

JURISPRUDÊNCIA CATARINENSE



PODER JUDICIÁRIO
de Santa Catarina

2017
135

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 2017 – N. 135 – Florianópolis – SC – 2018

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 expandido em seus trabalhos. Todos os atos do Poder Judiciário de Santa Catarina publicados nesta revista são cópias do original. Os julgados do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça publicados neste periódico são cópias extraídas dos documentos disponibilizados nos respectivos sítios eletrônicos.

Diretor

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

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

Des. Moacyr de Moraes Lima Filho – Presidente

Desembargador Gerson Cherem II

Juiz de Direito Renato Guilherme Gomes Cunha

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

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

21 cm.

Semestral.

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

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

ISSN: 1981-402X.

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

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

SUMÁRIO

7	COMPOSIÇÃO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA
25	SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL
47	SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA
73	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SANTA CATARINA
75	Primeira Vice-Presidência
79	Conselho da Magistratura
85	Órgão Especial
110	Câmara Civil Especial
119	Câmara Especial Regional de Chapecó
144	Grupo de Câmaras de Direito Civil
160	Primeira Câmara de Direito Civil
170	Segunda Câmara de Direito Civil
185	Terceira Câmara de Direito Civil
200	Quarta Câmara de Direito Civil
289	Quinta Câmara de Direito Civil
301	Sexta Câmara de Direito Civil
311	Primeira Câmara de Direito Comercial
321	Segunda Câmara de Direito Comercial
336	Terceira Câmara de Direito Comercial
343	Quarta Câmara de Direito Comercial
363	Quinta Câmara de Direito Comercial
375	Grupo de Câmaras de Direito Público

390	Primeira Câmara de Direito Público
402	Segunda Câmara de Direito Público
410	Terceira Câmara de Direito Público
430	Quarta Câmara de Direito Público
441	Quinta Câmara de Direito Público
447	Seção Criminal
460	Primeira Câmara Criminal
484	Segunda Câmara Criminal
523	Terceira Câmara Criminal
582	Quarta Câmara Criminal
620	Quinta Câmara Criminal
646	Primeiro Grau
671	ARTIGO
707	DISCURSOS
717	RELAÇÃO DAS COMARCAS DO ESTADO DE SANTA CATARINA
739	ÍNDICE NUMÉRICO
745	ÍNDICE POR ASSUNTO
751	ÍNDICE ONOMÁSTICO

COMPOSIÇÃO DO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA

COMPOSIÇÃO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA

(maio de 2018)

Presidente

Desembargador RODRIGO Tolentino de Carvalho COLLAÇO

Primeiro Vice-Presidente

Desembargador MOACYR DE MORAES LIMA FILHO

Segundo Vice-Presidente

Desembargador CARLOS ADILSON SILVA

Terceiro Vice-Presidente

Desembargador ALTAMIRO DE OLIVEIRA

Corregedor-Geral da Justiça

Desembargador HENRY Goy PETRY JUNIOR

Vice-Corregedor-Geral da Justiça

Desembargador ROBERTO LUCAS PACHECO

DESEMBARGADORES

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

Desembargador PAULO ROBERTO SARTORATO
Desembargador TULIO José Moura PINHEIRO
Desembargador CARLOS ALBERTO CIVINSKI
Desembargador RONALDO MORITZ MARTINS DA SILVA
Desembargador RICARDO José ROESLER
Desembargador ROBSON LUZ VARELLA
Desembargador RODRIGO Tolentino de Carvalho COLLAÇO
Desembargador SÉRGIO Antônio RIZELO
Desembargadora DENISE VOLPATO
Desembargador GETÚLIO CORRÊA
Desembargador SEBASTIÃO CÉSAR EVANGELISTA
Desembargador ERNANI GUETTEN DE ALMEIDA
Desembargador CARLOS ADILSON SILVA
Desembargador Rogério MARIANO DO NASCIMENTO
Desembargador STANLEY DA SILVA BRAGA
Desembargador ALTAMIRO DE OLIVEIRA
Desembargador SAUL STEIL
Desembargador NEWTON VARELLA JÚNIOR
Desembargador RODOLFO Cezar Ribeiro da Silva TRIDAPALLI
Desembargador 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
Desembargadora JANICE GOULART GARCIA UBIALLI
Desembargadora CLÁUDIA LAMBERT DE FARIA
Desembargador RUBENS SCHULZ
Desembargador FRANCISCO JOSÉ RODRIGUES DE OLIVEIRA NETO
Desembargador ANDRÉ CARVALHO
Desembargadora CINTHIA BEATRIZ DA SILVA BITTENCOURT SCHAEFER
Desembargador JORGE LUIS COSTA BEBER
Desembargador GUILHERME NUNES BORN
Desembargador LUIZ ZANELATO
Desembargador ANDRÉ LUIZ DACOL

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

JUÍZES DE DIREITO DE SEGUNDO GRAU

Juiz de Direito de Segundo Grau LUIZ ANTÔNIO ZANINI FORNEROLLI
Juiz de Direito de Segundo Grau LUIZ FELIPE SIEGERT SCHUCH
Juiz de Direito de Segundo Grau JOSÉ MAURÍCIO LISBOA
Juiz de Direito de Segundo Grau CARLOS ROBERTO DA SILVA
Juíza de Direito de Segundo Grau BETTINA MARIA MARESCH DE MOURA

ÓRGÃOS JULGADORES

TRIBUNAL PLENO

Desembargador RODRIGO Tolentino de Carvalho COLLAÇO – Presidente
Desembargador PEDRO MANOEL ABREU
Desembargador CLÁUDIO BARRETO DUTRA
Desembargador NEWTON TRISOTTO
Desembargador LUIZ CÉZAR MEDEIROS
Desembargador SÉRGIO Roberto BAASCH LUZ

Desembargador Antonio do Rêgo MONTEIRO ROCHA
Desembargador FERNANDO CARIONI
Desembargador MARCUS TULIO SARTORATO
Desembargadora SALETE SILVA SOMMARIVA
Desembargador RICARDO Orofino da Luz FONTES
Desembargador SALIM SCHEAD DOS SANTOS
Desembargadora MARIA DO ROCIO LUZ SANTA RITTA
Desembargador CID José GOULART Júnior
Desembargador JAIME RAMOS
Desembargador ALEXANDRE D'IVANENKO
Desembargador MOACYR DE MORAES LIMA FILHO
Desembargador JORGE Henrique SCHAEFER MARTINS
Desembargador SÉRGIO IZIDORO HEIL
Desembargador José Carlos CARSTENS KÖHLER
Desembargador JOÃO HENRIQUE BLASI
Desembargador JORGE LUIZ DE BORBA
Desembargadora REJANE ANDERSEN
Desembargador JOEL Dias FIGUEIRA JÚNIOR
Desembargador CLÁUDIO VALDYR HELFENSTEIN
Desembargador JÂNIO de Souza MACHADO
Desembargadora SORAYA NUNES LINS
Desembargadora SÔNIA MARIA SCHMITZ
Desembargador HENRY Goy PETRY JUNIOR
Desembargador RAULINO JACÓ BRÜNING
Desembargador ROBERTO LUCAS PACHECO
Desembargador JAIRO FERNANDES GONÇALVES
Desembargador JOÃO BATISTA GÓES ULYSSÉA
Desembargador RONEI DANIELLI
Desembargador LUIZ FERNANDO BOLLER
Desembargador PAULO ROBERTO SARTORATO
Desembargador TULIO José Moura PINHEIRO
Desembargador CARLOS ALBERTO CIVINSKI
Desembargador RONALDO MORITZ MARTINS DA SILVA
Desembargador RICARDO José ROESLER
Desembargador ROBSON LUZ VARELLA
Desembargador RODRIGO Tolentino de Carvalho COLLAÇO
Desembargador SÉRGIO Antônio RIZELO

Desembargadora DENISE VOLPATO
Desembargador GETÚLIO CORRÊA
Desembargador SEBASTIÃO CÉSAR EVANGELISTA
Desembargador ERNANI GUETTEN DE ALMEIDA
Desembargador CARLOS ADILSON SILVA
Desembargador Rogério MARIANO DO NASCIMENTO
Desembargador STANLEY DA SILVA BRAGA
Desembargador ALTAMIRO DE OLIVEIRA
Desembargador SAUL STEIL
Desembargador NEWTON VARELLA JÚNIOR
Desembargador RODOLFO Cezar Ribeiro da Silva TRIDAPALLI
Desembargador ODSO CARDOSO FILHO
Desembargador GILBERTO GOMES DE OLIVEIRA
Desembargador JOSÉ EVERALDO SILVA
Desembargador VOLNEI CELSO TOMAZINI
Desembargador PAULO HENRIQUE MORITZ MARTINS DA SILVA
Desembargador LEOPOLDO AUGUSTO BRÜGGEMANN
Desembargador JÚLIO CÉSAR KNOLL
Desembargadora VERA LÚCIA FERREIRA COPETTI
Desembargadora JANICE GOULART GARCIA UBIALLI
Desembargadora CLÁUDIA LAMBERT DE FARIA
Desembargador RUBENS SCHULZ
Desembargador FRANCISCO JOSÉ RODRIGUES DE OLIVEIRA NETO
Desembargador ANDRÉ CARVALHO
Desembargadora CINTHIA BEATRIZ DA SILVA BITTENCOURT SCHAEFER
Desembargador JORGE LUIS COSTA BEBER
Desembargador GUILHERME NUNES BORN
Desembargador LUIZ ZANELATO
Desembargador ANDRÉ LUIZ DACOL
Desembargador JAIME MACHADO JÚNIOR
Desembargador HÉLIO DO VALLE PEREIRA
Desembargador EDUARDO MATTOS GALLO JÚNIOR
Desembargador GERSON CHEREM II
Desembargador DINART FRANCISCO MACHADO
Desembargadora ROSANE PORTELLA WOLFF
Desembargadora DENISE DE SOUZA LUIZ FRANCO SKI
Desembargador ARTUR JENICHEN FILHO

Desembargador VILSON FONTANA
Desembargador LUIZ CESAR SCHWEITZER
Desembargador LUIZ NERI OLIVEIRA DE SOUZA
Desembargador NORIVAL ACÁCIO ENGEL
Desembargador PAULO RICARDO BRUSCHI
Desembargador HÉLIO DAVID VIEIRA FIGUEIRA DOS SANTOS
Desembargador JÚLIO CÉSAR MACHADO FERREIRA DE MELO
Desembargador JOSÉ AGENOR DE ARAGÃO
Desembargador SIDNEY ELOY DALABRIDA
Desembargador ARIIVALDO ROGÉRIO RIBEIRO DA SILA
Desembargadora HILDEMAR MENEGUZZI DE CARVALHO
Desembargador ÁLVARO LUIZ PEREIRA DE ANDRADE

ÓRGÃO ESPECIAL

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

CÂMARA DE AGRAVOS INTERNOS EM RECURSOS CONSTITUCIONAIS

Desembargador MOACYR DE MORAES LIMA FILHO – Presidente

Desembargador CARLOS ADILSON SILVA

Desembargador ALTAMIRO DE OLIVEIRA

CÂMARA ESPECIAL REGIONAL DE CHAPECÓ – CERC

Desembargador GUILHERME NUNES BORN – Presidente

Juiz de Direito de Segundo Grau LUIZ FELIPE SIEGERT SCHUCH

Juiz de Direito de Segundo Grau JOSÉ MAURÍCIO LISBOA

Juiz de Direito de Segundo Grau CARLOS ROBERTO DA SILVA

Juíza de Direito de Segundo Grau BETTINA MARIA MARESCH DE MOURA

CÂMARA CIVIL ESPECIAL

Desembargador HELIO DAVID VIEIRA FIGUEIRA DOS SANTOS – Presidente

Desembargador JOSÉ AGENOR DE ARAGÃO

Desembargador ARIIVALDO ROGÉRIO RIBEIRO DA SILVA

Desembargadora HILDEMAR MENEGUZZI DE CARVALHO

Desembargador ÁLVARO LUIZ PEREIRA DE ANDRADE

GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO CIVIL

Desembargador NEWTON TRISOTTO – Presidente

Desembargador LUIZ CÉZAR MEDEIROS

Desembargador Antonio do Rêgo MONTEIRO ROCHA

Desembargador FERNANDO CARIONI

Desembargador MARCUS TULLIO SARTORATO

Desembargador RICARDO Orofino da Luz FONTES

Desembargadora MARIA DO ROCIO LUZ SANTA RITTA

Desembargador JOEL Dias FIGUEIRA JÚNIOR

Desembargador RAULINO JACÓ BRÜNING

Desembargador JAIRO FERNANDES GONÇALVES

Desembargador JOÃO BATISTA GÓES ULYSSÉA

Desembargadora DENISE VOLPATO

Desembargador SEBASTIÃO CÉSAR EVANGELISTA

Desembargador STANLEY DA SILVA BRAGA

Desembargador SAUL STEIL

Desembargador RODOLFO Cezar Ribeiro da Silva TRIDAPALLI

Desembargadora CLÁUDIA LAMBERT DE FARIA

Desembargador RUBENS SCHULZ
Desembargador ANDRÉ CARVALHO
Desembargador JORGE LUIS COSTA BEBER
Desembargador ANDRÉ LUIZ DACOL
Desembargador EDUARDO MATTOS GALLO JÚNIOR
Desembargador GERSON CHEREM II
Desembargadora ROSANE PORTELLA WOLFF

PRIMEIRA CÂMARA DE DIREITO CIVIL

Desembargador RAULINO JACÓ BRÜNING – Presidente
Desembargador ANDRÉ CARVALHO
Desembargador JORGE LUIS COSTA BEBER
Desembargador EDUARDO MATTOS GALLO JÚNIOR

SEGUNDA CÂMARA DE DIREITO CIVIL

Desembargador NEWTON TRISOTTO – Presidente
Desembargador JOÃO BATISTA GÓES ULYSSÉA
Desembargador SEBASTIÃO CÉSAR EVANGELISTA
Desembargador RUBENS SCHULZ

TERCEIRA CÂMARA DE DIREITO CIVIL

Desembargador FERNANDO CARIONI – Presidente
Desembargador MARCUS TULIO SARTORATO
Desembargadora MARIA DO ROCIO LUZ SANTA RITTA
Desembargador SAUL STEIL

QUARTA CÂMARA DE DIREITO CIVIL

Desembargador JOEL Dias FIGUEIRA JÚNIOR – Presidente
Desembargador RODOLFO Cezar Ribeiro da Silva TRIDAPALLI
Desembargador GERSON CHEREM II
Desembargadora ROSANE PORTELLA WOLFF

QUINTA CÂMARA DE DIREITO CIVIL

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

SEXTA CÂMARA DE DIREITO CIVIL

Desembargadora DENISE VOLPATO – Presidente
Desembargador Antonio do Rêgo MONTEIRO ROCHA
Desembargador STANLEY DA SILVA BRAGA
Desembargador ANDRÉ LUIZ DACOL

GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO COMERCIAL

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

PRIMEIRA CÂMARA DE DIREITO COMERCIAL

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

SEGUNDA CÂMARA DE DIREITO COMERCIAL

Desembargadora REJANE ANDERSEN – Presidente
Desembargador ROBSON LUZ VARELLA
Desembargador NEWTON VARELLA JÚNIOR

Desembargador DINART FRANCISCO MACHADO

TERCEIRA CÂMARA DE DIREITO COMERCIAL

Desembargador TULLIO José Moura PINHEIRO – Presidente

Desembargador RONALDO MORITZ MARTINS DA SILVA

Desembargador GILBERTO GOMES DE OLIVEIRA

Desembargador JAIME MACHADO JÚNIOR

QUARTA CÂMARA DE DIREITO COMERCIAL

Desembargador José Antônio TORRES MARQUES – Presidente

Desembargador SÉRGIO IZIDORO HEIL

Desembargador José Carlos CARSTENS KÖHLER

Desembargadora JANICE GOULART GARCIA UBIALLI

QUINTA CÂMARA DE DIREITO COMERCIAL

Desembargador CLÁUDIO BARRETO DUTRA – Presidente

Desembargador CLÁUDIO VALDYR HELFENSTEIN

Desembargador JÂNIO de Souza MACHADO

Desembargadora SORAYA NUNES LINS

GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO PÚBLICO

Desembargador PEDRO MANOEL ABREU

Desembargador SÉRGIO Roberto BAASCH LUZ – Presidente

Desembargador CID José GOULART Júnior

Desembargador JAIME RAMOS

Desembargador JOÃO HENRIQUE BLASI

Desembargador JORGE LUIZ DE BORBA

Desembargadora SÔNIA MARIA SCHMITZ

Desembargador RONEI DANIELLI

Desembargador LUIZ FERNANDO BOLLER

Desembargador RICARDO José ROESLER

Desembargador ODSON CARDOSO FILHO

Desembargador PAULO HENRIQUE MORITZ MARTINS DA SILVA

Desembargador JÚLIO CÉSAR KNOLL

Desembargadora VERA LÚCIA FERREIRA COPETTI

Desembargador FRANCISCO JOSÉ RODRIGUES DE OLIVEIRA NETO

Desembargador HÉLIO DO VALLE PEREIRA

Desembargadora DENISE DE SOUZA LUIZ FRANCOSKI
Desembargador ARTUR JENICHEN FILHO
Desembargador VILSON FONTANA
Desembargador PAULO RICARDO BRUSCHI

PRIMEIRA CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO

Desembargador PEDRO MANUEL ABREU – Presidente
Desembargador JORGE LUIZ DE BORBA
Desembargador LUIZ FERNANDO BOLLER
Desembargador PAULO HENRIQUE MORITZ MARTINS DA SILVA

SEGUNDA CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO

Desembargador JOÃO HENRIQUE BLASI
Desembargador SÉRGIO Roberto BAASCH LUZ
Desembargador CID José GOULART Júnior
Desembargador FRANCISCO JOSÉ RODRIGUES DE OLIVEIRA NETO – Presidente

TERCEIRA CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO

Desembargador RICARDO José ROESLER – Presidente
Desembargador JAIME RAMOS
Desembargador RONEI DANIELLI
Desembargador JÚLIO CÉSAR KNOLL

QUARTA CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO

Desembargadora SÔNIA MARIA SCHMITZ – Presidente
Desembargador ODSON CARDOSO FILHO
Desembargadora VERA LÚCIA FERREIRA COPETTI
Desembargador PAULO RICARDO BRUSCHI

QUINTA CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO

Desembargador HÉLIO DO VALLE PEREIRA – Presidente
Desembargadora DENISE DE SOUZA LUIZ FRANCOSKI
Desembargador ARTUR JENICHEN FILHO
Desembargador VILSON FONTANA

SEÇÃO CRIMINAL

Desembargadora SALETE SILVA SOMMARIVA

Desembargador ALEXANDRE D'IVANENKO – Presidente
Desembargador JORGE Henrique SCHAEFER MARTINS
Desembargador ROBERTO LUCAS PACHECO
Desembargador PAULO ROBERTO SARTORATO
Desembargador CARLOS ALBERTO CIVINSKI
Desembargador RODRIGO Tolentino de Carvalho COLLAÇO
Desembargador SÉRGIO Antônio RIZELO
Desembargador GETÚLIO CORRÊA
Desembargador ERNANI GUETTEN DE ALMEIDA
Desembargador JOSÉ EVERALDO SILVA
Desembargador VOLNEI CELSO TOMAZINI
Desembargador LEOPOLDO AUGUSTO BRÜGGEMANN
Desembargadora CINTHIA BEATRIZ DA SILVA BITTENCOURT SCHAEFER
Desembargador LUIZ CÉSAR SCHWEITZER
Desembargador LUIZ NERI OLIVEIRA DE SOUZA
Desembargador NORIVAL ACÁCIO ENGEL
Desembargador JÚLIO CÉSAR MACHADO FERREIRA DE MELO
Desembargador SIDNEY ELOY DALABRIDA

PRIMEIRO GRUPO DE DIREITO CRIMINAL

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

SEGUNDO GRUPO DE DIREITO CRIMINAL

Desembargadora SALETE SILVA SOMMARIVA – Presidente
Desembargador ROBERTO LUCAS PACHECO
Desembargador CARLOS ALBERTO CIVINSKI
Desembargador GETÚLIO CORRÊA
Desembargador ERNANI GUETTEN DE ALMEIDA
Desembargador VOLNEI CELSO TOMAZINI

Desembargadora CINTHIA BEATRIZ DA SILVA BITTENCOURT SCHAEFER
Desembargador LUIZ CÉSAR SCHWEITZER
Desembargador SIDNEY ELOY DALABRIDA

PRIMEIRA CÂMARA CRIMINAL

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

SEGUNDA CÂMARA CRIMINAL

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

TERCEIRA CÂMARA CRIMINAL

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

QUARTA CÂMARA CRIMINAL

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

QUINTA CÂMARA CRIMINAL

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

CONSELHO DA MAGISTRATURA

Desembargador RODRIGO Tolentino de Carvalho COLLAÇO – Presidente
Desembargador MOACYR DE MORAES LIMA FILHO – 1º Vice-Presidente
Desembargador HENRY Goy PETRY JUNIOR – Corregedor-Geral da Justiça
Desembargador CARLOS ADILSON SILVA – 2º Vice-Presidente
Desembargador ALTAMIRO DE OLIVEIRA – 3º Vice-Presidente

Desembargador LUIZ ZANELATO
Desembargador GERSON CHEREM II
Desembargadora DENISE DE SOUZA LUIZ FRANCOSKI
Desembargador RONALDO MORITZ MARTINS DA SILVA
Desembargador ARTUR JENICHEN FILHO
Desembargador LUIZ NERI OLIVEIRA DE SOUZA
Desembargador HÉLIO D. VIEIRA FIGUEIRA DOS SANTOS

COORDENADORIA DE MAGISTRADOS

Juiz RAFAEL GERMER CONDÉ

JUÍZES CORREGEDORES

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

JUÍZES AUXILIARES DA PRESIDÊNCIA

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

JUIZ AUXILIAR DA PRIMEIRA VICE-PRESIDÊNCIA

Juiz Auxiliar RENATO GUILHERME GOMES CUNHA

CHEFE DE GABINETE DA PRESIDÊNCIA

CARLOS ANDRÉ CARLINI

DIRETOR-GERAL ADMINISTRATIVO

RODRIGO GRANZOTO PERON

DIRETOR-GERAL JUDICIÁRIO

MAURÍCIO WALENDOWSKY SPRÍCIGO

SUPREMO TRIBUNAL

FEDERAL

EMB.DECL. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 861.823, DE SANTA CATARINA

RELATOR: MIN. ALEXANDRE DE MORAES

EMBTE.(S): INSTITUTO DE PREVIDÊNCIA DO ESTADO DE
SANTA CATARINA - IPREV

ADV.(A/S): ANA PAULA SCOZ SILVESTRE E OUTRO(A/S)

EMBDO.(A/S): JAYME JOSE EMILIO HALL

ADV.(A/S): MARCUS VINÍCIUS MULLER BORGES E
OUTRO(A/S)

EMENTA

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO RECEBIDOS COMO AGRAVO INTERNO. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. FUNDAMENTAÇÃO A RESPEITO DA REPERCUSSÃO GERAL. INSUFICIÊNCIA. ADMINISTRATIVO. NOTÁRIO. REGIME PRÓPRIO DE PREVIDÊNCIA. OPÇÃO. LEI 8.935/1994. OFENSA CONSTITUCIONAL REFLEXA. REAPRECIÇÃO DE PROVAS. INADMISSIBILIDADE. SÚMULA 279 DO STF. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 95 DA LC 412/2008. ADI 4.641/SC. MODULAÇÃO DE EFEITOS.

1. O órgão julgador pode receber como agravo interno os embargos de declaração que notoriamente visam a reformar a decisão monocrática do Relator.
2. Regularmente intimado o embargante para complementar suas razões, de forma a ajustá-las às exigências do art. 1.021, § 1º, do Código de Processo Civil de 2015, a parte apresentou impugnação adequada, viabilizando o conhecimento dos embargos como agravo interno. Inteligência do art. 1.024, § 3º, do Código de Processo Civil de 2015.
3. Os recursos extraordinários somente serão conhecidos e julgados, quando essenciais e relevantes as questões constitucionais a serem analisadas, sendo imprescindível ao recorrente, em sua petição de interposição de recurso, a apresentação formal e motivada da repercussão

geral, que demonstre, perante o Supremo Tribunal Federal, a existência de acentuado interesse geral na solução das questões constitucionais discutidas no processo, que transcenda a defesa puramente de interesses subjetivos e particulares.

