de assumir a direção do veículo e alegado que vinha trafegando em velocidade compatível com a via, sua versão é contraposta pela prova oral colhida ao longo da instrução criminal, em especial as declarações da vítima Luiz Antonio Marchi, caroneiro do automóvel no momento do fatídico sinistro.

Desta forma, não cabe a este juízo na fase de pronúncia analisar a fundo as provas colhidas e versões patrocinadas nos autos, tampouco contrapor e sopesar os fatos supostamente favoráveis às teses defensivas, mesmo porque subtrairia a causa do órgão competente para o julgamento dos crimes dolosos contra vida, no caso, o Tribunal do Júri.

Diante da prova colhida nos autos, afirmar se o acusado agiu com dolo eventual ou culpa consciente é tarefa que deve ser analisada pela

Corte Popular, juiz natural da causa, pois somente os jurados possuem condições de exercer a cognição exauriente e emitir um veredicto sobre os fatos apurados, a teor do art. 5º, inc. XXXVIII, alíneas “c” e “d”, da Constituição Federal.

Segundo ensinamentos de Guilherme de Souza Nucci: “A partir do momento em que o juiz togado invadir seara alheia, ingressando no mérito do elemento subjetivo do agente, para afirmar ter ele agido com *animus necandi* (vontade de matar) ou não, necessitará ter lastro suficiente para subtrair, indevidamente, do Tribunal Popular a competência constitucional que lhe foi assegurada. É soberano, nessa matéria, o povo para julgar seu semelhante, razão pela qual o juízo de desclassificação merece sucumbir a qualquer sinal de dolo, direto ou eventual, voltado à extirpação da vida humana” (NUCCI, Guilherme de Souza. Tribunal do Júri. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 88-89).

Em caso semelhante, assim decidiu o Superior Tribunal de Justiça:

“[...] PRONÚNCIA. HOMICÍDIO QUALIFICADO. DOLO EVENTUAL. DESCLASSIFICAÇÃO PARA HOMICÍDIO CULPOSO NA DIREÇÃO DE VEÍCULO AUTOMOTOR. EXAME DE ELEMENTO SUBJETIVO DO TIPO. ANÁLISE APROFUNDADA DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. COMPETÊNCIA DO CONSELHO DE SENTENÇA. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. 1. A decisão de pronúncia encerra simples juízo de admissibilidade da acusação, exigindo o ordenamento jurídico somente o exame da ocorrência do crime e de indícios de sua autoria, não se demandando aqueles requisitos de certeza necessários à prolação de um édito condenatório, sendo que as dúvidas, nessa fase processual, resolvem-se contra o réu e a favor da sociedade. É o mandamento do art. 408 e atual art. 413 do Código Processual Penal. 2. O exame da insurgência exposta na impetração, no que tange à desclassificação do delito, demanda aprofundado revolvimento do conjunto probatório, vedado na via estreita do mandamus, já que para que seja reconhecida a culpa consciente ou o dolo eventual, faz-se necessária uma análise minuciosa da conduta do paciente. 3. Afirmar se

o agente agiu com dolo eventual ou culpa consciente é tarefa que deve ser analisada pela Corte Popular, juiz natural da causa, de acordo com a narrativa dos fatos constantes da denúncia e com o auxílio do conjunto fático-probatório produzido no âmbito do devido processo legal, o que impede a análise do elemento subjetivo de sua conduta por este Sodalício. [...]” (STJ. HC 225.251/MS, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 03/09/2013, DJe 17/09/2013).

É também a Corte Catarinense, em recente julgado:

“RECURSOS EM SENTIDO ESTRITO. PRONÚNCIA PELOS CRIMES DE HOMICÍDIO, TENTADO E CONSUMADO, NA CONDUÇÃO DE VEÍCULO AUTOMOTOR E NA FORMA DO ART. 18, I, *IN FINE*, DO CÓDIGO PENAL. RECURSO DA DEFESA. PRELIMINARMENTE, SUSTENTADA NULIDADE DA SENTENÇA POR EXCESSO DE LINGUAGEM. INACOLHIMENTO. PRONUNCIAMENTO JUDICIAL QUE, NUMA ANÁLISE PERFUNCTÓRIA DOS AUTOS, INDICOU A EXISTÊNCIA DE PROVAS DA MATERIALIDADE E DOS INDÍCIOS DA AUTORIA DOS DELITOS DOLOSOS CONTRA A VIDA. MÉRITO. PRETENZA DESCLASSIFICAÇÃO DO DELITO DE HOMICÍDIO CONSUMADO PARA AQUELES PREVISTOS NO ART. 302 OU SEU § 2º, DO CÓDIGO DE TRÂNSITO E DO CRIME DE HOMICÍDIO TENTADO PARA O DE LESÃO CORPORAL CULPOSA NA DIREÇÃO DE VEÍCULO AUTOMOTOR OU ART. 129 DO CÓDIGO PENAL. RÉU QUE, EM TESE, CONDUZIA SEU VEÍCULO EM ESTADO DE EMBRIAGUEZ E EM ZIGUE-ZAGUE QUANDO ABALROOU PELAS COSTAS AS VÍTIMAS QUE PEDALAVAM NA CICLOFAIXA, LEVANDO UMA DELAS A ÓBITO E TENTANDO CONTRA A VIDA DA OUTRA. EXISTÊNCIA DE EVIDÊNCIAS QUE AMPARAM A VERSÃO ACUSATÓRIA. AUSÊNCIA DE PROVA CABAL DE QUE O AGENTE NÃO ASSUMIU O RISCO DE PRODUZIR O RESULTADO. ANÁLISE DO ELEMENTO VOLITIVO DO TIPO QUE COMPETE AO CONSELHO DE SENTENÇA. DECISÃO DE PRONÚNCIA QUE CONSTITUI MERO JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE DA ACUSAÇÃO.

REQUISITOS DO ART. 413 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL SATISFEITOS. COMPATIBILIDADE ENTRE AS FIGURAS DO DOLO EVENTUAL E DA TENTATIVA. PRECEDENTES DESTA CORTE E DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA [...] RECURSOS CONHECIDOS, AFASTADA A PRELIMINAR, DESPROVIDO O DEFENSIVO E PROVIDO PARCIALMENTE O MINISTERIAL.” (TJSC, Recurso em Sentido Estrito n. 0047684-81.2015.8.24.0023, da Capital, rel. Des. Ernani Guetten de Almeida, j. 12-07-2016).

De outro norte, também não prospera a tese de desclassificação do delito de homicídio tentado para o disposto no art. 129 do Código Penal pela alegada incompatibilidade entre o dolo eventual e a tentativa, pois, em que pese haja posicionamento diverso, entende-se pela possibilidade de coexistência de tais institutos, conforme leciona Nucci, citando Nelson Hungria, Frederico Marques e Flávio Augusto Monteiro de Barros:

“É perfeitamente admissível a coexistência da tentativa com dolo eventual, embora seja de difícil comprovação no caso concreto. É a precisa lição de Nelson Hungria: ‘Se o agente aquiesce no advento do resultado específico do crime, previsto como possível, é claro que este entra na órbita de sua volição: logo, se por circunstâncias fortuitas, tal resultado não ocorre, é inegável que o agente deve responder por tentativa’. E arremata, quanto à dificuldade probatória: ‘A dificuldade de prova não pode influir na conceituação da tentativa’ (*Comentários ao Código Penal*, v. I, t. II, p. 90). Idênticos são os posicionamentos de Frederico Marques (*Tratado de direito penal*, v. II, p. 384) e Flávio Augusto Monteiro de Barros (*Direito penal – Parte geral*, p. 238). Leciona, nesse sentido, Welzel: ‘Na tentativa o tipo objetivo não está completo. Ao contrário, o tipo subjetivo deve dar-se integralmente, e por certo do mesmo modo como tem que aparecer no delito consumado. Se, por isso, para a consumação é suficiente o dolo eventual, então também é suficiente para tentativa’ (*Derecho penal alemán*, p. 224)”. (*Código Penal Comentado*. 14^a ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2014, p. 165-166).

Diante de todo o exposto, tenho que não assiste razão a defesa quando requerer a absolvição sumária do acusado por ausência de culpa no evento danoso, ou ainda a impronúncia e readequação da capitulação feita na denúncia, com a imputação dos crimes inculpidos no art. 121, § 3º e art. 129, *caput*, ambos do CP, tampouco a aplicação da norma específica de trânsito, para que o acusado seja julgado pelos crimes inculpidos no art. 302, *caput*, do CTB, e art. 129, *caput*, do CP, já que a medida a ser tomada neste caso é a submissão de Everton Cunha ao julgamento pelo Tribunal do Júri.

Por último, anoto que o crime conexo de lesão corporal de natureza grave praticado contra a vítima Luiz Antonio Marchi também deve ser remetido à apreciação do Tribunal do Júri, nos termos do art. 78, I, do CPP, já que existem indicativos, em tese, de que o denunciado causou lesões corporais na vítima no momento em que colidiu contra o veículo Ford/Escort.

Assim, demonstrado suficientemente nos autos a existência dos crimes e os indícios de que o acusado tenha agido com dolo eventual, imperativo a pronúncia deste, nos exatos termos da denúncia.

Ante o exposto, julgo admissível a denúncia de fls. 282-287, para **PRONUNCIAR** o acusado **EVERTON CUNHA**, vulgo **“Kankinha”**, já identificado nos autos, pela prática dos crimes previstos no artigo 121, *caput* (por duas vezes), artigo 121, *caput*, c/c artigo 14, inciso II, (por uma vez), e artigo 129, § 1º, incisos I e III, (por uma vez), todos do Código Penal e, em consequência, submetê-lo ao julgamento popular, pelo egrégio Tribunal do Júri.

Diante da decisão do Tribunal de Justiça nos autos do HC n. 4001200-72.2016.8.24.0000, concedo-lhe o direito de recorrer em liberdade, uma vez que não vislumbro presentes os requisitos autorizadores da decretação de sua prisão preventiva. Todavia, mantenho as medidas cautelares estabelecidas à fl. 378.

Determino ao Cartório que atualize junto ao sistema o atual endereço do acusado, informado às fls. 878-883.

Em cumprimento ao artigo 201, § 2º do CPP, comunique-se os familiares das vítimas Joanir Quevedo dos Santos, Silciane de Fátima Stivanin e Eduardo Stivanin, bem como a vítima Luiz Antonio Marchi, da presente decisão, pela via postal.

Publique-se.

Registre-se.

Intimem-se.

Brusque (SC), 05 de setembro de 2016.

Edemar Leopoldo Schlösser
Juiz de Direito

Autos nº 0003160-98.2016.8.24.0011

Ação: Auto de Prisão Em Flagrante/PROC

Autor: Ministério Público do Estado de Santa Catarina

Acusado: Dayane de Oliveira Corrêa e outros

Vistos, etc.

ÉDIPO XUDRÉ, vulgo “**Edipinho**” brasileiro, convivente em união estável, auxiliar de produção, natural de Itajaí/SC, nascido aos 12.7.1988, com 28 anos na data dos fatos, filho de Maria das Neves Xudré e Norberto Xudré, portador do RG n. 4671818 – SSP/SC, residente na Rua 25 de Julho, n. 126, Bairro Planalto, em Brusque/SC, atualmente recolhido na Unidade Prisional Avançada local; **DAYANE DE OLIVEIRA CORRÊA**, brasileira, convivente em união estável, manicure, natural de Registro/SP, nascida em 29.3.1992, com 24 anos na data dos fatos, filha de Valdirene Muniz de Oliveira e Paulo Sérgio Corrêa, portadora do RG n. 6796845 – SSP/SC, residente na Rua 25 de Julho, n. 126, Bairro Planalto, em Brusque/SC, atualmente recolhida no Presídio Feminino de Tijucas/SC; **ROBSON SILVA SOUSA**, vulgo “**Robinho**”, brasileiro, convivente em união estável, marceneiro, natural de Pariqueira Açu/SP, nascido aos 2.8.1984, com 31 anos na data dos fatos, filho de Vilta Gomes da Silva Sousa, inscrito no CPF n. 367.599.628-00, residente e domiciliado na Avenida João Abel, n. 531, casa, fundos, bairro Jardim Icaraíba, Peruíbe/SP, telefone n. (13) 99612-7540; e **JEFERSON DOS ANJOS SILVA**, brasileiro, convivente em união estável, desempregado, natural de Foz do Iguaçu/PR, nascido aos 20.1.1997, com 19 anos na data dos fatos, filho de Cleuza dos Anjos e José Vieira da Silva, portador do RG n. 7403377 – SSP/SC, residente na Rua José Pereira, n. 30, fundos, Bairro Nova Brasília, em Brusque/SC, atualmente recolhido na Unidade Prisional Avançada local, foram denunciados pelo Ministério Público pela prática dos crimes previstos nos artigos 33, *caput*, e 35, *caput*, ambos da Lei 11.343/2006, porque segundo a denúncia, *in verbis*:

“Segundo consta do incluso Auto de Prisão em Flagrante, diversas denúncias foram recebidas pelo Departamento de Investigações Criminais (DIC) da Polícia Civil desta cidade, dando conta da prática do crime de tráfico de drogas nesta cidade, Bairro Planalto, na residência situada na Rua 25 de Julho, n. 126, conhecida como “casa do Edipinho”.

‘Após as denúncias anônimas, o Departamento de Investigações Criminais desencadeou, sob o comando da Autoridade Policial, uma complexa investigação a fim de verificar a veracidade das informações, assim como identificar a autoria dos crimes, chegando aos nomes dos denunciados ÉDIPO XUDRÉ, DAYANE OLIVEIRA CORRÊA, JEFERSON DOS ANJOS SILVA e ROBSON SILVA SOUSA.

‘O denunciado ÉDIPO e a denunciada DAYANE são companheiros e habitavam a mesma residência onde a atividade ilícita era desenvolvida, no endereço indicado acima.

Já ROBSON é irmão de DAYANE e cunhado de ÉDIPO, além de subordinado destes no esquema criminoso, habitando outra residência, mas ficando encarregado da entrega das drogas que eram encomendadas pelo sistema disque entrega, o que realizava geralmente com sua motocicleta, a pedidos de seus superiores.

‘É pacífico que a única atividade desenvolvida pelos denunciados era o comércio espúrio de entorpecentes, pois ficou comprovado ao longo das investigações que nenhum deles possuía atividade laborativa lícita ou qualquer outro vínculo empregatício, apesar de Édipo ter montado um salão de beleza para a companheira Dayane, e onde esta alega trabalhar, estando todos a disposição dos clientes para realizar a venda e entrega de drogas a hora que fosse necessário.

‘Anota-se que era ÉDIPO quem chefiava o grupo criminoso, adquirindo os entorpecentes, estocando-os, distribuindo-os entre os subalternos para venda, fracionado-os e embalando-os, e até mesmo vendendo diretamente aos usuários, seguido por sua companheira DAYANE, a qual era seu braço direito e também coordenava os trabalhos do narcotráfico, assim como estocava os entorpecentes em sua residência e negociava venda e entrega dos psicotrópicos com os usuários pessoalmente e por telefone.

Já ROBSON, por seu parente de ÉDIPO e DAYANE, integrava a associação criminosa juntamente com eles e desempenhava as funções de “funcionário” da dupla, atendendo às ordens destes e realizando as mais diversas tarefas, como venda e entrega de drogas aos usuários.

‘Todavia, depois de um período trabalhando para o casal, o denunciado ROBSON deixou as atividades criminosas e retornou para o Estado de São Paulo, sendo então substituído pela pessoa do denunciado JEFERSON, que passou a agir sob as ordens do casal, desempenhando as mesmas funções do “funcionário” anterior, fazendo contato, venda e entregas de drogas.

‘Do que se extrai dos autos, os denunciados estavam associados para desempenhar única e exclusivamente o comércio espúrio de entorpecentes, o qual faziam diuturnamente, em horários e locais diferentes, começando pela residência do “chefe” do grupo, bem como nos locais desejados pelos clientes.

‘Ressalta-se que ROBSON e JEFERSON não moravam na residência onde o narcotráfico acontecia, apenas laboravam para o referido casal, todavia fazendo suas funções nas ruas e demais locais.

‘Enfatiza-se que várias negociações espúrias foram interceptadas pela equipe de investigação da Polícia Civil, sendo que em todas elas os usuários portavam drogas consigo e confirmaram terem adquirido dos denunciados (vide fls. 30/31, 35/38, 42/46 e 49/54).

‘Além disso, as transcrições das interceptações telefônicas são claras em demonstrar que eram os denunciados as pessoas que utilizavam os ramais que se encontravam “grampeados”, e que através destes numerais contactavam uns aos outros e eram contactados pelos usuários que queriam fazer encomendas ou buscar drogas na residência onde os traficantes atuavam (vide fls. 67/83, 88/89, 98/138 e 144/150).

1Nota-se que a organização criminosa foi montada com a unida finalidade de vender drogas, e estava bem organizada e com divisão de tarefas entre eles, sendo que o liame subjetivo existente entre os denunciados ÉDIPO, DAYANE, ROBSON e JEFERSON é evidente,

estando um a favor do outro, na busca por uma prática em comum, o tráfico de drogas.

‘Derradeiramente, verifica-se que no dia 28 de julho de 2016, por volta das 15h, os agentes civis e militares cumpriram os mandados de busca na residência dos denunciados ÉDIPO e DAYANE, local onde lograram êxito em apreender uma balança de precisão e dois aparelhos de telefone celular, um marca Iphone e outro Motorola, bens utilizados para dar andamento à atividade ilícita por eles realizada (vide Termo de Apreensão de fls. 158/160).

‘Concomitantemente foi cumprido mandado de busca e apreensão na residência do denunciado JEFERSON, local em que foram apreendidos três pinos da substância conhecida como “cocaína”, sendo dois cheios e um vazio, as quais já estavam fracionadas e embaladas individualmente para a venda, além de um aparelho de telefone celular, marca Samsung, e R\$ 900,00 (novecentos reais) em espécie, dividido em muitas notas de menor valor, fruto da atividade proibida desenvolvida por ele e pelos comparsas, tudo descrito no Termo de Apreensão de fls. 158/160.

‘Na mesma ocasião também foram cumpridos os mandados de prisão em desfavor dos denunciados, com exceção de ROBSON, o qual se encontra em local incerto e desconhecido na cidade de São Paulo/SP.

‘As substâncias apreendidas foram submetidas a exame pericial preliminar (vide fl. 166), que constatou se tratar da droga conhecida como cocaína, que possui em sua composição substâncias capazes de causar dependência física e psíquica, de uso proscrito em todo o território nacional, por força da Portaria n. 344/98 da Secretaria de Vigilância Sanitária/MS e subseqüentes alterações.

‘Dessa forma resta claro que os denunciados ÉDIPO, DAYANE, ROBSON E JEFERSON, associados entre si, praticaram o tráfico de drogas, cada um desenvolvendo sua função dentro da associação criminosa que integravam, adquirindo, transportando, guardando, preparando, vendendo, expondo à venda, oferecendo, trazendo consigo, tendo em depósito e entregando a consumo drogas ilícitas, em desacordo com a determinação legal.”

Após a conclusão de interceptação telefônica deferida por este juízo, apontando para o envolvimento dos acusados na prática dos crimes de tráfico de drogas e associação para o tráfico, a Autoridade Policial representou pela decretação da prisão preventiva de Édipo, Dayane e Robson, e realização de busca e apreensão domiciliar nas residências dos dois primeiros e de Jeferson, cujas medidas foram deferidas e cumpridas no dia 28-7-2016, ocasião em que Dayane, Édipo e Jeferson foram autuados em flagrante delito (autos em apenso).

Com a remessa dos autos, este juízo homologou o auto de prisão em flagrante e converteu a prisão de Jeferson em preventiva, mantendo as prisões de Dayane e Édipo anteriormente decretadas (fls. 181-184).

A denúncia veio acompanhada pelo auto de prisão em flagrante e foi oferecida em 5-8-2016 (fls. 204-210).

Nos termos do art. 55, da Lei n. 11.343/06, em 8-8-2016, este Juízo determinou a notificação dos denunciados (fl. 215), sendo Édipo, Jeferson e Dayane notificados, respectivamente, às fls. 232; 239; 344, dando-se por suprida a notificação de Robson, que compareceu aos autos por meio de defensores constituídos.

Formulado pedido de revogação da prisão preventiva do acusado Robson (fls. 241-246), este obteve manifestação Ministerial desfavorável (fls. 259-261), mas foi deferido pelo juízo, mediante o cumprimento de medidas cautelares diversas da prisão (fls. 266-267), sendo o denunciado liberado provisoriamente no dia 22-8-2016 (fls. 305-306).

Os acusados Édipo, Dayane e Robson apresentaram resposta à acusação e documentos por meio de defensores constituídos, alegando em matéria preliminar a nulidade da interceptação telefônica e nulidade das informações colhidas via *whatsapp* sem autorização judicial. No mais, se reservaram ao direito de versar sobre o mérito em sede de alegações finais (fls. 272-300).

Por sua vez, o acusado Jeferson apresentou resposta à acusação por meio da Defensoria Pública, se reservando ao direito de versar sobre o mérito em sede de alegações finais, requerendo ainda a adequação do rol testemunhal da acusação, além da revogação de sua prisão preventiva ou substituição por medidas cautelares (fls. 361-365), cujos pleitos foram indeferidos (fls. 443-445).

A defesa de Dayane formulou pedido de revogação de sua prisão preventiva ou conversão em prisão domiciliar (fls. 320-328), o qual foi indeferido por este juízo (fls. 350-352).

Impetrada ordem de *habeas corpus* em favor da acusada, esta foi denegada por votação unânime da Quarta Câmara Criminal, em julgamento realizado no dia 22-9-2016.

A ordem de *habeas corpus* impetrada ao Superior Tribunal de Justiça ainda pende de julgamento.

Afastadas as prefaciais arguidas pela defesa, a denúncia foi recebida em relação à Édipo, Dayane e Robson em 24-8-2016 e, em relação à Jeferson em 12-9-2016, designando-se audiência de instrução e julgamento para o dia 19-10-2016, às 13:30 horas (fls. 309-311; 393).

Durante a instrução processual, foram interrogados os acusados e ouvidas dezoito testemunhas, sendo nove da acusação e nove da defesa, havendo desistência de uma arrolada pela acusação. Ao final, os acusados ratificaram seus interrogatórios (fls. 524-525).

Em alegações finais, por memoriais, a acusação entendeu que restaram comprovadas a materialidade dos delitos, a autoria e culpabilidade dos acusados, e requereu a condenação de todos nos termos da denúncia (fls.571-598).

A defesa de Édipo, Dayane e Robson, por sua vez, aventou em matéria preliminar a nulidade da interceptação telefônica, inépcia da denúncia em relação ao delito tipificado no artigo 35 da Lei n.

11.343/2006, e nulidade das provas obtidas por meio da extração de dados e conversas privadas em redes sociais, sem prévia autorização judicial. No mérito, sustentou a ausência de provas aptas à erigirem as condutas típicas imputadas aos acusados Robson e Dayane, requerendo a absolvição de ambos por fragilidade probatória. De forma alternativa, requereu o reconhecimento do tráfico privilegiado e a substituição da pena corporal por restritivas de direitos. Com relação ao acusado Édipo, requereu o afastamento da associação para o tráfico em razão da inépcia da denúncia e, via de consequência, a aplicação da causa de diminuição de pena referente ao tráfico privilegiado e a substituição da pena corporal por restritivas de direitos, além do reconhecimento da atenuante da confissão espontânea. Postulou, ao final, pela revogação das prisões preventivas de Édipo e Dayane (fls. 614-637).

O Defensor Público, nos interesses da defesa do acusado Jeferson, requereu a absolvição deste quanto ao crime de tráfico, por ausência de correlação dos fatos com os termos da acusação, sob o argumento de que as drogas eram destinadas ao uso próprio. De forma subsidiária, requereu a desclassificação para o delito previsto no artigo 28 da Lei n. 11.343/2006, ou ainda, o reconhecimento do tráfico privilegiado. Com relação ao crime de associação para o tráfico, requereu a absolvição do acusado, por ausência de provas da autoria delitiva. Alternativamente, postulou pelo reconhecimento da participação de menor importância. Ao final, requereu a fixação da pena no mínimo legal e o reconhecimento da atenuante da confissão espontânea, bem como o regime aberto para início de cumprimento (fls. 638-644).

Antecedentes criminais certificados às fls. 176-180; 190; 203; 223-224; 337; 406-410; 412; 515-522; 645-652.

Vieram os autos conclusos para decisão em gabinete.

Relatados, decido.

Imputa-se aos acusados Édipo Xudré, Dayane de Oliveira Corrêa,

Robson Silva Souza e Jeferson dos Anjos Silva a prática dos crimes de tráfico de entorpecentes e associação para o tráfico, capitulados respectivamente nos artigos 33, *caput*, e 35, *caput*, ambos da Lei n. 11.343/06.

A materialidade dos delitos está comprovada pelos boletins de ocorrência (fls. 3-4; 35; 42-43; e 49-50), autos de apreensão (fls. 38; 46; e 54), termo de apreensão (fls. 158-160), laudo de constatação preliminar (fl. 166), e laudos periciais definitivos (fls. 537-539 e 542-544). A autoria, por seu turno, encontra conforto na prova oral coletada ao longo da instrução criminal, relatório de interceptação telefônica (fls. 65-83), relatórios de investigação (fls. 96-140; 144-150), apreensão de substâncias entorpecentes, balança de precisão, aparelhos telefônicos e valores em espécie em poder dos acusados, e demais elementos de convicção que afloram aos autos.

Na fase policial, o acusado Édipo Xudré, vulgo “Edipinho”, se reservou ao direito de permanecer em silêncio (fl. 11).

Por ocasião do seu interrogatório em juízo, o acusado confirmou a apreensão da balança de precisão, no salão de sua esposa. Confessou que realmente vendia drogas, somente cocaína, há pelo menos um ano antes de ser preso. Disse que a droga era vendida em cápsula, pelo valor de R\$ 50,00 a unidade. Aduziu que adquiria os entorpecentes, cerca de cinquenta gramas, em Itajaí/SC, de um fornecedor que não sabe identificar, em uma praça, sempre nas quartas-feiras, sendo que o próprio interrogando fazia a divisão da droga em cápsulas de um grama cada. Declarou que pagava mil reais por cinquenta gramas e vendia cada grama por cinquenta reais. Esclareceu que atendia os usuários pelo telefone e realizava as entregas nos pontos combinados, utilizando-se de seu veículo. Negou o envolvimento de sua esposa, aduzindo que Dayane ficava em casa cuidando do filho e atendendo as clientes do salão, anexo à residência. Alegou que a balança de precisão apreendida pela polícia era utilizada por Dayane para pesar os

produtos de cabelo. Asseverou que Dayane não ajudava na venda, divisão ou distribuição da droga. Confirmou que era associado com Jeferson para o exercício do tráfico há cerca de um mês antes da prisão. Com relação à Robson, aduziu que este é seu cunhado (marido da irmã de Dayane) e morou por um tempo na sua residência, pois veio até Brusque/SC para procurar um emprego, contudo, durante este período, não o ajudou na venda de drogas. Ainda, no tocante à associação com Jeferson, esclareceu que “a cada vinte que ele vendia, ele ganhava seis, né!”, não tendo o associado qualquer participação nas vendas realizadas pelo interrogando. Mencionou que é de seu conhecimento que no dia da abordagem policial, foram apreendidas três cápsulas em poder de Jeferson, todavia aquele dia o interrogando não havia lhe entregado drogas, pois o abastecimento era feito quando as cápsulas terminavam. Informou ainda que vendia cerca de seis porções de cocaína por dia. Negou a venda de outros tipos de droga, dizendo que comercializava exclusivamente cocaína, droga da qual é usuário. Esclareceu também que além da venda de drogas, exercia labor lícito em uma empresa, onde inclusive foi detido pela polícia no dia da operação. Afirmou que Jeferson é usuário de cocaína, mas antes de se associarem, ele nunca havia comprado drogas do interrogando. Disse que embora traficasse há um ano, somente no último mês arrumou um parceiro para lhe auxiliar na venda das drogas, e que antes fazia tudo sozinho. Ao visualizar as imagens de fls. 23-24, disse que se tratam de mensagens trocadas entre o interrogando e Jeferson, pois às vezes, quando acabava a bateria de seu celular, utilizava o da esposa Dayane, a qual possui um salão de beleza há cerca de três ou quatro anos (mídia de fls. 524-525).

A acusada Dayane de Oliveira Corrêa igualmente permaneceu em silêncio na fase policial (fl. 16).

Na fase judicial, Dayane negou o exercício do tráfico de drogas e disse que está casada com Édipo há cinco anos. Narrou que no dia da abordagem policial, chegou em casa, quando “soube de tudo” e da

apreensão da balança de precisão, a qual era utilizada pela interroganda no salão de beleza. Disse que Édipo começou a vender drogas no início do mês de abril de 2016, comercializando apenas cocaína. Não soube dizer quem era o fornecedor do marido ou a forma que este vendia e comprava os entorpecentes. Alegou que Édipo era o responsável pelo preparo da droga, e que nunca teve qualquer participação. Negou a venda de drogas e disse que não concordava com a atividade ilícita do marido, sendo que inclusive pediu várias vezes para ele parar de traficar. Afirmou que conhecia Jeferson, pois este trabalhou com Édipo em uma empresa de confecções, todavia não tinha conhecimento que os dois vendiam drogas juntos. Negou o envolvimento de seu cunhado Robson no tráfico de drogas, não sabendo dizer por que ele foi denunciado nestes autos, já que veio de São Paulo para Brusque/SC para arrumar um emprego. Não soube dizer se no período em que o cunhado morou em sua residência, ele atendia o telefone ou usuários, pois a interroganda estava trabalhando no salão. Esclareceu que Édipo não vendia drogas no imóvel do casal, mas apenas via sistema disque-entrega, sendo que a interroganda nunca fez qualquer entrega ilícita para o marido. Confirmou que estava fazendo aula prática na autoescola antes de ser presa, no período da tarde e que era levada até o local das aulas pelo cunhado Robson. Disse que seu salão de beleza era pequeno no início, mas depois foi aumentando a clientela, e que a última reforma foi realizada em 2014. Ao final, negou que o movimento no salão diminuiu em razão de a interroganda parar de atender as clientes para entregar cocaína (mídia de fls. 524-525).

Por sua vez, o acusado Robson da Silva Souza disse à autoridade policial que veio para Brusque/SC apenas para trabalhar como marceneiro e realizou fichas na agência Degraus do Sucesso, tendo a possibilidade de trabalhar em três empresas da cidade. Esclareceu que ao chegar em Brusque, morou na casa de Édipo e Dayane, pois convive em união estável com Letícia, irmã desta. Aduziu que durante o mês de junho, participou de algumas entrevistas de emprego, mas não obteve êxito, razão pela qual retornou à São Paulo (fl. 506).

Perante este juízo, Robson disse que veio residir em Brusque/SC no início do mês de julho de 2016, permanecendo por um mês e uma semana na casa de Édipo e Dayane. Esclareceu que veio sozinho, para procurar emprego, sendo que durante o período em que permaneceu na cidade, não se envolveu com o tráfico e não tinha participação nas atividades do concunhado. Afirmou que atendeu uma ligação no telefone de Édipo, todavia não se recorda teor da conversa. Aduziu que não foi procurado por Édipo para se associar a ele. Não soube dizer o tipo de entorpecente comercializado pelo concunhado, pois sequer conhece droga. Esclareceu que no período em que residiu com Édipo, este trabalhava em uma fábrica de talhação próxima à FIP, enquanto que Dayane trabalhava em seu salão, que ficava ao lado da residência do casal. Disse que já tinha ido embora para São Paulo quando tomou conhecimento do mandado de prisão em seu desfavor, razão pela qual retornou para Brusque e se apresentou, negando ter se evadido em razão do tráfico. Mencionou ainda que durante o período em que residiu com o casal, levava a cunhada Dayane na autoescola, pois ela estava aprendendo a dirigir, todavia nunca realizou entrega de drogas na sua companhia (mídia de fls. 524-525).

Por sua vez, o acusado Jeferson dos Anjos Silva declarou em seu interrogatório prestado no auto de prisão em flagrante que é dependente químico há anos, fazendo uso diário de cocaína. Disse que conheceu Édipo há aproximadamente dois anos, quando trabalharam juntos na empresa DK Confeccões, sendo que naquela época Édipo já era um conhecido traficante de cocaína, de quem o interrogando comprou drogas inúmeras vezes, pagando sempre R\$ 50,00 a unidade. Esclareceu que o traficante nunca vendeu porções menores, pois visava somente usuários de maior poder aquisitivo, e que após certo tempo, ele se desligou da empresa, mas mantiveram contato, até porque continuou comprando drogas dele. Aduziu que se afastaram por um período, mas voltaram a se encontrar recentemente e, como o interrogando estava desempregado

e sem dinheiro para manter o vício, Édipo propôs que trabalhasse para ele, entregando pinos de cocaína aos usuários, recebendo como forma de pagamento três pinos de cocaína a cada dez pinos vendidos. Confirmou que desde então, o interrogando realizou inúmeras vendas ilegais a mando de Édipo, quando também recolhia os R\$ 50,00 de cada porção vendida e no dia seguinte depositava diretamente na conta bancária dele, pois o traficante não queria deixar evidente o comércio ilegal. Esclareceu que falava diretamente com Édipo, seja indo na casa dele, via telefone e principalmente pelo *whatsapp*, onde geralmente recebia as ordens. Afirmou que se reportava à Édipo e eventualmente à Dayane, que determinavam como o interrogando deveria proceder e onde entregar a droga. Na oportunidade, autorizou o acesso ao seu celular e a extração de conversas mantidas com Édipo e Dayane na noite anterior, sobre entrega de drogas. Informou ainda que quando acabava as porções de cocaína, o interrogando contatava Édipo, que lhe entregava mais entorpecentes, tendo lhe entregue na última segunda-feira vinte e seis pinos, sendo que já havia vendido praticamente tudo e usado algumas porções. Ao final, se declarou arrependido e afirmou que apenas aceitou realizar as atividades ilegais para Édipo para manter o vício e sequer auferiu lucro (fls. 21-22).

Sob o crivo do contraditório, Jeferson confirmou a apreensão de dois pinos de cocaína e novecentos reais em espécie em seu poder. Confessou o envolvimento com o tráfico de drogas há vinte dias antes de ser preso, quando saiu de seu emprego. Disse que já conhecia Édipo, pois trabalhavam juntos na DK Confecções e, ao perder o emprego, ele o convidou para vender drogas, tendo acordado que a cada dez pinos de cocaína vendidos, o interrogando receberia três como forma de pagamento. Aduziu que não revendia as drogas, mas apenas entregava aos usuários de Édipo, com a motocicleta do interrogando. Esclareceu que cobrava pelas porções vendidas, cerca de quatro ou cinco por dia, e depois prestava contas ao chefe. Alegou que as três pedras que recebia utilizava para consumo próprio. Mencionou ainda que vendia drogas

apenas para Édipo, não trabalhando para outros traficantes. Afirmou que atendeu alguns clientes pelo telefone, embora não tenham acordado isso no início. Disse que geralmente marcavam um local para entrega das drogas, mas não vem ao caso. Negou auxiliar Édipo no preparo e estocagem das substâncias, dizendo que já recebia os pinos prontos para entrega. Negou o envolvimento de Dayane, aduzindo que inclusive não sabe por que ela está presa. Com relação à Robson, disse nada ter a informar, pois não mantinham qualquer vínculo. Mencionou que Édipo e Dayane não frequentavam a sua casa, mas o interrogando frequentava a casa deles. Asseverou que vendiam apenas cocaína. Confirmou que quando trabalhava na DK Confeções já era usuário, mas não comprava drogas de Édipo. Ao ser questionado por que prestou tal informação na fase policial, respondeu que nada tem a declarar. Ao ser questionado se em algumas vezes a esposa de Édipo também lhe mandou mensagens dizendo para quem deveria entregar as drogas, respondeu que nada tem a declarar. Disse que conversava “conversas normais” com Dayane, nada relacionado às drogas. Todavia, depois aduziu que a mensagem encontrada no celular do interrogando foi a única que ela lhe mandou sobre a venda de drogas em todo o período que trabalhou para Édipo, não tendo como negar isso, pois há prova, mas que Dayane tem seu salão de beleza e não se envolvia com o tráfico (mídia de fls. 524-525).

O Delegado de Polícia Alex Bonfim Reis, ouvido apenas em juízo, disse que há pelo menos cinco anos já vem recebendo denúncias informais quanto ao exercício do tráfico de drogas por parte de Édipo. Narrou que a operação nestes autos durou cerca de um mês, a partir de denúncias formalizadas quanto ao exercício do comércio ilícito por parte de Édipo e alguns familiares, sendo que após a realização de interceptação telefônica autorizada judicialmente e outras diligências, conseguiram comprovar que o acusado traficava principalmente cocaína, em pinos, o que chamou muito a atenção pois tal prática é incomum na cidade. Disse que se comprovou ainda que Édipo estava associado à esposa, ao

cunhado e à terceira pessoa, sendo o primeiro o principal responsável pela aquisição e transporte da droga e, com o apoio de Dayane, realizava o disque-entrega. Todavia, com base nas interceptações, foi possível verificar que ele passou a deixar tal tarefa a terceiros, sendo que num primeiro momento Édipo e Dayane eram responsáveis pela distribuição, junto com o próprio cunhado e, posteriormente, quando o cunhado foi embora para São Paulo, essa função passou a ser dividida com Jeferson, mas aos poucos Édipo e a esposa foram se afastando, deixando tal trabalho principalmente com o subalterno. Destacou que segundo informações prestadas por Jeferson, Édipo traficava muito e tinha um volume intenso de vendas e, conforme ele próprio costumava se gabar, vendia apenas grandes quantidades e valores mais altos, os quais eram transferidos para a conta bancária do acusado para ele não ficar com esse dinheiro a mostra. Afirmou que durante o período em que permaneceu nesta cidade, as transcrições telefônicas são bem claras no sentido de que Robson estava envolvido no tráfico e não só fazia entregas a pedido de Édipo como também levava informações de usuários. Mencionou ainda que após certo tempo, Édipo começou a se preocupar com a possibilidade de interceptação telefônica e passou a se comunicar com os associados via *whatsapp*. Mas, em virtude de algumas ligações e alguns usuários mais frequentes, a polícia conseguiu interceptar algumas vendas. Disse que vários usuários foram abordados e apenas um deles, que trabalha na Renault acabou negando que tenha adquirido a droga de Dayane, mas a interceptação telefônica mostra claramente a chamada feita do telefone dele para o ramal de Édipo, pedindo droga. Não soube dizer a localização exata em que a balança de precisão foi apreendida, apenas que foi na residência do casal. Esclareceu que não chegou a presenciar nenhuma venda por parte de Dayane ou Robson, até mesmo porque essa função era atribuída aos agentes do depoente, que realmente acompanhavam e, se fosse o caso, abordavam os usuários. Com relação à Jeferson, declarou que este entrou no esquema pouco tempo depois da saída de Robson, cerca de vinte dias ou um mês antes da prisão dos acusados.

Asseverou que no curso das investigações, foi possível concluir de forma efetiva a participação dos quatro no esquema criminoso, pois as próprias conversas, interceptações telefônicas e depoimentos dos usuários não deixam dúvidas de que todos tiveram envolvimento na narcotraficância. Arrematou, dizendo que Édipo trabalhava principalmente no sistema de disque-entrega e evitava vender drogas em sua residência, até porque Dayane tinha um salão no local e não queriam chamar a atenção da vizinhança (mídia de fls. 524-525).

O policial civil Gilson da Costa Carvalho declarou nas duas fases processuais que já tinha conhecimento informal quanto ao exercício do tráfico de drogas por parte de Édipo e familiares há cerca de seis meses antes dos fatos, contudo a investigação apenas se desencadeou quando foram procurados por algumas testemunhas que aceitaram colocar seus depoimentos em termos, descrevendo como funcionava o esquema de vendas. Esclareceu que fizeram alguns pedidos ao Poder Judiciário, que foram atendidos, razão pela qual deram continuidade das investigações. Narrou que, inicialmente, Édipo fazia as vendas na sua própria casa, atendendo usuários mais conhecidos no interior do imóvel e outros na parte de fora. Posteriormente, constataram que a esposa Dayane também tinha participação no esquema, bem como o próprio cunhado, sendo que as entregas que Édipo não poderia fazer, ficavam como incumbência de Robson. Todavia, durante as investigações, Robson retornou para São Paulo, quando então Jeferson foi aliciado para efetuar as vendas, pois Édipo não tinha mais quem fizesse as entregas. Informou que Édipo não podia realizar algumas entregas, pois começou a trabalhar em uma empresa têxtil, no bairro Planalto, durante as investigações. Mencionou que segundo apurado, os usuários entravam em contato com Édipo, o qual, via *whatsapp*, geralmente, contatava Jeferson. Quando este não tinha área de celular ou crédito, aquele efetuava uma ligação e passava as coordenadas da entrega da droga. Destacou que os usuários e pontos de encontro já eram conhecidos do traficante, razão pela qual eles não

deixavam claro nas ligações o local em que a droga deveria ser entregue, mas apenas via *whatsapp*, para a polícia não ter conhecimento. Afirmou que no final da investigação, um usuário efetuou algumas ligações e, uma delas foi atendida por Dayane, a qual informou que o entregador já estava a caminho, sendo que já tinham conhecimento de quem seria o usuário e o ponto de transação, pelo que realizaram o monitoramento e flagraram Jeferson entregando a droga e Dayane intermediando. Destacou não ter menor dúvida quanto ao envolvimento de Dayane, Jeferson e Robson no esquema. Relatou ainda que em certa oportunidade, flagraram a acusada, na condução de um Renault/Duster, realizando uma entrega para um usuário que estava no veículo GM/Astra. Disse ter sido o responsável pelo cumprimento dos mandados na residência de Édipo, onde encontraram apenas uma balança de precisão, no salão de beleza de Dayane. Confirmou que segundo informações obtidas por meio da interceptação, alguns pagamentos de droga pelos usuários foram feitos inclusive por meio da máquina de cartão de crédito que Dayane possuía no salão. Esclareceu que os acusados negaram o tráfico no dia das prisões, mas vários usuários foram abordados e confirmaram ter adquirido drogas do grupo. Asseverou que Édipo tinha uma venda muito boa e lucro alto, o que pode se verificar pelo seu estilo de vida e sua casa. Afirmou ter sido o responsável pela filmagem da entrega de droga realizada no dia 17 de junho, em frente ao Colégio Feliciano Pires, sendo que conforme informação do usuário e da própria Dayane na ligação interceptada, a acusada estava no interior do veículo Duster naquela ocasião, todavia não foi possível filmá-la. Com relação à Robson, informou que o declarante, pessoalmente, não o flagrou realizando nenhuma entrega de droga. Informou ainda que Jeferson havia ingressado recentemente no esquema, no período entre o retorno de Robson para São Paulo e o final da investigação. Asseverou que durante o monitoramento, ficou claro a venda de cocaína em pinos, não sabendo informar se o grupo negociava outros tipos de droga. Concluiu, dizendo que Édipo era o cabeça do esquema, mas ficou claro e evidente que os quatro acusados tinham participação no tráfico de drogas (fls. 5-6; mídia de fls. 524-525).

No mesmo sentido as declarações do policial civil Guilherme Simon, o qual declarou nos autos que já haviam comentários quanto ao tráfico de drogas por parte de Édipo há cerca de um ano, mas não tinham nenhuma informação relevante ou algum depoimento “no papel”. Esclareceu que com o desencadeamento das investigações, o delegado de polícia postulou pela interceptação telefônica dos ramais de Édipo, sua esposa e cunhado, sendo que durante o monitoramento, constataram que realmente ocorria o tráfico de drogas por parte dessas pessoas. Disse que foram realizadas campanhas, nas quais usuários foram abordados saindo da residência de Édipo ou em locais que eles marcavam o ponto de entrega. Afirmou que o grupo negociava cocaína em pinos, no valor de R\$ 50,00 a porção, sendo a venda do entorpecente realizada por meio do disque-entrega, ou aos usuários conhecidos, na própria residência do acusado. Destacou que inicialmente, algumas entregas eram realizadas por Robson e, depois que este retornou para São Paulo, Jeferson assumiu o posto. Mencionou que o pagamento das drogas era feito em dinheiro, mas segundo apurado, dois usuários que adquiriram o entorpecente na residência do casal, pagaram por meio da maquininha de cartão de crédito que Dayane possuía no salão de beleza. Confirmou que Dayane também tinha envolvimento no esquema, mas não sabe muitos detalhes de sua participação, pois o policial Gilson ficou responsável pelo monitoramento da maior parte dos ramais. Esclareceu ter sido o responsável pelo cumprimento do mandado na casa de Jeferson, onde foram encontrados dois pinos, um cheio e o outro pela metade, com a substância semelhante à cocaína, além de um pino vazio, não se recordando se houve apreensão de dinheiro. Destacou que realizaram a abordagem de vários usuários, os quais confirmaram ter adquirido drogas de Édipo, sendo que o declarante realizou pessoalmente a abordagem de um indivíduo que estava na condução de um veículo Saveiro e havia recém saído da residência do traficante, tendo confirmado a compra de droga do acusado. Informou ainda que analisou as imagens de outra venda feita a um garçom de um restaurante japonês, o qual sempre encomendava drogas de Édipo, sendo que naquela oportunidade

Jeferson foi o responsável pela entrega. Mencionou também que não realizou nenhuma filmagem ou abordagem com relação à Dayane e Robson (fls. 7-8; mídia de fls. 524-525).

Na fase policial (cujo depoimento foi confirmado em juízo), Guilherme destacou também que Édipo possui um cliente habitual chamado Alex Jeske, o qual, em determinado dia, ligou para o ramal telefônico n. (47) 9126-0703, do acusado, sendo que Dayane atendeu a chamada e disse que seu “funcionário” iria fazer a entrega da droga, pelo que realizaram monitoramento e, em seguida, Alex foi abordado, sendo localizado em seu poder um pino contendo substância semelhante à cocaína (fls. 7-8).

O policial militar Marcos Antonio de Paula Cordeiro, ao ser ouvido em juízo, confirmou seu depoimento prestado no auto de prisão em flagrante e disse que há mais de dois anos a PM já tinha informações quanto ao exercício do tráfico por parte de Édipo, sendo que foram juntando as informações até a realização do procedimento junto com a DIC. Esclareceu que participou de alguns monitoramentos junto com a polícia civil, e também da abordagem de um usuário no bar Marechal, o qual telefonou para Édipo e o acusado e a esposa foram os responsáveis pela entrega da droga. Destacou que não realizaram a abordagem no ato da transação, pois ocorreu dentro do estacionamento do bar, todavia o depoente e o policial Gilson visualizaram a entrega e inclusive eles usaram uma porção dentro do carro. Informou que segundo denúncias, o salão de beleza de Dayane foi montado com o dinheiro do tráfico, para ser utilizado como fachada de que o casal trabalhava. Afirmou ainda que segundo apurado, algumas entregas foram realizadas por Dayane, no próprio salão, sendo de conhecimento do declarante que algumas clientes deixaram de frequentar o local em razão do exercício do tráfico no estabelecimento. Mencionou ter acompanhado o cumprimento do mandado na residência de Jeferson, o qual entrou no esquema depois que Robson retornou para São Paulo. Que no local, foram apreendidos drogas e dinheiro, e no início,

Jeferson negou o tráfico, mas depois acabou assumindo que trabalhava com Édipo. Declarou que na casa de Édipo, foram apreendidos apenas celulares e uma balança de precisão, todavia o declarante não participou da diligência. Afirmou que os quatro acusados tinham envolvimento no tráfico e, inclusive em certa oportunidade, Édipo estava numa boate e recebeu a ligação de um usuário, ao que informou que não poderia realizar a entrega, mas que Robson faria, pelo que ligou para este e indicou o local em que a droga estava escondida, determinando que realizasse a entrega. Asseverou que Édipo era o cabeça do esquema. Narrou que em uma das entregas, Dayane estava na autoescola, quando Édipo recebeu uma ligação de um usuário e disse que ela faria a entrega, pelo que realizaram o monitoramento e viram o momento em que a acusada saiu da autoescola, entrou num veículo Renault/Duster e entregou a droga nas proximidades do Colégio Feliciano Pires. Disse não ter dúvidas de que Dayane era quem dirigia o carro naquela ocasião. Com relação à Robson, informou não ter presenciado nenhuma transação. Ainda, no tocante ao cumprimento do mandado de busca na casa de Jeferson, esclareceu que apreenderam um pino de cocaína usado, tendo o acusado informado que já havia consumido metade da droga, além de valores em espécie, os quais Jeferson confirmou serem provenientes de vendas anteriores. Informou que Jeferson estava há cerca de vinte dias no esquema, desde o retorno de Robson para São Paulo. Ao final, discorreu que em certa oportunidade, Édipo foi abordado em uma blitz de trânsito pela polícia militar, e depois teria dito aos amigos que “graças a deus que não foi revistado”, pois havia um quilo de maconha debaixo do banco do veículo (fl. 9; mídia de fls. 524-525).

Evidentemente, cumpre destacar que as declarações dos policiais que participaram das investigações e lograram êxito em elucidar o esquema ilícito envolvendo os acusados, são firmes e harmoniosas com os demais elementos de convicção presentes no caderno processual, apontando fatos que trazem certeza da participação de todos nos crimes que lhes são imputados.

Por demais consabido que os depoimentos dos policiais “valem em princípio, como o de qualquer testemunha, não podendo ser desprezados, sem prova de má-fé ou suspeita de falsidade” (JC vol. 5/6, pág. 417) e, “se em consonância com demais elementos dos autos são suficientes para embasar o decreto condenatório.” (JC 41/368 e JC 68/397).

E ainda:

“APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO DE DROGAS. APREENSÃO DE 3,24G DE CRACK. MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS. PALAVRAS FIRMES DOS POLICIAIS MILITARES CORROBORADAS PELOS DEMAIS ELEMENTOS. CONDENAÇÃO PRESERVADA. RECURSO NÃO PROVIDO. Consoante entendimento consolidado no Superior Tribunal de Justiça, “o depoimento de policiais responsáveis pela prisão em flagrante do acusado constitui meio de prova idôneo a embasar o édito condenatório, mormente quando corroborado em Juízo, no âmbito do devido processo legal” (HC n. 267.025/DF, Min. Jorge Mussi, j. em 2/5/2013). REGIME FECHADO FIXADO EXCLUSIVAMENTE EM RAZÃO DO DELITO SER EQUIPARADO A HEDIONDO. PENA INFERIOR A 4 (QUATRO) ANOS. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. ABRANDAMENTO DO REGIME. PROVIDÊNCIA DE OFÍCIO.” (TJSC, Apelação Criminal n. 0003817-61.2015.8.24.0080, de Xanxerê, rel. Des. Moacyr de Moraes Lima Filho, j. 29-11-2016).

Destaque-se, outrossim, a ausência de demonstração de que os policiais tivessem interesse particular na condenação dos acusados, constatando-se, sim, que os agentes públicos objetivavam apenas coibir o narcotráfico nesta urbe.

Todos os elementos carreados aos autos indicam que os policiais apenas cumpriram seus papéis de combater o tráfico de drogas e elucidar mais um esquema criminoso voltado ao comércio espúrio na cidade de Brusque e região, sem qualquer interesse particular na condenação dos envolvidos.

Entendo que no caso dos autos, os testemunhos prestados

pelos policiais são consistentes e destituídos de má-fé, apresentando-se em consonância com a realidade demonstrada pelas demais provas produzidas na instrução, em especial o relatório de interceptação telefônica, abordagens de usuários, e apreensão de entorpecentes, balança de precisão, valores em espécie e aparelhos telefônicos em poder do grupo, de sorte que aptos a sustentar o édito condenatório.

Verifica-se que cada um dos policiais ficou incumbido de importante papel durante a investigação, sendo que alguns deles participaram diretamente dos trabalhos investigativos, em especial o monitoramento dos acusados, enquanto outros deram apenas apoio no dia da operação final, auxiliando no cumprimento dos mandados de prisão e busca e apreensão. Contudo, cada um dos agentes públicos narrou perante este juízo de forma clara e sem demonstrar qualquer interesse particular na condenação dos acusados a maneira em que era realizada a venda de drogas, ou ainda, a função de cada acusado neste esquema criminoso, dizendo não terem dúvidas quanto a participação efetiva dos quatro agentes.

Ressalto, outrossim, que segundo informações do Delegado de Polícia responsável pelas investigações, já haviam denúncias informais há cerca de cinco anos quanto ao exercício do tráfico de drogas por parte de Édipo Xudré, sendo que as investigações se desencadearam a partir do momento em que as testemunhas aceitaram reduzir seus depoimentos à termo, quando então este Juízo deferiu a interceptação telefônica e foi possível constatar a participação de cada um na comercialização de cocaínas em pinos, o que segundo a autoridade policial é incomum nesta cidade, em virtude do alto valor cobrado pela porção da droga.

Corroborando com a versão dos policiais, o testigo Daniel da Silva declarou nas duas fases processuais em que foi ouvido, que é usuário de cocaína, tendo informado em juízo que parou de usar há dois meses. Afirmou que foi chamado na delegacia para prestar depoimento, pois

havia mandado mensagem para Édipo pedindo droga um dia antes da prisão dos acusados. Esclareceu que a primeira vez mandou mensagem para “Edi” e depois para a esposa dele, pedindo droga. Informou que adquiria drogas de Édipo há cerca de três meses, sendo que em algumas vezes ele próprio efetuou a entrega. Aduziu que Dayane nunca entregou drogas pessoalmente ao declarante, apenas telefonava para ela e a acusada dizia que iria mandar alguém entregar.

Em juízo, informou que não adquiria drogas apenas de Édipo, conforme consta em seu depoimento na fase policial, mas confirmou a parte em que declara que: “Édipo e Dayane vendem apenas a porção de um pino de entorpecente pela quantia de R\$ 50,00; Que sempre que precisava da droga o depoente enviava mensagens de celular e via *whatsapp* para Édipo ou para Dayane que marcavam um encontro com o depoente e um entregador da droga aparecia para realizar a venda; Que a última vez que adquiriu a droga de Édipo ou Dayane foi na quarta-feira, dia 27/07/2016, onde o depoente enviou uma mensagem de *whatsapp* para Édipo, e como ele não respondeu enviou para Dayane, que respondeu marcando o encontro em frente ao estacionamento do Barateiro do bairro Santa Rita para realizar a transação da droga; Que ao chegar no local, após aguardar 20 minutos, um entregador chegou de moto com um pino de cocaína para o depoente.”. Esclareceu que a última entrega foi feita por um rapaz gordinho, de moto, sendo que as anteriores foram realizadas por Édipo, mas nunca por um rapaz moreno. Ao final, confirmou seu depoimento prestado na fase policial (fl. 10; mídia de fls. 524-525).

O usuário Edson Barbosa, ouvido apenas na fase policial, disse que é dependente de drogas, especificamente cocaína, e que costuma comprar o entorpecente com Édipo Xudré, sempre aos finais de semana, pagando o valor de R\$ 100,00, que equivale a dois pinos, não sabendo dizer quantos gramas recebe. Esclareceu que Édipo vende as drogas em sua própria residência e também via tele-entrega, utilizando o ramal (47) 9167-5640 para atender os usuários (fl. 30).

A testemunha Daniel Trindade declarou perante a autoridade policial que tem conhecimento de um ponto de tráfico de drogas no Bairro Planalto, em Brusque/SC, e que o indivíduo que realiza a venda dos entorpecentes é Édipo Xudré, conhecido pela alcunha de “Edipinho”, na sua própria residência, situada na Rua 25 de Julho, 126, na rua da Padaria Sodepan. Informou que Édipo não trabalha, e recentemente adquiriu um salão de beleza para sua esposa, trocou de carro, e esbanja valores aos amigos. Afirmou que o traficante vende cocaína e maconha, mas não tem certeza se vende *crack*, e está sempre trocando de celular, por isso não sabe dizer um número, mas sabe que ele trabalha tanto com disk entrega como na sua própria residência. Concluiu, dizendo que não é usuário de drogas e por isso nunca adquiriu entorpecente de Édipo (fl. 31).

Sob o crivo do contraditório, referido testigo disse que sequer queria ter comparecido à audiência, pois tem familiares no Bairro Planalto, mas como foi intimado, sabe de sua obrigação. Esclareceu que tem conhecimento dos fatos por boatos de populares, pois “o povo fala que ele vendia”, mas o declarante nunca presenciou nenhuma venda. Destacou que está com medo, assim como outras testemunhas. Informou que conhece Édipo de vista há muito tempo e, em uma época soube que ele trabalhava, mas em outras épocas não tinha informações. Afirmou que para os padrões do bairro, a casa do acusado era considerada uma das melhores. Disse que Dayane tinha um salão de beleza e, segundo boatos, o estabelecimento foi montado com dinheiro do tráfico, mas não pode afirmar se é verdade ou não. Mencionou que Dayane atendia várias clientes e inclusive a esposa do declarante frequentava o salão, mas depois dos boatos a proibiu de ir no local, pois segundo informações, a acusada efetuava entrega de drogas enquanto atendia as clientes. Declarou ainda que ouve tais boatos há anos. Concluiu, dizendo que foi chamado na delegacia para prestar depoimento, o qual confirma, assim como a sua assinatura (mídia de fls. 524-525).

O usuário Philipe Stocco Camargo declarou na fase judicial que

no dia 31-7-2016, foi abordado com um pino de cocaína quando saía do bar Marechal 66, próximo ao Clube Caça e Tiro. Afirmou que estava no estabelecimento, onde bebeu vários chopes com um amigo e depois fez a ligação para Édipo, que efetuou a entrega da droga. Confirmou que seu ramal telefônico é (47) 9105-0853, sendo a ligação atendida por Édipo na ocasião. Disse não se recordar se Dayane estava junto no momento da entrega, pois foi tudo muito rápido. Afirmou ter pagado o valor de R\$ 50,00 pelo pino, e que já havia efetuado outra compra do acusado. Aduziu que não tem nenhuma ligação com Dayane e Robson e que não os conhece pessoalmente (mídia de fls. 524-525).

Por sua vez, Jonata Russi disse nos autos que é usuário de cocaína e que foi abordado pela polícia na posse de um pino da droga, o qual havia adquirido de Édipo, pelo valor de R\$ 50,00. Confirmou que já comprou o entorpecente de Édipo por três ou quatro vezes, não sabendo dizer há quanto tempo ele vende drogas. Declarou que Édipo foi o responsável pela entrega da droga no dia da abordagem, após o declarante ter lhe telefonado solicitando o entorpecente, sendo que marcaram um ponto de encontro no Bairro Planalto, assim como das outras vezes. Mencionou ainda que não conhece Dayane e Robson (fl. 44 e mídia de fls. 524-525).

Outrossim, a testemunha Alex Jeske disse na fase policial que é usuário de drogas há um ano aproximadamente, consumindo apenas cocaína, cerca de três a quatro porções por semana. Esclareceu que há três semanas, passou a comprar cocaína do traficante conhecido por Édipo, pagando sempre R\$ 50,00 a unidade (pino), sendo que para encomendar o entorpecente, bastava ligar pra o telefone celular de Édipo, ramal n. (47) 9126-703, informar a quantidade desejada e sua localização, ao que o traficante mandava que um rapaz de moto levasse as porções, cuja identidade do entregador o declarante desconhece, mas o descreve como sendo um homem jovem, de estatura baixa, porte físico gordo, pele clara e cabelo escuro. Afirmou que naquela data, ligou para Édipo do restaurante japonês Nippon e encomendou um pino de cocaína, sendo

que cerca de quinze minutos depois, o rapaz mencionado chegou e lhe entregou a porção da droga, todavia, antes de retornar ao restaurante, o declarante foi abordado por policiais, flagrado na posse do entorpecente e conduzido para a delegacia de polícia (fls. 51-52).

Em juízo, Alex esclareceu que sofre de depressão e que em razão disso, recentemente, estava passando na rua, quando resolveu consumir cocaína e pediu o contato de um traficante, ao que encomendou a droga e fez o uso. Aduziu que consumiu apenas cinco vezes cocaína, não sabendo dizer o nome do traficante ou contato deste. Disse que a entrega foi feita por um rapaz de moto, cujo rosto não pode ver, sabendo apenas que era “gordinho”. Afirmou que pagou o valor de R\$ 50,00 pela porção. Ao final, confirmou sua assinatura constante no termo de fls. 51-52, bem como o depoimento prestado na época (mídia de fls. 524-525).

O testigo de defesa Ronaldo Rocha disse em juízo que é colega de Édipo e Dayane e que esta possuía um salão de beleza antes de ser presa, atendendo várias clientes, sendo que inclusive às vezes trabalhava até de madrugada. Mencionou ainda que não tem conhecimento do exercício do tráfico de drogas por parte do casal (mídia de fls. 524-525).

Por sua vez, o informante Manoel Visentainer Júnior, tio dos acusados Dayane e Édipo, em nada contribuiu para o esclarecimento dos fatos, dizendo que seu sobrinho é um bom rapaz e estava trabalhando em uma facção antes de ser preso, ao passo que Dayane possui um ateliê de manicure em casa e é ótima profissional. Aduziu que Robson veio para Brusque/SC para procurar emprego, todavia como não encontrou nenhum serviço, voltou para a cidade de origem. Disse ainda que não tinha conhecimento do envolvimento dos acusados no tráfico de drogas, pois residia em Canelinha/SC e veio há pouco tempo para esta cidade (mídia de fls. 524-525).

A testemunha Evelise Tomasi disse na fase judicial que Édipo e Dayane são pessoas boas e ótimos pais, sendo que o filho da declarante

inclusive brincava com o menino deles. Esclareceu que era cliente de Dayane no salão de beleza e que esta fazia um bom trabalho como manicure, atendendo muitas clientes. Não soube dizer como a acusada montou o salão. Aduziu ainda que Dayane não sabia dirigir, pois estava tirando a carteira. Disse que o salão existe há cerca de dois anos, mas a depoente frequentava o local há três meses, não tendo conhecimento do envolvimento dos acusados com o tráfico de drogas (mídia de fls. 524-525).

No mesmo sentido foram as declarações de Ana Carla Lamim, a qual informou em juízo que era cliente de Dayane no salão de beleza e que esta fazia um ótimo trabalho. Aduziu que além das clientes do salão, que eram muitas, nunca notou a movimentação de outras pessoas no local. Disse que a acusada montou o salão com o dinheiro do seu trabalho, pois no início inclusive atendia as clientes em casa, mas com o tempo acabou progredindo e abriu o salão há cerca de um ano. Declarou ao final que nunca ouviu nenhum comentário do envolvimento dos acusados no tráfico de drogas (mídia de fls. 524-525).

Outrossim, a testemunha Yasmín Romano dos Santos, também cliente de Dayane no salão, disse que nunca notou qualquer movimentação estranha no local, e que a acusada não dirigia, pois estava fazendo carteira de motorista. Esclareceu que é cliente de Dayane há três anos e que no início esta atendia suas clientes em casa, mas há dois anos montou o salão (mídia de fls. 524-525).

Rosely do Carmo Muniz, por seu turno, declarou em audiência que conheceu Dayane quando esta se casou com Édipo, e que a acusada possui um salão de beleza há cerca de quatro anos, atendendo um bom fluxo de clientes, inclusive a declarante. Aduziu que no início, a acusada atendia as clientes na sala de sua residência, mas depois montou o salão com o fruto do seu trabalho (mídia de fls. 524-525).

O testigo Geromil de Lima Silveira Júnior, amigo de Édipo e

Dayane, disse perante este juízo que a acusada possui um salão de beleza e inclusive a esposa do declarante é sua cliente. Declarou ainda que segundo tem conhecimento, Dayane não sabe dirigir. Informou ao final que o casal possui um filho e que cuidam muito bem do menino (mídia de fls. 524-525).

A informante Flávia Roberta Xudré, irmã de Édipo, inquirida apenas na fase judicial, enalteceu os predicados pessoais favoráveis ao irmão e Dayane, a qual possui um salão de beleza e não exercia nenhum outro tipo de atividade. Disse que a acusada mantinha uma balança no seu salão, pois a usava para pesar os produtos que aplicava nas suas clientes. Aduziu ainda que Robson morava em São Paulo e veio para Brusque/SC, a fim de arrumar um emprego. Mencionou também que mesmo após a prisão de Édipo, a declarante percebeu que o celular dele continuou a ser utilizado e até tirou “print” das visualizações no *whatsapp*. Alegou ao final que não tinha conhecimento do envolvimento do irmão no tráfico de drogas (mídia de fls. 524-525).

Por último, o testigo Gustavo Martins Visentainer, primo de Édipo, disse em juízo que conhece Robson e que este residiu em Brusque/SC por cerca de um mês, para arrumar um emprego, mas como não conseguiu nenhum serviço, retornou para São Paulo. Ainda, enalteceu os predicados pessoais favoráveis à Édipo, dizendo que não tinha conhecimento do envolvimento do primo no tráfico de drogas (mídia de fls. 524-525).

Passo de imediato à análise das matérias preliminares aventadas pela defesa de Édipo, Dayane e Robson em sede de alegações finais:

Da nulidade da interceptação telefônica:

Com efeito, apesar dos argumentos lançados, melhor sorte não assiste a douta defesa.

Conforme infere-se dos depoimentos prestados pelos policiais civis e militar ouvidos em juízo, a polícia já tinha conhecimento do exercício

do tráfico de drogas por parte do acusado Édipo há considerável período de tempo, porém os denunciantes não tinham coragem de reduzir a termo suas declarações. Com o passar do tempo, novas denúncias foram surgindo e estas acabaram sendo formalizadas, como é o caso do depoimento prestado pela testemunha Daniel Trindade no dia 23-5-2016 e, portanto, antes do pedido de interceptação telefônica, formulado em 9-6-2016.

Assim, em análise aos autos n. 0002366-77.2016.8.24.0011 e, de modo diverso do alegado pela defesa, verifica-se que a autoridade policial descreveu os supostos ilícitos que vinham sendo praticados e as informações que teriam sido obtidas em diligências anteriores, destacando a inexistência de outros meios investigatórios, em especial pelo fato de o representado Édipo vender drogas pelo sistema disque-entrega e realizar as negociações espúrias pelo telefone.

Cumprе salientar ainda que “em se tratando de tráfico ilícito de entorpecentes, a necessidade da quebra do sigilo telefônico, com vista à busca da verdade, decorre da inexistência de meio menos gravoso e igualmente eficaz na consecução desse objetivo, o que, aliás, opera-se no interesse do próprio acusado no processo penal, e, vênia, é, no âmbito do odioso comércio de estupefaciente, um dos meios mais viáveis de prova” (TJSC, Apelação Criminal (Réu Preso) n. 2014.010091-8, de Brusque, rel. Des. Leopoldo Augusto Brüggemann, j. 11-11-2014).

Além do mais, é certo que os crimes de tráfico ilícito de drogas e associação para o tráfico, delitos graves, apenados com reclusão, por si só, geram uma enorme repercussão e instabilidade na sociedade, o que faz com que a rápida elucidação se mostre necessária, inclusive, para a manutenção da ordem pública.

Tratando-se de tais crimes, verifica-se que, apesar de gravosa, a medida mostra-se essencial para a elucidação dos fatos, tendo em vista que os dados fornecidos podem ajudar a identificar os criminosos e até

mesmo dissipar eventual quadrilha, tal qual ocorreu no caso dos autos, em que foi desmantelada mais uma associação para a venda de drogas nesta urbe.

E depois, não se olvide que havendo fortes indícios da autoria dos investigados quanto aos crimes de tráfico de drogas e associação para o tráfico, é certo que a interceptação telefônica mostrava-se como o único meio possível e eficaz para a coleta de provas, uma vez que as associações para a venda de entorpecentes estão cada vez mais estruturadas no intuito de dificultar a ação policial e a identificação de seus líderes, o que torna inviável a obtenção de provas a partir de depoimentos de testemunhas ou realização de busca e apreensão, já que as drogas muitas vezes são escondidas em locais diversos.

Aliás, no caso dos autos, inclusive, apesar de o próprio acusado Édipo ter confirmado a venda de drogas há pelo menos um ano, vendendo cerca de seis pinos de cocaína por dia, no valor de R\$ 50,00, o que gera um rendimento mensal de cerca de nove mil reais, verifica-se que no dia do cumprimento do mandado de busca e apreensão em sua residência não houve a apreensão de uma grama sequer de droga, tampouco de valores em espécie, evidenciando que ele escondia as drogas e o lucro obtido com o comércio espúrio em outros locais e que a interceptação telefônica era a única forma de desvendar sua atividade ilícita.

Sendo assim, resta evidenciado que a interceptação telefônica não foi a primeira medida efetivada durante as investigações, mas teve suporte em outros elementos anteriormente colhidos e que apontavam para a imprescindibilidade do deferimento da medida excepcional, segundo o disposto no art. 2º da Lei n. 9.296/1996.

Logo, afasto tal preliminar aventada pela defesa.

Da inépcia da denúncia com relação ao crime previsto no artigo 55 da Lei n. 11.343/2006:

Igualmente, apesar dos argumentos lançados, melhor sorte não assiste à defesa, pois de modo diverso do alegado, a denúncia preencheu os requisitos do art. 41 do Código de Processo Penal, já que descreveu de forma pormenorizada todas as funções de cada um dos acusados no esquema criminoso voltado ao tráfico de drogas, não havendo que se falar em prejuízo ao direito de defesa.

Ainda que a denúncia não tenha descrito expressamente que os acusados estavam associados de forma duradoura e estável, descreveu minuciosamente a função de cada um no grupo comandado por Édipo, apontando de forma satisfatória o nexos entre as ações dos denunciados e as práticas delituosas a eles imputadas, permitindo assim o regular exercício do contraditório e da ampla defesa.

Ademais, vislumbra-se que a exordial acusatória narra com riqueza de detalhes a dinâmica em que ocorria o tráfico de drogas nesta cidade, apontando o papel de cada um dos acusados no comércio ilícito e a forma em que estavam associados, de modo que impossível o acolhimento das alegações da defesa.

Além de indicar o tempo da empreitada criminosa e os acusados que a realizaram, a denúncia aponta, com precisão, o *modus operandi* da ação delituosa, discorrendo sobre as funções pré-determinadas de cada um e o local em que o tráfico vinha sendo realizado, de modo que preenchidos os requisitos do art. 41 do CPP, até mesmo porque permitiu que os acusados se defendessem, com pleno exercício do contraditório e ampla defesa, da acusação de associação para o tráfico.

Logo, afasto mais essa preliminar aventada pela defesa.