4. A obrigação do recorrente em apresentar formal e motivadamente a preliminar de repercussão geral, que demonstre sob o ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, a relevância da questão constitucional debatida que ultrapasse os interesses subjetivos da causa, conforme exigência constitucional e legal (art. 102, § 3º, da CF/88, c/c art. 1.035, § 2º, do CPC/2015), não se confunde com meras invocações desacompanhadas de sólidos fundamentos no sentido de que o tema controvertido é portador de ampla repercussão e de suma importância para o cenário econômico, político, social ou jurídico, ou que não interessa única e simplesmente às partes envolvidas na lide, muito menos ainda divagações de que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é incontroversa no tocante à causa debatida, entre outras de igual patamar argumentativo.

5. As ofensas à Constituição indicadas no recurso extraordinário são meramente indiretas (ou mediatas), o que inviabiliza o conhecimento do referido apelo.

6. A argumentação do recurso extraordinário traz versão dos fatos diversa da exposta no acórdão, de modo que seu acolhimento passa necessariamente pela revisão das provas. Incide, portanto, o óbice da Súmula 279 desta Corte (*Para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário*).

7. No julgamento da ADI 4.641/CS, Rel. Min. TEORI ZAVASCKI, o Plenário desta CORTE declarou a inconstitucionalidade do artigo 95 da LC 415/2008, entretanto modulou os efeitos para assegurar o direito adquirido *“dos segurados e dependentes que, até a data da publicação da ata do presente julgamento, já estivessem recebendo benefícios previdenciários juntos ao regime próprio de previdência estadual ou já houvessem cumprido os requisitos necessários para obtê-los”*.

8. Embargos de declaração recebidos como agravo interno, ao qual se nega provimento. Não se aplica o art. 85, § 11, do Código de Processo

Civil de 2015, tendo em vista que não houve fixação de honorários advocatícios nas instâncias de origem.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Primeira Turma, sob a Presidência do Senhor Ministro MARCO AURÉLIO, em conformidade com a ata de julgamento e as notas taquigráficas, por unanimidade, acordam em receber os embargos de declaração como agravo interno, em negar-lhe provimento e não aplicar o art. 85, § 11, do Código de Processo Civil de 2015, tendo em vista que não houve fixação de honorários advocatícios nas instâncias de origem, nos termos do voto do Relator.

Brasília, 12 de dezembro de 2017.

Ministro ALEXANDRE DE MORAES
Relator para acórdão

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES (RELATOR):

Trata-se de embargos de declaração contra decisão que negou seguimento ao recurso extraordinário sob o argumento de que (a) encontra-se deficiente a demonstração da repercussão geral da matéria constitucional; (b) mostra-se inviável a revisão de fatos e provas, nos termos da Súmula 279/STF, (c) a ofensa à Carta Magna é meramente reflexa, e (d) o acórdão recorrido está nos termos da Modulação de

efeitos proferida no julgamento da ADI 4.641/SC.

Regularmente intimada para os fins do art. 1.024, § 3º, do Código de Processo Civil de 2015, a parte embargante sustenta que (a) demonstrou devidamente a repercussão geral da matéria constitucional; (b) houve afronta direta da Constituição; e (c) que o acórdão não está resguardado pela modulação de efeitos proclamada no julgamento da ADI acima mencionada.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES (RELATOR):

O presente recurso tem notório propósito infringente. Assim, em nome do princípio da fungibilidade recursal, deve-se conhecê-lo como agravo interno.

Nessa circunstância, o art. 1.024, § 3º, do Código de Processo Civil de 2015 determina seja concedido prazo ao embargante para que complemente suas razões, *“de modo a ajustá-las às exigências do art. 1.021, § 1º”*. Trata-se de medida pensada para evitar que se convertam os embargos em agravo interno, mas imediatamente se lhe negue conhecimento por não impugnar especificamente a decisão embargada/agravada.

No caso, concedido o prazo para a parte infirmar a decisão, sobreveio manifestação adequada. Por essa razão, passo ao exame do agravo interno. Eis a decisão ora agravada:

1. Trata-se de recurso extraordinário interposto com base no art. 102, III, da Constituição Federal, em que a parte recorrente sustenta a existência

de repercussão geral da matéria e aponta ofensa, pelo juízo recorrido, a dispositivos constitucionais.

2. O Supremo Tribunal Federal firmou entendimento no sentido de que é ônus do recorrente a demonstração formal e fundamentada de repercussão geral da matéria constitucional discutida no recurso extraordinário, com indicação específica das circunstâncias reais que evidenciem, no caso concreto, a relevância econômica, política, social ou jurídica. Não bastam, portanto, para que seja atendido o requisito previsto nos artigos 102, § 3º, da CF e 543-A, § 2º, do CPC/1973, alegações genéricas a respeito do instituto, como a mera afirmação de que (a) a matéria controvertida tem repercussão geral; (b) o tema goza de importância econômica, política, social ou jurídica; (c) a questão ultrapassa os interesses subjetivos da parte ou tem manifesto potencial de repetitividade; (d) a repercussão geral é consequência inevitável de suposta violação a dispositivo constitucional; ou, ainda, (e) há jurisprudência pacífica desta Corte quanto ao tema discutido. Nesse sentido: ARE 691.595-AgR, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, DJe de 25/2/2013; ARE 696.347-AgR-segundo, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA, Segunda Turma, DJe de 14/2/2013; ARE 696.263-AgR, Rel. Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, DJe de 19/2/2013; AI 717.821-AgR, Rel. Min. JOAQUIM BARBOSA, Segunda Turma, DJe de 13/8/2012.

Ora, no caso, a alegação de repercussão geral não está acompanhada de fundamentação demonstrativa nos moldes exigidos pela jurisprudência do STF.

3. Ainda que fosse superado esse grave óbice, o recurso extraordinário não mereceria ser provido. O Tribunal de origem concedeu a segurança fundado essencialmente (a) no texto da legislação infraconstitucional de regência que ressaltou o direito da impetrante e (b) no marco inicial do vínculo de trabalho, bem como na ausência de provas de que o recorrido fez a opção pelo regime geral, conforme exige o art. 48 da Lei 8.935/1994. O acórdão decidiu a controvérsia nos seguintes termos:

[...] Ora, se a Lei Federal n. 8.935/1994 permitiu que os empregados dos notários e registradores admitidos anteriormente a ela optassem pelo regime especial de previdência social em detrimento do regime geral, é mais do que intuitivo que também os próprios notários e registradores

nomeados e empossados antes do advento daquela lei, com muito mais razão, pudessem permanecer no regime especial gerido pelo IPREV, a que estavam vinculados.

Portanto, como o impetrante não optou pelo regime geral de previdência social de âmbito federal, deve permanecer vinculado ao sistema estadual, ou seja, ao IPREV. [...] (e-STJ), fls. 1379/1380).

Assim, reformar o julgado demanda análise de legislação infraconstitucional e do conjunto fático-probatório dos autos, o que é inviável nesta via recursal, incidindo o óbice da Súmula 279/STF. Nesse sentido:

EMENTA: Agravo regimental no recurso extraordinário com agravo. Direito Administrativo. Escrevente cartorário. Opção pelo regime estatutário. Artigo 48 da Lei nº 8.935/94. Legislação infraconstitucional. Ofensa reflexa. Fatos e provas. Reexame. Precedentes. 1. Inadmissível, em recurso extraordinário, a análise da legislação infraconstitucional e o reexame dos fatos e das provas dos autos. Incidência das Súmulas nºs 636 e 279/STF. 2. Agravo regimental não provido (ARE 916.888-AgR, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, Segunda Turma, DJe de 1º/2/2016).

Agravo regimental em recurso extraordinário. 2. Direito Administrativo. 3. Cartório extrajudicial. Relação de emprego. Servidores contratados depois da vigência da Constituição Federal e antes da Lei n. 8.935/94. Pretensão de obter nulidade do ato de dispensa imotivada e reintegração no cargo. Lei Federal n. 8.935/94 e provimentos 01/1982, 14/1991 da Corregedoria-Geral de Justiça do Estado de São Paulo. 4. Controvérsia decidida com base na legislação infraconstitucional. Ofensa meramente reflexa ao texto constitucional. Precedentes. 5. Ausência de argumentos capazes de infirmar a decisão recorrida. 6. Agravo regimental a que se nega provimento (RE 733.302-AgR, Rel. Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, DJe de 18/6/2013).

4. Por fim, o acórdão também não diverge do que foi decidido no

juízo de julgamento da ADI 4.641/SC, de minha relatoria, no qual o Plenário desta Corte, ao solucionar, em ação de controle concentrado, debate análogo ao do presente recurso, declarou materialmente inconstitucional o art. 95 da Lei Complementar 412/2008 e modulou os efeitos da decisão, para assegurar o direito adquirido dos segurados e dependentes que, até a data da publicação da ata do presente julgamento, já estivessem recebendo benefícios previdenciários juntos ao regime próprio de previdência estadual ou já houvessem cumprido os requisitos necessários para obtê-los.

Não há reparo a fazer no entendimento aplicado, pois o agravo interno não apresentou nenhum argumento apto a desconstituir os óbices apontados.

Diante do exposto, recebo os embargos de declaração como agravo interno, ao qual nego provimento. Não se aplica o art. 85, § 11, do Código de Processo Civil de 2015, tendo em vista que não houve fixação de honorários advocatícios nas instâncias de origem.

É o voto.

AG.REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 1.054.182, de SANTA CATARINA

RELATORA: MIN. ROSA WEBER

AGTE.(S): BUTZKE IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO LTDA.

ADV.(A/S): SAMUEL GAERTNER EBERHARDT

AGDO.(A/S): UNIÃO

PROC.(A/S)(ES): PROCURADOR-GERAL DA FAZENDA NACIONAL

EMENTA

DIREITO TRIBUTÁRIO. EXTRAORDINÁRIO INTERPOSTO SOB A ÉGIDE DO CPC/2015. PIS/COFINS. APURAÇÃO DA CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA PATRONAL. APROVEITAMENTO DE CRÉDITOS. ART. 8º DA LEI 12.546/2011. DEBATE DE ÂMBITO INFRACONSTITUCIONAL. ART. 102 DA LEI MAIOR. APELO EXTREMO QUE NÃO ATACA OS FUNDAMENTOS DO ACÓRDÃO RECORRIDO. APLICAÇÃO DA SÚMULA Nº 284/STF. AGRAVO MANEJADO SOB A VIGÊNCIA DO CPC/2015.

1. A controvérsia, a teor do já asseverado na decisão guerreada, não alcança estatura constitucional. Não há falar em afronta aos preceitos constitucionais indicados nas razões recursais. Compreensão diversa demandaria a análise da legislação infraconstitucional encampada na decisão da Corte de origem. Desatendida a exigência do art. 102, III, “a”, da Lei Maior, nos termos da remansosa jurisprudência desta Suprema Corte.

2. Razões do recurso extraordinário que não atacam os fundamentos do acórdão recorrido. Aplicação da Súmula nº 284/STF.

3. Ausente condenação anterior em honorários, inaplicável o art. 85, § 11, do CPC/2015.

4. Agravo interno conhecido e não provido, com aplicação da penalidade prevista no art. 1.021, § 4º, do CPC/2015, calculada à razão de 1% (um por cento) sobre o valor atualizado da causa.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal em conhecer do agravo e negar-lhe provimento, com aplicação da penalidade prevista no art. 1.021, § 4º, do CPC/2015, nos termos do voto da Relatora e por unanimidade de votos, em sessão virtual da Primeira Turma de 20 a 26 de outubro de 2017, na conformidade da ata do julgamento.

Brasília, 27 de outubro de 2017.

Ministra Rosa Weber
Relatora

RELATÓRIO

A Senhora Ministra Rosa Weber (Relatora): Contra a decisão por mim proferida, pela qual negado seguimento ao recurso, maneja agravo interno Butzke Importação e Exportação Ltda.

A matéria debatida, em síntese, diz com a pretensão pela apuração da contribuição previdenciária patronal sobre a receita bruta e pelo regime não-cumulativo.

A agravante ataca a decisão impugnada, ao argumento de que a violação dos preceitos da Constituição Federal se dá de forma direta.

Sustenta o direito líquido e certo à apuração da contribuição previdenciária sobre a receita bruta, a teor da Lei nº 12.546/2011, pelo

molde não-cumulativo, mediante outorga de créditos em relação a todos os gastos pagos ou creditados pelas pessoas jurídicas sujeitas à sistemática. Reitera a afronta aos arts. 5º, LIV, 145, § 1º, 150, I e II, 154, I, 194, § 4º, e 195, §§ 12 e 13, da Constituição Federal.

O Tribunal Regional Federal da 4ª Região julgou a controvérsia em decisão cuja ementa reproduzo:

“TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA PATRONAL SOBRE A RECEITA BRUTA. LEI Nº 12.546/11. SISTEMÁTICA CUMULATIVA. CONSTITUCIONALIDADE. Tendo em vista que, no âmbito constitucional, inexistente qualquer determinação de obrigatoriedade de submissão a regime não cumulativo, bem como ausente previsão legal expressa sobre a instituição de regime não cumulativo para a contribuição previdenciária prevista no art. 8º da Lei nº 12.546/11, logo, legal e constitucional a forma cumulativa. Não merece provimento o pedido de reconhecimento do direito de apropriação dos créditos decorrentes do recolhimento de PIS e COFINS sob o regime não cumulativo, para efeito de apuração da contribuição previdenciária sobre a receita bruta de que trata o art. 8º da Lei nº 12.546/2011.”

Recurso extraordinário e agravo manejados sob a vigência do Código de Processo Civil de 2015.

É o relatório.

VOTO

A Senhora Ministra Rosa Weber (Relatora): Preenchidos os pressupostos genéricos, **conheço** do agravo interno e passo ao exame

do mérito.

Nada colhe o agravo.

Negado seguimento ao recurso ao fundamento de que ausente violação direta a preceito da Constituição Federal, bem como pela aplicação dos óbices das Súmulas 283 e 284 desta Suprema Corte.

Consoante já consignado, as instâncias ordinárias decidiram a questão com fundamento na legislação infraconstitucional aplicável à espécie (art. 8º da Lei nº 12.546/11), razão pela qual, consideradas as circunstâncias jurídico-normativas da decisão recorrida, reputo inócurrenate afronta aos postulados constitucionais invocados no apelo extremo. Nesse sentido, RE 1.023.434-RG, Rel. Min. Dias Toffoli, DJe 06.9.2017, assim ementado:

“RECURSO EXTRAORDINÁRIO. TRIBUTÁRIO. ZONA FRANCA DE MANAUS. PROGRAMA REINTEGRA. BASE DE CÁLCULO. LEI Nº 12.546/2011. DECRETO-LEI Nº 288/1967. OPERAÇÃO DE EXPORTAÇÃO. EQUIPARAÇÃO. NATUREZA INFRACONSTITUCIONAL DA CONTROVÉRSIA. IMPOSSIBILIDADE DE REINTEPRETAÇÃO DA LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL. AFRONTA REFLEXA. AUSÊNCIA DE REPERCUSSÃO GERAL.”

Noutro giro, colho do acórdão impugnado:

“[...]”

Neste feito, tem-se presente questão acerca da **técnica da não-cumulatividade**, que, ordinariamente, *visa a evitar o pernicioso efeito da tributação em cascata, desonerando parcialmente a cadeia produtiva. Entretanto, além disso, a técnica se presta como mecanismo jurídico destinado a mitigar os encargos tributários suportados pelos agentes econômicos, que, no exercício de sua atividade, venham a executar um grande número de*

aquisições de bens e serviços na condição jurídica de contribuinte de fato, sofrendo, dessa forma, mais acentuadamente os reflexos da carga tributária incidente em tais operações.

A avaliação do uso e da contingência de tal técnica, longe de figurar como garantia constitucional do contribuinte, é fruto da escolha política do legislador tributário (conveniência e oportunidade), não cabendo ao Poder Judiciário o papel de proeminência nesse campo, pena de macular o princípio da Tripartição do Poder.

Certo, disso não se infira que a política legislativa adotada possa desconsiderar o sistema jurídico-constitucional, solapando as garantias do contribuinte.”

Verifico ausente impugnação específica, no recurso extraordinário, às razões de decidir adotadas pela Corte de origem, relativamente à impossibilidade de o Poder Judiciário conceder benefícios fiscais não previstos em lei.

Aplicável, na hipótese, o entendimento jurisprudencial vertido na Súmula 284/STF: “*É inadmissível o recurso extraordinário, quando a deficiência na sua fundamentação não permitir a exata compreensão da controvérsia.*” Nesse sentido: ARE 656.357-AgR, 2ª Turma, rel. Min. Joaquim Barbosa, DJe 23.02.2012; AI 762.808-AgR, 2ª Turma, rel. Min. Ayres Britto, DJe 30.3.2012; RE 356.310-AgR-segundo, 1ª Turma, rel. Min. Dias Toffoli, DJe 11.10.2011; e RE 656.256-AgR, 1ª Turma, rel. Min. Cármen Lúcia, DJe 05.3.2012, cuja ementa transcrevo:

“AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REVISÃO DE ATO ADMINISTRATIVO. DECADÊNCIA. IMPOSSIBILIDADE DE ANÁLISE DA LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL. OFENSA CONSTITUCIONAL INDIRETA. AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO DOS FUNDAMENTOS DO ACÓRDÃO RECORRIDO. INCIDÊNCIA DA SÚMULA N. 284 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

PRECEDENTES. AGRAVO REGIMENTAL AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO.”

Constato, ademais, que o Tribunal de origem, na hipótese em apreço, se lastreou na prova produzida para firmar seu convencimento, razão pela qual aferir a ocorrência de eventual afronta aos preceitos constitucionais invocados no apelo extremo exigiria o revolvimento do quadro fático delineado, procedimento vedado em sede extraordinária. Aplicação da Súmula 279/STF: “*Para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário.*”

De outro lado, cumpre destacar que a garantia de prestação jurisdicional em tempo razoável, decorrência lógica da dignidade da pessoa humana, fundamento da República Federativa do Brasil, passou a figurar, de forma explícita, entre as cláusulas pétreas, a partir da Emenda Constitucional 45/2004, quando inserido o inciso LXXVIII no art. 5º da Lei Maior. Ressalte-se que a proteção contida no referido dispositivo não se dirige apenas às partes, individualmente consideradas, estendendo-se a todos os usuários do Sistema Judiciário, porquanto beneficiados pelo desafogo dos Tribunais Pátrios.

Se a parte, ainda que não interessada na postergação do desenlace da demanda, utiliza a esmo o instrumento processual colocado à sua disposição quando já obteve uma prestação jurisdicional completa, todos os demais jurisdicionados são virtualmente lesados no seu direito à prestação jurisdicional célere e eficiente.

A utilização indevida das espécies recursais, consubstanciada na interposição de recursos manifestamente inadmissíveis, improcedentes ou contrários à jurisprudência desta Suprema Corte como mero expediente protelatório, desvirtua o próprio postulado constitucional da ampla defesa e configura abuso do direito de recorrer, a ensejar a aplicação da

penalidade prevista no art. 1.021, § 4º, do CPC, calculada à razão de 1% (um por cento) sobre o valor atualizado da causa, se unânime a votação. Nesse sentido: ARE 951.191-AgR, Rel. Min. Marco Aurélio, 1ª Turma, DJe 23.6.2016; e ARE 955.842-AgR, Rel. Min. Dias Toffoli, 2ª Turma, DJe 28.6.2016.

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

Agravo interno **conhecido** e **não provido**, com aplicação da penalidade prevista no art. 1.021, § 4º, do CPC/2015, calculada à razão de 1% (um por cento) sobre o valor atualizado da causa, se unânime a votação. Ausente condenação anterior em honorários, inaplicável o art. 85, § 11, do CPC/2015.

É como voto.

AG.REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO 653.543, de SANTA CATARINA

RELATOR: MIN. LUIZ FUX

AGTE.(S): MUNICÍPIO DE LAGES

PROC.(A/S)(ES): KLEBER SCHIMITZ SILVA

AGDO.(A/S): KLABIN S/A

ADV.(A/S): ANTONIO CARLOS GUIMARÃES GONÇALVES

EMENTA

AGRAVO INTERNO NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. TRIBUTÁRIO. INDÚSTRIA DE FABRICAÇÃO DE EMBALAGENS. COMPOSIÇÃO GRÁFICA. CONTROVÉRSIA QUANTO À INCIDÊNCIA DO ICMS OU DO ISSQN. MATERIAL EMPREGADO NO PROCESSO PRODUTIVO DE OUTRAS MERCADORIAS. INCIDÊNCIA DO ICMS. ADI 4.389-MC. MODULAÇÃO DOS EFEITOS. INAPLICABILIDADE ÀS AÇÕES AJUIZADAS ANTES DA PROLAÇÃO DA DECISÃO. AGRAVO INTERPOSTO SOB A ÉGIDE DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. MAJORAÇÃO DOS HONORÁRIOS DE SUCUMBÊNCIA. ARTIGO 85, § 11, DO CPC/2015. AGRAVO INTERNO DESPROVIDO.

ACÓRDÃO

A Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, na conformidade da ata de julgamento virtual de 6 a 13/10/2017 (Portaria nº 210, de 9/10/2017), por unanimidade, negou provimento ao agravo e condenou a parte sucumbente, nesta instância recursal, ao pagamento de honorários advocatícios, nos termos do voto do Relator.

Brasília, 16 de outubro de 2017.

Ministro **LUIZ FUX - RELATOR**
Documento assinado digitalmente

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR): Trata-se de agravo interno interposto pelo MUNICÍPIO DE LAGES contra decisão de minha relatoria, cuja ementa transcrevo:

“RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. TRIBUTÁRIO. INDÚSTRIA DE FABRICAÇÃO DE EMBALAGENS. COMPOSIÇÃO GRÁFICA. CONTROVÉRSIA QUANTO À INCIDÊNCIA DO ICMS OU DO ISSQN. MATERIAL EMPREGADO NO PROCESSO PRODUTIVO DE OUTRAS MERCADORIAS. INCIDÊNCIA DO ICMS. ADI 4.389-MC. POSSIBILIDADE DE JULGAMENTO IMEDIATO DOS FEITOS QUE VERSEM SOBRE A MESMA CONTROVÉRSIA DECIDIDA PELO PLENÁRIO EM JUÍZO PRECÁRIO. AGRAVO PROVIDO E, DESDE LOGO, PROVIDO O RECURSO EXTRAORDINÁRIO.” (fls. 354)

Nas razões do agravo, a parte agravante sustentou que (...)

“No âmbito da decisão monocrática que norteia a proposição do presente apelo recursal o r. Relator Julgador adotou como base entendimento proferido por ocasião do julgamento de medida cautelar na ADI nº 4.389, posto no sentido de que incide ICMS e não o ISSQN na operação de industrialização de embalagens que apesar de submetidas à composição gráfica personalizada, são encomendadas para posterior integração ao complexo produtivo destinado

a inserção de bens no comércio.

Contudo, com a máxima vênia, tem-se que a decisão em contexto merece retoque, máxime se considerar que o julgamento exarado na ADI n.º 4.389, ou, em melhor dicção, à medida liminar concedida naqueles autos foram conferidos efeitos prospectivos (eficácia ex nunc) fixando-se como marco temporal de início da sua vigência a data de conclusão do respectivo julgamento.

(...)

Logo, tendo em vista que a decisão liminar declaratória de inconstitucionalidade somente é passível de aplicação aos fatos geradores ocorridos após a respectiva sessão de julgamento (13/04/2011), denota-se – fatalmente – que o r. Julgador monocrático deixou de se ater a fato estritamente determinante para a análise e correto julgamento do apelo recursal. Isto porque, no caso vertente, como se pode verificar nos documentos que integram o caderno processual – os quais acostam-se à presente para a melhor compreensão de Vossa(s) Excelência(s), os fatos geradores determinantes do lançamento e da cobrança objeto de debate datam do ano de 2005, o que conduz à convicção inequívoca de que a aplicação da orientação trazida pela medida cautelar exarada na ADI nº 4.389 à hipótese versada deve ser implementada com a necessária ressalva temporal.”

Em pedido sucessivo, pleiteia a fixação dos honorários sucumbenciais no patamar legal mínimo.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR): A presente irresignação não merece prosperar.

Em que pesem os argumentos expendidos no agravo, resta

evidenciado das razões recursais que a parte agravante não trouxe nenhum argumento capaz de infirmar a decisão hostilizada.

Com efeito, a modulação dos efeitos de decisões proferidas em sede de controle de constitucionalidade de leis e de atos normativos não alcança demandas ajuizadas antes da prolação de referidas decisões.