Da nulidade das provas obtidas por meio da extração de dados e conversas privadas em redes sociais, sem prévia autorização judicial:

Novamente, tenho que melhor sorte não assiste a defesa quando requer a declaração de nulidade e desentranhamento das mensagens

telefônicas de fls. 24-25, ante a ausência autorização judicial para coleta dos referidos dados.

Isto porque, o fato de os policiais terem acesso às mensagens de texto contidas no aparelho celular do acusado Jeferson no momento da realização da ordem de busca e apreensão deferida por este juízo, não tem o condão de tornar inválida essa prova, já que as mensagens e demais dados constantes na memória do eletrônico apreendido não são abrigadas pelo sigilo.

É consabido que a autorização judicial para quebra de sigilo telefônico somente será necessária quando a obtenção dos dados for possível apenas mediante diligência a ser realizada pelas empresas de telefonia móvel, o que não se vislumbra no caso dos autos, em que ocorreu a leitura das mensagens registradas no telefone celular apreendido com o acusado Jeferson, durante o cumprimento de ordem judicial de busca e apreensão.

Não há o que se falar em nulidade dos elementos probatórios encartados às fls. 23-24 pois comungo do entendimento de que a existência de mensagens de texto na caixa de entrada do aparelho celular do acusado não se enquadra nas hipóteses que caracterizam a interceptação telefônica, sendo despicienda a prévia autorização judicial.

E depois, não se olvide que os policiais tiveram acesso ao aparelho telefônico do acusado durante o cumprimento do mandado de busca e apreensão domiciliar deferido por este juízo, o que legitima ainda mais referida prova, já que havia sido autorizado a apreensão de objetos relacionamentos à prática dos crimes e todos os elementos necessários à prova da infração e elucidação dos fatos.

Além do mais, segundo precedente do Supremo Tribunal Federal: “[...] não se confundem comunicação telefônica e registros telefônicos, que recebem, inclusive, proteção jurídica distinta. Não se pode interpretar a cláusula do artigo 5º, XII, da CF, no sentido de proteção aos

dados enquanto registro, depósito registral. A proteção constitucional é da comunicação de dados e não dos dados [...]”. (HC n. 91.867/PA, Segunda Turma, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. em 24/04/2012, DJUe-185 de 20/09/2012).

De acordo com o art. 6º, do Código de Processo Penal, a autoridade policial deverá colher todas as provas que servirem para o esclarecimento do fato e suas circunstâncias, podendo, desse modo, averiguar as mensagens telefônicas constantes nos celulares dos agentes, se achar que estas podem vir a auxiliar na apuração da prática dos delitos, tal qual ocorreu no caso dos autos.

Neste sentido, colhe-se de recente julgado da Corte Catarinense:

“*HABEAS CORPUS*. TRÁFICO DE ENTORPECENTES E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. SUSTENTADA NULIDADE DE PROVAS OBTIDAS EM CONVERSAS POR APLICATIVO DE CELULAR (*WHATSAPP*). MEDIDA QUE NÃO SE CONFUNDE COM A QUEBRA DE SIGILO TELEFÔNICO. PRETENSÃO DE REVOGAÇÃO DE PRISÃO PREVENTIVA. ALEGADO CONSTRANGIMENTO ILEGAL POR PARTE DO JUÍZO. INOCORRÊNCIA. MEDIDA QUE VISA GARANTIR A ORDEM PÚBLICA DIANTE DA GRAVIDADE CONCRETA DO DELITO E DA REAL POSSIBILIDADE DE REITERAÇÃO DA CONDUTA. CÓDIGO DE PROCESSO PENAL, ARTS. 312 E 313. PREDICADOS FAVORÁVEIS QUE NÃO OBSTAM A MANUTENÇÃO DA SEGREGAÇÃO. ORDEM DENEGADA. “[...] Tal qual ocorre na apreensão de agenda com anotações manuscritas ou de telefone celular com mensagens de texto, o aplicativo *WhatsApp* nada mais é do que um banco de dados que acumulou, ao longo do tempo, mensagens que interessam ao processo penal, o que torna legal o acesso direto pela própria polícia. A título de exemplo, a possibilidade de visualizar, por meio do *WhatsApp*, uma foto de um bilhete com informações a respeito de um crime, nada mais é do que apreender o próprio bilhete. [...]” (*Habeas Corpus* n. 4001937-75.2016.8.24.0000, de Jaraguá do Sul, rel. Des. Moacyr de Moraes Lima Filho, j. 07-06-2016). (TJSC, *Habeas Corpus* n.

4007130-71.2016.8.24.0000, de Catanduvas, rel. Des. Ernani Guetten de Almeida, j. 30-08-2016). – grifei.

Por último, não se olvide que o próprio acusado forneceu espontaneamente a senha de acesso aos registros do seu aparelho de celular, conforme se colhe da prova oral produzida durante a instrução criminal, de modo que válida a prova obtida pela autoridade policial.

Por tais argumentos, afasto todas as preliminares aventadas pela defesa em sede de alegações finais e passo, a seguir, à análise do mérito.

Emerge dos autos, a existência da prática do tráfico de drogas e associação para o tráfico, em que estão envolvidos os denunciados Édipo Xudré, Dayane de Oliveira Corrêa, Robson Silva Sousa e Jeferson dos Anjos Silva.

Segundo apurado ao longo da instrução criminal, Édipo era o “cabeça” e comandava todo o esquema criminoso voltado para a venda de cocaína em pinos nesta urbe, sendo responsável por manter e abastecer o ponto de tráfico, adquirir as drogas dos fornecedores e prepará-las para a venda, além de coordenar os trabalhos de seus subalternos, assim como efetuar a venda direta aos usuários.

A acusada Dayane, por sua vez, na condição de companheira de Édipo, atuava como sua aliada principal, sendo responsável principalmente por atender as ligações dos usuários e marcar os pontos de entrega das drogas, emanando ordens aos seus subalternos de que como deveriam proceder. Além disso, efetuava vendas no salão de beleza que possuía anexo à residência e também via disque-entrega, bem como acompanhava Édipo em determinadas entregas, a fim de evitar suspeitas e dissimular a narcotraficância.

Outrossim, o acusado Robson é cunhado de Édipo e Dayane e veio para Brusque/SC em meados deste ano, supostamente para procurar emprego, sendo que durante o período em que permaneceu na cidade e

residiu com o casal, os auxiliava na venda das drogas, tendo a função de entregar os entorpecentes aos usuários quando Édipo não tinha condições de fazê-lo. Vale ressaltar que Robson atuava sempre de acordo com os comandos do chefe do grupo, sendo um de seus principais subalternos.

Todavia, no início do mês de julho, após o período aproximado de um mês, supostamente por não ter encontrado nenhum labor lícito, Robson retornou ao Estado de origem e então foi substituído pelo acusado Jeferson, que assumiu a função de efetuar a entrega das drogas aos usuários, recebendo como forma de pagamento três pinos de cocaína no valor de R\$ 50,00 a cada dez pinos vendidos. Como o movimento do grupo era intenso e atendiam muitos usuários, por óbvio, Jeferson auferia um razoável lucro com o seu trabalho ilícito;

Diante de todo o apurado durante as investigações realizadas pela Autoridade Policial, especialmente por meio das interceptações telefônicas autorizadas judicialmente, verifica-se que a negativa dos acusados Dayane e Robson quanto ao exercício do tráfico de drogas não se reveste de qualquer credibilidade, já que os quatro acusados nestes autos tinham claro envolvimento no esquema criminoso comandado por Édipo e voltado para a venda de cocaína em pinos nesta urbe.

Aliás, vale ressaltar a afirmação do Delegado de Polícia no sentido de que é incomum a venda de cocaína em pinos, em razão do alto valor cobrado pela porção, no caso R\$ 50,00, o que evidencia que o grupo atendia pessoas de considerável poder aquisitivo, havendo informações inclusive de que Édipo se gabava ao dizer que vendia apenas grandes quantidades.

Desta forma, a assertiva de que inicialmente Édipo traficava sozinho e somente um mês antes de ser preso se associou ao acusado Jeferson, não havendo qualquer envolvimento de Dayane ou Robson não se reveste de qualquer credibilidade, pois as ligações telefônicas interceptadas judicialmente demonstram que o primeiro comandava

todo o esquema, mas contava com a participação direta e o apoio dos demais na venda de cocaína nesta cidade.

Ressalto ainda que nem mesmo a alegada condição de usuário afasta a responsabilidade penal do acusado Jeferson, porquanto tal circunstância, por si só, não impossibilita os atos de mercancia de entorpecentes, mormente por se tratar o tráfico de uma maneira para sustentar o vício, tal qual ocorreu no caso dos autos, em que o acusado recebia como forma de pagamento por suas vendas pinos de cocaína, os quais poderia consumir ou até mesmo vender.

Aliado à prova oral coletada nos autos e demais evidências trazidas pela acusação, tem-se o relatório de interceptação telefônica elaborado pelos agentes da DIC, do qual transcrevo alguns trechos a seguir, onde é possível verificar as conversas mantidas pelos acusados entre si e com usuários, não deixando dúvidas quanto à associação de todos para a venda de drogas.

É consabido que no âmbito do comércio de entorpecentes, os traficantes comumente utilizam-se de gírias, substitutivos e de outras palavras previamente ajustadas, a fim de dificultar a ação policial ou de impedir a percepção do ilícito por qualquer pessoa que ocasionalmente ouça a ligação, tal qual ocorre no caso dos autos, já que é mais do que evidente que as conversas interceptadas são referentes à venda de drogas.

A primeira ligação que aparece no relatório é entre Édipo e um usuário, identificado como “Juca”, portador do ramal n. (47) 9232-2010, no dia 8-7-2016, por volta das 17:15 horas, na qual eles combinam de se encontrar na residência do traficante após às 17:30 horas. Após a saída do usuário do imóvel, este foi acompanhado pela polícia e abordado, sendo identificado como Jonata Russi. Durante busca veicular, foi encontrada uma porção de cocaína acondicionada em “pino” no interior de seu automóvel, gerando o TC n. 10/DIC/2016 (fls. 101-104).

Jonata Russi foi ouvido em juízo e confirmou que a porção de

droga apreendida pela polícia na ocasião havia sido adquirida de Édipo, tendo dito ainda que já comprou entorpecentes do acusado por três ou quatro vezes (mídia de fls. 524-525).

Na ligação seguinte, ocorrida no dia 30-6-2016, por volta das 21:44 horas, um usuário telefona para Édipo e diz que quer encontrá-lo, ao que o traficante responde que está na academia, mas assim que terminar se deslocará ao bar Marechal 66. Após mais duas ligações entre o acusado e o usuário, a polícia realizou o monitoramento de Édipo e flagrou o momento em que este, na condução do veículo GM/Corsa Hatch, placas MIN-1183, e acompanhado da companheira Dayane, parou no estacionamento do referido bar e, de forma breve, trocou objetos com um indivíduo, sem sair do automóvel. Na sequência, o usuário foi abordado pela polícia militar e identificado como Philipe Stocco Camargo, sendo apreendido no interior de seu veículo uma porção de droga semelhante à cocaína, gerando o TC n. 09/DIC/2016 (fls. 103-106).

Referido usuário igualmente foi ouvido em juízo e confirmou que havia adquirido de Édipo a porção de cocaína apreendida na sua posse (mídia de fls. 524-525).

As transcrições de fls. 107-113 igualmente são conversas interceptadas entre Édipo e usuários, não havendo dúvidas quanto ao exercício constante da narcotraficância por parte do acusado, o qual, inclusive em uma das ligações, informa a um pretense usuário que não vende as drogas por grama, mas apenas porção de “50”.

Já as conversas seguintes são entre Dayane e usuários, sendo possível constatar que a acusada negociava diretamente a venda de entorpecentes, auxiliando o companheiro, o que derrui a negativa de autoria sustentada em juízo.

Na transcrição de fl. 114, em data de 20-6-2016, por volta das 13:51 horas, um usuário identificado como Márcio Steingraber telefona para o ramal de Édipo, mas quem atende é Dayane e esta informa que o

companheiro está no trabalho e que quem irá atendê-lo será ela, marcando o local de encontro próximo à panificadora Sodepan, no bairro Limoeiro. Vale ressaltar que o usuário informa que é bem conhecido de Édipo, pois “a gente já pegou muito”.

Ao final daquela tarde, o usuário Juca telefona para o ramal de Édipo e igualmente é atendido por Dayane, a qual diz que está chegando em casa e Juca pergunta se pode passar na residência, possivelmente para buscar droga, ao que é autorizado pela acusada (fl. 115). Consigne-se que “Juca” foi abordado pela polícia e identificado como Jonata Russi após adquirir drogas na residência de Édipo no dia 8 de julho, conforme acima mencionado.

As próximas quatro ligações interceptadas na tarde de 17-6-2016 demonstram a relação de cooperação entre Dayane e Édipo, bem como a participação de Robson na venda de drogas: Por volta das 12:43 horas, um usuário telefona para Édipo e eles combinam que a esposa e o cunhado do traficante levarão a droga para o centro, pois Dayane irá para a autoescola. Importante destacar que Édipo informa ao cliente que os dois estarão com o seu telefone celular.

Por volta das 14:40 horas, o usuário novamente telefona para o ramal de Édipo e diz que já está próximo à autoescola, aguardando a entrega. Quem atende a ligação é Robson, que afirma ser cunhado de Édipo e diz que Dayane está prestes a chegar ao local. Cerca de treze minutos depois, Robson atende nova ligação do usuário, o qual informa que Dayane estava num carro branco, passou por ele na sinaleira e pediu para ir um pouco mais a frente, todavia acabaram se desencontrando e está a aguardando em frente do Feliciano Pires.

Quatro minutos depois, o usuário telefona novamente para o ramal de Édipo e é atendido por Robson, ocasião em que se mostra nervoso e afirma que está a mais de meia hora “parado”, ao que o acusado repassa o contato de Dayane para que eles combinem a entrega da droga (fls. 116-120).

Diante das ligações, a polícia se deslocou ao ponto de encontro combinado e realizou a filmagem da venda feita por Dayane ao usuário (vide imagens de fl. 120 e filmagens contida na mídia arquivada em cartório). Importante destacar que apesar de não ser possível identificar a acusada por intermédio das filmagens, os policiais Gilson e Marcos Antonio afirmaram em juízo que Dayane estava no interior do veículo.

Além do mais, apesar de a defesa ter insistido na versão de que Dayane não sabia dirigir, a própria acusada confirmou que estava realizando aulas práticas de volante, sem olvidar que a interceptação telefônica não deixa dúvidas de que ela foi a responsável pela entrega da droga ao usuário, pois as quatro conversas formam um nexo de ligação inquestionável entre si, comprovando a transação ilícita por parte de Dayane.

Após a efetivação da venda, a PM realizou a abordagem do veículo Astra, placas MAO-8181, todavia não lograram êxito em encontrar drogas na posse de seu condutor ou no interior do carro, razão pela qual o suspeito foi liberado.

Ocorre que, uma semana após a abordagem, o usuário abordado, identificado como “Vini”, entrou em contato com Édipo, utilizando o mesmo ramal, e descreveu como os fatos ocorreram naquela ocasião, destacando que a polícia não encontrou nada pois escondeu muito bem a droga no bolso da calça que trajava (fls. 121-123).

Posteriormente, na madrugada de 22-6-2016, por volta das 00:28 horas, o usuário identificado como Alexandre telefona para o celular de Édipo, todavia Dayane atende e informa que o companheiro está dormindo, sugerindo que “Robinho” atenda. Todavia Édipo acorda, conversa com o usuário, afirma que está em casa e pergunta a quantidade pretendia, finalizando a ligação (fls. 123-124).

No dia seguinte, por volta das 12:45 minutos, o usuário Ariel liga para Édipo e pede que ele vá até a academia Viva, todavia o traficante

diz que está em casa e que precisa trabalhar já, ao que o usuário pede autorização para passar na residência e o traficante autoriza. Alguns minutos depois, Édipo liga para o celular de Dayane, perguntando se o usuário está na casa, ao que ela confirma e o acusado diz para ela mandar “Robinho” atendê-lo (fls. 125-126), o que evidencia a atuação da acusada como “ponte” entre os usuários e seus associados Édipo e Robson.

Por intermédio das interceptações telefônicas foi possível captar também conversas entre Robson e Édipo, sendo que na noite de 17-6-2016, este telefona para o subalterno determinando que guarde “esse negócio ao dentro de casa, feio. A polícia tá aí bem perto” (fls. 126-127). Pelo temor de Édipo, certamente estava se referindo à droga.

Naquela mesma noite, o usuário identificado por Ariel telefona para Édipo pedindo para ir até a sua residência, porém o traficante reluta em atendê-lo em razão da presença da polícia nas imediações. Todavia, após insistência de Ariel, Édipo permite que este vá até a residência (fls. 128-129).

Cerca de meia hora depois, Ariel telefona novamente para o ramal de Édipo e Robson atende, ao que o usuário pergunta se os policiais militares ainda estão no local e o acusado confirma a saída das guarnições, quando então Ariel pede que ele o aguarde (fl. 129).

No dia 18 de junho, por volta das 1:46 horas, um usuário procura por Édipo e este afirma que está na casa de shows Fireup, mas que seu cunhado irá atendê-lo. Posteriormente, o traficante telefona para Robinho e o orienta para ter atenção, pois o usuário pode pular o muro, entrar no terreno e bater no quatro do “V7”, seu filho. Na sequência, Robson encaminha uma mensagem para Édipo, dizendo só tem um” (fls. 134-135).

No decorrer da madrugada, outro usuário, identificado como Alemão, entra em contato com o chefe do esquema e este determina que vá até a sua casa, que tem alguém para atendê-lo. Um minuto depois,

Édipo telefona para “Rob” e pergunta se o primeiro usuário já foi até o local, ao que o cunhado afirma que não, e aquele indica o local em que a droga está escondida, dizendo que para “botar a mão na parede da garagem preta e pegar a sacola”, justificando que “já tá pra ir mais um cara aí” (fls. 135-136).

Alguns minutos depois, Robson telefona para Édipo e diz que não conseguiu acessar o esconderijo, pois sua mão não passa no buraco. O chefe do grupo então finaliza a ligação, dizendo para Robson informar aos usuários que “não tem mais nada” (fl. 137).

Na noite de 19-6-2016, Édipo recebe a ligação de um usuário e os dois combinam de se encontrarem na frente da residência do traficante, ao que este liga para “Robinho” e ordena que ele vá na frente da casa e faça “um negócio pro cara ali da Salfer”, certamente determinando que o subalterno efetue a venda de drogas (fls. 130-131).

Já na tarde de 23-6-2016, Édipo encaminha uma mensagem para Robson, informando sobre a presença de policiais militares na frente da padaria. Logo após, telefona ao cunhado, perguntando se viu a mensagem e informando novamente que “o tático tá ali na padaria. Não sai com nada daí, tá?”, evidenciando mais uma vez estar se referindo a substâncias ilícitas (fl. 127).

Além disso, por intermédio do relatório de investigação e interceptação de fls. 144-150 foi possível identificar o outro subalterno do grupo, no caso o acusado Jeferson, que passou a atuar no final do mês de julho, quando Robson retornou para São Paulo.

Imperativo ressaltar que embora não se tenha realizado perícia de voz nas interceptações telefônicas, pois tal medida não é exigida pela Lei n. 9.296/96, por meio de simples comparação entre a gravação dos interrogatórios prestados pelos acusados (mídia de fls. 524-525), e as conversas interceptadas (mídia arquivada em cartório) é possível identificar pela voz que estes efetivamente são os interlocutores das ligações telefônicas.

Vale destacar ainda que no dia do cumprimento dos mandados de busca e apreensão e prisões, foram apreendidos em poder dos acusados os aparelhos telefônicos cujos ramais são os que aparecem nas interceptações telefônicas.

Logo, não há que se colocar em dúvida toda a interceptação somente em razão da negativa de autoria sustentada por Dayane e Robson, pois não existe qualquer mácula no conteúdo do diálogo, que existiu, foi legalmente interceptado e encontra azo na prova oral coletada ao longo da instrução.

Neste aspecto, consigno que o usuário Daniel da Silva afirmou perante este juízo que embora Dayane nunca tenha lhe feito nenhuma entrega, contatava a acusada ou Édipo para solicitar as drogas e estes mandavam um funcionário ao ponto de encontro combinado.

Da mesma forma, o acusado Jeferson confirmou ao delegado de polícia que se reportava à Édipo e eventualmente à Dayane, os quais determinavam como o interrogando deveria proceder e onde entregar a droga. Ao ser questionado em juízo acerca de tal afirmação, disse “nada tenho a declarar”, todavia aduziu posteriormente que a mensagem encontrada no seu celular foi a única que ela lhe mandou sobre a venda de drogas em todo o período que trabalhou para Édipo, não tendo como negar isso, pois há prova.

Diante de todas estas evidências, resta caracterizada de forma nítida a sociedade bem organizada entre o grupo para a venda de cocaína aos usuários, não havendo dúvidas de que Édipo era o cabeça e chefiava todo o esquema, sendo auxiliado diretamente por sua companheira Dayane, que atendia as chamadas dos usuários e organizava como as drogas seriam entregues. O acusado Robson, por sua vez, no período em que permaneceu residindo com o casal, cerca de um mês pelo menos, era o responsável por realizar as entregas aos usuários quando Édipo não tinha disponibilidade, função que passou a ser desempenhada por Jeferson por pelo menos vinte dias, após Robson ter retornado para São Paulo.

Destaca-se que o grupo, além de atender os usuários via sistema disque-entrega, também vendia as drogas na residência de Édipo e Dayane e inclusive no salão de beleza da acusada, conforme informações colhidas pela polícia.

Não obstante as interceptações telefônicas, verifica-se que no dia da operação final (28-7-2016), os policiais deram cumprimento aos mandados de busca e apreensão e prisão decretados por este juízo, logrando êxito em apreender:

– na residência de Édipo e Dayane: uma balança de precisão e dois aparelhos telefônicos, os quais estavam com os ramais interceptados judicialmente (vide fls. 158-160);

– na residência de Jeferson: três pinos de cocaína, sendo um vazio e dois contendo referida droga, além de R\$ 900,00 em espécie e um aparelho telefônico (vide fls. 158-160).

Além da considerável quantia em dinheiro apreendida em poder de Jeferson, cujos valores o acusado confirmou serem oriundos da venda de drogas, verifica-se que houve a apreensão de uma balança de precisão, drogas e os celulares utilizados como forma de comunicação entre o grupo.

As drogas foram submetidas a exame pericial, tratando-se de cocaína na sua forma ácida (cloridrato), que possui capacidade de provocar dependência física e/ou psíquica, estando o seu uso e comercialização proibidos em todo o território nacional, nos termos da Portaria n. 344/98, da Secretaria de Vigilância Sanitária do Ministério da Saúde (vide laudo pericial definitivo de fls. 537-539).

Ressalto que embora a denunciada Dayane tenha alegado que a balança de precisão era utilizada somente no seu salão de beleza para pesar os produtos que utilizava nas clientes, verifica-se que na verdade o aparelho servia também para pesar as drogas vendidas pelo grupo, pois

o próprio acusado Édipo confirmou que era o responsável por fracionar e separar as drogas para a venda em pinos de um grama cada. Ora, se o próprio acusado confirmou em juízo que pagava mil reais por cinquenta gramas e vendia cada grama por cinquenta reais, por óbvio utilizava-se de uma balança para o fracionamento e pesagem das substâncias.

Com efeito, com base em todo o acervo probatório amealhado aos autos, tenho que inexistem dúvidas da autoria do acusado Édipo nos ilícitos que lhe são imputados, até mesmo porque ele confessou com riqueza de detalhes o exercício do comércio espúrio nesta urbe, tendo inclusive confessado que agia em associação com Jeferson. Aliás, verifica-se que a defesa sequer postulou pela absolvição do acusado Édipo no tocante ao crime de tráfico de drogas, pedindo inclusive o reconhecimento da confissão espontânea.

Por outro vértice, consigno que as alegações da acusada Dayane no sentido de que não tinha qualquer envolvimento nas atividades ilícitas do companheiro e do acusado Robson de que não realizava o tráfico de drogas não se revestem de qualquer credibilidade, até mesmo porque foram totalmente derruídas pela interceptação telefônica deferida judicialmente, cujos principais diálogos foram acima transcritos, e pela prova oral coletada nos autos, em especial as declarações dos policiais responsáveis pela investigação, os quais destacaram não ter a menor dúvida quanto ao envolvimento dos quatro acusados no esquema criminoso.

Destaco que o fato de Dayane realizar serviços de beleza em seu salão não a exime de sua responsabilidade penal, pois todas as evidências carreadas aos autos indicam inclusive que a acusada atendia usuários em seu estabelecimento, o que fez inclusive com que perdesse algumas clientes, conforme anunciado pelas testemunhas Marcos Antonio de Paula Cordeiro e Daniel Trindade em juízo.

No tocante ao acusado Jeferson, tenho que melhor sorte não assiste

a defesa quando sustenta que as drogas apreendidas na sua posse eram destinadas ao uso pessoal, pois o próprio acusado confirmou em juízo que embora fosse usuário, realizava a venda de cocaína para o acusado Édipo, dizendo inclusive que o dinheiro apreendido na sua posse era proveniente da venda ilícita.

Não há dúvidas de que a confissão do acusado está em perfeita consonância com os demais elementos de prova carreados aos autos, de modo que inviável a sua absolvição ou até mesmo a desclassificação para o crime previsto no artigo 28 da Lei n. 11.343/2006, uma vez que o exercício da narcotraficância por parte de Jeferson exsurge de forma cristalina do caderno processual, assegurando um juízo sólido de convencimento.

Assim, entendo que devidamente comprovado nos autos que os quatro acusados eram integrantes de uma associação voltada para a venda de cocaína em pinos nesta cidade, da qual Édipo era o chefe e dividia as funções e tarefas inerentes a atividade com sua companheira Dayane, seu cunhado Robson e o subalterno Jeferson, estes dois cada qual em um período, bem assim os lucros obtidos com o comércio espúrio.

Ademais, embora a polícia tenha logrado êxito em apreender pequena quantidade de droga, somente em poder de Jeferson, verifica-se que a interceptação das comunicações telefônicas demonstra que o grupo possuía intensa movimentação de usuários, mas que as drogas eram escondidas em locais de difícil acesso, tanto que em uma das oportunidades dois dependentes químicos não conseguiram comprar entorpecente pois Édipo não estava em casa e Robson não conseguia passar a mão pelo buraco em que a sacola de cocaína estava escondida, o que certamente dificultou a apreensão por parte da Autoridade Policial. Todavia, tal fato não desconstitui o robusto acervo probatório amealhado aos autos, onde a associação para o exercício do tráfico de drogas está abundantemente comprovada, tendo o acusado Édipo inclusive confirmado que vendia cerca de seis porções de R\$ 50,00 por dia.

Aliás, segundo informado pela Autoridade Policial, Édipo traficava muito e tinha um volume intenso de vendas e, conforme ele próprio costumava se gabar, vendia apenas grandes quantidades e valores mais altos, os quais eram transferidos para a conta bancária do acusado para ele não ficar com o dinheiro a mostra e não correr o risco de perder tudo em uma investida policial.

Não obstante, diversos usuários foram abordados pela polícia e vários outros entraram em contato telefônico com o grupo solicitando a entrega de drogas, sendo que as interceptações demonstram ligações constantes ao celular de Édipo, o que evidencia a magnitude do esquema.

Como é cediço “o fato de os entorpecentes não terem sido apreendidos na posse direta do apelante, mas sim de outros traficantes ou usuários, não restringe a estes a demonstração da materialidade delitiva, de modo a ensejar a sua absolvição. Deve ser perquirida a existência de nexos etiológico entre o réu e as substâncias encontradas, que submetidas a exame pericial foram qualificadas como de uso proscrito” (Ap. Crim. 2012.060291-1, Rel. Des. Moacyr de Moraes Lima Filho – 29.12.12).

Não obstante, o acervo probatório se torna ainda mais robusto com a palavra dos policiais responsáveis pelas investigações, conforme declarações acima transcritas, os quais foram firmes em suas declarações, apontando de forma cristalina como funcionava o grupo criminoso, bem como, a divisão de tarefas, salientando que todos tinham participação no esquema.

Diante de todos estes elementos, é possível verificar a forma em que estava organizada a associação criminosa, a divisão de tarefas e a efetiva venda de drogas aos usuários, tudo sob os comandos de Édipo, chefe do esquema, evidenciando a mercancia ilícita narrada na denúncia.

Segundo disposto no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006, constitui o crime de tráfico as condutas de: “*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”.

Tratando-se de crime de ação múltipla ou conteúdo variado, apresentando várias formas de violação da mesma proibição, para sua consumação, é suficiente a prática de uma das ações ali previstas, sendo prescindível a efetiva comprovação da mercancia.

Diante da prova coligida aos autos, insustentável a alegação da defesa de ausência de provas quanto a prática da narcotraficância, pois, para a configuração do crime imputado não é necessário que o agente seja surpreendido comercializando o entorpecente, e diante dos depoimentos uníssonos dos policiais e dos usuários, corroborados pelo restante do conjunto probatório, em especial o relatório de interceptação telefônica, configurado de sobejo o delito capitulado no artigo 33, *caput* da Lei n. 11.343/2006.

No que tange ao delito de associação para tráfico, previsto no art. 35 da Lei de Drogas, tenho que igualmente comprovado nos autos.

Os elementos coligidos aos atos, mormente os depoimentos dos policiais que promoveram a intensa investigação, além da interceptação das comunicações telefônicas, bastam para que se conclua pelo preenchimento dos requisitos legais do art. 35, *caput*, da Lei de Drogas com relação aos quatro acusados.

Analisando os autos conclui-se que os acusados estavam unidos ilícitamente entre si, de forma duradoura e estável, no intuito de realizarem a traficância de cocaína, tendo cada um dos integrantes do grupo as suas funções pré-definidas e coordenadas pelo mentor, no caso, o acusado Édipo.

Para a configuração do delito de associação para o tráfico, é necessária a união de duas ou mais pessoas para o fim de praticar, reiteradamente

ou não, algum dos delitos previstos nos arts. 33, *caput*, da Lei de Drogas. Exige-se, também, que a associação seja estável e permanente, uma vez que a união de esforços ocasional e transitória caracteriza apenas o concurso eventual, rechaçado pela nova lei, e que exista o elemento subjetivo especial, manifestado pela vontade de cometer em conjunto aquelas condutas típicas.

Com efeito, há prova robusta nos autos no sentido de que os acusados agiam com acordo prévio e com ânimo associativo entre si, havendo vínculo estável e permanente, com auxílio mútuo, divisão de tarefas e de ganhos. No caso, é certo que já vinham atuando dessa forma por algum tempo, tanto que os policiais mencionaram que possuíam diversas informações apontando Édipo como chefe do esquema e os demais como seus subordinados, não havendo portanto que se falar em absolvição por ausência de provas.

Conforme amplamente exposto acima, Édipo era o “cabeça” de todo o grupo, ou seja, coordenava a compra e venda das substâncias ilícitas, bem como dava ordens aos seus subalternos e gerenciava os ganhos. Já a acusada Dayane atuava como sua principal aliada, sendo responsável por atender os usuários e inclusive realizar entregas. Aliás, possivelmente a acusada auxiliava também no preparo e armazenamento das porções, já que residia com o companheiro.

O acusado Robson, por sua vez, durante todo o período em que permaneceu residindo nesta cidade, por cerca de um mês, atuou como subalterno do casal, realizando a venda aos usuários e atendendo as ligações quando Édipo não podia fazê-lo. Conforme relatório de interceptação telefônica, quando o chefe do esquema não podia realizar alguma venda, imediatamente contatava o cunhado e o incumbia da tarefa, lhe passando todas as coordenadas.

Todavia, após cerca de um mês de associação com o casal, Robson retornou para São Paulo, com o pretexto de que não conseguiu arrumar

emprego nesta cidade, sendo então substituído pelo acusado Jeferson, o qual estava desempregado e aceitou se associar na venda espúria, aduzindo que recebia três pinos de cocaína a cada dez vendidos. Assim, verifica-se que Jeferson atuava sob os comandos de Édipo e Dayane, efetivando as entregas conforme a determinação dos patrões.

Portanto, tenho que devidamente comprovado nos autos o vínculo associativo entre os acusados para a prática da traficância, não havendo o se falar em absolvição por falta de provas ou ainda em reconhecimento da participação de menor importância, pois inegável que todos transgrediram a norma do art. 35 da Lei n. 11.343/06, pois atuavam com vinculação associativa entre si para, reiteradamente, realizarem o tráfico de drogas, no caso cocaína em pinos, nesta cidade e região, sendo a condenação a única medida imperativa.

Por mais que o acusado Édipo atuasse como chefe do esquema e os demais como subalternos, verifica-se que cada um tinha a sua função pré-definida no grupo, havendo uma divisão de tarefas, na qual cada integrante cumpria importante papel, a fim de aumentar as vendas e angariar cada vez mais lucros. Aliás, não há dúvidas de que a entrega aos usuários é de suma relevância no exercício do comércio espúrio, pois é onde há o maior risco de abordagem policial.

Por fim, necessário consignar a incompatibilidade da causa especial de diminuição prevista no art. 33, § 4º da Lei Antitóxico com a associação para o tráfico, ainda mais quando, como no caso concreto, os agentes já vinham se dedicando às atividades criminosas de longa data, fazendo do tráfico de drogas sua principal fonte de renda.

O fato de os acusados possuírem empregos lícitos certamente não passava de um subterfúgio para esconderem a sua real fonte de renda, no caso o comércio espúrio de cocaína. Assim, não se pode olvidar que os acusados não preenchem um dos requisitos exigidos à espécie, qual seja, sua dedicação às atividades criminosas.

Por todo o exposto, resta evidente nos autos que os acusados Édipo, Dayane, Robson e Jeferson estavam associados entre si para praticarem o tráfico de drogas, tendo cada qual sua função pré-definida no esquema, adquirindo, transportando, guardando, preparando, vendendo, expondo à venda, oferecendo, trazendo consigo, tendo em depósito e entregando a consumo drogas ilícitas, em desacordo com a determinação legal.

Não há dúvida de que os acusados, associados entre si, vinham praticando a narcotraficância nesta urbe e região já há algum tempo, conforme apurado ao longo da instrução criminal. Aliás, fortes os indicativos de que apesar de Édipo e Dayane trabalharem em empregos lícitos, se dedicavam exclusivamente ao tráfico de entorpecentes, induzindo cada vez mais usuários ao consumo de drogas.

Diante disto, devem os quatro serem responsabilizados pelos crimes de tráfico de drogas e associação para o tráfico, previstos nos arts. 33, *caput*, e 35, *caput*, ambos da Lei n. 11.343/2006, tal qual narrado na denúncia.

Dos bens apreendidos (vide auto de exibição de fls. 158-160):

No tocante aos bens e valores em espécie apreendidos em poder dos acusados, é certo que foram obtidos com a prática criminoso e utilizados para fins ilícitos, o que autoriza o perdimento em favor da União.

Segundo disposto no art. 91, do Código Penal:

“Art. 91 - São efeitos da condenação:

‘[...]’

‘II - a perda em favor da União, ressalvado o direito do lesado ou de terceiro de boa-fé:

‘a) dos instrumentos do crime, desde que consistam em coisas cujo fabrico, alienação, uso, porte ou detenção constitua fato ilícito;

‘b) do produto do crime ou de qualquer bem ou valor que constitua proveito auferido pelo agente com a prática do fato criminoso’.

Com relação aos aparelhos telefônicos e balança de precisão, apreendidos nas residências de Édipo, Jeferson e Dayane (descrição à fl. 336), necessário o perdimento e destruição, já que amplamente comprovado nos autos que eram utilizados para a prática do tráfico de drogas, conforme extenso relatório de interceptação telefônica anexado aos autos. Além do mais, referidos aparelhos foram obtidos com o lucro auferido pela prática de tal ilícito, o que autoriza o perdimento nos termos do artigo citado.

Da mesma forma, inquestionável que o numerário apreendido na residência de Jeferson (R\$ 900,00 em espécie) é produto oriundo do tráfico de entorpecentes, uma vez que em nenhum momento a defesa conseguiu comprovar nos autos a origem lícita da quantia e o próprio acusado confirmou que os valores eram provenientes da venda de cocaína.

Logo, imperativo o perdimento dos valores em favor da União.

Destarte, permitindo os elementos contidos nos autos a segura conclusão quanto à materialidade e autoria dos crimes de tráfico de drogas e associação para o tráfico por parte dos acusados Édipo Xudré, Dayane de Oliveira Corrêa, Robson Silva Souza e Jeferson dos Anjos Silva, não havendo causas de exclusão dos crimes ou isenção das penas, imperativa a aplicação correspondente censura legal.

DA DOSIMETRIA E APLICAÇÃO DA PENA:

Com relação ao acusado Édipo Xudré, vulgo “Edipinho”:

Atento as diretrizes do art. 59 do CP, tenho que o acusado agiu com elevado grau de **culpabilidade** em relação aos crimes de tráfico e associação, pois comercializava a substância entorpecente cocaína, em pinos, a qual possui elevado grau de nocividade à saúde pública, tendo

em vista a rapidez com que submete o usuário à dependência, causando-lhe, por consequência, danos físicos e psíquicos graves e irreversíveis (Apelação Criminal n. 2009.001203-3, de Joinville, rela. Desa. Salete Silva Sommariva). E depois, importante consignar que o acusado já vinha se dedicando à narcotraficância de longa data e ocupava a condição de mentor, chefe e organizador da associação voltada ao tráfico de drogas, sendo responsável por manter e abastecer o ponto de tráfico, adquirir as drogas dos fornecedores e prepará-las para a venda, além de coordenar os trabalhos de seus subalternos, assim como efetuar a venda direta aos usuários, de modo que esta circunstância lhe é negativa em relação aos dois delitos narrados na denúncia.

É primário, e não registra **antecedentes criminais** contra si (fls. 179-180; 203; 645; 647). A **personalidade e conduta social**, apesar de ser voltadas para os sinuosos caminhos do crime e do envolvimento com o tráfico de drogas há considerável período de tempo, não restaram melhor apuradas nos autos e foram abonadas pelos testigos de defesa, de modo que devem ser consideradas normais.

As **circunstâncias** já foram analisadas, não implicando em agravamento ou atenuação, enquanto que as **consequências**, apesar de graves, em razão do pós-consumo gerado pelo vício da substância “cocaína” e diante dos malefícios causados pelas drogas na sociedade, são inerentes ao tipo, de modo que tal circunstância não pode ser considerada negativa. A **vítima**, no caso toda a sociedade, não contribuiu para a prática dos crimes perpetrados pelo acusado.

Com relação ao crime de tráfico de drogas:

Considerando que ao menos a culpabilidade lhe é negativa, necessária a exacerbação da pena-base (em 1/6, conforme entendimento dominante), que fixo em cinco (5) anos e dez (10) meses de reclusão, e quinhentos e oitenta e três (583) dias-multa, a razão de um trigésimo (1/30) do salário mínimo vigente à época dos fatos, por cada dia-multa,

corrigidos na forma legal, observado o princípio da proporcionalidade entre o aumento da reprimenda corporal e da pena de multa, que devem guardar similitude de aumento entre si.

Na segunda fase, inexistem circunstâncias agravantes a serem consideradas, mas como atenuante, milita em favor do acusado a confissão espontânea (art. 65, III, 'd', CP), de modo que reduz a reprimenda em um sexto (1/6), totalizando-a em cinco (5) anos de reclusão.

A pena de multa, submetida ao critério bifásico – isto é, agravantes e atenuantes não incidem sobre a sanção pecuniária –, permanece inalterada.

Na ausência de causas de aumento ou diminuição, já que incabível o reconhecimento daquela prevista no § 4º, do art. 33, da Lei Antitóxica, conforme acima analisado, totalizo a pena em **cinco (5) anos de reclusão, e quinhentos e oitenta e três (583) dias-multa**, no valor e forma mencionados.

Quanto ao crime de associação para o tráfico:

Considerando as mesmas circunstâncias judiciais já analisadas em relação ao crime de tráfico de drogas, fixo a pena-base para o crime de associação em três (3) anos e seis (6) meses de reclusão (aumento de 1/6, em razão da culpabilidade negativa), e setecentos e trinta e cinco (735) dias-multa, a razão de um trigésimo (1/30) do salário mínimo vigente à época dos fatos, por cada dia-multa, corrigidos na forma legal, observando-se o princípio da proporcionalidade.

Inexistem circunstâncias agravantes a serem consideradas na segunda fase de aplicação, mas como atenuante, reconheço a confissão espontânea (art. 65, III, 'd', CP), e reduz a pena em um sexto (1/6), totalizando-a em três (3) anos de reclusão.

Ausentes causas de aumento ou diminuição, pelo que concretizo a pena em **três (3) anos de reclusão, e setecentos e trinta e cinco (735) dias-multa**, no valor e forma mencionados.

Do concurso material (art. 69, caput, do CP):

Tendo em vista que o acusado praticou os crimes de tráfico de drogas e associação para o tráfico em concurso material, ou seja, mediante mais de uma ação, aplico a regra prevista no art. 69, *caput*, do Código Penal, e totalizo as penas em **oito (8) anos de reclusão, e mil trezentos e dezoito (1.318) dias-multa**, no valor e forma mencionados.

Nos termos do art. 2º, § 1º, da Lei 8.072/90 e art. 33, § 3º do CP, diante do *quantum* de pena aplicada, habitualidade na prática do tráfico de drogas e alto grau de reprovação de suas condutas, estabeleço o regime fechado para início de cumprimento da pena.

Com relação à acusada Dayane de Oliveira Corrêa:

Em análise às diretrizes do art. 59 do CP, tenho que a acusada agiu com elevado grau de **culpabilidade** em relação ao crime de tráfico, pois comercializava a substância entorpecente cocaína, em pinos, a qual possui elevado grau de nocividade à saúde pública, tendo em vista a rapidez com que submete o usuário à dependência, causando-lhe, por consequência, danos físicos e psíquicos graves e irreversíveis (Apelação Criminal n. 2009.001203-3, de Joinville, rela. Desa. Salete Silva Sommariva). E depois, consigno que a acusada ocupava a condição de braço direito do mentor da organização criminosa, o auxiliando diretamente na prática do comércio espúrio, de modo que tal circunstância deve ser considerada negativa em relação ao crime de tráfico, conforme art. 42 da Lei n. 11.343/2006.

A acusada é primária, e não registra **antecedentes criminais** (fls. 175-176; 412; 646; 652). **A personalidade e conduta social**, apesar de ser voltadas para os sinuosos caminhos do crime e do envolvimento com o tráfico de drogas há considerável período de tempo, não restaram melhor apuradas nos autos e foram abonadas pelos testigos de defesa, de modo que devem ser consideradas normais.

As **circunstâncias** já foram analisadas, não implicando em agravamento

ou atenuação, enquanto que as **consequências**, apesar de graves, em razão do pós-consumo gerado pelo vício da substância “cocaína” e diante dos malefícios causados pelas drogas na sociedade, são inerentes ao tipo, de modo que tal circunstância não pode ser considerada negativa. A **vítima**, no caso toda a sociedade, não contribuiu para a prática dos crimes perpetrados pela acusada.

Com relação ao crime de tráfico de drogas:

Tendo em vista que ao menos a culpabilidade lhe é negativa, necessária a exacerbação da pena-base (em 1/6, conforme entendimento dominante), que fixo em cinco (5) anos e dez (10) meses de reclusão, e quinhentos e oitenta e três (583) dias-multa, a razão de um trigésimo (1/30) do salário mínimo vigente à época dos fatos, por cada dia-multa, corrigidos na forma legal, observado o princípio da proporcionalidade entre o aumento da reprimenda corporal e da pena de multa, que devem guardar similitude de aumento entre si.

Na segunda fase da dosimetria, não há circunstâncias agravantes ou atenuantes a serem consideradas, permanecendo imutável a reprimenda.

Na ausência de causas de aumento ou diminuição, pois incabível o reconhecimento daquela prevista no § 4º, do art. 33, da Lei Antitóxica, conforme acima analisado, totalizo a pena em **cinco (5) anos e dez (10) meses de reclusão, e quinhentos e oitenta e três (583) dias-multa**, no valor e forma mencionados.

Quanto ao crime de associação para o tráfico:

Considerando que em relação a este ilícito as circunstâncias não lhe são desfavoráveis, desnecessária a exacerbação da pena-base, que estabeleço em três (3) anos de reclusão e setecentos (700) dias-multa, a razão de um trigésimo (1/30) do salário mínimo vigente à época dos fatos, por cada dia-multa, corrigidos na forma legal.

Inexistem circunstâncias agravantes ou a atenuantes suscetíveis de influenciar no cálculo nesta segunda fase de aplicação.

Ausentes causas de aumento ou diminuição, pelo que concretizo a pena em **três (3) anos de reclusão, e setecentos (700) dias-multa**, no valor e forma mencionados.

Do concurso material (art. 69, caput, do CP):

Tendo em vista que a acusada praticou os crimes de tráfico de drogas e associação para o tráfico em concurso material, ou seja, mediante mais de uma ação, aplico a regra prevista no art. 69, *caput*, do Código Penal, e totalizo as penas em **oito (8) anos e dez (10) meses de reclusão, e mil duzentos e oitenta e três (1.283) dias-multa**, no valor e forma mencionados.

Nos termos do art. 2º, § 1º, da Lei 8.072/90 e art. 33, § 3º do CP, diante do *quantum* de pena aplicada, habitualidade na prática do tráfico de drogas e alto grau de reprovação de suas condutas, estabeleço o regime fechado para início de cumprimento da pena.

Com relação ao acusado Robson Silva Sousa, vulgo “Robinho”:

Igualmente, em análise às diretrizes do art. 59 do CP, tenho que o acusado agiu com elevado grau de **culpabilidade** em relação ao crime de tráfico, pois comercializava a substância entorpecente cocaína, em pinos, a qual possui elevado grau de nocividade à saúde pública, tendo em vista a rapidez com que submete o usuário à dependência, causando-lhe, por consequência, danos físicos e psíquicos graves e irreversíveis (Apelação Criminal n. 2009.001203-3, de Joinville, rela. Desa. Salete Silva Sommariva). E depois, consigno que auxiliava diretamente o mentor do esquema na venda de drogas aos usuários, razão pela qual tal circunstância deve ser considerada negativa em relação ao crime de tráfico, nos termos do art. 42 da Lei n. 11.343/2006.

É primário, e não registra **antecedentes criminais** (fls. 223-224; 337; 406-410; 648 e 650). A **personalidade e conduta social**, apesar de ser voltadas para os sinuosos caminhos do crime e do envolvimento com

o tráfico de drogas, não restaram melhor apuradas nos autos e devem ser consideradas normais.

As **circunstâncias** já foram analisadas, não implicando em agravamento ou atenuação, enquanto que as **consequências**, apesar de graves, em razão do pós-consumo gerado pelo vício da substância “cocaína” e diante dos malefícios causados pelas drogas na sociedade, são inerentes ao tipo, de modo que tal circunstância não pode ser considerada negativa. A **vítima**, no caso toda a sociedade, não contribuiu para a prática dos crimes perpetrados pela acusada.

Com relação ao crime de tráfico de drogas:

Considerando que conforme acima fundamentado, ao menos a culpabilidade lhe é negativa, necessária a exacerbação da pena-base (em 1/6, conforme entendimento dominante), que fixo em cinco (5) anos e dez (10) meses de reclusão, e quinhentos e oitenta e três (583) dias-multa, no valor de um trigésimo (1/30) do salário mínimo vigente à época dos fatos, por cada dia-multa, corrigidos na forma legal, observado o princípio da proporcionalidade entre o aumento da reprimenda corporal e da pena de multa, que devem guardar similitude de aumento entre si.

Na segunda etapa da dosimetria, inexistem circunstâncias agravantes ou atenuantes a serem consideradas, permanecendo imutável a reprimenda.

Ausentes causas de aumento ou diminuição, já que incabível o reconhecimento daquela prevista no § 4º, do art. 33, da Lei Antitóxica, conforme acima analisado, totalizo a pena em **cinco (5) anos e dez (10) meses de reclusão, e quinhentos e oitenta e três (583) dias-multa**, no valor e forma mencionados.

Quanto ao crime de associação para o tráfico:

Tendo em vista que em relação a este delito, as circunstâncias não lhe são desfavoráveis, desnecessária a exacerbação da pena-base, que

estabeleço em três (3) anos de reclusão e setecentos (700) dias-multa vigente à época dos fatos, a razão de um trigésimo (1/30) do salário mínimo, por cada dia-multa, corrigidos na forma legal.

Inexistem circunstâncias agravantes ou a atenuantes suscetíveis de influenciar no cálculo nesta segunda fase de aplicação.

Ausentes causas de aumento ou diminuição, pelo que concretizo a pena em **três (3) anos de reclusão, e setecentos (700) dias-multa**, no valor e forma acima mencionados.

Do concurso material (art. 69, caput, do CP):

Tendo em vista que o acusado praticou os crimes de tráfico de drogas e associação para o tráfico em concurso material, ou seja, mediante mais de uma ação, aplico a regra prevista no art. 69, *caput*, do Código Penal, e totalizo as penas em **oito (8) anos e dez (10) meses de reclusão, e mil duzentos e oitenta e três (1.283) dias-multa**, no valor e forma mencionados.

Nos termos do art. 2º, § 1º, da Lei 8.072/90 e art. 33, § 3º do CP, diante do *quantum* de pena aplicada, habitualidade na prática do tráfico de drogas e alto grau de reprovação de suas condutas, estabeleço o regime fechado para início de cumprimento da pena.

Com relação ao acusado Jeferson dos Anjos Silva:

Em atenção ao art. 59 do CP, tenho que o acusado agiu com elevado grau de **culpabilidade** em relação ao crime de tráfico, pois comercializava a substância entorpecente cocaína, em pinos, a qual possui elevado grau de nocividade à saúde pública, tendo em vista a rapidez com que submete o usuário à dependência, causando-lhe, por consequência, danos físicos e psíquicos graves e irreversíveis (Apelação Criminal n. 2009.001203-3, de Joinville, rela. Desa. Salete Silva Sommariva). E depois, consigno que auxiliava diretamente o mentor do esquema na venda de drogas aos usuários, razão pela qual tal circunstância deve ser considerada

negativa em relação ao crime de tráfico, nos termos do art. 42 da Lei n. 11.343/2006.

É **primário**, e não registra **antecedentes criminais** (fls. 177-178; 190; 649; e 651). A **personalidade e conduta social**, apesar de ser voltadas para os sinuosos caminhos do crime e do envolvimento com o tráfico de drogas, não restaram melhor apuradas nos autos e devem ser consideradas normais.

As **circunstâncias** já foram analisadas, não implicando em agravamento ou atenuação, enquanto que as **consequências**, apesar de graves, em razão do pós-consumo gerado pelo vício da substância “cocaína” e diante dos malefícios causados pelas drogas na sociedade, são inerentes ao tipo, de modo que tal circunstância não pode ser considerada negativa. A **vítima**, no caso toda a sociedade, não contribuiu para a prática dos crimes perpetrados pela acusada.

Com relação ao crime de tráfico de drogas:

Considerando que conforme acima fundamentado, ao menos a culpabilidade lhe é negativa, necessária a exacerbação da pena-base (em 1/6, conforme entendimento dominante), que fixo em cinco (5) anos e dez (10) meses de reclusão, e quinhentos e oitenta e três (583) dias-multa, no valor de um trigésimo (1/30) do salário mínimo vigente à época dos fatos, por cada dia-multa, corrigidos na forma legal, observado o princípio da proporcionalidade entre o aumento da reprimenda corporal e da pena de multa, que devem guardar similitude de aumento entre si.

Na segunda fase, inexistem circunstâncias agravantes a serem consideradas, mas como atenuantes, reconheço a menoridade relativa do agente e confissão espontânea (art. 65, I e III, ‘d’, CP), de modo que reduz a reprimenda em um sexto (1/6), nos termos da Súmula 231 do STJ, totalizando-a em cinco (5) anos de reclusão.

A pena de multa, submetida ao critério bifásico – isto é, agravantes

e atenuantes não incidem sobre a sanção pecuniária –, permanece inalterada.

Ausentes causas de aumento ou diminuição, já que incabível o reconhecimento daquela prevista no § 4º, do art. 33, da Lei Antitóxico, conforme acima analisado, totalizo a pena em **cinco (5) anos de reclusão, e quinhentos e oitenta e três (583) dias-multa**, no valor e forma mencionados.

Quanto ao crime de associação para o tráfico:

Tendo em vista que em relação a este delito, as circunstâncias não lhe são desfavoráveis, desnecessária a exacerbação da pena-base, que estabeleço em três (3) anos de reclusão e setecentos (700) dias-multa vigente à época dos fatos, a razão de um trigésimo (1/30) do salário mínimo, por cada dia-multa, corrigidos na forma legal.

Inexistem circunstâncias agravantes ou a atenuantes suscetíveis de influenciar no cálculo nesta segunda fase de aplicação, uma vez que mesmo reconhecidas a menoridade relativa do agente e confissão espontânea (art. 65, I e III, 'd', CP), a pena já se limitou ao mínimo legal e não pode vir *aquém*, nos termos da Súmula 231 do STJ.

Ausentes causas de aumento ou diminuição, pelo que concretizo a pena em **três (3) anos de reclusão, e setecentos (700) dias-multa**, no valor e forma acima mencionados.

Do concurso material (art. 69, caput, do CP):

Tendo em vista que o acusado praticou os crimes de tráfico de drogas e associação para o tráfico em concurso material, ou seja, mediante mais de uma ação, aplico a regra prevista no art. 69, *caput*, do Código Penal, e totalizo as penas em **oito (8) anos de reclusão, e mil duzentos e oitenta e três (1.283) dias-multa**, no valor e forma acima mencionados.

Nos termos do art. 2º, § 1º, da Lei 8.072/90 e art. 33, § 3º do CP, diante do *quantum* de pena aplicada, habitualidade na prática do tráfico de drogas e alto grau de reprovação de suas condutas, estabelecem o regime fechado para início de cumprimento da pena.

Ante o exposto, **JULGO PROCEDENTE** a denúncia, para:

a) condenar o acusado **ÉDIPO XUDRÉ**, vulgo “**Edipinho**”, já qualificado nos autos, às penas de **oito (8) anos de reclusão**, em regime inicial fechado (art. 33, § 3º, CP), e **um mil, trezentos e dezoito (1.318) dias-multa**, no valor de um trigésimo (1/30) do salário mínimo vigente à época dos fatos, por cada dia-multa, corrigidos na forma legal, pela prática dos crimes previstos artigo 33, *caput*, e artigo 35, *caput*, ambos da Lei n. 11.343/2006, c/c artigo 69, *caput*, do Código Penal;

b) **condenar** a acusada **DAYANE DE OLIVEIRA CORRÊA**, também já identificada nos autos, às penas de **oito (8) anos e dez (10) meses de reclusão**, em regime inicial fechado (art. 33, § 3º, CP), e **um mil, duzentos e oitenta e três (1.283) dias-multa**, no valor de um trigésimo (1/30) do salário mínimo vigente à época dos fatos, por cada dia-multa, corrigidos na forma legal, pela prática dos crimes previstos artigo 33, *caput*, e artigo 35, *caput*, ambos da Lei n. 11.343/2006, c/c artigo 69, *caput*, do Código Penal;

c) **condenar** o acusado **ROBSON SILVA SOUSA**, vulgo “**Robinho**”, identificado nos autos, às penas de **oito (8) anos e dez (10) meses de reclusão**, em regime inicial fechado (art. 33, § 3º, CP), e **um mil, duzentos e oitenta e três (1.283) dias-multa**, no valor de um trigésimo (1/30) do salário mínimo vigente à época dos fatos, por cada dia-multa, corrigidos na forma legal, pela prática dos crimes previstos artigo 33, *caput*, e artigo 35, *caput*, ambos da Lei n. 11.343/2006, c/c artigo 69, *caput*, do Código Penal; e

d) **condenar** o acusado **JEFERSON DOS ANJOS SILVA**, já identificado nos autos, às penas de **oito (8) anos de reclusão**, em regime

inicial fechado (art. 33, § 3º, CP), e **um mil, duzentos e oitenta e três (1.283) dias-multa**, no valor de um trigésimo (1/30) do salário mínimo vigente à época dos fatos, por cada dia-multa, corrigidos na forma legal, pela prática dos crimes previstos artigo 33, *caput*, e artigo 35, *caput*, ambos da Lei n. 11.343/2006, c/c artigo 69, *caput*, do Código Penal.

Condeno-os ainda, ao pagamento das custas processuais, na proporção de um quarto (1/4) para cada um, que deverão ser satisfeitas juntamente com a multa, no prazo de dez (10) dias, a contar do trânsito em julgado da sentença (art. 50 do CP).

Nos termos do art. 44, inciso III, do Código Penal, filio-me ao entendimento de que diante da natureza e alto grau de reprovabilidade dos crimes de tráfico de drogas e associação para o tráfico, cujas práticas tem trazido sérios malefícios ao seio social, que clama por medidas enérgicas da Justiça para a prevenção e repressão destes ilícitos, pois além de altamente nocivos à saúde pública, são ainda os maiores instigadores da prática de outros crimes, em especial, de natureza patrimonial, incabível a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, benesse que tem por objetivo abrandar as penas de crimes menos graves.

Não fosse só isso, verifica-se que o crime de tráfico de drogas foi inclusive equiparado aos crimes hediondos, o que mais uma vez demonstra a sua gravidade e necessidade de maior repreensão por parte do Poder Judiciário.

Além do mais, inviável a conversão da reprimenda corporal em restritiva de direitos, por incompatibilidade com o regime fixado para o cumprimento da pena, qual seja, fechado.

Incabível ainda a concessão de referido benefício ou de sursis, em razão do *quantum* de pena aplicado, nos termos dos artigos 44, I, e 77, *caput*, ambos do Código Penal.

Logo, deixo de lhes conceder tais benesses legais.

Outrossim, nego aos acusados **Édipo, Dayane e Jeferson** o direito de recorrerem em liberdade. Não é razoável que após terem permanecido segregados durante toda a tramitação processual em razão da decretação da prisão preventiva, sejam libertados justamente quando condenados pela prática dos graves crimes narrados na denúncia, um deles inclusive equiparado à hediondo. E depois, ainda presentes os requisitos autorizadores da custódia cautelar, principalmente para garantia da ordem pública, diante do bem articulado esquema criminoso voltando para a venda de cocaína em pinos exercido pelo grupo, havendo fundados indicativos de que uma vez em liberdade, voltarão a comercializar entorpecentes, em especial pelo fato de as investigações terem comprovado que o tráfico vinha sendo realizado há considerável período de tempo e que havia movimentação intensa de usuários.

Considerando o disposto no § 2º do artigo 387 do CPP, incluído pela Lei n. 12.736/12, passo a aplicar a detração e observo que os acusados estão segregados desde 28-7-2016, isto é, 4 meses e 4 dias, de modo que diante do *quantum* de pena aplicado, ainda não cumpriram o requisito objetivo necessário à progressão de regime, devendo iniciar o resgate das penas provisórias no regime fixado, isto é, fechado. Observe-se nas cartas de guia a detração da pena.

Mantenhm-se os sentenciados na prisão em que se encontram.

Diante da condenação e não concessão ao direito de recorrerem em liberdade, requisitem-se imediatas vagas junto ao DEAP e expeçam-se PEC's provisórios.

Por outro vértice, concedo ao acusado **Robson** o direito de recorrer em liberdade, uma vez que liberado provisoriamente no dia 22-8-2016, compareceu a todos os atos processuais aos quais foi intimado e não causou óbice à instrução do feito. Além disso, mesmo estando há

mais de três meses em liberdade, não há notícia nos autos de que tenha voltado a traficar drogas ou descumprido as cautelares estabelecidas por este juízo, de modo que não vislumbro presentes os requisitos autorizadores de sua segregação preventiva. Contudo, mantenho as medidas cautelares estabelecidas às fls. 266-267.

Após o trânsito em julgado, lance-se-lhes os nomes no Rol de Culpados e procedam-se às anotações e comunicações necessárias, inclusive ao Cartório Eleitoral (art. 15, III, da CF) e à Egrégia Corregedoria-Geral da Justiça.

Tratando-se de crimes de tráfico de drogas e associação para o tráfico, ambos praticados contra a incolumidade pública, mesmo considerando que estes ocorreram depois do advento da Lei n. 11.719/08, deixo de fixar valor mínimo para reparação dos danos causados pelas infrações.

Tendo em vista que não houve controvérsia sobre a natureza da droga apreendida, nos termos dos art. 50, § 3º, e 72, todos da Lei 11.343/2008 (com a redação dada pela Lei n. 12.961/2014), determino a destruição dos estupefacientes.

Declaro perdidos em favor da União o numerário, balança de precisão e aparelhos telefônicos apreendidos em poder dos réus, oriundos e utilizados para a narcotraficância, já que em nenhum momento a defesa comprovou sua origem lícita, devendo o Cartório cumprir o disposto no art. 63, § 1º e 2º, da Lei n. 11.343/2006 com relação aos valores em espécie. Os aparelhos telefônicos e balança de precisão deverão ser destruídos.

Cumpridos todos os desdobramentos da sentença, arquivem-se os autos, com as baixas necessárias.

Publique-se.

Registre-se.

Intimem-se.

Diante da orientação do Conselho Nacional de Justiça no PCA n. 000420-24.2013.2.00.0000 e, nos termos do art. 128, I, da Lei Complementar n. 80/94, tratando-se de processo digital, determino a intimação pessoal do Defensor Público, com vista dos autos, por meio do portal eletrônico.

Brusque (SC), 01 de dezembro de 2016.

Edemar Leopoldo Schlösser
Juiz de Direito

Autos n. 0900156-96.2014.8.24.0011

Ação: Ação Penal – Procedimento Ordinário/PROC

Autor: Ministério Público do Estado de Santa Catarina

Acusado: João Alexandre Vargas e outros

Vistos, etc.

JOÃO ALEXANDRE VARGAS, brasileiro, casado, mecânico, nascido em 17-1-1985, natural de Brusque/SC, filho de Luiz Manoel Vargas e Zilda Vargas, residente na Rua João Orlando Imhof, n. 23, bairro São Pedro, Brusque/SC; JOSÉ LUIZ VARGAS, vulgo “Zé”, brasileiro, casado, mecânico, nascido em 12-10-1970, residente na Rua Fortunato Tórmena, n. 74, Santa Terezinha, Brusque/SC; IANDERSON ANACLETO, brasileiro, casado, advogado, nascido em 15-5-1981, natural de Brusque/SC, filho de Sebastião Ernestino Anacleto e Célia Maria dos Santos Anacleto, com endereço na Rua Marechal Floriano, n. 121, apto 405, Santa Rita, Brusque/SC; DANTES KRIEGER FILHO, brasileiro, casado, advogado, nascido em 15-5-1981, natural de Brusque/SC, filho de Dantes Krieger e de Mirian Krieger, com endereço na Rua Daniel Imhof, n. 191, São Luiz, Brusque/SC; LUIS ALBERTO VISCONTI, brasileiro, casado, empresário, nascido em 9-5-1982, natural de Brusque/SC, filho de Afonso Visconti e Maria Visconti, com endereço na Rua São Pedro, n. 814, bairro São Pedro, Brusque/SC; e SÉRGIO AMORIM, brasileiro, casado, eletricitista, nascido em 26-5-1965, natural de Brusque/SC, filho de Andrino Bento Amorim e Hilda Schmidt Amorim, com endereço na Rua Paulo Bauer, n. 138, bairro São Luiz, Brusque/SC, foram denunciados pelo Ministério Público do Estado de Santa Catarina pela prática dos crimes previstos nos artigos 298, *caput*, do Código Penal e 96, V, da Lei n.º. 8.666/93, por 43 vezes (João e José), 342, § 1º, do Código Penal (todos), e 40, § 1º, da Lei n.º. 6.538/78 (José, João, Dantes e Ianderson), porque segundo a denúncia, *in verbis*:

“Conforme apurado no Procedimento de Investigação Criminal nº 06.2014.00010060-7 (o qual por sua vez, em grande parte, é cópia do apurado no Inquérito Civil nº 06.2012.00007348-4), a empresa Nit Clínica Automotiva, que possui como sócios gerentes JOÃO ALEXANDRE VARGAS e JOSÉ LUIS VARGAS (contrato social às fls. 1751/1773), vem firmando, de forma sequencial, ao menos desde o ano de 2011, contratos com o Município de Brusque para o fim de prestar serviços de manutenção dos veículos da frota daquele ente público (vide contratos de fls. 372/379 e fls. 427/431).

De acordo com as cláusulas daqueles contratos, era obrigação da empresa contratada o seguinte: a) quanto à prestação dos serviços de manutenção automotiva deve a empresa contratada “responsabilizar-se pelos serviços prestados os quais deverão ser executados no tempo acordado e conforme norma técnica do fabricante da marca do veículo, além de compatibilidade a padrões de tempo de execução para cada tipo de serviço utilizados pelas concessionárias. Antes da execução de cada serviço proposto, deverá ser previamente apresentado à Prefeitura Municipal de Brusque o orçamento em papel timbrado, datado e assinado constando minuciosamente os serviços a serem executados, peças a serem substituídas (constando 3 orçamentos das mesmas efetuados no mercado com a real comprovação do melhor preço de mercado), materiais a serem empregados, tempo de execução do serviço com a respectiva hora/homem a ser trabalhada, tudo com os valores propostos para cada item específico, de forma à verificação objetiva e comparativa com valores constantes do contrato, para prévia aprovação; b) quanto ao fornecimento de peças automotivas deve a empresa “fornecer orçamento prévio das peças solicitadas, obedecendo ao desconto concedido sobre a Tabela de Peças ao Consumidor a concessionária autorizada, em papel timbrado, datado, carimbado e assinado por representante legal ou ainda mediante três orçamentos, sempre sujeito à verificação da Administração.

Assim, a Nit Clínica Automotiva havia sido contratada mediante licitação tão só para a prestação de serviços de manutenção automotiva. Toda vez que, além da prestação do serviço, houvesse também a necessidade da troca de peças dos veículos da frota do Município de Brusque, devia a Nit Clínica Automotiva apresentar três orçamentos

de empresas distintas, garantindo, assim, que as peças fossem sempre compradas pelo menor preço, ou seja, que as peças fossem sempre compradas da empresa que apresentasse o menor orçamento para venda da peça.

Foi nesse ponto (o da necessidade de apresentar três orçamentos distintos para a compra de peças) que os sócios gerentes da Nit Clínica Automotiva encontraram, de maneira ilícita, uma verdadeira “mina de ouro”: passaram eles a falsificar o orçamento de duas empresas (colocando nesses orçamentos um valor das peças acima daquele de mercado) e apresentar um terceiro orçamento (um pouco mais em conta, mas ainda assim em valor acima do mercado) produzido pela própria Nit Clínica Automotiva (que, nos orçamentos, usava o seu nome fantasia, qual seja: Speed Clínica Automotiva). Outras vezes ainda, ao invés de falsificar dois orçamentos, falsificavam apenas um e o outro era colhido na empresa JJ Vargas Auto Peças, que também de propriedade de JOÃO ALEXANDRE VARGAS e JOSÉ LUIS VARGAS (vide fls. 1751/1773), criando, também assim, ficcionalmente, uma competição (entre os orçamentos) que não ocorria na realidade fática.

Dessa forma garantiram JOÃO ALEXANDRE VARGAS e JOSÉ LUIS VARGAS, durante todo o período dos contratos (que, como já afirmado, perduram ao menos desde o ano de 2011), que todas as vezes em que era fornecida uma peça ao Município de Brusque, ocorressem duas vantagens ilícitas distintas: a) em primeiro lugar, que as peças fossem sempre fornecidas pela empresa Nit Clínica Automotiva (Speed Clínica Automotiva); b) em segundo, que o fornecimento dessas peças acontecesse por preços superfaturados. O Município de Brusque já foi notificado dessas e outras fraudes cometidas pela Nit Clínica Automotiva (vide fls. 1655/1673), tendo encomendado uma auditoria para apurar o “rombo” causado ao ente público (vide fl. 1794). Isto é, a fraude não se esgota no que está sendo relatado nesta denúncia, pois: a) a falsificação de orçamentos e a manipulação de preços ocorreram em vários outros momentos, os quais serão apresentados em denúncia autônoma, após o esgotamento da auditoria já mencionada; b) além da falsificação de orçamentos e da manipulação de preços, os sócios gerentes da Nit Clínica Automotiva cometeram outras fraudes (como, por exemplo, a cobrança

por horas de serviço não prestados), as quais também serão objeto de denúncia autônoma, após o esgotamento da referida auditoria.

Para os fins desta específica denúncia criminal, segue relação descritiva dos momentos em que ocorreu a fraude antes descrita, isto é, quadro em que são descritas as ocasiões em que houve falsificação e manipulação de preços de orçamentos, de modo a garantir que a Nit Clínica Automotiva (Speed) fosse sempre a fornecedora de peças ao Município de Brusque (com preços superfaturados). Nesse quadro, como já informado acima, estão também explicitadas as ocasiões em que, ao invés de falsificar um terceiro orçamento, JOÃO ALEXANDRE VARGAS e JOSÉ LUIS VARGAS apresentaram um orçamento de uma empresa que também pertencia a eles (JJ Vargas Auto Peças), da mesma forma fraudando o Município de Brusque (vide fls. 6-11 da denúncia).

Releva deixar claro que os representantes da Auto Mecânica Pinheiro (Cristian Pinheiro e Roberto Pinheiro), da Auto Elétrica e Rodoar Três Irmãos (Grasiela Schovembach e Samuel Schovembach), da Mecânica Trucar (Eusébio de Souza e Hailton Mendes), da BBI Brusque Bombas Injetoras (Joel Floriano) confirmaram que os orçamentos arrolados acima não foram entregues por sua empresa, sendo, sim, falsificados. Por outro lado, os representantes da Conexão Auto Elétrica e Ar Condicionado e da Auto Elétrica Amorim negaram que o seu orçamento tivesse sido falsificado, razão pela qual, conforme explicado com mais vagar à frente, estão sendo processados nesta peça pelo crime de falso testemunho.

Assim, e para os fins específicos desta denúncia criminal, JOÃO ALEXANDRE VARGAS e JOSÉ LUIS VARGAS, em comum acordo, por 43 vezes, falsificaram orçamentos de empresas alheias (fabricaram, em cima de um orçamento em branco, um orçamento que jamais havia sido apresentado por essas empresas alheias), utilizaram orçamentos de uma outra empresa que também lhes pertencia (JJ Vargas Auto Peças), forjando uma competição que não existia, e superfaturaram o valor de peças vendida ao Município de Brusque (sobre o superfaturamento, vide documentação de fls. 1471/1653). Ao assim agirem JOÃO ALEXANDRE VARGAS e JOSÉ LUIS VARGAS cometeram os crimes do artigo 298 do Código Penal e do artigo 96, V, da Lei de Licitações:

[...]