Nesse sentido, colacionam-se os seguintes julgados:

“CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO. IMPOSTO SOBRE OPERAÇÕES DE CIRCULAÇÃO DE MERCADORIAS E DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE COMUNICAÇÃO E DE TRANSPORTE INTERESTADUAL E INTERMUNICIPAL (ICMS). PRELIMINAR. PERTINÊNCIA TEMÁTICA. PRESENÇA DE RELAÇÃO LÓGICA ENTRE OS FINS INSTITUCIONAIS DAS REQUERENTES E A QUESTÃO DE FUNDO VERSADA NOS AUTOS. PROTOCOLO ICMS Nº 21/2011. ATO NORMATIVO DOTADO DE GENERALIDADE, ABSTRAÇÃO E AUTONOMIA. MÉRITO. COBRANÇA NAS OPERAÇÕES INTERESTADUAIS PELO ESTADO DE DESTINO NAS HIPÓTESES EM QUE OS CONSUMIDORES FINAIS NÃO SE AFIGUREM COMO CONTRIBUINTES DO TRIBUTO. INCONSTITUCIONALIDADE. HIPÓTESE DE BITRIBUTAÇÃO (CRFB/88, ART. 155, § 2º, VII, B). OFENSA AO PRINCÍPIO DO NÃO CONFISCO (CRFB/88, ART. 150, IV). ULTRAJE À LIBERDADE DE TRÁFEGO DE BENS E PESSOAS (CRFB/88, ART. 150, V). VEDAÇÃO À COGNOMINADA GUERRA FISCAL (CRFB/88, ART. 155, § 2º, VI). AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE JULGADA PROCEDENTE. MODULAÇÃO DOS EFEITOS A PARTIR DO DEFERIMENTO DA CONCESSÃO DA MEDIDA LIMINAR, RESSALVADAS AS AÇÕES JÁ AJUIZADAS. (...) 15. Ação direta de inconstitucionalidade julgada PROCEDENTE. Modulação dos efeitos a partir do deferimento da concessão da medida liminar, ressalvadas as ações já ajuizadas.” (ADI 4.628, Rel. Min. Luiz Fux, Plenário, DJe de 24/11/2014)

“EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. OMISSÃO. ALCANCE SUBJETIVO DE MODULAÇÃO DE EFEITOS DE DECLARAÇÃO DE NÃO RECEPÇÃO. CANDIDATOS COM AÇÕES AJUIZADAS DE MESMO OBJETO DESTES RECURSO EXTRAORDINÁRIO. PRORROGAÇÃO DA MODULAÇÃO DOS EFEITOS DA NÃO RECEPÇÃO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO ACOLHIDOS. 1. Embargos de declaração acolhidos para deixar expresso que a modulação da declaração de não recepção da expressão ‘nos regulamentos da Marinha, do Exército e da Aeronáutica’ do art. 10 da Lei n. 6.880/1980 não alcança os candidatos com ações ajuizadas nas quais se discute o mesmo objeto deste recurso extraordinário. 2. Prorrogação da modulação dos efeitos da declaração de não recepção até 31 de dezembro de 2012.” (RE 600.885, Rel. Min. Cármen Lúcia, Plenário, DJe de 12/12/2012)

“DIREITO TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. PROTOCOLO CONFAZ Nº 21. INCONSTITUCIONALIDADE RECONHECIDA NA ADI 4.628. MODULAÇÃO DOS EFEITOS. INAPLICABILIDADE ÀS AÇÕES JÁ AJUIZADAS. 1. Nos termos da jurisprudência da Corte, a modulação dos efeitos a partir do deferimento da concessão da medida liminar na ADI 4.628, não se aplica às ações já ajuizadas. No caso, o recorrente está impedido de cobrar o ICMS incidente em decorrência do Protocolo n.º 21/2011 por força da medida antecipatória concedida no presente mandado de segurança desde janeiro de 2012. 2. Agravo regimental a que se nega provimento.” (ARE 864.799-AgR, Rel. Min. Roberto Barroso, Primeira Turma, DJe de 9/8/2016)

In casu, a ação de embargos à execução fiscal foi ajuizada em maio de 2006, ou seja, em momento anterior ao julgamento da ADI 4.389-MC, que se deu em 13/4/2011, acórdão publicado em 25/5/2011. Portanto, não há que se falar em aplicação da modulação dos efeitos da referida decisão à hipótese dos autos, a fim de se determinar a incidência do ISSQN na operação de industrialização de embalagens que, apesar de

submetidas à composição gráfica personalizada, são encomendadas para posterior integração ao complexo produtivo destinado a inserir bens em comércio.

Insta salientar que o presente agravo foi interposto sob a égide da nova lei processual, o que impõe a aplicação de sucumbência recursal.

Ressalte-se, por oportuno, que não houve intimação para a apresentação de contrarrazões ao agravo, em obediência ao princípio da celeridade processual e por não se verificar prejuízo à parte ora agravada, uma vez que voto pela manutenção da decisão agravada (artigo 6º c/c artigo 9º do CPC/2015).

Ex positis, **NEGO PROVIMENTO** ao agravo interno e **CONDENO** a parte sucumbente nesta instância recursal ao pagamento de honorários advocatícios majorados ao máximo legal (85, § 11, do CPC/2015).

É como voto.

SUPERIOR TRIBUNAL

DE JUSTIÇA

AgInt na RECLAMAÇÃO Nº 32.164, de Santa Catarina
RELATOR: MINISTRO SÉRGIO KUKINA

AGRAVANTE: SINDICATO DOS OFICIAIS DE JUSTIÇA
AVALIADORES DO ESTADO DE SANTA CATARINA - SINDOJUS/
SC

ADVOGADOS: RUDI MEIRA CASSEL - DF022256; JEAN PAULO
RUZZARIN E OUTRO(S) - DF021006

AGRAVADO: ESTADO DE SANTA CATARINA

PROCURADOR: PROCURADORIA GERAL DO ESTADO DE
SANTA CATARINA

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NA RECLAMAÇÃO.
ALEGAÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE JULGADO DO STJ.
NÃO OCORRÊNCIA. AGRAVO NÃO PROVIDO.

1. A decisão recorrida não admitiu a reclamação porque não se demonstrou o alegado descumprimento da decisão proferida em recurso ordinário em mandado de segurança, o qual foi provido, apenas para reconhecer o direito aos servidores substituídos pelo SINDOJUS/SC à Gratificação de Risco de Vida, o que foi acatado pela Administração.
2. A pretensão de compelir a Administração do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina a pagar os valores da Gratificação de Risco de Vida também aos servidores inativos, extrapola os limites do julgado no RMS nº. 18.332/SC, tido por descumprido, razão pela qual descabe falar em desrespeito à decisão do STJ.
3. Agravo interno não provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeira SEÇÃO do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao agravo interno, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. A Sra. Ministra Regina Helena Costa e os Srs. Ministros Gurgel de Faria, Herman Benjamin, Napoleão Nunes Maia Filho, Og Fernandes, Benedito Gonçalves e Assusete Magalhães votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, ocasionalmente, o Sr. Ministro Francisco Falcão.

Brasília (DF), 13 de dezembro de 2017(Data do Julgamento)

MINISTRO SÉRGIO KUKINA
Relator

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO SÉRGIO KUKINA: Trata-se de agravo interno ajuizado pelo Sindicato dos Oficiais de Justiça Avaliadores do Estado de Santa Catarina - SINDOJUS/SC, objetivando a reforma da decisão às fls. 144 a 147, pela qual se julgou improcedente a reclamação, manejada ao fundamento de que o Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina não cumpriria o que foi decidido pelo STJ, nos autos do RMS 18.332/SC, cuja relatoria do acórdão coube à Ministra Maria Thereza de Assis Moura, publicado no DJe de 10 de setembro de 2012.

O agravante, em suas razões, sustenta o cabimento da reclamação para o presente caso, pois *“o acórdão proferido nos autos do RMS nº 18.332 não estabeleceu qualquer distinção entre servidores ativos e inativos, razão pela qual é ilegítimo privar os servidores aposentados da referida gratificação.”* (fl. 155).

Contraminuta do Estado de Santa Catarina às fls. 169 a 173.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR MINISTRO SÉRGIO KUKINA (RELATOR):

O recurso não merece acolhimento.

Nos termos dos arts. 105, I, *f*, da CF e 187 do RISTJ, a reclamação destina-se a preservar a competência deste Tribunal ou garantir a autoridade das suas próprias decisões. É um meio de impugnação de manejo limitado, que não pode ter seu espectro cognitivo ampliado, sob pena de se tornar um sucedâneo recursal.

No caso dos autos, o acórdão do RMS 18.332/SC recebeu a seguinte ementa:

RECURSO ORDINÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. ADMINISTRATIVO. SERVIDORESTADUAL. OFICIAIS DE JUSTIÇA. GRATIFICAÇÃO DE RISCO DE VIDA. RECONHECIMENTO ADMINISTRATIVO DO DIREITO. PREVISÃO LEGAL. NÃO PAGAMENTO. OFENSA A DIREITO LÍQUIDO E CERTO.

1. Reconhecido administrativamente o direito de oficiais de justiça estaduais a receberem a Gratificação de Risco de Vida, com base em previsão legal (art. 85, VII, da Lei Estadual nº 6.745/85), incorre em ilegalidade a omissão da Administração na sua implementação, passados mais de seis anos do aludido reconhecimento, sob a alegação de ausência de disponibilidade financeira.

2. Recurso ordinário provido.

O voto-vencedor, lavrado pela Ministra Maria Thereza de Assis Moura foi vazado nos seguintes termos:

VOTO-VENCEDOR

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA:

Trata-se de recurso ordinário, interposto pela ASSOCIAÇÃO CATARINENSE DOS OFICIAIS DE JUSTIÇA- ACOJ, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina que denegou segurança impetrada em face de ato do Desembargador Presidente daquela Corte, consubstanciado na negativa de pagamento aos oficiais de justiça da Gratificação de Risco de Vida, apesar de ter sido deferida sua implantação a partir de 23/02/94 desde que existente disponibilidade financeira.

A ementa do aresto, proferido por maioria, foi redigida nos seguintes termos:

MANDADO DE SEGURANÇA – SERVIDORES PÚBLICOS ESTADUAIS – OFICIAIS DE JUSTIÇA – GRATIFICAÇÃO DE RISCO DEVIDA – DEFERIMENTO ADMINISTRATIVO – SUPERVENIÊNCIA DA EMENDA CONSTITUCIONAL n.º 19/98 – AUSÊNCIA DE LEI ESPECÍFICA – INEXISTÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO.

Embora a Emenda Constitucional n.º 19 não tenha suprimido o direito à percepção do adicional de insalubridade e risco de vida pelos servidores públicos, a alteração havida, na medida em que retirou a gratificação do rol dos direitos constitucionalmente assegurados, relegou, desta forma, sua regulamentação à legislação infraconstitucional. Logo, só é devido o seu pagamento se houver previsão legal expressa e específica, o que não ocorre no presente caso.

Nas razões do recurso ordinário, alega a Associação recorrente que há previsão legal expressa e específica acerca da Gratificação de Risco de Vida, nos termos do art. 85, VII, do Estatuto dos Funcionários Públicos Civis do Estado de Santa Catarina, regulamentado pelo Decreto n.º 31.773 de 12 de março de 1987.

Nesse sentido, pleiteia o reconhecimento do direito dos Oficiais de Justiça à percepção da Gratificação do Risco de Vida, concedida pelo art. 85, VII da Lei nº 6745/85 - Estatuto dos Funcionários Públicos Civis do Estado de Santa Catarina, já deferido no Processo Administrativo nº 34046.92.4, de 23 de outubro de 1992, proposto pelo Sinjusp - Sindicato dos Servidores do Poder Judiciário do Estado de Santa Catarina.”

Apresentadas as contrarrazões do Estado de Santa Catarina, manifestou-se o Ministério Público Federal pelo não provimento do recurso.

Distribuídos os autos à relatoria da ilustre Ministra Alderita Ramos de Oliveira, a douta Relatora proferiu voto no sentido de negar provimento ao recurso, ao fundamento de que “não há direito líquido e certo a ser reconhecido à impetrante, visto não haver previsão expressa e específica de gratificação por periculosidade destinada à categoria dos oficiais de justiça de Santa Catarina.”

Com a devida vênua do entendimento esposado pela insigne Ministra Alderita Ramos de Oliveira, voto por dar provimento ao recurso.

Consoante relatado, a presente impetração volta-se contra ato do Desembargador Presidente do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina consubstanciado na negativa de pagamento aos oficiais de justiça da Gratificação de Risco de Vida.

No entanto, foi reconhecido administrativamente pelo próprio Tribunal a quo o direito dos oficiais de justiça ao recebimento da aludida Gratificação, a partir de 23/02/94, desde que houvesse disponibilidade financeira (fl. 214). Posteriormente, ainda no ano de 1994 determinou-se o sobrestamento do pedido “face a falta de recursos financeiros” e, na seqüência, o aguardo do próximo exercício financeiro (fl. 214 e 217).

No mesmo sentido, já no ano de 1999 o Desembargador Presidente daquela Corte Estadual baseou-se em razões de ausência de disponibilidade financeira para negar o pagamento da Gratificação em tela aos oficiais de justiça, ao asseverar que:

Com referência ao terceiro, que alude à implantação da gratificação de-risco-de vida, embora possa ser feita por ato normativo deste Poder, já que legalmente prevista, apresenta-se, da mesma forma, inexecutável ante a ausência de disponibilidade financeira, revelando-se prudente que se aguarde o próximo exercício financeiro, o que inclusive já restou assentado em despacho exarado pelo eminente ex-presidente deste Tribunal, Des. Tycho Brahe Fernandes Neto, nos autos do processo nº 51195-94.1. (fl. 227)

Verifica-se, assim, que, embora seja incontroverso nos autos que a autoridade apontada como coatora reconheceu administrativamente o direito dos oficiais de justiça de receberem a Gratificação de Risco de Vida, em virtude inclusive de previsão legal expressa - art. 85, VII, do Estatuto dos Servidores Públicos Civis do Estado de Santa Catarina (Lei nº 6.745/85) -, deixou de implementar o seu pagamento ao argumento de que não haveria disponibilidade financeira.

Ocorre que, após ter reconhecido expressamente um direito amparado em lei, não pode a Administração, a pretexto da ausência de disponibilidade financeira, passados mais de seis anos do aludido reconhecimento deixar de pagar aos servidores o que lhes foi assegurado, sob pena de ofensa a direito subjetivo daqueles.

Como bem decidido pela Quinta Turma, no julgamento de questão relativa à ausência de pagamento de vantagens a servidor sob argumento de necessária observância de limites de despesas com pessoal dos entes públicos, “condicionar o direito da servidora – já reconhecido pela autoridade coatora - ao ‘poder discricionário’ da Administração Pública em editar a respectiva programação orçamentária que contemple os valores correspondentes constitui uma abertura temerária à desídia

do gestor público” (RMS 30.428/RO, Rel. Min. FELIX FISCHER, DJe 15.03.2010).

Nessa linha de raciocínio, vale conferir os seguintes julgados desta Corte:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. ARTIGO 535 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. AUSÊNCIA DOS PRESSUPOSTOS. SERVIDOR PÚBLICO. VANTAGENS PESSOAIS. LEI COMPLEMENTAR Nº 68/92 DO ESTADO DE RONDÔNIA. PAGAMENTO. RECUSA. LIMITES ORÇAMENTÁRIOS. LEI DE RESPONSABILIDADE FISCAL. INAPLICABILIDADE. ART. 19, § 1º, INCISO IV, DA LRF. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO REJEITADOS.

(...)

III - A Lei de Responsabilidade Fiscal, que regulamentou o art. 169 da Constituição Federal de 1988, fixando limites de despesas com pessoal dos entes públicos, não pode servir de fundamento para elidir o direito dos servidores públicos de perceber vantagem legitimamente assegurada por lei. Precedentes deste e. Superior Tribunal de Justiça e do c. Supremo Tribunal Federal. IV - Embargos de declaração rejeitados.

(EDcl no RMS 30.428/RO, Rel. Ministro GILSON DIPP, QUINTA TURMA, julgado em 13/09/2011, DJe 28/09/2011)

RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. SERVIDOR PÚBLICO. VANTAGENS PESSOAIS. LEI COMPLEMENTAR Nº 68/92 DO ESTADO DE RONDÔNIA. PAGAMENTO. RECUSA. LIMITES ORÇAMENTÁRIOS. LEI DE RESPONSABILIDADE FISCAL. INAPLICABILIDADE. ART. 19, § 1º, INCISO IV, DA LRF.

(...)

II - A Lei de Responsabilidade Fiscal, que regulamentou o art. 169 da Constituição Federal de 1988, fixando limites de despesas com pessoal dos entes públicos, não pode servir de fundamento para elidir o direito dos servidores públicos de perceber vantagem legitimamente assegurada por lei. Precedentes deste e. Superior Tribunal de Justiça e do c. Supremo Tribunal Federal. Recurso ordinário provido. (RMS 30.428/RO, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 23/02/2010, DJe 15/03/2010)

AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. SERVIDOR PÚBLICO ESTADUAL. ATUALIZAÇÃO DA VANTAGEM PESSOAL DA LEI COMPLEMENTAR Nº 68/92. RECONHECIMENTO ADMINISTRATIVO. RECUSA DE PAGAMENTO. DOTAÇÃO ORÇAMENTÁRIA. VIOLAÇÃO A DIREITO LÍQUIDO E CERTO.

1. Os limites previstos na Lei de Responsabilidade Fiscal, no que tange às despesas com pessoal, não podem servir de justificativa para o não cumprimento de direitos subjetivos do servidor público, como é o recebimento de direito assegurado por lei e já reconhecido pela própria Administração Pública. Precedentes.

2. Agravo regimental improvido.

(AgRg no RMS 30451/RO, de minha relatoria, SEXTA TURMA, julgado em 19/06/2012, DJe 29/06/2012)

*Ante o exposto, **dou provimento ao recurso ordinário e concedo a segurança**, para reconhecer aos servidores ora substituídos, Oficiais de Justiça do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, o direito ao recebimento da Gratificação de Risco de Vida prevista no art. 85, VII, da Lei nº 6.745/85, com efeitos financeiros a partir da data da impetração.*

É como voto.

Nesse contexto, com efeito, verifica-se que o Sindicato/agravante pretende dar ao quanto decidido extensão maior do que a conferida por esta Corte, insistindo na extensão da gratificação de risco de vida concedida aos servidores por ele substituídos, àqueles na inatividade, de modo que não ficou demonstrado o alegado descumprimento de comando judicial emanado desta Corte, viabilizador da reclamação apresentada.

Além do alegado descumprimento judicial não ter ficado caracterizado, vale ressaltar que esta Corte tem entendimento pacificado no sentido do não cabimento da reclamação como sucedâneo recursal, ***porquanto não se trata de meio de impugnação destinado ao exame do acerto ou desacerto da decisão vergastada, como se recurso fosse*** (AgRg na Rcl 15.473/SP, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 27/08/2014, DJe 01/09/2014).

Nessa linha de compreensão, confirmam-se também:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NA RECLAMAÇÃO CONSTITUCIONAL. CPC/1973. SUCEDÂNEO RECURSAL. NÃO CABIMENTO. DECISÃO MANTIDA.

1. Para ser cabível a reclamação constitucional (CF, art. 105, I, “f”, RISTJ, art. 187), a decisão tida por descumprida deve ser proferida no curso da relação processual formada no processo originário, do qual adveio o julgamento reclamado, o que não se dá no presente caso.

2. A pretensão da parte é usar a reclamação como sucedâneo do recurso cabível, o que não é aceito, conforme precedentes desta Corte Superior.

3. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgRg na Rcl 26.327/SP, Rel. Ministro ANTONIO CARLOS FERREIRA, SEGUNDA SEÇÃO, DJe 29/08/2016)

RECLAMAÇÃO CONSTITUCIONAL. AGRAVO REGIMENTAL. ART. 105, I, f, DA CF/88. HIPÓTESES DE CABIMENTO DA RECLAMAÇÃO. PRESERVAÇÃO DA COMPETÊNCIA DO STJ. GARANTIA DA AUTORIDADE DAS DECISÕES DO STJ. UTILIZAÇÃO COMO SUCEDÂNEO RECURSAL. IMPOSSIBILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. A reclamação constitucional, prevista no art. 105, I, f, da CF/88, destina-se tão somente à preservação da competência do Superior Tribunal de Justiça ou à garantia da autoridade de suas decisões.

2. “A Reclamação, em razão de sua natureza incidental e excepcional, destina-se a preservação da competência e garantia da autoridade dos julgados somente quando objetivamente violados, não podendo servir como sucedâneo recursal para discutir o teor da decisão hostilizada” (AgRg na Rcl 3.497/RN, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho).

3. “Incabível a reclamação manejada com o propósito de desconstituir o acórdão proferido pelo Tribunal de origem, passível de recurso próprio” (AgRg na Rcl 22.459/MG, Rel. Ministro MOURA RIBEIRO, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 25/3/2015, DJe de 6/4/2015).

4. Agravo regimental desprovido.

(AgRg na Rcl 6.572/RJ, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, SEGUNDA SEÇÃO, DJe 29/06/2016)

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NA RECLAMAÇÃO. RECURSO ESPECIAL SUSPENSO COM BASE NO ART. 543-C DO CPC. ART. 105, I, F, DA CF. USURPAÇÃO DA COMPETÊNCIA DESTA CORTE. NÃO OCORRÊNCIA. UTILIZAÇÃO COMO SUCEDÂNEO RECURSAL. IMPOSSIBILIDADE. PREQUESTIONAMENTO QUESTÕES CONSTITUCIONAIS. DESCABIMENTO

1. Conforme dispõem os arts. 105, f, da Constituição Federal e 187 do RISTJ, compete ao Superior Tribunal de Justiça processar e julgar, originariamente, a reclamação para a preservação de sua competência e garantia da autoridade

de suas decisões.

2. Não é cabível reclamação contra decisão do Tribunal de origem que tenha determinado a suspensão do recurso especial com base no art. 543-C do CPC.

3. Não é possível a utilização da reclamação como sucedâneo recursal.

4. “A pretendida análise de violação a dispositivo constitucional não encontra guarida, uma vez que a apreciação de suposta ofensa a preceitos constitucionais não é possível no âmbito desta Corte, nem à guisa de prequestionamento, porquanto matéria reservada ao Supremo Tribunal Federal, nos termos dos arts. 102, III, e 105, III, da Carta Magna”. (AgRg nos EAg 1333055/SP, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, CORTE ESPECIAL, julgado em 02/04/2014, DJe 24/04/2014)

5. Agravo regimental a que se nega provimento. (AgRg na Rcl 29.267/SP, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, SEGUNDA SEÇÃO, DJe 16/05/2016)

Verifica-se, portanto, que a irresignação não merece acolhimento, tendo em conta que a parte agravante não logrou desenvolver argumentação apta a desconstituir os fundamentos adotados pela decisão recorrida, que merece ser mantida na íntegra.

A propósito:

AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL. NOVOS ARGUMENTOS HÁBEIS A DESCONSTITUIR A DECISÃO IMPUGNADA. INEXISTÊNCIA. NÃO CABIMENTO DOS EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA.

SÚMULA 316/STJ. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

I - É assente no Superior Tribunal de Justiça que o agravo regimental deve trazer novos argumentos capazes de alterar o entendimento anteriormente firmado, sob pena de ser mantida a r. decisão vergastada pelos próprios fundamentos.

[...]

Agravo regimental desprovido.

(**AgRg nos EREsp 1432932/RS**, Rel. Ministro FELIX FISCHER, CORTE ESPECIAL, DJe 05/10/2015)

Ante o exposto, encaminho meu voto no sentido de **negar provimento** ao presente agravo interno.

É como voto.

AgInt no RECURSO ESPECIAL Nº 1.430.760, de Santa Catarina

RELATOR: MINISTRO BENEDITO GONÇALVES

AGRAVANTE: ESTADO DE SANTA CATARINA

PROCURADOR: PAULO RONEY ÁVILA FAGÚNDEZ E OUTRO(S)
- SC009859B

AGRAVADO: KATYRA KOWALSKI ARMANINI

ADVOGADO: VALDOIR GONÇALVES - SC022812

EMENTA

ADMINISTRATIVO. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. CONCURSO PÚBLICO. CARREIRA MILITAR DO ESTADO DE SANTA CATARINA. IMPOSSIBILIDADE DE EXIGÊNCIA DE LIMITE DE IDADE ESTABELECIDO SOMENTE NO EDITAL DO CERTAME. INEXISTÊNCIA DE LEI NO MOMENTO DA DIVULGAÇÃO DO EDITAL. SUPERVENIÊNCIA DE LEGISLAÇÃO. INAPLICABILIDADE NO CONCURSO VIGENTE.

1. A jurisprudência desta Corte firmou compreensão segundo a qual o início da vigência de lei após a publicação do edital não pode ser fundamento para a convalidação de exigência que havia sido imposta no certame sem respaldo na legislação em vigor à época, só tendo o diploma legal, aplicabilidade para os concursos abertos posteriormente a sua vigência. A propósito: AgRg no REsp 1.446.956/SC, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, DJe 04/03/2016; AgRg no REsp 1.490.978/DF, Rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 20/03/2015.

2. Agravo interno não provido.

ACÓRDÃO

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

Brasília (DF), 12 de dezembro de 2017(Data do Julgamento)

MINISTRO BENEDITO GONÇALVES
Relator

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO BENEDITO GONÇALVES (Relator): Trata-se de agravo interno interposto contra decisão, assim ementada (fl. 247):

ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO PARA BOMBEIRO MILITAR DO ESTADO DE SANTA CATARINA. IMPOSSIBILIDADE DE EXIGÊNCIA DE LIMITE DE IDADE ESTABELECIDO SOMENTE NO EDITAL DO CERTAME, SEM LEI EM SENTIDO FORMAL QUE O PREVEJA NA ÉPOCA DA DIVULGAÇÃO DO EDITAL. SUPERVENIÊNCIA DE LEGISLAÇÃO NÃO CONVALIDA O ATO ILEGAL ANTERIOR. RECURSO ESPECIAL NÃO PROVIDO.

O agravante alega que a utilização do fator idade como critério

para o ingresso no serviço militar ocorre dado a natureza das atividades militares.

Aduz, ainda, que houve a existência superveniente de lei, o que pode influir no julgamento da lide, devendo, tal fato ser apreciado.

Sem impugnação.

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO BENEDITO GONÇALVES (Relator): Observa-se que o presente recurso não merece prosperar, tendo em vista que dos argumentos apresentados no agravo interno não se vislumbram razões para reformar a decisão agravada, pois a jurisprudência desta Corte firmou compreensão segundo a qual o início da vigência de lei após a publicação do edital não pode ser fundamento para a convalidação de exigência que havia sido imposta no certame sem respaldo na legislação em vigor à época, só tendo o diploma legal, aplicabilidade para os concursos abertos posteriormente a sua vigência.

Nesse sentido:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL. CONCURSO PÚBLICO PARA BOMBEIRO MILITAR DO ESTADO DE SANTA CATARINA. OFENSA AO ART. 535 NÃO CONFIGURADA. IMPOSSIBILIDADE DE EXIGÊNCIA DE LIMITE DE IDADE ESTABELECIDO SOMENTE NO EDITAL DO CERTAME, SEM LEI EM SENTIDO FORMAL QUE O PREVEJA NA ÉPOCA DA DIVULGAÇÃO DO EDITAL. SUPERVENIÊNCIA DE LEGISLAÇÃO NÃO CONVALIDA O ATO ILEGAL ANTERIOR. AGRAVO REGIMENTAL DO ESTADO DE

SANTA CATARINA DESPROVIDO.

É firme a jurisprudência do STJ na compreensão de que só é legítima a exigência de limite etário em concurso público se fixada por lei em sentido formal.

2. O Tribunal de origem apreciou fundamentadamente a controvérsia, não padecendo o acórdão recorrido de qualquer omissão, contradição ou obscuridade. O julgamento diverso do pretendido, como na espécie, não implica ofensa ao art. 535 do CPC.

3. A entrada em vigor de lei posterior à publicação do edital não tem o condão de convalidar a exigência que havia sido imposta no certame sem respaldo na legislação em vigor à época, só tendo o diploma legal, por natural, aplicabilidade para os concursos abertos após a sua vigência.

4. Agravo Regimental do ESTADO DE SANTA CATARINA desprovido. (AgRg no REsp 1.446.956/SC, Rel. Min. NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, DJe 04/03/2016).

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. MILITAR. LIMITE DE IDADE. PREVISÃO NO EDITAL E NA LEI LOCAL. POSSIBILIDADE. ANÁLISE DE LEGISLAÇÃO LOCAL. SÚMULA 280/STF. INTERPRETAÇÃO DE CLÁUSULAS EDITALÍCIAS. SÚMULA 5/STJ. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL. NÃO COMPROVAÇÃO. DESCUMPRIMENTO DOS REQUISITOS LEGAIS.

1. O Superior Tribunal de Justiça entende pela possibilidade de se exigir limite de idade para o ingresso na carreira militar, desde que haja previsão em lei específica e no edital do concurso público, como ocorreu no presente caso. Precedente: RMS 44.127/AC, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 3/2/2014.

2. Hipótese em que a controvérsia foi decidida à luz das exigências previstas no Edital do certame e nas Leis Estaduais 7.479/1986 e 12.086/2009. Desse modo, para reformar o acórdão recorrido seria necessária a análise do aludido diploma local e a interpretação de cláusulas do Edital do concurso, providência vedada em Recurso Especial, conforme as Súmulas

280/STF e 5/STJ.

3. A divergência jurisprudencial deve ser comprovada, cabendo ao recorrente demonstrar as circunstâncias que identificam ou assemelham os casos confrontados, com indicação da similitude fática e jurídica entre eles. Indispensável a transcrição de trechos do relatório e do voto dos acórdãos recorrido e paradigma, realizando-se o cotejo analítico entre ambos, com o intuito de bem caracterizar a interpretação legal divergente. O desrespeito a esses requisitos legais e regimentais (art. 541, parágrafo único, do CPC e art. 255 do RI/STJ) impede o conhecimento do Recurso Especial, com base no art. 105, III, alínea “c”, da Constituição Federal.

4. Agravo Regimental não provido. (AgRg no REsp 1.490.978/DF, Rel. Min. HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, DJe 20.3.2015).

Ante o exposto, **nego provimento** ao agravo interno.

É como voto.

AgInt nos EDcl no AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 363.005, de Santa Catarina

RELATORA: MINISTRA MARIA ISABEL GALLOTTI

AGRAVANTE: CAIXA DE PREVIDÊNCIA DOS FUNCIONÁRIOS DO BANCO DO BRASIL PREVI

ADVOGADOS: SÉRGIO EDUARDO FISHER E OUTRO(S) - RJ017119; ADRIANA ZAPELINI MARTINS - SC013737; GIOVANA MICHELIN LETTI - SC021422A; CAROLINA SILVA E SILVA - SC017858; FABRÍCIO ZIR BOTHOMÉ E OUTRO(S) - SC021419

AGRAVADO: DILCE FRANCO JUNGES

ADVOGADO: CARLOS BERKENBROCK E OUTRO(S) - SC013520

EMENTA

AGRAVO INTERNO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PROTOCOLO POSTAL. INTEMPESTIVIDADE. REGULAMENTAÇÃO. TRIBUNAL DE ORIGEM. UTILIZAÇÃO DO SISTEMA. RECURSOS. TRIBUNAIS SUPERIORES.

1. A tempestividade do recurso interposto por meio de protocolo postal integrado deve ser aferida em conformidade com a resolução do tribunal de origem que regula esse procedimento (AgRg no Ag n. 1.417.361/RS, Corte Especial, unânime).
2. Hipótese em que a Resolução Conjunta 4/2005 do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, que instituiu o serviço de protocolo postal, veda expressamente a possibilidade de sua utilização para recursos dirigidos ao STF e STJ.
3. Agravo interno a que se nega provimento.

ACÓRDÃO

A Quarta Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo interno, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Antonio Carlos Ferreira (Presidente), Marco Buzzi, Luis Felipe Salomão e Raul Araújo votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília (DF), 29 de agosto de 2017(Data do Julgamento)

MINISTRA MARIA ISABEL GALLOTTI
Relatora

RELATÓRIO

MINISTRA MARIA ISABEL GALLOTTI (Relatora):

Trata-se de agravo interno interposto pela Caixa de Previdência dos Funcionários do Banco do Brasil - Previ contra decisão mediante a qual neguei provimento ao agravo por ela interposto do Banco Santander Brasil S/A, para manter a decisão de intempestividade de recurso especial interposto via protocolo postal integrado, em razão de a Resolução Conjunta 4/2005 do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, que instituiu o serviço, vedar expressamente a possibilidade de sua utilização para recursos dirigidos ao STF e STJ.

Insiste o agravante na alegação de que o art. 541 do Código de Processo Civil de 1973 determina que os recursos extraordinário e especial sejam interpostos perante o Tribunal recorrido, motivo pelo qual a referida resolução autoriza a utilização desse protocolo descentralizado para “a remessa de petições e recursos para quaisquer órgãos de Primeiro ou Segundo Grau do Poder Judiciário do Estado de Santa Catarina” (art. 2ª, *caput*), não se aplicando, no caso presente, a exceção estabelecida na alínea “d” do mesmo dispositivo.

A agravada, a despeito de regularmente intimada, não apresentou

impugnação (fl. 1433).

É o relatório.

VOTO

MINISTRA MARIA ISABEL GALLOTTI (Relatora):

Conforme demonstrei na decisão agravada, a Corte Especial deste Tribunal, ao examinar o AgRg no Ag 1.417.361/RS (acórdão publicado no DJ de 14.5.2015), à luz do CPC/1973, em vigor na época dos fatos, decidiu que, para se verificar a tempestividade do recurso especial interposto no protocolo postal, deve ser levado em conta o teor da resolução do tribunal de origem que regulamenta esse serviço, a fim de ser verificada se era admitida ou não a utilização do sistema para recursos dirigidos aos Tribunais Superiores.

Considerou-se, pois, que a exclusão, do sistema de protocolo integrado, das petições que se destinem ao Superior Tribunal de Justiça e ao Supremo Tribunal Federal, constitui-se em distinção validamente passível de ser feita pelo Tribunal de origem, uma vez que a descentralização do serviço de protocolo é feita, segundo o parágrafo único no artigo 547 do CPC/1973, vigente à época dos fatos, “a critério do tribunal”.

Nesse sentido, aos precedentes citados na decisão agravada, acrescento as seguintes ementas de julgamentos recentes deste Tribunal:

AGRAVO INTERNO NO AGRAVO (ART. 544 DO CPC/73) - DECISÃO MONOCRÁTICA DA PRESIDÊNCIA DO STJ QUE NÃO CONHECEU DO RECLAMO - IRRESIGNAÇÃO DA AUTORA.

1. É intempestivo o recurso especial interposto fora do prazo de 15 (quinze) dias, previsto no art. 508 do CPC/1973.
2. A interposição de recurso, na Corte local, para os Tribunais Superiores,

mediante o protocolo postal, é admitida, desde que expressamente autorizada por resolução do Tribunal *a quo*.

3. O Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, ao editar a Resolução 747/2013, alterou a Resolução 642/2010, para vedar a possibilidade de interposição de recurso especial por meio do protocolo postal. No caso, o apelo extremo fora interposto já na vigência da Resolução 747/2013, motivo pelo qual sua tempestividade deve ser aferida de acordo com a data de protocolo na secretaria da Corte estadual.

4. Agravo interno desprovido. (AgInt no AREsp 859.000/MG, Quarta Turma, Rel. Ministro Marco Buzzi, DJ 19.5.2017)

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. RECURSO ESPECIAL INTEMPESTIVO. PROTOCOLO POSTAL INTEGRADO. RESOLUÇÃO 747/2013, DO TJMG, QUE INADMITTE A UTILIZAÇÃO DO PROTOCOLO POSTAL PARA A INTERPOSIÇÃO DE RECURSOS AOS TRIBUNAIS SUPERIORES. PRECEDENTES DO STJ. AGRAVO INTERNO IMPROVIDO.

I. Agravo interno aviado contra decisão publicada em 06/12/2016, que, por sua vez, julgara recurso interposto contra decisão que inadmitira o Recurso Especial, interposto contra acórdão publicado em 16/03/2016. O Recurso Especial foi inadmitido, na origem, por intempestividade, à luz do CPC/73 e do Enunciado Administrativo 2/2016, do STJ.

II. Consoante pacífica jurisprudência desta Corte, a tempestividade recursal é aferida pelo protocolo da petição na Secretaria do Tribunal de origem, e não pela data da postagem na agência dos Correios, nos termos da Súmula 216/STJ.

III. A partir do julgamento do AgRg no Ag 1.417.361/RS (Relatora p/ acórdão Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, DJe de 14/05/2015), a Corte Especial do STJ passou a admitir, para fins de verificação da tempestividade recursal, a data do protocolo postal integrado, desde que haja previsão em norma local.

IV. O caso dos autos revela que o Recurso Especial fora interposto em

01/04/2016, na vigência, portanto, da Resolução 747, de 28/11/2013, do TJMG, que veda o uso desse meio, para protocolo de recursos dirigidos aos Tribunais Superiores. Nesse sentido: STJ, AgRg no AREsp 719.193/MG, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, DJe de 21/09/2016; AgRg no AREsp 831.580/MG, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, DJe de 27/06/2016; AgInt no AREsp 891.535/MG, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, QUARTA TURMA, DJe de 29/09/2016.

V. Agravo interno improvido.

(AgInt no AREsp 996.251/MG, Segunda Turma, Rel. Ministra Assusete Magalhães, DJ 4.5.2017

AGRAVO INTERNO NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE CONSIGNAÇÃO EM PAGAMENTO. 1. RECURSO INTERPOSTO COM FULCRO NO CPC DE 1973. AFASTADA A APLICAÇÃO DO CPC/2015.

ENUNCIADO ADMINISTRATIVO N. 2 DO STJ. 2. INSURGÊNCIA INTERPOSTA APÓS O TRANSCURSO DO PRAZO DE 15 DIAS. ART. 508 DO CPC/1973. INTEMPESTIVIDADE. 3. PROTOCOLO POSTAL. POSSIBILIDADE. NECESSIDADE DE PREVISÃO NA CORTE DE ORIGEM. 4. VEDAÇÃO EXPRESSA PELO TJMG NA RESOLUÇÃO N. 747/2013. 5. AGRAVO INTERNO DESPROVIDO.

1. 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. Inteligência do Enunciado Administrativo n. 2/STJ.

2. A interposição do recurso especial, observando-se a sistemática do CPC/1973, deve se dar no prazo de 15 dias corridos, conforme exegese do art. 508.

3. A interposição de recurso, no Tribunal de origem, endereçado aos

Tribunais Superiores, mediante o serviço de protocolo postal, é admitida desde que expressamente autorizada por resolução da Corte local.

4. No caso, o TJMG possibilitou a interposição de recurso especial através do serviço dos Correios a partir da Resolução n. 642/2010.

Contudo, essa norma foi alterada pela Resolução n. 747/2013 para vedar expressamente tal hipótese.

5. Protocolado o apelo extremo na vigência da Resolução n. 747/2013 do TJMG, sua tempestividade deve observar a data de protocolo na secretaria do Tribunal local. Recurso especial intempestivo.

6. Agravo interno desprovido.

(AgInt nos EDcl no AREsp 832.722/MG, Terceira Turma, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, DJ 16.3.2017)

Em face do exposto, nego provimento ao agravo interno.

É como voto.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA

DE SANTA CATARINA

PRIMEIRA VICE-PRESIDÊNCIA

Suspensão de Liminar Ou Antecipação de Tutela n. 4029433-45.2017.8.24.0000 de Tribunal de Justiça

Requerente: M. de G.

Proc. Município: Felipe Juliano Braz (OAB: 26164/SC) e outro

Requerido: G. - G. de A. a I. e A. A.

Advogada: Daniela Deschamps (OAB: 26864/SC)

Relator(a): Desembargador Alexandre d'Ivanenko

DECISÃO MONOCRÁTICA TERMINATIVA

O Município de Gaspar requereu, com base no art. 4º da Lei n. 8.437/92, a suspensão dos efeitos da decisão proferida pelo Eminentíssimo Des. Helio David Vieira Figueira dos Santos, que em agravo de instrumento - autos n. 4026529-52.2017.8.24.0000 -, deferiu parcialmente a tutela recursal em benefício da Entidade GAIAA - Grupo de Apoio a Infância e Adolescência Abrigada, compelindo o ente Municipal “a repassar o valor relativo ao reajuste anual (junho de 2016), no prazo de 10 dias, sob pena de multa diária de R\$ 1.000,00”.

Sustenta, em síntese, que: a) a decisão contraria as Leis Federais n. 8.666/93 e n. 10.192/01, bem como a Constituição Federal e o entendimento jurisprudencial; b) a manutenção da decisão causará grave lesão à economia pública, na medida em que “não existe garantia de que o valor repassado a maior pelo Município possa ser ressarcido posteriormente aos cofres públicos pela Entidade, caso a decisão seja reformada” (p. 05).

É o relatório.

Decido.

Cumpra salientar que a Lei n. 8.437/92 disciplina o cabimento do pedido de suspensão de liminares e sentenças contrárias ao Poder Público. Referida norma dispõe, em seu art. 4º, a competência para o julgamento do pedido, *verbis*:

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.

Da análise do dispositivo supramencionado extrai-se que, em se tratando de suspensão de liminar ou de sentença em face do poder público proferida por juiz de primeira instância, “o requerimento será feito ao Presidente do Tribunal de Justiça Estadual ou Tribunal Regional Federal da respectiva região, respeitando-se os critérios que identificam a causa como sendo de competência federal, ou estadual” (Rodrigues, Suspensão de segurança, 2000, p. 156).

Ocorre que, no caso em tela, o requerente pretende suspender decisão liminar proferida por relator - Des. Helio David Vieira Figueira dos Santos - deste Tribunal de Justiça, sendo esta 1ª Vice-Presidência incompetente para apreciar o pedido.

Ressalto que, nos casos em que a liminar postulada é concedida diretamente no Tribunal, a competência para a análise do pedido de suspensão de liminar, encontra-se disciplinada no art. 25 da Lei n. 8.038/90, *verbis*:

Art. 25. Salvo quando a causa tiver por fundamento matéria constitucional, compete ao Presidente do Superior Tribunal de Justiça, a requerimento do Procurador-Geral da República ou da pessoa jurídica de direito público interessada, e para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à

segurança e à economia pública, suspender, em despacho fundamentado, a execução de liminar ou de decisão concessiva de mandado de segurança, proferida, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos Tribunais dos Estados e do Distrito Federal (grifou-se).

A respeito do tema, ensina Isabel Cecília de Oliveira Bezerra:

[...] compete:

2. ao Presidente do Superior Tribunal de Justiça, o processamento e o julgamento dos pedidos de suspensão interpostos contra tutelas jurisdicionais (acórdãos ou decisões monocráticas) deferidas pelos Tribunais de Justiça, Tribunais de Alçada e Tribunais Regionais Federais, quando a causa tiver por fundamento matéria infraconstitucional;

[...]

6. ao Presidente do Supremo Tribunal Federal, o processamento e o julgamento dos pedidos de suspensão interpostos contra tutelas jurisdicionais (acórdãos ou decisões monocráticas) deferidas pelos Tribunais de Justiça, Tribunais de Alçada, Tribunais Regionais Federais, Tribunais Regionais Eleitorais, Tribunais Militares e Tribunais Regionais do Trabalho, quando a causa tiver por fundamento matéria constitucional ou matéria infraconstitucional e constitucional [...] (Suspensão de Tutelas Jurisdicionais contra o Poder Público. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 174-175).

Nessa linha, menciono ainda o entendimento de Carla Fernanda Leão Barcellos Tombini no tocante a competência para analisar o pedido de suspensão de segurança:

Nos casos de deferimento de tutela recursal pelo Desembargador Relator em se de agravo de instrumento, e, do mesmo modo, quando do julgamento colegiado pelo Tribunal a quo do próprio agravo de instrumento investido contra provimento liminar, a competência para apreciação do pedido de suspensão é deslocada para os Tribunais

Superiores e será determinada pelo fundamento dos preceitos tidos por violados: infraconstitucionais - competência do Superior Tribunal de Justiça ou constitucionais, hipótese em que a competência da Suprema Corte é atraída (Suspensão de Segurança na Visão dos Tribunais Superiores. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 39).

Logo, tratando-se de pedido de suspensão de decisão liminar concedida em segunda instância, a análise não pode ser feita por decisão monocrática proferida pelo 1º Vice-Presidente do mesmo tribunal.

Ante o exposto, não conheço do pedido de suspensão.

Intimem-se.

Oportunamente, archive-se.

Florianópolis, 18 de dezembro de 2017.

Desembargador Alexandre d'Ivanenko
Relator

CONSELHO DA MAGISTRATURA

Recurso Administrativo n. 2017.900078-5, da Corregedoria-Geral de Justiça

Relator: Des. Sérgio Rizelo

RECURSO ADMINISTRATIVO. NOMEAÇÃO DE OFICIAL INTERINO. CONVENIÊNCIA E OPORTUNIDADE.

É conveniente a nomeação de oficial interino para assumir serventia vaga, mesmo que o oficial resida em município limítrofe àquele em que sediada a serventia por ele assumida; que com a nomeação e a instalação física da serventia, os escritórios do registro de imóveis e registro civil passem a funcionar em edificações distintas; que o oficial interino precise suspender suas atividades profissionais como advogado para a posse; e que o escritório vacante tenha faturamento baixo. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso Administrativo n. 2017.900078-5, da Corregedoria-Geral da Justiça, em que é recorrente Iraci Pedro Agostini - Oficial do Registro de Imóveis:

O Conselho da Magistratura decidiu, por unanimidade, conhecer do recurso e negar-lhe provimento.

Participaram do julgamento, realizado no dia 11 de dezembro de 2017, os Excelentíssimos Desembargadores Torres Marques (Presidente), Sérgio Roberto Baasch Luz, Ricardo Fontes, Jaime Ramos, Alexandre d'Ivanenko, Ronaldo Moritz Martins e Ricardo José Roesler. Atuou pelo Ministério Público o Excelentíssimo Procurador de Justiça Ivens Thives

de Carvalho.

Florianópolis, 13 de dezembro de 2017.

Sérgio Rizelo
Relator

RELATÓRIO

Trata-se de recurso administrativo interposto por Iraci Pedro Agostini, Oficial do Registro de Imóveis da Comarca de Descanso, contra a decisão proferida pelo Excelentíssimo Vice-Corregedor da Justiça do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, Desembargador Salim Schead dos Santos, que acolheu o parecer do Juiz-Corregedor Luiz Henrique Bonatelli e indeferiu o pleito formulado pelo Recorrente no sentido de que ele fosse mantido à frente do Ofício do Registro Civil das Pessoas Naturais, Títulos e Documentos e Pessoas Jurídicas daquela Comarca enquanto não ocorresse opção pela serventia.

Sustenta, em síntese, que os dois Ofícios funcionam na mesma estrutura física, e que a modificação do local do Ofício do Registro Civil das Pessoas Naturais, Títulos e Documentos e Pessoas Jurídicas daquela Comarca “dificultará sobremaneira o acesso dos usuários aos serviços registrares ofertados”.

Acrescenta que a pessoa nomeada para responder interinamente pelo Ofício, Mauren Andréa Galeazzi Rech, “jamais prestou serviços à comunidade da comarca de Descanso”, e que, por residir em São Miguel do Oeste, deverá efetuar o deslocamento entre os dois municípios diariamente, aumentando as despesas para manutenção da serventia - o que não ocorreria se o Recorrente fosse designado para a função. A distância entre o domicílio de Mauren e o Ofício também prejudicaria a população descansense quanto aos serviços de plantão.

Aponta, também, que Mauren é advogada, e que a nomeação a impede de exercer regularmente a advocacia.

Argumenta que o faturamento médio mensal do Ofício é de menos de R\$ 9.000,00, e a instalação da serventia em outro prédio também gera mais despesas - o que indica o risco de que o Ofício seja deficitário e careça de subsídio, situação que não ocorreria caso o Recorrente tomasse a frente da serventia, pois a renda advinda do Ofício de Registro de Imóveis absorveria tais prejuízos.

Aduz, por fim, que o fato de a serventia ainda não ter sido fisicamente instalada em local diverso daquele onde está sediado o Ofício de Registro de Imóveis deve ser interpretado como se o cartório não tivesse regularmente instalado, o que culminaria com o desaconselhamento da nomeação de interino.

Sob tais argumentos requer, liminarmente, a suspensão do ato que nomeou Mauren como titular interina do Ofício do Registro Civil das Pessoas Naturais, Títulos e Documentos e Pessoas Jurídicas da Comarca de Descanso, permitindo que o Recorrente exerça tal função; e ao final a confirmação da tutela de urgência, com a colocação do Recorrente à frente da serventia até o provimento da delegação por candidato aprovado em certame público (fls. 2-7).

O reclamo foi distribuído, inicialmente, ao Exmo. Des. Sérgio Heil (fl. 37), e redistribuído, porque Sua Excelência gozava de férias, em razão da existência do pedido de antecipação da tutela recursal (fl. 38). Os autos foram encaminhados à Exma. Des^a. Maria do Rocio Luz Santa Ritta (fl. 39), e pelos mesmos motivos redistribuídos uma segunda vez (fl. 40).

A tutela de urgência foi indeferida (fls. 162-164), e a Oficial Interina manifestou-se a respeito das alegações recursais (fls. 168-170).

Este é o relatório.

VOTO

O recurso deve ser desprovido.