A apuração de todos esses fatos demandou um longo trabalho de investigação, o qual culminou com a oitiva das pessoas envolvidas na fraude, o que aconteceu no Inquérito Civil nº 06.2012.00007348-4. O Ministério Público iniciou as oitivas pelos próprios JOÃO ALEXANDRE VARGAS e JOSÉ LUIS VARGAS, os quais compareceram na Promotoria de Justiça da Moralidade de Brusque para serem inquiridos na data de 10 de outubro de 2014 (vide fls. 1783/1785), acompanhados dos advogados IANDERSON ANACLETO e DANTES KRIEGER FILHO. Nesse momento, os advogados de JOÃO ALEXANDRE VARGAS e JOSÉ LUIZ VARGAS já tinham tido acesso integral ao Inquérito Civil (vide fl. 1685) e, especialmente, ao despacho de fls. 1655/1673, que explicava, passo a passo, como as fraudes haviam sido realizadas.

Na sequência, o Ministério Público passou a inquirir os proprietários das oficinas cujos orçamentos haviam sido falsificados.

Assim, no dia 14 de outubro de 2014, Grasiela Schovembach, uma das proprietárias da Auto Elétrica e Rodoar 3 Irmãos Ltda. (vide fls. 1725/1734 e mídia contida nos autos), foi inquirida na 3ª Promotoria de Justiça e disse: não ter elaborado os orçamentos contidos nos autos, que muitas das peças indicadas nos orçamentos nem são objeto de trabalho da sua empresa e que JOÃO ALEXANDRE VARGAS, acompanhado de um de seus advogados, procurou seu marido (Samuel Schovembach) “para resolver tudo, porque sabemos que vocês não fizeram nada”. A proposta não foi aceita pelo marido de Grasiela Schovembach, evitando, assim, que se consumasse o real intento dos denunciados, que era convencer Samuel Schovembach a dizer ao Ministério Público que havia sido ele e sua esposa quem haviam preenchido os orçamentos.

Também no dia 14 de outubro de 2014, Samuel Schovembach, o outro proprietário da Auto Elétrica 3 Irmãos (vide fls. 1725/1734 e mídia contida nos autos), confirmou que os orçamentos foram falsificados. Disse ainda ter sido procurado por JOÃO ALEXANDRE VARGAS, acompanhado de um de seus advogados, o qual lhe disse para “não esquentar a cabeça que meu advogado vai fazer tudo para ti”. Samuel

Shovembach negou a ajuda, evitando, assim, que se consumasse o real objetivo dos denunciados, que convencer Samuel Shovembach a dizer ao Ministério Público que havia sido ele e sua esposa quem haviam preenchido os orçamentos.

Ainda no dia 14 de outubro de 2014, Euzébio de Souza, um dos proprietários da Mecânica Trucar (vide fls. 1734/1749 e mídia contida nos autos), foi inquirido na 3ª Promotoria de Justiça de Brusque. Na ocasião ele disse que dias antes havia chegado em seu local de trabalho um ofício do Ministério Público (aquele de fl. 1681, que requisitava que, no prazo de 10 dias, ele comprovasse que os materiais indicados nos orçamentos da Mecânica Trucar tinham realmente dado entrada em sua empresa). Disse também que, visto que o depoente não se encontrava no trabalho, o documento foi recebido por seu filho (Hailton Mendes de Souza), o qual, minutos depois, recebeu a visita do advogado DANTES KRIEGER FILHO e de JOÃO ALEXANDRE VARGAS, tendo eles lhe convencido a entregar o ofício. Afirmou ainda que assim que ficou sabendo da entrega do ofício para DANTES KRIEGER FILHO e JOÃO ALEXANDRE VARGAS, foi atrás dos advogados DANTES KRIEGER FILHO e IANDERSON ANACLETO para o fim de recuperar o documento, o qual não foi devolvido, tendo eles “empurrado de um para outro” a responsabilidade por efetuar a devolução. Alegou ainda que no dia de seu depoimento, no período da manhã, JOÃO ALEXANDRE VARGAS e IANDERSON ANACLETO foram novamente até a sua oficina “querendo que eu sustentasse que era eu quem havia feito os orçamentos”. Completou aduzindo que minutos antes de ingressar na sala do Ministério Público para prestar depoimento foi abordado novamente por DANTES KRIEGER FILHO e IANDERSON ANACLETO, os quais queriam que o depoente dissesse que havia sido ele próprio quem havia elaborado os orçamentos. Disse que os orçamentos não foram produzidos por sua empresa, sendo, sim, falsificados. Alegou ainda que no ano passado os representantes da Nit Clínica Automotiva chegaram a fazer orçamentos em seu nome e sem o seu conhecimento em uma gráfica de Brusque, só tendo descoberto isso porque recebeu um telefonema do dono da gráfica.

No dia 17 de outubro de 2014, Hailton Mendes de Souza, o outro

proprietário da Mecânica Trucar (vide fls. 1734/1749 e mídia contida nos autos) foi inquirido na 3ª Promotoria de Justiça de Brusque e confirmou o que o seu sócio (e pai) havia dito, isto é, que os orçamentos não foram produzidos por sua empresa e que os representantes da Nit Clínica Automotiva chegaram a mandar fazer, à sua revelia, blocos da Mecânica Trucar em uma gráfica de Brusque. Confirmou também ter recebido o ofício requisitório do Ministério Público, apontando inclusive que os orçamentos que acompanhavam o ofício, os quais tinham o nome da Mecânica Trucar, foram certamente preenchidos por JOÃO ALEXANDRE VARGAS, pois conhece a letra dele. Confirmou que meia hora depois de receber o ofício requisitório recebeu a visita de DANTES KRIEGER FILHO e de JOÃO ALEXANDRE VARGAS, os quais levaram os documentos dizendo “deixa que a gente vai resolver, que isso aí não tem problema”. Posteriormente, seu pai e o depoente foram atrás da documentação e não conseguiram a devolução dela. Disse ainda que depois disso recebeu em sua oficina a visita de JOÃO ALEXANDRE VARGAS e LANDERSON ANACLETO, os quais foram lá para “tentar dizer o que a gente tinha que falar”, “dizer que os orçamentos eram da gente, que foi a gente que fez” e que “iam se complicar falando a verdade”. Finalmente, disse que no dia que seu pai veio dar depoimento no Ministério Público o depoente o acompanhou (pois pensou que também poderia ser testemunha do caso), momento em que, nos corredores do Fórum, foi abordado uma vez mais por DANTES KRIEGER FILHO e LANDERSON ANACLETO, os quais queriam que ele falasse que “os orçamentos foi a gente quem preencheu”.

No dia 14 de outubro de 2014, LUIS ALBERTO VISCONTI, proprietário da empresa “Conexão Auto Elétrica e Ar Condicionado” (vide fls. 1714/1723 e mídia contida nos autos), acompanhado do advogado LANDERSON ANACLETO, esteve presente na 3ª Promotoria de Justiça, para prestar depoimento. Nessa ocasião, divergindo dos demais depoimentos dos autos, e também das claras evidências que foram colhidas durante a instrução do procedimento, apresentou falso testemunho. Afinal, apesar de os orçamentos de sua empresa terem sido preenchidos com a mesma grafia dos orçamentos das empresas que confirmaram a ocorrência da falsificação (fato que, embora desde já evidente, será confirmado pericialmente durante a

instrução desta ação penal), LUIS ALBERTO VISCONTI insistiu que os orçamentos realmente partiram da “Conexão Auto Elétrica e Ar Condicionado”. Chegou a confirmar ter conversado duas vezes com JOÃO ALEXANDRE VARGAS e com JOSÉ LUIS VARGAS entre o recebimento da notificação e o depoimento ao Ministério Público, tendo ido encaminhado por eles para conversar com seus advogados, ao que se seguiu uma reunião entre os cinco. Embora tenha sustentado ter sido orientado a dizer “o que realmente acontecia”, tudo nos autos indica que ele mentiu e que, ao contrário do que aconteceu nas ocasiões narrada acima, JOÃO ALEXANDRE VARGAS, JOSÉ LUIS VARGAS, ANDERSON ANACLETO e DANTES KRIEGER FILHO conseguiram convencê-lo a falsear o seu depoimento. Confessou não ter os produtos em estoque para os quais apresentou orçamento, mas, tentando justificar o injustificável, chegou a dizer que a semelhança de grafias entre orçamentos de empresas diferentes (por exemplo, entre aquele orçamento de fl. 1146, da Mecânica Trucar, e o de 1147, da Conexão Auto Elétrica e Ar Condicionado) derivaria do fato de que “às vezes a gente [os donos das empresas] cotava os preços conjuntamente e um preenchia o orçamento para o outro”, o que evidentemente não é verdade, já que o representante da Mecânica Trucar disse que os seus orçamentos foram preenchidos sem o seu conhecimento.

Ou seja, tudo nos autos leva a crer que LUIS ALBERTO VISCONTI prestou falso testemunho com o objetivo de proteger os envolvidos no crime, o que fez induzido por JOÃO ALEXANDRE VARGAS, JOSÉ LUIS VARGAS, DANTES KRIEGER FILHO e IANDERSON ANACLETO.

Assim, por 3 vezes, agindo em conjunto, cada um com uma função na empreitada (ainda que a função fosse apenas estimular os demais, como aconteceu com JOSÉ LUIS VARGAS), JOÃO ALEXANDRE VARGAS, JOSÉ LUIS VARGAS, DANTES KRIEGER FILHO e IANDERSON ANACLETO abordaram testemunhas com o objetivo de convencê-las a fazer afirmação falsa no Inquérito Civil que seria utilizado para ajuizar ação civil pública contra os envolvidos na fraude (ação em que o Município de Brusque será colocado no polo passivo) Ainda, em 1 das vezes, JOÃO ALEXANDRE VARGAS, JOSÉ LUIS

VARGAS, DANTES KRIEGER FILHO e IANDERSON ANACLETO tiveram sucesso, convencendo LUIS ALBERTO VISCONTI a prestar fazer afirmação falsa no aludido Inquérito Civil. Assim, incidiram no crime do artigo 342 do Código Penal:

[...]

Ainda, ao se apossarem da requisição encaminhada à Mecânica Trucar e sonegarem a sua devolução, JOÃO ALEXANDRE VARGAS, JOSÉ LUIS VARGAS, DANTES KRIEGER FILHO e IANDERSON ANACLETO, agindo em conjunto, cometeram o crime do artigo 40, § 1º, da Lei nº 6538/78:

[...]

Finalmente, sem que se tenha apurado o auxílio, a indução ou a participação de outras pessoas, constatou-se que também SÉRGIO AMORIM prestou afirmação falsa durante a tramitação do Inquérito Civil que seria utilizado para ajuizar ação civil pública contra os envolvidos na fraude (ação em que o Município de Brusque será colocado no polo passivo), alegando que os orçamentos de fls. 1266, 1280, 1309, 1317, 1340 e 1345 haviam sido produzidos por sua empresa (Auto Elétrica Amorim Ltda.), fato que evidentemente não é verídico”.

A denúncia foi precedida de representação do Ministério Público pela prisão preventiva dos acusados João Alexandre Vargas, José Luís Vargas, Ianderson Anacleto e Dantes Krieger Filho, a qual restou indeferida, por considerar-se que não estavam satisfeitos os requisitos exigidos para tanto, sobretudo por não haver indicativos de que os representados causariam óbice à coleta de provas e à regular instrução criminal (autos nº. 0900140-45.2014.8.24.0011, apenso)

Da referida decisão, o Ministério Público interpôs Recurso em Sentido Estrito, no qual, em juízo de retratação, foi mantida a decisão por seus próprios fundamentos e, em grau de recurso, restou desprovido (autos nº. 0007306-56.2014.8.24.0011, dependente).

A denúncia veio instruída com o Procedimento Investigatório Criminal n°. 06.2014.00010060-7, e foi recebida em 16-12-2014 (fl. 2069).

Os acusados foram citados (fls. 2091-2092, 2093-2094, 2175-2176, 2177-2178, 2179-2180 e 2181-2182) e apresentaram respostas à acusação através de defensores constituídos (fls. 2117-2125, 2126-2128, 2193-2198, 2202-2233 e 2237-2250).

Posteriormente, houve decisão que afastou as teses preliminares arguidas e designou audiência de instrução e julgamento (fls. 2261-2264).

Atendendo a requerimento feito pela Comissão Parlamentar de Inquérito da Câmara Municipal de Brusque, foi deferida a remessa de cópia da denúncia à referida Casa Legislativa (fl. 2200).

A Seccional Catarinense da Ordem dos Advogados do Brasil requereu sua habilitação para intervir nos autos em defesa dos acusados Dantes Krieger Filho e Ianderson Anacleto, já que os fatos a eles imputados teriam se dado, em tese, no exercício da advocacia (fls. 2324-2328), o que restou deferido (fls. 2352-2353).

Durante a instrução, foram ouvidas 17 testemunhas, havendo desistência das demais arroladas, e interrogados os acusados (fls. 2355; 2390-2391).

A pedido da acusação, foi realizada perícia grafotécnica sobre os documentos acostados às fls. 1154, 1162, 1176, 1275, 1281 e 1475, sobrevindo, em seguida, o respectivo laudo pericial (fls. 2429-2439).

Encerrada a instrução probatória, em alegações finais a acusação entendeu que restaram comprovadas a materialidade do delito, a autoria e culpabilidade dos acusados, e requereu a condenação nos moldes da denúncia, exceto quanto ao acusado Sérgio Amorim, em relação ao qual postulou pela absolvição, por ter ele se retratado antes da sentença (fls. 2443-2473).

O acusado Dantes Krieger Filho, por sua vez, repisou a tese de atipicidade da conduta de falso testemunho, sob o argumento de que se trata de crime próprio, e que não se enquadraria entre os sujeitos taxativamente previstos no tipo penal. No mérito, defendeu a insuficiência probatória em relação aos crimes de falso testemunho e de violação de correspondência, vindicando sua absolvição (fls. 2476-2481).

Pelo acusado Luis Alberto Visconti foram suscitadas as teses de nulidade absoluta da ação penal por ausência de justa causa para a sua deflagração; nulidade absoluta do processo desde a realização da perícia grafotécnica, sob o argumento de que esta não teria se mostrado suficiente a comprovar o crime de falso testemunho a ele imputado; atipicidade da conduta de falso testemunho, por não deter a qualidade de testemunha quando ouvido pelo Ministério Público na fase investigativa, e por na ocasião constar como investigado no procedimento investigativo, caso em que lhe seria assegurado o princípio da não autoincriminação. Quanto ao mérito, sustentou a inexistência de dolo e de provas suficientes para a condenação. Subsidiariamente, requereu a aplicação do princípio do *in dubio pro reo*, o afastamento da causa de aumento de pena prevista no artigo 342, § 1º, do CP e a aplicação da pena em seu mínimo legal (fls. 2482-2495).

João Alexandre Vargas e José Luis Vargas arguiram, em sede de preliminar, a nulidade do processo pela preclusão consumativa quanto ao requerimento da acusação para a produção de prova pericial. No tocante ao mérito, sustentaram a ausência de comprovação de prejuízo ao erário em relação ao delito previsto no artigo 96, V, da Lei nº. 8.666/93, e a insuficiência de provas quanto à autoria e materialidade dos crimes a ele imputados (fls. 2496-2511).

Em suas derradeiras alegações, Ianderson Anacleto sustentou a fragilidade do bojo probatório no tocante à autoria e materialidade dos crimes que lhe são imputados na denúncia. Subsidiariamente, requereu a aplicação do princípio *in dubio pro reo* (fls. 2512-2519).

Sérgio Amorim, por sua vez, ratificou as alegações finais feitas pelo Ministério Público, postulando pela sua absolvição nos termos do artigo 342, § 2º, do Código Penal (fls. 2520-2523).

A Seccional Catarinense da Ordem dos Advogados do Brasil, por fim, sustentou em defesa dos acusados Dantes e Ianderson, que o falso testemunho é crime de mão própria, e como tal, não admitiria como sujeitos ativos do tipo advogados no exercício da profissão. Defendeu, além disto, que os acusados agiram dentro dos limites da profissão, sob o manto da imunidade que lhes é conferida pelo artigo 2º, § 3º, da Lei nº. 8.906/94, a qual caracterizaria hipótese de exclusão do crime (fls. 2560-2564).

Antecedentes criminais registrados às fls. 2544-2555.

Relatados, decido.

Imputa-se aos acusados **João Alexandre Vargas e José Luis Vargas** a prática dos crimes previstos no artigo 298 do Código Penal, por 43 (quarenta e três) vezes, artigo 96, V, da Lei nº. 8.666/93, por 43 (quarenta e três) vezes, artigo 342, § 1º, do Código Penal, por 4 (quatro) vezes, sendo 3 (três) delas na forma tentada, e artigo 40, § 1º, da Lei nº. 6.538/78, por 1 (uma) vez; aos acusados **Dantes Krieger Filho e Ianderson Anacleto**, a prática dos crimes previstos no artigo 342, § 1º, do Código Penal, por 4 (quatro) vezes, sendo 3 (três) delas na forma tentada, e artigo 40, § 1º, da Lei nº. 6.538/78, por 1 (uma) vez; aos acusados **Luis Alberto Visconti e Sérgio Amorim**, a prática do crime previsto no artigo 342, § 1º, do Código Penal, por 1 (uma) vez.

Impõe-se, de plano, que sejam apreciadas as teses prejudiciais de mérito arguidas pelas defesas dos acusados Luis Alberto, João Alexandre e José Luis em sede de alegações finais.

Ressalto, contudo, que a preliminar de atipicidade da conduta de falso testemunho, sob o fundamento que tal delito somente poderia

ser imputado àqueles taxativamente arrolados no respectivo tipo penal, não comportando concurso de pessoas, reiterada pela defesa do acusado Dantes Krieger por ocasião de suas derradeiras alegações, e as preliminares de inépcia da denúncia e de nulidade absoluta por falta de justa causa para o exercício da ação penal, reafirmadas pela defesa do acusado Luis Alberto em suas alegações finais, desacompanhadas de novos argumentos ou provas, já restaram pontualmente enfrentadas e rechaçadas pela decisão interlocutória de fls. 2261-2264, pelas razões que aqui deixo de repisar, a fim de não incorrer em tautologia.

Resta, então, analisar as demais prefaciais arguidas.

Nulidade absoluta por irregularidade no exame grafotécnico:

Pela defesa do acusado Luis Alberto Visconti foi arguida, ainda, a nulidade do feito a partir da juntada do laudo pericial de fls. 2429-2439, sob o argumento de que por ter o referido exame pericial se limitado a apontar que a grafia dos orçamentos periciados partiu do mesmo punho subscritor, se mostraria imprestável a servir como prova da materialidade do crime de falso testemunho a ele imputado na denúncia.

Entretanto, ao contrário do que sustenta a defesa, o disposto no artigo 564, III, “b”, do CPP, não se aplica à hipótese vertente de crime de falso testemunho, haja vista que tal infração, por sua natureza, não deixa vestígios capazes de serem periciados, tanto que para a sua consumação, não exige-se a produção de qualquer resultado, sendo prescindível, portanto, a realização de exame de corpo de delito.

Por outro lado, não obstante a prova pericial realizada nos autos tenha se limitado a comprovar que a grafia dos orçamentos periciados partiu do mesmo punho subscritor, há que se ter em mente que o juiz não está adstrito ao laudo pericial, podendo firmar sua convicção por meio de outros elementos de prova constantes nos autos, sem que isso implique em nulidade, à luz do que estabelecem os artigos 155 e 182 do CPP.

Ademais, além de o laudo pericial ter apontado que a grafia dos orçamentos das cinco diferentes empresas partiu do mesmo subscritor, à exceção do acusado em questão, todos os demais proprietários destas afirmaram não terem subscrito ou entregue tais orçamentos a terceiros para que fossem preenchidos com a finalidade empregada, sinalizando, pois, que tenham sido falsificados, contexto probatório este que, aliado aos demais elementos de convicção extraídos dos autos, se mostra mais do que suficiente para alicerçar a autoria e materialidade do crime de falso testemunho imputado ao acusado.

E depois, não se olvide, a conclusão do laudo pericial somente confirmou o que é facilmente perceptível a olho nu, através de simples contato visual com os documentos periciados.

Por tais fundamentos, improcede a alegada nulidade.

Nulidade absoluta pela preclusão quanto à produção de prova pericial:

A defesa dos acusados João Alexandre e José Luis sustenta que o fato de ter sido deferida a realização da prova pericial requerida pela acusação quando já encerrada a instrução probatória, teria provocado a nulidade absoluta do feito a partir de então, por violação ao devido processo legal e aos princípios do contraditório e ampla defesa.

Os argumentos não merecem guarida.

Isso porque, diversamente do que busca fazer crer a defesa, o Ministério Público já vinha requerendo a realização de perícia grafotécnica em parte dos documentos constantes nos autos desde o oferecimento da denúncia (fl. 23).

Todavia, a realização da perícia acabou sendo sucessivamente procrastinada durante a instrução probatória, inicialmente por terem sido requisitadas ao Município de Brusque as vias originais dos documentos que seriam periciados (fls. 2090, 2191-2192), o que demandou nova

requisição (fls. 2200 e 2255), e posteriormente pela demora do ente municipal em apresentar os documentos solicitados, tendo somente os apresentados após uma terceira solicitação (fls. 2397-2398 e 2401).

Vê-se, assim, que a acusação já havia requerido a realização de exame pericial grafotécnico muito antes do encerramento da instrução processual, para o qual este juízo já havia determinado a realização das providências necessárias, impondo que viessem aos autos os documentos originais a serem periciados, circunstâncias estas que deixam evidente a absoluta legitimidade da prova pericial produzida, haja vista que apesar de na audiência de instrução e julgamento ter sido determinada a apresentação de alegações finais, por estar pendente a vinda dos aludidos documentos e, por conseguinte, a prova pericial, não poderia ter sido encerrada a instrução processual naquele ato, sobretudo pela imprescindibilidade de tal prova para a elucidação dos fatos aqui tratados.

E foi justamente neste sentido que este juízo acolheu o pedido formulado pela acusação às fls. 2395-2396, que com esteio no artigo 404 do CPP, reiterou a requisição dos aludidos documentos e a realização da prova pericial, não havendo que se falar, pois, em violação ao devido processo legal, já que apenas reforçou-se o mesmo pedido que vinha sendo feito desde a denúncia, e que, por questões alheias à vontade da acusação, ainda não havia sido atendido.

Não obstante isto, não se verifica ter advindo qualquer prejuízo à defesa dos acusados em razão do contexto em que o exame pericial fora realizado, na medida em que tiveram resguardados o direito ao contraditório e à ampla defesa, o que demonstra ser absolutamente descabido o acolhimento da alegada nulidade, posto que nos termos do artigo 563 do CPP, nenhum ato será declarado nulo se da nulidade não resultar prejuízo às partes.

De outro vértice, em que pese a demonstração de que a prova pericial foi requerida oportunamente, cumpre anotar que ao juiz, enquanto

destinatário da prova, incumbe decidir aquelas que servirão para seu convencimento e, conseqüentemente, para o deslinde da controvérsia, buscando sempre a busca pela verdade real.

Frente a tais fundamentos, afasto todas as prejudiciais de mérito aventadas pelas defesas dos acusados, e passo à análise individualizada dos delitos descritos na exordial acusatória.

Dos crimes de falsificação de documento particular (art. 298, CP) e de fraude à licitação (art. 96, V, da Lei n.º. 8.666/93), imputados aos acusados João Alexandre Vargas e José Luis Vargas:

Emerge dos autos que desde o ano de 2011, a empresa Nit Clínica Automotiva, de propriedade dos acusados em questão, vinha mantendo com o Município de Brusque contratos licitatórios, celebrados na modalidade pregão, destinado à prestação de serviços de mão de obra mecânica/elétrica para caminhões e camionetes a diesel, incluindo serviço de guincho e fornecimento de peças para tais veículos.

Tais contratos foram executados até meados do ano de 2014, quando após recomendação do Ministério Público, foram suspensos em razão das supostas irregularidades tratadas nestes autos (fls. 1954-1960, 1962, 1964-1966).

Dentre as cláusulas daqueles contratos, constava que antes da execução de cada serviço proposto, deveria ser previamente apresentado à Prefeitura Municipal de Brusque o orçamento em papel timbrado, datado e assinado, constando minuciosamente os serviços a serem executados, peças a serem substituídas (constando 3 orçamentos das mesmas efetuados no mercado com a real comprovação do melhor preço de mercado), materiais a serem empregados, tempo de execução do serviço com respectiva hora/homem a ser trabalhada, tudo com os valores propostos para cada item específico, a fim que fosse possível uma verificação objetiva e comparativa com os valores constantes no contrato, para prévia aprovação.

E de acordo com a denúncia, foi justamente sob esta exigência, de apresentar três orçamentos distintos para a aquisição de peças para os veículos da frota municipal, que João Alexandre e José Luis, enquanto proprietários da empresa licitada, teriam encontrado uma forma de enriquecerem ilicitamente às custas do erário público.

Isso porque, conforme a denúncia, o engendro criminoso por eles arquitetado consistia na falsificação do orçamento de duas empresas, apondo nestes o valor das peças acima do praticado pelo mercado, e apresentar um terceiro orçamento, com valor um pouco abaixo do constante nos outros dois falsificados, mas ainda acima do valor de mercado, produzido pela própria empresa licitada, que para tanto, empregava nestes o seu nome fantasia Speed Clínica Automotiva.

Noutras oportunidades, teriam falsificado apenas um orçamento e o outro era fornecido pela empresa JJ Vargas Auto Peças, da qual os acusados também eram proprietários, simulando uma competição entre os orçamentos que na verdade inexistiria.

Ainda conforme a acusação, com o emprego de tais artifícios, os acusados em tela lograram êxito em garantir que a empresa licitada fosse sempre a fornecedora das peças, e que estas fossem vendidas sob preços superfaturados, condutas estas que teriam sido verificadas em pelo menos 43 (quarenta e três) situações, pontualmente indicadas na denúncia.

A materialidade e autoria dos crimes encontram alicerce nos orçamentos, ordens e requisições de compras (fls. 1135-1221, 1226-1246, 1248-1255, 1256-1319, 1377-1389, 1391-1395, 1401-1419, 1421, 1452-1462, 1465-1477, 1487-1492, 1498-1507, 1511-1521, 1538-1542, relatórios de investigação (fls. 1544-1577, 1618-1637, 1696-168 e 1757-1778), laudo pericial (fls. 2429-2439), prova oral coletada ao longo da instrução criminal e demais elementos de convicção que compõem o acervo dos autos.

Quando ouvido na fase investigativa, o acusado José Luis Vargas

informou que quando os veículos da frota municipal eram deixados em sua oficina para reparos que exigissem a troca de peças, fazia cotação de preços destas, entregava os orçamentos na Prefeitura Municipal de Brusque à pessoa responsável pela pasta respectiva do veículo a ser consertado, e depois recebia do ente municipal a ordem de serviço que autorizava a sua realização. Disse que a solicitação dos orçamentos era feita por telefone e depois de obtidas as vias impressas destes, eram entregues à Prefeitura Municipal. Afirmou que a maior parte das peças em relação às quais era feita a cotação de preços somente eram fornecidas pelas concessionárias autorizadas, casos em que, para obter os três orçamentos necessários, fazia cotação também com outras empresas que sabia que não tinham tais peças em estoque próprio, não sabendo onde estas empresas faziam suas cotações para repassarem os orçamentos. Questionado sobre a divergência quanto à necessidade de hora/homem para a prestação dos serviços apurada pelo Gaeco, respondeu que possivelmente se referem a situações em que os veículos precisaram ser socorridos fora da sede de sua empresa, ou em que, pela dificuldade do serviço, trabalhavam ao mesmo tempo mais de um mecânico, e então somava as horas de cada um destes profissionais. Confirmou que a empresa JJ Vargas Auto Peças era de propriedade sua e de seu irmão, mas que estava parada e apenas não havia sido encerrada em razão de pendências contábeis. Afirmou que também fazia cotação de peças nesta empresa para os serviços da Prefeitura Municipal, já que a referida empresa também se destinava à venda de peças, embora não tivessem todas em estoque. Disse que nela estavam registrados como funcionários apenas seus pais e sua esposa. Afirmou que os orçamentos da empresa Nit Clínica Automotiva eram feitos por si ou por seu irmão, e saíam com o nome fantasia da empresa, que era Speed Clínica Automotiva. Apontou conhecer os responsáveis pelas outras empresas que fazia cotação, mas não sabe precisar quem exatamente preenchia os orçamentos destas. Disse que além da Prefeitura Municipal, prestava serviços de manutenção dos veículos da Polícia Militar e do Samae. Aduziu acreditar que o contrato licitatório que mantinha

com o Município de Brusque exigisse que o menor orçamento de peça deveria ser o da sua empresa (mídia audiovisual arquivada em cartório).

Por ocasião de seu interrogatório em juízo, José Luis negou novamente a prática dos delitos que lhe são imputados. Disse que juntamente com seu irmão era proprietário da empresa Nit (Speed) e JJ Vargas, e que mantinham contratos licitatórios com o Município de Brusque para prestação de serviços mecânicos desde 2009. Afirmou que o contrato licitatório exigia a apresentação de três orçamentos distintos para ser autorizada a realização do serviço. Disse que fazia cotação de preços com todas as empresas indicadas na denúncia. Que em razão da pressa na realização dos serviços, que muitas, as vezes eram feitos antes mesmo de se aguardar a ordem de compra, as empresas indicadas na denúncia deixavam blocos de orçamento em seu poder, os quais preenchia conforme os valores praticados no mercado. Disse que quem preenchia todos os orçamentos era seu irmão, mas que não acredita que todos aqueles apontados na denúncia como falsificados tenham sido preenchidos por seu irmão, aduzindo que algumas das empresas em que eram feitas as cotações forneciam diretamente seus orçamentos, outras entregavam seus blocos de orçamentos para que fossem preenchidos, sendo que nestes últimos era posto o valor de mercado das peças. Disse que somente foram feitos orçamentos da empresa JJ Vargas Auto Peças enquanto esta se manteve ativa. Arguido sobre a acusação de que teria ido até a presença de Hailton, um dos proprietários da Mecânica Trucar para que este confirmasse ter preenchido os orçamentos emitidos em nome da sua empresa, negou ter praticado tal conduta, apontando que seu irmão é que sempre manteve mais contato com Hailton, por terem relação de amizade, mas que não tem conhecimento se seu irmão e o advogado Ianderson foram conversar com Hailton. Afirmou também não saber se seu irmão e Ianderson tentaram convencer Hailton e os proprietários das outras empresas que lhe forneciam orçamentos a mentirem quando fossem ouvidos perante o Ministério Público. Negou

também ter mantido contato com os proprietários das ditas empresas para que confirmassem terem preenchido os orçamentos apontados como falsificados. Disse que nos serviços realizados nos veículos da frota municipal sempre foram utilizadas peças de procedência, conforme exigiam os contratos licitatórios celebrados. Afirmou não ter conhecimento que os orçamentos deveriam ser apresentados datados e assinados, e que a Prefeitura Municipal nunca o questionou sobre a regularidade em que os orçamentos foram apresentados. Disse que quase sempre os serviços e troca de peças eram feitas antes de ser autorizada a realização do serviço pela Prefeitura Municipal, em razão da demora no procedimento de autorização e a urgência reclamada para a entrega dos veículos. Que todas as empresas indicadas na denúncia prestavam serviços terceirizados à sua empresa. Disse que tais empresas lhe forneciam blocos de orçamentos que eram por si mesmo preenchidos quando havia necessidade. Que a administração da empresa recaía apenas a si e a seu irmão. Que a empresa JJ Vargas Auto Peças realizava apenas venda de peças, e que chegou a fazer orçamento em nome desta em relação às peças que esta empresa tinha em estoque. Disse que antes dos depoimentos colhidos na fase investigativa, não falou com Samuel, Luis Alberto Visconti e Sérgio Amorim, proprietários, respectivamente, das empresas Auto Elétrica Rodoar Três Irmãos, Conexão Auto Elétrica e Auto Elétrica Amorim, tampouco sabe se os advogados Dantes e Ianderson mantiveram contato com estes. Negou que sua empresa tivesse solicitado a confecção de orçamentos de outra empresa à uma gráfica local (gravação audiovisual anexa ao termo de audiência de fls. 2390-2391).

Ao ser ouvido perante o Ministério Público, João Alexandre Vargas informou ser irmão e sócio do acusado José Luis Vargas na empresa Nit Clínica Automotiva, e apontou que esta era administrada igualmente por ambos. Disse que a cotação de peças era feita com fornecedores da região, e que mesmo nos casos em que a peça era adquirida de terceiros,

apresentava à Prefeitura Municipal o orçamento como sendo fornecida pela sua empresa, acrescentando neste sua margem de lucro. Afirmou que apesar da cotação ser de peças mecânicas, eram também feitas às empresas autoelétricas, em razão destas também fornecerem tais peças. Disse que a divergência verificada em relação ao número de horas para a execução de serviços se deve ao fato de que quando o serviço exigia o emprego de mais de um funcionário, eram somadas as horas de cada um destes. Afirmou que também era feita cotação de preço de peças com a empresa JJ Vargas, de propriedade sua e de seu irmão, aduzindo que as vezes o preço ofertado por esta era inferior à empresa Nit, também de sua propriedade, em razão daquela trabalhar com uma margem de lucro inferior. Disse que quando fazia orçamento da JJ Vargas, seu irmão fazia o orçamento da Nit. Afirmou que sua empresa mantinha contato licitatório para a prestação de serviço aos veículos da frota do Município de Brusque, Samae e Polícia Militar (mídia audiovisual arquivada em cartório).

Quando interrogado em juízo, negou a prática dos crimes que lhe são imputados. Informou ser sócio das empresas Nit Clínica Automotiva (Speed) e JJ Vargas Auto Peças, com seu irmão José Luis. Disse que a empresa Nit mantinha contratos licitatórios com a Prefeitura Municipal de Brusque, Polícia Militar e Samae, para prestação de serviços mecânicos e venda de peças. Os contratos licitatórios exigiam a apresentação de três orçamentos distintos para a compra de peças, mas como a obrigatoriedade para colocação destas recaía à sua empresa, esta teria preferência na venda das peças. Disse que em razão da urgência, os serviços eram sempre realizados primeiro, e só depois encaminhados os orçamentos das peças. Afirmou que todas as empresas indicadas na denúncia prestavam serviços terceirizados à sua empresa, as quais as vezes lhe forneciam diretamente os orçamentos, noutras o autorizavam a preenchê-los dentro da sede destas, conforme iam repassando os preços, ou em sua própria empresa, mas sempre com o consentimento

destas. Disse que os orçamentos eram sempre preenchidos por si ou por seu irmão. Admitiu que os quarenta e três orçamentos apontados na denúncia como falsificados podem ter sido preenchidos por si, mas com o consentimento das empresas nele indicadas. Afirmou que todo este procedimento de obtenção e preenchimento de orçamentos em nome de outras empresas era também do conhecimento de seu irmão. Negou que sua empresa tenha solicitado a confecção de blocos de orçamento à uma gráfica. Aduziu que os preços repassados ao Município de Brusque não foram superfaturados. Disse que o acusado Dantes era o advogado da empresa em relação às causas trabalhistas, o qual em razão dos fatos investigados, indicou o acusado Ianderson para também acompanhar as investigações. Que após Hailton da Mecânica Trucar ter recebido intimação do Ministério Público, manteve contato telefone consigo pedindo que fosse até sua presença para prestar esclarecimentos, ao que foi até a referida empresa na companhia do acusado Dantes, ocasião em que orientaram à Hailton que deveriam informar ao Ministério Público que efetivamente haviam prestado o serviço, fornecido os orçamentos e o bloco destes para serem preenchidos. Que a intimação recebida por Hailton do Ministério Público era para que informasse se a empresa deste tinha em estoque as peças constantes em seus orçamentos, e que na ocasião Hailton então pediu que Dantes prestasse a informação solicitada, tendo Dantes aceito e pedido a cópia do contrato social da empresa e dos documentos pessoais para elaboração da procuração, deixando seu cartão de visita à Hailton para que lhe encaminhasse a documentação por e-mail. Que Dantes não se apossou de qualquer documento de Hailton na ocasião. Que na manhã do dia em que Hailton e seu pai seriam ouvidos pelo Ministério Público, a pedido destes, na companhia do acusado Ianderson, foi até a empresa deles para prestarem maiores esclarecimentos, aduzindo que na ocasião aqueles ainda teriam solicitado que seus advogados o acompanhassem durante o depoimento no Ministério Público. Que na ocasião de seus depoimentos, entretanto, Hailton e seu pai recusaram o acompanhamento de seus advogados e

acabaram dando outra versão para os fatos. Que ao que sabe o advogado Ianderson não pediu que Hailton e seu pai dessem outra versão quando fossem ouvidos pelo Ministério Público. Que em relação à empresa Conexão, do acusado Luis Alberto Visconti, os orçamentos eram todos preenchidos por si sempre no interior desta empresa, nunca ficou com blocos de orçamento desta. Que os orçamentos eram apenas datados, já que nunca foi exigido que fossem assinados. Que Samuel, da Mecânica 3 Irmãos, também manteve contato telefônico consigo solicitando que fosse até sua empresa com um advogado para prestar esclarecimentos, quando então foi até ele na companhia do advogado Dantes, mas que apesar das informações repassadas à Samuel, este disse que iria seguir as orientações de seu contador. Disse que o acusado Luis Alberto também solicitou esclarecimentos, quando foi até a presença deste com o advogado Ianderson, negando ter convencido Luis a dar versão falsa sobre os fatos. Que a pedido de Luis Alberto, o advogado Ianderson o acompanhou durante seu depoimento na fase investigativa. Que o acusado Sérgio Amorim não procurou a si ou seus advogados após os fatos (gravação audiovisual anexa ao termo de audiência de fls. 2390-2391).

Ouvido na fase investigativa, o acusado Luis Alberto Visconti informou que após receber intimações para prestar informações e depoimento perante o Ministério Público, por duas vezes procurou o acusado João Alexandre Vargas para obter maiores informações acerca dos fatos, tendo uma delas ocorrido no dia anterior ao seu depoimento, ocasiões em que João teria o orientado a falar a verdade. Afirmou que em uma destas visitas o acusado José Luis também estava presente, e que também buscou esclarecimentos com o acusado Ianderson, apontando ter havido, inclusive, uma reunião para tratarem do assunto. Disse que fornecia orçamentos ao acusado José Luis, mesmo de peças que não tinha em estoque. Questionado sobre a semelhança entre a grafia constante no orçamento de sua empresa com o de outras empresas, afirmou que seja em decorrência do fato de que costumeiramente o acusado João

Alexandre ia até a sua empresa fazer a cotação de preços, e ele mesmo preenchia os orçamentos na sua presença (mídia audiovisual arquivada em cartório).

Interrogado em juízo, Luis Alberto negou a prática do crime de falso testemunho que lhe é imputado na denúncia. Disse que prestava serviço e fornecia peças à empresa Nit Clínica Automotiva, bem como fornecia orçamentos quando lhe eram solicitados. Afirmou nunca ter entregue blocos de orçamentos em branco para que fossem preenchidos por terceiros. Que nem sempre tinha as peças cotadas em estoque, mas que o valor destas era obtido em outras empresas que as forneciam. Reafirmou que após receber intimação do Ministério Público, procurou o acusado José Luis para obter esclarecimentos. Que apesar de Ianderson ter lhe acompanhado durante seu depoimento no Ministério Público, não lhe orientou ao faltar com a verdade sobre os fatos. Que nunca teve contato com o acusado Dantes. Questionado sobre o orçamento constante à fl. 1138 dos autos, disse que é da sua empresa, mas que a grafia nele constante não é sua, apontando que possa ter sido preenchido pelo próprio João Alexandre no interior da sua própria empresa, ou por outro funcionário seu (gravação audiovisual anexa ao termo de audiência de fls. 2390-2391).

Na fase embrionária, o acusado Sérgio Amorim afirmou que mantinha relações comerciais com a empresa Nit Clínica Automotiva, mas que nunca entregou orçamentos de sua empresa em branco para terceiros preencherem. Disse que fazia orçamento de peças para empresa Nit, mesmo daquelas que não tinha em estoque, as quais cotava em outros estabelecimentos que as forneciam, mas nunca forneceu qualquer peça àquela (mídia audiovisual arquivada em cartório).

Interrogado em juízo, o acusado reafirmou que prestava serviços de mão-de-obra à empresa Nit (Speed). Disse que os orçamentos relativos aos veículos da frota municipal, quando feitos por sua empresa,

eram dirigidos à empresa Nit e não à Prefeitura Municipal, passando a negar que tenha feito os orçamentos de sua empresa constantes nos autos. Que nunca forneceu blocos de orçamento à empresa Nit, não sabendo informar como esta forneceu orçamentos com o timbre de sua empresa. Que nenhum dos demais acusados entrou em contato consigo para tratar dos fatos que são objeto da presente ação. Questionado acerca dos orçamentos constantes às fls. 1281 e 1295, respondeu que não foram emitidos por sua empresa, e que tampouco fornece parte das peças neles constantes. Que afora os casos em que a empresa Nit levava veículos da frota municipal à sua empresa para conserto, não forneceu a esta outros orçamentos (gravação audiovisual anexa ao termo de audiência de fls. 2390-2391).

Inquirida apenas na fase judicial, a testemunha Onildo José Baumgartner relatou ser proprietário da Gráfica Nova Impressão e que já prestou serviços para as empresas Speed e Mecânica Trucar, ambos seus clientes. Disse que em data que não se recorda, uma pessoa ligou para sua gráfica solicitando a emissão de blocos de orçamentos em nome da Mecânica Trucar, contudo, ao confeccioná-los e entregá-los à Euzébio, dono da referida empresa, este disse que não fez qualquer pedido neste sentido e iria tomar suas providências. Esclareceu que diante dos fatos, deixou os blocos confeccionados na Mecânica Trucar, não tendo os entregue à outra empresa (gravação audiovisual anexa ao termo de audiência de fls. 2355).

Grasiela Schovembach, sócia-administradora da empresa Auto Elétrica Rodoar Três Irmãos, nas duas intervenções em que foi ouvida, relatou que sua empresa prestava serviços de manutenção elétrica nos veículos da frota municipal de Brusque por intermédio da empresa Nit (Speed), para os quais eram sempre fornecidas as respectivas notas acerca dos serviços e peças empregados, mas que nunca fora fornecido orçamentos de peças, apontando que os orçamentos existentes nos autos, embora indicados como sendo de sua empresa, não foram por

esta fornecidos, acreditando que tenham sido falsificados. Disse que com o início das investigações, seu esposo e sócio Samuel Schovembach foi procurado por João Alexandre Vargas e um advogado, cujo nome não soube precisar, oferecendo auxílio perante às investigações, acredita que, para que Samuel confirmasse ter preenchido os orçamentos apresentados em nome da sua empresa, auxílio este que não foi aceito por Samuel (mídia audiovisual arquivada em cartório e arquivo anexo ao termo de audiência de fls. 2390-2391).

Samuel Schovembach, também sócio da empresa Auto Elétrica Rodoar Três Irmãos, nas duas oportunidades em que foi ouvido, ratificou a versão prestada por sua esposa de que apenas prestavam serviço de manutenção elétrica à empresa Speed, não fornecendo orçamentos. Que acusado João Alexandre e um advogado, cujo nome não soube precisar, o procuraram dizendo que não precisaria se preocupar com as investigações, já que um advogado por ele indicado cuidaria de tudo, auxílio este que recusou. Em audiência, não reconheceu nenhum dos advogados presentes como sendo o que juntamente com João Alexandre teria o procurado oferecendo auxílio. Disse que quando iniciou suas atividades forneceu um bloco de notas da sua empresa à João Alexandre, pois este havia dito que a sua caligrafia era ruim e precisava passar as notas do serviço a limpo para repassá-las ao financeiro da empresa, apontando que o fez sob a absoluta boa-fé que seriam utilizadas apenas para tal finalidade (mídia audiovisual arquivada em cartório e arquivo anexo ao termo de audiência de fls. 2390-2391).

Eusébio de Souza, sócio da Mecânica Trucar, afirmou em seus depoimentos na fase investigativa e judicial não ter realizado orçamentos de peças para a Prefeitura Municipal de Brusque que foram utilizadas pelas empresas Speed ou Nit. Ao ser questionado sobre os documentos de fls. 1.167, 1.175, 1.199, 1.207, 1.213, 1.220, 1.395 e 1.454, declarou que tais orçamentos não pertencem e não foram confeccionados por sua empresa, e apesar dos modelos serem idênticos, não reconhece a letra do

preenchimento dos mesmos. Esclareceu que o ramo de atividade de sua empresa é a prestação de serviços mecânicos. Disse que em determinada sexta-feira que não se recorda, enquanto estava viajando, seu filho recebeu do Ministério Público cópias de orçamentos realizados com a Prefeitura Municipal, os quais entregou para João Alexandre e o advogado Dantes, tendo informado o depoente de tais fatos apenas na segunda-feira. Na terça-feira, recebeu uma intimação de que deveria comparecer no Ministério Público, ocasião em que recebeu a visita de João Alexandre, acompanhado do advogado Ianderson, os quais pediram para fazer um acordo, no qual o declarante deveria dizer que realmente havia feito os orçamentos para a Prefeitura Municipal, pelo que pediu uma orientação ao seu contador, tendo este o orientado a falar a verdade. Destacou que Dantes também esteve no escritório de seu contador, Odirlei Dell'Agnolo, para tentar interpelá-lo. Asseverou ainda que no corredor do Fórum, no dia em que veio prestar depoimento ao Ministério Público, foi novamente abordado por Dantes, sendo pressionado no sentido de que “você pode se ferrar com isso também”. Disse não ter conseguido recuperar o ofício recebido pelo Ministério Público que seu filho entregou à João Alexandre e os advogados, embora tivesse tentado a devolução. Mencionou ter tomado conhecimento que os blocos falsificados foram realizados na Gráfica Nova Impressão, pois o responsável do local esteve em sua oficina para entregá-los e informou que alguém da Speed teria mandado confeccioná-los. Confirmou ter emprestado um bloco de orçamento contendo vinte folhas à João Alexandre, em data que não se recorda, pois este disse que precisava de três orçamentos para agilizar serviços de ambulância ou viaturas, não especificando se eram prestados à prefeitura ou para particulares. Esclareceu que o depoente e seu filho são os responsáveis pela confecção de orçamentos na sua empresa. Confirmou ter realizado um serviço de mecânica em um ônibus da Prefeitura Municipal, a mando da Speed. Declarou que a abordagem dos acusados não teve influência no seu depoimento prestado ao Ministério Público. Informou ainda que além dos fatos ora apurados, não

tem conhecimento de nada que desabone a conduta de Dantes. Disse também que o empréstimo do bloco à João Alexandre ocorreu antes do recebimento do ofício encaminhado pelo Ministério Público, sendo que não tinha conhecimento de que iria comparecer perante o referido órgão na função de testemunha. Informou ainda que recebeu a desculpa de que os blocos foram falsificados por um funcionário, por engano (mídia audiovisual arquivada em cartório e arquivo anexo ao termo de audiência de fl. 2355).

Hailton Mendes, sócio da Mecânica Trucar, informou perante o Ministério Público que os orçamentos constantes nos autos não foram preenchidos por sua empresa. Relatou que há alguns anos atrás, a pedido do acusado João Alexandre, sua empresa emprestou a este alguns romaneios para que pudesse fazer orçamentos quando fossem exigidos orçamentos de outras empresas, não imaginando que seriam utilizados perante a Prefeitura Municipal de Brusque. Disse que em data que não se recorda, recebeu uma ligação da Gráfica Nova Impressão, informando que os orçamentos estavam prontos, contudo, informou que não tinha solicitado a confecção, ao que o responsável disse que deveriam ser entregues na Nit, tendo o declarante lhe dito que não poderia fazer orçamentos em nome de uma empresa para serem entregues em outra. Então, o responsável pela gráfica pediu desculpas, disse que tal fato não iria se repetir e entregou os blocos na mecânica do depoente. Informou que em uma sexta-feira que não se recorda, recebeu um ofício do Ministério Público e, após meia hora, João Alexandre chegou com os advogados Dantes e Ianderson em sua oficina, os quais lhe disseram que não precisaria se preocupar com o teor do ofício, pois resolveriam tudo, ao que entregou a estes o ofício recebido. Na segunda-feira seguinte, na companhia de seu pai, foram até a Speed para reaver o ofício, ocasião em que apenas o acusado José Luis Vargas estava no local e os informou que o documento estava na posse do advogado, e que este lhes devolveria o documento no mesmo dia, o que não ocorreu. Na terça-feira, pela manhã,

João Alexandre e Ianderson estiveram em sua oficina, ocasião em que tentaram convencer a si e a seu pai a afirmarem que tinham preenchido os orçamentos que levavam o timbre de sua empresa, e diante de sua negativa, passaram a afirmar que iriam se complicar falando a verdade. À tarde, já nas dependências do Fórum, também se encontraram e novamente foram interpelados por João Alexandre, Dantes e Ianderson para prestarem versão falsa acerca dos fatos. Disse que apesar de ter feito mais uma tentativa para reaver o ofício pego pelos acusados, não conseguiu mais recuperá-lo (mídia audiovisual arquivada em cartório).

Quando inquirido em juízo, ratificou sua versão apresentada na fase investigativa, acrescentando que trabalha na Mecânica Trucar como mecânico e também na parte administrativa, sendo um dos responsáveis pela confecção dos orçamentos. Negou ter realizado orçamentos ou até mesmo venda de peças para a Prefeitura Municipal. Esclareceu que nos orçamentos realizados a particulares, consta o símbolo da mecânica e geralmente a assinatura do depoente, de seu pai, e de sua esposa Bruna. Não reconheceu a letra constante no preenchimento dos orçamentos de fls. 1.154, 1.167, 1.175, 1.199, 1.207, 1.213, 1.220, 1.395; 1.454; e 1.460, embora o modelo seja idêntico ao utilizado pela sua mecânica. Confirmou que seu pai realmente deu um bloco de orçamentos para João Alexandre, com o intuito de ajudá-lo a agilizar o atendimento nos carros da polícia. Mencionou nunca ter prestado serviços, nem mesmo a mando da Speed, para a Prefeitura Municipal de Brusque. Declarou ainda que as interpelações dos acusados não tiveram influência em seu depoimento prestado no Ministério Público. Esclareceu também que ao receber a visita dos advogados Dantes e Ianderson, estes se ofereceram para prestarem serviços à sua empresa, contudo, não os contratou, e não sabe como eles tomaram conhecimento de que o oficial de justiça esteve em sua mecânica para entregar o ofício de intimação do Ministério Público (mídia audiovisual arquivada em cartório e arquivo anexo ao termo de audiência de fl. 2355).

Cristian Pinheiro, proprietário da Automecânica Pinheiro, afirmou na fase investigativa que não preencheu os orçamentos apontados nos autos que levam o nome de sua empresa, não sabendo como foram emitidos. Disse que apenas prestava serviços de mão-de-obra à Speed. Afirmou não ter sido procurado pelos proprietários da Speed ou pelos advogados desta para tratar de questões envolvendo as investigações (mídia audiovisual arquivada em cartório).

Em juízo, informou nunca ter feito nenhum orçamento de peças a pedido da empresa Speed. Ao ser questionado sobre os documentos de fls. 1.137, 1.142, 1.155, 1.168, 1.176, 1.184, 1.198, 1.206, 1.214, 1.221, 1.229, 1.236, 1.255, 1.263, 1.268, 1.274, 1.393, 1.405, 1.453, 1.459, 1.468, 1.474, 1.490, 1.501, 1.506 e 1.514, não os reconheceu como sendo orçamentos feitos pela sua empresa e disse que o símbolo, o papel e o modelo não são semelhantes aos que utiliza, não reconhecendo inclusive a assinatura constante do documento de fl. 1.405. Disse ser costume na sua loja, a partir de agora, pois antes não fazia orçamentos, realizá-los pessoalmente, fazendo constar sua assinatura. Esclareceu que a especialidade de sua oficina é mecânica diesel, sendo que fazia serviços para a empresa Speed, em caminhões da Prefeitura Municipal de Brusque. Ao concluir, confirmou seu depoimento prestado na Promotoria de Justiça a respeito dos fatos (mídia audiovisual arquivada em cartório e arquivo anexo ao termo de audiência de fl. 2355).

Inquirido apenas em juízo, Joel Floriani, proprietário da Mecânica BBI afirmou que faz muito tempo que não presta serviços à Prefeitura Municipal de Brusque, isto é, desde o início da gestão do Prefeito Paulo Eccel. Ao ser questionado sobre o orçamento de fl. 1.388, disse reconhecer o papel como sendo de sua empresa, contudo, a letra não é sua e também não tem assinatura, de modo que não o reconhece como sendo confeccionado pela Mecânica BBI. Com relação ao orçamento de fl. 1.475, disse que a assinatura não foi feita pelo depoente ou por qualquer funcionário seu. Esclareceu que é o responsável pela confecção

dos orçamentos de sua empresa, nos quais sempre consta o carimbo e assinatura. Confirmou já ter prestado serviços para as mecânicas Speed e Nit, contudo, não sabe precisar quantas vezes e nem se reparou veículos da Prefeitura Municipal, pois as vezes eles chegam desmontados. Disse nunca ter sido contatado por nenhum dos acusados para conversar sobre os fatos ora apurados. Não soube informar com exatidão se os preços constantes no orçamento de fl. 1.475 condizem com o valor de mercado dos referidos produtos. Asseverou novamente não se recordar de ter prestado serviços em ônibus ou caminhões da Prefeitura, pois como dito anteriormente, às vezes recebe apenas o equipamento para manutenção. Ao concluir, confirmou seu depoimento prestado no Ministério Público (arquivo anexo ao termo de audiência de fl. 2355).

As testemunhas arroladas pela defesa pouco contribuíram para a elucidação dos fatos apontados na denúncia, pois embora tenham afirmado que os serviços prestados pela empresa dos acusados sempre foram prestados dentro dos prazos e padrões de qualidade esperados, apontaram que nas posições que ocupavam à época dos fatos não tinham controle se os serviços e substituições de peças cobrados eram efetivamente realizados, tampouco se seus valores estavam em conformidade com os praticados no mercado.

Gilberto Vechi afirmou trabalhar como motorista de ambulância da Prefeitura Municipal de Brusque. Disse que quando a ambulância quebrava, era encaminhada para conserto na Speed, que geralmente procedia o conserto em um ou dois dias. Apontou que os serviços prestados pela empresa eram de boa qualidade, mas que não sabe se os valores por ele cobrados eram superfaturados, já que não tinha acesso aos orçamentos (arquivo anexo ao termo de audiência de fls. 2390-2391).

Luciano Fischer informou ser funcionário da Prefeitura Municipal de Brusque, e que os veículos pesados da frota municipal eram levados para conserto na Speed, com a qual havia contrato licitatório, que por sua

vez encaminhava os veículos a outras oficinas mecânicas, como Mecânica Pinheiro, BBI Injetora e Rodoar (arquivo anexo ao termo de audiência de fls. 2390-2391).

Valberto Dell Antonia informou ter sido Comandante da Polícia Militar de Brusque na época em que a empresa Speed mantinha contrato licitatório para a prestação de serviços mecânicos às viaturas, a qual sempre prestou bom serviços. Disse que os serviços mecânicos prestados à Polícia Militar eram quase sempre emergenciais, em razão da escassez de viaturas. Apontou não saber se as peças e serviços eram superfaturados, pois eram fiscalizados por seção própria do Batalhão (arquivo anexo ao termo de audiência de fls. 2390-2391).

Antônio José Marchi informou que no período de abril de 2000 a dezembro de 2014 era responsável pela fiscalização e manutenção das viaturas do Batalhão de Polícia Militar local, e que neste período apenas as encaminhava para manutenção na empresa Speed. Disse que algumas vezes fazia comparação dos preços cobrados pela empresa, e percebia que estavam em conformidade, mas que o controle dos orçamentos e notas era feito por outro setor (arquivo anexo ao termo de audiência de fls. 2390-2391).

Pedro Tavares de Lima afirmou trabalhar como almoxarife do Samae desde 2009, e que ao que sabe, neste período a manutenção dos veículos da frota da referida autarquia sempre era feita na Speed. Disse que ficava responsável apenas por agendar as manutenções dos veículos, não sendo responsável por fiscalizar se os serviços daquela empresa efetivamente eram realizados, e se os preços cobrados estavam em conformidade (arquivo anexo ao termo de audiência de fls. 2390-2391).

Jeferson de Oliveira Gonçalves informou trabalhar há dez anos no setor financeiro e de compras da Polícia Militar local. Afirmou que ao que tem conhecimento, os serviços prestados pela empresa dos acusados eram de qualidade, mas não sabe se os valores por ela cobrados eram

superfaturados, pois não era sua atribuição fiscalizá-los (arquivo anexo ao termo de audiência de fls. 2390-2391).

Everaldo Boos apontou ter trabalhado como Coordenador do Patrimônio na Prefeitura Municipal de Brusque no período de 2009 a 2015, função na qual ficava responsável por cuidar da frota do Samu. Disse que as ambulâncias do Samu eram sempre encaminhadas para conserto à empresa Speed, e que sempre conferia os serviços realizados, não tendo percebido qualquer irregularidade. Afirmou, entretanto, que não tinha acesso aos valores que eram cobrados pelas peças e serviços, já que tal controle e fiscalização cabia a outro setor (arquivo anexo ao termo de audiência de fls. 2390-2391).

Com efeito, o conjunto fático-probatório amealhado aos autos deixou latente que por meios ardilosos e absolutamente fraudulentos, os acusados José Luiz e João Alexandre, enquanto proprietários da Mecânica Nit Clínica Automotiva – ME (Speed), lograram êxito em burlar os contratos licitatórios que esta até então vinha seguidamente mantendo com o Município de Brusque para a prestação de serviços mecânicos e fornecimento de peças aos veículos pesados da frota municipal, com vistas à enriquecerem às custas do erário público.

Não obstante os acusados em tela tenham sustentado, à exaustão, que sempre cumpriram fielmente as obrigações licitatórias assumidas com o Município de Brusque, sem o emprego de qualquer fraude ou de qualquer outro artifício que pudesse trazer prejuízos ao patrimônio público, tais assertivas ressoaram isoladas nos autos, uma vez que todo o acervo probatório apontou em sentido completamente oposto.

Aliás foram tantas as fraudes e irregularidades cometidas pelos acusados durante o período em que a empresa destes fora contratada para prestar serviços mecânicos ao Município de Brusque, que causa espécie que aquelas tenham sido verificadas apenas após a intervenção do Ministério Público e o desenrolar das investigações que deram azo à presente Ação Penal.

Consoante visto, nos contratos licitatórios celebrados entre a empresa Nit Clínica Automotiva ME, de propriedade dos acusados José Luis e João Alexandre, e o Município de Brusque, constava cláusula de que antes da execução de cada serviço, deveria ser previamente apresentado à Prefeitura Municipal o orçamento em papel timbrado, datado e assinado, detalhando os serviços a serem realizados e as peças a serem substituídas (em relação a estas deveriam ser apresentados três orçamentos distintos obtidos no mercado com a real comprovação do melhor preço apurado), materiais a serem empregados, tempo de execução do serviço com a respectiva hora/homem a ser trabalhada, com os valores propostos para cada item específico, a fim de que fosse possível uma verificação objetiva e comparativa antes que fosse aprovado o serviço.

Entretanto, a teor do que deixaram transparecer os elementos de convicção existentes nos autos, foi efetivamente a partir de tal exigência que os acusados encontraram um meio de burlar os já vultuosos contratos mantidos com a municipalidade, com vistas à superfaturarem os valores cobrados pelos serviços e peças empregados nos veículos da frota municipal e, conseqüentemente, enriquecerem injustamente às custas do patrimônio público.

O estranho fato de a empresa dos acusados ter apresentado quase sempre os orçamentos das mesmas empresas para justificar à Prefeitura Municipal de Brusque os valores das peças cobradas, passa a ganhar sentido quando se percebe o arranjo criminoso por eles arquitetado.

Da simples análise dos diversos orçamentos acostados aos autos com a denúncia, depreende-se que além de maior parte deles terem sido apresentados à Prefeitura Municipal de Brusque sem a devida assinatura de quem os emitiu, conforme expressamente exigiam os contratos licitatórios, denota-se haver certa semelhança na grafia empregada nestes.

Tal suspeita acabou sendo confirmada pela perícia grafotécnica realizada durante a instrução processual a pedido do Ministério Público

(fls. 2429-2437), por meio da qual, por amostragem, foram periciadas as vias originais de cinco orçamentos distintos, acostados às fls. 2406-2407 e 2409-2411 dos autos, referentes, respectivamente, às empresas BBI Brusque Bombas Injetoras, Auto Elétrica Amorim, Mecânica Trucar, Conexão Autoelétrica, e Auto Mecânica Pinheiro, cujo laudo apontou que entre estes *“há convergência de grafismos, evidenciando que os escritos partiram do mesmo punho subscriptor no todo ou em parte do preenchimento dos mesmos”*. Aliás, como já mencionado, fato perceptível a olho nu.

Ainda de acordo com o aludido exame pericial: “Verificou-se em alguns documentos a presença de grafismos com diferença no dinamismo da escrita, isto é, na combinação entre a velocidade e pressão da caneta, porém não se deixou de verificar a presença de elementos convergentes entre os demais documentos questionados, evidenciando tratar-se de disfarce da escrita”.

O fato de a grafia dos referidos orçamentos ter partido do mesmo punho subscriptor já se mostraria suficiente para despertar significativas dúvidas quanto à idoneidade destes e, por conseguinte, da empresa dos acusados em relação aos contratos licitatórios de prestação de serviços que mantinha com o Município de Brusque, na medida em que soaria no mínimo estranho que todas estas cinco diferentes empresas tivessem apresentado seus orçamentos sob a mesma grafia.

Entretanto, embora pouco provável, restaria a possibilidade de os próprios acusados terem preenchido os orçamentos das empresas indicadas na denúncia com a concordância destas, apondo neles os preços reais das peças cotadas.

Mas não foi o que aconteceu, pois nas fases investigativa e judicial, a exceção do acusado Luis Alberto Visconti, proprietário da Conexão Auto-Elétrica, que conforme se verá adiante, faltou com a verdade em suas declarações, os demais responsáveis por aquelas empresas afirmaram

expressamente que não preencheram os orçamentos apontados na denúncia como falsificados, tampouco autorizaram os acusados José Luis e João Alexandre a preenchê-los, tendo alguns daqueles mencionado, inclusive, que sequer comercializavam algumas peças constantes em tais orçamentos, fazendo cair por terra, portanto, a tese defensiva dos acusados de que parte de tais orçamentos tivessem sido emitidos pelas próprias empresas neles indicados, e outros por eles mesmos preenchidos após cotações feitas com tais empresas, e sob a autorização expressa destas.

Note-se que embora na fase embrionária o acusado Sérgio Amorim tivesse afirmado acreditar que os orçamentos que levavam o nome de sua empresa (Auto Elétrica Amorim) tivessem sido por ela emitidos (o que acabou fazendo com que fosse também denunciado nestes autos pelo crime de falso testemunho), em juízo acabou se retratando, passando a afirmar que por estar nervoso quando ouvido pelo Ministério Público na fase investigativa, acabou não percebendo que tais orçamentos não tinham sido efetivamente preenchidos por sua empresa, e que apenas após ser alertado por sua esposa, que juntamente consigo era responsável pela emissão de tais orçamentos, percebeu que os orçamentos investigados, supostamente emitidos por sua empresa, foram direcionados à Prefeitura Municipal de Brusque, ao passo que os orçamentos que emitia eram apenas em relação à apresentação de serviços prestados nos veículos da frota municipal (e não de peças), e direcionados à empresa Nit Clínica Automotiva, de propriedade dos acusados em questão, apontando, assim, que os orçamentos de sua empresa foram igualmente falsificados pelos acusados em questão.

Em seus depoimentos, outrossim, as testemunhas Eusébio de Souza e Hailton Mendes, proprietários da Mecânica Trucar, informaram que em data anterior aos fatos, o acusado João Alexandre pediu que fornecessem orçamentos em branco de sua empresa, sob a justificativa de que seriam utilizados apenas em situações emergenciais que envolvessem

o conserto de ambulâncias e afins, e que sobretudo diante da amizade que Hailton nutria com João Alexandre desde a infância, acabaram cedendo a tal pedido e fornecendo alguns romaneios em branco, semelhantes aos acostados aos autos, jamais imaginando que seriam empregados para os fins espúrios ora verificados.

No mesmo sentido foi a declaração prestada em juízo pela testemunha Samuel Schovembach, proprietário da Auto Elétrica e Rodoar 3 Irmãos, que disse que quando iniciou suas atividades, o acusado João Alexandre também lhe solicitou que fornecesse orçamentos em branco de sua empresa, sob a justificativa de que a grafia da testemunha era ruim, e que então seria necessário passar as notas dos serviços prestados a limpo antes de serem encaminhadas ao setor financeiro da empresa dos acusados.

Durante o desenrolar da complexa investigação que envolveu os fatos aqui tratados, apurou-se ainda que a má-fé e a postura absolutamente fraudulenta dos acusados diante dos contratos licitatórios que mantinham com o Município de Brusque, chegou a ponto de terem eles solicitado à Gráfica Nova Impressão, sediada neste Município, a confecção de blocos de orçamentos da Mecânica Trucar, sem qualquer autorização desta, fato este que restou confirmado em juízo pelo proprietário da referida gráfica, Sr. Onildo José Baumgartner, que ainda afirmou que tais blocos apenas não chegaram às mãos dos acusados em razão da gráfica ter entrado em contato com os responsáveis da Mecânica Trucar e informado que estavam prontos, oportunidade em que aqueles apontaram não ter solicitado tais blocos e passaram a suspeitar que os acusados estivessem emitindo orçamentos em nome de sua empresa, possivelmente até mesmo através da confecção de blocos em outras gráficas da região.

Durante toda a persecução criminal, José Luis e João Alexandre tentaram sustentar que as cinco empresas indicadas na denúncia realmente mantinham com a empresa Nit Clínica Automotiva relações comerciais

de prestação de serviços e fornecimento de peças aos veículos da frota municipal, e que teriam sido tais empresas que efetivamente forneceram os orçamentos apontados na denúncia como falsificados, aduzindo, inclusive, que em alguns casos, dada a urgência reclamada pelos serviços, as ditas empresas teriam autorizado que eles mesmos preenchessem os orçamentos para agilizar o procedimento.

Contudo, a teor do que claramente demonstrou a prova oral, os proprietários das empresas cujos orçamentos foram seguidamente apresentados à Prefeitura Municipal de Brusque para justificar serviços e peças cobrados pela empresa Nit Clínica Automotiva (Speed), a exceção, como visto, do acusado Luis Alberto Visconti, negaram ter apresentado orçamentos de peças à empresa dos acusados, tampouco autorizado que estes preenchessem orçamentos de suas empresas para tal finalidade, não reconhecendo como suas, inclusive, as grafias apostas em tais orçamentos, elementos de prova estes que, somados à farta prova documental e pericial produzida nos autos, não conduzem à outra conclusão senão a de que os acusados realmente falsificaram os orçamentos indicados na denúncia.

Ora, ainda que se desconsiderasse a negativa feita pelos responsáveis por aquelas empresas, de que não forneceram orçamentos aos acusados, muito menos os autorizaram a preenchê-los em nome destas, os argumentos tecidos pela defesa dos acusados ainda assim estariam desprovidos de qualquer alicerce, posto que ao que se viu, maior parte das peças cotadas em tais orçamentos sequer era do ramo de atuação e ou fornecida pelas empresas nele indicadas, como seus representantes deixaram, inclusive, muito claro em seus depoimentos prestados em juízo, tampouco seria crível imaginar que tais empresas deixariam orçamentos seus, em branco, em poder dos acusados para que estes preenchessem conforme preços por si repassados, sobretudo por serem de certa forma concorrentes em seus ramos de atuação, muito menos de que os acusados se dirigissem até tais empresas para cotarem preços, e no interior delas, eles mesmos preenchessem de próprio punho

tais orçamentos, posto que tal procedimento é relativamente rápido, e como costumeiramente acontece, é elaborado pela própria empresa que o fornece.

A conclusão de que os acusados José Luis e João Alexandre efetivamente cometeram os crimes de falsificação de documento particular que lhe são imputados na denúncia ganha força quando se percebe que eles ludibriaram os responsáveis de pelo menos duas destas empresas para que deixassem em seu poder orçamentos em branco para finalidade diversa das que acabaram sendo utilizados, e até mesmo solicitaram a confecção de orçamentos de uma destas empresas em uma gráfica local, sem o consentimento da referida empresa, circunstâncias estas que deixam evidente que eles se valeram de todos os meios que tinham à sua disposição para obterem e, por conseguinte, falsificarem os aludidos orçamentos, na medida em que não haveria razão lógica para que tenham procedido de tal forma, se não fosse realmente para a confecção espúria de tais documentos.

Por outro lado, a prova documental encartada aos autos, e a teor do que confirmaram os próprios acusados em seus interrogatórios, eles por vezes também apresentavam ao ente municipal orçamentos de peças fornecidos pela empresa JJ Vargas Auto Peças, da qual também eram proprietários, a qual apesar de estar formalmente ativa em razão de pendências fiscais, não estava mais em funcionamento, e sequer tinha todas as peças orçadas em estoque, fato este que demonstra, ao mesmo tempo, a nítida falta de fiscalização do poder público municipal na execução dos contratos licitatórios consigo celebrados, a ponto de permitir que a empresa licitada apresentasse orçamentos de outra empresa de propriedade dos mesmos sócios, e também a absoluta má-fé dos acusados perante à relação licitatória que mantinham à época com o Município de Brusque, posto que com mais este artifício, lograram êxito em simular uma competição de preços de peças que na verdade inexistia.

Merece destaque neste ponto que, não por coincidência, dentre todos os orçamentos apresentados à Prefeitura Municipal para justificar a cobrança de peças e serviços, apenas os das duas empresas de propriedade dos acusados (Nit Clínica Automotiva e JJ Vargas Auto Peças) eram apresentados de forma digitada, não subsistindo dúvidas, após tudo o que até aqui fora visto, de que assim procediam para “maquiar” um pouco as falsificações empregadas, e assim não deixar tão evidente que todos os orçamentos tivessem sido por eles preenchidos.