Toda a argumentação expendida às fls. 2-7 foi feita com o propósito de convencer este Conselho que a manutenção do Recorrente à frente do Ofício do Registro Civil das Pessoas Naturais, Títulos e Documentos e Pessoas Jurídicas de Descanso seria medida mais conveniente para a Administração do que a nomeação de outra pessoa como interina.

Mas o arrazoado não convence.

A alegação de que a separação física dos dois Ofícios “dificultará sobremaneira o acesso dos usuários aos serviços registrares ofertados” não procede. A regra é que as serventias sejam separadas (e, por isso, funcionem em estabelecimentos distintos), por expressa disposição legal (Lei 8.935/94, art. 26, *caput*). Sem mencionar que, de acordo com a Oficial Interina (fl. 169) e com as informações obtidas no site da Corregedoria-Geral de Justiça (<<http://cgjweb.tjsc.jus.br/cadastro/consultaPublica.action>>, acesso em 20.11.17), o Ofício de Registro Civil está situado no n. 158 da Avenida Ladislava H. Poletto, no Centro de Descanso - a cerca de 500m da localização do Registro de Imóveis (Rua da República, n. 1.094), de acordo com o Google Maps. Não é uma oneração desmedida fazer com que o cidadão que precise dos serviços dos dois ofícios na mesma oportunidade tenha que se locomover apenas meio quilômetro.

A afirmação de que a pessoa nomeada para responder interinamente pelo Ofício, Mauren Andréa Galeazzi Rech, “jamais prestou serviços à comunidade da comarca de Descanso” (fl. 4), além de ter sido desmentida pela Oficial Interina (fl. 169), é absolutamente irrelevante. Os concursos públicos de preenchimento das serventias vacantes não fazem exigência semelhante, tampouco há disposição no art. 107 do Código de Normas da Corregedoria-Geral da Justiça que estabeleça tal fator como requisito para a nomeação como interino.

De outro norte, considerando que São Miguel do Oeste e Descanso são municípios limítrofes, a distância entre os dois centros (e o tempo que o transporte entre uma cidade e outra leva) não é importante o suficiente a ponto de influenciar na decisão administrativa a respeito da pessoa do interino. Aliás, de acordo com o Google Maps, a viagem de automóvel entre a residência da Oficial Interina (endereço à fl. 168) e o Ofício do Registro Civil dura 16 minutos. Não se imagina a ocorrência de circunstância emergencial que exija atenção da Oficial com prontidão maior do que esta.

A preocupação que o Recorrente demonstra com o fato de que a Oficial Interina deve deixar de exercer a advocacia para tomar a frente da serventia é tocante, mas igualmente irrelevante. É a Oficial Interina que deve ponderar se abdicar da advocacia em prol da Escrivania de Registro Civil atende seus interesses, e não a Administração. E o fato de ela ter aceitado a nomeação é bastante eloquente no sentido de que esse juízo de conveniência pessoal já foi feito.

Quanto à alegação de que a serventia tem baixo faturamento, a ponto de existir risco de que o cartório seja deficitário, é preciso ressaltar que o Ofício do Registro Civil das Pessoas Naturais, Títulos e Documentos e Pessoas Jurídicas de Descanso foi criado pela Lei Estadual 15.467/11, em cumprimento ao determinado por este Conselho no julgamento do Pedido de Providências 2009.900002-9 (Rel. Des. Gaspar Rubik, j. 11.10.10).

Assim, a unidade, funcionando de modo autônomo (ou seja, desvincilhado do Registro de Imóveis), já foi criada. A possibilidade de a serventia ser deficitária não passa mais pelo crivo do binômio oportunidade/conveniência, pois cedo ou tarde deve ser preenchida.

O argumento restante (no sentido de que o fato de a serventia ainda não ter sido fisicamente instalada em local diverso daquele onde está sediado o Ofício de Registro de Imóveis deve ser interpretado

como se o cartório não tivesse regularmente criado), por fim, não mais encontra amparo fático, pois agora (desde 30.10.17) o Ofício do Registro Civil das Pessoas Naturais, Títulos e Documentos e Pessoas Jurídicas de Descanso já existe, factualmente, e em endereço distinto do Ofício de Registro de Imóveis.

Não há, portanto, fator que desaconselhe a manutenção da Oficial Interina, Mauren Andréa Galeazzi Rech, à frente do Ofício de Registro Civil de Descanso.

Ante o exposto, vota-se pelo conhecimento e desprovimento do recurso.

ÓRGÃO ESPECIAL

Conflito de Competência n. 0000172-06.2017.8.24.0000, da Capital

Relator: Des. Raulino Jacó Brüning

CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. VARA CÍVEL E VARA DE DIREITO BANCÁRIO. AÇÃO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE DE BEM OBJETO DE CONTRATO DE ARRENDAMENTO MERCANTIL. ALEGADA CONEXÃO COM AÇÃO DE RESCISÃO DO RESPECTIVO AJUSTE. COMPETÊNCIA ABSOLUTA DA VARA ESPECIALIZADA (JUÍZO SUSCITADO). IMPOSSIBILIDADE DE REUNIÃO DOS FEITOS POR CONEXÃO. CONFLITO CONHECIDO E PROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Competência n. 0000172-06.2017.8.24.0000, da Comarca da Capital (3ª Vara Cível), em que é suscitante Juiz de Direito da 3ª Vara Cível da Comarca da Capital e suscitado Juiz de Direito da 2ª Vara de Direito Bancário da Comarca da Capital:

O Órgão Especial decidiu, por votação unânime, acolher o conflito negativo de competência e declarar competente o Juízo suscitado. Custas legais.

Tomaram parte no julgamento: Desembargador Raulino Jacó Brüning, Desembargador Ronei Danielli, Desembargador Ricardo Roesler, Desembargador Pedro Manoel Abreu, Desembargador Newton Trisotto, Desembargador Luiz César Medeiros, Desembargador Sérgio Roberto Baasch Luz, Desembargador Fernando Carioni,

Desembargador Rui Fortes, Desembargador Marcus Tulio Sartorato, Desembargador Ricardo Fontes, Desembargador Salim Schead dos Santos, Desembargador Cid Goulart, Desembargador Jaime Ramos, Desembargador Alexandre d'Ivanenko, Desembargador Jorge Schaefer Martins e Desembargador Jânio Machado.

Presidiu a sessão o Exmo. Sr. Desembargador Torres Marques.

Florianópolis, 4 de dezembro de 2017.

Raulino Jacó Brüning
RELATOR

RELATÓRIO

Trata-se de conflito de competência suscitado pelo Juízo de Direito da 3ª Vara Cível da Comarca da Capital em face do Juízo de Direito da 2ª Vara de Direito Bancário da mesma Comarca, nos autos da ação de reintegração de posse com pedido liminar de n. 0047240-24.2010.8.24.0023, ajuizada por Banco Volkswagen S.A. em face de Jaqueline Lumena Ferraro, por meio da qual pretende o autor reaver o veículo objeto do contrato de arrendamento mercantil firmado entre as partes, em razão do inadimplemento da ré.

O Juízo Suscitado (2ª Vara de Direito Bancário da Comarca da Capital) alega que tramita no Juízo Suscitante (3ª Vara Cível da Comarca da Capital) ação de rescisão contratual conexa com a demanda supramencionada, e, portanto, os dois processos devem ser julgados pelo Juízo que despachou primeiro (no caso, o Suscitante), a fim de evitar decisões conflitantes.

Por sua vez, o Juízo Suscitante afirma, em síntese, que “a conexão das ações não deve prevalecer porquanto trata-se de competência absoluta

em razão de matéria e como se refere a contrato de leasing, a matéria é afeta ao direito bancário” (fl. 124 dos autos principais).

Intimado o Juízo suscitado para se manifestar acerca do presente conflito, este permaneceu inerte (fl. 8).

VOTO

O conflito, adianta-se, merece prosperar.

Colhe-se dos autos que Banco Volkswagen S.A. ajuizou perante a 2ª Vara de Direito Bancário da Comarca da Capital ação de reintegração de posse em face de Jaqueline Lumena Ferraro, diante do inadimplemento do contrato de arrendamento mercantil firmado entre as partes.

Em razão de tramitar na 3ª Vara Cível da Comarca de Capital a ação de rescisão do respectivo contrato de arrendamento mercantil, o Juiz de Direito da 2ª Vara de Direito Bancário reconheceu a conexão e determinou a remessa dos autos àquela Vara Cível.

No entanto, a competência da Vara de Direito Bancário é absoluta, conforme disposto no artigo 2º da Resolução n. 50/2011 do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, com redação dada pelo artigo 6º da Resolução n. 03/2014, *in verbis*:

Art. 2º Os Juízes de Direito da 1ª, 2ª e 3ª Varas de Direito Bancário da comarca da Capital terão competência concorrente para processar e julgar as ações de Direito Bancário e de contratos com alienação fiduciária em garantia (Decreto-Lei n. 911, de 1º de outubro de 1969) que envolvam as instituições financeiras subordinadas à fiscalização do Banco Central do Brasil (arts. 17 e 18 da Lei n. 4.595, de 31 de dezembro de 1964) e também as empresas de *factoring*, originárias das áreas insular e continental do município de Florianópolis, incluídas aquelas decorrentes de cessão civil de créditos contemplados neste artigo.

Assim, uma vez que a competência em razão da matéria é absoluta,

não se admite modificação por conexão.

Sobre o tema, orienta Fredie Didier Jr:

A conexão, para fim de modificação de competência, tem por objetivo promover a eficiência processual (já que semelhantes, é bem possível que a atividade processual de uma causa sirva a outra) e evitar a prolação de decisões contraditórias. A reunião das causas em um mesmo juízo é o efeito principal e desejado, exatamente porque atende muito bem às funções da conexão.

A reunião das causas em um mesmo juízo é o efeito jurídico mais tradicional da conexão. O art. 55, §1º, determina que as causas conexas serão reunidas para reunião conjunta. Assim, se houver conexão, e for possível a reunião dos processos, o juiz deve reuni-los, pois se trata de regra processual cogente absoluta, por isso ele pode conhecer de ofício desta alteração de competência. Esse é o regramento básico do instituto do CPC. É possível, porém, que a conexão produza outro efeito jurídico. Imagine-se o caso de causas conexas que tramitem em juízos com competências materiais distintas ou que tramitem por procedimentos distintos. Nesse caso, não será possível a reunião dos processos, quer porque haveria alteração de competência absoluta (que se não admite no direito brasileiro), quer porque as causas não poderiam ser reunidas para tramitar por procedimentos diversos.

A conexão, então, fará com que uma das causas fique suspensa, à espera da decisão da outra, de modo a evitar que sejam proferidas decisões contraditórias [...].

Se não for possível a reunião, a conexão pode gerar a suspensão de um dos processos, portanto.

É preciso, portanto, distinguir o fato jurídico conexão dos efeitos jurídicos da conexão.

Conexão não é a reunião dos processos. Conexão é o fato que pode ter essa consequência. Pode haver conexão, como visto, sem que

haja reunião dos processos. (DIDIER JR., Fredie. Curso de Direito Processual Civil, vol. 1, 17 ed., Salvador: Juspodivm, 2015, p. 231/232, grifo acrescido).

Este, aliás, é o entendimento defendido por este Órgão Especial:

CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA - COMARCA DA CAPITAL - VARA CÍVEL E VARA DE DIREITO BANCÁRIO - COMPETÊNCIA ABSOLUTA - REUNIÃO DOS FEITOS POR CONEXÃO - IMPOSSIBILIDADE - CONFLITO CONHECIDO E PROVIDO “Em se tratando de competência absoluta, não há que se falar em modificação da competência por conexão (STJ, AgRg no CC n. 43.922/RS, Min. Teori Albino Zavascki). (TJSC, Conflito de competência n. 1001718-16.2016.8.24.0000, da Capital, rel. Des. Luiz César Medeiros, j. 19-10-2016).

No mesmo sentido:

CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA - AÇÃO REIVINDICATÓRIA PROPOSTA NO JUÍZO CÍVEL - USUCAPÍAO AJUIZADANA VARA DA FAZENDA - JUÍZO CÍVEL QUE DECLINA DA COMPETÊNCIA PARA A VARA FAZENDÁRIA - CONFLITO SUSCITADO PELO JUÍZO DA FAZENDA - COMPETÊNCIA FUNCIONAL (ABSOLUTA) - IMPOSSIBILIDADE DE MODIFICAÇÃO POR CONEXÃO - INTELIGÊNCIA DO ART. 102 DO CPC - JUÍZO CÍVEL COMPETENTE PARA PROCESSAR E JULGAR A DEMANDA REIVINDICATÓRIA - CONFLITO ACOLHIDO. I - Em se tratando de competência absoluta, não há que se falar em modificação da competência por conexão (STJ, AgRg no CC n. 43.922/RS, rel. Min. Teori Albino Zavascki, j. em 25.08.2004). II - Sendo a competência da Vara de Registros Públicos definida em razão da matéria, não se pode admitir a sua ampliação com base na conexão. (TJSC, Conflito de Competência n. 2015.007113-9, de Chapecó, rel. Des. Luiz Antônio Zanini Fornerolli, j. 14-09-2015).

CONCLUSÃO

Diante do exposto, o voto é no sentido de acolher o conflito, a fim de declarar a competência da 2ª Vara de Direito Bancário da Comarca da Capital para processar e julgar a demanda em apreço.

Direta de Inconstitucionalidade n. 8000280-30.2016.8.24.0000, de Chapecó

Relator: Desembargador Ronei Danielli

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI DO MUNICÍPIO QUE PROÍBE O CONSUMO DE BEBIDAS ALCOÓLICAS EM LOGRADOUROS PÚBLICOS MUNICIPAIS. COLISÃO ENTRE OS PRINCÍPIOS DA LIBERDADE E SEGURANÇA. JUÍZO DE PONDERAÇÃO. PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE. SUBPRINCÍPIOS DA ADEQUAÇÃO, NECESSIDADE E PROPORCIONALIDADE EM SENTIDO ESTRITO. CASO CONCRETO EM QUE NÃO SE VERIFICA A APTIDÃO DA MEDIDA PARA A OBTENÇÃO DO OBJETIVO PRETENDIDO. EXISTÊNCIA DE MEIO MENOS GRAVOSO, CONSISTENTE NA PUNIÇÃO INDIVIDUAL. AUSÊNCIA DE EQUILÍBRIO ENTRE O MEIO UTILIZADO E O FIM ALMEJADO. PROCEDÊNCIA DO PEDIDO DE INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 1º DA LEI N. 6.555/2014 E, POR ARRASTAMENTO, DOS ARTS. 2º, 3º, 4º, 5º, 6º E 7º, DA MESMA LEI, DESTINADOS A REGULAR O ALCANCE E MODO DE FISCALIZAÇÃO DA RESTRIÇÃO IMPOSTA PELO DIPLOMA LEGAL. PRECEDENTE DO ÓRGÃO ESPECIAL NA ADIN 8000075-98.2016.8.24.0000, DES. JAIME RAMOS. EFEITOS EX TUNC E ERGA OMNES.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Direta de Inconstitucionalidade n. 8000280-30.2016.8.24.0000, da comarca de Chapecó em que é Requerente Coordenador do Centro de Apoio Operacional do Controle de Constitucionalidade Ceccon e Requerido Câmara de Vereadores do Município de Chapecó.

O Órgão Especial decidiu, por unanimidade, julgar procedente o pedido para declarar a inconstitucionalidade da Lei n. 6.555, de 7 de

março de 2014, do Município de Chapecó. Custas na forma da lei.

Participaram do julgamento, realizado nesta data, os Exmos. Srs. Desembargador Ronei Danielli, Desembargador Ricardo Roesler, Desembargador Rodrigo Collaço, Desembargadora Vera Lúcia Ferreira Copetti, Desembargador Pedro Manoel Abreu, Desembargador Newton Trisotto, Desembargador Luiz César Medeiros, Desembargador Sérgio Roberto Baasch Luz, Desembargador Fernando Carioni, Desembargador Torres Marques, Desembargador Rui Fortes, Desembargador Marcus Tulio Sartorato, Desembargador Cesar Abreu, Desembargador Ricardo Fontes, Desembargador Salim Schead dos Santos, Desembargadora Maria do Rocio Luz Santa Ritta, Desembargador Cid Goulart, Desembargador Jaime Ramos, Desembargador Alexandre d'Ivanenko, Desembargador Lédio Rosa de Andrade, Desembargador Jorge Schaefer Martins, Desembargador Sérgio Izidoro Heil e Desembargador Jânio Machado. Presidiu a sessão o Exmo. Sr. Desembargador Torres Marques.

Florianópolis, 4 de dezembro de 2017.

Desembargador Ronei Danielli
Relator

RELATÓRIO

O Ministério Público de Santa Catarina propôs ação direta de inconstitucionalidade em face da Lei Municipal n. 6.555/2014, que dispõe sobre a proibição do consumo de bebidas alcoólicas em logradouros públicos do Município de Chapecó.

Sustentou haver (1) inconstitucionalidade formal do art. 5º do Diploma Legal, em razão da violação ao Princípio Federativo, considerando

ter o Município legislado sobre a atribuição da Polícia Militar, sendo esta incumbência do Governador do Estado; (2) inconstitucionalidade material por ofensa ao princípio da independência e harmonia dos poderes; (3) inconstitucionalidade material especificamente no que tange à proibição do consumo de bebidas alcoólicas em logradouros públicos, por violação ao princípio da proporcionalidade.

Apontou violação aos arts. 1º, 32 e 107 da Constituição do Estado de Santa Catarina, os quais, em necessária simetria, reprisam os artigos 1º e 2º e 144, § 6º, da Constituição da República.

O Prefeito de Chapecó prestou informações impugnando a alegação de inconstitucionalidade em questão.

O Procurador-Geral do Município apresentou resposta, oportunidade na qual defendeu a constitucionalidade dos dispositivos impugnados, bem como a integralidade da lei.

Alegou, em síntese, não ter o diploma criado atribuição aos policiais militares, porquanto a aplicação do art. 5º depende da formalização de convênio com a instituição (PM), mediante aval do Estado, a fim de delegar a competência da fiscalização. No que pertine ao art. 4º, alega ter sido o projeto de lei de iniciativa do próprio Poder Executivo, não havendo falar em ingerência do Poder Legislativo.

Quanto à alegada violação ao princípio da proporcionalidade, afirma haver interesse público a justificar a elaboração da lei em tela, tendo em vista o recorrente transtorno causado por pessoas reunidas em logradouros públicos para o consumo de álcool, geralmente em excesso, o que acaba culminando na depredação de bens de uso comum, acúmulo de lixo, dentre outros problemas.

A douta Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer da lavra do Procurador de Justiça Dr. Durval da Silva Amorim, opinou pela procedência do pedido inicial, a fim de que seja declarada a

inconstitucionalidade da lei.

Este é o relatório.

VOTO

Trata-se de Ação Direta de Inconstitucionalidade de lei proveniente do Município de Chapecó, supostamente em violação aos arts. 1º, 32 e 107 da Constituição do Estado de Santa Catarina, os quais, em necessária simetria, reprisam os artigos 1º e 2º e 144, § 6º, da Constituição da República.

De início, vale destacar que é plenamente admissível que lei ou ato normativo municipal seja impugnado por meio de Ação Direta de Inconstitucionalidade (Lei n. 9.868/1999 e Lei Estadual n. 12.069/2001), a ser proposta perante o Tribunal de Justiça do respectivo Estado, quando incompatíveis, em regra, com os parâmetros da Constituição Estadual. É o que autoriza, aliás, o § 2º do art. 125 da Constituição Federal.)

A Lei Fundamental “estabelece a ação direta de inconstitucionalidade como mecanismo de fiscalização abstrata da constitucionalidade das leis ou atos normativos municipais” (ALMEIDA NETO, Manoel Carlos de. O Novo Controle de Constitucionalidade Municipal. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 132).

A propósito do tema, também disciplinou a Constituição do Estado de Santa Catarina em seu art. 83, inciso XI, alínea f, que compete a esta Corte de Justiça, processar e julgar, originariamente, as ações diretas de inconstitucionalidade de leis ou atos normativos estaduais e municipais questionados em face da própria Carta Estadual, sendo, outrossim, o Ministério Público, nos termos do art. 85, VII da CE, parte legítima para propor este tipo de ação.

Feitas as considerações necessárias, passa-se ao enfrentamento das

teses esposadas na petição inicial.

Da inconstitucionalidade material por violação ao Princípio da Proporcionalidade

O dispositivo da Lei 6.555/2014 que possui o conteúdo proibitivo foi assim redigido:

Art. 1º. Fica proibido o consumo de bebidas alcoólicas de qualquer graduação em Logradouros Públicos do Município de Chapecó, Estado de Santa Catarina

Alega o Ministério Público que “a proibição do consumo de bebidas alcoólicas em logradouros públicos mostra-se inadequada aos fins pretendidos e, por conseguinte, desproporcional”, havendo, portanto, ofensa ao art. 1º da Constituição Estadual (fl. 14).

O Município, a seu turno, afirma haver interesse público a justificar a elaboração da lei combatida, tendo em vista o recorrente transtorno causado por pessoas reunidas em logradouros públicos para o consumo de álcool, geralmente em excesso, o que acaba culminando na depredação de bens de uso comum, acúmulo de lixo, dentre outros problemas.

Assim, a discussão gira em torno da colisão entre dois direitos fundamentais, quais sejam, a liberdade e a segurança, ambos previstos no art. 5º da Constituição Federal e assegurados pelo art. 1º e 4º da Constituição Estadual, nos seguintes termos:

Art. 1º. O Estado de Santa Catarina, unidade inseparável da República Federativa do Brasil, formado pela união de seus Municípios, visando à construção de uma sociedade livre, justa e solidária, preservará o s princípios que informam o estado democrático de direito (...).

Art. 4º. O Estado, por suas leis e pelos atos de seus agentes, assegurará, em seu território e nos limites de sua competência, os direitos e garantias individuais e coletivos, sociais e políticos previstos na

Constituição Federal e nesta Constituição, ou decorrentes dos princípios e do regime por elas adotados, bem como os constantes de tratados internacionais em que o Brasil seja parte (...).

Acerca do conflito entre direitos fundamentais e o modo de solucioná-lo, é válido trazer a lume a lição de Gilmar Ferreira Mendes:

Que acontece quando duas posições protegidas como direitos fundamentais diferentes contendem por prevalecer numa mesma situação?

Ultimamente, a doutrina tem sido convidada a classificar as normas jurídicas em dois grandes grupos (o dos princípios e o das regras).

As regras correspondem às normas que, diante da ocorrência do seu suposto de fato, exigem, proíbem ou permitem algo em termos categóricos. Não é viável estabelecer um modo gradual de cumprimento do que a regra estabelece. Havendo conflito de uma regra com outra, que disponha o contrário, o problema se resolverá em termos de validade. As duas normas não podem conviver simultaneamente no ordenamento jurídico.

No âmbito dos direitos fundamentais, porém, normas que configuram princípios são mais frequentes. (...) Os princípios são determinações para que certo bem jurídico seja satisfeito e protegido na maior média que as circunstâncias permitirem. Daí se dizer que são mandados de otimização, já que impõem que sejam realizados em máxima extensão possível. (...)

No conflito entre princípios, deve-se buscar a conciliação entre eles, uma aplicação de cada qual em extensões variadas, segundo a respectiva relevância no caso concreto, sem que se tenha um dos princípios como excluído do ordenamento jurídico por irremediável contradição com outro. (...)

O juízo de ponderação a ser exercido liga-se ao princípio da

proporcionalidade, que exige que o sacrifício de um direito seja útil para a solução do problema, que não haja outro meio menos danoso para atingir o resultado desejado e que seja proporcional em sentido estrito, isto é, que o ônus imposto ao sacrificado não sobreleve o benefício que se pretende obter com a solução. (Curso de Direito Constitucional. 10ª ed., São Paulo: Saraiva, 2009, p. 183/184 - sem grifo no original)

Conforme já mencionado, o Município de Chapecó atribui ao consumo, em geral excessivo, de álcool em logradouros públicos o comportamento violento de parte da população, de modo que, no caso concreto, o direito fundamental da liberdade deve ceder espaço ao princípio da segurança.

Nesse viés, é necessário, de acordo com a lição doutrinária supra transcrita, efetuar um juízo de ponderação, ancorando-se na proporcionalidade, a fim de que seja determinado qual princípio deve prevalecer na situação em exame.

O princípio da proporcionalidade, conforme amplamente aceito pela doutrina, é constituído por três elementos, as chamadas “máximas da proporcionalidade”, quais sejam, adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

Novamente recorrendo à doutrina de Gilmar Ferreira Mendes, temos os seguintes conceitos sobre os referidos elementos:

Essa orientação, que permitiu converter o princípio da reserva legal (*Gesetzesvorbehalt*) no princípio da reserva legal proporcional (*Vorbehalt des verhältnismässigen Gesetzes*), pressupõe não só a legitimidade dos meios utilizados e dos fins perseguidos pelo legislador, mas também a adequação desses meios para a consecução dos objetivos pretendidos (*Geeignetheit*) e a necessidade de sua utilização (*Notwendigkeit oder Erforderlichkeit*).

O subprincípio da adequação (*Geeignetheit*) exige que as

medidas interventivas adotadas se mostrem aptas a atingir os objetivos pretendidos. A Corte Constitucional examina se o meio é “simplesmente inadequado” (*schlechthin ungeeignet*), “objetivamente inadequado” (*objektiv ungeeignet*), “manifestamente inadequado ou desnecessário” (*offenbar ungeeignet oder unnötig*), ou “se com a sua utilização o resultado pretendido pode ser estimulado” (*ob mit seiner Hilfe der gewünschte Erfolg gefördert werden kann*).

O subprincípio da necessidade (*Notwendigkeit*) significa que nenhum meio menos gravoso para o indivíduo revelar-se-ia igualmente eficaz na consecução dos objetivos pretendidos.

Em outros termos, o meio não será necessário se o objetivo almejado puder ser alcançado com a adoção de medida que se revele a um só tempo adequada e menos onerosa. Ressalta-se que, na prática, adequação e necessidade não têm o mesmo peso ou relevância no juízo de ponderação. Assim, apenas o que é adequado poder ser necessário, mas o que é necessário não pode ser inadequado. (...)

De qualquer forma, um juízo definitivo sobre a proporcionalidade da medida há de resultar da rigorosa ponderação e do possível equilíbrio entre o significado a intervenção para o atingido e os objetivos perseguidos pelo legislador (proporcionalidade em sentido estrito). (op. cit. p. 226/227 - sem grifo no original)

Nessa senda, o diploma legal questionado deve ser analisado de acordo com os subprincípios da proporcionalidade, a fim de ser verificada sua constitucionalidade.

No que pertine à máxima da adequação, tem-se que, ao que parece, a medida proposta pela lei é, de certa maneira, apta a garantir maior segurança pública, evitando-se, por exemplo, a depredação de patrimônio. Isso porque, o Município de Chapecó afirmou ser parte do costume local a reunião em espaços públicos, especialmente “no prolongamento da principal avenida, Getúlio Vargas” (fl. 46), para o fim de consumo de

bebida alcoólica.

Não se olvida, contudo, que, conforme destacado pelo Ministério Público, “a simples proibição do consumo, em local público, de uma substância lícita não é capaz, por si só, de garantir maior segurança pública, de evitar atos de tumulto ou violação do sossego, muito menos de desestímulo a sua ingestão” (fl. 62).

Ao cotejar a norma proibitiva em questão com o subprincípio da necessidade, a única conclusão possível é no sentido do não atendimento do requisito.

É que os comportamentos visados pelo legislador municipal a serem evitados já são, em sua maioria, tratados pelo direito penal, que, inclusive, no sistema de proteção de bens jurídicos é considerado como a *ultima ratio*, somente sendo legitimada sua atuação quando os demais ramos do direito se mostrem incapazes ou ineficientes para a proteção ou controle social.

Ora, as condutas de apresentar-se publicamente em estado de embriaguez, urinar em local público, dirigir sob a influência de álcool e depredar patrimônio, estão tipificados, respectivamente, no art. 62 da Lei de Contravenções Penais, art. 233 do Código Penal ou art. 61 da Lei de Contravenções Penais, art. 165 do Código de Trânsito Brasileiro e art. 163 do Código Penal.

Desse modo, não se mostra necessária a proibição de ingestão de álcool em local público para toda a população, quando o direito penal já trata de situações específicas e prevê a sanção a ser aplicada individualmente (art. 5º, XLVI, da Constituição Federal) a quem praticar o fato tipificado.

Quando da análise do último subprincípio da proporcionalidade, isto é, proporcionalidade em sentido estrito, verifica-se não haver equilíbrio entre o meio utilizado e os objetivos perseguidos pelo legislador

municipal, porquanto a restrição imposta à liberdade individual de todos os cidadãos Chapecoenses não se justifica diante da possibilidade de punição restrita aos transgressores, papel já cumprido pelo direito penal, conforme dito anteriormente.

Ademais, “a liberdade é constitucionalmente garantida, não se podendo anular por outra norma constitucional (inc. IV do art. 60), menos ainda por norma de hierarquia inferior (lei civil), ainda que sob o argumento de se estar a resguardar e proteger outro direito constitucionalmente assegurado, qual seja, o da inviolabilidade do direito à intimidade, à privacidade, à honra e à imagem” (STF - ADI n. 4815/DF, relatora Ministra Cármen Lúcia, julgado em 10.06.2015 - sem grifo no original).

Ressalta-se que o Tribunal de Justiça de Santa Catarina já teve a oportunidade de decidir sobre lei de semelhante teor nos autos da ADI 8000075-98.2016.8.24.0000, relator Des. Jaime Ramos, Órgão Especial, julgado em 15.02.2017, tendo esta Corte decidido pela inconstitucionalidade do diploma legal:

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - LEI N. 4.666/2010, DO MUNICÍPIO DE CANOINHAS, DE INICIATIVA PARLAMENTAR, QUE PROÍBE O CONSUMO DE BEBIDAS ALCOÓLICAS DE QUALQUER GRADUAÇÃO EM CERTOS LOGRADOUROS PÚBLICOS MUNICIPAIS (ARTS. 1º E 2º) E IMPÕE AO PREFEITO A OBRIGAÇÃO DE FIRMAR CONVÊNIO COM A POLÍCIA MILITAR PARA FISCALIZAR O CUMPRIMENTO DA LEI (ART. 3º) - INDEVIDA INTERFERÊNCIA EM ATOS DE GESTÃO E ADMINISTRAÇÃO DO CHEFE DO EXECUTIVO MUNICIPAL - OFENSA AO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO E INDEPENDÊNCIA DOS PODERES (ART. 32, DA CE/1989) - ATRIBUIÇÃO DE OBRIGAÇÕES À POLÍCIA MILITAR QUE É SUBORDINADA AO GOVERNADOR DO ESTADO (ART.

4º) - OFENSA AO PRINCÍPIO FEDERATIVO (ART. 1º E 107, DA CE/1989) - PROIBIÇÃO DO CONSUMO DE BEBIDAS ALCOÓLICAS EM LOGRADOUROS PÚBLICOS QUE, A PRETEXTO DE GARANTIR MAIOR SEGURANÇA, RESTRINGE O DIREITO DE LIBERDADE INDIVIDUAL - OFENSA AO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE - PROCEDÊNCIA DO PEDIDO DE INCONSTITUCIONALIDADE DA LEI N. 4.666/2010, DO MUNICÍPIO DE CANOINHAS - EFEITOS EX TUNC E ERGA OMNES. (...)

“A atividade legislativa está necessariamente sujeita à rígida observância de diretriz fundamental, que, encontrando suporte teórico no princípio da proporcionalidade, veda os excessos normativos e as prescrições irrazoáveis do Poder Público. O princípio da proporcionalidade, nesse contexto, acha-se vocacionado a inibir e a neutralizar os abusos do Poder Público no exercício de suas funções, qualificando-se como parâmetro de aferição da própria constitucionalidade material dos atos estatais” (STF - ADI n. 2551 MC-QO/MG, Rel. Ministro Celso de Mello). Por isso, não é proporcional nem razoável a lei que, a pretexto de garantir maior segurança, proíbe o consumo de bebidas alcoólicas em logradouros públicos, mas restringe o direito de liberdade individual, sobretudo porque a ingestão moderada de bebida alcoólica, além de ser legalmente lícita, é socialmente aceita e tolerada e, além disso, o consumo excessivo é reprimido por dispositivos legais mais eficazes (sem grifo no original)

Destarte, após a filtragem constitucional da lei em comento, especialmente com base no princípio da proporcionalidade e suas máximas - adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito - e a verificação de não preenchimento de seus pressupostos, a declaração da inconstitucionalidade é medida que se impõe.

Da inconstitucionalidade material do art. 4º da Lei Municipal n.

6.555/2014 por Violação ao Princípio da Independência e Harmonia dos Poderes e inconstitucionalidade formal do art. 5º da Lei Municipal n. 6.555/2014 por violação ao Princípio Federativo.

Os dispositivos em questão possuem a seguinte redação:

Art. 4º O Poder Executivo Municipal poderá firmar Convênio com a Polícia Militar, instituição responsável pela preservação da ordem pública, conforme artigo 144, § 5º, da Constituição Federal, para a fiscalização do cumprimento da presente.

Art. 5º. A autoridade policial que flagrar o descumprimento da Lei, determinará ao infrator que cesse a conduta, lavrando termo, tomando as medidas penais cabíveis em caso de descumprimento.

As previsões legais, conforme se pode notar, mantêm vínculo de dependência jurídica com o art. 1º que trata especificamente da proibição de consumo de bebida alcoólica em logradouro público.

Isso porque referidos artigos 4º e 5º da Lei 6.555/2014, assim como os arts. 2º, 3º, 6º e 7º, não possuem existência autônoma, na medida em que destinados justamente a regular o alcance e forma de fiscalização do cumprimento da restrição prevista no art. 1º do diploma legal.

Desse modo, a declaração de inconstitucionalidade do art. 1º da Lei 6.555/2014 deve ser estendida aos demais dispositivos que com ele possuam correlação.

Sobre a técnica de julgamento em questão, colhe-se da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal:

1) ADI 3645, Relatora Min. Ellen Gracie, Tribunal Pleno, julgada em 31.05.2006:

Constatada a ocorrência de vício formal suficiente a fulminar a Lei estadual ora contestada, reconheço a necessidade da declaração de inconstitucionalidade consequencial ou por arrastamento de sua

respectiva regulamentação, materializada no Decreto 6.253, de 22.03.06. Esta decorrência, citada por CANOTILHO e minudenciada pelo eminente Ministro Celso de Mello no julgamento da ADI 437-QO, DJ 19.02.93, ocorre quando há uma relação de dependência de certos preceitos com os que foram especificamente impugnados, de maneira que as normas declaradas inconstitucionais sirvam de fundamento de validade para aquelas que não pertenciam ao objeto da ação. Trata-se exatamente do caso em discussão, no qual “a eventual declaração de inconstitucionalidade da lei a que refere o decreto executivo (...) implicará o reconhecimento, por derivação necessária e causal, de sua ilegitimidade constitucional” (voto do Min. Celso de Mello na referida ADI 437-QO). No mesmo sentido, quanto à suspensão cautelar da eficácia do ato regulamentador, a ADI 173-MC, rel. Min. Moreira Alves, DJ 27.04.90. (sem grifo no original).

2) ADI 2895, Relator Min. Carlos Velloso, Tribunal Pleno, julgada em 02.02.2005:

Também o Supremo Tribunal Federal, no controle concentrado, fica condicionado ao “princípio do pedido”. Todavia, quando a declaração de inconstitucionalidade de uma norma afeta um sistema normativo dela dependente, ou, em virtude da declaração de inconstitucionalidade, normas subsequentes são afetadas pela declaração, a declaração de inconstitucionalidade pode ser estendida a estas, porque ocorre o fenômeno da inconstitucionalidade “por arrastamento” ou “por atração”. (sem grifo no original)

Assim, diante da inconstitucionalidade do art. 1º da Lei 6.555/2014, necessária a declaração de inconstitucionalidade, por arrastamento, dos dispositivos destinados à regulamentação.

Pelo exposto, julga-se procedente o pedido, a fim de declarar a inconstitucionalidade da Lei n. 6.555/2014, do Município de Chapecó por contrariar os arts. 1º, 4º da Constituição do Estado de Santa Catarina

e o princípio da proporcionalidade.

Com fundamento no art. 17, da Lei Estadual n. 12.069/2001, os efeitos da declaração de inconstitucionalidade da Lei n. 6.555/2014, do Município de Chapecó são *ex tunc* e *erga omnes*, não cabendo modulação, diante da ausência de razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social.

Este é o voto.

Direta de Inconstitucionalidade n. 0000068-48.2016.8.24.0000

Relator: Desembargador Ricardo Roesler

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ADMINISTRATIVO. SERVIDORES. ART. 88, § 1º, DA LCM N. 60/2009, E ART. 1º, § 10, DA LCM N. 110/2013, QUE DISCIPLINAM A DATA BASE PARA REVISÃO ANUAL DE VENCIMENTOS, E DETERMINAM A OBSERVAÇÃO COMPULSÓRIA DE DETERMINADO INDEXADOR. AÇÃO QUE CONFRONTA UNICAMENTE A ADOÇÃO DE ÍNDICE ESPECÍFICO. POSSIBILIDADE DE JULGAMENTO. ESTIPULAÇÃO, NAS LEIS LOCAIS, DE APLICAÇÃO DO INPC COMO FATOR DE ATUALIZAÇÃO DOS VENCIMENTOS. CONFLITO DIRETO COM O DISPOSTO NA SÚMULA 681/STF E NA SÚMULA VINCULANTE N. 42/STF. OFENSA, NO MAIS, AO DISPOSTO NO ART. 23, VI, DA CONSTITUIÇÃO ESTADUAL. PROVIMENTO DO PLEITO PARA SUPRIMIR DOS TEXTOS A REFERÊNCIA EXPLÍCITA À ADOÇÃO COMPULSÓRIA DO INPC COMO INDEXADOR.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Direta de Inconstitucionalidade n. 0000068-48.2016.8.24.0000, da comarca de Santo Amaro da Imperatriz 1ª Vara em que é Requerente Prefeito do Município de Santo Amaro da Imperatriz e Requerido Câmara de Vereadores de Santo Amaro.

O Órgão Especial decidiu, por votação unânime, conhecer e dar provimento ao pedido, nos termos do voto. Custas legais.

Participaram do julgamento, realizado nesta data, os Exmos. Srs. Desembargadores Torres Marques (Presidente com voto), Rodrigo Collaço, Pedro Manoel Abreu, Newton Trisotto, Luiz César Medeiros, Sérgio Roberto Baasch Luz, Fernando Carioni, Rui Fortes, Marcus Tulio Sartorato, César Abreu, Maria do Rocio Luz Santa Ritta, Cid Goulart, Jaime Ramos, Alexandre d'Ivanenko, Jânio Machado, Raulino Jacó

Brüning e Ronei Danielli.

Florianópolis, 20 de novembro de 2017.

Desembargador Ricardo Roesler
Relator

RELATÓRIO

O então Prefeito de Santo Amaro da Imperatriz propôs ação direta de inconstitucionalidade em face do disposto no art. 88, § 1º, da Lei Complementar Municipal n. 60/2009 e do art. 1º, § 10, da Lei Complementar Municipal n. 110/2013, que, ao dispor sobre a revisão anual dos vencimentos dos servidores, determinou a aplicação do INPC como fator de atualização.

Segundo o autor, a disposição de indexador implicaria ofensa à súmula 681/STF e à súmula vinculante n. 42, que expressamente vedam a adoção de índices federais como fator de correção ao vencimento dos servidores. No mais, remanesceria o conflito com o disposto no art. 23, VI, da Constituição Estadual, que veda a vinculação ou equiparação de espécies remuneratórias.

Postulou o deferimento de liminar, e ao fim o provimento pedido, a fim de suprir daqueles dispositivos a parte final, em que se determina a observação compulsória do INPC como fator de correção.

Deferiu-se a liminar (fls. 98-103).

Admitiu-se o ingresso do Sindicato dos Trabalhadores no Serviço Público Municipal de Santo Amaro da Imperatriz - Sintramaro, na condição de amigo da corte. Na mesma decisão manteve-se os efeitos da liminar (fls. 170-173).

Certificou-se a ausência de manifestação do Presidente da Câmara de Vereadores de Santo Amaro da Imperatriz (fl. 176).

O Ministério Público opinou pelo conhecimento e provimento do pedido (fls. 198-204). Lavrou parecer pela Douta Procuradoria-Geral de Justiça o Exmo. Sr. Dr. Durval da Silva Amorim.

É o relatório.

VOTO

Discute-se objetivamente a fixação de determinado índice que viria a indexar a remuneração dos servidores públicos de Santo Amaro da Imperatriz.

Recentemente o relator do RE 905.357/RR, submetido à repercussão geral, determinou a suspensão de todas as demandas em que se discuta o direito subjetivo à revisão anual. Não creio, porém, que haja alguma gerência daquele comando neste caso. Ainda que a solução reflexamente atente ao direito de revisão anual da remuneração dos servidores públicos, o que se discute nesta ação - cuja natureza é objetiva, destaque-se - é apenas a forma estabelecida para proceder, notadamente a eleição de determinado indexador.

Não há, portanto, ao menos em relação ao processo objetivo, a constatação de prejudicialidade imediata, a despeito da eventual impossibilidade, ao fim, de aplicar-se o comando normativo até a solução de julgamento no STF.

Ademais, a questão em si nem mesmo suscita dúvidas atualmente, o que permitiria, inclusive, o julgamento monocrático da demanda, não fosse a particular condição do processo objetivo, e a ausência nas leis regentes da possibilidade de julgamento sumário nas hipóteses de procedência do pedido.

A ação direta versa dispositivos da legislação local que indexou o reajuste dos servidores públicos municipais. Dispõe, assim, a Lei Complementar Municipal n. 60/2009, em seu art. 88, § 3º:

Art. 88. O vencimento dos servidores públicos somente poderá ser fixado ou alterado por lei específica. (...)

§ 3º A revisão anual geral da remuneração dos servidores públicos será efetivada no mês de janeiro, pela aplicação da variação do INPC nos doze meses anteriores.

Além disso, prescreve a Lei Complementar Municipal n. 110/2013: Art. 1º Para efeito de concessão da revisão geral anual de que trata o artigo 37, inciso X, da Constituição Federal, fica estabelecido o mês de janeiro de cada ano como data base, e o INPC-IBGE (Índice Nacional de Preços ao Consumidor) como índice de inflação, e os meses de janeiro a dezembro como período de 12 (doze) meses para apuração do percentual de reposição da perda do poder aquisitivo.

Ambos os dispositivos, portanto, normatizam o reajuste, vinculando a Administração, anualmente, não só a atualizar os vencimentos dos seus servidores, mas inclusive observar, compulsoriamente, particular índice.

É indiscutível o direito ao reajuste, o que eventualmente não é observado a despeito da previsão constitucional. Trata-se unicamente de providência que visa a manter o poder aquisitivo dos salários pagos, em face da corrosão inflacionária. De toda sorte, essa garantia não pode se equalizada, segundo o STF, por meio de diretriz normativa.

Há muito havia jurisprudência consolidada sobre o tema, o que animou, inclusive, a edição de súmula pelo Supremo Tribunal Federal tratando do tema, impondo censura à adoção de determinado índice federal como fator de atualização dos vencimentos dos servidores (súmula 681).

Mais que isso, a matéria já foi solvida em repercussão geral, fixando-se a conhecida súmula vinculante n. 42 (“é inconstitucional a vinculação do reajuste de vencimentos de servidores estaduais ou municipais a índices federais de correção monetária”).

É inviável, portanto, qualquer indexação dos salários dos servidores, a propósito do reajuste anual.

Considerando, todavia, que a lei dispõe também sobre a data-base, o pedido deve ser acolhido tal qual formulado, unicamente para sacar de ambos os dispositivos a referência expressa à utilização do INPC como fator de correção, assim como do período de apuração (compreendida a anualidade que precede o reajuste, ou os meses antecedentes de janeiro a dezembro). Em outras palavras, é inconstitucional a expressão “pela aplicação da variação do INPC nos doze meses anteriores” contida no art. 88, § 3º da LCM n. 60/2009, assim como a expressão “o INPC-IBGE (Índice Nacional de Preços ao Consumidor) como índice de inflação, e os meses de janeiro a dezembro como período de 12 (doze) meses para apuração do percentual de reposição da perda do poder aquisitivo”.

Julgo, assim, procedente o pedido, na exata proporção em que é postulado.

É como voto.

CÂMARA CIVIL ESPECIAL

Agravo n. 4011872-42.2016.8.24.0000/50001, de Balneário Camboriú

Relator Des. Gerson Cherem II

AGRAVO INTERNO (ART. 1.021, CPC/2015). AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DO AGRAVANTE.

REFORMA DA DECISÃO MONOCRÁTICA TERMINATIVA. NÃO CONHECIMENTO DO AGRAVO DE INSTRUMENTO POR AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL. DECRETAÇÃO DA REVELIA NO PRIMEIRO GRAU. HIPÓTESE NÃO INCLUÍDA NO ROL TAXATIVO DO ART. 1.015, DO NCPC. INVIABILIDADE DE INTERPRETAÇÃO EXTENSIVA NO CASO. INCONFORMISMO A SER ARGUIDO COMO PRELIMINAR DE APELAÇÃO OU NAS CONTRARRAZÕES (ART. 1.009, § 1º, DO NCPC). PRECEDENTES. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.

“No novo Código, além de o recurso de apelação servir para atacar a sentença, ele também visa a impugnar todas as questões decididas ao longo do procedimento que não comportarem recurso de agravo de instrumento (art. 1.009, §1º, CPC). Com isso, ao limitar a recorribilidade das decisões interlocutórias em separado a hipótese taxativa (art. 1.015, CPC), o novo processo civil brasileiro procura acentuar a oralidade do procedimento comum, aproximando-se da regra da ‘final decision’ do direito estadunidense (pela qual apenas a sentença final é apelável, nada obstante as várias exceções existentes), cuja, proximidade com o processo civil romano clássico é notória.” (MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. MITIDIERO, Daniel. Novo Código de Processo Civil Comentado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. P. 939-940.). (A n. 4005744-06.2016.8.24.0000, rel. Des. Subst. Artur Jenichen Filho, j. em

25.05.2017).

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo n. 4011872-42.2016.8.24.0000/50001, da comarca de Balneário Camboriú 2ª Vara Cível em que é/são Agravante(s) Gboex Grêmio Beneficente e Agravado(s) Neuza Anselmo da Silva e outro.

A Câmara Civil Especial decidiu, por votação unânime, conhecer do agravo interno e negar-lhe provimento. Custas na forma da lei.

O julgamento, realizado nesta data, foi presidido pelo Exmo. Sr. Des. Jaime Ramos, com voto, e dele participou a Exma. Sra. Des. Rosane Portella Wolff.

Florianópolis, 29 de junho de 2017.

Gerson Cherem II
Relator

RELATÓRIO

Trata-se de agravo interno (art. 1.021, do CPC/15) interposto por GBOEX – Grêmio Beneficente contra decisão monocrática proferida pela Desª. Cláudia Lambert de Faria, que deixou de conhecer do agravo de instrumento do ora recorrente, diante da ausência de previsão legal para o respectivo cabimento, nos seguintes termos (fl. 756):

Pelo exposto, não conheço do presente recurso, por sua manifesta inadmissibilidade, nos termos do art. 932, inc. III, do novo Código de Processo Civil (Lei n. 13.105/2015).

Os embargos de declaração opostos pelo recorrente (fls. 01/05 dos autos dependente) foram rejeitados pela Desembargadora às fls. 6/11.

Inconformado, o agravante afirmou que apresentara a contestação no prazo legal, considerando equivocada a decretação da revelia. Argumentou também ser parte ilegítima para responder à lide, porque não possui nenhuma relação com a autora. Sustentou, ainda, que o rol do art. 1.015, do NCPC, não seria taxativo. Por fim, aduziu que as peculiaridades do caso merecem ser consideradas para que, diante do princípio da economicidade, seja recebido e conhecido o agravo de instrumento (fls. 1/9).

Com contrarrazões às fls. 12/16, vieram os autos conclusos.

É o relatório.

VOTO

Presentes os requisitos legais, conhece-se do recurso interposto.

O art. 1.021, *caput*, do NCPC autoriza a interposição de agravo interno, direcionado ao órgão colegiado, contra decisão proferida pelo relator.

Consabido igualmente que “compete à parte, ao fazer uso do referido recurso, atacar especificadamente os fundamentos da decisão agravada, não sendo suficiente a simples repetição de razões já expendidas no recurso anterior ou o ataque genérico do decisum. É preciso que a nova insurgência impugne, combata ou demonstre, através de uma argumentação própria e adequada, o desacerto daquilo que restou decidido, sob pena de não conhecimento (STJ, AgInt no AREsp nº 946.778/PR, rel. Min. Moura Ribeiro, j. em 21.02.2017; AgInt no REsp nº 1.628.702/GO, rel. Min. Assusete Magalhães, j. em 21.02.2017; AgInt no AREsp nº 979.739/RJ, rel. Min. Mauro Campbell Marques, j. em 16.02.2017; AgInt no AREsp nº 680.414/RJ, rel. Min. Maria Isabel Gallotti, j. em 16.02.2017. Do TJSC: Agravo nº 0156237-34.2014.8.24.0000/50000,

rel. Des. Rogério Mariano do Nascimento, j. em 23.02.2017; Agravo nº 0025883-47.2016.8.24.0000/50000, rel. Des. Eduardo Mattos Gallo Júnior, j. Em 15.12.2016).” (Agravo n. 4017002-13.2016.8.24.0000, rel. Des. Subst. Luiz Antônio Zanini Fornerolli, j. em 30.03.2017).