Note-se, ainda, que apesar de em juízo o acusado José Luiz ter passado a afirmar que apenas seu irmão preenchia os orçamentos da empresa, buscando, claro, eximir-se da responsabilidade penal que lhe acenava, acabou sendo desmentido pelo seu próprio irmão João Alexandre, que afirmou que o preenchimento dos orçamentos, assim como toda a administração da empresa, recaía a ambos, afirmando, inclusive, que todas as questões envolvendo a obtenção e preenchimento dos orçamentos era de conhecimento de José Luiz, deixando latente, pois, que ambos concorreram ativamente para a prática das falsificações ora tratadas.

De outro vértice, ao contrário do que sustenta a defesa, a comprovação de que os crimes de falsificação de documento público e de fraude à licitação praticados pelos acusados importaram em prejuízo ao erário, restou trazida pelo estudo e relatórios feitos pelo Grupo de Atuação Especial de Combate às Organizações Criminosas – Gaeco (fls. 1544-1787), que se mostraram hábeis a demonstrar que em praticamente em todos os serviços relacionados aos orçamentos espúrios, houve superfaturamento do valor das peças e serviços empregados, evidenciando, assim, que a intenção de fundo dos acusados com os crimes ora analisados era justamente auferirem vantagem econômica em detrimento do erário público municipal, e que, portanto, empregaram dolo em suas condutas.

Impõe-se anotar, outrossim, que apesar de os referidos relatórios

não terem conseguido apurar exatamente os valores que foram superfaturados em relação à uma pequena parte dos orçamentos, vê-se claramente que isso se deu em razão da dificuldade de se fazer a cotação de algumas peças muito específicas perante às revendas autorizadas, e até mesmo em se obter valores que eram cobrados em tempos passados.

Ademais, a partir dos elementos probatórios colhidos nos autos, os quais apontaram nitidamente o emprego por parte dos acusados em tela de falsificações documentais e de outros artifícios para burlarem a relação licitatória que mantinham com o Poder Público Municipal à época dos fatos, o superfaturamento de preços em relação aos orçamentos falsificados é presumível, até porque seria ilógico imaginar que se prestariam a falsificar os orçamentos de outras empresas atuantes neste Município, chegando ao ponto de solicitar a emissão de blocos de orçamento de uma dessas sem autorização, se não houvesse o interesse de realmente cobrar mais pelas peças e serviços empregados, tanto que, em alguns casos, conforme apontaram os relatórios, o preço cobrado pelas empresas dos acusados foi quase o dobro do praticado por revendas autorizadas, as quais, como se sabe, já possuem preços de peças e serviços mais elevados do que as revendas e oficinas paralelas, sendo manifesto, portanto, o prejuízo havido pelo erário público em relação aos orçamentos apontados na denúncia.

A partir de tamanhas evidências, fica claro que as falsificações empregadas pelos acusados nos orçamentos, e os demais artifícios por eles utilizados, tinham como fim fraudar e superfaturar o contrato licitatório que haviam firmado com o Município de Brusque, de modo a simularem que a empresa Nit Clínica Automotiva fosse a que sempre apresentasse o menor valor para as peças e serviços cobrados pela manutenção dos veículos da frota municipal, e que desta forma pudessem ainda escolher o valor que seriam cobrados por estes do ente municipal.

Aliás, quando interrogados, os acusados deixaram transparecer

de certa forma que realmente seguiam a “filosofia” de que as peças a serem substituídas nos veículos da frota municipal deveriam ser sempre fornecidas pela sua empresa, tanto que em seu interrogatório em juízo, João Alexandre chegou a afirmar que como o contrato licitatório previa que a colocação de peças deveria ser feita pela sua empresa, esta teria preferência no fornecimento de tais peças, o que evidentemente não é verdade, já que, como visto, o contrato licitatório estabelecia que quando o serviço mecânico exigisse a substituição de peças, a autorização para a substituição destas deveria ser precedida de “três orçamentos das mesmas, efetuados no mercado com a real comprovação do melhor preço de mercado”, isto é, as peças deveriam ser obtidas pela empresa dos acusados no estabelecimento que a ofertasse pelo menor preço, a fim de atender o interesse público que era de despender o menor valor possível para tanto.

Frente a este contexto, ressoa inquestionável que os acusados José Luis e João Alexandre, combinados entre si com o propósito de burlarem e obterem vantagem ilícita sobre a relação licitatória que mantinham com o Município de Brusque à época dos fatos, falsificaram os 43 (quarenta e três) orçamentos indicados na denúncia, causando expressivo prejuízo aos cofres municipais, conforme apuraram as investigações, tornando, assim, injustamente mais onerosa a execução do contrato licitatório.

Anoto, em tempo, que o depoimento prestado pela testemunha Cristiano Pinheiro, proprietário da Mecânica Pinheiro, nos autos da Ação Civil Pública que tramita nesta Comarca acerca dos mesmos fatos, juntado pela defesa dos acusados após o encerramento da instrução processual (fls. 2568-2571), em nada altera o contexto probatório emoldurado nos autos, posto que não se está a julgar o fato de os acusados eventualmente terem adotado durante a relação licitatória o procedimento contrário ao contrato licitatório, de primeiramente prestar o serviço e depois encaminhar os orçamentos ao Município de Brusque, mas sim as falsificações documentais que foram empregadas em tais orçamentos, e

consequentes desdobramentos, as quais, por sua vez, não encontraram justificativa no alegado procedimento.

Tenho, portanto, que houve a comprovação nos autos de que os acusados José Luis Vargas e João Alexandre Vargas, enquanto sócios e administradores diretos da empresa Nit Clínica Automotiva (Speed), incorreram nos crimes de falsificação de documento particular, capitulado no artigo 298 do Código Penal, e de fraude à licitação, capitulado no artigo 96, inciso V, da Lei nº. 8.666/93, ambos por 43 (quarenta e três) vezes.

Considero, por fim, que em relação a ambos os delitos, deva ser aplicada a continuidade delitiva, na medida que em foram praticados nas mesmas condições de tempo, lugar e maneira de execução, devendo o subsequente de cada um destes delitos ser havido como continuação do primeiro, nos termos do artigo 71, *caput*, do Código Penal.

Absorção dos crimes de falsificação de documento particular pelos crimes de fraude à licitação:

Não obstante ter restado reconhecida a responsabilidade penal dos acusados José Luis e João Alexandre em relação a ambos os delitos tratados acima, tenho que os delitos de falsificação de documento particular devam ser absorvidos pelos crimes de fraude à licitação, na medida em que restou evidente que os falsos foram crimes-meio, praticados visando única e exclusivamente fraudar e superfaturar o contrato licitatório de prestação de serviços e fornecimento de peças que os ditos acusados mantinham à época dos fatos com o Município de Brusque.

A falsificação dos orçamentos apontados na denúncia, aliados aos demais artifícios empregados pelos referidos acusados, serviu como meio necessário para garantir a execução do crime de fraude à licitação, não se extraindo dos autos elementos que indiquem que as ditas falsificações foram utilizadas para a prática de outros crimes com finalidades distintas, circunstâncias que, a meu ver, impõem que os crimes de falso sejam

absorvidos pelos correspondentes crimes de fraude à licitação que desencadearam, em observância ao princípio da consunção.

Com efeito, se a intenção dos agentes era apenas alcançar o intento criminoso de maior monta, as falsidades se constituíram em crimes-meio, que resultaram nas fraudes à licitação, crimes-fim, tendo sido por estes absorvidos, motivo pelo qual a punição deve adstringir-se aos crimes de fraude à licitação, previstos no artigo 96, inciso V, da Lei nº. 8.666/93.

Neste sentido, *mutatis mutandis*, extrai-se da jurisprudência:

PENAL E PROCESSO PENAL. FRAUDE AO CARÁTER COMPETITIVO DO PROCEDIMENTO LICITATÓRIO. ARTIGO 90 DA LEI Nº 8.666/1993. CRIME FORMAL. MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS. USO DE DOCUMENTO FALSO. ARTIGO 304 C/C ARTIGO 298 DO CÓDIGO PENAL. CRIME-MEIO PARA A PRÁTICA DA FRAUDE À COMPETITIVIDADE DA LICITAÇÃO. PRINCÍPIO DA CONSUNÇÃO. DOSIMETRIA. PENA-BASE. MAJORAÇÃO FUNDAMENTADA EM TRANSAÇÃO PENAL. IMPOSSIBILIDADE. [...] 3. Para analisar a aplicabilidade do princípio da consunção, deve ser verificada a potencialidade lesiva do documento espúrio, porquanto o crime de falsidade somente pode ser absorvido se sua aptidão de causar dano exaurir-se totalmente no crime-fim, para o qual supostamente estaria voltado o dolo do agente [...]. (TRF4, ACR 5026297-73.2011.404.7000, Oitava Turma, Relator João Pedro Gebran Neto, 27/11/2015)

E:

APELAÇÃO-CRIME. LICITAÇÃO. FRAUDE. PECULATO. MATERIALIDADE E AUTORIA DEMONSTRADAS. DOLO EVIDENCIADO. PRINCÍPIO DA CONSUNÇÃO. INVESTIGAÇÃO REALIZADA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO NA FASE PRÉ-PROCESSUAL. ALEGAÇÃO DE NULIDADE POR VIOLAÇÃO AO DISPOSTO NO ART. 144, § 1º E 4º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E INÉPCIA DA DENÚNCIA. INOCORRÊNCIA. [...] PRINCÍPIO DA CONSUNÇÃO. Ocorre a consunção quando a conduta definida por norma incriminadora constitui

meio necessário para a preparação ou execução de delito diverso, restando o crime-meio absorvido pelo crime-fim, pena de violação ao princípio do non bis idem. [...] (Apelação Crime Nº 70060045887, Quarta Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Aristides Pedroso de Albuquerque Neto, Julgado em 29/01/2015).

Por conseguinte, devem os acusados José Luis e João Alexandre serem absolvidos dos crimes de falsificação de documento particular (art. 298, CP), nos termos do artigo 386, inciso III, do Código de Processo Penal, na medida em que absorvidos pelos crimes de fraude à licitação previstos no artigo 96, inciso V, da Lei nº. 8.666/93.

Do crime de falso testemunho imputado aos acusados Sérgio Amorim e Luis Alberto Visconti:

A denúncia imputa aos acusados Sérgio Amorim e Luis Alberto Visconti a prática do crime de falso testemunho, com a causa de aumento de penal por ter sido praticado com o fim de obter prova destinada a produzir efeito em processo penal, capitulado no artigo 342, § 1o, do Código Penal, pois de acordo com a peça inaugural acusatória, quando inquiridos durante a investigação presidida pelo Ministério Público, deram em relação aos fatos versão absolutamente incompatível a trazida pelas demais testemunhas e elementos colhidos, por terem sustentado que enquanto proprietários, respectivamente, da Auto Elétrica Amorim e Conexão Auto-Elétrica e Ar-Condicionado, forneciam orçamentos de peças automotivas à empresa dos acusados José Luis e João Alexandre, que, como já visto, mantinha à época contrato licitatório com o Município de Brusque para a prestação de serviços e fornecimento de peças aos veículos pesados da frota municipal.

Em suas derradeiras alegações, no entanto, o Ministério Público requereu a extinção da punibilidade em relação ao acusado Sérgio Amorim, por considerar que no curso da presente ação teria ele se retratado das falsas alegações prestadas na fase investigativa, e passado

a afirmar que não forneceu orçamentos de peças aos acusados, muito menos deixou orçamentos de sua empresa em poder dos acusados para que estes os preenchessem de próprio punho.

Conforme se extrai dos autos, na fase investigativa o acusado Sérgio Amorim declarou que prestava serviços e fazia orçamentos de peças para a empresa Nit Clínica Automotiva, mesmo daquelas que não tinha em estoque, as quais apontou cotar em outros estabelecimentos que as forneciam, embora nunca tenha fornecido qualquer peça àquela empresa.

Quando interrogado em juízo, de fato, se retratou, passando a afirmar que os orçamentos indicados nos autos que levam o nome de sua empresa não foram por esta preenchidos, apontando que a grafia neles constantes não é sua ou de sua esposa, que eram os únicos responsáveis por preenchê-los, e que tampouco forneceu blocos de orçamentos aos acusados José Luis e João Alexandre para que preenchessem em nome de sua empresa. Destacou que por ocasião de seu depoimento prestado perante o Ministério Público, estava nervoso por ver sua empresa envolvida nas investigações, o que teria o motivado alegar naquela oportunidade que os orçamentos questionados tivessem sido emitidos por sua empresa, e que apenas se deu conta de que não teriam partido de sua empresa após sua esposa ter verificado que tais orçamentos estavam dirigidos à Prefeitura Municipal de Brusque, posto que mesmo nos serviços prestados aos veículos da frota municipal, as notas eram dirigidas à empresa Nit, que os intermediava, e não ao ente municipal. Disse, ainda, que forneceu orçamentos (notas) à empresa Nit apenas dos serviços e peças empregados nos veículos da frota municipal em sua oficina, e que quando envolviam peças, eram apenas do sistema elétrico. Apontou, por fim, não saber como foram emitidos os orçamentos em nome de sua empresa sem o seu consentimento.

Portanto, tendo o acusado se retratado das afirmações falsas, antes

da sentença, deve ser reconhecida a extinção da punibilidade do crime em apreço, nos termos do artigo 342, § 2º, do Código Penal:

“Art. 342. Fazer afirmação falsa, ou negar ou calar a verdade como testemunha, perito, contador, tradutor ou intérprete em processo judicial, ou administrativo, inquérito policial, ou em juízo arbitral:

[...]

§ 2º O fato deixa de ser punível se, antes da sentença no processo em que ocorreu o ilícito, o agente se retrata ou declara a verdade”.

A esse respeito, leciona Guilherme de Souza Nucci:

“Por política criminal, em busca da verdade real e no interesse da administração da justiça, o legislador criou uma escusa para evitar a punibilidade de um crime já aperfeiçoado. Portanto, apesar de consumado o falso no momento em que o depoimento da testemunha é concluído ou o laudo é entregue, pode o agente, retratando-se (desdizendo-se), apresentar a verdade. Em face disso, não mais se pune o crime cometido”.

Acrescenta, ainda, que para que o fato deixe ser punível: “Exige-se apenas que seja uma retratação total, isto é, que o agente retrate tudo que foi falsamente declarado ou omitido, não bastando uma retratação parcial” (Código Penal Comentado. 10 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 1198-1199).

Destarte, passando o fato criminoso atribuído ao acusado Sérgio Amorim a não ser mais punível por ter ele se retratado antes da sentença, impõe-se que seja extinta a sua punibilidade, nos termos do artigo 107, inciso VI, do Código Penal.

Por outro lado, do cotejo das provas produzidas nos autos, vê-se que o acusado Luis Alberto Visconti realmente falseou a verdade quando ouvido no decorrer das investigações que deram origem à presente Ação Penal e, por conseguinte, incorreu no crime de falso testemunho que lhe imputa a denúncia.

Quando ouvido perante o representante da Terceira Promotoria de Justiça desta Comarca, Luis Alberto, proprietário da Conexão Auto-Elétrica e Ar-Condicionado, afirmou que além de prestar serviços à empresa Nit Clínica Automotiva, fornecia a esta também orçamentos de diversas peças automotivas, inclusive daquelas que não tinha em seu estoque. Na ocasião, ao lhe ser apresentados dois orçamentos que levavam o nome de sua empresa, afirmou que a grafia neles constante não é sua, mas apontou que devam ter sido preenchidos por um de seus funcionários. Apesar de na ocasião ter sido questionado quanto à semelhança verificada entre a grafia constante no orçamento de sua empresa com o das outras empresas apontadas na denúncia, apontou que se deve ao fato de que as vezes a cotação dos preços era feita em conjunto entre as empresas, e uma preenchia para a outra. Disse, ainda, que o acusado João Alexandre costumava ir pessoalmente até sua empresa para fazer cotação de preços, oportunidades em que o autorizava a preencher os orçamentos de sua empresa conforme os preços que ia repassando aquele, sugerindo que tal circunstância também justificaria a semelhança entre as grafias dos orçamentos que até então estavam sendo apenas investigados (mídia audiovisual arquivada em cartório).

Em seu interrogatório, Luis Alberto manteve a mesma versão para os fatos, reafirmando ter fornecido orçamentos de peças automotivas à empresa Nit. Negou que tenha fornecido blocos de orçamento de sua empresa para que os acusados José Luis e João Alexandre preenchessem. Aduziu que algumas vezes em razão da correria dos serviços, cotava os preços e os próprios acusados José Luis e João Alexandre preenchiam os orçamentos de seus próprios punhos no balcão de sua empresa, na sua presença, e que os preços das peças que não tinha em estoque eram cotados com outras empresas por telefone e apostos nos orçamentos. Questionado sobre o orçamento constante à fl. 1138 dos autos, disse que é da sua empresa, e que certamente fora preenchido no interior desta (gravação audiovisual anexa ao termo de audiência de fls. 2390-2391).

Todavia, a versão dos fatos defendida por Luis Alberto na fase investigativa, e reafirmada em juízo, é absolutamente contrária a todo o arcabouço probatório dos autos, por meio do qual, como visto, restou indubitável que os acusados José Luis e João Alexandre, enquanto proprietários da empresa Nit Clínica Automotiva, falsificaram os orçamentos das outras cinco empresas relacionadas na denúncia, preenchendo-os sem a autorização destas, e apondo neles preços de peças que elas sequer tinham em estoque, e em valores não condizentes com os praticados pelo mercado, a fim de que pudessem utilizá-los para justificar a cobrança de preços perante o contrato licitatório que mantinham com o Município de Brusque, e assim fizessem com que a sua empresa fosse sempre a que ofertasse o menor preço, e com isso ainda pudessem superfaturar os valores cobrados.

Como se viu, a prova pericial apontou que os cinco orçamentos periciados, relativos a cinco empresas diferentes indicadas na denúncia, dentre as quais a Conexão Auto-Elétrica, de propriedade de Luis Alberto, foram preenchidos pelo mesmo punho subscritor, circunstância que, por si só, já põe em xeque as alegações deste, posto que se os responsáveis pelas demais empresas apontadas na denúncia afirmaram, em uma só voz, que não forneceram orçamentos seus, tampouco autorizaram que fossem preenchidos por terceiros, não haveria uma razão lógica, e sobretudo legal, para que os orçamentos que Luis Alberto afirma ter fornecido tivessem a mesma grafia da existente nos orçamentos daquelas.

O argumento defensivo utilizado pelo acusado Luis Alberto de que em razão da correria na realização de seus serviços, cotava os preços e repassava aos acusados José Luis e João Alexandre, e estes então, sob a sua autorização, preenchiam os orçamentos no balcão de sua empresa, não guarda qualquer sentido, não apenas por ser contrário a tudo o que se viu até aqui, mas também porque não me parece crível imaginar que aqueles acusados, que se mostraram capazes de falsificar orçamentos de outras empresas, e até mesmo de tentar obter blocos de orçamento de

uma delas por meio escusos, adotassem apenas com Luis Alberto uma sistemática diferente para a obtenção dos orçamentos da empresa deste, se dirigindo até a sede desta para cotar peças que em grande parte não eram do ramo de atuação da autoelétrica de Luis Alberto, tampouco este as mantinha em estoque, e eles mesmo preenchessem os orçamentos ainda no interior da empresa, quando, conforme apontou o próprio Luis Alberto, a empresa contava com outros funcionários, que assim como ele, estavam habilitados a preenchê-los, e, portanto, poderiam fazê-lo no lugar daqueles acusados.

Merece destaque, outrossim, que na fase investigativa, ao ser questionado sobre a semelhança existente entre a grafia dos orçamentos de sua empresa e os das demais empresas indicadas na denúncia, o acusado Luis Alberto tentou justificá-la afirmando que possivelmente se referiam a situações em que os preços eram cotados em conjunto com tais empresas, o que não é verdade, pois como visto, as demais empresas afirmaram não terem feito orçamentos para a empresa Nit ou autorizado que fossem feitos em seu nome por terceiros, tanto que em juízo Luis Alberto passou a não mais sustentar tal versão, passando apenas a afirmar que os orçamentos eram fornecidos por sua empresa, e que muitas vezes eram preenchidos por terceiros sob sua autorização, no interior desta.

As testemunhas arroladas pela defesa do acusado, por seu turno, em nada contribuíram para a elucidação dos fatos, tendo apenas se limitado a afirmar que o conhecem de longa data, e que desconhecem qualquer fato que desabone a sua conduta pessoal ou profissional.

Convém observar, ainda, que dentre todos os proprietários das empresas indicadas na denúncia, Luis Alberto foi o único que confirmou que após ter sido intimado pelo Ministério Público a prestar esclarecimentos, voluntariamente esteve reunido com os acusados José Luis e João Alexandre, e com um dos advogados destes, para tratar do assunto, quando certamente tenham combinado a versão que por ele

deveria ser defendida, sem imaginar, talvez, que acabaria processado criminalmente por faltar com a verdade em seu depoimento.

Nesse passo, frente à flagrante divergência entre o depoimento prestado pelo acusado Luiz Alberto na fase investigativa e o conjunto probatório existente nos autos, somados aos demais elementos de convicção que o compõem, tenho que não subsistem dúvidas de que aquele faltou com a verdade durante a investigação presidida pelo Ministério Público, obstaculizando a persecução criminal, agindo com dolo em sua conduta, incorrendo, por conseguinte, no crime de falso testemunho capitulado no artigo 342 do Código Penal.

Na lição de Rogério Greco: “A conduta prevista pelo tipo penal em estudo diz respeito ao fato de fazer afirmação falsa, isto é, que não condiz com a realidade, mentido sobre determinado fato, negar um fato que ocorreu, não reconhecendo a sua veracidade, ou mesmo se calar, impedindo, com o seu silêncio, que os fatos cheguem ao conhecimento daquele que irá proferir o julgamento [...]” (Curso de Direito Penal: Parte Especial. v. 4. 5. ed. rev., atual. e ampl. Niterói: Impetus. 2009. p. 586).

Anote-se que embora o tipo penal previsto no artigo supracitado estabeleça textualmente que o falso testemunho ocorra quando prestada informação falsa em processo judicial, administrativo, inquérito policial, ou em juízo arbitral, é assente na doutrina e na jurisprudência que a sua prática se estende a inquéritos substitutivos do policial, sindicâncias, inquéritos parlamentares, dentre outros, motivo por que também cabível na hipótese vertente, em que praticado em depoimento prestado pelo acusado durante a investigação criminal presidida pelo Ministério Público, a qual equivale ao inquérito substitutivo do policial.

Ressalte-se, ainda, que ao contrário do que sustenta a defesa, o acusado Luis Alberto ainda não detinha a qualidade de investigado quando intimado pelo Ministério Público a prestar esclarecimentos, tanto que antes de ser ouvido, o Promotor de Justiça o informou claramente

que os fatos ainda estavam em fase de investigação e que possivelmente resultariam em uma ação penal, tendo o representante ministerial o advertido, por mais de uma vez, acerca do compromisso de falar a verdade, sob pena de ser processado pelo crime de falso testemunho, ressalvando que o acusado apenas teria o direito de faltar com a verdade se eventualmente viesse a despontar como investigado após a apuração dos fatos, não havendo que se falar, portanto, em atipicidade da conduta, porquanto quando prestou falso testemunho ao Ministério Público, Luis Alberto figurava apenas como testemunha, e não investigado, tanto que acabou sendo denunciado apenas por tal conduta.

Por outro lado, tenho que assiste razão à defesa do acusado quando vindica o afastamento da causa de aumento de pena prevista no § 1º do artigo 342 do Código Penal, posto que apesar de ter aquele prestado depoimento falso sobre fatos relevantes, que sabidamente poderiam ser utilizados em uma futura ação penal, o referido testemunho ocorreu na fase investigativa, quando o Ministério Público estava apenas reunindo elementos para alicerçar eventual denúncia.

Sob este raciocínio, não há como se acolher a aplicação da referida causa de aumento de pena, tendo em vista que a conduta de prestar falso testemunho em procedimento inquisitivo, a meu ver, está inserida no *caput* do tipo penal previsto no artigo 342 do Código Penal, ao passo que a causa de aumento de pena prevista em seu § 1º, somente deve ser empregada quando o falso testemunho é prestado durante a instrução criminal, após a regular formação do contraditório, posto que nesta hipótese, o juiz está formando sua convicção para o desfecho da demanda, circunstância que, evidentemente, merece maior repressão do que o falso prestado na fase investigativa.

Acerca de tal temática, pontua Guilherme de Souza Nucci que:

“[...] por exclusão e dentro da lógica, ao inquérito policial, constituindo mero procedimento administrativo, reserva-se o falso testemunho

simples (caput), enquanto para o processo judicial penal aplica-se a figura específico do § 1º. Nessa linha, a ótica de Hungria: “Processo penal se entende o que corre perante autoridade judiciária, pouco importando que verse sobre crime ou contravenção. [...] Aliás, é razoável supor que um falso prestado no inquérito policial, cujo destino primordial é formar a convicção do Ministério Público para o oferecimento de denúncia, não possa ter a mesma força que o falso cometido diante do juiz criminal, que irá, efetivamente, julgar a causa [...]”. (Código penal comentado, 13. ed., rev., atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 127).

Em igual sentido, colhe-se do acervo jurisprudencial do egrégio Tribunal de Justiça Catarinense:

APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME CONTRA À ADMINISTRAÇÃO DA JUSTIÇA. FALSO TESTEMUNHO COM O OBJETIVO DE OBTER PROVA DESTINADA A INSTRUIR AÇÃO PENAL (ART. 342, § 1º DO CÓDIGO PENAL). APELANTE QUE, EM INQUÉRITO POLICIAL DESTINADO A APURAR O TRÁFICO DE DROGAS NEGA, FALSAMENTE TER ADQUIRIDO ENTORPECENTES DE INVESTIGADO. SENTENÇA CONDENATÓRIA. RECURSO DA DEFESA. REQUERIDA A EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE DO APELANTE PELA RETRATAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. ATO QUE NÃO OCORRERA NO PROCESSO PRINCIPAL E NEM NOS AUTOS EM QUE O APELANTE FOI PROCESSADO POR FALSO TESTEMUNHO. ALMEJADO O AFASTAMENTO DA CAUSA DE AUMENTO DE PENA PREVISTA NO § 1º DO ART. 342 DO CÓDIGO PENAL. ACOLHIMENTO. DECLARAÇÕES FALSAS PRESTADAS EM SEDE DE INQUÉRITO POLICIAL CUJA INVESTIGAÇÃO TINHA COMO FINALIDADE ANGARIAR PROVAS PARA O OFERECIMENTO DA DENÚNCIA. AGENTE QUE NÃO PRESTOU DECLARAÇÕES EM JUÍZO. CAUSA DE AUMENTO QUE É APLICADA PARA OS DEPOIMENTOS QUE POSSUEM COMO FINALIDADE A FORMAÇÃO DA CONVICÇÃO DO TOGADO. PENA READEQUADA. RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO. (TJSC, Apelação n. 0000868-81.2014.8.24.0021, de Cunha Porá, rel. Des. Ernani Guetten de Almeida, j. 26-01-2016).

E:

APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME CONTRA A ADMINISTRAÇÃO DA JUSTIÇA. FALSO TESTEMUNHO COM O OBJETIVO DE OBTER PROVA DESTINADA A INSTRUIR AÇÃO PENAL (ART. 342, § 1º, DO CÓDIGO PENAL). SENTENÇA CONDENATÓRIA. RECURSO DA DEFESA. NULIDADE DO PROCESSO DEVIDO A ILEGALIDADE DA GRAVAÇÃO DE VÍDEO. NÃO OCORRÊNCIA. GRAVAÇÃO DE CONVERSA POR UM DOS INTERLOCUTORES. INEXISTÊNCIA DE COAÇÃO. DESNECESSIDADE DE CONSENTIMENTO. EXERCÍCIO REGULAR DE DIREITO. PROVA LÍCITA. PRELIMINAR RECHAÇADA. PLEITO ABSOLUTÓRIO. NÃO ACOLHIMENTO. MATERIALIDADE E AUTORIA DO DELITO AMPLAMENTE COMPROVADAS. RÉU QUE, COMPROMISSADO, PRESTOU DECLARAÇÃO FALSA SOBRE DADOS RELEVANTES EM PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO A FIM DE APURAR SUPOSTO ASSÉDIO SEXUAL. FILMAGENS E DEPOIMENTOS TESTEMUNHAIS NÃO DEIXAM DÚVIDAS DA PRÁTICA DO ILÍCITO PENAL. CONDENAÇÃO MANTIDA. AFASTAMENTO DA CAUSA DE AUMENTO DE PENA PREVISTA NO § 1º DO ART. 342 DO CÓDIGO PENAL. POSSIBILIDADE. DEPOIMENTO FALSO OCORRIDO NA FASE INVESTIGATÓRIA. CONDUTA QUE ESTÁ INSERIDA NO *CAPUT* DO CRIME DE FALSO TESTEMUNHO. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO EM PARTE. “Aliás, é razoável supor que um falso prestado no inquérito policial, cujo destino primordial é formar a convicção do Ministério Público para o oferecimento de denúncia, não possa ter a mesma força que o falso cometido diante do juiz criminal, que irá, efetivamente, julgar a causa” (NUCCI, Guilherme de Souza, Código penal comentado, 13. ed., rev., atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 127). (TJSC, Apelação Criminal n. 2013.010774-4, de São Bento do Sul, rel. Des. Marli Mosimann Vargas, j. 12-11-2013).

Diante de tais fundamentos, improcede a pretensão acusatória de ser aplicada em relação ao acusado em tela a causa de aumento de pena prevista no § 1º do artigo 342 do Código Penal.

Contudo, restando comprovada a autoria, materialidade e culpabilidade do acusado Luis Alberto Visconti em relação ao crime de falso testemunho capitulado no artigo 342, *caput*, do Código Penal, conforme fundamentos alhures, impõe-se que seja responsabilizado penalmente por tal conduta.

Dos crimes de falso testemunho imputados aos acusados José Luis Vargas, João Alexandre Vargas, Dantes Krieger Filho e Ianderson Anacleto:

A denúncia imputa aos acusados em tela a prática do crime de falso testemunho, capitulado no artigo 342 do Código Penal, com a causa de aumento prevista no § 1º, na forma de coparticipação, por quatro vezes, sendo três delas na forma tentada (art. 14, II, CP) e uma na forma consumada.

De acordo com a exordial acusatória, os acusados teriam logrado êxito em induzir a testemunha, ora acusado, Luis Alberto Visconti, a mentir durante o seu depoimento prestado na fase investigativa, orientando-o a dizer que teria fornecido os orçamentos de sua empresa Conexão Auto-Elétrica aos acusados José Luis e João Alexandre, proprietários da Nit Clínica Automotiva, e também teriam tentado induzir as testemunhas Samuel Schovembach (Auto Elétrica 3 Irmãos) e Euzébio de Souza (Mecânica Trucar), este último por duas vezes, a fazerem o mesmo, apontando que estas últimas, por não cederem aos pedidos dos acusados, acabaram falando a verdade em relação aos fatos investigados.

A autoria dos crimes em comento é negada pelos acusados.

O acusado José Luis, como já visto, afirmou em juízo não ter procurado quaisquer dos responsáveis pelas empresas indicadas na denúncia para prestarem depoimentos a seu favor, tampouco ter conhecimento se seu irmão João Alexandre e os advogados Dantes e Ianderson, também acusados, teriam praticado tal conduta (gravação audiovisual anexa ao termo de audiência de fls. 2390-2391).

Como também visto, João Alexandre sustentou durante o seu interrogatório que após Hailton, da Mecânica Trucar, ter recebido intimação do Ministério Público para prestar esclarecimentos, foi até a presença deste na companhia do acusado Dantes, seu advogado, para prestar os esclarecimentos solicitados por aquele, ocasião em que o teriam orientado a informar ao Ministério Público a verdade, no sentido de que realmente haviam fornecido orçamentos e blocos deste para serem preenchidos pelo interrogado e seu irmão. Aduziu que na manhã do dia em que Hailton e seu pai Euzébio, também proprietário da referida oficina, seriam ouvidos perante o Ministério Público, novamente a pedido destes, na companhia do acusado Ianderson, seu advogado, foi até a empresa daqueles para prestarem esclarecimentos, negando que tivesse requisitado ou induzido a prestarem depoimento a seu favor. Disse que apesar dos encontros mantidos com Hailton e Euzébio, estes acabaram dando outra versão em seus depoimentos, além de terem dispensado o acompanhamento de seu advogado ao ato, como antes haviam requerido. Alegou que Samuel, da Mecânica 3 Irmãos, também manteve contato telefone consigo solicitando que fosse até sua empresa com um advogado para prestar esclarecimentos, ocasião em que então foi até ele na companhia do acusado Dantes, mas que apesar das informações repassadas à Samuel, este disse que iria seguir as orientações de seu contador. Afirmou que o acusado Luis Alberto também solicitou esclarecimentos acerca das investigações, quando foi até a presença deste com o advogado Ianderson, negando ter convencido Luis a dar versão falsa sobre os fatos. E que a pedido de Luis Alberto, o acusado Ianderson acompanhou este durante o seu depoimento na fase investigativa (gravação audiovisual anexa ao termo de audiência de fls. 2390-2391).

Por ocasião de seu interrogatório, Dantes Krieger Filho afirmou que presta serviços advocatícios à empresa Nit Clínica Automotiva há mais de dez anos, e que em uma sexta-feira, cuja data não precisou, o acusado João

Alexandre manteve contato consigo informando que haviam ocorrido alguns problemas em relação à dita empresa, e que seria necessário conversar com as testemunhas Euzébio e Hailton para solucioná-los. Disse que por conta disto, no mesmo dia, acompanhou João Alexandre até a oficina das ditas testemunhas, sendo que no caminho João foi lhe repassando os problemas que haviam sido verificados, que se relacionavam às notas emitidas pela empresa. Chegando ao local, apenas Hailton se fazia presente, ocasião em que este informou ter recebido notificação do Ministério Público para prestar esclarecimentos, tendo, inclusive, apresentado a si a notificação recebida, a qual apontou não recordar se levou consigo, aduzindo apenas lembrar que deixou seu e-mail para que Hailton lhe encaminhasse o contrato social da empresa para que o assessorasse em relação as informações a serem prestadas. Disse que na ocasião não orientou Hailton a dar versão de que teria preenchido os orçamentos à empresa Nit, e que na segunda-feira, Eusébio lhe telefonou informando que iria prestar depoimento ao Ministério Público no dia seguinte, ao que combinaram que iria acompanhá-lo ao ato, mas na data marcada, já nas dependências do Fórum, Euzébio dispensou seu acompanhamento, dizendo que seu contador havia indicado outro advogado para tanto. Afirmou que na ocasião estava sozinho, e não conversou com Euzébio acerca da versão que ele deveria dar em seu depoimento. Disse que os depoimentos de Euzébio, João Alexandre e José Luis na fase investigativa se deram em datas distintas. Que nunca teve qualquer contato com o acusado Luis Alberto Visconti acerca dos fatos tratados na presente ação, tampouco o coagiu a prestar falso testemunho. Confirmou que na companhia do acusado João Alexandre, foi conversar pessoalmente com Samuel Schovembach, da Mecânica 3 Irmãos, mas também negou que tivesse o orientado a prestar falso testemunho, alegando que apenas ofereceu seus serviços para que fossem prestados os esclarecimentos solicitados pelo Ministério Público, os quais foram rejeitados por Samuel, sob a alegação de que seu contador já estaria tomando as providências necessárias (gravação audiovisual anexa ao termo de audiência de fls. 2390-2391).

O acusado Ianderson Anacleto, por sua vez, afirmou durante seu interrogatório que por intermédio do acusado Dantes Krieger Filho, fora contratado pelos irmãos José Luis e João Alexandre para acompanhá-los perante o procedimento investigativo do Ministério Público. Disse que antes mesmo dos irmãos Vargas terem sido notificados pelo Ministério Público, já tinha impetrado Mandado de Segurança em favor destes, bem como apresentado contestação em Ação Cautelar. Depois, os acompanhou em seus depoimentos prestados ao Ministério Público. Afirmou que na manhã do dia 13 ou 14, em uma terça-feira, foi procurado em seu escritório por João Alexandre, o qual solicitou que o acompanhasse em uma reunião em uma oficina mecânica, cujo proprietário havia requisitado para a tirada de dúvidas acerca do documento que teria recebido. Disse que então acompanhou João Alexandre até a Mecânica Trucar, e no local foram recebidos por Eusébio, que se identificou como proprietário da empresa e informou que havia recebido “um chamado” do Ministério Público para prestar depoimento, solicitando fosse esclarecido do que se tratava, ao que, por já estar a par das investigações, deu àquele informações prévias acerca destas. Apontou que na sequência Eusébio solicitou orientações do que deveria dizer em seu depoimento, quando então o arguiu sobre a sua relação com a empresa Speed, e aquele disse que havia prestado a esta um ou dois serviços mecânicos, bem como teria entregue à João Alexandre um bloco de orçamento em branco para que este pudesse preenchê-lo nos serviços mais emergenciais prestados à Prefeitura, e a partir disto, o orientou a prestar depoimento falando a verdade, mas Eusébio teria lhe dito que assim depusesse iria se complicar, e que não desejava dizer isso. Afirmou que na condição de advogado orientou Eusébio a falar a verdade no depoimento que iria prestar, tendo, inclusive, se oferecido para acompanhá-lo ao ato, o que foi por aquele recusado, negando ter coagido Eusébio a prestar falso testemunho. Aduziu ter conhecimento que na sexta-feira anterior à referida reunião, João Alexandre já tinha estado no local a pedido de Hailton também para prestar esclarecimentos em relação a um documento que havia recebido

do Ministério Público, não sabendo precisar se nesta ocasião Dantes teria estado presente. Disse que na ocasião em que esteve com Eusébio, este não solicitou a devolução de qualquer documento. Relatou que no mesmo dia da reunião tida com Eusébio, à tarde, esteve no Fórum para acompanhar o acusado Luis Alberto Visconti em seu depoimento perante o Ministério Público, e que terminado este, acabou se encontrando com Eusébio e Dantes no corredor, ocasião em que se dirigiu àquele e perguntou se precisava de algum auxílio, tendo Eusébio dito que não, pois já sabia o que iria falar em seu depoimento, negando também nesta oportunidade ter tentado coagi-lo a prestar falso testemunho. Afirmou não ter tido qualquer contato com Samuel, da Auto-Elétrica 3 Irmãos, e com o acusado Sérgio Amorim (gravação audiovisual anexa ao termo de audiência de fls. 2390-2391).

Tanto na fase investigativa, quanto em juízo, o acusado Luis Alberto Visconti insistiu na versão de que apesar de ter procurado, por duas vezes, os acusados José Luis e João Alexandre após ser intimado pelo Ministério Público a prestar informações, tendo, inclusive, conversado com o acusado Ianderson, que figurava como advogado destes, e participado de reunião com estes para a discussão do assunto, negou que tivesse sido coagido ou orientado a prestar falso testemunho perante o Ministério Público, aduzindo que realmente fornecera orçamentos à empresa Speed, e que muitas vezes estes eram preenchidos pelos próprios acusados José e João na sede de sua empresa, negando que tivesse fornecido blocos de orçamentos em branco a estes.

Entretanto, como visto à exaustão, as testemunhas Grasiela Schovembach, Samuel Schovembach, proprietários da Auto-Elétrica 3 Irmãos, Hailton Mendes de Souza e Euzébio de Souza, proprietários da Mecânica Trucar, foram uníssonos em afirmar terem sido procurados pelos acusados em questão, que lhe ofertaram auxílio técnico na prestação das informações que haviam solicitadas pelo Ministério Público, bem como solicitaram que prestassem falso testemunho na fase investigativa,

no sentido de confirmarem terem preenchido os orçamentos que levavam o nome de suas empresas.

Estabelecido tal panorama, cumpre observar que embora o crime de falso testemunho seja de mão própria, isto é, só pode ser praticado somente pelo sujeito em pessoa (testemunha, perito, contador, tradutor ou intérprete), doutrina e jurisprudência vêm admitindo a possibilidade de concurso de pessoas, na forma de participação.

Seguindo esta vertente, leciona Guilherme de Souza Nucci que é *“perfeitamente admissível, na modalidade de participação, o concurso de agentes. Nada impede, tecnicamente, que uma pessoa induza, instigue ou auxilie outra a mentir em juízo ou na polícia. O crime é de mão própria: embora isso queira significar ter o autor de cometê-lo pessoalmente, nada impede tenha ele o auxílio de outrem”*.

No mesmo sentido, extrai-se da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal:

“Recurso ordinário. *Habeas corpus*. Falso testemunho (art. 342 do CP). Alegação de atipicidade da conduta, consistente em depoimento falso sem potencialidade lesiva. Aferição que depende do cotejo entre o teor do depoimento e os fundamentos da sentença. Exame de matéria probatória, inviável no âmbito estreito do *writ*. Co-autoria. Participação. Advogado que instrui testemunha a prestar depoimento inverídico nos autos de reclamação trabalhista. Conduta que contribuiu moralmente para o crime, fazendo nascer no agente a vontade delitiva. Art. 29 do CP. Possibilidade de co-autoria. Relevância do objeto jurídico tutelado pelo art. 342 do CP: a administração da justiça, no tocante à veracidade das provas e ao prestígio e seriedade da sua coleta. Relevância robustecida quando o partícipe é advogado, figura indispensável à administração da justiça (art. 133 da CF). Circunstâncias que afastam o entendimento de que o partícipe só responde pelo crime do art. 343 do CP. Recurso ordinário improvido (*Habeas Corpus* n. 81327/SP, rel. Min. Ellen Gracie, j. 11-12-2001).

Do Superior Tribunal de Justiça:

HABEAS CORPUS. PENAL E PROCESSUAL PENAL. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA. INOCORRÊNCIA. INDÍCIOS SUFICIENTES DE AUTORIA. FALSO TESTEMUNHO. CRIME DE MÃO PRÓPRIA. PARTICIPAÇÃO DE ADVOGADO NO DELITO. POSSIBILIDADE.

1. Após a comprovação da falsidade das declarações firmadas pelos co-denunciados – que haviam sido arrolados como testemunhas de defesa pelo ora paciente em outro processo-crime –, houve a confissão de que mentiram em juízo a pedido do advogado; assim, encontram-se satisfeitas as exigências traçadas pela lei processual penal para que se inicie a persecução penal em juízo, máxime quanto à presença de indícios suficientes da autoria do fato narrado; 2. Mostra-se firme nesta Corte Superior, assim como no Supremo Tribunal Federal, o entendimento quanto à possibilidade de participação do advogado que ilicitamente instrui a testemunha no crime de falso testemunho; 3. *Writ* conhecido; ordem denegada (*Habeas Corpus* n. 45.733/SP, rel. Min. Hélio Quaglia Barbosa, Sexta Turma, j. 16-2-2006).

E do Tribunal de Justiça Catarinense:

HABEAS CORPUS. PENAL E PROCESSUAL PENAL. IMPETRAÇÃO VISANDO AO TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL ORIGINÁRIA. IMPUTAÇÃO DA PRÁTICA DO CRIME DE FALSO TESTEMUNHO À ADVOGADA, NA FORMA DE PARTICIPAÇÃO. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES DESTA CORTE E DOS TRIBUNAIS SUPERIORES. RETRATAÇÃO POR PARTE DAS AUTORAS IMEDIATAS DO CRIME QUE NÃO EXTINGUE A PUNIBILIDADE DA PARTICIPE. CIRCUNSTÂNCIA DE CARÁTER PESSOAL QUE NÃO SE COMUNICA À ORA PACIENTE. INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 30 DO CÓDIGO PENAL. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CARACTERIZADO. O advogado que instrui testemunha a realizar afirmação falsa e a negar a calar a verdade em juízo comete o crime de falso testemunho (CP, art. 342) na forma de participação. Precedentes do STJ e do STF. [...] (TJSC, *Habeas Corpus* n. 2013.043323-0, de Canoinhas, rel. Des. Carlos Alberto Civinski, j. 06-08-2013).

Sendo assim, nada obsta a análise da responsabilidade dos acusados

pela prática do crime de falso testemunho na condição de partícipes, inclusive daqueles que teriam o praticado na qualidade de advogados, posto que não obstante lhe seja garantida a inviolabilidade de seus atos e manifestações no exercício da profissão, tal garantia não é absoluta, de sorte que podem igualmente figurar como partícipes da infração penal em comento, a luz dos arestos acima transcritos.

Conforme abordado anteriormente, o acusado Luis Alberto Visconti efetivamente cometeu falso testemunho quando ouvido perante o Ministério Público, e o acervo probatório produzido nos autos se mostrou suficiente a comprovar que para tanto acabou sendo induzido pelos acusados José Luis Vargas, João Alexandre Vargas e Ianderson Anacleto.

Muito embora Luis Alberto tenha negado ter sido orientado ou coagido pelos ditos acusados a prestar falso testemunho, os elementos de prova e convicção existentes destoam nitidamente de suas alegações, posto deixarem evidente que ele prestou testemunho totalmente dissonante das provas constantes nos autos, tanto que de todos os responsáveis pelas cinco empresas indicadas na denúncia que estariam relacionadas com os orçamentos investigados, ele foi o único a sustentar que realmente teria fornecido orçamentos à empresa Nit Clínica Automotiva, enquanto que os demais foram uníssonos em afirmar que não os teriam fornecido, tampouco autorizado que fossem preenchidos em seu nome.

Note-se que em ambas as oportunidades em que restou ouvido, Luis Alberto confirmou que após ter recebido intimação do Ministério Público para prestar esclarecimentos acerca dos fatos aqui tratados, procurou por duas vezes os acusados José e João na oficina destes para conversarem sobre o assunto, apontando, inclusive, ter recebido orientação do advogado destes, ora acusado, Ianderson Anacleto, com os quais participou até mesmo de uma reunião.

Tal circunstância, aliada ao quadro probatório dos autos, que

evidenciou toda a má-fé dos acusados José Luis e João Alexandre em fraudar a relação licitatória que mantinham com o Município de Brusque, e após a descoberta de tais fraudes, em tentar ocultar as provas que os incriminavam, inclusive, coagindo testemunhas a deporem em seu favor, não deixa dúvidas de que nestas duas oportunidades, sem prejuízo de outras que não puderam ser apuradas durante a instrução processual, os acusados José, João e Ianderson convenceram Luis Alberto a mentir em seu depoimento prestado na fase embrionária, dizendo que havia fornecido orçamentos de sua empresa, tendo Ianderson, inclusive, o acompanhado durante o seu depoimento na Promotoria de Justiça para garantir que a falsa versão fosse mantida.

Convém aqui repisar que para justificar o preenchimento de orçamentos de outras empresas, a defesa dos acusados José Luis e João Alexandre sustentou que isso estaria relacionado ao fato de tais empresas terem fornecido orçamentos seus em branco para que aqueles preenchessem e os apresentassem à Prefeitura Municipal para agilizar os serviços, o que, como visto, não é verdade, como afirmaram todos proprietários daquelas empresas, exceto Luis Alberto que afirmou ter fornecido orçamentos, e embora não tenha reconhecido como sua a grafia de qualquer daqueles que lhe foram apresentados, insistiu que teriam sido fornecidos por sua empresa, e que possivelmente tenham sido preenchidos por José ou João na sede de sua própria empresa, negando ter fornecido blocos em branco a estes.

Veja-se que a partir daí a conclusão de que os ditos acusados induziram Luis Alberto a prestar falso testemunho ganha eco, posto que se o argumento defensivo era de que as demais empresas tivessem fornecido gratuitamente seus orçamentos em branco para que fossem preenchidos por José Luis e João Alexandre na própria oficina destes, sem maior controle daquelas quanto ao que neles seriam preenchidos, soaria estranho que apenas com Luis Alberto o procedimento adotado fosse diferente, isto é, de que eles é que teriam que ir até a oficina deste,

cotarem os preços e preencherem os orçamentos de próprio punho ainda no interior da referida oficina, ficando claro, pois, que tal estratégia acabou sendo utilizada para que, ao mesmo tempo, Luis Alberto pudesse livrar José e João da iminente responsabilização criminal que lhes acenava, e também não acabasse sendo prejudicado, pois se sustentasse a versão de que teria fornecido blocos de orçamentos seus em branco, poderia ser responsabilizado por tal conduta.

Desta forma, tenho que houve a comprovação de que os acusados José Luis Vargas, João Alexandre Vargas e Ianderson Anacleto induziram o acusado Luis Alberto Visconti a prestar falso testemunho, e com isso, praticaram o crime de falso testemunho previsto no artigo 342 do Código Penal.

Anoto que pelos fundamentos já expostos anteriormente, deixo de acolher a aplicação da causa de aumento de pena prevista no § 1º do artigo 342 do Código Penal, haja vista que o falso testemunho em questão fora prestado na fase investigativa, circunstância que, a meu ver, desautoriza a sua incidência.

Por outro lado, embora a denúncia tenha imputado a conduta em análise também ao acusado Dantes Krieger Filho, tenho que a acusação não logrou êxito em comprovar a sua efetiva participação no delito em questão, porquanto embora tenha restado claro que o referido acusado tivesse também acompanhado José Luis e João Alexandre durante as investigações e, ao que tudo indica, até mesmo tentando aliciar outras testemunhas, não se pôde extrair dos autos provas seguras de que tivesse participado ativamente em induzir

Luis Alberto Visconti a prestar falso testemunho, mesmo porque este último apontou que nos ditos encontros para tratar das investigações, nas quais certamente foi convencido a mentir, estariam apenas os acusados José Luis, João Alexandre e Ianderson, afirmando nunca ter tido qualquer contato com o acusado Dantes.

Afora isso, também não sobressaiu do arcabouço probatório dos autos provas irrefutáveis que Dantes tivesse, de qualquer forma, mantido contato direto, tampouco induzido Luis Alberto a faltar com a verdade em seu depoimento, e ao que se extrai dos autos, Dantes e Ianderson não estavam juntos em todas as abordagens feitas às testemunhas, não se podendo descartar, portanto, a possibilidade de não ter concorrido para o aliciamento de Luis Alberto, sobretudo diante da insuficiência de provas neste sentido.

Ora, é consabido que suposições ou conjecturas não justificam uma condenação criminal e, no caso dos autos, em nenhum momento a acusação logrou êxito em comprovar, de forma extrema de dúvidas, a autoria do acusado Dantes Krieger Filho em relação ao delito em tela.

É consabido que para a prolação de um édito condenatório se mostra necessário a existência de provas concludentes, o que inócorre na hipótese vertente.

Como cediço, a anemia probatória conduz a aplicação do princípio *in dubio pro reo*, e via de consequência, a absolvição.

Sobre o tema, colhe-se a lição do doutrinador Adalberto Aranha:

“A sentença condenatória criminal somente pode vir fundada em provas que conduzam a uma certeza. Até mesmo a alta probabilidade servirá como fundamento absolutório, pois teríamos tão-só um juízo de incerteza que nada mais representa que não a dúvida quanto à realidade. [...] Concluindo: a condenação criminal somente pode surgir diante de uma certeza quanto à existência do fato punível, da autoria e da culpabilidade do acusado. Uma prova deficiente, incompleta ou contraditória gera a dúvida e com ela a obrigatoriedade da absolvição, pois milita em favor do acionado criminalmente uma presunção relativa de inocência. (ARANHA, Adalberto José Q. T. de Camargo. Da prova no processo penal. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 88/89).

E depois, oportuno consignar que no sistema legal pátrio vige

o princípio do livre convencimento motivado, pelo qual o magistrado formará a sua convicção pela livre apreciação da prova, consistindo este, também, na segurança de que “o juiz só decide com base nos elementos existentes no processo, mas os avalia segundo critérios críticos e racionais, devendo observar, na sua apreciação, as regras legais porventura existentes e as máximas da experiência” (CAPEZ, Fernando. Curso de Processo Penal. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 23).

Assim, incabível a condenação quando não há certeza necessária, pois a prova da autoria do agente deve ser categórica e desprovida de dúvida. Não havendo prova cabal, como na hipótese em apreço, é imperativa a aplicação da máxima *in dubio pro reo*.

Destarte, tenho que assiste razão à defesa do acusado Dantes Krieger Filho quando sustenta fragilidade probatória para a sua responsabilização penal quanto à prática do crime de falso testemunho, na forma de coparticipação, em relação à testemunha, ora acusado, Luis Alberto Visconti, já que os autos não guardam provas suficientes para embasar uma condenação, impondo-se, desta feita, a sua absolvição no tocante a tal delito, nos termos do artigo 386, inciso VII, do CPP.

Resta então a análise dos outros três crimes de falso testemunho imputados aos acusados na forma tentada, praticados, em tese, ao tentarem induzir as testemunhas Samuel Schovembach e Eusébio de Souza, este último por duas vezes, a também prestarem falso testemunho na fase investigativa.

Antes de se adentrar ao mérito de tais infrações, convém denotar a existência de manifesto dissenso doutrinário e jurisprudencial acerca da possibilidade do crime de falso testemunho ser praticado na forma tentada.

Dentre os adeptos da corrente que aponta ser incabível a prática da aludida infração penal na forma tentada, destaca-se o jurista Guilherme de Souza Nucci, que assim a defende:

“[...] Mantemo-nos fiéis à doutrina majoritária, que não a admite, por absoluta impossibilidade lógica. Não há como fracionar um depoimento, em que a testemunha, por ir e vir muitas vezes, pode mentir e, logo em seguida, contar a verdade, pode narrar a verdade e mentir de novo. Somente quando findar o que está falando o juiz terá condições de concluir se, afinal, mentiu ou não. Logo, para aqueles que entendem ser cabível prisão em flagrante nesse caso, devem esperar que a testemunha assine o que declarou. Jamais deve-se dar a voz de prisão durante o depoimento, pois há possibilidade de a testemunha tornar atípica a conduta que possa ter-se iniciado típica, isto é, voltar atrás na mentira que estaria a narrar. Acrescentamos, ainda, que o crime de falso testemunho adquire o contorno de delito condicionado, que, por sua natureza, não aceita tentativa” (Código Penal Comentado. 10. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 1196).

Já o doutrinador Júlio Fabbrini Mirabete aponta a possibilidade de tentativa em apenas uma única e bastante remota possibilidade:

“[...] É possível a tentativa, embora de difícil ocorrência, mas que se configura na hipótese de induzimento ao falso testemunho em que o depoente, após mentir, acaba admitindo a verdade antes de findo o depoimento” (Código Penal Interpretado, 6. ed., São Paulo: Atlas, 2008, p. 2617).

Após uma análise perfunctória da matéria e dos elementos de prova coligidos aos autos, tenho que a hipótese descrita na denúncia se aproxima mais deste último entendimento, haja vista apontar que os acusados em tela teriam tentado induzir as referidas testemunhas a fazer afirmação falsa perante ao processo investigatório desencadeado pelo Ministério Público, com o fito de obter provas destinada a produzir efeito em processo penal.

Todavia, embora admissível a ocorrência do crime de falso testemunho na modalidade tentada, tal qual descrito na denúncia, da análise apurada dos autos, verifica-se inexistirem provas de que tenham iniciado os atos de execução.

Isso porque, apesar de a prova oral ter deixado assente que a testemunha Samuel Schovembach e Eusébio de Souza foram procurados pelos acusados em questão para igualmente prestarem falso testemunho perante à Terceira Promotoria de Justiça desta Comarca, buscando também fazer prova em eventual ação penal, nenhuma delas acabou prestando declaração falsa, uma vez que já na fase investigativa, ambas afirmaram não terem cedido aos argumentos e meios de coação empregados pelos acusados, não tendo elas, pois, sequer cogitado praticar falso testemunho.

Neste passo, impõe-se admitir que a conduta praticada pelos acusados é atípica, na medida em que para a caracterização do crime de falso testemunho, na modalidade tentada, fazia-se necessário que as testemunhas induzidas prestassem declaração falsa e, após, se retratassem, circunstância não verificada nos autos, pois desde a primeira oportunidade em que foram ouvidas, as ditas testemunhas optaram por prestar a verdadeira posição dos fatos.

Frente a tal contexto, oportuno recordar que, via de regra, os atos meramente preparatórios e até mesmo a instigação à prática do crime são impuníveis se o crime não chega nem mesmo a ser tentado, a luz do que estabelece o artigo 31 do Código Penal:

“O ajuste, a determinação ou instigação e o auxílio, salvo disposição expressa em contrário, não são puníveis, se o crime não chega, pelo menos, a ser tentado”.

Considero, assim, que se a instigação não ensejou a prática do crime de falso testemunho, ela se mostrou penalmente irrelevante, atípica, limitando-se ao campo ético.

Nesta linha, extrai-se de precedente da Corte Catarinense:

APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME CONTRA A ADMINISTRAÇÃO DA JUSTIÇA. FALSO TESTEMUNHO, EM COAUTORIA, NA FORMA TENTADA, COM O OBJETIVO DE OBTER PROVA DESTINADA A INSTRUIR AÇÃO PENAL (ART. 342, § 1º,

C/C ART. 29 E ART. 14, II, DO CÓDIGO PENAL). SENTENÇA ABSOLUTÓRIA. RECURSO MINISTERIAL VISANDO A CONDENAÇÃO. ALEGAÇÃO DE QUE ESTÁ EVIDENCIADA NOS AUTOS A PRÁTICA DO CRIME PELOS ACUSADOS. INVIABILIDADE. NÃO OCORRÊNCIA DE INDUZIMENTO DAS TESTEMUNHAS. CONTEXTO PROBATÓRIO EVIDENCIA QUE AS TESTEMUNHAS NÃO PRESTARAM DECLARAÇÃO FALSA. ATIPICIDADE DA CONDUTA. ABSOLVIÇÃO MANTIDA. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. (TJSC, Apelação Criminal n. 2013.020585-1, de Joaçaba, rel. Des. Marli Mosimann Vargas, j. 25-06-2013).

Deste modo, verificada a atipicidade da conduta imputada aos acusados José Luis Vargas, João Alexandre Vargas, Dantes Krieger Filho e Ianderson Anacleto, como crime de falso testemunho na forma tentada, devem ser eles absolvidos em relação a tais infrações, nos termos do artigo 386, inciso III, do CPP.

Do crime de sonegação de correspondência imputado aos acusados José Luis Vargas, João Alexandre Vargas, Dantes Krieger Filho e Ianderson Anacleto:

Narra a denúncia que os acusados acima indicados teriam se apossado indevidamente do ofício n. 0406/2014/03PJ/BRU, cuja cópia encontra-se acostada à fl. 1819 dos autos, que havia sido encaminhado pelo Promotor de Justiça da 3ª Promotoria de Justiça desta Comarca, ao representante legal da Mecânica Trucar, requisitando fosse comprovada a entrada na empresa dos materiais indicados nos orçamentos investigados que levavam o seu nome.

Aponta a denúncia, assim, que por terem se apoderado do dito ofício e negado devolvê-lo aos representantes legais daquela empresa, os acusados em tela incorreram conjuntamente no crime de violação de correspondência previsto no artigo 40, § 1º, da Lei nº. 6.538/78.

Quando interrogados, os acusados negaram a autoria do delito.

José Luis afirmou que não ter ido a presença ou mantido qualquer contato com os proprietários da Mecânica Trucar, apontando que seu irmão João Alexandre é que mantinha relação mais próxima com Hailton, um dos proprietários desta (gravação audiovisual anexa ao termo de audiência de fls. 2390-2391).

João Alexandre disse que tão logo Hailton recebeu ofício do Ministério Público solicitando informações, a pedido deste, foi até a Mecânica Trucar na companhia do advogado, ora acusado, Dantes Krieger Filho, a fim de prestar as informações que estariam sendo solicitadas por Hailton, e que apesar de na ocasião Dantes ter se prontificado a representar a referida empresa perante o Ministério Público, nem ele nem Dantes teriam ficado com o ofício indicado na denúncia (gravação audiovisual anexa ao termo de audiência de fls. 2390-2391).

Secundando a versão de João Alexandre, o acusado Dantes Krieger informou ter ido até a Mecânica Trucar na presença daquele, e que na ocasião teriam prestado a Hailton informações que este requisitara acerca do ofício que havia recebido do Ministério Público para prestar esclarecimentos. Disse que naquela oportunidade Hailton chegou a lhe apresentar o referido ofício, mas apontou não se recordar se o levou consigo, lembrando apenas que deixou seu e-mail para que Hailton lhe encaminhasse o contrato social da empresa e demais dados necessários para representá-lo no procedimento investigativo (gravação audiovisual anexa ao termo de audiência de fls. 2390-2391).

Ianderson Anacleto, por sua vez, aduziu que a pedido de João Alexandre, o acompanhou até a Mecânica Trucar em uma única oportunidade, na qual não teria pego o ofício indicado na denúncia. Apontou que o referido documento não chegou às suas mãos, e que em nenhum momento lhe foi solicitada a sua devolução (gravação audiovisual anexa ao termo de audiência de fls. 2390-2391).

Em sentido completamente diverso, no entanto, foi a versão apresentada pelas vítimas.

Nas duas oportunidades em que fora ouvido, a vítima Hailton de Souza relatou que em uma sexta-feira cuja data não soube precisar, recebeu um ofício do Ministério Público solicitando informações, e passada apenas meia hora da entrega do referido ofício, os acusados João Alexandre, Dantes e Ianderson chegaram em sua oficina e informaram que não precisaria se preocupar com o teor do ofício, pois resolveriam tudo, ao que acabou entregando a eles o ofício recebido. Disse que na ocasião seu pai Eusébio estava viajando, tendo apenas retornado na segunda-feira, quando o informou acerca do recebimento do ofício e que o havia entregue aos acusados, tendo seu pai então o advertido de que não deveria ter entregue o ofício. Apontou que no mesmo dia, acompanhou seu pai até a oficina Speed para reaverem o ofício, ocasião em que apenas o acusado José Luis Vargas estava no local e os informou que o documento estava na posse do advogado, e que este lhes devolveria o documento no mesmo dia, o que não ocorreu. Destacou que apesar de ter feito mais uma tentativa para reaver o ofício, quando indagados, os acusados sempre transferiam uns aos outros a responsabilidade pela guarda de tal documento, não conseguindo mais recuperá-lo.

Corroborando os relatos feitos por seu filho, a vítima Eusébio afirmou que em determinada sexta-feira cuja data não soube precisar, enquanto estava viajando, seu filho recebeu do Ministério Público ofício contendo cópias de orçamentos realizados por sua empresa à Prefeitura Municipal, e cerca de meia hora após recebê-lo, João Alexandre e Dantes estiveram em sua oficina e convenceram Hailton a lhe entregar o aludido ofício. Disse que Hailton apenas lhe informou do ocorrido na segunda-feira seguinte, quando voltou de viagem, ocasião em que de pronto manteve contato telefônico com os acusados José Luis e João Alexandre, buscando reaver o documento, tendo João Alexandre dito inicialmente que o ofício estaria consigo, e a vítima então dito que iria buscá-lo. Em seguida, João Alexandre manteve novo contato telefônico dizendo que o ofício na verdade estaria com Dantes, e neste “empurra-empurra”, acabou não conseguindo mais recuperá-lo.

Vê-se que não obstante a negativa dos acusados, os relatos feitos pelas vítimas foram convergentes e harmônicos entre si, denotando com riqueza de detalhes que tão logo o ofício em questão tinha aportado na empresa a que era dirigido, os acusados João Alexandre e Dantes imediatamente lá chegaram visando impedir que os responsáveis legais da empresa tomassem qualquer atitude em relação à determinação exarada naquele documento, que acabaria prejudicando João Alexandre e seu irmão João Luis em relação às investigações que estavam sendo conduzidas pelo Ministério Público em relação ao contrato licitatório tratado na presente ação.

Na seqüência, aproveitando-se da ausência da vítima Eusébio, que na ocasião estava viajando, e da relação de amizade que nutriam com Hailton, acabaram ludibriando este a lhes entregar o ofício, alegando que tomariam as providências necessárias para cumprir a diligência requerida pelo Ministério Público.

Ainda, como fora visto, após Eusébio ter tomado conhecimento de que João Alexandre e Dantes haviam se apossado do ofício, ele e Hailton tentaram por diversas vezes recuperar o documento com eles, sobretudo porque precisavam cumprir o nele requisitara o Ministério Público, mas aqueles sempre se valiam de evasivas para não devolvê-lo.

A par disto, e levando-se em consideração todo o contexto de fraudes, simulações e tentativas de obstrução da persecução criminal empregadas pelos acusados em relação aos fatos denunciados, cada qual em seu contexto de participação, tenho que restou claro que ao menos José Luis, João Alexandre e Dantes, de forma absolutamente arдил, se apossaram do referido ofício buscando impedir que as vítimas a ele tivessem acesso e cumprissem o que nele estava determinado, agindo com dolo em suas condutas, incorrendo, pois, no tipo penal descrito no artigo 40, § 1º, da Lei nº. 6.538/78.

Em contrapartida, não se extrai dos autos elementos de prova

seguros quanto à participação direta do acusado Ianderson Anacleto na referida infração.

Digo isso, porque mesmo após uma análise cuidadosa de toda a prova produzida ao longo da investigação e da instrução criminal, não foi possível identificar com a certeza necessária para a prolação de um édito condenatório, se Ianderson concorreu de alguma forma para o crime em comento, pois além de ele ter negado a autoria do crime, bem como de estar presente na ocasião em que João Alexandre e Dantes retiveram o ofício em questão, as vítimas também indicaram que naquela oportunidade apenas João e Dantes estiveram em sua oficina e levaram o documento, e que as tentativas de reavê-lo foram feitas apenas com José Luis, João Alexandre e Dantes, os quais, como visto, engabelaram as vítimas quanto com quem estaria o referido ofício, deixando de devolvê-lo, isto é, não há qualquer elemento de prova que atrele Ianderson à prática do crime.

Note-se que embora em depoimento prestado em juízo Hailton tenha passado a afirmar que Ianderson também estaria na companhia de João Alexandre e Dantes na ocasião em que fora levado o ofício, tal circunstância não restou bem esclarecida, pois na fase investigativa a vítima havia sido enfática em afirmar que estavam apenas João e Dantes, versão esta que foi mantida Eusébio, seu pai, tanto na fase embrionária quanto em juízo, não tendo ele feito qualquer menção à Ianderson em relação ao referido fato, sendo temerário, a meu sentir, sustentar uma acusação apenas sobre este depoimento prestado em juízo por Hailton, que no tocante à participação de Ianderson se mostrou nebuloso e até mesmo contraditório.

Não se descure que Ianderson, na qualidade de advogado dos acusados José Luis e João Alexandre, assim como Dantes, revelaram em relação aos fatos ora denunciados uma postura profissional e ética deplorável, mas isto, por si só, não permite atrelá-lo a todo e qualquer

crime que envolveu os fatos sob julgamento, ainda mais quando não se tem provas suficientes para tanto, impondo-se, pois, a sua absolvição.

Insta destacar que: “No processo criminal, máxime para condenação, tudo deve ser claro como a luz, certo como a evidência, positivo como qualquer expressão algébrica. Condenação exige certeza absoluta, fundada em dados objetivos indiscutíveis, de caráter geral, que evidenciem o delito e a autoria, não bastando a alta probabilidade na consciência do julgador, sob pena de se transformar o princípio do livre convencimento em arbítrio” (Apelação Criminal n. 2005.040029-8, de Joinville, rel. Des. Sérgio Paladino, j. em 31.01.2006).

Desta forma, não havendo provas concludentes da participação do acusado Ianderson Anacleto na prática do crime de sonegação de correspondência previsto no artigo 40, § 1º, da Lei nº. 6.538/78, não resta outra alternativa senão a sua absolvição nos termos do artigo 386, inciso V, do CPP, em consonância com o princípio do *in dubio pro reo*.

Apurada a responsabilidade penal dos acusados em relação aos crimes apontados na denúncia, passo à aplicação da correspondente censura criminal.

DA DOSIMETRIA E APLICAÇÃO DA PENA:

Com relação ao acusado José Luiz Vargas

Analisando as circunstâncias judiciais (artigo 59, CP), verifica-se que a **culpabilidade** do acusado não refoge ao grau de normalidade dos tipos penais violados. É primário e não registra **antecedentes criminais** contra si (fls. 2546-2547).

A **conduta social** e a **personalidade**, como não restaram melhor apuradas, devem ser consideradas normais. Os motivos foram a sobreposição do interesse individual em prejuízo da coletividade, inerentes ao tipo. As circunstâncias já foram analisadas, enquanto que as consequências foram normais à espécie, com destaque para o expressivo

prejuízo causado ao erário público municipal, que até então não foi ressarcido. O **comportamento das vítimas** não contribuiu para o desiderato criminoso.

Quanto ao crime de fraude à licitação (art. 96, V, da Lei nº. 8.666/93).

Considerando que as circunstâncias judiciais não lhe são desfavoráveis, posto que inerentes à espécie, fixo a pena-base no seu mínimo legal, isto é, em três (3) anos de detenção, e dez (10) dias-multa, a razão de um décimo (1/10) do salário mínimo, por cada dia-multa, corrigidos na forma legal, face as condições econômico/financeiras indicadas nos autos.

Inexistem circunstâncias agravantes ou atenuantes a serem consideradas na segunda fase de aplicação.

Ausentes causas especiais de aumento ou diminuição, pelo que totalizo a pena em **três (3) anos de detenção, e dez (10) dias-multa**, fixando o regime aberto para início de cumprimento (artigo 33, § 2º, “c”, do Código Penal).

Da continuidade delitiva:

Tendo em vista que o acusado praticou quarenta e três (43) crimes de fraude à licitação, nas mesmas condições de tempo, lugar e modo de execução, nos termos do artigo 71, *caput*, do Código Penal, sendo os demais crimes havidos como subsequentes do primeiro, elevo a pena aplicada em dois terços (2/3), concretizando-a em **cinco (5) anos de detenção, e dezesseis (16) dias-multa**, no valor e forma mencionados.

Diante do *quantum* de pena aplicado, estabeleço o regime semiaberto para para início de cumprimento (artigo 33, § 2º, “b”, do Código Penal).

Com relação ao crime de falso testemunho:

Considerando que as circunstâncias judiciais não lhe são desfavoráveis, posto que inerentes à espécie, fixo a pena-base no seu mínimo legal, isto é, em dois (2) anos de reclusão, e dez (10) dias-multa, a razão de um décimo (1/10) do salário mínimo, por cada dia-multa, corrigidos na forma legal, face as condições econômico/financeiras indicadas nos autos.

Na segunda fase, impõe-se a aplicação da agravante prevista no artigo 61, II, “b”, do Código Penal, pois como visto, a indução da testemunha a prestar falso testemunho na fase investigativa visou ocultar a prática dos crimes de falsificação de documento público e de fraude à licitação, pelo que elevo a pena em 1/6 (um sexto), concretizando-a em dois (2) anos e quatro (4) meses de reclusão, e onze (11) dias-multa, no valor e forma mencionados.

Inexistem circunstâncias atenuantes.

Ausentes causas especiais de aumento ou diminuição, pelo que totalizo a pena em **dois (2) anos e quatro (4) meses de reclusão, e onze (11) dias-multa**, fixando o regime aberto para início de cumprimento (artigo 33, § 2º, “c”, do Código Penal).

Com relação ao crime de sonegação de correspondência:

Considerando que as circunstâncias judiciais não lhe são desfavoráveis, já que inerentes à espécie, fixo a pena-base em um (1) mês de detenção.

Na segunda fase, impõe-se a aplicação da agravante prevista no artigo 61, II, “b”, do Código Penal, já que a sonegação do ofício apontado visou ocultar a prática dos crimes de falsificação de documento público e de fraude à licitação, pelo que elevo a pena em 1/6 (um sexto), concretizando-a em um (1) um mês e cinco (5) dias de detenção.

Ausentes causas especiais de aumento ou diminuição, pelo que totalizo a pena em **um (1) um mês e cinco (5) dias de detenção**,

fixando o regime aberto para início de cumprimento (artigo 33, § 2º, “c”, do Código Penal).

Do concurso material:

Tendo em vista que o acusado praticou os crimes de fraude à licitação, falso testemunho e sonegação de correspondência em concurso material, ou seja, mediante mais de uma ação, aplico a regra prevista no artigo 69, *caput*, do Código Penal, e concretizo as penas em **dois (2) anos e quatro (4) meses de reclusão**, em regime aberto, mais **cinco (5) anos, um (1) mês e cinco (5) dias de detenção**, em regime semiaberto, devendo ser cumprida primeiro a reprimenda mais grave.

Aplicado o disposto no artigo 72 do Código Penal no que se refere à pena de multa, tem-se o resultado de **dezessete (17) dias-multa**.

Com relação ao acusado João Alexandre Vargas:

Analisando as circunstâncias judiciais (artigo 59, CP), verifica-se que a **culpabilidade** do acusado não refoge ao grau de normalidade dos tipos penais violados. É primário e não registra **antecedentes criminais** contra si (fls. 2544-2545).

A **conduta social** e a **personalidade**, como não restaram melhor apuradas, devem ser consideradas normais. Os motivos foram a sobreposição do interesse individual em prejuízo da coletividade, inerentes ao tipo. As **circunstâncias** já foram analisadas, enquanto que as **consequências** foram normais à espécie, com destaque para o expressivo prejuízo causado ao erário público municipal, que até então não foi ressarcido. O **comportamento das vítimas** não contribuiu para o desiderato criminoso.

Com relação ao crime de fraude à licitação (art. 96, V, da Lei nº. 8.666/93):

Considerando que as circunstâncias judiciais não lhe são

desfavoráveis, posto que inerentes à espécie, fixo a pena-base no seu mínimo legal, isto é, em três (3) anos de detenção, e dez (10) dias-multa, a razão de um décimo (1/10) do salário mínimo, por cada dia-multa, corrigidos na forma legal, face as condições econômico/financeiras indicadas nos autos.

Inexistem circunstâncias agravantes ou atenuantes a serem consideradas na segunda fase de aplicação.

Ausentes causas especiais de aumento ou diminuição, pelo que totalizo a pena em **três (3) anos de detenção, e dez (10) dias-multa**.

Da continuidade delitiva:

Tendo em vista que o acusado praticou quarenta três (43) crimes de fraude à licitação, nas mesmas condições de tempo, lugar e modo de execução, nos termos do artigo 71, *caput*, do Código Penal, sendo os demais crimes havidos como subsequentes do primeiro, elevo a pena aplicada em dois terços (2/3), concretizando-a em **cinco (5) anos de detenção, e dezesseis (16) dias-multa**, no valor e forma mencionados.

Diante do *quantum* de pena aplicado, estabeleço o regime semiaberto para para início de cumprimento (artigo 33, § 2º, “b”, do Código Penal).

Quanto ao crime de falso testemunho:

Considerando que as circunstâncias judiciais não lhe são desfavoráveis, posto que inerentes à espécie, fixo a pena-base no seu mínimo legal, isto é, em dois (2) anos de reclusão, e dez (10) dias-multa, a razão de um décimo (1/10) do salário mínimo, por cada dia-multa, corrigidos na forma legal, face as condições econômico/financeiras indicadas nos autos.

Na segunda fase, impõe-se a aplicação da agravante prevista no artigo 61, II, “b”, do Código Penal, porquanto a indução da testemunha a

prestar falso testemunho na fase investigativa visou ocultar a prática dos crimes de falsificação de documento público e de fraude à licitação, pelo que elevo a pena em 1/6 (um sexto), concretizando-a em dois (2) anos e quatro (4) meses de reclusão, e onze (11) dias-multa, no valor e forma mencionados.

Inexistem circunstâncias atenuantes.

Ausentes causas especiais de aumento ou diminuição, pelo que totalizo a pena em **dois (2) anos e quatro (4) meses de reclusão, e onze (11) dias-multa**, fixando o regime aberto para início de cumprimento (artigo 33, § 2º, “c”, do Código Penal).

Quanto ao crime de sonegação de correspondência:

Considerando que as circunstâncias judiciais não lhe são desfavoráveis, já que inerentes à espécie, fixo a pena-base em um (1) mês de detenção.

Na segunda fase, impõe-se a aplicação da agravante prevista no artigo 61, II, “b”, do Código Penal, já que a sonegação do ofício apontado visou ocultar a prática dos crimes de falsificação de documento público e de fraude à licitação, pelo que elevo a pena em um sexto (1/6), concretizando-a em um (1) um mês e cinco (5) dias de detenção.

Ausentes causas especiais de aumento ou diminuição, pelo que totalizo a pena em **um (1) um mês e cinco (5) dias de detenção**, fixando o regime aberto para início de cumprimento (artigo 33, § 2º, “c”, do Código Penal).

Do concurso material:

Tendo em vista que o acusado praticou os crimes de fraude à licitação, falso testemunho e sonegação de correspondência em concurso material, ou seja, mediante mais de uma ação, aplico a regra prevista no artigo 69, *caput*, do Código Penal, e concretizo as penas em **dois (2)**

anos e quatro (4) meses de reclusão, em regime aberto, mais **cinco (5) anos, um (1) mês e cinco (5) dias de detenção**, em regime semiaberto, devendo ser cumprida primeiro a reprimenda mais grave.

Aplicado o disposto no artigo 72 do Código Penal no que se refere à pena de multa, tem-se o resultado de **dezessete (17) dias-multa**.

Com relação ao acusado Luis Alberto Visconti:

Analisando as circunstâncias judiciais (artigo 59, CP), verifica-se que a **culpabilidade** do acusado não refoge ao grau de normalidade do tipo penal violado. É primário e não registra **antecedentes criminais** contra si (fls. 2552-2553).

A **conduta social** e a **personalidade**, como não restaram melhor apuradas, devem ser consideradas normais. Os **motivos** e as **circunstâncias** já foram analisados, enquanto que as **consequências** foram normais à espécie.

Tendo em vista que as circunstâncias judiciais não lhe são desfavoráveis, posto que inerentes à espécie, fixo a pena-base no seu mínimo legal, isto é, em dois (2) anos de reclusão, e dez (10) dias-multa, a razão de um décimo (1/10) do salário mínimo, por cada dia-multa, corrigidos na forma legal, face as condições econômico/financeiras indicadas nos autos.

Na segunda fase, impõe-se a aplicação da agravante prevista no artigo 61, II, “b”, do Código Penal, haja vista que o falso testemunho objetivou ocultar a prática dos crimes de falsificação de documento público e de fraude à licitação, pelo que elevo a pena em um sexto (1/6), concretizando-a em dois (2) anos e quatro (4) meses de reclusão, e onze (11) dias-multa, no valor e forma mencionados.

Inexistem circunstâncias atenuantes.

Ausentes causas especiais de aumento ou diminuição, pelo que

totalizo a pena em **dois (2) anos e quatro (4) meses de reclusão, e onze (11) dias-multa**, fixando o regime aberto para início de cumprimento (artigo 33, § 2º, “c”, do Código Penal).

Com relação ao acusado Ianderson Anacleto:

Analisando as circunstâncias judiciais (artigo 59, CP), verifica-se que a **culpabilidade** do acusado não refoge ao grau de normalidade do tipo penal violado. É primário e não registra **antecedentes criminais** contra si (fls. 2548-2549).

A **conduta social** e a **personalidade**, como não restaram melhor apuradas, devem ser consideradas normais. Os **motivos** e as **circunstâncias** já foram analisados, enquanto que as **consequências** foram normais à espécie. O **comportamento da vítima** não contribuiu para o desiderato criminoso.

Considerando que as circunstâncias judiciais não lhe são desfavoráveis, posto que inerentes à espécie, fixo a pena-base no seu mínimo legal, isto é, em dois (2) anos de reclusão, e dez (10) dias-multa, a razão de um décimo (1/10) do salário mínimo, por cada dia-multa, corrigidos na forma legal, face as condições econômico/financeiras indicadas nos autos.

Na segunda fase, impõe-se a aplicação das agravantes previstas no artigo 61, II, “b” e “g”, do Código Penal, porquanto a indução da testemunha a prestar falso testemunho na fase investigativa visou ocultar a prática dos crimes de falsificação de documento público e de fraude à licitação praticados pelos seus constituintes, e com violação ao deveres inerentes à sua função de advogado, pelo que elevo a pena em dois sextos (2/6), concretizando-a em dois (2) anos e oito (8) meses de reclusão, e treze (13) dias-multa, no valor e forma mencionados.

Inexistem circunstâncias atenuantes.

Ausentes causas especiais de aumento ou diminuição, pelo que

totalizo a pena em **dois (2) anos e oito (8) meses de reclusão, e treze (13) dias-multa**, fixando o regime aberto para início de cumprimento (artigo 33, § 2º, “c”, do Código Penal).

Com relação ao acusado Dantes Krieger Filho

Analisando as circunstâncias judiciais (artigo 59, CP), verifica-se que a **culpabilidade** do acusado não refoge ao grau de normalidade do tipo penal violado. É primário e não registra **antecedentes criminais** contra si (fls. 2550-2551).

A **conduta social** e a **personalidade**, como não restaram melhor apuradas, devem ser consideradas normais. Os **motivos** e as **circunstâncias** já foram analisados, enquanto que as **consequências** foram normais à espécie. O **comportamento das vítimas** não contribuiu para o desiderato criminoso.

Considerando que as circunstâncias judiciais não lhe são desfavoráveis, já que inerentes à espécie, fixo a pena-base em um (1) mês de detenção.

Na segunda fase, impõe-se a aplicação das agravantes previstas no artigo 61, II, “b” e “g”, do Código Penal, já que a sonegação do ofício apontado visou ocultar a prática dos crimes de falsificação de documento público e de fraude à licitação praticados por seus constituintes, e fora praticada com violação aos deveres inerentes à sua função de advogado, pelo que elevo a pena em dois sextos (2/6), concretizando-a em um (1) mês e dez (10) dias.

Ausentes causas especiais de aumento ou diminuição, pelo que totalizo a pena em **um (1) um mês e dez (10) dias de detenção**, fixando o regime aberto para início de cumprimento (artigo 33, § 2º, “c”, do Código Penal).

Ante o exposto, **JULGO PROCEDENTE**, em parte, a denúncia para:

a) **absolver** os acusados **JOSÉ LUIS VARGAS** e **JOÃO ALEXANDRE VARGAS**, identificados nos autos, em relação aos quarenta e três (43) crimes de falsificação de documento particular imputados na denúncia, capitulados no artigo 298, *caput*, do Código Penal, o que faço com fulcro no artigo 386, inciso III, do Código de Processo Penal, em decorrência da aplicação do princípio da consunção;

b) **absolver** os acusados **JOSÉ LUIS VARGAS**, **JOÃO ALEXANDRE VARGAS**, **DANTES KRIEGER FILHO** e **IANDERSON ANACLETO**, identificados nos autos, dados como incurso nas sanções do artigo 342, § 1º, c/c o artigo 14, inciso II, ambos do Código Penal, por três (3) vezes, o que faço com fundamento no artigo 386, inciso III, do Código de Processo Penal;

c) **absolver** o acusado **DANTES KRIEGER FILHO**, identificado nos autos, dado como incurso nas sanções do artigo 342, § 1º, do Código Penal, por uma (1) vez, o que faço com fundamento no artigo 386, inciso VII, do Código de Processo Penal;

d) **absolver** o acusado **IANDERSON ANACLETO**, identificado nos autos, dado como incurso nas sanções do artigo 40, § 1º, da Lei nº. 6.538/78, o que faço com fundamento no artigo 386, inciso VII, do Código de Processo Penal;

e) **extinguir a punibilidade** do acusado **SÉRGIO AMORIM**, identificado nos autos, dado como incurso nas sanções do artigo 342, § 1º, do Código Penal, por uma (1) vez, o que faço com fundamento no artigo 107, inciso VI, c/c o artigo 342, § 2º, ambos do Código Penal.

f) **condenar** o acusado **JOSÉ LUIZ VARGAS**, identificado nos autos, às penas de **dois (2) anos e quatro (4) meses de reclusão**, em regime aberto, mais **cinco (5) anos, um (1) mês e cinco (5) dias de detenção**, em regime semiaberto, e dezessete (17) dias-multa, no valor de um décimo (1/10) do salário-mínimo para cada dia-multa, corrigidos na forma legal, dando-o como incurso nas sanções do artigo 96, inciso V,

da Lei n.º. 8.666/93, por quarenta e três (43) vezes, do artigo 342, *caput*, do Código Penal, por uma (1) vez, e artigo 40, § 1º, da Lei n 6.538/78, por uma (1) vez, na forma dos artigos 71, *caput*, e 69, *caput*, do Código Penal, devendo ser cumprida primeiro a reprimenda mais grave;

g) **condenar** o acusado **JOÃO ALEXANDRE VARGAS**, identificado nos autos, às penas de **dois (2) anos e quatro (4) meses de reclusão**, em regime aberto, mais **cinco (5) anos, um (1) mês e cinco (5) dias de detenção**, em regime semiaberto, e dezessete (17) dias-multa, no valor de um décimo (1/10) do salário-mínimo para cada dia-multa, corrigidos na forma legal, dando-o como incurso nas sanções do artigo 96, inciso V, da Lei n.º. 8.666/93, por quarenta e três (43) vezes, do artigo 342, *caput*, do Código Penal, por uma (1) vez, e artigo 40, § 1º, da Lei n 6.538/78, por uma (1) vez, na forma dos artigos 71, *caput*, e 69, *caput*, do Código Penal, devendo ser cumprida primeiro a reprimenda mais grave;

h) **condenar** o acusado **LUIS ALBERTO VISCONTI**, identificado nos autos, às penas de **dois (2) anos e quatro (4) meses de reclusão**, em regime aberto, e **onze (11) dias-multa**, no valor de um décimo (1/10) do salário-mínimo para cada dia-multa, corrigidos na forma legal, dando-o como incurso nas sanções do artigo 342, *caput*, do Código Penal, por uma (1) vez;

i) **condenar** o acusado **IANDERSON ANACLETO**, identificado nos autos, às penas de **dois (2) anos e oito (8) meses de reclusão**, em regime aberto, e **treze (13) dias-multa**, no valor de um décimo (1/10) do salário-mínimo para cada dia-multa, corrigidos na forma legal, dando-o como incurso nas sanções do artigo 342, *caput*, do Código Penal, por uma (1) vez;

j) **condenar** o acusado **DANTES KRIEGER FILHO**, identificado nos autos, às penas de **um (1) um mês e dez (10) dias de detenção**, em regime aberto, dando-o como incurso nas sanções do artigo 40, § 1º, da Lei n 6.538/78.

Condeno-os ainda, ao pagamento das custas processuais, que deverão ser rateadas na proporção de um quinto (1/5) para cada um dos acusados, e pagas juntamente com a multa, no prazo de dez dias, a contar do trânsito em julgado da sentença (artigo 50 do CP), observando-se que do rateio fica excluído o acusado Sérgio Amorim, em razão de ter sido extinta a punibilidade deste pela retratação.

Considerando que diante das circunstâncias judiciais, em relação ao acusado Dantes Krieger Filho, se apresenta suficiente, para a reprovação e prevenção do crime, a substituição da reprimenda legal por uma pena restritiva de direitos, nos termos do artigo 59 c/c artigo 43, inciso I, e artigo 44, inciso I e § 2º, todos do Código Penal, aplico-lhe:

Prestação pecuniária no valor de dez (10) salários-mínimos, em favor de entidade credenciada junto ao juízo, para depósito em conta única, no prazo de trinta (30) dias, mediante comprovação nos autos, nos termos da Portaria n. 02/2012, da Vara Criminal de Brusque. Para fixação do valor foi levado em consideração a situação econômica do sentenciado indicadas nos autos e o grau de reprovação de sua conduta.

Em relação aos acusados Luis Alberto Visconti e Ianderson Anacleto, outrossim, se mostra cabível a substituição da reprimenda corporal por duas restritivas de direito, nos termos do artigo 59 c/c artigo 43, incisos I e IV, e artigo 44, inciso I e § 2º, todos do Código Penal, motivo por que aplico-lhes:

a) Prestação pecuniária no valor de dez (10) salários-mínimos, para cada sentenciado, em favor de entidade credenciada junto ao juízo, para depósito em conta única, no prazo de trinta (30) dias, mediante comprovação nos autos, nos termos da Portaria n. 02/2012, da Vara Criminal de Brusque. Para fixação do valor foi levado em consideração a situação econômica dos sentenciados indicadas nos autos e o grau de reprovação de suas condutas;

b) Prestação de serviços à comunidade, à razão de uma hora

por cada dia de condenação, que deverão ser cumpridas em entidade assistencial credenciada junto ao juízo, mediante controle e fiscalização do responsável legal, bem como, remessa de relatório ao juízo.

Deixo de substituir a pena privativa de liberdade e de conceder suspensão condicional da pena (sursis) aos acusados José Luis Vargas e João Alexandre Vargas, em razão da quantidade de pena aplicada (artigos 44, I, e 77, *caput*, do Código Penal).

Concedo-lhes o direito de recorrerem em liberdade, posto que não se encontram presentes os requisitos para a decretação da prisão preventiva.

Transitada em julgado, inclua-se o nome no rol de culpados e procedam-se as anotações e comunicações necessárias, inclusive a E.C.G.J.E. e ao Cartório Eleitoral, para os fins do artigo 15, inciso III, Constituição Federal.

Mesmo considerando que o crime foi praticado após o advento da Lei n. 11.719/08, que alterou a redação do artigo 387, inciso IV, do CPP, deixo de fixar valor mínimo para reparação dos danos causados pela infração, já que não há indicativos seguros quanto ao efetivo prejuízo suportado pelas vítimas, sem prejuízo de que seja apurado por meio de ação própria.

Em cumprimento ao disposto no artigo 201, § 2º, do CPP, e de acordo com a redação alterada pela Lei nº. 11.690/2008, determino que o Município de Brusque e as vítimas Samuel Schovembach, Eusébio de Souza e Hailton Mendes de Souza, sejam cientificados da presente sentença pela via postal.

Deixo de acolher, por ora, o pedido formulado pelo Município de Brusque à fl. 2565, uma vez que é de conhecimento deste juízo que o causídico subscritor não mais ocupa o cargo de Procurador-Geral do Município, cabendo ao ente municipal, se for o caso, indicar novo procurador para que seja habilitado aos autos.

Expeça-se ofício ao Tribunal de Ética da Seção Catarinense da Ordem dos Advogados do Brasil, cujo endereço encontra-se aposto à fl. 23, encaminhando-se senha para acesso integral aos autos, a fim de que sejam tomadas as providências administrativas cabíveis em relação aos acusados Dantes Krieger Filho e Ianderson Anacleto acerca dos fatos apurados na presente ação.

Considerando que a partir do que aqui restou decidido, o acusado Dantes Krieger Filho passa a ter, em tese, direito ao benefício da suspensão condicional do processo, transitada em julgado para a acusação, suspendo os efeitos da sentença para a defesa daquele, e determino que os autos voltem oportunamente conclusos.

Cadastre-se no SAJ os novos procuradores indicados pela Seccional Catarinense da Ordem dos Advogados do Brasil à fl. 2558, os quais deverão ser igualmente intimados acerca da presente sentença.

Publique-se.

Registre-se.

Intimem-se.

Brusque (SC), 04 de agosto de 2016.

Edemar Leopoldo Schlösser
Juiz de Direito

Autos n. 0018683-64.2011.8.24.0064

Ação: Procedimento Ordinário/PROC

Autor: Jailto Dandolini Bez Fontana

Réus: Sistema de Ensino Global Ltda., Antônio Carlos Nunes, João Silveira, Afonso

Celso Alves Chedid, Silvio Roberto Hermann Fernandes, Arthur Manoel Pires, Pedro

Ivo Campos Ferreira e Raimundo Nestor do Pinho Filho

Vistos, etc.

Jailto Dandolini Bez Fontana ajuizou Ação Declaratória de Inexistência de Relação Jurídica contra **Sistema de Ensino Global Ltda., Antônio Carlos Nunes, João Silveira, João Carlos Machado, Afonso Celso Alves Chedid, Silvio Roberto Hermann Fernandes, Arthur Manoel Pires, Pedro Ivo Campos Ferreira, Raimundo Nestor do Pinho Filho** e a **União**, alegando, em suma, que deixou de ser sócio da empresa Sistema de Ensino Global Ltda., em 26/12/2002 mediante cessão onerosa de quotas societárias, formalizada na 12ª alteração e consolidação contratual de 10/06/2002. No entanto, a alteração não foi registrada perante a Junta Comercial, o que ocasionou a sua citação e mandado de penhora nos autos de Execução Fiscal n. 2006.72.00.013799-3, por dívidas referentes ao período de 05/2003 a 12/2004.

Requeru medida liminar para suspender a execução com relação a seus bens, e ao final, a declaração de sua exclusão da sociedade na data de 26/12/2002 e consequente ausência de responsabilidade em relação à dívida cobrada na execução fiscal, confirmando-se a liminar concedida. Pugnou pela citação, pela produção de provas e pela concessão do benefício da Justiça Gratuita.

Juntou procuração e documentos (fls. 11/26).

Por decisão à fl. 27, foi declarada a ilegitimidade da União para figurar no polo passivo da ação, e declinada a competência para a Justiça Estadual.

Recebidos os autos neste juízo, foi deferido o pedido de Justiça Gratuita (fl. 28).

O réu Pedro Ivo Campos Ferreira apresentou contestação às fls. 46/54, arguindo, em preliminar, a ilegitimidade passiva e falta de interesse processual, pois já reconhecera a remoção do autor da sociedade à época, mediante assinatura no documento apresentado com a inicial. No mérito, negou ter responsabilidade pela dívida objeto da ação. Requereu a extinção sem julgamento do mérito ou improcedência da ação, bem como o indeferimento da Justiça Gratuita.

Juntou procuração à fl. 56.

O réu Sílvio Roberto Hermann Fernandes contestou às fls. 79/95, suscitando as preliminares de incompetência da Justiça Estadual, em razão da conexão com o processo de execução fiscal, e falta de interesse processual, pois como o autor, já não integra o quadro societário da empresa Sistema Global de Ensino Ltda. No mérito, afirmou concordar com o pedido inicial e pugnou por ser incluído no polo ativo da demanda, a fim de que seja declarada também a inexistência de relação jurídica com os demais réus. Requereu o reconhecimento de sua ilegitimidade passiva e inclusão no polo ativo, bem como a concessão dos benefícios da Justiça Gratuita. Acostou procuração (fl. 75) e documentos às fls. 96/163.

João Silveira e Antônio Carlos Nunes igualmente apresentaram contestação às fls. 192/197, sustentando sua ilegitimidade passiva, uma vez que saíram da empresa antes mesmo do autor, em 2002. Requereram, portanto, sua exclusão do polo passivo da lide. Juntaram documentos às fls. 198/207.

O autor desistiu da ação em relação aos réus João Carlos Machado (fl. 242), o que foi homologado pelo Juízo (fl. 243).

O réu Arthur Manoel Pires, em contestação (fls. 260/270) arguiu preliminares de ilegitimidade passiva e falta de interesse processual. No mérito, negou ter responsabilidade pela dívida tributária em discussão. Requereu a extinção do feito sem julgamento do mérito ou sua improcedência, bem como o deferimento da Justiça Gratuita. Juntou procuração à fl. 258.

O autor apresentou réplicas às contestações (fls. 277/278, 279/280, 281/282 e 283/284).

Às fls. 290/291, informou que em 15/05/2015 foi realizada penhora em duas garagens de sua propriedade, e requereu a concessão da medida liminar pleiteada na inicial, a fim de oficialar à Junta Comercial do Estado de Santa Catarina para que registre a saída do autor dos quadros societários em 26/12/2002, ficando garantido o Juízo da execução fiscal com anotação de inalienabilidade na matrícula dos imóveis penhorados.

Citada (fl. 305), a ré Sistema de Ensino Global Ltda. apresentou contestação às fls. 307/514, arguindo a nulidade da citação, visto que o sócio citado não é administrador ou gerente da empresa, e a ilegitimidade passiva, ao argumento de que o autor visa exclusivamente eximir-se de dívidas perante a União, única interessada no processo. No mérito, afirmou que o instrumento particular de cessão onerosa de quotas societárias não tem o condão de eximir o autor das obrigações tributárias, sem que haja registro da saída junto à JUCESC, por meio de alteração do Contrato Social. Requereu a extinção do feito sem julgamento de mérito, ou sua improcedência, e a Justiça Gratuita. Juntou procuração e declaração de pobreza (fls. 315/316).

Em réplica, o autor requereu a decretação da revelia em relação à empresa ré, por não ter sido apresentada contestação em seu nome (fl. 318/319).

Instado a esclarecer sua pretensão antecipatória (fl. 320), o autor afirmou que busca a expedição de ofício à JUCESC para que registre

sua saída dos quadros societários desde 26/12/2002, e ao Cartório de Registro de Imóveis da Comarca de São José, para que anote proibição de alienar os imóveis penhorados, a fim de assegurar a reversibilidade da medida (fls. 322/323).

Foi certificado o decurso de prazo para apresentação de resposta aos réus Afonso Celso Alves Chedid e Raimundo Nestor do Pinho Filho.

Vieram conclusos.

É o relatório.

DECIDO.

Preliminarmente

Julgo antecipadamente o feito, com base no art. 355, I, do Código de Processo Civil, pois as provas documentais constantes nos autos são suficientes para o deslinde do feito, principalmente tendo em vista que, como se verá a seguir, nenhum dos réus contesta a versão dos fatos relatada pelo autor.

1. Da Competência

Aduziu o réu Sílvio Roberto Hermann Fernandes a incompetência da Justiça Estadual para o julgamento da causa, em razão de conexão com a Execução Fiscal n. 2006.72.00.013799-3.

Nota-se que a presente ação foi proposta, inicialmente, perante a Justiça Federal, por também entender o autor haver conexão com a mencionada Execução Fiscal, na qual a União cobra tributos gerados em 05/2003 a 12/2004, posteriormente à sua retirada da sociedade empresária. Não tendo sido encontrados bens da sociedade e constatada a sua dissolução irregular, a execução foi redirecionada para alcançar os bens dos sócios que constavam como tais perante a Junta Comercial do Estado de Santa Catarina (fl. 24). Dentre eles estava o autor, pois nunca fora averbada alteração do Contrato Social a fim de formalizar sua retirada dos quadros societários.

Pretendia, assim, o autor, a declaração de sua exclusão como sócio na data pretérita e da conseqüente ausência de responsabilidade pelos débitos posteriores.

No entanto, este último pedido ficou prejudicado com a decisão que declarou a ilegitimidade passiva da União. De fato, o juiz federal reconheceu não ter a União qualquer interesse direto na relação privada entre o autor, a empresa e os demais sócios, que deve ser solucionada perante a Justiça Estadual.

Assim, correta a decisão do Juiz Federal, pois segundo entendimento jurisprudencial pacífico, “a reunião de processos por conexão, como forma excepcional de modificação de competência, só ocorre quando as causas supostamente conexas estejam submetidas a juízos, em tese, competentes para o julgamento das duas demandas” (STJ – CC 93969/MG, Rel. Ministro Sidnei Beneti, DJ 05.06.2008).

Sendo a Execução Fiscal competência da Justiça Federal e a presente ação declaratória, da Justiça Estadual, é inviável a reunião dos processos, embora facultada a suspensão daquela para aguardar o desfecho da presente – o que, no entanto, não pode ser determinado por este Juízo.

Portanto, rejeito a preliminar de incompetência.

Observe que a matéria atinente à possibilidade de responsabilização do réu pelos tributos em cobrança deve ser decidida no âmbito da execução fiscal. A este Juízo compete, tão somente, a análise do pedido de declaração de inexistência de relação jurídica.

2. Da revelia

Declaro a revelia dos réus Afonso Celso Alves Chedid e Raimundo Nestor do Pinho Filho, pois, embora devidamente citados (fls. 227 e 233), deixaram de oferecer contestação no prazo legal (fl. 321). Não incidirão, porém, os seus efeitos, pois diversos corréus apresentaram resposta (art. 345, I, do CPC).

3. Justiça Gratuita

Mantenho o benefício conferido ao autor, pois este comprovou seu baixo rendimento (fl. 14) e, ademais, o valor das cotas societárias (R\$ 12.858 – fl. 22) à época da cessão, ano de 2002, em nada influi no atual sustento no ex-sócio.

Defiro a gratuidade requerida pelos réus Roberto Hermann Fernandes e Arthur Manoel Pires. Não conheço do pedido formulado por Sistema de Ensino Global Ltda., pois inadmissível a fundamentação na pobreza do sócio representante.

4. Do interesse processual

Os réus Pedro Ivo Campos Ferreira e Arthur Manoel Pires afirmaram que, diante da existência de documento particular, por eles firmado, que declara a retirada do autor da empresa, não têm legitimidade para figurar no polo passivo, nem há interesse processual em buscar idêntica declaração perante o Judiciário.

Sem razão, pois sabe-se que é imprescindível o registro das alterações contratuais de sociedades empresariais perante a Junta Comercial, para que tenha validade perante terceiros:

Art. 1.154. O ato sujeito a registro, ressalvadas disposições especiais da lei, não pode, antes do cumprimento das respectivas formalidades, ser oposto a terceiro, salvo prova de que este o conhecia.

Assim, tendo em vista que o registro público nunca foi realizado e o autor visa fazer valer perante o fisco o contrato firmado entre as partes, existe interesse processual na declaração judicial de sua retirada da sociedade.

Rejeito, portanto, a preliminar.

5. Da legitimidade passiva

Alegam os réus João Silveira e Antônio Carlos Nunes que foram

excluídos da empresa antes da saída do autor, e portanto são partes ilegítimas. Trouxeram cópia da decisão judicial que reconheceu a sua ilegitimidade passiva no bojo da Execução Fiscal na qual o autor também contende, em razão de sua retirada da sociedade em dezembro de 2002. Extrai-se do corpo da decisão:

[...] Compulsando-se os demais documentos, há escritura pública declaratória contendo declaração prestada pelo advogado Apostolo Nicolau Pística. Nela, o profissional relata que fora contratado no ano de 2002 pelos demais sócios do Grupo Decisão (que englobava as empresas Centro Educacional Floripa e Sistema de Ensino Global) para promover a exclusão dos sócios Antônio Carlos Nunes e João Silveir do seu quadro social e que, nesse mister, promoveu sua notificação extrajudicial, interpelação e alteração do contrato social, para que, a partir de dezembro de 2002, ambos não pudessem mais ter acesso ao CNPJ ou praticar qualquer ato administrativo ou extrajudicial em nome da empresa (fl.). Há também declaração de ex-funcionário da empresa executada neste sentido (fl.). Finalmente, há cópia de petição de acordo judicial nos autos n. 023.03.025934-0, que tramitou na 6ª Vara Cível da Comarca de Florianópolis, onde veiculada demanda indenizatória dos dois sócios excluídos em face dos demais sócios e da empresa executada.

Embora não tenham trazido aos autos os documentos demonstrando diretamente a data de sua exclusão da sociedade, tal decisão no juízo da execução fiscal soma-se ao próprio documento trazido pelo autor às fls. 22/23, em que os réus não constam como cessionários das cotas do autor, nem no novo quadro societário, para comprovar que de fato a exclusão se deu previamente à saída do autor.

Nesse passo, o fato de seus nomes constarem do registro original da sociedade na Junta Comercial (fl. 24), atualizado pela última vez em 1999, não é suficiente para conferir-lhes qualquer responsabilidade ou interesse na presente demanda, que diz respeito a alterações na sociedade posteriores à sua exclusão.

Acolho, portanto, a preliminar de ilegitimidade passiva dos réus João Silveira e Antônio Carlos Nunes, e determino suas exclusões da lide.

O réu Sílvio Roberto Hermann Fernandes, afirmando não se opor à pretensão do autor, requereu o reconhecimento de sua ilegitimidade passiva e sua integração ao polo ativo, ao argumento de que em agosto de 2005 se desligou da sociedade Sistema de Ensino Global Ltda.

O pleito não prospera, pois a pretensão de integrar o polo ativo não é admissível senão por meio de reconvenção. Além disso, o nome e assinatura de Roberto constam no contrato de cessão de cotas que materializou a retirada do autor da sociedade, em data anterior à sua saída, o que lhe confere legitimidade para figurar no polo passivo.

Pelo mesmo motivo, é necessária a presença de todos os demais sócios que firmaram o contrato no feito, não se podendo falar em ilegitimidade.

Por outro lado, impõe-se reconhecer, de ofício, a ilegitimidade passiva da ré Sistema de Ensino Global Ltda., que é objeto e não sujeito integrante da relação contratual, nem pode ser responsabilizada diretamente pela desídia em registrar os atos de alteração contratual perante a Junta Comercial, que recai, em tese, sobre seus administradores.

Mérito

6. Trata-se de Ação Declaratória de Inexistência de Relação jurídica proposta por antigo integrante de sociedade contra a empresa e demais sócios, em razão da falta de registro de sua saída junto aos órgãos oficiais, visando a declaração de sua exclusão da sociedade na data de 26/12/2002.

O Termo de Cessão de Cotas (fls. 22/23) demonstra que, em 26/12/2002, o autor retirou-se da sociedade, dando quitação de todos os haveres:

Cláusula Primeira – O Sócio Quotista CEDENTE, neste ato, cede e transfere onerosamente a totalidade de suas quotas societárias aos demais sócios CESSIONÁRIOS. As quotas aqui cedidas serão redistribuídas proporcionalmente entre os CESSIONÁRIOS. O capital social da sociedade permanecerá, na totalidade, inalterado.

Cláusula Quinta – Pelo presente instrumento, o sócio CEDENTE retira-se da sociedade, dando total e irrevogável quitação de seus haveres, nada mais tendo a reclamar, por si, e por seus herdeiros, sob qualquer título ou ônus dos sócios remanescentes ou da sociedade.

Nenhum dos réus impugnou o documento trazido pelo autor, nem foi deduzida qualquer alegação que contrarie o narrado na inicial. Incontroverso, assim, o fato de que o autor retirou-se da sociedade, mediante acordo particular com os demais sócios em 26/12/2002. Não há, portanto, qualquer óbice à pretensão declaratória.

7. Da sucumbência

Resta, pois, precisar a quem competia, à época da alteração, realizar o registro público, a fim de determinar a distribuição da sucumbência. A este respeito, dispõe o Código Civil:

Art. 1.150. O empresário e a sociedade empresária vinculam-se ao Registro Público de Empresas Mercantis a cargo das Juntas Comerciais, e a sociedade simples ao Registro Civil das Pessoas Jurídicas, o qual deverá obedecer às normas fixadas para aquele registro, se a sociedade simples adotar um dos tipos de sociedade empresária.

Art. 1.151. O registro dos atos sujeitos à formalidade exigida no artigo antecedente será requerido pela pessoa obrigada em lei, e, no caso de omissão ou demora, pelo sócio ou qualquer interessado.

§ 1º Os documentos necessários ao registro deverão ser apresentados no prazo de trinta dias, contado da lavratura dos atos respectivos.

§ 2º Requerido além do prazo previsto neste artigo, o registro somente produzirá efeito a partir da data de sua concessão.

§ 3º As pessoas obrigadas a requerer o registro responderão por perdas e danos, em caso de omissão ou demora. (grifei)

Percebe-se que o Código Civil confere aos administradores da sociedade, em primeiro lugar, e subsidiariamente aos sócios e a terceiros

interessados, a legitimidade para efetuar o requerimento de registro de atos societários perante a Junta Comercial. A responsabilidade primária, que inclusive dá azo ao pagamento de perdas e danos, cabe aos administradores da sociedade. E não sem razão, pois são eles que, em regra, detêm toda a informação e documentação, inclusive os documentos originais, necessárias à efetivação do registro.

Assim, o autor, já retirado da sociedade por documento particular, possuía legitimidade subsidiária, enquanto terceiro interessado, para requerer o registro. No entanto, a obrigação legal competia aos administradores. A estes, portanto, imputa-se a desídia na regularização da sociedade perante a Junta Comercial, e deverão responder pelas custas do processo e honorários advocatícios.

Ocorre que, o documento de fl. 24 aponta como administradores, a partir de 1999, os então sócios Antônio Carlos Nunes, João Silveira e Afonso Celso Alvez Chedid. Os dois primeiros, como visto, foram excluídos da sociedade antes da saída do autor.

Não há nos autos qualquer documento posterior ao registro na Junta Comercial que indique a nomeação de outros administradores, razão pela qual todos os sócios que permaneceram após a saída do autor – Afonso Celso Alvez Chedid, Sílvio Roberto Hermann, Arthur Manoel Pires, Pedro Ivo Campos Ferreira e Raimundo Nestor do Pinho Filho – devem ser considerados principais responsáveis pelo registro dos atos societários na Junta Comercial, devendo arcar com as despesas deste processo.

8. Em atenção ao pedido de antecipação de tutela formulado pelo autor, determino a expedição de ofício à Junta Comercial para que registre a saída do autor dos quadros societários da empresa Sistema de Ensino Global Ltda. na data de 26/12/2002, sendo que o registro só produzirá efeitos a partir da data da sua concessão, conforme dita o art. 1.151, § 2º, do Código Civil.

Quanto ao pedido de anotação de inalienabilidade dos imóveis penhorados na ação de Execução Fiscal, não cabe a este juízo interferir, mesmo que para fins de caução, até porque seria inócuo em face da penhora já realizada. Eventual pedido de suspensão de atos expropriatórios deverá ser dirigido ao juízo competente. Indefiro, portanto, a medida liminar nesta parte.

9. Ante todo o exposto, **EXTINGO O PROCESSO**, sem resolução de mérito, em relação aos réus **João Silveira**, e **Antônio Carlos Nunes e Sistema de Ensino Global Ltda.**, com fulcro no art. 485, VI, do Código de Processo Civil.

Condeno o autor ao pagamento das custas processuais proporcionais e honorários advocatícios aos procuradores dos réus João e Antônio, fixados globalmente em R\$ 1.000,00 (mil reais), e ao da ré Sistema de Ensino Global Ltda. no valor de R\$ 800,00, com exigibilidade suspensa pela gratuidade da justiça.

Em caso de recurso ou cumprimento de sentença, deverão os réus excluídos regularizar a representação, já que ausente, e a procuração de Sistema de Ensino Global Ltda. não está em nome do representante legal.

9.1.Com fundamento no art. 287, I, do CPC/2015, **JULGO PARCIALMENTE PROCEDENTES** os pedidos iniciais, para reconhecer e **DECLARAR** que **Jailto Dandolini Bez Fontana** retirou-se dos quadros societários da empresa Sistema de Ensino Global Ltda. em 26/12/2002, não possuindo mais relação jurídica com esta nem com os sócios **Afonso Celso Alves Chedid**, **Silvio Roberto Hermann Fernandes**, **Arthur Manoel Pires**, **Pedro Ivo Campos Ferreira** e **Raimundo Nestor do Pinho Filho**.

CONDENO Afonso Celso Alvez Chedid, Silvio Roberto Hermann, Arthur Manoel Pires, Pedro Ivo Campos Ferreira e Raimundo Nestor do Pinho Filho ao pagamento de 1/5 (um quinto) das custas processuais e dos honorários advocatícios devidos ao patrono do autor, que fixo em R\$ 1.000,00 (mil reais).

10. Oficie-se ao juízo da Execução Fiscal n. 2006.72.00.013799-3, informando sobre o resultado do presente processo, bem como à Junta Comercial para que anote a saída do autor em 26/12/2002, junto ao registro da empresa Sistema de Ensino Global Ltda., observado o art. 1.151, § 2º, do Código Civil.

Publique-se. Registre-se. Intimem-se.

Transitada em julgado, pagas as custas, arquivem-se.

São José/SC, 30 de agosto de 2016.

Erica Lourenço de Lima Ferreira
Juíza de Direito

Autos n. 0027399-85.2008.8.24.0064

Ação: Procedimento Ordinário

Autora: Bruna Karla Salvador Frederico

Réu: Ricardo Hecker Luz

Vistos, etc.

Bruna Karla Salvador Frederico ajuizou ação de indenização por danos morais contra **Ricardo Hecker Luz**, alegando que: (i) trabalhou na CELESC no setor de Assessoria de Comunicação Social – ASCS junto com o réu, como “office-girl”, terceirizada pela empresa ONDREPSB; (ii) desde o início do trabalho o réu, de forma reiterada, mantinha comportamento desrespeitoso, com a prática de brincadeiras de gosto duvidoso, já que de cunho eminentemente sexual e obsceno, contra a autora e na presença dos demais colegas de trabalho; (iii) o comportamento inapropriado do réu ensejou a abertura de inquérito administrativo na empresa e também a instauração do Termo Circunstanciado de número 023.08.060084-3; (iv) as constantes humilhações sofridas ocasionaram-lhe grandes prejuízos de ordem moral e, em razão disso, requereu a procedência do feito, com a condenação do réu no pagamento de indenização reparadora pelo abalo anímico que alega ter sofrido, em valor a ser arbitrado pelo juízo. Valorou a causa e juntou documentos (fls. 14/168).

Recebida a inicial, foi deferido o benefício da justiça gratuita (fl. 169).

O réu, devidamente citado, contestou o feito (fls. 183/202). Preliminarmente, aventou a incompetência absoluta deste Juízo para processar a demanda, sustentando ser a Justiça do Trabalho a competente para processar e julgar o feito, bem como a sua ilegitimidade passiva. No mérito, sustentou que a conduta praticada pela autora trata-se de uma retaliação planejada por Mari Boni Ferreira, também funcionária

da Celesc e sua superiora hierárquica, com quem mantinha desavenças. Ponderou que, ao contrário do afirmado pela autora, esta não se trata de adolescente em formação, mas sim de uma mulher madura e formada. Para confirmar suas alegações, justificou que a autora constantemente publicava fotos sensuais na rede social “Orkut”, e que, por este motivo, trata-se a autora de *“uma mulher cujo comportamento pode ser considerado, no mínimo, não digno de elogio”* (fl. 191, grifo no original). Assim, requereu o acolhimento das preliminares arguidas ou a improcedência do feito. Trouxe documentos (fls. 204/224).

Houve réplica (fls. 228/232).

O feito foi saneado, oportunidade em que foram rechaçadas as preliminares e designada audiência de instrução e julgamento (fls. 237/239). O réu interpôs agravo de instrumento desta decisão (fls. 243/249), não havendo notícias do resultado.

Realizado o ato designado (fls. 272/282), foram colhidos depoimentos pessoais e ouvidas, ao todo, cinco testemunhas, sendo duas de cada parte (fls. 303/306), além da inquirição de uma testemunha do réu por carta precatória (fls. 368/423).

Alegações finais do réu às fls. 430/436 e da autora às fls. 437/439.

Vieram-me conclusos os autos.

É, na concisão necessária, o relatório.

Primeiramente, consigno que as preliminares aventadas foram analisadas no ato judicial de fls. 237/239, ocorrendo a preclusão neste tocante. Com relação ao agravo de instrumento interposto pelo réu de referida decisão, em consulta a site do TJSC não foi possível encontrar o recurso, não havendo qualquer notícia de seu resultado nos autos.

No que toca ao mérito, pretende a autora a condenação do réu no pagamento de indenização a título de danos morais, em razão de suposto

assédio praticado por ele no ambiente de trabalho, quando ainda possuía 16 anos de idade.

Isto porque, “[...] o que inicialmente pareciam brincadeiras de mau gosto começaram a se transformar em provocações que aplacavam a psique e a sexualidade da AUTORA, causando severos constrangimentos. Dentro do ambiente de trabalho, ou seja, nas dependências da CELESC, o RÉU habitual e continuamente fazia com a AUTORA brincadeiras com duplo sentido, utilizando palavras, expressões verbais e gestuais obscenas com claro cunho sexual, cada vez mais ofensivos [...]” (grifo no original – fl. 03).

O réu, por sua vez, alega que sofria perseguição e assédio moral por parte de alguns superiores, especialmente de sua chefe imediata, Sra. Maria Boni Ferreira, que teria tramado contra ele, usando a autora. Além disso, alegou que a autora não é menina inocente, mas sim “mulher formada, noiva, possuindo total maturidade” (fl. 190) e que inclusive “tem por hábito se expor em fotos ‘sensuais’ num meio público e de acesso irrestrito como a internet” (fl. 191), mas que mesmo assim não foi desrespeitoso com ela, apenas fazia brincadeiras que não tinham o intuito de constrangê-la.

Pois bem. Verifica-se que o réu não negou que realizava brincadeiras no ambiente de trabalho com a autora e outros colegas; entretanto, nega que tenha feito para constrangê-la ou ainda que seriam de mau gosto, que provavelmente a autora tenha mal interpretado os comentários e que tudo seria fruto de perseguições de seus superiores, que estariam usando a funcionária para atingi-lo, já que seria ele quem estaria sofrendo assédio moral no ambiente de trabalho.

Entretanto, da vasta documentação trazida pela autora na inicial é possível perceber que ela era sim importunada pelo réu por diversas vezes. Na verdade, verifica-se que não era a única a ser incomodada pelo réu, que tinha por hábito fazer brincadeiras dúbias com outras colaboradoras.

O relatório de sindicância instaurado pela CELESC em 2008 (fls. 17/50) para apurar a “utilização de palavras dúbias, de sentido sexual, de gestos chulos e desrespeitosos e de assédio permanente a office-girls prestadoras de serviços para a Celesc, por parte do empregado lotado na ASCS, Sr. Ricardo Hecker Luz” (fl. 19) é bem esclarecedor do que ocorria no ambiente de trabalho (fl. 23):

As principais comprovações desta sindicância estão fundamentadas em declarações dos envolvidos e testemunhas. Estas refletem claramente o comportamento inadequado e usual do Sr. Ricardo Hecker Luz para com as Office-girls que o denunciaram.

Para complementar, obtivemos 01 (uma) prova documental, tratando-se de uma mensagem do Orkut, dirigida a Srta. Bruna Karla Salvador Frederico (Anexo 13) contendo frase de sentido dúbio – “TO COM FOME”.

Constatamos que o Sr. Ricardo Hecker Luz tem por hábito fazer trocadilhos de conotação dúbia com a palavra “dar”, dirigidos não somente às denunciadas, mas também aos demais colegas da área em que trabalha.

Além disto, diariamente dirige-se às Office-girls, Srtas. Bruna e Fernanda, frases e gestos de cunho sexual e provocativos, os quais estão devidamente relatados nos trechos das declarações abaixo transcritas. Alguns declarantes presenciaram as referidas intervenções enquanto outros ouviram as reclamações diárias e os relatos das Office-girls.

Naquela oportunidade a autora Bruna relatou que (fls. 23/24):

[...] sempre, ao solicitar que atenda alguma ligação, aquele empregado refere-se à declarante como “gostosa”. Perguntado há quanto tempo o Sr. Ricardo se refere à declarante desta forma. Respondeu que desde que iniciou seu trabalho na Celesc ... O empregado tem por hábito fazer “brincadeiras” de duplo sentido, utilizando palavras de baixo calão e gestos com cunho sexual, o que a deixa extremamente constrangida e humilhada perante os colegas. Perguntado que tipo de frases e outras ocorrências se sucederam. Respondeu que o Sr. Ricardo utiliza-se de jogo

de palavras, do tipo “que não dará algo se a declarante não der”, quando passa pela mesa da declarante costuma fazer gestos obscenos com as mãos e língua, costuma dizer também, durante conversas no trabalho, que “as mulheres gostam mesmo é de chupadinha”, convida para “sentar no colo do gordo”, para dar “beijinho no gordo”, fala que a boca da declarante é “pornográfica”, entre outras insinuações. Relata também um episódio, onde o empregado fez brincadeiras relacionadas a “dar beijinho no gordo” e a Srta. Bruna não gostou e o xingou. Então, o Sr. Ricardo perguntou se a declarante estava estressada e quando ela respondeu que sim, o mesmo disse “para dar a bucinha que passa. E se não achar alguém ou o namorado não der conta, para falar com ele, que ele come”. (grifo nosso)

Em juízo, a autora novamente confirmou o assédio sofrido pelo réu e as palavras de mau gosto escutadas (fls. 274/275):

[...] que exercia o cargo de estagiária na CELESC, no período de 2008/2009, tendo ficado 10 meses na empresa; que trabalhou 6 meses na assessoria de imprensa, onde também trabalhava o réu, sendo que depois foi realocada para o departamento de contas, exatamente em razão do problema objeto do processo, ou seja, o comportamento atribuído ao réu; [...] que quando começou a trabalhar, em virtude do coleguismo, realmente aceitou brincadeiras até certo ponto, sendo que tais brincadeiras eram ditas pelo réu em palavras de duplo sentido, tais como “chupar, dar” tudo com conotação sexual, sendo que depois de algum tempo as brincadeiras foram ficando pesadas e a depoente começou a se senti incomodada, sendo que por vezes o réu passava pela mesa da depoente e proferia frases grosseiras e fazia gestos com as mãos e a língua, referindo-se à depoente, claramente com conotação sexual, chegando ao ponto de um dia a depoente estar espremendo uma espinha no rosto, quando ele passou e perguntou se a depoente estava estressada, quando então lhe disse: “bom para o estresse é dar a bucinha, se seu namorado não der conta, pode deixar que eu mesmo como”. Que então a depoente se sentiu ultrajada, pois tal foi dito na frente de colega, Fernanda, pelo que foi até a responsável pelo setor de Recursos Humanos, Sra. Viviani Bleyer Remor, relatou-lhe os fatos, sendo que esta procurou a Sra. Maria Boni, que era chefe da depoente, e depois, juntamente com Fernanda, foram todas falar com o então presidente da CELESC, Sr. Sitônio, que ouviu os fatos e determinou a realização de uma sindicância. [...]. (grifo nosso)

Confirmando o ocorrido, a Sra. Viviani Bleyer Remor também relatou em juízo (fls. 278/280) o que já havia dito no relatório de sindicância (fls. 58/59).

[...] que certa feita foi procurada pela autora e por outra jovem que também trabalhava na mesma seção que o requerido, em razão do que a depoente trabalhava na área social da empresa; que nesta ocasião a autora estava nervosa e chorando, dizendo que estava sendo assediada pelo réu, com brincadeira pesadas, palavras chulas, sendo que estava se sentindo muito incomodada; que a autora relatou algumas das brincadeiras mas a depoente não se recorda com precisão os termos usados, mas entendeu que eram bastante graves, o suficiente para ser levado ao conhecimento da chefe do requerido, que na época era Maria Boni; [...]. (grifo nosso)

Ainda, ficou claro que outras pessoas presenciaram tais comportamentos pelo réu, como o estagiário Márcio Carbonell Barcellos (fls. 26/27):

[...] de vez em quando ouvia o Sr. Ricardo fazer trocadilhos com a palavra “dar”, mas que não era somente com as meninas e sim com todo mundo, inclusive com o declarante. O Sr. Ricardo dizia para o declarante coisas como: “eu não vou dar nada”, com duplo sentido. Além disto, apenas algumas vezes, quando a Srta. Bruna tomava chimarrão com eles, ouviu o Sr. Ricardo dizer para ela “toma o chimarrão do gordo” com uma conotação dúbia. (grifo nosso)

E também o estagiário Rodrigo Souza Silva (fl. 27):

[...] o Sr. Ricardo faz muitas brincadeiras, principalmente dando duplo sentido à palavra “dar”, com conotação sexual, muitas vezes na frente de pessoas de outras áreas da empresa, o que deixou o declarante constrangido e envergonhado. ... Perguntado qual a conduta do Sr. Ricardo para com as Officegirls Bruna e Fernanda. Respondeu que todos na área tem amizade com as meninas, mas que o Sr. Ricardo costuma levar as conversas para uma conotação sexual, com duplo sentido e segundas intenções. Declara que presenciou diversos comentários como: “dá um beijinho no gordo que eu faço o serviço para você”, “senta no colinho do gordo”, incluindo os gestos com os mesmos sentidos. Além disto, o Sr. Ricardo costuma

oferecer balas para todos e quando as meninas se aproximam pedindo balas o Sr. Ricardo faz o gesto de pedir beijinho. Declara também que não presenciou palavras ou gestos “mais fortes” do Sr. Ricardo para com as meninas. (grifo nosso)

Além disso, a autora não teria sido a única vítima do réu, que também perturbava a outra Office-girl da empresa, Srta. Fernanda Aparecida Virtuoso (fl. 24):

Perguntado como o Sr. Ricardo costumava tratá-la. Respondeu que nunca foi grosseiro, mas que constantemente fazia brincadeiras de duplo sentido, com conotação sexual. Perguntado que tipo de brincadeiras ele costumava fazer. Respondeu que ele não podia ouvir a palavra “dar” que já iniciava alguma insinuação de que a declarante tinha que “dar” ou que “deu”. Aquele empregado costumava a fazer gestos também pedindo beijinhos e convidando para sentar “no colinho do gordo”. Em certa oportunidade, conversando com o Sr. Ângelo, da ASCS, a declarante comentou que talvez fosse trabalhar naquele setor e o Sr. Ricardo “suspirou” dizendo de forma capciosa “que bom! Não me diz uma coisa dessas...” e quando a declarante se virou para olhar para o empregado enquanto ele falava, o mesmo continuou dizendo “Não faz isso comigo!”, se referindo ao movimento corporal da menina Perguntado se mais alguém presenciou as brincadeiras do Sr. Ricardo. Respondeu que o Márcio e o Rodrigo, além do Sr. Ângelo e da Srta. Bruna, todos da ASCS. Além deles, uma vez o Sr. Ricardo fez a brincadeira do “dar” em frente à porta do banheiro masculino, próximo à Presidência, e estava passando um senhor, desconhecido, que a declarante não reconheceu. Perguntado como se sentia quando o Sr. Ricardo se dirigia a ela destas maneiras. Respondeu que ficava com raiva, envergonhada e, ao mesmo tempo sem reação, sem saber o que fazer. Declarou também que ficava preocupada que o Sr. Ricardo repetisse tais brincadeiras em locais ainda mais públicos, como o restaurante da empresa, por exemplo... Perguntado se presenciou este tipo de brincadeira do Sr. Ricardo para com a Srta. Bruna. Respondeu que sim, que diversas vezes aquele empregado fez os mesmos tipos de brincadeiras com a Srta. Bruna em sua frente, inclusive outras mais pesadas. Perguntado que outras mais pesadas seriam estas. Respondeu que um dia estava com a Srta. Bruna na sala da ASCS quando

o Sr. Ricardo entrou e ouviu a mesma dizer que estava estressada. Então, ele disse para a Srta. Bruna “dar a bucatinha”. Em outra oportunidade, a declarante estava com a Srta. Bruna no centro da cidade e telefonaram para avisar que iriam chegar mais tarde. O Sr. Ricardo atendeu ao telefone e disse para a Srta. Bruna: “traz um chocolate para a gente chupar”, em tom de insinuação. Também, neste mesmo sentido de insinuação o mesmo costuma dizer que “está com fome”. Declara, ainda que há uma mensagem no “orkut” para a Srta. Bruna nesse sentido. (grifo nosso)

Estes são apenas alguns dos trechos dos depoimentos colhidos durante a sindicância e instrução do presente processo, sendo que os demais deixaram de ser transcritos porque ou mencionam os mesmos fatos, ou são reproduções de colaboradores que ouviram as queixas da autora, mas não presenciaram pessoalmente a situação. Fato é que, todos os ouvidos afirmaram de forma unânime que o réu era costumeiro a realizar brincadeiras de duplo sentido, especialmente com a autora e sua colega Fernanda, conforme verificado nas considerações da Celesc (fl. 41) e na conclusão (fl. 49):

Chamou a atenção desta Auditoria Interna a unanimidade entre os colegas de trabalho da Assessoria de comunicação Social a respeito da postura irreverente e irresponsável do Sr. Ricardo para com as atividades desenvolvidas na área e para com os colegas de trabalho.

O comportamento do Sr. Ricardo Hecker Luz vem se mostrando inconveniente, desrespeitoso, ofensivo, imoral e antiético para com as Office-girls que denunciaram e, conseqüentemente, para com a empresa onde trabalha, ou seja, a Celesc.

Recusando-se a ouvir os diversos apelos para que modificasse o seu modo de agir, permaneceu a perturbá-las diariamente, expondo-as a situações constrangedoras, muitas vezes em frente a outras pessoas, do quadro da empresa ou não. (grifo nosso)

A sindicância instaurada concluiu pela recomendação de abertura imediata de inquérito administrativo contra o réu “*para apuração das responsabilidades do empregado, Sr. Ricardo Hecker Luz, quanto ao uso*

constante de palavras e gestos obscenos às Office-girls” (09.09.2008 – fl. 49), o que de fato ocorreu (fl. 161), não havendo, entretanto, notícias nos autos acerca do resultado do inquérito administrativo, mas sabe-se que o réu continua com suas atividades na Celesc, já que em simples busca pelo *Google*¹ foi possível verificar que atua como assessor de comunicação nesta pessoa jurídica.

Ainda, cansada com as brincadeiras de mau gosto, a autora, com a ajuda e encorajada pela sua mãe, registrou ocorrência policial, que ensejou no Termo Circunstanciado de número 023.08.060084-3, que teve extinta a punibilidade pela prescrição, conforme verifica-se do documento anexo, não gerando efeitos na esfera cível.

Do encarte probatório, tenho que se mostram plausíveis as alegações da autora, as quais configuram abalo moral. Isto porque, tanto as testemunhas quanto a prova documental e, sobretudo, a própria peça defensiva do demandado, não deixam dúvidas do comportamento indecoroso praticado por este no ambiente de trabalho.

Registra-se que o réu admite que “em que pese fazer uma ou outra brincadeira com os office-boys e as office-girls da empresa, podendo, inclusive, ter brincado com a autora, eventualmente e em absoluto tom de amizade, nunca lhe tratou com desrespeito.” (fl. 191). Todavia, irrelevante, *in casu*, o que pensou o autor antes de fazer comentários ambíguos e com “*palavras de baixo calão*”² pois estes autos não se prestam a discutir as intenções dele, mas sim a perturbação à autora pelo comportamento “*inconveniente*”³, ao ponto de deixá-la “*nervosa e chorando*”⁴.

1 <http://www.sc.gov.br/mais-sobre-justica-e-defesa-da-cidadania/2-sem-categoria/5229-ricardo-hecker-luz>

2 Vide testigo de Anna Bárbara Medeiros, aos 1’20” (fl. 411).

3 Conforme descrição dada pela testemunha Viviani Bleyer Remor, fl. 278

4 Conforme descrição dada pela testemunha Viviani Bleyer Remor, fl. 278.

A prova testemunhal é conclusiva no sentido de que o comportamento do réu era rotineiramente impróprio e inadequado. Os assuntos do réu não eram triviais e também não serviam para descontraír ou para iniciar um diálogo inofensivo com a autora, já que era sempre muito direto e constrangedor, como afirmaram as testemunhas ouvidas, pois fazia sempre comentários inoportunos, de cunho sexual, com palavras impróprias para o ambiente de trabalho.

O réu praticava contra a autora assédio moral de cunho sexual. Sobre a definição de assédio moral, trago à baila as palavras da autora Marie-France Hirigoyen⁵:

[...] o assédio moral no trabalho é definido como qualquer conduta abusiva (gesto, palavra, comportamento, atitude, ...) que atente, por sua repetição ou sistematização, contra a dignidade ou integridade psíquica ou física de uma pessoa, ameaçando seu emprego ou degradando o clima de trabalho.

Qualquer que seja a definição adotada, o assédio moral é uma violência subreptícia, não assinalável, mas que, no entanto, é muito destrutiva. Cada ataque tomado de forma isolada não é verdadeiramente grave; o efeito cumulativo dos microtraumatismos frequentes e repetidos é que constitui a agressão. Este fenômeno, no início, pode ser comparado com o sentimento de insegurança existente nos bairros resumido no termo “incivilidade”. Com a continuação sistemática, todas as pessoas visadas se sentem profundamente atingidas.

Era exatamente isso que ocorria no ambiente de trabalho, já que o réu reiterada e sistematicamente importunava a autora e demais colegas, com “brincadeiras” de cunho sexual que desagradava a todos e degradava o clima de trabalho, atingindo diretamente a integridade psíquica da autora.

5 HIRIGOYEN, Marie-France, *Mal Estar no Trabalho: Redefinindo o assédio moral*. Tradução: Rejane Janowitz. 8.ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2015. p.17.

Apesar de haver certa confusão, há distinção do assédio moral de cunho sexual do assédio sexual, pois no segundo caso o assediador pressiona a vítima para obter favores sexuais.

Nesse sentido é a explicação dada na Cartilha elaborada pela Subcomissão de Gênero com participação da Comissão de Ética do Ministério do Trabalho e Emprego⁶:

Assédio sexual é uma das muitas violências que a mulher sofre no seu dia-a-dia. De modo geral, acontece quando o homem, principalmente em condição hierárquica superior, não tolera ser rejeitado passa a insistir e pressionar para conseguir o que quer.

A intenção do assediador pode ser expressa de várias formas. No ambiente de trabalho, atitudes como piadinhas, fotos de mulheres nuas, brincadeiras consideradas de macho ou comentários constrangedores sobre a figura feminina podem e devem ser evitados.

Essa pressão tem componentes de extrema violência moral, à medida que coloca a vítima em situações vexatórias, provoca insegurança profissional pelo medo de perder o emprego, ser transferida para setores indesejados, perder direitos etc.

Não necessariamente a autora sofreu assédio sexual por parte do réu, já que não ficou bem demonstrada a intenção deste se realmente pretendia manter relações com ela, se a pressionava de alguma maneira para conseguir algum favor sexual, ou apenas tratavam-se de comentários ofensivos à sua psique. De qualquer forma, as atitudes do réu ultrapassaram qualquer bom senso e tolerabilidade.

A tentativa do réu em desvirtuar a questão, afirmando que, em verdade, era ele que estaria sofrendo assédio moral no ambiente de trabalho, e que a autora estaria sendo usada pela superior hierárquica

6 <http://www.eln.gov.br/opencms/export/sites/eletronorte/ouvidoria/assedioMoral.pdf>

para atingi-lo, cai por terra logo no início do processo, já que o próprio relatório da Celesc descartou esta possibilidade (fl. 37).

Ademais, o réu não conseguiu comprovar tal excludente durante a instrução, ônus que lhe cabia (art. 373, II, CPC/15).

Das testemunhas que depuseram em seu favor, uma trabalha na Celesc, e não na mesma repartição do réu, pois é copeira e possui contatos esporádicos com os demais colaboradores (fls. 304/305); a outra testemunha é policial militar e pouco sabia sobre o caso; a terceira testemunha (Cristiano dos Passos – fls. 324/325) afirmou que o ambiente de trabalho em que o réu estava era péssimo, que este apenas era brincalhão, nunca ouviu comentários de cunho sexual e que apesar do atrito entre ele e a superior hierárquica, não pode afirmar que a autora teria sido manipulada por ela, pois nada viu nesse sentido; a quarta testemunha, ouvida por precatória, disse ter presenciado várias brincadeiras com palavras de baixo calão, que era comum na repartição, tanto do réu, quanto de outros colaboradores (fl. 411).

De fato, o conjunto probatório indica que o réu ficara isolado dos demais colaboradores no local de trabalho, e que havia certa animosidade entre funcionários nomeados (que eram os superiores) e os concursados como o réu; entretanto, não ficou configurado que a autora tenha sido influenciada pelos superiores para realizar as queixas e dar início aos processos.

Outrossim, este Juízo não pode deixar de se manifestar acerca da temerária tentativa do réu em defender-se, sugerindo *“que este Juízo analise bem as imagens [publicadas pela parte autora na sua página da rede social Orkut] para poder identificar a pessoa que pede danos morais neste feito com base em “desrespeito” advindo de “brincadeiras” no ambiente de trabalho Uma mulher cujo comportamento pode ser considerado, no mínimo, não digno de elogio.”* (fl. 191).

Trata-se de uma malograda tentativa do réu em fundamentar

a sua conduta imoral com base em um pensamento flagrantemente preconceituoso e ultrapassado, no qual sugere que a própria autora seria a culpada pelos comentários maliciosos praticados por ele. Sem sombra de dúvidas, uma afronta aos direitos das mulheres cuja violência social não se limita à liberdade sexual, de pensamento ou ações, invade outras áreas do mundo feminino, principalmente a profissional:

O sucinto esboço da justaposição das mulheres no mercado de trabalho demonstra que elas não foram e talvez ainda não sejam totalmente bem-vindas no ambiente laboral, pois a independência econômica alcançada pelo exercício de atividade produtiva desmonta o estado de sujeição aos homens e faz com que elas invadam um setor outrora exclusivo e compitam por posições de maior destaque. A assimilação dessa premissa sociológica faz com que se aquilate a possibilidade da configuração de ambientes de trabalho hostis, ofensivos e vexatórios, nos quais a ojeriza à companhia feminina é externada por diferentes manifestações que desdenham os propalados ideais de igualdade.

Ante tal quadro, o assédio sexual também pode ser epistemologicamente compreendido como forma de discriminação sexual, conforme expressamente reconhecido pela Diretiva 002/73/CE do Parlamento Europeu (BÉLGICA, 2002).⁷

E não se diga tratar-se de defesa feminista, pois os próprios estagiários Márcio e Rodrigo também se sentiram constrangidos com o comportamento do réu, o que demonstra que não se limitava a colegas do sexo feminino, porém, como explica o autor Flávio da Costa Higa:

Perante uma realidade tão avassaladora e inexpugnável, não há como tergiversar sobre o envolvimento da questão de gênero em diversas conjecturas de assédio sexual e tampouco quanto às mulheres serem a vítimas preferenciais. Outrossim, conforme mencionado alhures, o fato

7 HIGA, Flávio da Costa. Assédio sexual no trabalho e discriminação de gênero: duas faces da mesma moeda? Fonte: Rev. direito GV vol.12 no.2 São Paulo May/Aug. 2016.

de apenas algumas delas serem assediadas não desnatura implacavelmente a inteligência acerca do preconceito sexual. A Suprema Corte do Canadá abordou com propriedade a questão no caso *Jensy v. Platy Enterprises Ltd.*, [1989] 1 S.C.R.

1252, ao afirmar que a discriminação normalmente é composta de vários ingredientes que afetam de maneira distinta os membros de determinado grupo.

Para a Corte, a questão fulcral residia no fato de o ofensor ser um empregado homem heterossexual e, portanto, somente as mulheres estarem sujeitas a esse tipo de comportamento agressivo.

Da mesma forma, a discriminação entre pessoas do mesmo sexo não afasta a hipótese de discriminação de gênero. Apesar de parecer contraintuitivo numa primeira impressão, nada sustenta a ilação de que o homem não discrimina os seus próprios pares, como teve a sagacidade de observar a Suprema Corte dos

Estados Unidos em *Oncale v. Sundowner Offshore Services*, 523 U.S. 75.

Em que pese ter verificado que o ambiente de trabalho em que inseridos autora e réu eram permitidas brincadeiras – muitas de cunho sexual e de mau gosto –, não havendo limites e bom senso entre os próprios colaboradores, e que as partes até certo ponto mantinham uma proximidade, (já que o réu teria emprestado dinheiro à autora, à época com 16 anos, para esta fazer uma tatuagem⁸ e também eram vistos na cafeteria em tom de harmonia⁹), é certo que em algum momento esta situação saiu do campo do coleguismo aceitável e passou a se tornar ofensivo e inoportuno.

Entendo que ficou caracterizado o sofrimento psicológico

8 depoimento da autora – fl. 275.

9 depoimento testemunha réu – fl. 304.

experimentado pela autora, em decorrência do contínuo tratamento constrangedor que lhe era dispensado pelo seu colega de trabalho, aproveitando-se de sua jovialidade, pouca experiência, pois recém ingressava no mercado de trabalho, havendo dever de indenizar por parte do réu.

Por isso, com relação ao *quantum*, o critério utilizado pelas Cortes Superiores considera as condições pessoais e econômicas das partes, devendo o arbitramento operar-se com moderação e razoabilidade, de forma a não haver o enriquecimento indevido do ofendido, mas que, ao mesmo tempo, sirva para desestimular o ofensor a repetir o ato ilícito.

Verifica-se dos autos que as “brincadeiras” ocorreram por período de tempo razoável no ano de 2008, visto que a autora teria ficado por cerca de seis (6) meses naquele local de trabalho, mudando de setor justamente por conta da situação, ficando por mais quatro (4) meses no departamento de contas, ou seja, ao todo a autora ficou por dez (10) meses na Celesc, não havendo notícias nos autos acerca de problemas posteriores ao ocorrido. Pelo contrário, a própria autora elogiou a Celesc em todos os sentidos, que teriam lhe dado todo o suporte na situação e por esta razão não entrou judicialmente contra a empresa, mas tão somente contra o réu (réplica e depoimento de fls. 274/275).

Considera-se também para fixar o valor indenizatório o fato da autora não ter faltado ao trabalho por conta dos episódios, conforme informado por ela em seu depoimento (fl. 275), mas que mesmo assim teria ficado deprimida, apesar de não ter acostado aos autos documentos comprovando a necessidade de consulta com psicólogo e/ou psiquiatra.

Entretanto, a autora teria pedido ajuda a outra colaboradora aos prantos e nervosa (fls. 278/280), o que, por si só, demonstra que ficava incomodada e estressada com os comentários do réu.