Assevera o agravante que o rol do art. 1.015 do NCPC deve possuir interpretação extensiva, mormente na espécie, em que a manutenção da decisão de primeiro grau implica em ofensa ao seu direito de defesa.

O intento malogra, no entanto.

As decisões impugnáveis por agravo de instrumento estão elencadas no art. 1015 do NCPC, *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 descon sideração 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.

Verifica-se do dispositivo processual que a hipótese dos autos – decretação de revelia do réu – não está prevista como passível de sofrer ataque por agravo de instrumento.

De outro vértice, a alegada interpretação extensiva desmerece acolhida, pois “não é possível a interpretação extensiva da lei processual, se bem ela determina que as questões cujo agravo é incabível, devam ser suscitadas como preliminares em apelação ou contrarrazões.” (AI n. 4006149-08.2017.8.24.0000, rel. Des. Subst. Artur Jenichen Filho, j. em 03.05.2017).

Sobre a matéria, leciona Guilherme Rizzo Amaral:

Com a extinção do agravo retido e com a previsão de rol taxativo de decisões suscetíveis de agravo de instrumento - e não da cláusula aberta (decisão suscetível de causar à parte lesão grave e de difícil reparação) contida no CPC anterior -, o legislador reforça o princípio da irrecorribilidade. De regra, não caberá agravo de instrumento contra as decisões interlocutórias, que somente poderão ser impugnadas em sede de apelação ou suas contrarrazões. As exceções a tal regra encontra-se nos incisos e parágrafo único do art. 1.015. (Comentários às alterações do novo CPC - 2. ed. Rev., atual. e ampl. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 1016).

A Corte Catarinense julgou:

AGRAVO INTERNO (ART. 1.021 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL) EM AGRAVO DE INSTRUMENTO CONTRA DECISÃO MONOCRÁTICA TERMINATIVA. NÃO PREVISIBILIDADE NO

ROL TAXATIVO DO ART. 1.015 DO CPC DENTRE AS DECISÕES RECORRÍVEIS EM SEPARADO. INADMISSIBILIDADE DO RECURSO DE INSTRUMENTO. “No novo Código, além de o recurso de apelação servir para atacar a sentença, ele também visa a impugnar todas as questões decididas ao longo do procedimento que não comportarem recurso de agravo de instrumento (art. 1.009, §1º, CPC). Com isso, ao limitar a recorribilidade das decisões interlocutórias em separado a hipótese taxativa (art. 1.015, CPC), o novo processo civil brasileiro procura acentuar a oralidade do procedimento comum, aproximando-se da regra da ‘final decision’ do direito estadunidense (pela qual apenas a sentença final é apelável, nada obstante as várias exceções existentes), cuja proximidade com o processo civil romano clássico é notória.” (MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. MITIDIEROO, Daniel. Novo Código de Processo Civil Comentado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. P. 939-940.). RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO. (Agravo Regimental n. 0026232-50.2016.8.24.0000, rel. Des. Subst. Artur Jenichen Filho, j. em 23.02.2017).

AGRAVO (NCPC, ART. 1.021, *CAPUT*) EM AGRAVO DE INSTRUMENTO - DECISÃO MONOCRÁTICA TERMINATIVA QUE NÃO CONHECEU DA INSURGÊNCIA ORIGINÁRIA ANTE A AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL - PRONUNCIAMENTO DA ORIGEM QUE DETERMINOU A CISÃO E REMESSA DOS AUTOS À JUSTIÇA FEDERAL - DECISUM QUE NÃO SE ENQUADRA NAS HIPÓTESES PREVISTAS NO ART. 1.015 DO NCPC - ROL TAXATIVO - IMPOSSIBILIDADE DE LEITURA EXTENSIVA DO DISPOSITIVO. A nova sistemática processual trouxe mudanças no tocante ao agravo de instrumento, dentre elas a taxatividade das hipóteses de cabimento do referido recurso, o qual somente será aceito nos casos enumerados no art. 1.015 do NCPC ou nas situações expressamente previstas em leis especiais, de modo que as interlocutórias que não se encontram no rol mencionado se submetem a uma recorribilidade diferida, devendo ser suscitadas através de preliminar de razões ou contrarrazões de apelação. LEVANTADA A POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO EXTENSIVA DO CONTIDO NO INCISO III

DO ART. 1.015 - INVIABILIDADE - REGRA ATINENTE ÀS DECISÕES ENVOLVENDO A REJEIÇÃO DA ALEGAÇÃO DE CONVENÇÃO DE ARBITRAGEM - SITUAÇÃO QUE EM NADA SE ASSEMELHA COM O PRONUNCIAMENTO ACERCA DA COMPETÊNCIA JURISDICIONAL. Há de se rechaçar a possibilidade de interpretação extensiva do art. 1.015, III, do NCPC, como forma de aceitar a interposição de agravo de instrumento no caso em tela, uma vez que a matéria ali tratada diz respeito a decisões envolvendo convenção de arbitragem, questão não relacionada à competência jurisdicional. DECISÃO COLEGIADA UNÂNIME - APLICAÇÃO DE MULTA DE TRÊS POR CENTO SOBRE O VALOR ATUALIZADO DA CAUSA (NCPC, ART. 1.021, § 4º), DADA A EXISTÊNCIA DE INÚMEROS PRECEDENTES DESTA CORTE SOBRE O TEMA - AGRAVO DESPROVIDO. (Agravo n. 4017002-13.2016.8.24.0000, rel. Des. Subst. Luiz Antônio Zanini Fornerolli, j. em 30.03.2017, grifou-se).

Nesse desiderato, certamente que o decreto de revelia não pode ser objeto de agravo de instrumento, pois não se amolda às hipóteses taxativas do art. 1.015 do CPC/15, nem às previstas em disposições esparsas, como, *verbi gratia*, a que concede ou denega liminar em mandado de segurança (art. 7º, § 1º, da Lei 12.016/09); recebe petição inicial de ação de improbidade administrativa (art. 17, §10, da Lei 8.429/92); resolve o requerimento de *distinguishing*, no caso de sobrestamento do processo em razão de recursos repetitivos nos Tribunais Superiores (art. 1.037, §13, I, do CPC/15); extingue parcialmente o processo (art. 354, parágrafo único, c/c art. 485, ambos do CPC); decreta falência (art. 100, primeira parte, da Lei 11.101/2005); além daquelas previstas nos arts. 101 e 356, § 5º, ambos do CPC/15.

Ressalte-se, contudo, que, sem coexistir a previsão de agravo de instrumento, a matéria não fica coberta pela preclusão, consoante o art. 1.009, § 1º, da Lei Processual Civil, na medida em que pode ser vergastada quando do eventual manejo de apelação ou em contrarrazões ao apelo.

Confira-se:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO MONITÓRIA. DECISÃO INTERLOCUTÓRIA QUE SANEOU O FEITO, REJEITANDO A PRELIMINAR DE AUSÊNCIA DE PRESSUPOSTOS DE DESENVOLVIMENTO VÁLIDO E REGULAR DO PROCESSO. INSURGÊNCIA DA PARTE REQUERIDA.

ADMISSIBILIDADE RECURSAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO CONTRA A DECISÃO QUE INDEFERIU O PEDIDO DE RECONHECIMENTO DE AUSÊNCIA DE PRESSUPOSTOS DE DESENVOLVIMENTO VÁLIDO E REGULAR DO PROCESSO. **HIPÓTESE SEM AMPARO NO ROL TAXATIVO** DO ART. 1.015 DA LEI PROCESSUAL. INSURGÊNCIA INCABÍVEL POR ESTE MEIO, DEVENDO SER ARGUIDO COMO PRELIMINAR DE APELAÇÃO OU CONTRARRAZÕES. EXEGESE DO § 1º, DO ART. 1.009 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. RECURSO NÃO CONHECIDO. (AI n. 0035091-55.2016.8.8.24.0000, rel. Des. Guilherme Nunes Born, j em 11.05.2017, grifou-se).

Em hipótese idêntica à presente, decidiu a jurisprudência pátria:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. MANDATOS. AÇÃO DE ARBITRAMENTO DE HONORÁRIOS. DECISÃO QUE DECRETA REVELIA, MATÉRIA ESTRANHA ÀS HIPÓTESES DO ART. 1.015 DO CPC/15. INADMISSIBILIDADE DO RECURSO.

Da decisão que decreta a revelia não cabe interposição de agravo de instrumento, porquanto a hipótese não se insere no rol estabelecido pelo art. 1.015 do NCPC, razão pela qual o recurso não pode ser admitido. AGRAVO DE INSTRUMENTO NÃO CONHECIDO, NA FORMA DO ART. 932, III, DO CPC/15. (TJRS. AI n. 70071155279, relª. Desª. Adriana da Silva Ribeiro, j. em 28.09.2016). (Grifou-se).

AGRAVO DE INSTRUMENTO. INADMISSIBILIDADE PARCIAL. DECISÃO QUE CONCEDEU A LIMINAR E ANTECIPOU OS EFEITOS DA TUTELA. PRECLUSÃO TEMPORAL. INTEMPESTIVIDADE DO RECURSO. **DECRETAÇÃO DA**

REVELIA. INAGRAVABILIDADE. ART. 1.015 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL (LEI 13.105/15). HIPÓTESES TAXATIVAS DE CABIMENTO. AUSÊNCIA INTIMAÇÃO. NULIDADE. RECURSO PARCIALMENTE CONHECIDO E, NA PARTE CONHECIDA, A QUE SE DÁ PROVIMENTO.

- Segundo o art. 507 do CPC, “é defeso à parte discutir, no curso do processo, as questões já decididas, a cujo respeito se operou a preclusão”.
- O novo Código de Processo Civil, instituído pela Lei 13.105/15, prevê, em seu art. 1.015, hipóteses taxativas de cabimento do agravo de instrumento. De sorte que não são todas as decisões interlocutórias que podem ser atacadas por este recurso.
- Se a decisão recorrida não se amolda ao índice do art. 1.015 do CPC, nem às hipóteses previstas em disposições esparsas, é ela inagravável, pelo que o agravo de instrumento que lhe foi oposto deve ser inadmitido.
- Ressalve-se, contudo, que a controvérsia não está coberta pela preclusão, em que pese a inagravabilidade da decisão interlocutória, eis que, consoante dispõe o art. 1.009, § 1º, do CPC, poderá ser suscitada em eventual apelo ou contrarrazões de apelação.
- Conforme o art. 269, *caput*, do Código de Processo Civil de 2015, a intimação é o ato pelo qual se dá ciência a alguém dos atos e dos termos do processo.
- Deve ser reconhecida a nulidade da decisão e, como consequência, torná-la sem efeito, na hipótese em que não houve intimação da parte, sendo comprovado o prejuízo. (TJMG. AI n. 1.0000.16.049809-3/001, rel. Des. Eduardo Mariné da Cunha, j. em 01.12.2016). (Grifou-se).

Por conseguinte, o reclamo malogra, pois contra a decisão monocrática hostilizada é incabível o agravo de instrumento.

Ante o exposto, conhece-se do recurso e nega-se-lhe provimento.

É como voto.

CÂMARA ESPECIAL REGIONAL DE CHAPECÓ

Apelação Cível n. 0003945-49.2013.8.24.0081, de Xaxim

Relator: Des. Subst. Luiz Felipe Schuch

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE PRESTAÇÃO DE CONTAS. PRIMEIRA FASE. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA NA ORIGEM. RECURSO DA INSTITUIÇÃO BANCÁRIA RÉ. SUSCITADA A AUSÊNCIA DE INTERESSE PROCESSUAL DA AUTORA, DIANTE DA GENERALIDADE DO PEDIDO INICIAL E DA INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. ACOLHIMENTO. NÍTIDA PRETENSÃO DE REVISÃO DE CONTRATO, EXIBIÇÃO DE DOCUMENTOS E AUSÊNCIA DE INDICAÇÃO CONCRETA E FUNDAMENTADA DOS LANÇAMENTOS ABUSIVOS, DUVIDOSOS OU EQUIVOCADOS NA CONTA CORRENTE INDICADA NA EXORDIAL. APONTAMENTO DE LONGO PERÍODO DA CONTRATUALIDADE PARA FINS DE PRESTAÇÃO DE CONTAS. INVIABILIDADE. SIMPLES REMISSÃO À ENCARGOS QUE NÃO PODE SER CONSIDERADA COMO DETALHAMENTO DOS LANÇAMENTOS REPUTADOS ILEGAIS. INSUFICIÊNCIA DE ESCLARECIMENTOS PARA EVENTUAL CUMPRIMENTO DO COMANDO JUDICIAL DE REVISÃO DE CONTAS. DESCUMPRIMENTO DE INTERPRETAÇÃO SEDIMENTADA PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA E POR ESTE SODALÍCIO. IMPOSITIVA PROCEDÊNCIA DA PRELIMINAR. CONSEQUENTE EXTINÇÃO DO PROCESSO, SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO, NOS TERMOS DO ART. 485, VI, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL, COM A INVERSÃO DOS ENCARGOS DE SUCUMBÊNCIA. DEMAIS PLEITOS RECURSAIS PREJUDICADOS.

PREQUESTIONAMENTO. DESNECESSIDADE DE O JULGADOR SE MANIFESTAR SOBRE TODOS OS DISPOSITIVOS APONTADOS PELAS PARTES QUANDO NÃO SE MOSTRAREM RELEVANTES PARA O DESLINDE

DA CONTROVÉRSIA.

RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

A ação de prestação de contas, procedimento especial que tem por objetivo demonstrar o resultado da administração de quem age em nome de outra pessoa ou lhe gerencia negócios ou bens, pode ser proposta pelo titular de conta-corrente bancária (Súmula 259 do Superior Tribunal de Justiça), independentemente do prévio fornecimento de extratos bancários.

Contudo, não obstante legitimado para ajuizar a referida demanda, cabe ao correntista, para justificar o seu interesse processual, apontar na exordial os lançamentos em desconformidade, as razões das irregularidades em face do contrato e a época em que ocorreram, vedada a transferência desse ônus ao Poder Judiciário mediante argumentação genérica e imprecisa do pedido de revisão de toda a contratualidade, o que fere, inclusive, o princípio do contraditório e da ampla defesa e impõe prejuízo à parte obrigada a prestar contas, principalmente em contratos de longa duração. Daí porque, nessas situações, exsurge incontornável a falta de interesse processual.

A mera indicação na inicial de nomenclatura de lançamentos em conta, sem fundamentação sobre as razões pelas quais cada um deles seria indevido ou duvidoso, não serve como justificativa para a propositura de ação de prestação de contas, notadamente nos contratos bancários pela sua natureza e notória possibilidade de conferência e acesso extrajudicial dos lançamentos, de forma diária, mensal e anual.

Argumentos genéricos, gize-se, são imprestáveis para o reconhecimento do interesse processual, e, admitir a generalidade e imprecisão seria colocar sob suspeição o próprio sistema financeiro nacional, que possui especial regulação, fiscalização e contenção pelo Poder Público, estimulando-se o deslocamento indevido para o Poder Judiciário do macro-controle dessa atividade econômica, dado o volume de entidades financeiras e negócios existentes entre elas e os consumidores passíveis de ações de prestação de contas.

Ademais, em procedimento especial desta natureza, em se tratando de sociedade-empresária correntista, a qual tem obrigação legal de realizar e manter contabilidade de suas receitas e despesas, a possibilidade e mesmo presunção de acompanhamento mensal da evolução dos lançamentos em suas contas bancárias é fato irrecusável, nos termos dos arts. 1.179, 1.180, 1.181, 1.182, 1.183 e 1.194 do Código Civil, razão pela qual inaceitável a impugnação geral e desarrazoada de longo lapso contratual.

Além disso, não há como acolher pleito revisional e de exibição de documentos em ação de prestação de contas, porquanto há procedimentos próprios para tanto.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 0003945-49.2013.8.24.0081, da comarca de Xaxim 1ª Vara em que é apelante Itaú Unibanco S/A e apelada Tottal Brasil Transportes Rodoviários & Logística Ltda.

A Câmara Especial Regional de Chapecó decidiu, por unanimidade, conhecer do recurso e dar-lhe provimento, para reconhecer a ausência de interesse processual da autora e, em consequência, extinguir a presente ação de prestação de contas, sem resolução de mérito, nos termos do art. 485, VI, do Código de Processo Civil, bem como condenar a apelada/autora ao pagamento integral das custas processuais e honorários advocatícios em favor do procurador da parte adversa, arbitrados em R\$ 4.000,00 (quatro mil reais), a teor do art. 85, §§ 2º e 8º, da Lei Adjetiva Civil. Custas legais.

O julgamento, realizado em 13 de novembro de 2017, foi presidido pelo Desembargador João Batista Góes Ulysséa, com voto, e dele participou o Desembargador Substituto José Maurício Lisboa.

Florianópolis, 16 de novembro de 2017.

Luiz Felipe Schuch
RELATOR

RELATÓRIO

Acolho o relatório da sentença de fls. 927-929, de lavra do Juiz de Direito Christian Dalla Rosa, por contemplar precisamente o conteúdo dos presentes autos, *ipsis litteris*:

TOTTAL BRASIL TRANSPORTES RODOVIÁRIOS E LOGÍSTICA LTDA ajuizou a presente ação em face de **BANCO ITAÚ S.A.**, objetivando a prestação de contas relativa ao contrato de abertura da conta corrente n. 23.338-3, vinculada à agência n. 0327, e as movimentações financeiras relacionadas à referida conta, desde setembro de 2003 até o último lançamento efetuado. Aduz que a requerida praticou encargos indevidos e efetuou lançamentos sem origem, causando-lhe prejuízo.

Citado, o banco réu apresentou contestação, alegando, preliminarmente, a necessidade extinção da ação, por estar o pedido do autor em desconformidade com o art. 286 do CPC. No mérito, o banco admite a existência de relação jurídica entre as partes, mas impugna a existência de cobranças e lançamentos indevidos (fls. 903-920).

Houve réplica (fls. 923-927).

Relatado, em síntese.

O Magistrado de primeiro grau julgou procedentes os pedidos exordiais, nos seguintes termos:

Ante o exposto, julgo **PROCEDENTE** o pedido inicial e, em consequência, **CONDENO** a empresa ré a prestar contas à empresa autora, em 48 horas, na forma do art. 917 do CPC, no que refere ao contrato de abertura da conta-corrente n. 8.374-7, vinculada à agência n.º 0996-2, sob pena de não lhe ser lícito impugnar as que os autores apresentar. O banco réu deverá, ainda, instruir as contas com o contrato de abertura da conta e os demais documentos relativos às movimentações financeiras, praticadas a partir de outubro de 1987.

Condeno o banco réu, ainda, ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, cujo valor fixo em R\$ 600,00 (seiscentos reais), de acordo com o art. 20, § 4º, CPC.

P. R. I.

Os aclaratórios opostos às fls. 933-941 foram acolhidos às fls. 943-946, *in verbis*:

3. Assim, ACOLHO os embargos de declaração opostos por BANCO ITAÚ S/A, com fundamento no art. 535, do CPC, para, sanando as contradições e as omissões apontadas, nos termos da fundamentação supra:

a) REJEITAR em parte a prejudicial suscitada, **reconhecendo a prescrição da pretensão de prestação de contas no período anterior a 25/10/2003**;

b) AFASTAR a tese da *supressio*, pois a relação jurídica em questão é de trato sucessivo, nos termos da fundamentação supra;

c) DETERMINAR que, no dispositivo da sentença, conste: ***“Ante o exposto, julgo PROCEDENTE o pedido inicial e, em consequência, CONDENO a empresa ré a prestar contas à empresa autora, em 48 horas, na forma do art. 917 do CPC, no que refere ao contrato de abertura da conta-corrente n. 23.338-3, da agência 0327, sob pena de não lhe ser lícito impugnar as que os autores apresentar. O banco réu deverá, ainda, instruir as contas com o contrato de abertura da conta e os demais documentos relativos às movimentações financeiras, praticadas a partir de 25 de outubro de 2003”***;

No mais, a sentença permanece inalterada.

P. R. I.

Irresignado com a prestação jurisdicional entregue, o banco réu interpôs recurso de apelação (fls. 949-962), por meio do qual defende: a) preliminarmente, a falta de interesse de agir da apelada, porquanto genérico o pedido inicial e a inadequação do procedimento eleito, pois nítida a pretensão de revisão contratual; b) no mérito, a violação da boa-fé objetiva e da *supressio*, a ocorrência da prescrição e a inaplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor. Por fim, pugna o provimento integral do apelo, a inversão dos encargos de sucumbência e o prequestionamento

dos dispositivos legais que entende aplicáveis à espécie.

Recebido o recurso no duplo efeito (fl. 965), as contrarrazões foram apresentadas às fls. 966-970.

Ato contínuo, os autos ascenderam a esta instância.

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 exceção contida no § 2º, VII, segunda parte, do mesmo dispositivo legal.

O recurso preenche os requisitos de admissibilidade, motivo pelo qual deve ser conhecido.

Cuidam os autos de recurso de apelação cível interposto por Itau Unibanco S.A. contra sentença que, nos autos de ação de prestação de contas ajuizada por Tottal Brasil Transportes Rodoviários & Logística Ltda., julgou procedentes os pleitos exordiais e condenou a instituição bancária ré ao pagamento integral das custas processuais e honorários advocatícios, estes arbitrados em R\$ 600,00 (seiscentos reais).

1 Da preliminar de usência de interesse processual

Defende o apelante/réu, preliminarmente, a falta de interesse de agir da apelada, pois esta, na sua concepção, não especifica na inicial, quais os lançamentos em sua conta bancária discorda, bem como não aponta as inexatidões ou incertezas, tratando-se, pois, de pleito genérico. Suscita ainda a inadequação do procedimento eleito, pois nítida a pretensão de

revisão contratual constante da exordial.

Nesse palmilhar, adianta-se, a preliminar merece acolhimento.

Com efeito, inicialmente, necessário pontuar que, nos termos do art. 914 do Código de Processo Civil revogado (atual art. 550 do CPC/2015), a ação de prestação de contas competia a quem tivesse: a) o direito de exigí-las (inciso I); e b) a obrigação de prestá-las (inciso II), sendo procedimento especial com objetivo de demonstrar o resultado da administração de quem age em nome de outra pessoa ou lhe gerencia negócios ou bens.

A referida legislação processual civil, no que importa, assentava:

Art. 915. Aquele que pretender exigir a prestação de contas requererá a citação do réu para, no prazo de 5 (cinco) dias, as apresentar ou contestar a ação.

§ 1º Prestadas as contas, terá o autor 5 (cinco) dias para dizer sobre elas; havendo necessidade de produzir provas, o juiz designará audiência de instrução e julgamento; em caso contrário, proferirá desde logo a sentença.

§ 2º Se o réu não contestar a ação ou não negar a obrigação de prestar contas, observar-se-á o disposto no art. 330; a sentença, que julgar procedente a ação, condenará o réu a prestar as contas no prazo de 48 (quarenta e oito) horas, sob pena de não lhe ser lícito impugnar as que o autor apresentar.

§ 3º Se o réu apresentar as contas dentro do prazo estabelecido no parágrafo anterior, seguir-se-á o procedimento do § 1º deste artigo; em caso contrário, apresentá-las-á o autor dentro em 10 (dez) dias, sendo as contas julgadas segundo o prudente arbítrio do juiz, que poderá determinar, se necessário, a realização do exame pericial contábil.

Art. 916. Aquele que estiver obrigado a prestar contas requererá a citação do réu para, no prazo de 5 (cinco) dias, aceitá-las ou contestar a ação.

§ 1º Se o réu não contestar a ação ou se declarar que aceita as contas oferecidas, serão estas julgadas dentro de 10 (dez) dias.

§ 2º Se o réu contestar a ação ou impugnar as contas e houver necessidade de produzir provas, o juiz designará audiência de instrução e julgamento.

Art. 917. As contas, assim do autor como do réu, serão apresentadas em forma mercantil, especificando-se as receitas e a aplicação das despesas, bem como o respectivo saldo; e serão instruídas com os documentos justificativos.

Art. 918. O saldo credor declarado na sentença poderá ser cobrado em execução forçada.

Como se observa, o escopo dessa ação estava (e ainda está) na apuração contábil dos créditos e débitos conforme a realidade contratual, e, por conseguinte, a declaração do saldo credor ou devedor, com a condenação da parte responsável ao pagamento da quantia eventualmente apurada.