Ainda, há que se considerar a idade de 16 anos da autora à época dos acontecimentos, que era menor púbere e, como esperado da idade, muitas vezes não possui noção dos acontecimentos ao redor.

Com relação à falta de noção e atitude esperada no ambiente de trabalho, há relatos do réu de que, posteriormente à abertura da sindicância, em meados de agosto, Bruna teria se dirigido a ele dizendo “não briga com minha bundinha”, em razão do fato do réu estar chamando a atenção do estagiário Márcio, e que em seguida a autora teria dado um beliscão nas nádegas deste colaborador (fl. 211), fato este repetido pelo réu em seu depoimento (fl. 276) e confirmado pela testemunha dele ouvida na precatória¹⁰.

Todavia, Ricardo possuía 48 anos à época dos fatos e esperava-se que agisse de outra forma frente a adolescentes, pelo menos não fazendo brincadeiras íntimas, ainda mais se considerarmos que era doutorando em linguística pela UFSC, ou seja, possuía um grau de escolaridade acima da média, que permitia ao réu discernir com certeza comportamento correto ou não para um ambiente de trabalho e para com menores de idade, especialmente porque sua tese de pesquisa foi sobre ensino e aprendizagem na alfabetização (fls. 208/209).

Nesta toada, pode-se dizer que a atitude do réu foi nefasta ao ambiente de trabalho (pois sendo mais velho e experiente, deveria orientar os colegas, principalmente os que trabalhavam na condição de menor aprendiz); ainda assim, as consequências causadas na autora não foram de gravidade exacerbada, já que não há notícias de prejuízos além dos mencionados.

Apesar de não se saber as condições financeiras do réu, trata-se de pessoa concursada e com alto grau de escolaridade, em detrimento da autora, que agora pode ser recém-formada (caso tenha frequentado universidade).

Dessa forma, considerando-se as peculiaridades do caso, bem como os padrões adotados pelo Superior Tribunal de Justiça na fixação

10 testemunha Anna Barbara Medeiros aos 4'00-4'10.

do *quantum* indenizatório a título de danos morais, fixo a indenização em R\$ 30.000,00 (trinta mil reais), corrigidos, além de juros moratórios, valor que bem se presta a compensar a vítima pelo abalo sofrido, não acarretando enriquecimento indevido, e a evitar que o réu tenha atitudes como tais repetidas.

Ante o exposto, julgo procedente o pedido formulado, o que faço com fulcro no art. 487, I, do Código de Processo Civil, para condenar o réu Ricardo Hecker Luz a pagar a autora Bruna Karla Salvador Frederico o valor de R\$ 30.000,00 (trinta mil reais) a título de danos morais, que deverá ser corrigido monetariamente a partir desta data e acrescido de juros de mora de 1% ao mês a contar do evento danoso (Súmula 54 do STJ), ou seja, 6-8-2008 (data do boletim de ocorrência – fl. 60), isento de incidência fiscal (Súmula 498 do STJ).

Condeno o réu no pagamento das custas e dos honorários advocatícios, estes fixados em 15% do valor da condenação atualizado, forte no art. 85, § 2º, do Código de Processo Civil.

Indefiro o pedido de justiça gratuita ao réu, uma vez que sua condição de hipossuficiência não restou demonstrada.

Publique-se. Registre-se. Intimem-se.

Com o trânsito em julgado, arquivem-se os autos.

São José, 29 de agosto de 2016.

Érica Lourenço de Lima Ferreira
Juíza de Direito

ARTIGOS

A SUPERAÇÃO DA LÓGICA FORMAL E O PAPEL CRIATIVO DO JUIZ

THE OUTGROW OF THE FORMAL LOGIC AND THE CREATIVE ROLE OF THE JUDGE

Walter Santin Junior¹

Rafael Espíndola Berndt²

RESUMO

A interpretação lógica formal da lei esconde uma cegueira: a de que a mera subsunção das regras ao caso concreto não raro impede que o juiz alcance o direito fundamental de fazer justiça. Assim é porque a definição de alguns valores difere de pessoa para pessoa e porque o positivismo muitas vezes não se propõe a sanar essas diferenças quando não é capaz de acompanhar as dinâmicas sociológicas. Embora não se possa ignorar a premissa de que o juiz não inova, não legisla, ele interpreta, e toda interpretação tem seu caráter criativo, que deve se amoldar à realidade, ao bem comum e à suprema razão social que dimana da própria lei (LICC, art. 5º). Neste trabalho é empregado o método indutivo, por meio da técnica de pesquisa bibliográfica pertinente ao tema.

Palavras-chave: Juiz. Criação. Superação. Lógica formal. Lei.

1 Mestrando da Universidade do Vale do Itajaí (Univali). Especialista em Direito Público pela Universidade do Sul de Santa Catarina (Unisul). Especialista em Direito e Gestão Judiciária pela Academia Judicial do Poder Judiciário do Estado de Santa Catarina. Juiz Substituto de Direito no Estado de Santa Catarina. E-mail:walterjuniorsantin@yahoo.com.br.

2 Mestrando da Universidade do Vale do Itajaí (Univali). Pós-graduado em Direito Processual Civil (Cesusc) e Direito Público (FGV). Especialista em Direito e Gestão Judiciária pela Academia Judicial do Poder Judiciário do Estado de Santa Catarina. Juiz de Direito no Estado de Santa Catarina. E-mail:rafaelberndt@tjsc.jus.br.

ABSTRACT

The formal logical interpretation of the law may hide a certain blindness: that the mere subsumption of the rules to the concrete case can prevent the judge from achieving the fundamental right of making justice. This happens because the definition of some values can differ from each person, and, many times, the positivism does not intend to solve these differences when it is not capable to accompany the sociological dynamics. Regardless of this fact, it can't be ignored the premise that the judge does not innovate, does not legislate. However, interprets and all interpretation has its creative character which must conform to reality, to common good and the supreme social reason that emanates from the law (LICC, art. 5). In this article, the inductive method will be used, through the technique of pertinent bibliographic research for the theme.

Keywords: Judge. Creation. Overcome. Formal logic. Law.

1 INTRODUÇÃO

Com a intenção de incitar os operadores do direito à reflexão quanto à necessidade do papel criativo do juiz, mas longe de esgotar o tema, este artigo tem por escopo tecer algumas considerações gerais sobre a superação da lógica formal na interpretação e aplicação da norma pelo juiz em razão, sobretudo, do dinamismo social.

O ponto nodal deste trabalho consiste em demonstrar que a aplicação da lei deve ser consolidada por sua dimensão mais humana, flexível e justa, de sorte a suprimir a mínima possibilidade de validar ordens jurídicas ofensivas aos valores mais caros do homem e da sociedade, tal como pensou Luís Recaséns Siches, para quem “a norma jurídica que não opera real e efetivamente não passa de um pedaço de papel, na medida em que ela deve reviver sempre que for aplicada”³.

3 SICHES, Luís Recaséns. Tratado de sociologia. Porto Alegre: Globo, 1970.

Nessa ordem de ideia, conforme Siches,

Se há escrito mucho em los últimos ochenta y tantos años para mostrar que el funcionamiento del Derecho no consiste em uma operación de lógica deductiva, o, por lo menos, que no consiste solamente em eso. Em muchos lugares, pero especialmente em Alemania, Francia, los países británicos, Hispanoamérica, y em los Estados Unidos de Norteamérica, eminentes juristas, lo mismo teóricos que prácticos, y de muy diversas escuelas, han sostenido que la vida delo Derecho no es um mero asunto de lógica, ni debe serlo.⁴

O ordenamento jurídico, então, deve ser aplicado por um viés mais valorativo, como um sistema axiológico-teleológico. É axiológico porque se encontra em permanente diálogo com o universo da ética e dos valores, e teleológico pelo fato de sua existência estar condicionada à promoção de princípios, sobretudo o da dignidade da pessoa humana, que passa a ser o eixo central de toda envergadura jurídica.

Convém acrescentar outra circunstância de relevo e critério, a exigir, sem dúvida, cada vez mais a atuação fecundante do juiz no sistema jurídico, tema assim preconizado por Pedro Manoel Abreu:

O nosso tempo, de todo modo, é uma era de absurdos, de contradições. De avanços sociais, políticos, econômicos, culturais, científicos e tecnológicos, mas contraditoriamente de exclusão, de miséria, de desigualdade social e política, que parece abandonar a parcela mais significativa da humanidade a uma condição de subcidadania.⁵

4 SICHES, Luís Recaséns. **Nueva filosofía de la interpretación del derecho**. 2. ed. Cidade de México: Porrúa, 1973, p. 26. Muito tem sido escrito nos últimos oitenta anos para mostrar que a aplicação da lei não consiste em uma operação lógica dedutiva, ou pelo menos que não é apenas isto. Em muitos lugares, mas especialmente na Alemanha, França, nos países britânicos, América Latina, e nos Estados Unidos, juristas eminentes, teóricos e mesmo os práticos, de muitas diferentes escolas, têm sustentado que o Direito não é um mero assunto de lógica, nem deve ser (tradução livre do autor do texto).

5 ABREU, Pedro Manoel. **Processo e democracia**: o processo jurisdicional como um locus da democracia participativa e da cidadania inclusiva no estado democrático de direito. v. 3. São Paulo: Conceito, 2011, p. 231.

Nesse cenário, o juiz assume inevitavelmente o protagonismo da criação, não imaginado pelos pioneiros do positivismo jurídico. Afinal, consoante doutrina Norberto Bobbio,

[...] o positivismo jurídico nasce do esforço de transformar o estudo do direito numa verdadeira e adequada ciência que tivesse as mesmas características das ciências físico-matemáticas, naturais e sociais. Ora, a característica fundamental da ciência consiste em sua *avaloratividade*, isto é, na distinção entre juízos de fato e juízos de valor e na rigorosa exclusão destes últimos do campo científico: a ciência consiste somente em juízos de fato⁶

Contudo, Mauro Cappelletti eleva o direito ao patamar de “ciência social”, que, diferentemente de outros ramos, não está em condições de desenvolver-se artificialmente em “provetas de laboratório”⁷.

O mesmo autor explica que o filósofo e jurista Jeremy Bentham usou há mais de século e meio a expressão “direito judiciário” para definir (e condenar) o fato de que no ordenamento inglês, “embora o juiz, como se diz, nominalmente não faça senão declarar o direito existente, pode-se afirmar ser em realidade criador do direito”⁸.

Essa condenação destacada por Jeremy Bentham quanto ao papel criativo da magistratura consistia no fato de o juiz, ao criar a norma individual, gerar insegurança jurídica; na obra em questão retratada como “incerteza, obscuridade e confusão”⁹.

Não obstante, o próprio Bentham “era consciente que nem mesmo

6 BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone, 1995, p. 135.

7 CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1999, p. 20.

8 CAPPELLETTI. **Juízes legisladores?**, p. 17.

9 CAPPELLETTI, **Juízes legisladores?**, p. 18.

a completa codificação teria eliminado inteiramente do caminho o direito judiciário”¹⁰, mas o que ele nunca pôde talvez prever, como comenta Cappelletti, foi que:

[...] paradoxalmente, justamente na época que lhe sucedeu, e especialmente no século passado, o próprio fenômeno da impressionante expansão do direito legislativo – tanto nos países de “Common Law” quanto nos de “Civil Law” – consistiu uma das principais causas ulterior do fenômeno da geral, e não menos impressionante, expansão no mundo moderno também do “direito judiciário” e assim do papel criativo dos juízes.¹¹

Nesse contexto de expansão da atividade legiferante, “o juiz, como intérprete que é, é chamado a dar vida nova a um texto que por si mesmo é morto, mero símbolo do ato de vida de outras pessoas, os legisladores”¹².

Consoante também destacou Anatóle France, “a bem dizer, eu não teria muito receio das más leis, se elas fossem aplicadas por bons juízes. Dizem que a lei é inflexível. Não creio. Não há texto que não se deixe solicitar. A lei é morta. O magistrado é vivo; é uma grande vantagem que leva sobre ela”¹³.

Deflui-se daí, portanto, o objetivo deste artigo de acentuar o inevitável protagonismo do juiz, pelo que, ao interpretar a norma, fazem-se escolhas, e escolha significa discricionariedade, que exige não apenas argumentos da lógica matemática, formal e abstrata, “mas também e sobretudo aqueles da história e da economia, da política e da ética, da sociologia e da psicologia”¹⁴, tudo com o propósito muitas vezes necessário de criar a norma individual.

10 CAPPELLETTI, **Juízes legisladores?**, p. 18.

11 CAPPELLETTI, **Juízes legisladores?**, p. 18.

12 CAPPELLETTI, **Juízes Legisladores?**, p. 22.

13 FRANCE, Anatóle. **A lei é morta, o juiz é vivo**. Prêmio Nobel de Literatura de 1921.

14 CAPPELLETTI, **Juízes legisladores?**, p. 33.

2 O PARANINHO E O FORMALISMO JURÍDICO

Na obra “O Juiz”, de Edgard de Moura Bittencourt, Desembargador de Justiça do Estado de São Paulo, com o título “Juiz Humano” o autor inaugura capítulo que discorre sobre mensagem passada por um professor aos formandos do Curso de Direito da Universidade de São Paulo em que adverte os alunos para que desconfiem do juiz humano, cuja figura enaltece como elemento negativo na ordem jurídica e jurisdicional. Ao magistrado – resume o orador – “cabe apenas a tarefa de cumprir a lei, deixando seus possíveis defeitos para reexame e reformulação pelo próprio legislador”¹⁵.

Embora sem acesso ao conteúdo integral desse discurso, o excerto acima permite concluir, salvo melhor juízo, que o aspecto de fundo foi inspirado fundamentalmente na célebre obra de Montesquieu “O Espírito das Leis”, porque dela emanada a ideia de que o juiz, no cenário jurídico, deve ser uma figura inanimada capaz de representar “a boca que profere as palavras da lei” (*la bouche de la loi*)¹⁶.

Outra questão de base do texto discursado, por certo, reside em um dos pontos fundamentais da doutrina de Hans Kelsen, assim destacado na obra de Dimitri Dimoulis:

[...] como cidadão, o magistrado até pode negar a obediência, quando discorda de determinadas normas jurídicas e regimes políticos, ou seja, quando considera que o direito positivo é contrário ao seu ideal de justiça. Isto não pode, porém, ser feito no âmbito das funções que o Estado lhe delegou. Manter uma adequada separação de papéis (juiz e cidadão) é o que apregoa a denominada “teoria da interpretação distanciada do direito”.¹⁷

15 BITTENCOURT, Edgard de Mora. **O juiz**. 3. ed. Campinas: Millennium, 2002, p. 93.

16 MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondat. **Do espírito das leis**. São Paulo: Abril Cultural, 1973. (Os Pensadores).

17 DIMOULIS, Dimitri. Positivismo, moralismo e pragmatismo na interpretação do direito constitucional. **Revista dos Tribunais**, v. 88, n. 769, p. 11-27, nov. 1999, p. 25-26.

Fazendo coro a esses autores, e como forma, ainda, de compreender o discurso do paraninfo, outro ponto importante da doutrina positivista, agora estudada por Norberto Bobbio, aponta como uma de suas características elementares o problema da interpretação (entendendo-se o termo “interpretação” em sentido muito lato, de modo a compreender toda atividade científica do jurista: interpretação stricto sensu, integração, construção, criação do sistema).

Segundo Bobbio:

[...] o positivismo jurídico sustenta a teoria da interpretação mecanicista, que na atividade do jurista faz prevalecer o elemento declarativo sobre o produtivo ou criativo do direito (empregando uma imagem moderna, poderíamos dizer que o juspositivismo considera o jurista uma espécie de robô ou de calculadora eletrônica).¹⁸

Este foi, por assim dizer, o ponto nevrálgico escolhido pelos opositores do positivismo jurídico para desencadear a contraofensiva, que gerou logo um debate acalorado, alcunhado pelos alemães de “batalha dos métodos” (Methodenstreit)¹⁹.

Com aquele discurso retratado na obra “O Juiz”, o orador da turma sustentou a crença segundo a qual a norma jurídica positivada desponta como proposição lógica capaz de conter por si mesma a fórmula cósmica ou divina de sanar todos os problemas que emergem dos aspectos práticos do ordenamento jurídico, por meio do mecanismo da dedução racional; daí a razão, talvez, desse cerceamento ao juiz verberado pelo tribuno.

Entretanto, essa linha de pensamento passou por significativa mudança e hoje parece superada, tema que será retomado adiante com

18 BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**. São Paulo: Ícone, 2006, p. 133.

19 O filósofo americano Morton G. White, falecido em 27 de maio de 2016, descreve esse momento como “a revolta contra o formalismo”, em sua obra *Pensamento Social na América: A Revolta contra o Formalismo* (VIKING, 1949).

mais profundidade, minudência e percuciência. Nesse momento, a prudência aconselha deixar consignada a ideia de que o juiz atual deve tomar o cuidado de não se despir de sua formação como agente político e se atentar para que, na árdua tarefa de julgar, não afaste o caráter axiológico intrínseco ao texto normativo.

Nessa vertente de pensamento, importante transcrever as palavras de Hebert Haft:

[...] o dogma da subsunção é insustentável. A aplicação do direito é – também – um trabalhar criativamente a lei. A lei é apenas a possibilidade do direito. Só na aplicação ao caso concreto ela se torna direito real. O direito é histórico. À margem do processo metódico de descoberta do direito aplicável não pode existir uma correção objetiva do direito.²⁰

De notar, vênia pela franqueza, o quanto o discurso do paraninfo tem como pano de fundo cercear a liberdade do juiz de criar o direito para o caso concreto.

Refresquemos, porém, a memória. Façamos um passo muito atrás para melhor entendimento do assunto proposto neste artigo.

2 UM BREVE PASSAR PELO CONTEXTO HISTÓRICO DO POSITIVISMO JURÍDICO

Depois de traçar as relações entre direito natural e direito positivo e concluir que este último concentra toda categoria de direito, que fez desaparecer o jusnaturalismo – este sintetizado por São Paulo como “a lei escrita por Deus no coração dos homens”²¹ –, Norberto Bobbio discorre sobre o processo de monopolização da produção jurídica por parte do Estado, que não se contenta apenas em concorrer para a criação

20 HART, Herbert Lionel Adolphus. **O conceito de direito**. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994.

21 BOBBIO. **O positivismo jurídico**, 1995, p. 25.

do direito, mas também quer ser o único a estabelecê-lo, ou diretamente por meio da lei, ou indiretamente através do reconhecimento e controle das normas de formação consuetudinária.

Com a formação do Estado moderno o juiz de livre órgão da sociedade torna-se órgão do Estado, um verdadeiro e autêntico funcionário do Estado. De acordo com a análise histórica feita por Ehrlich em sua obra *La lógica dei Giuristi*, este fato transforma o juiz no titular de um dos poderes estatais, o judiciário, subordinado ao legislativo; e impõe ao próprio juiz a resolução das controvérsias sobretudo segundo regras emanadas do órgão legislativo ou que, de qualquer modo (tratando-se de normas consuetudinárias ou de direito natural), possam ser submetidas a um reconhecimento por parte do Estado. As demais regras são descartadas e não mais aplicadas nos juízos: eis porque, com a formação do Estado moderno, o direito natural e o positivo não mais são considerados de mesmo nível; eis porque sobretudo o direito positivo (o direito posto e aprovado pelo Estado) é tido como o único verdadeiro direito.²²

Mais adiante, o acatado autor não nega a sobrevivência do direito natural nas concepções jusfilosóficas do realismo do século XVIII em razão das lacunas do direito, o que se denominou como onipotência do legislador, na medida em que ele próprio teria deixado de regulamentar determinadas relações ou situações.

Assim descreve Bobbio:

[...] enquanto os juspositivistas para serem coerentes até o fim, excluindo o recurso ao direito natural, negaram a própria existência das lacunas, os escritores do século XVII e do século XVIII não a negam absolutamente e afirmam, ao contrário, que em tal caso o juiz deve resolver a controvérsia aplicando o direito natural. Esta solução é perfeitamente lógica para quem admite que o direito positivo se funda (através do Estado e do contrato social que faz surgir este último do estado da natureza) no direito natural: vindo, aliás, a faltar o primeiro, é evidente que deve ser aplicado o segundo. Para usar imagens, diremos que o direito positivo não destrói,

22 BOBBIO. **O positivismo jurídico**, 1995, p. 29..

mas sim recobre, ou submerge o direito natural; se, portanto, há um “buraco” no direito positivo, através deste se vê aflorar o direito natural; ou, se preferir, a submersão do direito natural não é total, porque, acima do nível do direito positivo, algumas ilhotas ainda afloram.²³

Na parte introdutória de sua obra, Chaim Perelman faz uma abordagem sobre a ideia de direito natural, como um sistema de justiça válido sempre e em toda parte, cujo ideal de universalidade de direito, destaca o professor da Universidade de Bruxelas, opuseram-se três teses associadas aos nomes de Hobbes, Rosseau e Montesquieu.

Na visão de Thomas Hobbes (1588-1679):

[...] o direito não é a expressão da razão mas uma vontade do Soberano. Na tese hobessiana, exposta no *Leviatã* (1651), o direito natural, ou seja, o direito que reina na natureza, não é mais do que a lei da selva onde a luta pela vida é permanente. Mas este estado de guerra de todos contra todos torna-se, com o passar do tempo, insuportável para seres humanos que, dispondo de forças mais ou menos equivalentes, jamais estarão seguros de que outro homem não será capaz de matá-los ou de escravizá-los.²⁴

Para se evitarem, assim, os inconvenientes e os deletérios efeitos do estado de guerra permanente, decidiu-se criar o Estado e nele depositar “suas forças reunidas à disposição do Soberano, encarregado de manter a paz entre os cidadãos e de protegê-los contra os ataques exteriores”²⁵, além de exigir o estrito cumprimento da lei por ele criada.

É somente graças ao direito positivo, que determina os direitos e as obrigações de cada um, que a ideia de justiça adquire um sentido preciso. Antes do estado de sociedade a ideia de justiça não tinha conteúdo, pois no estado de natureza cada um era livre para fazer o que fosse capaz de

23 BOBBIO. **O positivismo jurídico**, 1995, p. 42.

24 PERELMAN, Chaim. **Lógica jurídica**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 18.

25 PERELMAN. **Lógica jurídica**, p. 19.

impor pela força. Isso explica a famosa frase de Hobbes: “auctoritas non veritas facit legem” (a autoridade, não a verdade, faz a lei).²⁶

Diferentemente de Hobbes, que atribuiu todo o poder a um Soberano, Jean-Jacques Rousseau (1712-1778) deposita o direito nas mãos do povo, que pode fazer e aplicar as leis; para tanto, os homens estabelecem um pacto social para evitar a injustiça e o estado de guerra.

Na célebre obra “O Contrato Social” são tecidas considerações sobre o surgimento das primeiras sociedades, oportunidade em que o autor deixa bem claro a ideia de não identificar o Soberano como ser ideal voltado ao interesse comum.

Para Rousseau:

[...] é a família o primeiro modelo das sociedades políticas; o chefe é a imagem do pai, o povo a imagem dos filhos, e havendo nascido todos livres e iguais, não alienam a liberdade a não ser em troca da sua utilidade. Toda a diferença consiste em que, na família, o amor do pai pelos filhos o compensa dos cuidados que estes lhe dão, ao passo que, no Estado, o prazer de comandar substitui o amor que o chefe não sente por seus povos.²⁷

Conforme Perelman:

[...] é a sociedade jurídica organizada, por sua vontade geral, oposta a vontades particulares dos cidadãos, que decide o justo do injusto, promulga leis do Estado e designa aqueles que, em conformidade com estas leis, executarão as vontades da nação, administrarão o Estado e distribuirão Justiça.²⁸

O Direito para Rousseau, assim, é produto de uma vontade

26 PERELMAN. **Lógica jurídica**, p. 19.

27 ROUSSEAU, Jean-Jacques. **O contrato social**. São Paulo: Cultrix, 1986, p. 22.

28 PERELMAN. **Lógica jurídica**, p. 19.

política. O poder legislativo toma decisões que devem ser respeitadas, não existindo aqui uma instância de controle, como no jusnaturalismo, que possa examinar se esse direito é ou não correto. É por isso, em resumo, que se afirma que Rousseau é um positivista.

Finalmente, outro opositor que afasta a ideia de um direito natural universal é Charles de Montesquieu (1689-1755), quando sustenta que as leis seguem costumes de cada povo e que o papel do legislador seria o de tornar positivas as relações de justiça que cada um não poderia deixar de perceber se não fossem os interesses particulares suscetíveis de confundir tal percepção.

Explicando a linha de pensamento de Montesquieu, Perelman aduz que não há nada “mais perigoso do que a concentração de todos os poderes nas mãos de um só, pois haveria o risco de ele impor leis que visassem essencialmente não a proclamar o que é justo, mas a considerar como legal o que favorece seu próprio interesse”²⁹.

Como forma de estancar a possibilidade desse abuso, Montesquieu preconiza como ideal político a doutrina da separação de poderes, mas mesmo aqui, com a independência do poder legislativo, é possível concluir que as leis não terão alcance universal, haja vista a relação que devem ter com a constituição de cada governo, os costumes, o clima, o comércio, enfim, as leis deverão se adaptar às sociedades que têm de reger.

É preciso agora estabelecer um limite nessa síntese histórica das origens do positivismo jurídico, representada pelos autores acima nominados, que espelham uma parcela de seus precursores, para retomar o tema da insuficiência desse sistema para reger todos os problemas e da necessidade, consequencial, do papel criativo do juiz, a considerar, sobremaneira, que a sociedade é, por sua natureza, dinâmica, desequilibrada e, mais ainda, conflitiva, saltando por meio de suas próprias contradições, tanto em grau microsocial quanto em nível macrossocial.

29 PERELMAN. *Lógica jurídica*, p. 21.

3 A (IN)CAPACIDADE DO POSITIVISMO E O PAPEL CRIATIVO DO JUIZ

“As leis não bastam. Os lírios não nascem das leis”³⁰. Esse verso recitado por Carlos Drummond de Andrade é sinalizador. Leva-nos à reflexão, sejamos juristas ou não.

Dalmo de Abreu Dallari sugere que a atitude de apego exagerado às formalidades legais, sem preocupação com a justiça, “é uma herança do positivismo jurídico e que, por sua vez, foi uma aplicação muito degenerativa de um preceito muito antigo, enunciado por Platão e desenvolvido por Aristóteles”³¹, segundo o qual “um governo de leis é melhor do que um governo dos homens”³².

Impõe-se aqui também abrir um parêntese para um breve retrocesso, que se faz necessário para compreender que a função do juiz, mesmo no passado distante do período romano, sempre esteve além de mecanizar a aplicação da lei.

Acentua Michel Villey que “o *Digesto* foi por muito tempo o melhor meio de que se dispunha para o conhecimento do direito da época clássica”³³. Esclarece o autor que o *Digesto* era uma coletânea “composta com ordem”, calcada, pois, “na introdução de manuais redigidos na época clássica para a educação dos juristas”³⁴, daí a origem da codificação.

30 CORREIA, Marlene de Castro. **Como Drummond constrói “Nosso Tempo”**. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1517-106X2009000100007>. Acesso em: 30 jan. 2017.

31 DALLARI, Dalmo de Abreu. **O poder dos juízes**. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 80-81.

32 O tema pode ser mais bem estudado na obra de Norberto Bobbio **O futuro da democracia, uma defesa das regras do jogo**. Rio de Janeiro: Paz e Terra Política, 1987.

33 VILLEY, Michel. **O direito e os direitos humanos**. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 59.

34 VILLEY. **O direito e os direitos humanos**, p. 59.

Já se dizia desde então que, mesmo sem previsão no *Digesto*, o direito (jus) também era decretado por um magistrado. Nesse sentido pondera Villey:

[...] se continuarmos a leitura do texto de Paulo, nele aprenderemos que também é qualificado de jus o “direito honorário” (jus honorarium) decretado por um magistrado, seja qual for o valor mostrado por suas decisões: “Diz-se que o pretor também ministra o direito, mesmo quando sua decisão não é conforme à *aequitas*: não porque o pretor se tenha conduzido assim, mas por causa do que normalmente convém ao pretor fazer”.³⁵

Sem subestimar o papel das leis em Roma, Villey concluiu que “*não se poderia sustentar que as sentenças sejam deduzidas das leis, que os fundadores da ciência jurídica tenham fechado o direito num sistema legislativo. As leis e o direito constituem esferas distintas (ainda que possam se interferir)*”³⁶.

Como dito por um dos autores do *Digesto* (o jurista Paulo), “[...] a função da regra é descrever brevemente uma realidade. Assim, não é o direito que deve ser tirado da regra, mas, do direito que existe, deve ser tirada a regra (Regula est quae rem quae est breviter enarrat. Non ex regula jus sumatur sede x jure quod est regula fiat)”³⁷.

Outro ponto importante, ainda extraído do *Digesto*, sugere que “*toda definição jurídica é aleatória, presta-se a ser refutada. Periodicamente, deve-se pô-la outra vez à prova da discussão. Para além das regras, acima dos textos está a realidade do direito*”³⁸.

35 VILLEY. **O direito e os direitos humanos**, p. 63.

36 VILLEY. **O direito e os direitos humanos**, p. 64.

37 VILLEY. **O direito e os direitos humanos**, p. 66.

38 VILLEY. **O direito e os direitos humanos**, p. 67.

Decorrem daí então duas premissas estruturais que esclarecem a verdadeira natureza do papel criador do juiz. A primeira é a de que a função do juiz não é simplesmente aplicar o direito ao caso concreto, mas, de um modo mais abrangente, proporcionar também o regramento dos conflitos e dos litígios entre sujeitos de direito. A segunda é a de que, se esse é o papel do juiz, ele é necessária e naturalmente um órgão criador de direito.

Nessa perspectiva, Hamilton Elliot Akel, apoiado em Herzog, apregoa que:

[...] se voltarmos a um passado mais longínquo, podemos afirmar que a função jurisdicional preexistiu à função legislativa: o juiz precedeu o legislador. Existiam julgamentos antes que existissem leis. E a história nos revela que as civilizações mais antigas mantiveram essa mesma concepção. No direito romano, por exemplo, considerava-se que o papel do juiz era fazer justiça e compor os litígios que surgissem entre os sujeitos de direito. O direito canônico e o antigo direito da Europa Continental adotaram essa mesma concepção que atribuía ao juiz o dever de dizer a justiça, de determinar os direitos e as obrigações das partes na causa e precisar com equidade o que cabia a cada um.³⁹

Mário Guimarães, Ministro aposentado do Supremo Tribunal Federal, em sua obra “O Juiz e a Função Jurisdicional”, reconhece de início que o papel do juiz, seguindo a ideia positivista, consiste basicamente em sucumbir ao texto formal da lei, ainda que dela discorde ou mesmo que, casuística e eventualmente, venha ela se revelar injusta.

Para Guimarães:

[...] é um constrangimento que o princípio da divisão dos poderes impõe ao aplicador. Seria o império da desordem se cada qual pudesse, a seu arbítrio, suspender a execução da norma votada pelos representantes da

39 AKEL, Hamilton Elliot. **O poder judicial e a criação da norma individual**. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 121.

nação. Lembremo-nos, ainda uma vez, de que todo o poder emana do povo e que o povo cometeu aos membros da assembleia, e não a juízes, a tarefa de formular as regras jurídicas que o hão de governar. Admitir possa o magistrado tornar prevalecente a sua opinião, contra a exarada, por modo lúcido, no texto, fora superpor a sua vontade individual, à da maioria parlamentar, nas democracias, ou a do ditador, nos regimes discricionários.⁴⁰

Entrementes, mais adiante e aprofundando seu pensamento, referido autor defende que juiz, porém, “não deve permanecer acastelado na doutrina tradicional, a praticar o quebra-cabeça das regras de hermenêutica, para descobrir a vontade do legislador”⁴¹.

A tese de Mário Guimarães é sustentada com base na Lei de Introdução do Código Civil, que determina ao juiz na aplicação da lei o dever de atender aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum, certo que o magistrado deve ter em mente que o direito visa ao bem-estar do povo, ao respeito às liberdades individuais, ao progresso da nação, à paz social.

Dentro desse critério, “pode o juiz colaborar com o legislador, melhorando, lapidando, valorizando a lei. Não lhe será lícito, porém, assestar baterias contra ela. Não poderá ir para o norte quando o texto legal, certa ou erradamente, lhe haja indicado o sul”⁴².

Guimarães então arremata:

[...] por mais sábio que seja o legislador, por mais previdente ou por mais casuísta, não poderá nunca prever toda a variedade de relações sobre as quais vai recair a lei. Surgirá, possivelmente, um novo matiz,

40 GUIMARÃES, Mário. **O juiz e a função jurisdicional**. Rio de Janeiro: Forense, 1958, p. 330.

41 GUIMARÃES. **O juiz e a função jurisdicional**, p. 331.

42 GUIMARÃES. **O juiz e a função jurisdicional**, p. 331.

uma circunstância tal que permitirá, na extensão do preceito ao fato a interferência do intérprete para a invocação aos fins sociais. Sobretudo, se com a aplicação rígida da lei, em sua interpretação gramatical ou lógica chegar a resultado absurdo. A lei tem por si a presunção de bom senso. Mas ainda assim, não substituirá o intérprete a sua opinião à que conste do texto. Procurará apenas a concordância entre as palavras e o fim da lei, dando prevalência a este. No trabalho de adaptação é que se desenvolve o esforço ciclópico do juiz. Deve o magistrado manter-se fiel à lei, procurando, todavia, sem destruí-la, ajustá-la aos fatos sociais. Por essa forma, leis obscuras ou ambíguas, sob o influxo da jurisprudência, perdem os vícios que lhes tolham o desenvolvimento, e tornam-se, de plantas mofinas, em árvores frondosas. A ação do juiz as vivifica.⁴³

Parece certo que o papel criador e fecundante do juiz consiste em dar sentido preciso ao texto da lei e aos termos nela empregados para então operar a adequação que o dinamismo social não raro impõe. Assim, “cada vez que o juiz determina o sentido e o alcance preciso e adequado das expressões utilizadas pelo direito escrito e as informa, está a exercer uma atividade criativa”⁴⁴.

Não há como negar, ainda, que, embora a interpretação judiciária seja e tenha sido sempre e inevitavelmente em alguma medida criativa do direito, a intensificação da criatividade da função jurisdicional constitui típico fenômeno de nosso século.

Nesse sentido pondera Cappelletti:

É manifesto o caráter acentuadamente criativo da atividade judiciária de interpretação e de atuação da legislação e dos direitos sociais. Deve reiterar-se, é certo, que a diferença em relação ao papel mais tradicional dos juizes é apenas de grau e não de conteúdo: mais uma vez impõe-se repetir que, em alguma medida, toda interpretação é criativa, e que sempre se mostra inevitável um mínimo de discricionariedade na atividade jurisdicional.

43 GUIMARÃES. **O juiz e a função jurisdicional**, p. 333.

44 AKEL. **O poder judicial e a criação da norma individual**, p. 123.

Mas, obviamente, nessas novas áreas abertas à atividade dos juízes haverá, em regra, espaço para mais elevado grau de discricionariedade e, assim, de criatividade, pela simples razão de que quanto mais vaga a lei e mais impreciso os elementos do direito, mais amplo se torna também o espaço deixado à discricionariedade nas decisões judiciais. Esta é, portanto, poderosa causa da acentuação que, em nossa época, teve o ativismo, o dinamismo e, enfim, a criatividade dos juízes.⁴⁵

Ainda, para Cappelletti “os juízes estão constrangidos a ser criadores do direito, law-makers. Efetivamente, eles são chamados a interpretar e, por isso, inevitavelmente a esclarecer, integrar, plasmar e transformar, e não raro a criar ex novo o Direito. Isto não significa, porém, que sejam legisladores”⁴⁶.

Conforme também ressalta Ronald Dworkin:

Os juízes devem aplicar o direito criado por outras instituições; não devem criar um novo direito. Isso é o ideal, mas por diversas razões não pode ser plenamente concretizado na prática. As leis e as regras são quase sempre vagas e devem ser interpretadas antes de se poder aplicá-las aos novos casos. Além disso, alguns desses casos colocam problemas tão novos que não podem ser decididos nem mesmo se ampliarmos ou reinterpretarmos as regras existentes. Portanto, os juízes devem às vezes criar um novo direito, seja essa criação dissimulada ou explícita.⁴⁷

Importante então frisar que o juiz completa a obra do legislador, ou seja, a construção judicial é um complemento necessário da construção legislativa, ou, como pontua Carré de Malberg, citado na obra de Akel⁴⁸, “o direito não significa somente, por parte do juiz, constatar e declarar o direito legal, mas consiste também, algumas vezes, em criar um direito novo”.

45 CAPPELLETTI. **Juízes legisladores?**, p. 42.

46 CAPPELLETTI. **Juízes legisladores?**, p. 73-74.

47 DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 128.

48 AKEL. **O poder judicial e a criação da norma individual**, p.125.

Finalmente, como acentua Cardozo, “o juiz, mesmo quando é livre, não é totalmente livre. Ele não inova por prazer. Ele busca sua inspiração em princípios consagrados. Ele exerce a discricção informado pela tradição, metodizado pela analogia, disciplinado pelo sistema, e subordinado à necessidade primordial de ordem na vida social”⁴⁹.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A pesquisa realizada permite concluir que o juiz humano não é o personagem que subverte o Direito, mas que, ao contrário, o anima e o acelera para não se esvaziar de sua função social.

É esse, enfim, o perfil de juiz que contribui para o progresso social da sociedade, fazendo avançar o Direito no rumo da liberdade, igualdade e fraternidade, que é um ideal universal, e não apenas da nação francesa.

Como disse Warlomont, no livro de Edgar Moura⁵⁰, no capítulo nominado de “Justiça e Humanidade”:

[...] é a virtude que conduz o magistrado a não se abstrair de sua condição de criatura compreensiva de seus semelhantes, renunciando a reclamar deles, em desatenção às conjunturas, aquilo que, em princípio, a lei não teria reclamado. A assimilação como a vida modela as inspirações e orienta as normas.

Ou ainda, nas palavras de Antoine Garapon, “o juiz passa a ser o último guardião de promessas tanto para o sujeito como para a comunidade política. Por não conservarem a memória viva dos valores que os formam, eles confiaram à justiça a guarda de seus juramentos”⁵¹.

49 CARDOZO, Benjamin. **A natureza do processo e a evolução do direito**. 3. ed. Ajuris, 1978, p. 134.

50 BITTENCOURT. **O juiz**, p. 89.

51 GARAPON, Antoine. **O juiz e a democracia: o guardião das promessas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001, p. 27.

Era esse, sem ufanismo e com o devido respeito, o tom do último conselho que deveria ser transmitido pelo paraninfo aos acadêmicos que colaram grau naquele dia de prestígio e gozijo.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABREU, Pedro Manoel. **Processo e democracia**: o processo jurisdicional como um locus da democracia participativa e da cidadania inclusiva no estado democrático de direito. v. 3. São Paulo: Conceito, 2011.

AKEL, Hamilton Elliot. **O poder judicial e a criação da norma individual**. São Paulo: Saraiva, 1995.

BITTENCOURT, Edgard de Moura. **O juiz**. 3. ed. Campinas: Millennium, 2002.

BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone, 1995.

BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**. São Paulo: Ícone, 2006.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1999.

CARDOZO, Benjamin. **A natureza do processo e a evolução do direito**. 3. ed. Ajuris, 1978.

CORREIA, Marlene de Castro. **Como Drummond constrói “Nosso Tempo”**. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1517-106X2009000100007>. Acesso em: 30 jan. 2017.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **O poder dos juízes**. São Paulo: Saraiva, 1996.

DIMOULIS, Dimitri. Positivismo, moralismo e pragmatismo na

interpretação do direito constitucional. **Revista dos Tribunais**, v. 88, n. 769, p. 11-27, nov. 1999.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

FRANCE, Anatóle. **A lei é morta, o juiz é vivo**. Prêmio Nobel de Literatura de 1921.

GARAPON, Antoine. **O juiz e a democracia: o guardião das promessas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

GUIMARÃES, Mário. **O juiz e a função jurisdicional**. Rio de Janeiro: Forense, 1958.

HART, Herbert Lionel Adolphus. **O conceito de direito**. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994.

MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondat. **Do espírito das leis**. São Paulo: Abril Cultural, 1973. (Os Pensadores).

PERELMAN, Chaïm. **Lógica jurídica**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **O contrato social**. São Paulo: Cultrix, 1986.

SICHES, Luís Recaséns. **Nueva filosofía de la interpretación del derecho**. 2. ed. Cidade de México: Porrúa, 1973.

SICHES, Luís Recaséns. **Tratado de sociologia**. Porto Alegre: Globo, 1970.

VILLEY, Michel. **O direito e os direitos humanos**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

DUAS ABORDAGENS, A MESMA ARROGANTE IGNORÂNCIA: COMO A SAP E A VIOLÊNCIA DOMÉSTICA SE TORNARAM IRMÃS SIAMESAS

Cláudia Galiberne Ferreira¹

Romano José Enzweiler²

Children have many ways of telling who hurt them and how.
Our legal system has many ways of silencing them – Eileen King –
Executive Director, Child Justice³

Resumo: Neste texto demonstramos como a síndrome da alienação parental se vincula à violência doméstica, transformando-se em sua “irmã siamesa”. Apresentamos dados estatísticos acerca do flagelo da violência doméstica e as estratégias jurídicas utilizadas para a proteção de agressores e abusadores, inclusive pelo manejo da abusiva litigação, que não mereceu tratamento sério do juvenil CPC. Estudamos o PL n. 4.488, de motivação pouco nobre e gerador de efeitos perversos, destinado a criminalizar aqueles que acusam supostos agressores e abusadores de menores os quais não conseguem “provar” cabalmente os fatos. Apontamos a flagrante inconstitucionalidade do PL n. 4.488 por malferimento do *substantive due process of law*.

1 Advogada em Santa Catarina. Pós-graduada em Direito Processual Civil pelo Cesusc/Florianópolis/SC. Coautora do livro **Curso de Direito Médico**. São Paulo: Conceito, 2011. Coautora do texto **Síndrome da Alienação Parental, Uma Iníqua Falácia** (ENZWEILER, Romano José; FERREIRA, Cláudia Galiberne. Síndrome da alienação parental, uma iníqua falácia. **Revista da Esmesc**, Florianópolis, v. 21, 2014).

2 Juiz de Direito em Santa Catarina. Doutorando em Ciência Jurídica pela Univali/SC, com dupla titulação pela Universidade de Alicante/Espanha.

3 “As crianças têm muitas maneiras de dizer quem os machuca e como. Nosso sistema legal tem muitas maneiras de silenciá-las”. In: www.child-justice.org. Acesso em: 28 ago. 2016. Tradução livre e adaptada.

Abstract: In this paper we demonstrate how the parental alienation syndrome is linked to domestic violence, turning into its “sister Siamese”. Present statistical data about the scourge of domestic violence and the legal strategies used to protect offenders and abusers, including the management of abusive litigation, which did not deserve serious treatment of juvenile CPC. We studied the PL n. 4.488, lacking noble motivation and generator of perverse effects, intended to criminalize those who accuse alleged abusers and abusers of children and can’t “prove” the facts fully. We pointed out the blatant unconstitutionality of PL n. 4.488 by offending the *substantive due process of law*.

INTRODUÇÃO (BREVE NOTA A RESPEITO DA ALIENAÇÃO PARENTAL E DA SÍNDROME DA ALIENAÇÃO PARENTAL)

Como já assinalado em texto anterior por nós produzido⁴, a alienação parental (AP) – ou aquilo que alguns denominam como síndrome da alienação parental (SAP)⁵ – há muito vem sendo refutada em países de larga tradição científica, como Estados Unidos, Inglaterra, Espanha, Portugal e Argentina, a.e. embora, curiosamente, seja uma quase unanimidade no meio jurídico da nação tupinambá.

Importantes sociedades médico-científicas e de saúde mental de todo o mundo, tais como a Organização Mundial da Saúde (OMS), a American Psychological Association (APA), a Associação Americana

4 ENZWEILER, Romano José; FERREIRA, Cláudia Galiberne. Síndrome da alienação parental, uma iníqua falácia. **Revista da Esmesc**, Florianópolis, v. 21, 2014.

5 “Também nominada como “*Medea Syndrome*”, “*divorce related malicious mother syndrome*”, “*parental alignments*”, “*programmed and brainwashed children*”, “*overburned children*”, “*parental alienation disorder (PAD)*”, ou “*parental alienation relational problem (PARP)*”. in ENZWEILER, Romano José; FERREIRA, Cláudia Galiberne. Síndrome da alienação parental, uma iníqua falácia. **Revista da Esmesc**, Florianópolis, v. 21, 2014, p. 83.

de Psiquiatria e a Associação Espanhola de Neuropsiquiatria (AEN), negam enfaticamente a existência da SAP ou, no mínimo, condenam energicamente seu uso.

Autorizadas vozes denunciam também em Portugal a falácia grandiloquente que permeia o tema, afirmando Sottomayor com propriedade singular:

Em 2006, o Conselho Nacional de Juízes dos Tribunais de Família e de Menores, nos EUA, qualifica a SAP como uma “síndrome desacreditada pela comunidade científica”, que conduz os tribunais a assumir que os comportamentos e atitudes das crianças em relação ao progenitor dito “alienado” não tem fundamento na realidade. A SAP também desloca a atenção dos comportamentos do progenitor abusivo para o progenitor dito alienador, não averiguando se foi o progenitor alienado que causou directamente as respostas da criança, actuando de forma violenta, desrespeitosa, intimidatória, humilhante ou desonrosa em relação à criança ou em relação ao outro progenitor, favorecendo os agressores de crianças nos litígios pela sua guarda. No mesmo sentido, nos EUA, a Organização Nacional de Mulheres (NOW), emitiu um comunicado, em 26 de outubro de 2006, condenando a utilização da SAP nos litígios judiciais, recomendando que qualquer profissional na área da proteção dos direitos das mulheres e das crianças, deve denunciar a utilização da SAP por ser pouco ética, inconstitucional e perigosa.⁶

Por vezes não raras, atrás do nebuloso conceito da “síndrome de alienação parental”, esconde-se suavizada sua expressão reduzida denominada “alienação parental”, um disfarce burlesco daquela, mas visando ao mesmo objetivo.

Nesse sentido alerta a citada autora lusitana:

6 SOTTOMAYOR, Maria Clara. Uma análise crítica da síndrome de alienação parental e os riscos da sua utilização nos tribunais de família. **Julgar**, Coimbra, n. 13, 2011, p. 80-81. www.now.org/organization/conferenceresolutions/2006.html#pas. Acesso em: 19 dez. 2016.

As críticas dirigidas a Richard Gardner deram origem a uma mudança, entre os investigadores, do conceito de síndrome de alienação parental”, abandonado por ser tautológico e simplista, para uma nova formulação da teoria designada por “alienação parental” ou “criança alienada”, conceitos que se referem a um fenómeno que afecta uma minoria de crianças, no contexto do divórcio e dos litígios de guarda.⁷

A tese da alienação parental, apesar de ser mais moderada e centrada na criança do que a tese da síndrome de alienação parental, e de pressupor uma avaliação prévia e realista das múltiplas causas para a rejeição da criança, acaba por conter as ideias pré-concebidas de Richard Gardner, não distinguindo a alienação, como adaptação saudável e natural às circunstâncias, da alienação que resulta de instigação e influência indevida do progenitor preferido, considerando patológico o comportamento do progenitor que pretende proteger a criança da violência e contribuindo para o obscurecimento das alegações de abuso sexual e violência doméstica.⁸

E, na sequência, destaca a doutrinadora d’além-mar:

[...] apesar de os defensores da alienação parental se demarcarem da posição de Gardner de “psiquiatrização” do comportamento da mãe alienadora, visto como patologia ou doença, continuam a realçar aquilo que designam por factores inconscientes ou subconscientes que afectam

7 BRUCH, Carol. Parental alienation syndrome and parental alienation: getting it wrong *in* child custody cases. **Family Law Quarterly**, v. 35, 2001, p. 533, nota 21. In: SOTTOMAYOR, Maria Clara. A fraude da síndrome de alienação parental e a proteção das crianças vítimas de abuso sexual. Texto correspondente à comunicação proferida na conferência internacional O Superior Interesse da Criança e o Mito da “Síndrome da Alienação Parental”, no painel “A síndrome de alienação parental e os riscos para os direitos das mulheres e crianças”, p. 39.

8 In: SOTTOMAYOR, Maria Clara. **A fraude da síndrome de alienação parental e a proteção das crianças vítimas de abuso sexual**. Texto correspondente à comunicação proferida na Conferência Internacional O Superior Interesse da Criança e o Mito da “Síndrome da Alienação Parental”, no painel “A síndrome de alienação parental e os riscos para os direitos das mulheres e crianças”, p. 41.

o comportamento das mães alienadoras, referindo, por exemplo, que o comportamento alienador é uma “consequência de problemas psicológicos profundos do genitor”, que causam uma “profunda desconfiança e medo do ex-cônjuge”, e que o progenitor alienador acredita, com frequência, que “o progenitor rejeitado é perigoso para a criança, de alguma forma: violento, física ou sexualmente abusivo ou negligente.”⁹

Como exaustivamente consignado noutra ocasião¹⁰, a *intelligentzia* brasileira, desconsiderando o movimento internacional que se mostra sólida e frontalmente contrário à adoção dessas “teorias” – tidas como pseudociência por autores de nomeada e denunciadas como fomentadoras do adultismo, do preconceito de gênero e do *backlash* –, deu substrato à edição da Lei n. 12.318/2010, passando a AP (ou SAP)¹¹, agora verdade incontestável, a ser lamentavelmente aplicada por nossas cortes de Justiça.

O que pretendemos agora discutir é a existência, ou não, de laços

9 JOAN KELLY & JOHNSTON. The alienated child: a reformulation of parental alienation syndrome. **Family Court Review**, v. 39, 2001, p. 257-258. SOTTOMAYOR, Maria Clara. **A fraude da síndrome de alienação parental e a proteção das crianças vítimas de abuso sexual**. Texto correspondente à comunicação proferida na conferência internacional O Superior Interesse da Criança e o Mito da “Síndrome da Alienação Parental”, no painel “A síndrome de alienação parental e os riscos para os direitos das mulheres e crianças”, p. 40-41.

10 ENZWEILER, Romano José; FERREIRA, Cláudia Galiberne. Síndrome da alienação parental, uma iníqua falácia. **Revista da Esmesc**, Florianópolis, v. 21, 2014.

11 Sottomayor defende a não utilização dos termos “síndrome de alienação parental”, “alienação parental” ou “crianças alienadas” para designar aquela criança que se recusa a conviver com um dos pais, por considerar a expressão “alienada” estigmatizante e cheia de juízos de valor, “sempre subjectivos, falíveis e preconceituos”. In: SOTTOMAYOR, Maria Clara. **A fraude da síndrome de alienação parental e a proteção das crianças vítimas de abuso sexual**. Texto correspondente à comunicação proferida na conferência internacional O Superior Interesse da Criança e o Mito da “Síndrome da Alienação Parental”, no painel “A síndrome de alienação parental e os riscos para os direitos das mulheres e crianças”, p. 42.

envolvendo a AP/SAP e a violência doméstica, esse flagelo que se abate sobre crianças e mulheres. Haverá, como intuímos, uma ligação estreita a envolver esses dois fenômenos? Qual será esse liame?

2. A VERDADE ACERCA DA VIOLÊNCIA DOMÉSTICA PRATICADA CONTRA MULHERES E CRIANÇAS

As estatísticas concernentes à prática da violência doméstica que envolve os hipossuficientes (crianças e adolescentes), seja ela de caráter sexual ou não, mostram-se dramáticas.

Conforme relatório veiculado pela Childhood Brasil¹², “em 2014, foram registradas 91.324 denúncias de violações de direitos de crianças e adolescentes. O número de denúncias não corresponde ao número de casos de fato constatados, mas dá uma ideia do tamanho do problema”¹³.

A negligência representaria 73% das denúncias, seguida pela violência psicológica (50%), violência física (43%) e violência sexual (26%). Os dados coletados revelam ainda que, “quando ocorre a violência sexual, outros direitos também já foram violados. Ou seja, a criança ou o adolescente já foram negligenciados e possivelmente passaram por episódios de violência física e psicológica”¹⁴.

A também prestigiada Child Justice (tomando como base os dados fornecidos por órgãos de controle e combate à violência doméstica, tais como a American Psychological Association e a World Health Organization) denuncia¹⁵ um quadro de verdadeira guerra praticada em

12 www.childhood.org.br/numeros-da-caoa.

13 www.childhood.org.br/numeros-da-caoa.

14 www.childhood.org.br/numeros-da-caoa.

15 <http://www.huffingtonpost.com/2014/10/23/domestic-violence>. *In* <http://child-justice.org/resources>.

face das pessoas do sexo feminino. São três mulheres assassinadas todos os dias por parceiro ou ex-parceiro masculino nos EUA. Ao menos 25% das mulheres americanas será vítima de violência grave cometida por parceiro homem ao longo da vida. Cerca de 81% das mulheres são perseguidas pelo parceiro atual ou anterior, as quais também são abusadas fisicamente por esse parceiro. Mais de 2/3 das mulheres do mundo inteiro vão ser vítimas de abuso físico e/ou sexual por parte de um parceiro íntimo durante sua vida. Em quase 100% dos casos de violência doméstica, há abuso financeiro praticado pelo homem, sendo este o motivo principal para as sobreviventes permanecerem ou regressarem ao relacionamento, uma vez que o abusador controla o fluxo de dinheiro na família, não havendo meios de ela (a vítima mulher) libertar-se da relação. E, mais grave e inexplicável, são cerca de 10 milhões de crianças expostas à violência doméstica a cada ano¹⁶.

A brutalidade extraída dos números postos é desoladora. E isso tudo levando em consideração a estimativa de que apenas 25% dos casos de violência física sofrida pelas mulheres são notificados às autoridades.

16 No original: “3 - *The number of women murdered every day by a current or former male partner in the U.S.*; 1 in 4 - *The number of women who will be victims of severe violence by an intimate partner in their lifetimes.*; 1 in 7- *The number of men who will be victims of severe violence by an intimate partner in their lifetimes*; 81 - *The percentage of women who are stalked by a current or former male partner who are also physically abused by that partner*; 70 - *The percentage of women worldwide who will experience physical and/or sexual abuse by an intimate partner during their lifetimes*; 98 - *The percentage of financial abuse that occurs in all domestic violence cases. The number one reason domestic violence survivors stay or return to the abusive relationship is because the abuser controls their money supply, leaving them with no financial resources to break free*; 70x - *The amount of times more likely a woman is to be murdered in the few weeks after leaving her abusive partner than at any other time in the relationship*; 10,000,000 - *The number of children exposed to domestic violence every year*; 25 - *The percentage of physical assaults perpetrated against women that are reported to the police annually*”. Tradução livre e adaptada. In <http://child-justice.org/resources>.

Esses dados são corroborados pelas informações contidas nas Diretrizes Nacionais – Feminicídio, documento organizado pela ONU Mulheres¹⁷, com apoio do Governo Federal. Em seu bojo encontra-se o relatório da Comissão Parlamentar Mista de Inquérito sobre Violência contra a Mulher (CPMI), de julho de 2013, que retratou a situação da implementação da Lei Maria da Penha, constatando-se

[...] o reduzido número de serviços e sua concentração nas capitais, recursos humanos incompatíveis com o volume de atendimentos e procedimentos que tramitam por seus espaços, aliados à deficiência na qualificação dos profissionais e à inexistência de sistemas de informações que permitam monitorar e avaliar as respostas institucionais e sua eficácia no enfrentamento à violência contra as mulheres. O documento conclui que a aplicação da Lei Maria da Penha ainda se faz de maneira parcial e recomenda aos governos estaduais, ministérios públicos, defensorias públicas e tribunais de justiça que façam mais investimentos financeiros, técnicos e materiais para melhor implementação e aplicação da Lei Maria da Penha e outras iniciativas para o enfrentamento à violência contra as mulheres (SENADO FEDERAL, 2013).¹⁸

Acredita-se que no Brasil apenas uma pequena porcentagem dos casos seja objeto de denúncia, uma vez que a maioria das vítimas acaba por não notificar a violência sofrida, apostando na certeza da ineficiência do sistema punitivo, por medo ou vergonha.

Dos mais de 250 mil casos de violência contra a mulher que

17 Da ONU Mulheres Brasil, da Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres do Ministério das Mulheres, Igualdade Racial e Direitos Humanos e da Secretaria Nacional de Segurança Pública do Ministério da Justiça, com apoio da Embaixada da Áustria. *In* http://www.onumulheres.org.br/wp-content/uploads/2016/04/diretrizes_femicidio_FINAL.pdf, p. 12.

18 http://www.onumulheres.org.br/wp-content/uploads/2016/04/diretrizes_femicidio_FINAL.pdf, p. 15-16.

chegaram ao conhecimento do Tribunal de Justiça de São Paulo (TJSP) no período 2011-2015, 42,8% (115.305) ainda estão em fase de inquérito policial, ou seja, o agressor sequer se transformou em réu e dificilmente sofrerá qualquer punição. Ingressam no Poder Judiciário de São Paulo todos os anos em decorrência da emblemática Lei Maria da Penha, em média, 53 mil novos processos.

Para a juíza Teresa Cristina Cabral, da 2ª Vara Criminal da Comarca de Santo André, o número dos casos ainda em investigação pela polícia é resultado da falta de profissionais nas delegacias para investigar os crimes – e também de uma cultura machista que dá pouco valor à palavra da vítima. “Ainda há muito preconceito. Na investigação se acredita que é preciso achar testemunhas, provas. E na maioria das vezes elas não existem: a gente precisa lidar com a violência doméstica da forma como ela acontece, que é, na maioria das vezes, a palavra da vítima contra a do agressor”.¹⁹

A comprovação do abuso contra menores, seja ele físico, emocional ou sexual, é ainda mais difícil, até porque, segundo os tribunais portugueses,

[...] a maior parte dos abusos sexuais são praticados, em ambiente familiar, pelo pai ou outros membros masculinos da família, e muitas vezes não deixam marcas físicas no corpo da criança, detectáveis em exames de medicina legal. A declaração da vítima de crimes violentos praticados, dentro da família, aos quais ninguém assiste, para além da vítima e agressor, é a prova rainha, nestes processos, conforme tem atestado a jurisprudência.²⁰

19 <http://brasil.estadao.com.br/noticias/geral,dps-nao-registram-agressao-a-mulher-medida-protetiva-demora-ate-4-meses,10000067517>.

20 TRL, Acórdão de 06-06-2001 (Relator: Adelino Salvador), *in* Base Jurídico-Documental do MJ, www.dgsi.pt e TRC, acórdão de 09-03-2005 (Relator: Belmiro Andrade), *in* CJ, 2005, v. 2, p. 36-39. *In*: SOTTOMAYOR, Maria Clara. Uma análise

Em razão disso, como referido com inegável acerto pela consagrada jurista lusitana Maria Clara Sottomayor,

[...] os casos de alegação de abuso sexual acompanhadas de relatos infantis do mesmo abuso exigem dos Tribunais e das entidades que coadjuvam a função judiciária a atitude de colocar o interesse da criança acima dos interesses dos adultos. Por respeito para com a criança à proteção do Estado e da sociedade (art. 69º, nº 2 da CRP), o sistema tem que presumir a boa-fé da pessoa que faz a acusação ou a alegação de abuso sexual e ponderar, num processo tutelar cível, o testemunho da criança, bem como os relatórios feitos pelos psicólogos ou pediatras que a seguem, mesmo que os relatórios do Instituto de Medicina Legal tenham sido inconclusivos.²¹

2. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA, SAP E O ABUSIVE LITIGATION

*Domestic violence is about power and control*²²

Em nossa leitura não há dúvidas acerca da íntima relação entre AP/SAP e violência doméstica. Não que antes do aparecimento de Gardner e seus apóstolos inexistissem maus tratos infligidos às crianças e mulheres, em níveis já alarmantes. Mas é absolutamente inegável que a AP/SAP – e sua insistente e acientífica utilização – empresta um refinamento ímpar à

crítica da síndrome de alienação parental e os riscos da sua utilização nos tribunais de família. **Julgar**, Coimbra, n. 13, 2011, p. 94.

21 SOTTOMAYOR, Maria Clara. **A fraude da síndrome de alienação parental e a proteção das crianças vítimas de abuso sexual**. Texto correspondente à comunicação proferida na conferência internacional O Superior Interesse da Criança e o Mito da “Síndrome da Alienação Parental”, no painel “A síndrome de alienação parental e os riscos para os direitos das mulheres e crianças”, p. 20.

22 “A violência doméstica diz respeito a poder e controle”. In: WARD, David. *In her words: recognizing and preventing abusive litigations against domestic violence survivors*. **Seattle Journal for Social Justice**, v. 14, n. 2, Article 11, p. 430. Tradução livre e adaptada.

violência emocional praticada pelo agressor, o que se dá com a convivência do sistema jurídico brasileiro que não combate efetiva e eficazmente a litigância abusiva.

Vem a boa doutrina denunciando o uso do aparato estatal, por meio de sucessivos e intermináveis processos judiciais, como uma das formas de manutenção do controle e poder dos agressores, mesmo anos após a dissolução da relação do casal²³.

Requerimentos quanto à custódia dos filhos, reversão da guarda, direito de visitas e pensão alimentícia estão entre os expedientes mais utilizados para esse fim, cujo objetivo imediato ou mediato consiste em aterrorizar e coagir suas vítimas, assim como obter importantes concessões

23 “Os sobreviventes de violência doméstica e seus defensores sabem há muito tempo que os agressores costumam usar o sistema legal para continuar a exercer poder e controle sobre os mesmos anos após o término da relação, particularmente através de processos judiciais no tribunal de família. Os advogados e os tribunais estão cada vez mais reconhecendo e descrevendo esse mau uso do sistema jurídico como uma forma específica de abuso”. Tradução livre e adaptada. No original: “*Domestic violence survivors and their advocates have long known that abusers often use the legal system to continue to exert power and control over survivors years after a relationship has ended, particularly through litigation in family court. Advocates and courts are increasingly recognizing and describing this misuse of the legal system as a specific form of abuse*”. In: WARD, David. *In her words: recognizing and preventing abusive litigations against domestic violence survivors*. **Seattle Journal for Social Justice**, v. 14, n. 2, Article 11, p. 433.

quanto às questões patrimoniais^{24,25}. Tal prática vem sendo denominada por muitos de abusive litigation ou “litigância abusiva”.

Consiste a abusive litigation em táticas processuais utilizadas pelos agressores a fim de controlar, assediar, intimidar, coagir e empobrecer os “sobreviventes”, sem qualquer apoio factual, isto é, sem que haja suporte na realidade²⁶.

24 “A tática de buscar a custódia integral, relatado por sobreviventes e por advogados, é consistente com os relatórios de outras fontes, que indicam que os pais abusivos têm mais do que o dobro da probabilidade de buscar a custódia de seus filhos do que os pais não abusivos. Estes relatórios sugerem que os abusadores reconhecem que a ameaça de tomar a custódia dos filhos dos sobreviventes é uma forma altamente eficaz para coagir e aterrorizar em litígios”. Tradução livre e adaptada. No original: “*The tactic of seeking sole custody reported by survivors and advocates is consistent with reports from other sources, which indicate that abusive fathers are more than twice as likely as non-abusive fathers to seek sole custody of their children. These reports suggest that abusers recognize that the threat of taking custody of children away from survivors is a highly effective way to coerce and terrorize survivors in litigation*”. In: WARD, David. *In her words: recognizing and preventing abusive litigations against domestic violence survivors*. **Seattle Journal for Social Justice**, v. 14, n. 2, Article 11, p. 435.

25 “Ambos, sobreviventes e seus advogados, observam que a litigância abusiva é uma ferramenta eficaz para forçar os sobreviventes a fazer concessões, na esperança de acabar com o litígio”. Tradução livre e adaptada. No original: “*Both survivors and their attorneys noted that abusive litigation is an effective tool to force survivors to make concessions in the hopes of ending the litigation*”. In: WARD, David. *In her words: recognizing and preventing abusive litigations against domestic violence survivors*. **Seattle Journal for Social Justice**, v. 14, n. 2, Article 11, p. 449.

26 No original: “*When I use the term “abusive litigation”, I am describing a range of tactics that survivors and their advocates have reported that abusers often use in connection with court proceedings in order to control, harass, intimidate, coerce, and/or impoverish survivors. Court rules or statutes may appear on their face to authorize some of these tactics. However, these tactics become abusive litigation when they lack factual support or legal merit and when used for purposes of harassment or coercion*”. [...] “*Without a common name, abusive litigation against domestic violence survivors has*

Litígios judiciais na seara do Direito de Família costumam ser emocional e psicologicamente desgastantes sob distintos aspectos. Quando tal discussão se dá, porém, num contexto de violência doméstica, deixa de ser apenas “altamente conflituosa”, passando a uma forma de abuso emocional e psicológico, um padrão comportamental que deve ser reconhecido²⁷.

been described in a variety of ways, including “paper abuse”, “legal bullying”, “court-related abuse and harassment”, and judicial terrorism”. “Quando eu uso o termo “litigância abusiva”, estou descrevendo uma série de táticas relatadas por sobreviventes e seus advogados, que costumam ser usadas por agressores costumam usar no âmbito de processos judiciais, a fim de controlar, assediar, intimidar, coagir e / ou empobrecer sobreviventes. Regras dos Tribunais ou Estatutos podem autorizar algumas destas táticas. No entanto, essas táticas se tornam uma litigância abusiva quando carecem de apoio factual ou mérito legal e quando utilizados para fins de assédio ou coerção” ...” Sem um nome comum, litigância abusiva contra sobreviventes de violência doméstica tem sido descrita em uma variedade de formas, incluindo “abuso de petição”, “intimidação legal”, “abuso e assédio judiciais”, e “terrorismo judicial”. Tradução livre e adaptada. In: WARD, David. *In her words: recognizing and preventing abusive litigations against domestic violence survivors*. **Seattle Journal for Social Justice**, v. 14, n. 2, Article 11, p. 433.

27 No original: *“Family law litigation can be emotionally and psychologically draining under many different circumstances. However, in the context of domestic violence, it is importante to recognize that abusive litigation is not simply an example of a “high conflict” Family law matter. It is a form of emotional and psychological abuse that should be recognized as a part of a pattern of controlling and coercive behaviours used by abusers”.* “Litígios na área do direito de família podem ser emocionalmente e psicologicamente desgastantes sob muitas circunstâncias diferentes. No entanto, no contexto da violência doméstica, é de suma importância reconhecer que a litigância abusiva não é simplesmente um exemplo de litígio familiar “altamente conflituoso”. É uma forma de abuso emocional e psicológico, que deve ser reconhecido como parte de um padrão de comportamentos e práticas coercivas utilizadas por abusadores”. Tradução livre e adaptada. In: WARD, David. *In her words: recognizing and preventing abusive litigations against domestic violence survivors*. **Seattle Journal for Social Justice**, v. 14, n. 2, Article 11, p. 456.

Nesse ambiente de violência doméstica e litigância abusiva, segundo qualificados autores, as alegações de alienação parental vêm representando uma devastadora ferramenta nas mãos de abusadores.

No que respeita especificamente à SAP ou AP, de acordo com Maria Clara Sottomayor²⁸, nos processos que envolvem denúncia de abuso sexual versus alegação de alienação parental, ocorreria o que se chama de “método da inversão lógica ou raciocínio circular”²⁹, em que a recusa da criança ao convívio com o progenitor seria o fundamento do diagnóstico de SAP e, por sua vez, a acusação de abuso sexual apresentado pela mãe o indício definitivo a embasar o diagnóstico. Com a “confirmação” da existência da SAP, as acusações de abuso sexual seriam automaticamente rotuladas como falsas.

Propõem os “gardneristas”, portanto, justamente o contrário do que recomendam o bom senso e a lógica. Parte-se da presunção de falsidade das alegações de violência e abuso sexual, quando o correto seria, sem dúvidas, aplicar o princípio da maior proteção à criança, até porque em risco sua vida, saúde, integridade e liberdade.

Também não se pode esquecer que o abuso sexual, as mais das vezes, não deixa marcas físicas e tende a ser desconsiderado pela falta de formação especializada dos magistrados e demais profissionais

28 http://www.fpce.up.pt/love_fear_power/apresentacoes/SAP_violencia_domestica_2.pdf.

29 “[...] o critério com mais peso para determinar a falsidade das alegações é o facto de a alegação ser feita durante um litígio pela guarda da criança, num contexto de divórcio. A mesma falta de lógica se verifica nos critérios de SAP: a acusação da criança contra o progenitor é uma prova de SAP e a existência de SAP é considerado o critério mais valioso na determinação do carácter falso das alegações de abuso sexual. Este método traduz-se num raciocínio circular sem base científica”. In: SOTTOMAYOR, Maria Clara. Uma análise crítica da síndrome de alienação parental e os riscos da sua utilização nos tribunais de família. **Julgar**, Coimbra, n. 13, 2011, p. 81.

envolvidos em sua apuração. A gravidade é potencializada quando o abuso é perpetrado por pessoas próximas da criança, fazendo ruir sua segurança e identidade. É da boa doutrina:

Os danos psíquicos sofridos pelas vítimas são mais graves quando o abuso é praticado por um adulto de referência da criança, gerando o dano da traição, a dissociação da personalidade, a perda de autonomia e da sensação de segurança, em que o corpo e o lar são identificados como fonte de perigo. A sociedade ainda não consciencializou estes danos, que a ciência equipara ao stress pós-traumático sofrido pelas vítimas do Holocausto, de tortura e dos veteranos da guerra. Perante danos desta dimensão, não se compreende, a não ser por uma ignorância censurável nos dias de hoje, que os Tribunais e os profissionais de psicologia, que coadjuvam a função judiciária, nos processos de regulação de responsabilidade parentais, encarem as alegações de abuso sexual com ligeireza e facilitismo, acabando por impor visitas à criança ou entregar a guarda ao progenitor suspeito de abuso sexual, com base em diagnósticos de doenças psicóticas atribuídas à mãe e à criança elaborados por psicólogos sem habilitações para o efeito e sem perícias médicas rigorosas.³⁰

O prestígio de Gardner, o criativo inventor da SAP, desapareceu quando sua insólita “teoria” desmoronou ante estudos científicos que demonstraram que, no fundo, a proposta dele possuía um significado ideológico evidente, “a menorização das crianças e a discriminação de gênero contra as mulheres”, sem mencionar os interesses mais mesquinhos e econômicos igualmente inescandíveis por detrás dessa pantomima.

30 GOLEMAN (1996); DARLINGTON (1996); BASS; THORTON (1983). In: SOTTOMAYOR, Maria Clara. **A fraude da síndrome de alienação parental e a proteção das crianças vítimas de abuso sexual**. Texto correspondente à comunicação proferida na conferência internacional O Superior Interesse da Criança e o Mito da “Síndrome da Alienação Parental”, no painel “A síndrome de alienação parental e os riscos para os direitos das mulheres e crianças”, p. 14.

Gardner e seus asseclas desdenhavam as denúncias de abuso sexual sofrido por crianças em processos de divórcio, “tornando patológico o exercício de direitos legais por parte da mulher que defende os seus filhos”, de forma a contribuir para a desvalorização da palavra das crianças e para a invisibilidade da violência praticada contra as mães e seus filhos. A SAP vem sendo utilizada, também nos foros do Brasil, “como estratégia defensiva dos agressores de mulheres e dos predadores sexuais, uma forma de explicar a rejeição da criança em relação a um dos progenitores ou para invalidar alegações de violência ou de abuso sexual contra este progenitor, deslocando a culpa para o progenitor protector”³¹.

Aliás, quanto à ideia das denúncias falsas de abuso sexual em divórcios litigiosos, essa

[...] foi desmentida por um estudo norte-americano feito em 1990, que avaliou 9000 divórcios em 12 Estados, o qual demonstrou que só em 2% dos divórcios com litígio pela guarda de crianças é que houve alegações de abuso sexual, e que, dentro deste valor de 2% dos divórcios, só cerca de 5 a 8% das acusações foram denúncias falsas. A probabilidade de a acusação ser verdadeira, em processos de regulação das responsabilidades parentais, é igual às acusações feitas noutros contextos que nada tem a ver com custódia de crianças e divórcio. Nos EUA, demonstrou-se que estas acusações de abuso sexual, nos processos de regulação das responsabilidades parentais, não só não têm carácter epidêmico como também não são sempre feitas pela mãe. Com efeito, só em menos de metade dos casos de abuso, é que a denúncia é apresentada pela mãe. Em Espanha, um estudo de 530 sentenças penais, levado a cabo pelo Conselho Geral do Poder Judicial, concluiu que só uma das denúncias

31 National Organization of Women, www.now.org/organization/conference/resolutions/2006.html#pas. In: SOTTOMAYOR, Maria Clara. Uma análise crítica da síndrome de alienação parental e os riscos da sua utilização nos tribunais de família, **Julgar**, Coimbra, n. 13, 2011, p. 76.

por violência de gênero, equivalente a 0,19% do total, era falsa.³²

Isso explica, em boa parte, a enorme aceitação da SAP entre os acusados de abusos em desfavor de seus filhos³³:

O sucesso da tese da síndrome de alienação parental reside no facto de vivermos, ainda, num ambiente social e judicial que não está consciente da frequência deste fenómeno (do abuso sexual de crianças), em famílias de todas as classes sociais, e que não tem preparação para enfrentar essa realidade. Esta tese, que presume a falsidade das acusações de abuso sexual contra o progenitor da criança, constitui, também, um instrumento utilizado na luta judicial e no discurso social, quer para promover a ideia positiva e ímpolita de paternidade, favorecendo, em geral, os pais-homens na luta pela guarda dos filhos, quer como uma estratégia de defesa daqueles que, em concreto, são acusados de abusarem ou de maltratarem seus filhos.³⁴

32 SOTTOMAYOR, Maria Clara. Uma análise crítica da síndrome de alienação parental e os riscos da sua utilização nos tribunais de família. **Julgár**, Coimbra, n. 13, 2011, p. 87.

33 “O próprio Gardner admite que alguns pais negligentes e abusivos estão a utilizar a SAP como uma manobra de defesa e encobrimento de seu comportamento, e que a sua teoria sobre a distinção entre acusações falsas e verdadeiras já permitiu que fossem absolvidos progenitores que, de facto, abusaram sexualmente dos filhos/as”. BRUCH, Carol. Parental alienation syndrome and parental alienation: getting it wrong *in* child custody cases. **Family Law Quarterly**, v. 35, 2001, p. 533, nota 21. In: SOTTOMAYOR, Maria Clara. **A fraude da síndrome de alienação parental e a proteção das crianças vítimas de abuso sexual**. Texto correspondente à comunicação proferida na conferência internacional O Superior Interesse da Criança e o Mito da “Síndrome da Alienação Parental”, no painel “A síndrome de alienação parental e os riscos para os direitos das mulheres e crianças”, p. 39.

34 SOTTOMAYOR, Maria Clara. **A fraude da síndrome de alienação parental e a proteção das crianças vítimas de abuso sexual**. Texto correspondente à comunicação proferida na conferência internacional O Superior Interesse da Criança e o Mito da “Síndrome da Alienação Parental”, no painel “A síndrome de alienação parental e os riscos para os direitos das mulheres e criança”, p. 8.

Não está aqui se afirmando, irresponsavelmente, que todos aqueles que se dizem “alienados”³⁵ são abusadores ou agressores. O fato inegável, porém, é que a criminalização da SAP (que, reafirma-se, não existe) será uma poderosa ferramenta de defesa e inversão de “culpa” nas mãos de reais abusadores³⁶.

3. UM PROJETO DE LEI PARA A CRIMINALIZAÇÃO DA SAP: A DENEGAÇÃO DA JUSTIÇA

*Para o efeito de regulamentar a relação da criança com o progenitor sem a guarda, ninguém se pode substituir à voz da criança.*³⁷

Não faltam exemplos históricos de tentativas, algumas bem-

35 “Há de se considerar dois grupos de falsos acusadores de alienação parental: os delirantes, que acreditam estar mesmo sendo alienados, e os maliciosos, que se utilizam do argumento, sabendo-o falso, apenas para obter vantagem no litígio”. In: ENZWEILER, Romano José; FERREIRA, Cláudia Galiberne. Síndrome da alienação parental, uma iníqua falácia. **Revista da Esmesc**, Florianópolis, v. 21, 2014, p. 121.

36 Isso sem falar no favorecimento do *backlash*, promovido “por movimentos de homens que não querem perder os privilégios que tinham em relação às mulheres e às crianças, tradicionalmente vistas como propriedade do chefe da família. Para o efeito, utiliza-se o discurso do pai heroico que reivindica a igualdade e o direito de cuidar dos filhos, quando, na verdade, o que se pretende é a manutenção, para depois do divórcio, dos poderes que estes homens detinham, de facto, na constância do casamento”. SOTTOMAYOR, Maria Clara. **A fraude da síndrome de alienação parental e a proteção das crianças vítimas de abuso sexual**. Texto correspondente à comunicação proferida na conferência internacional O Superior Interesse da Criança e o Mito da “Síndrome da Alienação Parental”, no painel “A síndrome de alienação parental e os riscos para os direitos das mulheres e crianças”, p. 15.

37 SOTTOMAYOR, Maria Clara. **A fraude da síndrome de alienação parental e a proteção das crianças vítimas de abuso sexual**. Texto correspondente à comunicação proferida na conferência internacional O Superior Interesse da Criança e o Mito da “Síndrome da Alienação Parental”, no painel “A síndrome de alienação parental e os riscos para os direitos das mulheres e crianças”, p. 3.

sucedidas, de “domesticar” as mulheres e dizimar a parcela que insiste em rebelar-se, desobedecer e questionar o poder masculino. Para demonizar a recalcitrante, basta declarar-se herética qualquer descrença nos postulados da deificação masculina (sim, Deus é homem!). A patologia cultural possui raízes antigas e profundas, como se vê.

Assim, no final do século XVI, quando da dominação espanhola em Portugal, fez o habilidoso rei Felipe publicar as Ordenações Filipinas (ou Código Filipino), que se constituía, na verdade, numa arrumação das Ordenações Manuelinas, com alguma modificação.

O Código é dividido em cinco Livros e um Aditamento. O Livro que nos interessa é o Quinto, aquele que cuida das penas graves impostas aos hereges, apóstatas, blasfemos, feiticeiros e sodomitas.

Nesse Livro Quinto, em especial, há incontáveis títulos destinados à preservação da honra (só masculina), destacando-se o Título XXXVIII, bastante utilizado à época da edição do Código.

Dizia a lei de então:

Título XXXVIII - Do que matou sua mulher, pola achar em adultério

Achando o homem casado sua mulher em adultério, licitamente poderá matar assi a ella, como o adúltero, salvo se o marido for peão e o adúltero Fidalgo, ou nosso Dezembargador, ou pessoa de maior qualidade.

E não somente poderá o marido matar sua mulher e o adúltero, que achar com ella em adultério, mas ainda os pode licitamente matar, sendo certo que lhe cometerão adultério.

Hereges, apóstatas, blasfemos, feiticeiras, sodomitas e adúlteras, a todos (ou a todas?) eram reservadas “penas exemplares” naqueles tempos sombrios, sendo lícito (portanto, não punível) o homicídio da adúltera e seu amante, se “pegos no ato” ou se for “certo que cometerão o adultério”, não explicando a lei, vale registrar, como se dá esse exercício de adivinhação e futurologia.

Mas, é claro, mesmo aqui há de se respeitar a hierarquia. Se o

“traído” for peão e o outro um Fidalgo, como diz a lei, daí o homicídio (do homem adúltero) é proibido!

Muitos anos antes da publicação das Ordenações Filipinas, fez-se editar um livro atarrador, um “manual de ódio, tortura e morte”, ironicamente escrito para a glória de Deus, uma espécie de “bíblia da inquisição”, conhecida como *Malleus Maleficarum* (ou Martelo das Bruxas).

Nele, a Igreja Católica, representada pelos dominicanos alemães Heirich Kraemer e James Sprenger, deixa ainda mais explícita a marca da crueldade masculina, o desprezo, a desconsideração e o temor nutrido em relação às mulheres, naquele momento simbolizadas nas bruxas e feiticeiras.

De acordo com a arguta e feliz análise de Rose Marie Muraro, narrando a repressão sistemática do feminismo, “poder, competitividade, conhecimento, controle, manipulação, abstração e violência vêm juntos. O amor, a integração com o meio ambiente e com as próprias emoções são os elementos mais desestabilizadores da ordem vigente. Por isso é preciso precaver-se de todas as maneiras contra a mulher, impedi-la de interferir nos processos decisórios, fazer com que ela introjete uma ideologia que a convença de sua própria inferioridade em relação ao homem”³⁸.

O fio condutor de toda essa tragédia pode ser resumido, não sem riscos de simplificação exagerada, na expressão “poder”.

Reeditamos, de tempos em tempos, os nossos próprios *Malleus*, fazendo com que as mulheres sejam expostas a toda espécie de crueldade, com requintes e sofisticação próprias da “evolução” cultural que nos acompanha. E, o mais espantoso, elas mesmas (as mulheres) acabam por acreditar que, de alguma maneira, contribuíram para que isso acontecesse, como se não fossem, de fato, merecedoras de respeito e dignidade plena

38 MURARO, Rose Marie. **O martelo das feiticeiras**. Tradução de Paulo Fróes. Introdução histórica. 20. ed. Rio de Janeiro: Record; Rosa dos Ventos, 2009.

“introjetando”, sem perceber, a ideologia da inferioridade de que nos fala Muraro.

A nova tentativa brasileira de transformar a SAP em crime é a representação acabada de um antigo ditado árabe, assim sintetizado: a ignorância é vizinha da maldade.

Uniram-se ignorantes, maldosos e interesseiros para assassinar a adúltera e para queimar as bruxas do século XXI, aquelas que, por serem capazes de amar e defender seus filhos, desestabilizam o poder masculino e, por isso, são tachadas de “alienadoras”.

Não existe qualquer sofisticação no argumento apresentado pelos formuladores da obtusa lei, mas desfazer o absurdo exige energia e cuidados extremos.

Para rememorar, os indiscutivelmente bem articulados defensores da SAP no Brasil (grupos de interesse em sua imensa e esmagadora maioria formada por pessoas do sexo masculino) já haviam buscado a criminalização dos “alienadores” (ou, melhor dito, das “mães alienadoras”) quando da edição da não pouco temerária Lei 12.318/2010³⁹. Na ocasião, fizeram inserir no projeto de lei dispositivo que alterava o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) (Lei federal 8.069/90), criando “novo

39 “A lei brasileira não utiliza o termo SAP em seu texto, dando com isso, eufemicamente, a impressão de neutralidade científica (pois as associações de psiquiatria e psicologia do mundo todo negam, pela ausência de evidência e sindicância, tratar-se de uma ‘síndrome’). Na justificção ao projeto de lei resta evidenciada a não distinção legal entre AP e SAP, incorporando visão deformada acerca da ‘tirania’ do guardião (ou quis dizer guardiã?), revelando a bibliografia ali invocada (em todos os texto utiliza-se a expressão ‘síndrome’ (sic)) inescindível desacerto científico. Mostram também as fontes informais indicadas fragoroso preconceito de gênero, bastando observar as sugestões individuais que auxiliaram na formatação da lei: Associações ‘Pais para Sempre’, ‘Pai Legal’, ‘Pais por Justiça’, entre outra”. In: ENZWEILER, Romano José; FERREIRA, Cláudia Galiberne. Síndrome da alienação parental, uma iníqua falácia. **Revista da Esmesc**, Florianópolis, v. 21, 2014, p. 115.

tipo penal”, tentativa essa refreada pelo Ministério da Justiça, seguido de veto da então Presidente da República⁴⁰.

No fundamento ou razões do veto, consignou-se:

O Estatuto da Criança e do Adolescente já contempla mecanismos de punição suficientes para inibir os efeitos da alienação parental, como a inversão da guarda, multa e até mesmo a suspensão da autoridade parental. Assim, não se mostra necessária a inclusão de sanção de natureza penal, cujos efeitos poderão ser prejudiciais à criança ou ao adolescente, detentores dos direitos que se pretende assegurar com o projeto.⁴¹

Porém, não satisfeitos, os grupos de pressão vinculados aos “alienados” fizeram promover a tramitação no Congresso Nacional do PL 4.488⁴², que busca, mais uma vez, criminalizar a prática de suposta alienação parental, agora acrescentando artigos à malfadada Lei 12.318/2010.

Assim estabelece o infeliz projeto:

O Art. 3.º da Lei 12.318/2010 passa a vigorar com os seguintes parágrafos e incisos: Art. 3.º – § 1.º - Constitui crime contra a criança e o adolescente, quem, por ação ou omissão, cometa atos com o intuito de proibir, dificultar ou modificar a convivência com ascendente, descendente ou colaterais, bem como àqueles que a

40 “Art. 10. O art. 236 da Seção II do Capítulo I do Título VII da Lei no 8.069, de 13 de julho de 1990 – Estatuto da Criança e do Adolescente, passa a vigorar acrescido do seguinte parágrafo único:

‘Art. 236.....

Parágrafo único. Incorre na mesma pena quem apresenta relato falso ao agente indicado no *caput* ou à autoridade policial cujo teor possa ensejar restrição à convivência de criança ou adolescente com genitor’ (NR)”.

41 www.onumulheres.org.br/wp-content/uploads/2016/04/diretrizes_femicidio_FINAL.pdf, p. 59.

42 <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2077676>.

vítima mantenha vínculos de parentalidade de qualquer natureza. Pena – detenção de 03 (três) meses a 03 (três) anos § 2.º O crime é agravado em 1/3 da pena: I – se praticado por motivo torpe, por manejo irregular da Lei 11.340/2006, **por falsa denúncia de qualquer ordem, inclusive de abuso sexual aos filhos**; II – se a vítima é submetida a violência psicológica ou física pelas pessoas elencadas no § 1.º desse artigo, que mantenham vínculos parentais ou afetivos com a vítima; III – se a vítima for portadora de deficiência física ou mental; § 3.º **Incorre nas mesmas penas quem de qualquer modo participe direta ou indiretamente dos atos praticados pelo infrator.** § 4.º provado o abuso moral, a falsa denúncia, deverá a autoridade judicial, ouvido o ministério público, aplicar a reversão da guarda dos filhos à parte inocente, independente de novo pedido judicial. § 5.º - O juiz, o membro do ministério público e qualquer outro servidor público, ou, a que esse se equipare a época dos fatos por conta de seu ofício, tome ciência das condutas descritas no § 1.º, deverá adotar em regime de urgência, as providências necessárias para apuração infração sob pena de responsabilidade nos termos dessa lei. Art. Esta lei entra em vigor na data de sua publicação. (grifos nossos).

O texto é um verdadeiro teratismo, desde a forma até a estrutura, chegando aos seus insinceros objetivos.

Primeiro, agride-se sem piedade a gramática. Não há sentido algum dizer-se “Constitui crime contra a criança e o adolescente, quem, por ação ou omissão, cometa atos com o intuito de proibir, dificultar ou modificar [...]”. Se querem amedrontar inocentes, destroçar famílias e colocar na cadeia mães que defendem os filhos, que pelo menos respeitem a língua portuguesa e a lógica mais rasteira. Poderiam dizer, melhor, “pratica crime quem...”. Mesmo assim logo à frente, teríamos incontornáveis problemas de concordância e regência, mas isso tudo pouco lhes importa.

Depois vêm os problemas decorrentes da ilógica estrutura do projeto. No afã de punir as “infratoras” de qualquer maneira, descuraram dos requisitos mínimos que devem ser observados na elaboração de qualquer texto dessa natureza.

Não pode uma lei que pretenda introduzir uma nova modalidade de “crime” (que, por definição, trabalha com tipos fechados, para justamente evitar interpretações extensivas que surpreendam os destinatários da norma) conter tamanha imprecisão.

“Cometer atos com o intuito de proibir, dificultar ou modificar a convivência com ascendente, descendente ou colaterais, bem como àqueles que a vítima mantenha vínculos de parentalidade de qualquer natureza” é de uma ambiguidade sem paralelo, é condenar por “achalogia”.

Veja-se que, pela péssima redação do projeto, mesmo que haja motivos para impedir a visita do progenitor ao filho, como, por exemplo, no caso de ser ele contumaz agressor da criança, incidirá a mãe que protege o pequeno nas penas previstas na lei por “dificultar” a convivência. Haverá absurdo maior?

Há outras tantas impropriedades. Quem dará a medida da “intuição”? Qual o conceito de “dificultar ou modificar a convivência”? Não entregar o filho para a visita do pai que se atrasa reiterada e imotivadamente por horas caracteriza “dificultar”? Mudar de endereço, de cidade, casar novamente, ser feliz implica “modificar a convivência”? Os chimpanzés, aqueles primos distantes, estão entre os “colaterais” previstos na lei? Serão eles também vítimas de alienação parental? Qual a extensão da expressão “bem como àquele que a vítima mantenha vínculos de parentalidade de qualquer natureza”?

Não poderia faltar no projeto, como é óbvio, a figura agravada do crime. Em três hipóteses, que se desdobram noutras tantas, é prevista pena mais grave: (I) se o motivo for torpe, se houver irregular manejo da Lei n. 11.340/2006, por **falsa denúncia de qualquer ordem, inclusive de abuso sexual aos filhos**; (II) se a vítima é submetida a violência psicológica ou física pelas pessoas elencadas no § 1º desse artigo, que mantenham vínculos parentais ou afetivos com a vítima; (III) se a vítima for portadora de deficiência física ou mental.

Novamente impera a nebulosidade. O que se entende por “manejo irregular da Lei Maria da Penha”, aquela que protege as mulheres do abuso físico praticado pelos maridos e companheiros?

Porém, ainda no inciso I, há algo de extremamente grave: a proteção aos abusadores sexuais de crianças. É de se imaginar a intimidação a que submetidas as mães que tenham forte suspeita de que um parente do marido, por exemplo, tenha molestado sua pequena filha. Se a mãe não “provar” (e todos sabemos como, em determinadas circunstâncias, essa “prova” é difícil) a prática do abuso, terá ela a pena majorada.

Como explica com elegância e inegável acerto a prestigiada jurista portuguesa Maria Clara Sottomayor, “como estereótipo do abuso verdadeiro, a mãe que se cala; e como estereótipo do abuso falso, a mãe que denuncia”. E aí o paradoxo irritante: “se o crime é autêntico, não se denuncia; se se denuncia, é falso. Esta conclusão retira às leis penais que consideram o crime de abuso sexual de crianças, como crime público, o seu objetivo, pois se a mãe e a criança se calam, o crime continua; se denunciam, a denúncia funciona como prova da mentira”⁴³.

A previsão expressa da punição de “falsas denúncias de abuso sexual”, por certo, acabará por inibir notificações verdadeiras de agressões e abusos.

O objetivo manifesto do inciso II (“se a vítima é submetida a violência psicológica ou física pelas pessoas elencadas no § 1.º desse artigo, que mantenham vínculos **parentais ou afetivos** com a vítima”) é penalizar irmãos penalmente responsáveis, tios, avós e também o novo marido da mulher que teve a audácia de refazer sua vida!

Haverá algo mais mesquinho e tacaño do que os interesses agora desvelados?

43 SOTTOMAYOR, Maria Clara. Uma análise crítica da síndrome de alienação parental e os riscos da sua utilização nos tribunais de família. **Julgar**, Coimbra, n. 13, 2011, p. 86.

E para que não restem dúvidas acerca do alcance da punição a ser “exemplarmente” exercida, temos o surreal parágrafo terceiro, assim (mal) redigido: “§ 3.º Incorre nas mesmas penas quem de qualquer modo participe direta ou indiretamente dos atos praticados pelo infrator”. Isto é, qualquer um poderá, inapelavelmente, ser réu em processos penais para apuração da alienação parental.

Quanta orgulhosa estultície!

Agora, no parágrafo quarto, constam os efeitos esperados pelos “bons progenitores”, efeitos que se afeiçoam à “teoria da ameaça”. É do projeto: “§ 4.º provado o abuso moral, a falsa denúncia, deverá a autoridade judicial, ouvido o ministério público, aplicar a reversão da guarda dos filhos à parte inocente, independente de novo pedido judicial”.

Faltam adjetivos para qualificar o projeto. Pois bem. Veja-se que a consequência automática e necessária do “abuso moral” (?) e da “falsa denúncia” (?) é a reversão da guarda dos filhos à parte inocente. Nenhum estudo social? Nenhum laudo psicológico? Nenhuma prova de que o tal “inocente” possui reais condições de exercer, com dignidade e responsabilidade, a guarda da criança? E esta, por acaso, não tem voz nem opinião? É apenas objeto funcionalizado, expressão do “amor desinteressado” do alienado? É possível mensurar quantos acordos envolvendo redução da pensão alimentícia serão aceitos pelas genitoras para evitar que os filhos fiquem nas mãos de eventuais agressores e abusadores? Quem será responsabilizado por essa nova inquisição? Quantas vítimas serão contadas ao final dessa experiência sinistra?

Na verdade, o que deve ocorrer é justamente o contrário, isto é, o combate sistemático e efetivo às falsas alegações de alienação parental, as quais pululam pelos foros do País, promovidas por pais despeitados e que desejam, de alguma forma, eternizar o poder que possuíam sobre

seus “dependentes” e, claro, reequacionar o valor da pensão alimentícia⁴⁴.

Este ponto é central em nossa discussão, tanto que vem assim elaborado pela melhor doutrina:

Perante uma situação de conflito parental, sem indícios de violência nem de abuso sexual de crianças, aconselha-se que os Tribunais tomem uma **decisão judicial rápida, sem perícias, para não atrasar o processo, e que se baseiem no princípio da imediação para a produção da prova, na audição dos pais e da criança e na avaliação dos factos. Nestes processos, os Tribunais não devem utilizar a chamada terapia da ameaça, propugnada por GARDNER, e que consiste na utilização da lei para impor multas, perdas da guarda a penas de prisão para as mães acusadas de não cumprir o regime de visitas, mas sim tentar compreender os motivos da rejeição da criança e averiguar quais os comportamentos do genitor rejeitado que originaram a recusa da criança.** Os motivos da recusa, segundo a investigação norte-americana, estão, a mais das vezes, ligados a uma atitude moralista da criança, que culpa o progenitor pelo divórcio, a uma rebeldia própria do processo de desenvolvimento da criança, à sua adaptação à tristeza que lhe gera o divórcio, ou ainda, ao facto de ter assistido à agressividade do pai contra a mãe ou a comportamentos injustos daquele. Pode tentar-se, nestes casos, o recurso à mediação familiar, medidas de aproximação entre o pai e a criança, através do apoio de profissionais da psicologia, ou a melhoria da capacidade parental do progenitor rejeitado. **Na impossibilidade de conseguir, por medidas de conciliação e apoio psicológico, a reconciliação da criança com o pai, a sociedade e os Tribunais têm que aceitar que a criança, como qualquer adulto, tem direito a**

44 “Apesar da convicção quanto à não ocorrência dos abusos sexuais, resultante do princípio da livre apreciação da prova, o Tribunal deve proteger a criança de qualquer mudança brusca na sua vida e respeitar a relação afectiva da criança com a sua pessoa de referência”. SOTTOMAYOR, Maria Clara. **A fraude da síndrome de alienação parental e a proteção das crianças vítimas de abuso sexual.** Texto correspondente à comunicação proferida na Conferência Internacional O Superior Interesse da Criança e o Mito da “Síndrome da Alienação Parental”, no painel “A síndrome de alienação parental e os riscos para os direitos das mulheres e crianças”, p.26.

escolher as pessoas com quem quer ou não conviver. Meios coercivos, como a intervenção das forças policiais, negam à criança o estatuto de pessoa e a liberdade mais profunda do ser humano: a liberdade de amar ou de não amar. Não cabe ao poder judicial impor sentimentos e afectos, e exigir a perfeição moral aos cidadãos. Isto não significa negar que há pais e mães que instrumentalizam a criança e que se comportam com falta de ética na altura do divórcio, mas não se pode tomar a parte pelo todo, nem usar a força policial e judicial para resolver problemas morais e relacionais. Isto significa punir a criança pelos erros dos pais. É preferível que estes casos sejam decididos à luz de regras pragmáticas e de bom senso, tendo em conta os limites da intervenção do Estado na família e respeitando a relação com a criança com a sua pessoa de referência, assim como a sua integração no seu ambiente natural de vida.⁴⁵ (grifos nossos).

Com efeito, as consequências das falsas acusações de alienação parental

[...] são enormemente negativas, pois implicam impor às crianças conflitos de lealdade, expondo-as a danos desnecessários e irreparáveis no relacionamento com os pais, obrigando-as a suportar separações dolorosas de um genitor amoroso, de quem efetivamente gostam, tudo baseado numa mentira maldosa. O genitor falsamente acusado [da prática da SAP] pode não suportar a dor emocional imensurável, comprometendo com isso a qualidade do relacionamento com o filho afastado. Ademais, terá o acusado falsamente de provar sua inocência.⁴⁶

É claro que, na esteira das novidades da modernidade acadêmica,

45 SOTTOMAYOR, Maria Clara. **Regulação do exercício das responsabilidades parentais nos casos de divórcio**. 6. ed. rev., aument. e actual. Coimbra: Almedina, 2014.

46 TURKAT, Ira Daniel. False allegations of parental alienation, p. 17. Tradução livre e adaptada. In: ENZWEILER, Romano José; FERREIRA, Cláudia Galiberne. Síndrome da alienação parental: uma iníqua falácia. **Revista da Esmesc**, Florianópolis, v. 21, 2014, p. 113.

responsabilizam-se agora os Juízes e Membros do Ministério Público se “não adotarem medidas de urgência para apuração da infração”. Estabelece o pessimamente redigido parágrafo quinto:

§ 5.º - O juiz, o membro do ministério público e qualquer outro servidor público, ou, a que esse se equipare a época dos fatos por conta de seu ofício, tome ciência das condutas descritas no § 1.º, deverá adotar em regime de urgência, as providências necessárias para apuração infração sob pena de responsabilidade nos termos dessa lei.

“O mal da alienação parental”, consignou-se na justificação ao PL n. 4.488, “é prática mais que comum, em mais de 80% (oitenta por cento)⁴⁷ nas relações de pais separados, com manejo falso da Lei Maria da Penha”, inexistindo, “até o momento em nosso ordenamento jurídico, norma penal capaz de efetivar o temor reverencial dessas condutas criminosas, onde as crianças e os adolescentes são as maiores vítimas”.

47 Esse índice não possui qualquer base séria, científica. A esse respeito, Johnston, Meier e Kelly destacam os números apresentados pelos próprios defensores da alienação parental: “Os investigadores chegam à conclusão que o número de crianças alienadas, no seu estudo, é de 20%, incluindo os casos em que há comportamentos abusivos, negligentes e destrutivos do progenitor rejeitado. Excluindo do conceito as situações de rejeição adaptativa e justificada, o número de crianças alienadas constitui, apenas, 10% das crianças do número total de crianças, sendo, portanto, um fenômeno minoritário. Os efeitos nocivos deste comportamento, no desenvolvimento emocional e psicológico das crianças, não estão, contudo, empiricamente documentados, tendo como única base observações clínicas, as quais não constituem prova empírica para um fenômeno. No contexto desta descoberta empírica, tratar a alienação parental como o problema dominante que afecta as crianças, na altura do divórcio, perpetua a tendência iniciada pela síndrome de alienação parental para desvalorizar as situações de abuso sexual, maus-tratos e negligência”. In: SOTTOMAYOR, Maria Clara. **A fraude da síndrome de alienação parental e a proteção das crianças vítimas de abuso sexual**. Texto correspondente à comunicação proferida na conferência internacional O Superior Interesse da Criança e o Mito da “Síndrome da Alienação Parental”, no painel “A síndrome de alienação parental e os riscos para os direitos das mulheres e crianças”, p. 40.

Apresentam-se verdadeiras as premissas lançadas no PL n. 4.488? É, de fato, necessário (e possível) criminalizar as condutas descritas a fim de criar “temor reverencial” (sic)? A alienação parental é prática comum em 80% dos casos de pais separados? É falso o manejo da Lei Maria da Penha? O interesse é mesmo o de proteger as maiores vítimas, isto é, as crianças e adolescentes?

Boa parte desses questionamentos já se encontra respondida quando do estudo relativo à AP/SAP e à violência doméstica, logo acima.

O PL 4.488, baseado em pseudociência, é grosseiramente inconstitucional ao violar os princípios da ampla defesa e do contraditório, desconsidera o Direito Penal como *ultima ratio* da política social e promove a intervenção indevida do Estado na família.

Caso aprovado, promoverá a impunidade de agressores e abusadores, no momento em que se buscam mecanismos de repressão à violência contra crianças e mulheres.

A transformação do projeto em lei coibirá a denúncia de violência ou abuso sexual praticada contra indefesos, significando não somente um retrocesso, mas atitude violadora de importantes estatutos nacionais e internacionais de proteção às mulheres e crianças⁴⁸.

O resultado da mensagem explicitada pelo PL 4.488 é a de que o Estado tolera abusos e agressões praticados contra os que deveria

48 “O Direito Internacional dos direitos humanos tem estabelecido normas e padrões que obrigam os Estados a tomarem medidas para prevenir, investigar, punir e reparar as violações praticadas contra homens e mulheres. Com relação aos direitos humanos das mulheres, a CEDAW (1979) e a Convenção de Belém do Pará (1994) recomendam aos Estados que assinaram e ratificaram as convenções que incorporem medidas para promover os direitos das mulheres, incluindo as mudanças legislativas e o cumprimento estrito do dever de devida diligência. (MODELO DE PROTOCOLO, 2014; VÍLCHEZ, 2012)”. In: www.onumulheres.org.br/wp-content/uploads/2016/04/diretrizes_feminicidio_FINAL.pdf, p. 24.

proteger, estimulando, com isso, novos abusos, normalizando a violência masculina contra a mulher⁴⁹.

Sem embasamento científico algum, pretende-se a submissão de mães e filhos a métodos mais do que questionáveis e a punições injustificáveis.

E se os factores incluídos na SAP, não permitem, de acordo com a comunidade científica, indiciar a existência de qualquer doença ou problema médico, uma vez que a SAP não está reconhecida como patologia pela OMS e outras entidades competentes, a imposição de qualquer tratamento ou terapia às mães e às crianças, nos casos designados por SAP, é ilegítima, tendo estas o direito fundamental a rejeitá-los.⁵⁰

Se, portanto, podem as vítimas (crianças e mães) rejeitar-se à submissão aos “tratamentos” preconizados pela SAP (porque esta, insiste-se, é uma invencionice mentirosa), como submetê-las a uma lei penal que utiliza com fundamento, justamente, uma “síndrome” inexistente?

Não fosse absurda a alteração pretendida, ainda assim seria desnecessária, não havendo motivo para a criação de um tipo penal específico, uma vez que o Código Penal Brasileiro já prevê punição para denúncias caluniosas (artigos 339 e 340, respectivamente, do CPB), dispondo o próprio ECA de inúmeros instrumentos destinados a coibir abusos nas relações parentais.

Conforme a ensinança do mestre Nelson Hungria,

somente quando a sanção civil se apresenta ineficaz para a reintegração da ordem jurídica é que surge a necessidade de enérgica sanção penal. O legislador não obedece a outra orientação. As sanções penais são o último

49 ONU, 2016. Disponível em: <www.onumulheres.org.br/wp-content/uploads/2016/04/diretrizes_feminicidio_FINAL.pdf>, p. 16.

50 SOTTOMAYOR, Maria Clara. Uma análise crítica da síndrome de alienação parental e os riscos da sua utilização nos tribunais de família. **Julgare**, Coimbra, n. 13, 2011, p. 86.

recurso para conjugar a antinomia entre a vontade individual e a vontade normativa do Estado. Se um fato ilícito, hostil a um interesse individual ou coletivo pode ser convenientemente reprimido com as sanções civis, não há motivo para reação penal.⁵¹

Esclarece Sottomayor que

[...] no processo penal, prevalecem princípios garantísticos dos direitos arguidos perante o poder punitivo do Estado, o que implica exigências especiais de prova para fundamentar uma condenação, dado o carácter estigmatizante e restritivo de direitos fundamentais, que resulta da condenação e da aplicação das penas.⁵²

Nas palavras de Robert Alexy, direito e justiça não estão à disposição do legislador, e “foi justamente a época do regime nacional-socialista na Alemanha que ensinou que o legislador também pode estabelecer a injustiça”⁵³.

No plano estritamente jurídico, fala-se da perspectiva substantiva do devido processo legal (dimensão material), com avaliação da proporcionalidade e razoabilidade do ato normativo, elementos que

atuam como obstáculo à edição de atos legislativos revestidos de conteúdo arbitrário ou irrazoável. A essência do *substantive due process of law* reside na necessidade de proteger os direitos e as liberdades das pessoas contra qualquer modalidade de legislação que se revele

51 HUNGRIA, Nelson. Comentários ao Código Penal, Forense, 1958. In: REIS, Wanderlei José dos. Penas alternativas e o direito penal como “*ultima ratio*”. **Revista Jurídica da UNIC**, v. 4, jul./dez. 2002, p. 112.

52 SOTTOMAYOR, Maria Clara. Uma análise crítica da síndrome de alienação parental e os riscos da sua utilização nos tribunais de família, **Julgar**, Coimbra, n. 13, 2011, p. 92.

53 ALEXY, Robert. **Conceito e validade do direito**. Tradução de Gercélia Batista de Oliveira Mendes. 1. ed., 2 tiragem. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009, p. 7.

opressiva ou destituída do necessário coeficiente de razoabilidade. [...] A jurisprudência constitucional do Supremo Tribunal Federal, bem por isso, tem censurado a validade jurídica de atos estatais, que, desconsiderando as limitações que incidem sobre o poder normativo do Estado, veiculam prescrições que ofendem os padrões de razoabilidade e que se revelam destituídas de causa legítima, exteriorizando abusos inaceitáveis e institucionalizando agravos inúteis e nocivos aos direitos das pessoas (STF, ADI 1.158-AM, Rel. Min. Celso de Mello).⁵⁴

Por isso conclui-se que o PL 4.488 contém defeito genético e conceitual, é imoderado, abusivo, contrário à boa razão e seus pressupostos carecem de sentido ético por ausência de seu referente, agredindo a ordem jurídica por mostrar-se ofensivo ao *substantive due process of law*, com inegável e inútil agravo dos direitos daqueles a quem deve o Estado proteção (crianças e mulheres), numa lógica invertida e perversa que envergonha a nação perante a comunidade internacional.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. **Conceito e validade do direito**. Tradução de Gercélia Batista de Oliveira Mendes. 1. ed., 2 tiragem. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

BRUCH, Carol. Parental alienation syndrome and parental alienation: getting it wrong *in* child custody cases. **Family Law Quarterly**, v. 35, 2001. Disponível em: <<http://www.thelizlibrary.org/bruch/bruch.pdf>>. Acesso em: 3 set. 2016.

ENZWEILER, Romano José; FERREIRA, Cláudia Galiberne. Síndrome da alienação parental, uma iníqua falácia. **Revista da Esmesc**, Florianópolis, v. 21, 2014. Disponível em: <<https://revista.esmesc.org.br/re/article/view/97>>. Acesso em: 3 set. 2016.

54 www.stf.jus.br/portal/principal/principal.asp.

MURARO, Rose Marie. **O martelo das feiticeiras**. 20. ed. Tradução de Paulo Fróes. Introdução histórica. Rio de Janeiro. Record; Rosa dos Ventos, 2009.

REIS, Wanderlei José dos. Penas alternativas e o direito penal como *ultima ratio*. **Revista Jurídica da UNIC**, v. 4, jul./dez. 2002. Disponível em: <file:///C:/Users/claudia/Downloads/486-1799-1-PB.pdf>. Acesso em: 3 set. 2016.

SOTTOMAYOR, Maria Clara. **A fraude da síndrome de alienação parental e a proteção das crianças vítimas de abuso sexual**. Texto correspondente à comunicação proferida na conferência internacional O Superior Interesse da Criança e o Mito da “Síndrome da Alienação Parental”, no painel “A síndrome de alienação parental e os riscos para os direitos das mulheres e crianças”.

SOTTOMAYOR, Maria Clara. **Regulação do exercício das responsabilidades parentais nos casos de divórcio**. 6. ed. ver., aum. e actual. Coimbra: Almedina, 2014. Disponível em: <https://books.google.com.br/books>. Acesso em: 8 ago. 2016.

SOTTOMAYOR, Maria Clara. Uma análise crítica da síndrome de alienação parental e os riscos da sua utilização nos tribunais de família, **Julgar**, Coimbra, n. 13, 2011.

WARD, David. Her words: recognizing and preventing abusive litigations against domestic violence survivors. *Seattle Journal for Social Justice*, v. 14, n. 2, Article 11. Disponível em: <http://digitalcommons.law.seattleu.edu/sjsj/vol14/iss2/11>. Acesso em: 10 ago. 2016.

www.brasil.estadao.com.br/noticias/geral,dps-nao-registram-agressao-a-mulher-medida-protetiva-demora-ate-4-meses,10000067517. Consultado em 07/08/2016.

www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2077676. Acesso em: 01/08/2016.

www.childhood.org.br/numeros-da-cao. Acesso em: 01/08/2016.

www.child-justice.org. Acesso em: 10/08/2016.

www.fpce.up.pt/love_fear_power/apresentacoes/SAP_violencia_domestica_2.pdf. Acesso em: 29/07/2016.

www.huffingtonpost.com/2014/10/23/domestic-violence. Disponível em: <http://child-justice.org/resources>. Acesso em: 01/08/2016.

www.onumulheres.org.br/wp-content/uploads/2016/04/diretrizes_femicidio_FINAL.pdf. Acesso em: 01/08/2016.

www.stf.jus.br/portal/principal/principal.asp, acesso em 03/09/2016.

RACIONALIZAÇÃO DO ACESSO À JUSTIÇA: RECONFIGURAÇÃO DA FUNÇÃO ESTATAL E A NECESSIDADE DE RESERVAR OS PRONUNCIAMENTOS DO PODER JUDICIÁRIO

Maximiliano Losso Bunn¹

RESUMO: O objetivo do presente artigo científico, partindo da premissa de que o Acesso à Justiça é direito fundamental porque constitucionalmente previsto no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal de 1988, e de que a atual concepção de irrestrito Acesso ao Estado-Juiz não mais se sustenta na Sociedade contemporânea diante da Litigância Abusiva instaurada, consiste em debater a possibilidade da criação de um sistema jurídico que limite expressamente as manifestações dos juízes togados para hipóteses restritas, sem que com isso haja maltrato ao direito de o cidadão reclamar do Estado (*lato sensu*) a solução para o conflito na qual envolvido. Busca-se com este estudo, outrossim, obter e desenvolver informações, conhecimentos e reflexões úteis para tese de doutoramento a ser realizada. Pretende-se deflagrar uma discussão preliminar sobre a problemática em tela no cenário jurídico brasileiro, considerando para tanto a equivocada concepção do que seja “Acesso à Justiça” segundo a Constituição Federal de 1988, uma vez que esse fator constitui hoje o principal motivo para a dificuldade de o Poder Judiciário não conseguir recepcionar e tratar as lides propostas em tempo razoável, consoante também dispõe a Constituição Federal brasileira. A justificativa para tratar desse assunto decorre também da recente constatação, mediante estudos técnicos, principalmente do Conselho Nacional de Justiça, de que o Estado nacional, embora pratique

1 Doutorando em Ciência Jurídica pela Univali. Mestre em Direito pela Univali. Pós-graduado pela UFSC. Professor dos cursos de Pós-Graduação (*lato sensu*) da Univali e Uniasselvi. Juiz de Direito no Estado de Santa Catarina. e-mail: maximiliano.bunn@tjsc.jus.br

considerável grau de investimento financeiro no Poder Judiciário e tenha alta produtividade por parte dos seus magistrados, com a atual concepção irrestrita do disposto no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal de 1988 e com a Litigância Abusiva que daí decorre, não consegue mais recepcionar e tratar a avalanche de demandas que todos os dias aportam ao Poder Judiciário. Daí que a hipótese principal em discussão se refere à necessidade de racionalização do Acesso à Justiça como forma de acesso ao Poder Judiciário, com a criação obrigatória de um sistema de resolução das demandas que, sem maltrato ao direito fundamental em estudo, reserve o pronunciamento do Estado-Juiz apenas para os casos que efetivamente mereçam o atuar do magistrado togado. A base doutrinária empregada diz respeito, principalmente, aos estudos acerca da temática do Acesso à Justiça (sobretudo do ponto de vista instrumental) e de estudos técnicos a respeito da litigiosidade que só recentemente avaliaram e relataram os dados advindos do Poder Judiciário no contexto brasileiro.

ABSTRACT: The objective of this scientific paper, starting from the premise that access to justice is a fundamental right because constitutionally provided for in art. 5, XXXV of the 1988 Federal Constitution, and that the current design of unrestricted access-judge state no longer holds in contemporary society in the face of established Abusive Litigation, is to discuss the possibility of establishing a legal system that explicitly limits the manifestations of robed judges for restricted cases, without it there is abuse of the right of citizens to complain about the state (in the broad sense) the solution to the conflict in which involved. Seeks, with this study, instead, obtain and develop information, insights and reflections for the PhD thesis to be held. It is intended to trigger a preliminary discussion of the issue on screen in the Brazilian legal scenario, considering to both the mistaken conception of the “access to justice” according to the Federal Constitution of 1988, since this factor is now the main reason for difficulty of the judiciary can not receive and handle the chores proposals within a reasonable time, as

also has the Brazilian Federal Constitution. The reason to address this issue also follows the recent finding by technical studies, particularly the National Council of Justice, that the national state, although practice considerable degree of financial investment in the judiciary and has high productivity from their judges with the current unrestricted view of the provisions of art. 5th., XXXV of the Federal Constitution of 1988 and the Litigation Abusive resulting from it can no longer receive and treat the avalanche of demands that every day aportam the Judiciary. Hence, the main hypothesis under discussion refers to the need for rationalization of access to justice as a means of access to the courts, with the mandatory creation of a resolution system demands that no abuse of the fundamental right under study, book pronouncement Judge-state only for cases that actually deserve the act of the robin magistrate. The basic doctrinal employed relates mainly to studies on the subject of access to justice (especially the instrumental point of view) and technical studies about the litigation that has only recently evaluated and reported the data from the Judiciary in the Brazilian context.

PALAVRAS/EXPRESSÕES-CHAVE: Acesso à Justiça. Estado-Juiz. Racionalização.

KEYWORDS: Access to Justice. Judge-State. Rationalization.

SUMÁRIO: Introdução. 1. Breves considerações sobre o Acesso à Justiça e o real alcance do disposto no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal de 1988. 2. Necessária racionalização do Acesso à Justiça: a reserva das decisões do Poder Judiciário. Considerações finais. Referências das fontes citadas.

Introdução

O objetivo (referente) do presente artigo científico consiste em, partindo da premissa maior de que o atual modelo de Jurisdição não

mais se sustenta, dada a Litigância Abusiva instaurada como produto direto da equivocada compreensão do disposto no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal de 1988, trabalhar a temática do Acesso à Justiça² e sua necessária racionalização como forma de limitar a atuação do Poder Judiciário a hipóteses mais restritas, obtendo-se, com isso, informações, conhecimentos e reflexões úteis para tese de doutoramento. Pretende-se ingressar nas discussões preliminares sobre a problemática em tela no cenário brasileiro, considerando para tanto a atual concepção do conceito de Acesso à Justiça e, a partir daí, a necessidade de racionalização da atuação do Poder Judiciário, dada a flagrante impossibilidade de manutenção do atual modelo de Jurisdição.

A motivação para tratar desse assunto decorre da constatação notória e de recentes estudos técnicos, principalmente do Conselho Nacional de Justiça, de que o Estado nacional, embora pratique considerável grau de investimento financeiro no Poder Judiciário e detenha alta produtividade por parte dos seus magistrados, não consegue assegurar o Acesso à Justiça e, tampouco, como consequência direta, o acesso à Justiça do ponto de vista material, uma vez que a impossibilidade quantitativa de tratamento das lides apresentadas a julgamento em tempo constitucionalmente razoável acaba por prejudicar diretamente a justiça das decisões proferidas no exercício da Jurisdição.

Daí que a hipótese principal em discussão, após breves considerações a serem feitas acerca do disposto no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal de 1988, notadamente quanto à equivocada concepção que comumente se faz quanto ao alcance desse do princípio

2 Considerando que a expressão “Acesso à Justiça” compreende o aspecto do acesso instrumental ao Poder Judiciário e também o aspecto material, traduzido no contemporâneo esforço de efetivação em tempo razoável dos Direitos abstratamente previstos, esclarece-se que neste trabalho a expressão será sempre empregada como sinônimo do primeiro significado (instrumental). Quando o pesquisador pretender empregar o segundo significado, isso será explicitado.

da inafastabilidade da Jurisdição, refere-se à verificação da necessária relação de interdependência que existe entre o Acesso à Justiça como forma de acesso à Justiça do ponto de vista material, com a proposição teórica de equalização dessa problemática mediante a proposição de sistemática de restrição de acesso ao Poder Judiciário, sem impor maltrato ao direito fundamental de o cidadão reclamar a solução de uma lide na qual envolvido.

A bem da análise e discussão que agora se pretende desenvolver, acrescenta-se que até o advento do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), com a Emenda Constitucional n. 45/2004, que o definiu como órgão centralizador de soluções administrativas para o sistema judicial, não existia qualquer órgão institucional isento que tivesse apresentado objetivamente o cenário brasileiro do Poder Judiciário e do impacto que a Litigância Abusiva certamente traz para o acesso à Justiça do ponto de vista material.

Nesse passo, tendo-se em mãos agora estudos do Conselho Nacional de Justiça realizados ano após ano, denominados *Justiça em Números*³, apresentar-se-ão brevemente neste trabalho também os dados colhidos, naquilo que interessam⁴.

Ainda com base nesses estudos, como na literatura jurídica que trata da problemática do A(a)cesso à Justiça, é que se pretende construir o presente artigo científico objetivando contribuir para a construção de

3 CNJ. **Justiça em Números** 2015. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoas/pj-justica-em-numeros>>. Acesso em: 18 abr. 2016.

4 Considerando o grande volume de dados apresentados no estudo referido, e bem assim o fato de que a motivação para a tese de doutorado que se propõe advém sobretudo das impressões colhidas pelo presente pesquisador enquanto também integrante do Poder Judiciário do Estado de Santa Catarina, sem prejuízo de outros dados os indicadores apontados o serão de regra para a Justiça Estadual, no Primeiro Grau de Jurisdição, e relativos a esta Unidade da Federação.

um sistema jurídico que permita o racional acesso ao Poder Judiciário, tendo como hipótese a ser desenvolvida a discussão acerca da legalidade da criação de um modelo que, de forma cogente ao jurisdicionado, permita ao Estado exercer o A(a)cesso à Justiça por outros meios que não somente o Estado-Juiz clássico.

Assim, com o objetivo de contribuir para esse debate, iniciando o tratamento teórico em prol da hipótese aqui proposta, o presente artigo está estruturado em dois subitens, iniciando pela apresentação de uma proposta de conceito operacional do Acesso à Justiça e seus desdobramentos no contexto brasileiro.

A segunda parte, por sua vez, baseando-se também nos números colhidos em relatórios e dados estatísticos do Conselho Nacional de Justiça, tratará da possibilidade de o Estado implementar medidas cogentes que, racionalizando o direito do cidadão de ter solucionado seu litígio, em última análise permitam ao Estado-Juiz receber as lides propostas e para elas apresentar solução efetiva e em tempo razoável.

A base doutrinária empregada diz respeito, principalmente, aos estudos técnicos que só recentemente diagnosticaram as características do referido fenômeno no contexto brasileiro, associada à doutrina já existente acerca do Acesso à Justiça, ainda que o objetivo, agora, seja repensar a temática no cenário nacional.

Fixado o referente e estabelecida a hipótese a ser discutida, cabe fazer alguns registros quanto à metodologia empregada, no sentido de que na fase de investigação foi utilizado o método indutivo, na fase de tratamento de dados, o cartesiano, e o texto final foi composto na base lógica dedutiva. Nas diversas fases da pesquisa, foram acionadas as técnicas do referente, da categoria, do conceito operacional e da pesquisa bibliográfica⁵.

5 PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica**: teoria e prática. 13.

1. Breves considerações sobre o Acesso à Justiça e o real alcance do disposto no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal de 1988

Embora o tema que se pretende desenvolver no presente trabalho não seja inédito – longe disso, aliás –, muito ainda há a ser estudado a respeito, porque embora a temática pareça esgotada ainda é flagrante e presente que o atual modelo de Jurisdição⁶ não mais se sustenta.

Nesse sentido, a par dos estudos já existentes no Conselho Nacional de Justiça, que de modo científico indicam altíssimo grau de congestionamento no Poder Judiciário^{7,8,9}, basta sair às ruas para ouvir o

ed. rev. atual. amp. Florianópolis: Conceito, 2015.

6 “[...] o poder de julgar que, decorrente do *imperium*, pertence ao Estado. E este, por delegação, o confere às autoridades judiciais (magistrados) e às autoridades administrativas” (SILVA, de Plácido e. **Vocabulário jurídico**. Atualizadores: Nagib Slaibi Filho e Priscila Pereira Vasques Gomes. 31. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 808).

7 Entendido o Poder Judiciário como aquele “a quem compete aplicar as leis, vigiar sua execução e reparar, fundado nelas, e em nome do Estado, as relações jurídicas que se tenham violado” (SILVA, de Plácido e. **Vocabulário jurídico**. Atualizadores: Nagib Slaibi Filho e Priscila Pereira Vasques Gomes. 31. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 1056).

8 No estado de Santa Catarina o grau de congestionamento no 1º Grau de Jurisdição, segundo a metodologia empregada (ações julgadas x ações pendentes x casos novos), chega a incríveis 79%. A média nacional, por sua vez, alcança 80% (CNJ. **Justiça em Números 2015**. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/programas-e-aco-es/pj-justica-em-numeros>>. Acesso em: 18 abr. 2016).

9 Tomando por base o mesmo relatório intitulado Justiça em Números, verificou-se que “A taxa de congestionamento do Brasil, compreendida essa como a medida utilizada para aferir, em determinado ano, o percentual dos processos em tramitação e que ainda não foram definitivamente julgados, é a maior do mundo entre os países que fizeram parte do estudo” (apud BUNN, Maximiliano Losso. Por um novo modelo de jurisdição: releitura do conceito de atividade jurisdicional na sociedade contemporânea. **Revista do CEJUR/TJSC: Prestação Jurisdicional**, v. 1, n. 3, p. 11-24, dez. 2015).

sentimento da Sociedade¹⁰ em relação aos serviços judiciários.

Não é à toa que, segundo estudo da Fundação Getúlio Vargas, intitulado ICJBrasil, dentre uma série de Instituições Nacionais o sentimento de confiança da Sociedade no Poder Judiciário ocupa apenas o oitavo lugar, atrás até mesmo das “Redes Sociais (facebook e twitter)” e das “Grandes empresas”¹¹.

Veja-se que essa situação é absolutamente impensável à medida que o Estado-Juiz¹², por sua função precípua de restabelecer a paz social, deveria justamente gozar de alta confiabilidade do jurisdicionado, sob pena de, em futuro breve, a não confiança transmutar-se em autotutela (fora das situações legalmente autorizadas, logicamente), num indesejado retorno à barbárie da “justiça por mão própria”.

Por sua vez, vários são os estudos que se realizaram a respeito do problema da morosidade do Poder Judiciário, buscando identificar causas e apontar consequências.

Diversas, igualmente, foram e poderiam ser as soluções apontadas, destacando-se sobretudo as ideias ordinariamente ligadas ao aumento do investimento no Poder Judiciário, buscando com isso aumentar a estrutura humana e material existentes a fim de fazer frente ao grande número de demandas apresentadas e em trâmite perante o Estado-Juiz.

10 “*Lato sensu*, sistema social em que se identifica uma comunidade de interesses e alguns fins comuns embora difusos [...]”. (MELO, Osvaldo Ferreira de. Dicionário de política jurídica. Florianópolis: OAB-SC, 2000, p. 89).

11 FGV. Relatório ICJBrasil - 2º semestre / 2015. **Relatório com os dados da pesquisa Índice de Confiança na Justiça (ICJBrasil) referente ao 2º semestre de 2015**. Disponível: <http://www.portal.fgv.br/temas-dos-periodicos/estado-direito>. Acesso em 12.04.2016.

12 Na estrutura estatal o Poder Judiciário, o órgão constitucionalmente encarregado de aplicar o Direito.

Mas sinceramente esse não parece ser o caminho correto, como, aliás, a história recente tem demonstrado^{13,14,15}. É necessário que, efetivamente, haja uma mudança nos paradigmas até então existentes, com uma mudança abrupta na forma de pensar o modo pelo qual o

13 “Relativamente ao PIB, e dentre todos os países analisados, entre os latino-americanos o Brasil é o segundo a destinar a maior fatia à função jurisdicional, importando o orçamento do Poder Judiciário em 1,46%; o primeiro é a Costa Rica, com 5,48%, mas relativamente aos países do restante do mundo é mais do que o dobro do segundo estado, San Marino, com 0,65%” (apud BUNN, Maximiliano Losso. Por um novo modelo de jurisdição: releitura do conceito de atividade jurisdicional na sociedade contemporânea. **Revista do CEJUR/TJSC: Prestação Jurisdicional**, v. 1, n. 3, p. 11-24, dez. 2015).

14 Essa afirmação está baseada no fato de que nos últimos anos houve aumento considerável das despesas por parte do Poder Judiciário, com maciços investimento em capital humano e material. Mas mesmo com esse incremento financeiro não houve correspondência direta de melhora na prestação jurisdicional efetiva, entendida aquela realizada consoante as disposições legais e em tempo razoável (nesse sentido, com didática análise dos dados do Conselho Nacional de Justiça acerca da problemática relativamente à Justiça Estadual, que justamente compreende o objeto do estudo deste pesquisador, veja-se: MARCELLINO JUNIOR, Julio Cesar. **Análise econômica do acesso à justiça**: a tragédia dos custos e a questão do acesso inautêntico. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 145-146).

15 “Na verdade, é inútil inflar a estrutura judiciária, na tentativa de acompanhar o crescimento geométrico da demanda por justiça, na medida em que essa estratégia leva, ao fim e ao cabo, a oferecer mais do mesmo (mais processos – mais crescimento físico da máquina judiciária), pondo em risco o equilíbrio com os demais Poderes e minando a desejável convivência harmoniosa entre eles: com o Executivo, assoberbado com as incessantes requisições de verbas orçamentárias para o crescente custeio da justiça estatal; com o Legislativo, acuado ante a diminuição de seu espaço institucional, por conta dos avanços do ativismo judiciário em áreas tradicionalmente reservadas à chamada reserva legal” (Apud BUNN, Maximiliano Losso. Por um novo modelo de jurisdição: releitura do conceito de atividade jurisdicional na sociedade contemporânea. **Revista do CEJUR/TJSC: Prestação Jurisdicional**, v. 1, n. 3, p. 11-24, dez. 2015).

Estado¹⁶ irá distribuir a Justiça¹⁷.

E a primeira mudança substancial que há de ocorrer a bem da racionalização do exercício da Jurisdição, consoante a hipótese e o objetivo que se pretende desenvolver no presente trabalho, diz respeito aos aspectos Pragmáticos¹⁸ do Acesso à Justiça¹⁹.

Desse modo, ainda na discussão sobre o tema agora desenvolvido, mas antes de avançar à problemática proposta, cabe consignar que toda a discussão a ser aqui sustentada parte das premissas de que diante da Litigância Abusiva²⁰ existente o atual modelo de Jurisdição está esgotado

16 Estado: “O mais alto grau de racionalidade na organização política de um povo” (MELO, Osvaldo Ferreira de. **Dicionário de política jurídica**. Florianópolis: OAB-SC, 2000, p. 39).

17 Neste estudo o conceito de Justiça é o seguinte: “[...] Valor Fundamental do Direito e por isso objetivo permanente de toda ação político-jurídica”, assegurando a cada um o que é seu segundo a Regra Jurídica (MELO, Osvaldo Ferreira de. **Dicionário de política jurídica**. Florianópolis: OAB-SC, 2000, p. 56).

18 “[...] doutrina segundo a qual a verdade de uma proposição é uma relação intrínseca à experiência humana”. Assim, “[...] o conhecimento é um instrumento a serviço da ação, de tal forma que o pensamento só terá finalidade se buscar alguma utilidade” (SILVA, de Plácido e. **Vocabulário jurídico**. Atualizadores: Nagib Slaibi Filho e Priscila Pereira Vasques Gomes. 31. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 1074).

19 “Ante a vagueza do termo, normalmente a doutrina tem atribuído duplo sentido à expressão ‘acesso à justiça’. No primeiro, conferindo ao significante ‘justiça’ o mesmo sentido e conteúdo de Poder Judiciário, torna sinônimas as expressões ‘acesso à justiça’ e ‘acesso ao Judiciário’. No segundo, a partir de uma visão axiológica da expressão ‘justiça’, interpreta o acesso a ela como o ingresso a uma determinada ordem de valores e direitos fundamentais para o ser humano. Esse último, de conteúdo mais amplo, estaria a englobar, no seu significado, o primeiro” (ABREU, Pedro Manoel. **Acesso à Justiça e Juizados Especiais**: O desafio histórico da consolidação de uma justiça cidadã no Brasil. Florianópolis: Conceito, 2008, p. 38).

20 Emprego aqui a expressão *Litigância Abusiva* como gênero das espécies

e que não é mais possível manter o raciocínio puro e simples de que basta maior investimento financeiro para resolver a ineficiência quantitativa do Poder Judiciário²¹. E isso não apenas por opção metodológica, mas principalmente porque em um Estado tão carente de necessidades básicas (saneamento, saúde, educação, segurança pública, moradia, v.g.) simplesmente não há mais margem financeira significativa para constante incremento financeiro.

Essa é a constatação, também, de Julio Cesar Marcellino Jr.:

A partir da promulgação da Constituição da República, com o reconhecimento do direito de acesso à justiça como garantia estabelecida a partir da ideia de universalidade e gratuidade para os desafortunados, houve aumento expressivo de propositura de demandas judiciais.

[...].

Contudo, esse novo modelo de acesso à justiça, estabelecido na forma ampla e praticamente irrestrita a todos aqueles que preenchem as

Litigância Frívola (demandas com pouquíssimas chances de êxito ou com proveito final inferior aos seus próprios custos) e *Litigância habitual* (as demandas repetitivas, ou de massa), consoante definição de MARCELLINO JUNIOR, Julio Cesar. **Análise econômica do acesso à justiça**: a tragédia dos custos e a questão do acesso inautêntico. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 186-196.

21 Ouso partir dessas premissas, dando-as por consolidadas teoricamente no presente trabalho, porque já tratei da problemática em trabalhos anteriores (BUNN, Maximiliano Losso. Por um novo modelo de jurisdição: releitura do conceito de atividade jurisdicional na sociedade contemporânea. **Revista do CEJUR/TJSC: Prestação Jurisdicional**, v. 1, n. 3, p. 11-24, dez. 2015; BUNN, Maximiliano Losso; JUNIOR, Orlando Luiz Zanon. Apontamentos preliminares sobre o uso predatório da jurisdição. **Revista Direito e Liberdade – RDL – ESMARN**, v. 18, n. 1, p. 247-268, jan./abr. 2016; e BUNN, Maximiliano Losso. **A(a)cesso à justiça. Desafio ainda presente ao estado contemporâneo para a manutenção da democracia**. Trabalho científico apresentado à conclusão da disciplina do Professor Doutor Cesar Pasold neste curso de Doutorado, sem. 1/2016, e que aguarda aprovação do docente).

condições e requisitos para a propositura de uma ação judicial, acarretou sérios problemas ao funcionamento da máquina judiciária.

A estrutura do Poder Judiciário, no tocante a seus recursos orçamentários, financeiros e humanos, é limitada e não conseguiu acompanhar de modo satisfatório o crescimento do volume de ações propostas. Há um ‘parque instalado’ com capacidade limitada de assimilação de demandas e que precisa ser levado em consideração, quando se pensa em acesso à justiça. A consequência é conhecida por todos: um Judiciário lento que não consegue, na maioria dos casos, oferecer, em tempo razoável, respostas e soluções aos seus jurisdicionados.²²

É fundamental, assim, que o Acesso à Justiça seja compreendido consoante a realidade contemporânea, bastante diversa daquela para a qual o modelo clássico de resolução de Conflitos²³ foi concebido²⁴. É imprescindível que um novo modelo seja pensado, diverso daquele irrestrito, absolutamente gratuito e concentrado apenas no modelo adversarial entregue ao Poder Judiciário.

22 **Análise econômica do acesso à justiça:** a tragédia dos custos e a questão do acesso inautêntico. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 5.

23 “[...] aplicado na linguagem jurídica para indicar embate, oposição, encontro, pendência, pleito” (SILVA, de Plácido e. **Vocabulário jurídico**. Atualizadores: Nagib Slaibi Filho e Priscila Pereira Vasques Gomes. 31. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 347).

24 Conforme destaque de Flávia Pereira Ribeiro, em lição por mim outrora já invocada, “é necessário romper tradições, mitos e mentalidades conservadoras. o âmbito institucional jurídico não é lugar para dogmas, uma vez que haveria inevitável contradição com a mutabilidade da cultura e da sociedade. As normas – materiais e processuais – devem ser direcionadas para uma realidade social concreta, em um momento histórico determinado, de forma a atender às necessidades específicas daqueles que estão sob o seu comando. Caso haja alteração das necessidades deve existir espaço e condição para inserções harmônicas e alterações compatíveis da norma para com a nova realidade social” (*Apud* BUNN, Maximiliano Losso. Por um novo modelo de jurisdição: releitura do conceito de atividade jurisdicional na sociedade contemporânea. **Revista do CEJUR/TJSC: Prestação Jurisdicional**, v. 1, n. 3, p. 11-24, dez. 2015).

Para tanto, seguindo a hipótese apresentada e perseguindo o objetivo fixado, tem-se que o primeiro equívoco a ser desfeito é aquele que dá ao art. 5º, XXXV, da Constituição Federal de 1988 a interpretação rasa de que o Acesso à Justiça corresponde, necessariamente, à submissão da lide ao Poder Judiciário, com a indispensável manifestação de um Juiz Togado.

Isso porque o comando normativo inserto no inciso XXXV do art. 5º da Constituição Federal de 1988 não está dirigido à Sociedade, como um mandamento geral. Na verdade, essa disposição constitucional, como se extrai da só leitura do texto constitucional, foi construída pelo Constituinte Originário para advertir o legislador no sentido de que ao cidadão não pode ser ceifada a prerrogativa de reclamar ao Estado (*lato sensu*) a apreciação da lide na qual ele se vê envolvido²⁵. Mas isso não quer dizer que, obrigatoriamente, a demanda será posta ao Estado-Juiz. Não é esse o alcance do princípio da inafastabilidade da Jurisdição que se deve extrair da regra constitucional.

25 “O atual art. 5o , XXXV, da CF é herança direta da Constituições anteriores, pois que essa regra veio inicialmente com a Constituição de 1946, em seu art. 141, § 4. Foi mantida na Constituição de 1967 e na Emenda de 1969, com texto de igual teor, no parágrafo quarto do art. 153. Mas Pontes de Miranda adverte que, ao contrário do que parece à primeira vista de muito daqueles que se debruçam sobre referido preceito constitucional, o destinatário primeiro dessa regra é o poder constituinte: ‘A regra jurídica constitucional do art.1 , 4 , em que o legislador constituinte formulou princípio de ubiquidade da justiça, foi a mais típica e a mais presente criação de 1946. Dirige-se ela aos legisladores (*verbis*, ‘a lei não poderá [...]’): os legisladores ordinários nenhuma regra jurídica podem edictar, que permita preclusão em processo administrativo, ou em inquérito parlamentar, de modo que se exclua (coisa julgada material) a cognição do Poder Judiciário’ (MIRANDA, 1971). No mesmo sentido está a doutrina constitucional de José Afonso da Silva (2005, p. 131)” (apud BUNN, Maximiliano Losso. Por um novo modelo de jurisdição: releitura do conceito de atividade jurisdicional na sociedade contemporânea. **Revista do CEJUR/TJSC: Prestação Jurisdicional**, v. 1, n. 3, p. 11-24, dez. 2015).

Ao proclamar a Constituição Federal de 1988 que o Acesso à Justiça é direito fundamental, o fez no sentido de que ao cidadão deve ser assegurada a prerrogativa de reclamar ao Estado a solução da controvérsia instaurada. Mas sendo certo que como qualquer direito fundamental o Acesso à Justiça também é naturalmente passível de restrição²⁶, a disposição do art. 5º, XXXV, da Constituição Federal de 1988 não garante que a lide seja analisada obrigatoriamente por um juiz togado. Garante, de forma exemplar dentro da lógica de um Estado de Direito²⁷, que não será desprezada pelo Estado (*lato sensu*). Esse é o alcance da regra constitucional.

Pensar diferente, como ainda por vezes se insiste, tornaria inexplicável a legalidade da Arbitragem, instituída pela Lei n. 9.307/96 e cuja constitucionalidade já foi reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal²⁸.

De igual modo, a prevalecer a tese de que por força do disposto no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal de 1988, qualquer lide deve necessariamente ser submetida ao crivo do Estado-Juiz, inexplicáveis também se tornariam, do ponto de vista da legalidade, o disposto nas Leis n. 8.951/84, que instituiu o depósito extrajudicial consignatório; 9.514/97 e 10.931/04, que cuidam da alienação fiduciária de bens imóveis e da consolidação extrajudicial da garantia fiduciária em favor do credor;

26 FILHO, Manoel Gonçalves Ferreira. **Direitos humanos fundamentais**. 12. ed., São Paulo: Saraiva, 2010, p. 88.

27 “*Lato sensu*, o ordenamento estatal fundado na Ordem Social e na segurança jurídica, cujas características são a legitimidade das instituições políticas, a legalidade dos atos da Administração, a independência entre os poderes, o controle judicial das leis e a garantia dos direitos dos cidadãos [...]” (MELO, Osvaldo Ferreira de. **Dicionário de política jurídica**. Florianópolis: OAB-SC, 2000, p. 38).

28 Agravo Regimental na Sentença Estrangeira n. 5206-7, STF, Pleno, j. 8.5.1997, rel. Ministro Sepúlveda Pertence.

11.101/05, que entre outras coisas instituiu a recuperação extrajudicial de empresas; 11.441/07, que permite aos interessados, nos termos da disciplina legal, realizar a separação e o divórcio consensual, bem como a partilha e o inventário sem qualquer intervenção do Poder Judiciário; e 11.977/09, ainda como exemplo, e que trata da regularização fundiária dos bens imóveis diretamente pelo Oficial do Registro de Imóveis.

Anoto que por esses motivos a concepção que se pretende do sistema jurídico pátrio e do disposto no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal de 1988, consoante a lógica de que é do Estado a legitimidade para distribuir a Justiça e dele, portanto, a prerrogativa de construir um sistema que atenda a esse mandamento constitucional, é um pouco mais ousada do que a doutrina já sustenta²⁹. É que sendo certo que o atual modelo de Jurisdição não mais se mantém, consoante as premissas aqui já plantadas, tem-se como absolutamente equivocado o entendimento de que o Estado não poderia racionalizar o Acesso à Justiça mediante a imposição de degraus cogentes na escalada do processo compositivo da demanda, notadamente porque a manutenção do atual modelo é que implica em negativa à vontade do Constituinte Originário.

Porque oportuna, vale trazer a respeito a doutrina de Marli Marlene Morais Costa e Mariane Camargo D'Oliveira:

Judicializar as litigiosidades não tem se configurado em uma alternativa viável e solucionadora dos conflitos sociais, já que estes são funcionalizados pelo Poder Judiciário e não tratados, o que é, em tese, desejado e adequado. Como corolário, a prestação jurisdicional tem se caracterizado, notadamente, pela morosidade processual e pelo excessivo demandismo. Mostra-se essencial, portanto, repensar as estruturas que estão postas, visando propor novos modelos e novos meios de administrar as controvérsias. Nesse ponto, exsurge práticas extrajudiciais

29 BACELLAR, Roberto Portugal. **Juizados Especiais**: a nova mediação paraprocessual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 69.

como instrumentos complementares no gerenciamento dos conflitos, a fim de responder tal demanda.³⁰

Desse modo, se o Estado busca efetivamente realizar o Direito Fundamental de Acesso à Justiça, como logicamente há de ser, parece imprescindível que seja abandonada a concepção não realista de irrestrito exercício do direito de ação ao Poder Judiciário, porque a análise do contexto atual demonstra que não será possível alcançar melhora alguma com a atual sistemática de Jurisdição.

O modelo que está posto hoje, buscando conferir Acesso irrestrito à Justiça, nada mais criou do que um sistema que confere um “acesso inautêntico”³¹, à medida que, efetivamente, não garante acesso à Justiça do ponto de vista material. Paradoxalmente, como prefaciou o Min. Teori Zavaski na obra de Julio Cesar Marcellino Jr., “[...] quanto mais amplo o acesso à justiça, menos satisfatória se tornou a prestação jurisdicional”³².

Desse modo,

Impende, pois, no limiar deste novo milênio uma releitura, atualizada e contextualizada, do constante no inciso XXXV do art. 5º da CF, para o fim de tornar esse enunciado aderente, assim, à realidade judiciária brasileira

30 A resignificação do estado democrático contemporâneo instrumentalizada pelo exurgimento de uma nova cultura político-jurídica de acesso à justiça: uma (re) construção da matriz principiológica constitucional na materialização de direitos. Revista **Novos Estudos Jurídicos - Eletrônica**, Itajaí, v. 19, n. 3, p. 787-807, set./dez. 2014. Disponível em: <<http://siaiweb06.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/6669/pdf>>. Acesso em: 25 jul. 2016.

31 MARCELLINO JUNIOR, Julio Cesar. **Análise econômica do acesso à justiça**: a tragédia dos custos e a questão do acesso inautêntico. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 170.

32 MARCELLINO JUNIOR, Julio Cesar. **Análise econômica do acesso à justiça**: a tragédia dos custos e a questão do acesso inautêntico. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 1.

– sufocada por uma massa quase inadministrável de processos – como às novas necessidades trazidas por uma sociedade massificada e conflituosa, comprimida num mundo globalizado. Urge não tomar a nuvem por Juno, vendo naquele dispositivo um conteúdo utópico e insustentável, ou seja, uma genérica, incondicional e prodigalizada oferta de prestação judiciária, promessa que nenhum Estado de Direito consegue cumprir, nem mesmo a maior potência mundial, falando B.G.Garth numa verdadeira *litigation crisis* ou numa *litigation explosion*, resultantes de sucessivas crises econômicas, sociais, políticas e até...jurídicas.³³

Derradeiramente, cabe ainda deixar reforçado o fato de que a interpretação agora emprestada ao mandamento constitucional do art. 5º, XXXV, da Constituição Federal não implica a quebra do monopólio da Justiça estatal (compreendido o fato de que o Estado-Juiz é oriundo do Estado apenas como divisão administrativa de competências), uma vez que todos os mecanismos (transação, mediação, arbitragem, juiz de paz etc.) porventura utilizados na efetivação do processo compositivo das lides estarão, necessariamente e obviamente, sob o império da lei. Ou seja, sob o controle estatal e dentro da lógica de um Estado de Direito.

2. Necessária racionalização do Acesso à Justiça: a reserva das decisões do Poder Judiciário

Avançando na análise da problemática proposta, e com base no todo o exposto até agora, pode-se afirmar, então, que demonstrado que a regra do art. 5º, XXXV, da Constituição Federal de 1988 reclama interpretação pragmática e consoante os hodiernos parâmetros de análise da atividade Jurisdicional, é possível ao Estado adotar medidas cogentes que, lidando com a Litigância Abusiva, assegurem efetivo tratamento das lides apresentadas.

33 MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **A resolução dos conflitos e a função judicial no contemporâneo estado de direito**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 69.

Para tanto, caberá ao Estado tratar o fenômeno da Litigância Abusiva de forma particular e diversa em relação à Litigância Frívola e à Litigância habitual.

Sobre o tema, a propósito, discorrem Mauro Cappelletti e Bryant Garth:

Existem muitas características que podem distinguir um litígio de outro. Conforme o caso, diferentes barreiras ao aceso podem ser mais evidentes, e diferentes soluções, eficientes. Os litígios por exemplo diferem em sua complexidade. É geralmente mais fácil e menos custoso resolver uma questão simples de não-pagamento, por exemplo, do que comprovar uma fraude. Os litígios também diferem muito em relação ao montante da controvérsia, o que frequentemente determina quanto os indivíduos (ou a sociedade) despendirão para solucioná-los. Alguns problemas serão mais bem ‘resolvidos’ se as partes simplesmente se ‘evitarem’ uma à outra.

A importância social aparente de certos tipos de requerimentos também será determinante para que sejam alocados recursos para sua solução. Além disso, algumas causas, por sua natureza, exigem solução rápida, enquanto outras podem admitir longas deliberações.³⁴

Nessa ordem de ideias, veja-se que para a litigância frívola, caracterizada pela evidente desproporção entre os custos do processo e a probabilidade do Direito³⁵ alegado, parece ser bastante razoável que o Estado crie degraus no processo compositivo da lide, de modo a impor ao litigante a submissão obrigatória a medidas extrajudiciais de composição como a conciliação, mediação e arbitragem, a serem conduzidas por terceiros habilitados segundo os parâmetros legais,

34 **Acesso à justiça.** Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988, p. 71-72.

35 Aquilo que é devido a alguém segundo as regras jurídicas.

porque nesse caso os custos são substancialmente menores, além de não haver o direcionamento de mais uma demanda ao juiz togado.

Desse modo, somente em hipóteses bastante restritas a serem enunciadas pela lei poderia uma lide frívola chegar ao Poder Judiciário, a fim de que sobre ela fosse proferida decisão efetivamente judicial. Raciocinar de modo diverso inverte, aliás, como atualmente se pode constatar, toda a lógica de que a Jurisdição tem a função primordial de atender à paz social e não ao interesse individual.

Além disso, com a transferência dos custos do processo compositivo aos interessados, certamente a lide frívola sofreria já no seu nascedouro uma análise de custo-benefício, com a inevitável desistência da postulação em grande parte das postulações, com igual efeito a bem da estabilização da paz social.

Bastante similar, diga-se, é a ponderação que sobressai da pesquisa realizada por Julio Cesar Marcellino Jr. sobre o tema (ainda que os paradigmas do trabalho desse estudioso tenham sido a vertente da *economic law* e do efficientismo do Poder Judiciário), tendo por base nesse ponto específico o trabalho de Alexandre Morais da Rosa³⁶:

A parcela de demandas judiciais irrelevantes economicamente acarreta custo de transação que não se justifica. Desse modo, seria importante haver uma avaliação prévia por parte do magistrado quanto à relevância social do contrato-litígio e da possibilidade de sua rejeição ou não acolhimento pelo Judiciário. Poder-se-ia, segundo o autor, fazer-se, até mesmo, por meio de decisão liminar, no caso de constatação de ser negativa a relação custo-benefício da demanda.

Morais da Rosa explica que seria estabelecer um condicionante econômico da ação, ou seja, um critério da análise custo-benefício para rejeitar ações

36 Apud MARCELLINO JR., Julio Cesar. **Análise econômica do acesso à justiça**: a tragédia dos custos e a questão do acesso inautêntico. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 191.

economicamente irrelevantes. Afirma, ademais, que ‘ninguém pactua um contrato para gastar mais do que seu próprio objeto pode gerar de riqueza; e não há sentido no estabelecimento de uma demanda com custo negativo.

Por sua vez, relativamente às demandas habituais, que em última análise provêm das grandes corporações³⁷ e estão fundadas, outrossim, numa análise de custo e benefício, seria de grande importância a efetiva transferência e imposição ao vencido, ao final, não apenas da taxa judiciária, que nada mais representa que um preço mínimo pelo serviço judiciário, e da sucumbência processual, mas realmente dos reais custos do processo.

De igual maneira, sobretudo nas lides consumeristas e empresariais de baixa complexidade, traduzidas quase sempre nas ditas “ações de

37 “Com o objetivo de proporcionar um retrato mais apurado do extraordinário volume de processos protocolados diariamente no Poder Judiciário, a Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB) realizou, sob a coordenação da professora Maria Tereza Sadek, e o auxílio do estatístico Fernão Dias de Lima, uma pesquisa em 11 Unidades da Federação com o objetivo de verificar quais são os principais demandantes e demandados, no Primeiro Grau, no Segundo Grau e nas Turmas Recursais dos Juizados Especiais. O período de análise compreende os anos de 2010, 2011, 2012 e 2013. A partir dos dados coletados, foram extraídos os 100 maiores litigantes no polo ativo (aquele que toma a iniciativa do processo no Primeiro Grau) e passivo (aquele que é processado no Primeiro Grau), bem como os litigantes nos polo ativo e passivo no Segundo Grau e Turmas Recursais. O estudo mostra que em oito das 11 Unidades da Federação pesquisadas, o Poder Público municipal, estadual e federal concentra a maior parte das ações iniciadas no Primeiro Grau (parte do polo ativo), no grupo dos 100 maiores litigantes. E no polo passivo, o setor econômico representado por bancos, empresas de crédito, de financiamento e investimentos é o principal demandado em sete estados e no Distrito Federal. O exame dos 100 maiores litigantes nas 11 unidades pesquisadas apurou que um número extremamente reduzidos de atores é responsável por pelo menos a metade destes processos” (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Os 100 maiores litigantes**. Brasília, 2011. Disponível em: <www.cnj.jus.br>. Acesso em: 11 mar. 2016).

massa”, ferramenta importante a ser sistematizada como necessário degrau no processo compositivo da demanda é a imposição do uso da arbitragem pelos envolvidos.

Dessa forma, também aqui com a atribuição de custos e responsabilidades aos interessados, igualmente estar-se-ia forçando os pretensos litigantes a analisar a necessidade/utilidade de demandar perante o Estado, inviabilizando que a judicialização das controvérsias, e o tempo necessário para sua resolução, atue em favor justamente daqueles que temerariamente fazem uso do Poder Judiciário.

Repita-se: nada haveria de ilegal nessa atividade de filtragem e encaminhamento das demandas ao sistema de resolução (arbitragem, conciliação, mediação etc.) mais apropriado à controvérsia apresentada, consoante as particularidades da lide (valor, complexidade, probabilidade, v.g.). Constituir-se-ia tal proceder em mero exercício pelo Estado do dever-poder de Jurisdição que, como visto, não se esgota nem unicamente nos pronunciamentos do Poder Judiciário e, muito menos, na simplista e ineficiente lógica adversarial do processo³⁸.

38 No mesmo sentido a lição de Julio Cesar Marcellino Jr.: “A partir dessa perspectiva, de que o processo judicial deve ser pensado tendo a Constituição Federal como norte, é que se procura desenvolver, neste estudo, possibilidades de enfrentamento do problema de excesso de litigância. A Constituição prevê o direito de acesso à justiça como garantia-pilar do Estado democrático de Direito. Contudo, a realidade praticada no cotidiano forense tem feito com que aquela garantia constitucional não esteja sendo concretizada de modo efetivo e eficiente. O amplo acesso à justiça, como já dito, tem sido concretizado apenas de modo aparente ou inautêntico. O excesso de litigância, especialmente no que toca à frivolidade e habitualidade, tem se apresentado como óbice que precisa ser enfrentado e revisto. A necessidade de se estabelecer um critério objetivo que permita ao magistrado ‘filtrar’ o excesso de litigância é premente. O direito de ação e o amplo acesso à justiça não podem ser utilizados como escudos para obstruir o funcionamento pleno do Poder Judiciário. A abusividade precisa ser combatida, o que poderá ser feito pelo reconhecimento da viabilidade da utilização da avaliação custo-benefício no momento da acolhida da ação judicial” (**Análise econômica do acesso à**

Sobre a temática, aliás, em precedente estudo sobre o Uso Predatório da Jurisdição, no qual realizamos objetivo estudo acerca do quantitativo da Litigância Habitual, consignou-se:

Assim, não basta a legislação restringir o uso abusivo das ferramentas processuais pelos grandes litigantes. É necessária também uma compreensão diversa dos mecanismos de acesso ao Poder Judiciário, considerando que se trata de uma via excepcional (e não uma primeira via), acessível somente depois de um efetivo esforço compositivo na via administrativa. A sensibilização para as recentes campanhas visando a estimular os acordos, a exemplo daquelas promovidas pelo CNJ, merece, então, ser um dos aspectos a ser considerados pelos grandes litigantes. Outro elemento que poderia estimular tal esforço conciliatório pelas grandes corporações perpassa por analisar a lógica de mercado que as rege, transferindo-lhes, por exemplo, os custos econômicos referentes ao litígio judicial, de modo a desconfigurar eventuais vantagens pelo excesso de litigiosidade e pela morosidade judicial. Outra opção seria a imposição legal de cláusulas compromissórias obrigatórias nos negócios jurídicos privados, para fins de reforçar uma tentativa de resolução extrajudicial e pré-processual do litígio, como requisito para acesso à jurisdição. Também se poderia cogitar a instituição de sanções cíveis específicas, a exemplo dos danos morais na modalidade punitiva (punitive damages), para estimular o respeito à legislação protetiva dos vários setores (como a consumerista e a referente aos planos de saúde, por exemplo). Ainda ao lado dessas recomendações para racionalização do acesso à justiça, é possível a criação de mecanismos de controle e atuação coercitiva no campo dos interesses coletivos, por parte das agências reguladoras e do Ministério Público, proporcionando, com isso, que a correção da má conduta negocial no mercado de consumo dê-se do aspecto geral para o individual, e não o contrário, como hoje acontece⁵ (por óbvia incapacidade de absorção e resolução efetiva de um excesso de lides individuais).³⁹

justiça: a tragédia dos custos e a questão do acesso inautêntico. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 195).

39 BUNN, Maximiliano Losso; JUNIOR, Orlando Luiz Zanon. Apontamentos preliminares sobre o uso predatório da jurisdição. **Revista Direito e Liberdade – RDL**

Ante o até aqui exposto, acreditando-se ter havido suficiente inserção na matéria, ao menos para os objetivos do presente trabalho, é possível desde logo afirmar que, diante da interpretação pragmática que aqui se propõe, aliada a uma visão hodierna do processo enquanto ferramenta para a realização do Justo, que a criação pelo Estado de um sistema de degraus de acesso ao processo compositivo legal das demandas, ou mesmo com a imposição de condicionantes para o Acesso à Justiça, maltrato algum haveria ao disposto no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal de 1988, à medida que essa conduta constituiria mero tratamento isonômico ao jurisdicionado, porque prestado consoante as desigualdades legalmente elencadas e as particularidades existentes.

Diga-se também, a bem da verdade, e por derradeiro, que somente assim poderemos sair do atual cenário, em que o “faz de conta”⁴⁰ do Acesso à Justiça irrestrito fomenta a Litigância Abusiva e joga por terra a construção de uma ordem jurídica verdadeiramente justa, à medida que o fator temporal (notadamente, porque muitos outros são os fatores que ainda dificultam o alcance da Justiça das decisões judiciais) tem prejudicado de modo severo a efetividade das decisões proferidas pelo Poder Judiciário, colocando em risco a própria legitimidade desse Poder Estatal.

– ESMARN, v. 18, n. 1, p. 247-268, jan./abr. 2016.

40 “Pelo que se pode perceber, o modelo tradicional de acesso à justiça foi amplamente acolhido no Brasil, encontrando, apesar da demora, identidade com a realidade vivida neste País, especialmente na década de 80 do século XX. O discurso da escola de Florença fazia muito sentido em um País que editava, à época, sua nova Constituição, com preocupações muito voltadas aos graves problemas sociais existentes. O que ocorreu ao longo do tempo foi, de fato, certa frustração em relação a esse prometido acesso à justiça. Num País com dificuldades de investir no aparato estatal, tendo por consequência um Poder Judiciário limitado em termos de recursos, foi ficando cada vez mais difícil atender a todas as demandas judiciais em tempo e forma razoáveis. A lentidão processual foi consequência direta de um aparato judiciário que não estava preparado para receber todas as novas demandas do pós-Constituição” (MARCELLINO JR., Julio Cesar. **Análise econômica do acesso à justiça: a tragédia dos custos e a questão do acesso inautêntico**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 113).

Considerações finais

Em que pese o fato de a impossibilidade de o Poder Judiciário assimilar e processar em tempo razoável as lides que são apresentadas a julgamento, com prejuízo direto à própria Justiça das suas decisões, o problema da morosidade do Estado-Juiz ainda é problemática presente e sem solução que se possa enxergar a curto prazo.

Evidenciam e agravam esse quadro o fato de a litigiosidade caminhar a passos largos, sobretudo em um País tão carente de Direitos Sociais, numa Sociedade de consumo e em tempos de crise econômica.

Igualmente, dando a conta final do esgotamento do clássico modelo de Jurisdição, sobrevém a escassez de recursos financeiros para incrementar a estrutura humana e material, prática que até agora permitiu ao Estado ao menos sustentar em três pernas a função estatal de distribuir Justiça.

Por tudo isso está claro, outrossim, que é imprescindível uma mudança de paradigmas no que toca ao processo compositivo dos conflitos e de direção na condução da função Jurisdicional.

E acredita-se que, partindo dessas premissas, e demonstrado o fato de que o princípio da inafastabilidade da Jurisdição não importa em necessária presença do Poder Judiciário no processo compositivo de qualquer conflito existente na Sociedade, a construção de uma sistemática cogente de tratamento das demandas, com degraus de Acesso à Justiça que distribuam a função estatal de realizar a Justiça entre vários agentes, é efetivamente medida que pode ser muito útil na solução do problema da morosidade julgadora.

De igual forma, a distribuição de Justiça por outros agentes estatais que não o Poder Judiciário seria também extremamente importante para reduzir os custos inerentes à atividade estatal e, ao mesmo tempo, atribuir responsabilidades às partes, com reflexo direto no processo autocompositivo das lides.

Enfim, medidas até então tidas como meramente auxiliares, colocadas ao lado do processo adversarial, são agora a saída para a recuperação da boa função julgadora estatal, entendida como o exercício da Jurisdição de modo efetivo e em tempo razoável.

Resta ver, todavia, quanto tempo o Legislador levará para se atentar a tais circunstâncias, alterando o modelo de Jurisdição hoje esgotado. Porque cedo ou tarde esse cenário terá de ser alterado, vez que o vigente quadro não se sustentará por muito tempo. Não dentro de um Estado de Direito que por pressuposto necessita do exercício da legalidade. Cabe apenas torcer, atentando-se à legitimidade do próprio Poder Judiciário enquanto decorrência direta da Justiça das suas decisões, que essas mudanças não tardem.

Referências

ABREU, Pedro Manoel. **Acesso à justiça e juizados especiais**: o desafio histórico da consolidação de uma justiça cidadã no Brasil. Florianópolis: Conceito, 2008.

BACELLAR, Roberto Portugal. **Juizados Especiais: a nova mediação paraprocessual**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Texto Consolidado até a EC n. 85/2015. Portal do Senado Federal: Legislação. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/legislacao/const/con1988/CON1988_26.02.2015/art_1_.shtm>. Acesso em: 30 mar. 2016.

BUNN, Maximiliano Losso. Por um novo modelo de jurisdição: releitura do conceito de atividade jurisdicional na sociedade contemporânea. **Revista do CEJUR/TJSC: Prestação Jurisdicional**, v. 1, n. 3, p. 11-24, dez. 2015.

BUNN, Maximiliano Losso; JUNIOR, Orlando Luiz Zanon. Apontamentos preliminares sobre o uso predatório da jurisdição. **Revista Direito e Liberdade – RDL – ESMARN**, v. 18, n. 1, p. 247-268, jan./abr. 2016.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Os 100 maiores litigantes**. Brasília, nov. 2011. Disponível em: <www.cnj.jus.br>. Acesso em: 11 mar. 2016.

_____. **Estudo comparado sobre recursos, litigiosidade e produtividade**: a prestação jurisdicional no contexto internacional. Brasília, nov. 2011. Disponível em: <www.cnj.jus.br>. Acesso em: 11 mar. 2016.

_____. **Justiça em números 2015**. Disponível: <<http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoess/pj-justica-em-numeros>>. Acesso em: 11 mar. 2016.

COSTA, Marli Marlene Moraes; D'OLIVEIRA, Mariane Camargo. A resignificação do estado democrático contemporâneo instrumentalizada pelo exurgimento de uma nova cultura político-jurídica de acesso à justiça: uma (re)construção da matriz principiológica constitucional na materialização de direitos. **Revista Novos Estudos Jurídicos - Eletrônica**, Itajaí, v. 19, n. 3, p. 787-807, set./dez. 2014. Disponível em: <<http://siaiweb06.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/6669/pdf>>. Acesso em: 25 mar. 2016.

FGV. Relatório ICJBrasil - 2º semestre / 2015. **Relatório com os dados da pesquisa Índice de Confiança na Justiça (ICJBrasil) referente ao 2º semestre de 2015**. Disponível em: <<http://www.portal.fgv.br/temas-dos-periodicos/estado-direito>>. Acesso em: 12 abr. 2016.

FILHO, Manoel Gonçalves Ferreira. **Direitos humanos fundamentais**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **A resolução dos conflitos e a função judicial no contemporâneo estado de direito**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MARCELLINO JUNIOR, Julio Cesar. **Análise econômica do acesso à justiça**: a tragédia dos custos e a questão do acesso inautêntico. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

MELO, Osvaldo Ferreira de. **Dicionário de política jurídica**. Florianópolis: OAB-SC, 2000.

PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica**: teoria e prática. 13 ed. rev., atual. e amp. Florianópolis: Conceito, 2015.

SILVA, de Plácido e. **Vocabulário jurídico**. Atualizadores: Nagib Slaibi Filho e Priscila Pereira Vasques Gomes. 31. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

DISCURSOS

DISCURSO PROFERIDO PELO DESEMBARGADOR RODRIGO COLLAÇO, EM NOME DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SANTA CATARINA, PARA SAUDAR OS NOVOS DESEMBARGADORES EMPOSSADOS

“Agradeço, honrado, ao convite formulado pelos colegas Newton Varella Júnior e Rodolfo César Ribeiro da Silva Tridapalli para, em nome do Tribunal de Justiça, proferir algumas palavras de boas-vindas por ocasião de suas promoções para o cargo de Desembargador. É evidente que, nesta celebração, maior atenção deverá ser direcionada ao que têm a dizer os próprios empossandos. Afinal, é essencialmente em razão deles que estamos reunidos. Por outro lado, a solenidade não tem significado individual, nem meramente interno deste Tribunal. É momento que interessa a cada cidadão catarinense, tendo em vista as funções que serão exercidas pelos ilustres colegas recém-promovidos. Ambos não só passam a ocupar suas cadeiras neste Plenário e a acumular outras tantas atribuições, mas também estarão, agora como titulares, entre os responsáveis pelo julgamento dos recursos interpostos contra decisões proferidas por centenas de juízes de primeiro grau distribuídos pelo território catarinense. Os cidadãos que, colocando o seu direito sob o crivo do Poder Judiciário, não se vejam satisfeitos com uma decisão em primeira instância têm direito a uma segunda chance, a uma nova apreciação de sua causa. É esse o mais relevante motivo de existência desta Corte. Tal como o paciente que, diante de um diagnóstico desfavorável, tende a buscar uma segunda opinião médica, a parte perdedora vem ao Tribunal para obter uma nova apreciação do seu direito. Todos nós, evidentemente, cometemos erros. E, ainda que acertemos, nossa concepção individual de justiça não é absolutamente uniforme nem nunca será insuscetível de censura. É, portanto, nessa falibilidade humana que encontramos a razão primeira para o mecanismo de revisão das decisões judiciais. Aqui nesta Casa de Justiça, temos a grave e primordial missão

de reavivar e, por vezes, alterar a solução já aplicada por outro magistrado acerca de relações jurídicas conflituosas. Essa importante e fundamental tarefa revisional, por força da Constituição, recai sobre os ombros de quem, após longos anos como juiz de carreira em variadas regiões do Estado, amejou experiência e conhecimento suficientes para dar uma resposta que sirva de algum conforto ao perdedor e para tornar seguro e confiante o vencedor da demanda. O objetivo é, em última análise, tornar mais vivo, entre as partes, o sentimento de justiça. Nesse passo é que me cabe exaltar os colegas que aqui e hoje tomam posse: Newton e Rodolfo. Ambos que, em verdade, já bem demonstravam ser magistrados competentes, ponderados e justos, mas que agora se sagram Desembargadores deste Tribunal de Justiça. Newton Varella Júnior é promovido a Desembargador após 27 anos de exercício na magistratura. Como já referido, desde quando ingressou na magistratura catarinense, em 9/5/1989, percorreu as comarcas de São Domingos (1992), Mondai (1993), Porto União (1994), Joinville (como substituto e de 1994 a 2001) e Capital (de 2001 a 2008). Tornou-se Juiz de Direito de 2º Grau em 29/1/2009, com atuação na Câmara Especial Regional de Chapecó, na 1ª Câmara Criminal e, até recentemente, como cooperador junto à 4ª Câmara Criminal, órgão em que, até poucos dias atrás, tive a grata oportunidade de com ele participar de inúmeros julgamentos. Pessoa versátil, reveza-se entre a resolução de questões jurídicas e os acordos e dedilhados de sua guitarra, os mesmos que escuta quando reserva um tempo para apreciar seu bom acervo de títulos musicais. Filho, marido e pai exemplar, como podem confirmar aqui as presenças de sua querida mãe, Armanda Alba Medeiros Varella, de sua esposa, Margarete, de suas filhas — Leah Magdalene, Ana Marisa, Mayla Cristina e Amanda Carolina —, irmã, genros e demais familiares. Newton Varella é homem agradável, digno, sincero e fiel aos seus ideais. Continuará a abrilhantar o Tribunal de Justiça de Santa Catarina. O empossando Rodolfo César Ribeiro da Silva Tridapalli passa a compor o Tribunal de Justiça nos seus recém-completados 28 anos de exercício da magistratura. Como exposto, atuou

como substituto na circunscrição de Seara e, como titular, nas comarcas de Itapiranga (1990 a 1992), de Braço do Norte (até 1993), de Videira (1993 e 1994) e, com destaque, na comarca de Itajaí, onde por cerca de dezessete anos deixou sua reconhecida marca de juiz operante. Tanto é assim que, desde que chegou ao Tribunal na condição de Juiz Substituto de Segundo Grau, o magistrado Rodolfo, além das atividades de substituição, foi lotado na Câmara Civil Especial, a chamada ‘câmara de agravos’. Esse espaço de atuação jurisdicional bem serviu para demonstrar as qualidades do empossando, porque notadamente na câmara de agravo o juiz precisa ser célere, ponderado e decidido, deve ter apreço pela eficácia e eficiência das decisões judiciais. Todas essas características ficaram consagradas nos milhares de decisões proferidas pelo Juiz Rodolfo. Estou certo de que, tanto pelos relevantes serviços já prestados como por aqueles que ainda prestará, deve o agora Desembargador Rodolfo ser motivo de orgulho para Claudete Carneiro Ribeiro, sua mãe, para suas filhas — Bruna Luísa, Maria Eduarda e Maria Sophia —, para sua esposa, Daniela, e demais familiares. No mais, esperamos que, conquanto já não seja mais adepto do voo livre e de outras atividades mais radicais, Rodolfo conduza com cautela sua motocicleta a bem da integridade deste colegiado. Dados esses breves perfis dos prezados colegas, tenho a dizer que a história como membros titulares do nosso egrégio Tribunal de Justiça de Santa Catarina começa agora a ser escrita pelos Desembargadores Newton Varella e Rodolfo Tridapalli. Ambos recebem hoje um livro em branco. Daqui a alguns anos todos nós iremos confirmar de que forma Suas Excelências o escreveram. Não tenho dúvidas, pelo tanto que demonstraram ao longo de suas exitosas carreiras, de que estaremos diante de belas obras, bem acabadas, cujo capítulo final será o excelente serviço prestado à justiça e a realização da felicidade pessoal. Bem-vindos ao Tribunal de Justiça catarinense. Sejam muito felizes”.

DISCURSO DE POSSE PROFERIDO PELO DESEMBARGADOR NEWTON VARELLA:

“A magistratura, por sua natureza, acima de profissão ou carreira, é um ideal. A investidura na desembargadoria, hoje, é mais um capítulo na minha história, a qual se iniciou há 27 anos. O tempo é propício à reflexão, para além de uma solenidade passageira; é momento de homenagem, sim, mas também de agradecimento e de oportuna consideração aos de ontem e de hoje, que compartilharam, e comigo dividiram, o peso de carregar a toga nos ombros. Tomei posse como Juiz Substituto em 22 de maio de 1989. Foi um retrato único da vida, de todo especial: permitiria eu, como um retorno, a trilhar os mesmos caminhos de meu pai, ainda que não esperasse, como jamais ousei, alçar voo como tão bem ele o fez. Com efeito, *in memoriam*, reservo um lugar especial para meu pai neste singelo discurso, para que eu, como filho, permita que seu nome ecoe, como merecido, pelo alto Plenário desta Corte. Newton Varella era um homem superior em muitos aspectos. Era uma pessoa simples, humilde, mas intrépida. Em meados do século passado, foi aprovado no mesmo concurso que eu depois também me submeteria. Mais do que como magistrado, porém, teve um lugar especial reservado na história da aviação catarinense. Carinhosamente apelidado de ‘Juiz Alado’, ‘Samaritano do Ar’ e tantas outras adjetivações honrosas, meu pai dividia a função judicante com a aviação; — havia espaço para as duas em sua alma. Exímio piloto, foi competente instrutor e grande entusiasta da modalidade, fundando campos de pouso pelas comarcas em que passava. Reconhecido merecidamente como uma ‘lenda viva’, notabilizou-se sobretudo pela ajuda que prestava aos necessitados, não se furtando jamais a deixar de salvar uma vida. Por isso, por tudo que fez, foi condecorado, em 1951, com a medalha Honra ao Mérito, por prestação de serviços de utilidade pública. Seu nome, hoje, encontra-se eternizado no Fórum da Comarca de Garopaba. E com essas palavras

que vêm do coração, não poderia deixar de reverenciar meu pai; eu, em nome de minha família, mas também deste Tribunal, rendo esta digna homenagem à sua história. Minha mãe, Armanda Varella, que para minha alegria se encontra neste palco, como mulher, como esposa, inigualável, e como mãe, me deu a vida, todo o amor, a compreensão, o apoio, não somente material, mas acima de tudo espiritual, que como filho sou incapaz de estimar; — você é, e sempre será, a melhor mãe do mundo; Margareth, minha mulher; feliz coincidência do destino de ter nos unido; você sempre me amparou e acompanhou todas as alegrias e os desalentos da profissão; tivestes paciência e hoje vês seu consorte subir à Corte Catarinense como seu *novel* integrante— és a mulher que me completa, e por tudo sei, e quero que saibas, que aqui só estou porque sempre estiveste do meu lado. Obrigado, meu amor. Minhas filhas, Leah, Ana, Mayla e Amanda; são, e sempre serão, minha maior motivação, na vida e no trabalho; — sempre procurei ser o melhor pai; se infelizmente tanto me ausentei, foi para que pudessem desfrutar do melhor. O pai ama vocês. Meus irmãos Annita Maria, Ruth e Eucharis; não poderia esquecer de vocês, do profundo vínculo e lembranças que nos unem; para a minha felicidade, Ruthinha também se encontra aqui hoje. — à minha família, como um todo, fica aqui minha recordação. Na carreira, por sua vez, não foram poucas as amizades, algumas perdurando até hoje. Dentre as Comarcas, depois do vitaliciamento como juiz substituto na comarca de Joinville, assumi em São Domingos em 1992. Passei então por Mondáí, Porto União, novamente Joinville e enfim cheguei na Capital, em 2000. Após um período como Juiz Especial, alcei à condição de Juiz de Direito de Segundo Grau, atuando inclusive na Câmara Especial de Chapecó. Como um todo, são 7 anos perante esta Corte. Nesse tempo, foram inúmeros os laços formados, e não poderia, sem ser injusto, deixar de enaltecer o Desembargador Alcides dos Santos Aguiar, hoje aposentado, aqui especialmente presente para minha alegria; — um grande amigo, homem íntegro e de bem, que estimo como um verdadeiro padrinho. Fica aqui, em especial, meu agradecimento e respeito a esse notável Desembargador.

Expresso reverência, igualmente, a meus eminentes pares que compõem o Tribunal, que me louvaram a este momento culminante e memorável da minha vida de trabalho; — ter passado pelo crivo desta Augusta Casa, como não poderia deixar de dizê-lo, é uma honra ímpar. Registro a minha gratidão, ainda, aos eminentes Desembargadores da 4ª Câmara Criminal, de onde retirei belíssimas lições de Direito Penal e Órgão onde a Justiça Pública e Defesa sempre tiveram voz, e especialmente ao Des. Rodrigo Collaço pelas palavras generosas proferidas a meu respeito. Agradeço, por fim, a toda minha equipe, os atuais, aqui presentes, e aqueles que ficaram no passado; inestimáveis, em todos estes anos estive bem assessorado; — são servidores como vocês, comprometidos e confiáveis, que tanto engrandecem o Judiciário. Para encerrar, neste mais novo capítulo da minha carreira, renovo o compromisso que sempre me norteou: — o Direito, como obra humana, pode ser falível, mas tem o que de mais divino há no homem: o sentimento de Justiça! Muito obrigado”.

**DISCURSO DE POSSE PROFERIDO PELO
DESEMBARGADOR RODOLFO CEZAR RIBEIRO DA SILVA
TRIDAPALLI:**

“Momento ímpar na minha vida está em desenvolvimento e ora me proponho a dizer, brevemente, o que sinto de mais relevante. Minha mente foge do formalismo e meu coração impõe singeleza. Para atender estas premissas preciso escolher duas palavras de conteúdo e importância na minha carreira. Assim, escolhi os vocábulos AGRADECER e AMIZADE. Elas – agradecer e amizade – se permeiam plena e continuamente na minha história de vida familiar, pessoal e profissional. É meu dever agradecer por tanto que recebi até agora. Recebi o carinho de integrar uma pequena e estruturada Família. Pessoas simples, pessoas do bem e trabalhadoras. Adiantando a história, na década de 70, recordo minha Mãe, Professora Claudete, assumindo e capitaneando nossa Família então constituída por mim e minha irmã, Professora Maria Cristina. Dona Claudete, sob o revés de uma separação, assumiu a dura missão de criar sozinha dois adolescentes. Voltou a estudar com 32 anos. Graduada em letras, tornou-se Professora nas escolas públicas do meu torrão natal Resende. Passou pelas quase invencíveis dificuldades, contornando grandes obstáculos, tendo como baluarte a educação dos seus filhos. Passamos sérias dificuldades e não esmorecemos um minuto e o destino nos brindou com frutos maravilhosos. O que sustentou esse caminho foi o amor, o carinho e amizade de minha mãe. Entre tudo que sentimos e passamos, o que nos permeou profundamente, foi o a amizade. Amizade é o AMOR SUBLIMADO, ou o AMOR levado ao máximo. Logo, neste momento, minha amada Mãe, Professora Claudete Ribeiro da Silva, devo-lhe este agradecimento. Este reconhecimento público de que sem a senhora em nossas vidas, com certeza aqui hoje não estaríamos em conagração. Se há vitória, se há conquista, elas lhe pertencem. Obrigado, minha querida MÃE, com o meu eterno amor. Obrigado,

também, à minha culta irmã Maria Cristina Silva Dias, pelo seu fraterno amor. Obrigado, ainda, ao Sr. Carlos Alberto Silveira, meu segundo Pai em Família, pelo seu devotado carinho e pela sua profunda amizade. Para falar de AMIZADE, me faltam as palavras mais cultas e peço-lhes permissão para uma citação apropriada que busquei no Espiritismo de Kardec, em primoroso texto ditado pelo espírito de Bezerra de Meneses: ‘O verdadeiro amigo é aquele que é capaz de compartilhar com você coisas grandes, a fé, a caridade, a solidariedade. Amigo é aquele que, mesmo sabendo que você errou, é capaz de silenciar o máximo que puder para você jamais perder a autoestima. Amigo é aquele que, nos instantes de alegria, é capaz de nos abraçar e sorrir unido a nós e levar a notícia dessa alegria para que outros também se alegrem. O amigo é capaz de estar presente no instante em que a gente chora e sofre, mas é capaz também de respeitar a nossa ausência e nosso silêncio, não impondo confissões nem, em momento algum, que sejamos os portadores de privilégios que ele, na verdade, não deseja conceder. Amigo não é exclusivista, nem egoísta, ele compartilha. Porque amizade é um sentimento muito amplo e muito belo, é um sentimento que se expande de coração para coração, entrelaça as vidas e solidifica os elos de alma’. A todos os meus amigos, presentes e ausentes – e a estes endereço agora, meu melhor pensamento, para que estejam muito bem – registro com letras fortes de muito amor, o meu mais profundo agradecimento por terem sido até aqui tão lenientes com a minha alma, amparando-me com palavras, gestos, opiniões – contra ou favor –, apoio e suporte, que foram fundamentais para até aqui chegar em verdadeiro indulto, próprio da amizade. Foram tantos amigos cruzando meus caminhos, seguindo paralelamente a minha jornada, que me tornaria neste momento um ingrato ao esquecer algum nome. Todavia, tenho que falar de uns com o perdão de eventual omissão. Preciso registrar que nosso vizinho em Resende, RJ, Sr. Silvio Ramos Pimentel, quem me deu a palavra incentivadora para aos 18 anos tentar o concurso do Banco do Brasil do qual fui funcionário por quase 10 anos. Essa palavra abriu meu caminho. Depois, Bacharelado em direito, mudei-me para esta bela

e Santa Catarina e trabalhando na Agência Centro do Banco do Brasil, aqui na Praça XV, conheci Walter Herbster, Jaci Casagrande e Antônio Belarmino de Sousa. Colegas de banco que se tornaram verdadeiros amigos, todos me dando o amor em forma de conselhos e oportunidades. Pelos seus gestos de amizade segui firme nesta cidade. Aqui no fórum da capital também encontrei amigos que nasciam aos poucos. Mais uma vez, palavras de amizade em forma de conselhos, recebi o incentivo do então Desembargador Hélio Mosimann e do Juiz de Direito Paulo Galloti, hoje Ministros do STJ, já mercedamente aposentados. Mais uma vez, o caminho mudou e segui a *novel* carreira de Juiz de Direito nos idos de agosto de 1988. Percorri mais de 14 cidades em 28 anos, inclusive os 5 anos aqui nesta Corte como Juiz de Direito de Segundo Grau. O que tenho para todos que participaram desse caminho é o meu profundo agradecimento pelo o amor de suas amizades. Agradecer é o meu mote. A todos que trilharam, direta e indiretamente, comigo nesta carreira da justiça, meu agradecimento não teria fim por tudo que me ajudaram. Lembro-me de todos os auxiliares do Poder Judiciário, as equipes de todas as comarcas e, em especial, pelo longo tempo de convivência, com as equipes de Itajaí e Capital. Lembro-me, também, de todos os Ilustres Advogados e Promotores de Justiça com quem convivi durante a carreira. Nosso Gabinete, como bem gostamos de assim falar, é formado de servidores de primeira grandeza em todos os aspectos. Foram obreiras fortes, dedicadas, destemidas, treinadas, polidas, cultas, leais e comprometidas com a causa pública visando sempre o jurisdicionado. Sem vocês, minhas estimadas Servidoras, não estaria aqui com o peito tranquilo do dever bem cumprido! Agradeço à minha Família. Todos sabem o quanto o Magistrado é dedicado ao seu labor e isso importa em subtrair tempos preciosos da Família. Minha esposa e minhas filhas bem o sabem. Agradeço, também, à minha esposa Daniela Tridapalli Silva, às nossas filhas Maria Eduarda e Maria Sophia, à minha filha Bruna Luísa. Vocês são os anjos que Deus me emprestou por tudo de bom que tenho merecido nesta vida. Minha esposa, Daniela, talhada para ser Mãe de

grandeza elogiável e assumindo o comando da casa e do seu trabalho, propiciou a leveza das minhas grandes responsabilidades na execução da minha vida profissional. A você tributo meu amor por tudo que tem feito por mim e por nós em Família. Por fim, meus presentes e futuros amigos, agradeço o amor de suas amigadas que me permitiram este glorioso momento. Muito obrigado”.

**DISCURSO DE ENCERRAMENTO PROFERIDO PELO
DESEMBARGADOR JOSÉ ANTÔNIO TORRES MARQUES,
PRESIDENTE DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SANTA
CATARINA, NA SESSÃO DE POSSE DOS NOVOS
DESEMBARGADORES:**

“Presenciamos hoje mais uma etapa do constante ciclo de renovação Corte Catarinense. Divididos entre a nostalgia da despedida e a alegria do acolhimento de novos pares, recebemos os colegas Newton Varella Júnior e Rodolfo Cezar Ribeiro da Silva Tridapalli, cuja trajetória de dedicação e desprendimento em prol da melhoria da atividade jurisdicional é digna de louvor. Essa nova fase da carreira convida-os a ratificar o compromisso com o serviço público e a participar da reunião de esforços para que juntos possamos construir um Poder Judiciário adequado aos tempos contemporâneos. Com votos de sucesso na jornada que se inicia, saúdo os novos Desembargadores e seus familiares que compartilham com mérito desse momento de júbilo. Sejam bem-vindos ao nosso convívio”.

DISCURSO PROFERIDO PELO DESEMBARGADOR JOSÉ ANTÔNIO TORRES MARQUES, PRESIDENTE DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SANTA CATARINA, EM COMEMORAÇÃO AOS 125 ANOS DE INSTALAÇÃO DESTA CORTE DE JUSTIÇA:

“Cinco desembargadores em uma modesta sala na Casa da Câmara. As instituições, sem dúvida, são obras avalizadas pelo tempo, e o centésimo vigésimo quinto aniversário do Tribunal de Justiça de Santa Catarina atesta que há muito a história o acompanha. Seu alvorecer, em 1º de outubro de 1891, ocorreu no despertar do regime republicano, em meio a conflitos ideológicos, políticos e territoriais. Entre a Revolução Farroupilha e a Guerra do Paraguai, e a Revolução Federalista e a Guerra do Contestado, nascia o então Superior Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. Fruto da revolução que derrubou a Coroa, trazia, em meio a campos de batalha, a missão de zelar por um regime livre e democrático. A história nos revela que em cenários como esses o vigor das instituições é testado. Victor Hugo, notável escritor e implacável defensor dos ideais republicanos, advertiu sobre a força das ideias ao asseverar que ‘resistimos à invasão dos exércitos; não resistimos à invasão das ideias’. E a ideia de atribuir maior alcance à justiça, de assegurar o direito à liberdade, à segurança e à propriedade nos mais distantes recônditos foi abraçada pela Primeira Carta Republicana de nosso País ao estabelecer o regime presidencialista, o princípio da Federação e a autonomia dos Estados, e permeou esta Corte desde o início. Nos trabalhos realizados para conter ânimos acirrados pela Primeira e pela Segunda Guerra Mundial em razão do elevado número de imigrantes alemães e italianos no Estado. Na posse da primeira mulher no cargo de juíza. No pioneirismo na criação do Fundo de Reaparelhamento do Judiciário. Fez-se notar o espírito aguerrido e progressista deste Tribunal, sempre atento aos anseios da sociedade. De fato, em muitos pontos a trajetória do Tribunal de Justiça confunde-se com a história do povo de

Santa Catarina, que pôde acompanhar no decorrer dos anos a expansão do Poder Judiciário catarinense, manifestada na instalação de cento e onze comarcas em todos os rincões do Estado. Acompanhou também as necessárias alterações de sedes. Da Casa da Câmara ao sobrado na Rua Jerônimo Coelho, do Palácio da Justiça da Praça Pereira Oliveira às instalações provisórias na Agência Ford, e de lá para este prédio, o Palácio da Justiça Ministro Luiz Gallotti. Assim como as frequentes mudanças de denominação impostas pelas Constituições Estaduais, de Superior Tribunal do Estado à Tribunal da Relação e de volta à Superior Tribunal do Estado, de Corte de Apelação à Tribunal de Apelação e, finalmente, Tribunal de Justiça, que perdura até hoje. Passados os anos, muitas foram as adversidades experimentadas, as críticas sentidas e as incompreensões toleradas. No entanto, confrontados erros e acertos, o saldo é altamente positivo. São cento e vinte e cinco anos de justiça ampla, dinâmica, em harmonia com as intensas transformações sociais que ocorreram desde o final do século XIX. São cento e vinte e cinco anos de justiça que preza pela qualidade de suas decisões e pela prestação da tutela jurisdicional com primor. São cento e vinte e cinco anos de justiça comprometida em ser cada dia mais eficiente, célere e humana, porque atenta aos anseios dos jurisdicionados. Falar desta instituição também é falar de personagens à frente de seu tempo, que vislumbraram meios de avançar, criaram ambientes propícios à implementação de mudanças e aproveitaram as oportunidades, enfim, homens e mulheres de ação. O resgate de suas memórias constitui homenagem condizente à importância que tiveram na construção do presente. A trajetória de abnegação, de sacrifício e de incansável luta desses homens e mulheres em prol de um Judiciário cada dia mais bem preparado impõe não descuidar do presente. O corrente momento político, social e econômico brasileiro exige comprometimento profissional, sobretudo na vida pública. Ao Tribunal de Justiça de Santa Catarina recai uma imensa responsabilidade: aprimorar constantemente sua judicatura equilibrada e construtiva, com firmeza e coragem no exercício diário do labor. Assim tem procedido

esta Corte há vários anos, por meio de magistrados de escol e servidores competentes, todos comprometidos com a promoção da cidadania e o fortalecimento da democracia. Hoje, lida-se com números superlativos, crescente judicialização, virtualização do processo, planejamento estratégico, gestão orçamentária e financeira. Não obstante, o Tribunal está em seu auge, não apenas em termos de eficiência, desempenhando as suas atividades, mas também no que se refere à responsabilidade social, a atuação tem estabelecido foco nas iniciativas de caráter pedagógico, que previnem conflitos e evitam danos. Examinar a trajetória de 125 anos deste Tribunal de Justiça é, por isso mesmo, falar de um processo virtuoso de mudança constante que atinge os Tribunais do País. Somos uma instituição comprometida com o bem público, com o combate à corrupção e ao desperdício e que zela pelos direitos fundamentais da cidadania. Chegamos até aqui pela capacidade dos que nos antecederam, pela coragem dos que inovaram, pela determinação de quem decidiu fazer o que antes pareceu impossível. A minha palavra nesta ocasião, portanto, é de reconhecimento e de justa homenagem a magistrados e servidores, que construíram a história deste Tribunal e que o projetaram, seguro de que trilhamos, em meio a leis e pessoas, o caminho certo”.

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: 89036-260 – Blumenau
Telefone: (47) 3321-9200

Fórum Universitário da Comarca de Blumenau

Praça Victor Konder, 01 – Centro
CEP: 89010-150 – Blumenau
Telefone: (47) 3321-7217

Fórum da Comarca de Bom Retiro

Rua 14 de Janeiro, 165 – Centro
CEP: 88680-000 – Bom Retiro
Telefone: (49) 3277-3000

Fórum da Comarca de Braço do Norte

Praça Padre Roer, 118 – Centro
CEP: 88750-000 – Braço do Norte
Telefone: (48) 3658-9200

Fórum da Comarca de Brusque

Praça das Bandeiras, 55 – Centro
CEP: 88350-051 – Brusque
Telefone: (47) 3251-1500

Fórum da Comarca de Caçador

Rua Conselheiro Mafra, 790 – Centro
CEP: 89500-000 – Caçador
Telefone: (49) 3561-2500

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 Porá

Rua Benjamin Constant, 832 – Centro

CEP: 89890-000 – Cunha Porá

Telefone: (49) 3646-3000

Fórum da Comarca de Curitibaanos

Rua Antônio Rossa, 241 – Centro

CEP: 89520-000 – Curitibaanos

Telefone: (49) 3245-4500

Fórum da Comarca de Descanso

Rua Thomaz Koproski, 615 – Centro

CEP: 89910-000 – Descanso

Telefone: (49) 3623-6400

Fórum da Comarca de Dionísio Cerqueira

Av. Washington Luís, 670 – Centro

CEP: 89950-000 – Dionísio Cerqueira

Telefone: (49) 3644-6200

Fórum da Comarca de Forquilha

Rodovia Antônio Valmor Canela, 106 – Santa Izabel

CEP: 88850-000 – Forquilha

Telefone: (48) 3463-8300

Fórum da Comarca de Fraiburgo

Av. Curitibaanos, 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 Mondaí

Rua Waldemar Ernesto Glufke, 71 – Centro

CEP: 89893-000 – Mondaí

Telefone: (49) 3674-3000

Fórum da Comarca de Navegantes

Av. Prefeito José Juvenal Mafra, 498 – Centro

CEP: 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 Balduino Westphal, 444 – Poco Rico

CEP: 88540-000 – Otacílio Costa

Telefone: (49) 3275-8000

Fórum da Comarca de Palhoça

Rua Hilza Terezinha Pagani, 409 – Pagani

CEP: 88132-256 – Palhoça

Telefone: (48) 3287-5500

Fórum da Comarca de Palmitos

Rua Padre Manoel da Nóbrega, 67 – Centro

CEP: 89887-000 – Palmitos

Telefone: (49) 3647-9400

Fórum da Comarca de Papanduva

Rua Simeão Alves de Almeida, 411 – Centro

CEP: 89370-000 – Papanduva

Telefone: (47) 3653-6000

Fórum da Comarca de Pinhalzinho

Av. Recife, 1700 – Santo Antônio

CEP: 89870-000 – Pinhalzinho

Telefone: (49) 3366-6100

Fórum da Comarca de Pomerode

Rua XV de Novembro, 700 – Centro

CEP: 89107-000 – Pomerode

Telefone: (47) 3387-7400

Fórum da Comarca de Ponte Serrada

Rua 3 de Maio, 460 – Centro

CEP: 89683-000 – Ponte Serrada

Telefone: (49) 3435-6500

Fórum da Comarca de Porto Belo

Rua Maurílio Manoel da Silva, 252 – Perequê

CEP: 88210-000 – Porto Belo

Telefone: (47) 3369-7100

Fórum da Comarca de Porto União

Rua Voluntários da Pátria, 365 – Centro

CEP: 89400-000 – Porto União

Telefone: (42) 3521-3700

Fórum da Comarca de Presidente Getúlio

Rua Curt Hering, 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

AÇÃO PENAL

926 – Acre.....34

AGRAVO DE INSTRUMENTO

0020126-72.2016.8.24.0000 – São José.....309

0154923-19.2015.8.24.0000 – Tubarão.....405

0032222-22.2016.8.24.0000 – Barra Velha.....504

AGRAVO EM AGRAVO DE INSTRUMENTO

4006646-56.2016.8.24.0000/50000 – Capital.....154

AGRAVO EM EXECUÇÃO

0016967-52.2016.8.24.0023 – Capital.....845

APELAÇÕES

0004528-12.2002.8.24.0019 – Concórdia.....161

0020782-53.2008.8.24.0018 – Chapecó.....172

2015.095139-4 – Capital.....220

0000133-83.2010.8.24.0087 – Lauro Müller.....248

0013414-26.2004.8.24.0020 – Criciúma.....271

0082935-44.2007.8.24.0023 – Capital.....290

0002834-38.2014.8.24.0067 – São Miguel do Oeste.....316

0300590-57.2014.8.24.0069 – Sombrio.....323

0005165-84.2008.8.24.0040 – Laguna.....337

0000244-71.2012.8.24.0063 – São Joaquim.....358

0015489-16.2011.8.24.0045 e 0011982-47.2011.8.24.0045 – Palhoça.....368

0305631-61.2014.8.24.0018 – Chapecó.....	395
0041302-03.2010.8.24.0038 – Joinville.....	421
0005652-02.2012.8.24.0012 – Caçador.....	446
0001199-51.2013.8.24.0004 – Araranguá.....	457
0002233-88.2009.8.24.0008 – Blumenau.....	465
0003378-41.2012.8.24.0020 – Criciúma.....	489
0014192-39.2004.8.24.0038 – Joinville.....	512
0003109-42.2006.8.24.0010 – Braço do Norte.....	533
0004038-93.2013.8.24.0054 – Rio do Sul.....	549
0019667-89.2012.8.24.0039 – Lages.....	557
0000465-49.2013.8.24.0021 (2014.076447-5) – Cunha Porã.....	597
0900003-50.2014.8.24.0080 (2015.024525-3) – Xanxerê.....	631
0002958-59.2014.8.24.0022 – Curitiba.....	644
0000161-36.2012.8.24.0037 – Joaçaba.....	651
0301679-14.2014.8.24.0038 – Joinville.....	670
0008388-59.2010.8.24.0045 – Palhoça.....	687
0900001-15.2014.8.24.0037 – Joaçaba.....	731
0001401-52.2015.8.24.0135 – Navegantes.....	751
0062433-11.2012.8.24.0023 – Capital.....	823

AÇÃO RESCISÓRIA

0210108-47.2012.8.24.0000 – Balneário Camboriú.....	196
0032659-63.2016.8.24.0000 – Canoinhas.....	436

CONFLITO DE COMPETÊNCIA

1000365-38.2016.8.24.0000 – Capital.....150

CONSULTA

2016.900084-7.....140

EMBARGOS INFRINGENTES

0158244-33.2013.8.24.0000 – Blumenau.....210

HABEAS CORPUS

133.078 – Rio de Janeiro.....52

4014869-95.2016.8.24.0000 – Capital.....719

INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS

0302355-11.2014.8.24.0054/50000 – Rio do Sul.....564

RECURSO ESPECIAL

1.459.597 – Santa Catarina.....67

1.376.753 – Santa Catarina.....77

1.640.084 – São Paulo.....93

RECURSO EXTRAORDINÁRIO

864.689 – Mato Grosso do Sul.....25

REVISÃO CRIMINAL

4012895-23.2016.8.24.0000 – Tijucas.....696

4002488-55.2016.8.24.0000 – Palhoça.....711

0141417-73.2015.8.24.0000 – Capital.....791

4008074-73.2016.8.24.0000 – Chapecó.....813

SENTENÇAS

0002097-96.2010.8.24.0189 – Santa Rosa do Sul.....852

0301051-86.2016.8.24.0189 – Santa Rosa do Sul.....860

0002804-30.2011.8.24.0189 – Santa Rosa do Sul.....864

0001060-73.2016.8.24.0011 – Brusque.....870

0003160-98.2016.8.24.0011 – Brusque.....901

0900156-96.2014.8.24.0011 – Brusque.....965

0018683-64.2011.8.24.0064 – São José.....1052

0027399-85.2008.8.24.0064 – São José.....1064

SUSPENSÃO DE LIMINAR

4009758-33.2016.8.24.0000 – Balneário Camboriú.....125

4017326-03.2016.8.24.0000 – Joinville.....133

ÍNDICE POR ASSUNTO

A SUPERAÇÃO DA LÓGICA FORMAL E O PAPEL CRIATIVO DO JUIZ.....	1083
AÇÃO CIVIL PÚBLICA.....	597, 631, 651
AÇÃO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE.....	670
AÇÃO DE RESCISÃO CONTRATUAL CUMULADA COM PERDAS E DANOS.....	549
AÇÃO DE RESSARCIMENTO DE DANOS CAUSADOS POR ACIDENTE DE VEÍCULO.....	852
AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE RELAÇÃO JURÍDICA.....	1052
AÇÃO DESAPROPRIATÓRIA.....	557
AÇÃO PENAL.....	870
AÇÃO RESCISÓRIA – FALECIMENTO DO ÚNICO PATRONO QUE ATUAVA NOS INTERESSES DO AUTOR – AUSÊNCIA DE COMANDO DE SUSPENSÃO DO PROCESSO E INTIMAÇÃO DA PARTE PARA CONSTITUIR NOVO ADVOGADO – SUSPENSÃO DO PROCESSO DESDE A DATA DO ÓBITO.....	436
AÇÃO RESCISÓRIA.....	196
ACESSIBILIDADE DE DEFICIENTES FÍSICOS.....	631
AMBIENTAL.....	597

ARTIGOS

A superação da lógica formal e o papel criativo do juiz.....	1083
Duas abordagens, a mesma arrogante ignorância: como a SAP e a Violência Doméstica se tornaram irmãs siamesas.....	1104
Racionalização do acesso à justiça: reconfiguração da função estatal e a necessidade de reservar os pronunciamentos do poder judiciário.....	1139
ASSOCIAÇÃO CRIMINOSA.....	813
ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO.....	696
ASSUNÇÃO DE COMPETÊNCIA.....	644
ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA.....	651
AVAL PRESTADO POR PESSOA FÍSICA EM CÉDULA DE CRÉDITO RURAL EMITIDA TAMBÉM POR PESSOA FÍSICA – VALIDADE DA GARANTIA – MUDANÇA DE INTERPRETAÇÃO PELO STJ.....	457
AVERIGUAÇÃO OFICIOSA DE PATERNIDADE – PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO – JURISDIÇÃO VOLUNTÁRIA.....	77
BUSCA E APREENSÃO.....	860
CERCEAMENTO DE DEFESA.....	670
CESSÃO ONEROSA DE QUOTAS SOCIETÁRIAS.....	1052
COBRANÇA – COMISSÃO DE CORRETAGEM – REMUNERA-	

**ÇÃO QUE DEVE SER CALCULADA SOBRE O MONTANTE DO
NEGÓCIO INTERMEDIADO.....421**

**COBRANÇA SECURITÁRIA – NEGATIVA DE PAGAMENTO –
AVENTADA EMBRIAGUEZ DO MOTORISTA.....210**

CÓDIGO CIVIL

Art. 104.....196

Art. 205.....358

Art. 402.....271

Art. 405.....248

Art. 475.....271

Art. 1.010.....196

Art. 1.015.....196

Art. 1.052.....465

Art. 1.583.....309

Art. 1.584.....309

Art. 1.060.....196

CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

Art. 25, § 1º.....290

CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL/1973

Art. 20, §1º.....	316
Art. 20, §2º.....	316
Art. 20, §3º.....	172
Art. 20, §4º.....	172
Art. 20, <i>caput</i>	316
Art. 269, IV.....	358
Art. 301.....	533
Art. 333, I.....	161
Art. 333, II.....	465
Art. 333 II.....	533, 549
Art. 401.....	465
Art. 475-E.....	271
Art. 485, V.....	196
Art. 792.....	504

CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL/2015

Art. 10.....	93
--------------	----

Art. 373.....	549
Art. 489.....	271
Art. 966, V.....	436
Art. 974.....	436
Art. 1.013, §§ 1º e 2º.....	93
Art. 1.015.....	154
Art. 1.021, § 4º	25

CÓDIGO DE PROCESSO PENAL

Art. 44.....	34
--------------	----

CÓDIGO PENAL

Art. 121, § 2º, IV.....	823
Art. 121, <i>caput</i>	870
Art. 121, <i>caput</i>	870
Art. 122, § 2º.....	711
Art. 129, § 1º, I e III.....	870
Art. 140.....	34
Arts. 157, § 3º c/c 14, II.....	751

Art. 211.....	711
Art. 298, <i>caput</i>	965
Art. 342, §1º.....	965
COMPROMISSO DE COMPRA E VENDA DE IMÓVEL – LOJA – SHOPPING CENTER – MUDANÇA DE DESTINAÇÃO – AUSÊNCIA DE BOA-FÉ OBJETIVA - RESCISÃO – DEVOLOUÇÃO INTEGRAL.....	368
CONFISSÃO ESPONTÂNEA.....	751
CONFISSÃO FICTA – NÃO ACOLHIMENTO – AUSÊNCIA DE INTIMAÇÃO PESSOAL.....	337
CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA.....	150
CONSTITUIÇÃO FEDERAL	
Art. 2º.....	133
Art. 100.....	133
Art. 167, VI.....	133
Art. 227.....	309
CONTRATO DE COMPROMISSO DE PERMUTA – DESCUMPRIMENTO DA CONTRAPRESTAÇÃO – RESCISÃO DA AVENÇA.....	271
CONTRATO DE CONVIVÊNCIA PARTICULAR.....	67

CONTRATO DE PARCERIA PECUÁRIA – ENGORDA DE BOVINOS – AFASTAMENTO DA PRESCRIÇÃO – INADIMPLENTO DE AVENÇA – PRAZO PRESCRICIONAL DA PRETENSÃO DO AUTOR DE 10 ANOS.....	358
CONTRATO DE PLANO DE SAÚDE – CLÁUSULA CONTRATUAL DÚBIA – INTERPRETAÇÃO MAIS FAVORÁVEL AO CONSUMIDOR.....	220
CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE.....	719
CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS – CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE.....	93
CRIME DE POLUIÇÃO HÍDRICA.....	597
CRIME DE RESPONSABILIDADE DE PREFEITO.....	731
CRIME DE TRÁFICO PRIVILEGIADO.....	845
CRIME DOLOSO CONTRA A VIDA.....	823
CRIME MILITAR – COMPETÊNCIA ABSOLUTA EM RAZÃO DA MATÉRIA.....	140
CRIME PRATICADO POR MOTIVO TORPE.....	823
DANO MATERIAL E MORAL – ERRO MÉDICO – MORTE FETAL.....	337
DANO MATERIAL E MORAL.....	512
DANO MORAL – JUROS DE MORA – INCIDÊNCIA DESDE O	

EVENTO DANOSO.....	220
DANO MORAL.....	161, 172, 687, 864, 1064
DANO MORAL COLETIVO.....	597
DANOS MORAIS – CORPO ESTRANHO ENCONTRADO EM ALIMENTO – RESPONSABILIDADE OBJETIVA.....	248
DANOS MORAIS – PROTESTOS INDEVIDOS DE DUPLICATAS MERCANTIS – INATIVIDADE DA EMPRESA QUE NÃO AFASTA O DEVER DE INDENIZAR.....	489
DECLARAÇÃO DE INEXISTÊNCIA DE FILIAÇÃO – NÃO COMPROVAÇÃO DO VÍCIO DE CONSENTIMENTO.....	395
DECRETO FEDERAL N. 59.566/1966.....	358
DECRETO N. 5.296/2004.....	631
DECRETO N. 8.615/15	
Art. 9º, II.....	719
DECRETO-LEI N. 201/67	
Art. 1º, II.....	731
DECRETO-LEI N. 167/1967	
Art. 60, §2º.....	457
Art. 60, §3º.....	457

DECRETO-LEI N. 3.365/41

Art. 27.....557

DECRETO-LEI N. 7.661/45

Art. 80.....533

DEPUTADO FEDERAL – CRIME CONTRA A HONRA (INJÚRIA).....34**DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA.....465****DESPESAS PROCESSUAIS – PRINCÍPIO DA SUCUMBÊNCIA..316****DIREITO DE FAMÍLIA – GUARDA UNILATERAL – PROTEÇÃO INTEGRAL DA INFANTE.....309****DISCURSOS**

Discurso de encerramento proferido pelo Desembargador José Antônio Torres Marques, presidente do tribunal de justiça de santa catarina, na sessão de posse dos novos desembargadores.....1179

Discurso de posse proferido pelo Desembargador Newton Varella.....1172

Discurso de posse proferido pelo Desembargador Rodolfo Cezar Ribeiro da Silva Tridapalli.....1175

Discurso proferido pelo Desembargador José Antônio Torres Marques, presidente do tribunal de justiça de santa catarina, em comemoração aos 125 anos de instalação desta corte de justiça.....1180

Discurso proferido pelo Desembargador Rodrigo Collaço, em nome do tribunal de justiça de santa catarina, para saudar os novos desembargadores empossados.....	1169
EFEITO MULTIPLICADOR.....	133
ENUNCIADO ADMINISTRATIVO N. 3 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA.....	154
ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE	
Art. 3º.....	309
Art. 83, § 2.º.....	323
EXAME DE INSANIDADE MENTAL – LIBERDADE DE LOCOMOÇÃO.....	52
EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL – SUSPENSÃO DA EXPROPRIATÓRIA ATÉ O TOTAL ADIMPLENTO DA TRANSAÇÃO – POSSIBILIDADE.....	504
EXECUÇÃO PENAL.....	719, 845
EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE.....	34
FRAUDE CONTRA CREDORES.....	465
HABEAS CORPUS.....	52, 719
HABILITAÇÃO RETARDATÁRIA DE CRÉDITO EM CONCORDATA PREVENTIVA – AUSÊNCIA DE LIMITAÇÃO TEMPORAL PARA A OCORRÊNCIA DA HABILITAÇÃO – ADIÇÃO QUE	

DEVE SER FEITA ANTES DA EXTINÇÃO DO PROCEDIMENTO FALENCIAL.....	533
HOMICÍDIO QUALIFICADO.....	711, 823
HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS.....	172
ILEGITIMIDADE PASSIVA <i>AD CAUSAM</i>.....	172, 465
IMISSÃO NA POSSE – IMÓVEL OBJETO DE ARREMATÇÃO EXTRAJUDICIAL – POSSIBILIDADE DE IMISSÃO LIMINAR DO ADQUIRENTE.....	405
IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – RES PUBLICA UTILIZADA PARA SATISFAÇÃO DE PARTICULAR ANSEIO.....	446
IMUNIDADE PARLAMENTAR MATERIAL – NÃO CONFIGURAÇÃO.....	34
INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDA REPETITIVA..	564
INDULTO.....	719
INDULTO NATALINO.....	845
INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS.....	696
INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA.....	248
LATROCÍNIO.....	751
LAVAGEM DE CAPITAIS.....	813
LEI ESTADUAL N. 12.870/2004.....	631

LEI FEDERAL N . 10.098/2000.....	631
LEI MUNICIPAL N. 3.681/2014.....	125
LEI N. 4.504/1964.....	358
LEI N. 6.538/78	
Art. 40, §1º.....	965
LEI N. 7.347/1985	
Art. 12, § 1º.....	125
LEI N. 8.429/1992	
Art. 11.....	651
LEI N. 8.437/1992	
Art. 4º.....	125
LEI N. 8.560/1992	
Art. 2º.....	77
LEI N. 8.666/93	
Art. 96, V.....	965
LEI N. 9.494/97	
Art. 1º-F.....	446

LEI N. 9.514/1997

Art. 30.....405

LEI N. 9.613/98

Art. 1º, VII.....813

LEI N. 11.343/06Art. 33, *caput*.....696, 901Art. 35, *caput*.....696, 901

Art. 33, § 4º.....719

LESÃO À ORDEM.....133**LIQUIDAÇÃO POR ARTIGOS – HIPÓTESE DE PROVA DE FATO
NOVO.....271****LITISPENDÊNCIA.....533****MAJORAÇÃO DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS.....25****MENORIDADE PENAL RELATIVA.....751****MODIFICAÇÃO DE GUARDA E SUPRIMENTO DE CONSENTI-
MENTO PATERNO – VIAGEM AO EXTERIOR COM MUDANÇA
DEFINITIVA DE DOMICÍLIO DO INFANTE – LIMITAÇÃO DA
AUTORIZAÇÃO AO PRAZO DE 2 ANOS.....323****NEGÓCIO JURÍDICO – VALIDADE.....196**

NEGÓCIO JURÍDICO SIMULADO.....	271
OCULTAÇÃO DE CADÁVER.....	711
ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA.....	813
PECULATO DE PREFEITO.....	731
PERDÃO JUDICIAL.....	34
PERDAS E DANOS.....	271
PERMISSÃO DE USO DE BEM PÚBLICO.....	670
PLANO DE SAÚDE – NEGATIVA AO CUSTEIO DE PRÓTESE IMPORTADA.....	290
PRINCÍPIO DA DIALETICIDADE.....	465
PROPAGANDA ELEITORAL – PUBLICIDADE DE CONTEÚDO PRIVADO SEM CONSENTIMENTO DOS TITULARES – OFENSA À INVIOABILIDADE DA INTIMIDADE.....	172
QUADRILHA.....	791
RESPONSABILIDADE CIVIL.....	687
REVISÃO CRIMINAL.....	791, 813
REVISÃO CRIMINAL.....	696, 711
ROUBO DUPLAMENTE CIRCUNSTANCIADO.....	791

SÚMULAS DO STF

N. 282.....	93
N. 283.....	196
N. 284.....	93
N. 356.....	93

SÚMULAS DO STJ

N. 54.....	220
N. 235.....	465

TEORIA DA APARÊNCIA.....196

TEORIA DA *DISREGARD*.....465

TERMO INICIAL DOS JUROS DE MORA – DATA DA CITAÇÃO...248

TRÁFICO DE DROGAS.....696

TRIBUNAL DO JÚRI.....823

ÍNDICE ONOMÁSTICO

Alexandre d'Ivanenko.....	125, 133
Altamiro de Oliveira.....	465
Carlos Adilson Silva.....	597, 631
Cármem Lúcia.....	52
Cláudia Lambert de Faria.....	154
Denise Volpato.....	405, 421
Domingos Paludo.....	210
Edemar Gruber.....	670
Edemar Leopoldo Schlösser.....	870, 901, 965
Erica Lourenço de Lima Ferreira.....	1052, 1064
Ernani Guetten de Almeida.....	791
Fernando Carioni.....	316
Getúlio Corrêa.....	696
Hildemar Meneguzzi de Carvalho.....	161
Jânio Machado.....	549
João Henrique Blasi.....	557, 644
Joel Figueira Júnior.....	337
Jorge Luis Costa Beber.....	271
Jorge Schaefer Martins.....	823
José Carlos Carstens Köhler.....	436, 512, 533
Livia Borges Zwetsch.....	852, 860, 864
Luiz César Medeiros.....	368, 395
Luiz Felipe Schuch.....	172
Luiz Fernando Boller.....	446
Marco Aurélio.....	25
Marcus Tulio Sartorato.....	309
Maria do Rocio Luz Santa Ritta.....	323
Mariano do Nascimento.....	457
Maximiliano Losso Bunn.....	1139
Moacyr de Moraes Lima Filho.....	813
Nancy Andrichi.....	67

Newton Varella.....	1172
Paulo Roberto Sartorato.....	719
Pedro Manoel Abreu.....	651
Rafael Espíndola Berndt.....	1083
Raulino Jacó Brüning.....	220, 248
Ribeiro Dantas.....	93
Ricardo Roesler.....	140, 687
Ricardo Villas Bôas Cueva.....	77
Roberto Lucas Pacheco.....	845
Rodolfo Cezar Ribeiro da Silva Tridapalli.....	1175
Rodrigo Collaço.....	150, 1169
Romano José Enzweiler.....	1104
Ronei Danielli.....	564
Rosa Weber.....	34
Salette Silva Sommariva.....	711
Saul Steil.....	196
Sebastião César Evangelista.....	290
Sérgio Rizelo.....	731, 751
Stanley Braga.....	358
Torres Marques.....	1179, 1180
Tulio Pinheiro.....	489, 504
Walter Santin Junior.....	1083

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SANTA CATARINA

Comissão Permanente de Jurisprudência

Seleção e definição de conteúdo

1ª Vice-Presidência

Formatação de conteúdo e formulação de índices

Diretoria de Documentação e Informações

Revisão gramatical e gerenciamento

Diretoria de Infraestrutura – Divisão de Artes Gráficas

Projeto gráfico, editoração eletrônica, impressão e acabamento