Em igual sentido, leciona Humberto Theodoro Júnior:

Consiste a prestação de contas no relacionamento e na documentação comprobatória de todas as receitas e de todas as despesas referentes a uma administração de bens, valores ou interesses de outrem, realizada por força de relação jurídica emergente da lei ou do contrato.

Seu objetivo é liquidar dito relacionamento jurídico existente entre as partes no seu aspecto econômico de tal modo que, afinal, se determine, com exatidão, a existência ou não de um saldo fixando, no caso positivo, o seu montante, com efeito de condenação judicial contra a parte que se qualifica como devedora (*Curso de Direito Processual Civil - Procedimentos especiais*. v. 3. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 87).

Cabe ressaltar, também, que o procedimento especial de prestação de contas, em razão das limitações ao contraditório e à ampla defesa, não se presta à revisão de contratos ou alteração de suas bases, inclusive na segunda fase da ação, conforme tese definida pelo Superior Tribunal de Justiça em sede de recurso repetitivo, *in verbis*:

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL REPETITIVO. AÇÃO DE PRESTAÇÃO DE CONTAS. SEGUNDA FASE. CONTRATO

DE ABERTURA DE CRÉDITO EM CONTA CORRENTE. JUROS REMUNERATÓRIOS E CAPITALIZAÇÃO DOS JUROS. IMPOSSIBILIDADE DE REVISÃO DOS ENCARGOS CONTRATUAIS, QUE DEVEM SER MANTIDOS NOS TERMOS EM QUE PRATICADOS NO CONTRATO BANCÁRIO SEM PREJUÍZO DA POSSIBILIDADE DE AJUIZAMENTO DE AÇÃO REVISIONAL.

1. Tese para os efeitos do art. 543-C do Código de Processo Civil de 1973: - Impossibilidade de revisão de cláusulas contratuais em ação de prestação de contas.

2. O titular da conta-corrente bancária tem interesse processual para propor ação de prestação de contas, a fim de exigir do banco que esclareça qual o destino do dinheiro que depositou, a natureza e o valor dos créditos e débitos efetivamente ocorridos em sua conta, apurando-se, ao final, o saldo credor ou devedor. Exegese da Súmula 259.

3. O rito especial da ação de prestação de contas não comporta a pretensão de alterar ou revisar cláusula contratual, em razão das limitações ao contraditório e à ampla defesa.

4. Essa impossibilidade de se proceder à revisão de cláusulas contratuais diz respeito a todo o procedimento da prestação de contas, ou seja, não pode o autor da ação deduzir pretensões revisionais na petição inicial (primeira fase), conforme a reiterada jurisprudência do STJ, tampouco é admissível tal formulação em impugnação às contas prestadas pelo réu (segunda fase).

5. O contrato de conta-corrente com abertura de limite de crédito automático (cheque especial) é negócio jurídico complexo. Se o cliente não utiliza o limite de crédito, não há dúvida de que o banco está empregando o dinheiro do correntista na compensação dos cheques, ordens de pagamento e transferências por ele autorizadas.

Havendo utilização do limite do cheque especial, concretiza-se contrato de empréstimo, cuja possibilidade era apenas prevista no contrato de abertura da conta.

6. A taxa de juros do empréstimo tomado ao banco não diz respeito

à administração dos recursos depositados pelo autor da ação. Ela compreende a remuneração do capital emprestado e flutua, conforme as circunstâncias do mercado e as vicissitudes particulares, em cada momento, da instituição financeira e do cliente. A taxa de juros em tal tipo de empréstimo é informada por meios diversos, como extratos, internet e atendimento telefônico.

7. Não se sendo a ação de prestação de contas instrumento processual adequado à revisão de contrato de mútuo (REsp. 1.293.558/PR, julgado sob o rito do art. 543-C do CPC/1973, relator Ministro Luís Felipe Salomão), da mesma forma não se presta esse rito especial para a revisão de taxas de juros e demais encargos de empréstimos obtidos por meio de abertura de limite de crédito em conta-corrente.

8. O contrato bancário que deve nortear a prestação de contas e o respectivo julgamento - sem que caiba a sua revisão no rito especial - não é o simples formulário assinado no início do relacionamento, mas todo o conjunto de documentos e práticas que alicerçaram a relação das partes ao longo dos anos. Esse feixe de obrigações e direitos não cabe alterar no exame da ação de prestação de contas.

9. Caso concreto: incidência do óbice da Súmula n. 283 do STF, no tocante à alegação de decadência quanto ao direito de impugnar as contas. No mérito, o Tribunal de origem, ao decidir substituir a taxa de juros remuneratórios aplicada ao longo da relação contratual e excluir a capitalização dos juros, ao fundamento de que não houve comprovação da pactuação de tais encargos, efetuou, na realidade, revisão do contrato de abertura de crédito em conta-corrente, o que não é compatível com o rito da prestação de contas.

10. Recurso especial a que se dá parcial provimento para manter os juros remuneratórios e a capitalização nos termos em que praticados no contrato em exame, sem prejuízo da possibilidade de ajuizamento de ação revisional.

(REsp 1.497.831/PR, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, Rel. p/ Acórdão Mina. Maria Isabel Gallotti, Segunda Seção, j. 14-9-2016 – grifos acrescidos).

De igual modo, a referida ação não deve ser utilizada para fins

exclusivos de exibição de contratos ou documentos, porquanto há procedimento próprio para tanto, a saber:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE PRESTAÇÃO DE CONTAS. CONTRATO DE ABERTURA DE CRÉDITO EM CONTA-CORRENTE. SENTENÇA DE EXTINÇÃO DO PROCESSO SEM RESOLUÇÃO DE MÉRITO. AUSÊNCIA DE INTERESSE UTILIDADE. DISPONIBILIZAÇÃO DE EXTRATOS BANCÁRIOS. PRESTAÇÃO DE CONTAS DIUTURNAMENTE DISPONIBILIZADA AO CORRENTISTA. INICIAL QUE NÃO INDICA LANÇAMENTOS PORVENTURA DUVIDOSOS. AUSÊNCIA DE APONTAMENTO ESPECÍFICO DO PERÍODO QUE ENTENDE TER HAVIDO ERRO POR PARTE DA INSTITUIÇÃO FINANCEIRA QUE TORNA O PEDIDO GENÉRICO. AUSÊNCIA DE INTERESSE ADEQUAÇÃO. ACESSO A DOCUMENTOS DISCRIMINATÓRIOS DE ENCARGOS LANÇADOS EM CONTA. PRETENSÃO A SER VEICULADA VIA AÇÃO DE EXIBIÇÃO. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO (TJSC, Apelação Cível n. 2013.088345-9, de Joinville, Rel. Desa. Cinthia Beatriz da Silva Bittencourt Schaefer, Primeira Câmara de Direito Comercial, j. 6-3-2014).

Sobreleva notar, ainda, a impossibilidade de prestação de contas de toda a contratualidade, no caso de contratos bancários, pois, para esse fim, deverá ser ajuizada ação ordinária cumulada com eventual repetição do indébito (STJ, AgRg no REsp 1.203.021/PR, Rel. Min. Maria Isabel Gallotti, j. 25-9-12; AgInt no REsp 1.611.150/SP, Rel. Min. Raul Araújo, j. 13-9-2016; AgRg no AREsp 500.687/MG, Rel. Min. Marco Buzzi, j. 23-8-2016).

Demais disso, é sabido ser a ação de prestação de contas bifásica: na primeira etapa avalia-se a existência do dever do réu em prestar contas ao autor; na segunda fase analisa-se as contas prestadas, se boas ou ruins, apurando-se eventual existência de débito ou crédito entre os litigantes.

É bem verdade que, sobre a legitimidade ativa do correntista, o Superior Tribunal de Justiça sumulou que “a ação de prestação de contas

pode ser proposta pelo titular de conta-corrente bancária” (Súmula 259), independentemente do prévio fornecimento dos extratos bancários.

Nesse diapasão, colhe-se o seguinte precedente:

AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE PRESTAÇÃO DE CONTAS. INTERESSE PROCESSUAL DO CORRENTISTA. SÚMULA Nº 259/STJ.

1. A teor da Súmula nº 259 desta Corte, “A ação de prestação de contas pode ser proposta pelo titular de conta-corrente bancária”.
2. Ainda que receba extratos de sua conta-corrente, possui o consumidor interesse de agir para propor ação de prestação de contas. Precedentes.
3. Agravo regimental não provido.

(STJ, AgRg no Ag 1.300.470/MS, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, j. 4-8-2011).

Ocorre que, não obstante legitimado para ajuizar a referida demanda, o correntista deve, para justificar o seu interesse processual, apontar na exordial os lançamentos em desconformidade, as razões das irregularidades em face do contrato e a época em que ocorreram, vedada a transferência desse ônus ao Poder Judiciário mediante argumentação genérica e imprecisa do pedido de revisão de toda a contratualidade, o que fere, inclusive, o princípio do contraditório e da ampla defesa em prejuízo da parte obrigada a prestar contas, a qual, principalmente em contratos de longa duração, terá dificultada, quando não impossibilitada, a contraposição das dúvidas suscitadas pelo correntista. Daí porque, nessas situações, exsurge incontornável a falta de interesse processual.

Nesse particular, importa trazer emblemático precedente do Superior Tribunal de Justiça sobre o assunto:

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. CONTRATO DE ABERTURA DE CRÉDITO EM CONTA-CORRENTE. CABIMENTO DA AÇÃO DE PRESTAÇÃO DE CONTAS (SÚMULA 259). INTERESSE DE AGIR. REVISÃO DE CLÁUSULAS CONTRATUAIS. COMISSÃO DE PERMANÊNCIA, JUROS, MULTA, CAPITALIZAÇÃO, TARIFAS. IMPOSSIBILIDADE.

1. O titular de conta-corrente bancária tem interesse processual para exigir contas do banco (Súmula 259). Isso porque a abertura de conta-corrente tem por pressuposto a entrega de recursos do correntista ao banco (depósito inicial e eventual abertura de limite de crédito), seguindo-se relação duradoura de sucessivos créditos e débitos. Por meio da prestação de contas, o banco deverá demonstrar os créditos (depósitos em favor do correntista) e os débitos efetivados em sua conta-corrente (cheques pagos, débitos de contas, tarifas e encargos, saques etc.) ao longo da relação contratual, para que, ao final, se apure se o saldo da conta-corrente é positivo ou negativo, vale dizer, se o correntista tem crédito ou, ao contrário, se está em débito.

2. A entrega de extratos periódicos aos correntistas não implica, por si só, falta de interesse de agir para o ajuizamento de prestação de contas, uma vez que podem não ser suficientes para o esclarecimento de todos os lançamentos efetuados na conta-corrente.

3. Hipótese em que a padronizada inicial, a qual poderia servir para qualquer contrato de conta-corrente do Banco Banestado, bastando a mudança do nome das partes e do número da conta, não indica exemplos concretos de lançamentos não autorizados ou de origem desconhecida e sequer delimita o período em relação ao qual há necessidade de prestação de contas, postulando sejam prestadas contas, em formato mercantil, no prazo legal de cinco dias, de todos os lançamentos desde a abertura da conta-corrente, treze anos antes do ajuizamento da ação. Tal pedido, conforme voto do Ministro Aldir Passarinho Junior, acompanhado pela unanimidade da 4ª Turma no REsp. 98.626-SC, “soa absurdo, posto que não é crível que desde o início, em tudo, tenha havido erro ou suspeita de equívoco dos extratos já apresentados.”

4. A pretensão deduzida na inicial, voltada, na realidade, a aferir a legalidade dos encargos cobrados (comissão de permanência, juros, multa, tarifas), deveria ter sido veiculada por meio de ação ordinária revisional, cumulada com repetição de eventual indébito, no curso da qual pode ser requerida a exibição de documentos, caso esta não tenha sido postulada em medida cautelar preparatória.

5. Embora cabível a ação de prestação de contas pelo titular da conta-corrente, independentemente do fornecimento extrajudicial de extratos detalhados, tal instrumento processual não se destina

à revisão de cláusulas contratuais e não prescinde da indicação, na inicial, ao menos de período determinado em relação ao qual busca esclarecimentos o correntista, com a exposição de motivos consistentes, ocorrências duvidosas em sua conta-corrente, que justificam a provocação do Poder Judiciário mediante ação de prestação de contas.

6. Recurso especial a que se nega provimento.

(REsp 1.231.027/PR, Rel. Mina. Maria Isabel Gallotti, Segunda Seção, j. 12-12-2012 – grifos acrescentados).

Assim também ensina Marcus Vinícius Rios Gonçalves sobre o interesse de agir na ação de prestação de contas:

Aquele que administrou ou geriu bens alheios, tem a obrigação de prestar as contas, e aquele que teve seus bens ou interesses administrados têm o interesse de exigí-las. [...] É preciso que prestação de contas seja a ação adequada, o que ocorrerá sempre que houver necessidade de acertamento de uma relação crédito-débito, proveniente da administração ou gerência de negócios alheios (*Novo curso de direito processual civil*: vol. 2 - processo de conhecimento (2ª parte) e procedimentos especiais. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, pgs. 255-256).

Pois bem.

No presente caso, a demanda encontra-se na primeira etapa, na qual a empresa autora, titular de conta-corrente junto ao banco réu (conta-corrente n. 23.338-3, agência n. 0327 - fl. 13), busca o reconhecimento do dever da instituição bancária em prestar contas.

O interesse processual, calcado na necessidade, utilidade e adequação da demanda, como antes dito, não restou demonstrado de forma suficiente na hipótese.

Isso porque, compulsando a petição inicial de fls. 2-5 extrai-se a extrema generalidade do pleito, a pretensão de revisão de cláusulas contratuais e exibição de documentos e a intenção de prestação de contas de quase toda a contratualidade, fundadas nas seguintes alegações, *in*

verbis:

[...].

Durante a relação contratual o Réu lançou débitos nas denominações abaixo relacionadas, sem que houvesse previa estipulação contratual ou autorização expressa do titular da conta pra que tais débitos fossem realizados, o que se configura absolutamente ilegal, pois não estão, os débitos que abaixo se relacionam, autorizados a serem cobrados pelo Banco Central do Brasil; por lei ou pelo contrato. Além disso, lançou a débito os valores para pagamento de produtos vendidos de forma “casada”, como ocorreu com o “Prêmio Vida Global”, “Prêmio Seg Vida”.

Os valores indevidamente debitados usaram o “limite de crédito”, sobre o qual o banco cobrou os juros contratuais de forma capitalizada mensal, criando, por conta destes débitos ilegais, um “saldo devedor” sem que a Autora fosse a responsável por este saldo devedor.

Obviamente, que não tendo sido a Autora quem deu causa ao uso do limite de crédito da conta-corrente, os valores dos juros cobrados em razão destes débitos se tornam automaticamente ilegais e indevidos. Caso contrário, se permite que o banco “crie” ilegalmente um valor de saldo devedor – que depois, se reclamado judicialmente restituirá ao correntista – mas os valores dos juros cobrados em razão deste “saldo devedor” ficará com o banco. Ou seja, a obtenção de lucro por um meio ilícito, ou em outras palavras, a transformação em bons, os “frutos da árvore envenenada”.

Indevidos e ilegais são todos os valores lançados a débito nas denominações abaixo relacionados de forma repetida conforme comprovam os extratos anexos:

Adiant. Depositante;

Comis Valor Liberado-CVL;

Comis perm giroparc;

Giro parcelado;

Limite LIS/Encargos;

Lis/Juros;
Mov Tit Cob Disp;
Multa giroparcelado;
Moviment titulo;
Premio vida global;
Premio Seg vida;
Recebiveis/Encargos;
Recebiveis/juros;
Tar dev ch;
Tar maxConta mens;
Tar Maxcta PJ mens;
Tar LIS PJ Receb Renov;
Tar Ch Valor Sup;
Tar TED AG;
Tar/Custas Cobrança;
Tar Cheque Personalizado;
Tar Lis PJ Receb Contrat;
Tar contr caixa reserva;
Tar mov conta contratual;
Tar manut conta;

Obviamente que em se tratando de extratos impressos pela Autora, a prestação de contas a ser realizada pelo Réu, compreende essencialmente a comprovação documental de que os débitos acima mencionados foram expressamente pactuados ou autorizados pela Autora, caso contrário, nenhuma utilidade teria a Resolução 3518 do BC conforme acima transcrito seu art. 1º, razão pela qual o Réu deverá trazer aos autos, o contrato de conta-corrente, todas as suas renovações e/ou prorrogações,

os contratos paralelos e os extratos, tudo na forma do art. 6º, VIII, do CDC, combinado com o art. 358, I, II, e III do CPC, sob pena dos efeitos do art. 359 do CPC.

[...].

b) Com amparo no art. 6º, VIII, do CDC, combinado com o art. 358, I, II, e III do CPC, requer a inversão do ônus da prova para que ao Réu seja incumbido o ônus de provar estar pactuado ou autorizado pela Autora a realização dos débitos acima relacionados, trazendo aos autos, o contrato de conta-corrente onde estejam previstos os débitos supramencionados, todas suas renovações e/ou prorrogações, os contratos paralelos e ps extratos desde setembro de 2003 até o último lançamento realizado;

[...] (lista de rubricas originalmente em duas colunas).

Além da farta argumentação genérica observada nos demais trechos da inicial, que inclusive apresenta-se padronizada e poderia servir para qualquer contrato de conta-corrente, bastando a mudança dos nomes das partes e do número da conta bancária, a apelada/autora ainda colacionou mais de 800 páginas de extratos bancários e documentos, os quais, contudo, não se prestam à especificação e determinação essencial do pedido.

Relacionar em colunas rubricas lançadas desde o ano de 2003 até o último lançamento (quase toda a contratualidade), sem, entretanto, indicar concretamente qual valor/lançamento está equivocado ou é duvidoso, qual foi cobrado a maior, qual não tem autorização ou é desconhecido, não se mostra suficiente para eventual cumprimento do comando judicial de prestação de contas.

Não é crível que em dez anos da relação bancária mantida entre as partes não houve o controle da autora sobre sua conta, até porque, em se tratando de sociedade empresária correntista, a qual tem obrigação legal de realizar e manter contabilidade de suas receitas e despesas, a possibilidade e mesmo presunção de acompanhamento mensal da evolução dos lançamentos em suas contas bancárias é fato irrecusável,

nos termos dos arts. 1.179, 1.180, 1.181, 1.182, 1.183 e 1.194 do Código Civil.

Por esse rumo, este Órgão Fracionário, em casos semelhantes, assim tem se posicionado:

APELAÇÃO CÍVEL. PRESTAÇÃO DE CONTAS. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA. INSURGÊNCIA DA PARTE RÉ. AUSÊNCIA DE INDICAÇÃO ESPECÍFICA DOS LANÇAMENTOS QUE BUSCA A PRESTAÇÃO DE CONTAS. ENTENDIMENTO SEDIMENTADO PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA (RESP. 1.231.027/PR).

“3. Embora cabível a ação de prestação de contas pelo titular da conta-corrente, independentemente do fornecimento extrajudicial de extratos detalhados, não basta a mera presunção genérica de que há possível erro nos lançamentos para respaldar o pedido inicial, sendo necessária indicação das ocorrências duvidosas em sua conta-corrente, o que justificaria a provocação do Poder Judiciário mediante ação de prestação de contas. Entendimento sedimentado pela Segunda Seção deste STJ no julgamento do REsp 1231027/PR”. (EDcl nos EDcl no AgRg no Ag 1355663/PR, Rel. Ministro MARCO BUZZI, QUARTA TURMA, julgado em 01-3-2016, DJe 10-3-2016).

PEDIDO GENÉRICO CARACTERIZADO. FALTA DE INTERESSE DE AGIREVIDENCIADA. SENTENÇA REFORMADA. INVERSÃO DO ÔNUS SUCUMBENCIAL. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO (Apelação Cível n. 0000056-38.2013.8.24.0065, de São José do Cedro, rel. Des. José Maurício Lisboa, j. 20-2-2017).

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE PRESTAÇÃO DE CONTAS. PRIMEIRA FASE. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA. RECURSO DA INSTITUIÇÃO FINANCEIRA. PEDIDO GENÉRICO E DE CUNHO REVISIONAL. INTERESSE DE AGIR NÃO CONFIGURADO. PRELIMINAR DE CARÊNCIA DE AÇÃO ACOLHIDA. EXTINÇÃO DO PROCESSO SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO. ART. 267, VI, DO CPC/1973. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

“A Segunda Seção desta Corte Superior firmou entendimento no sentido

de que, apesar de o correntista possuir interesse processual para exigir contas da instituição financeira, conforme se extrai do teor do enunciado sumular n. 259 desta Corte, afigura-se imprescindível que aponte concreta e fundamentadamente as irregularidades detectadas, não bastando a mera referência genérica a respeito, como a verificada no presente caso” (AgRg no AREsp n. 651.811/PR, Relator Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 16-4-2015, DJe 27-4-2015) (Apelação Cível n. 0600443-11.2014.8.24.0019, de Concórdia, rel. Des. Carlos Roberto da Silva, Câmara Especial Regional de Chapecó, j. 14-12-2016).

Em igual sentido outras câmaras deste Tribunal também já apreciaram a tese:

Apelação cível. Ação de prestação de contas. Lançamentos em conta-corrente. Sentença de procedência. Insurgência da casa bancária. Alegada carência de ação, diante do pleito genérico contido na inicial. Imprescindibilidade de indicação específica dos lançamentos e períodos reputados abusivos. Pedido exordial, de fato, impreciso e superficial. Simples remissão a encargos que não pode ser considerada como detalhamento dos lançamentos reputados ilegais. Precedentes do Superior Tribunal de Justiça e desta Corte. Extinção do processo, sem resolução do mérito, em razão da falta de interesse de agir, nos termos do artigo 267, VI, do CPC/1973 (artigo 485, VI, do CPC/2015). Inversão dos ônus sucumbenciais. Observância do artigo 20, § 4º, do CPC/1973, vigente à época do *decisum*. Decisão de 1º grau reformada. Apelo provido, prejudicada a análise das demais matérias arguidas no reclamo e em contrarrazões (Apelação Cível n. 0500240-41.2012.8.24.0074, de Trombudo Central, rel. Des. Ronaldo Moritz Martins da Silva, Terceira Câmara de Direito Comercial, j. 21-9-2017).

APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DE PRESTAÇÃO DE CONTAS - PRIMEIRA FASE - CONTRATO DE CONTA-CORRENTE - SENTENÇA EXTINTIVA DO PROCESSO ANTE O INDEFERIMENTO DA INICIAL (ARTS. 295, VI, E 284, PARÁGRAFO ÚNICO, C/C ART. 267, I, DO CÓDIGO BUZAID) - PUBLICAÇÃO SOB A ÉGIDE DO REGRAMENTO PROCESSUAL CIVIL DE 1973 - RECURSO INTERPOSTO PELOS AUTORES.

PRETENSÃO EXORDIAL DE OBTENÇÃO DE ESCLARECIMENTOS ACERCA DOS ENCARGOS CONTRATUAIS SUPOSTAMENTE ABUSIVOS LANÇADOS NA CONTA, INCLUINDO OS PACTUADOS NOS AJUSTES ATRELADOS - CONSTATAÇÃO DE CUNHO REVISIONAL - ADEMAIS, DEMANDANTES QUE NÃO DELIMITAM, NO PETITÓRIO INICIAL, O PERÍODO EM QUE PRETENDEM SEJAM PRESTADAS AS CONTAS - FORMULAÇÃO DE PEDIDO GENÉRICO - PRECEDENTES DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA E DESTA CORTE - MANUTENÇÃO DA EXTINÇÃO DO FEITO COM FUNDAMENTO DIVERSO - INTELIGÊNCIA DO ART. 267, VI, DA REVOGADA LEI ADJETIVA CIVIL (NCPC, ART. 485, VI) - RECLAMO PREJUDICADO.

O titular de conta-corrente possui interesse processual objetivando a prestação de contas a respeito das movimentações e operações bancárias havidas, independente do fornecimento extrajudicial de extratos detalhados.

Lembre-se a redação do enunciado da Súmula 259 do Superior Tribunal de Justiça: “A ação de prestação de contas pode ser proposta pelo titular de conta-corrente bancária”.

Nada obstante, conforme entendimento jurisprudencial, é indispensável a indicação, por ocasião da propositura da demanda, da relação jurídica existente entre as partes, a exposição dos motivos consistentes acerca de ocorrências duvidosas na conta e a delimitação do período sobre o qual entende necessário esclarecimentos, sendo imprestável a mera referência genérica a respeito.

Na hipótese, o exame do caso concreto demonstra que, malgrado os demandantes possuam conta-corrente vinculada à instituição financeira ré, a pretensão inaugural encontra-se fulcrada na aferição de encargos contratuais supostamente abusivos, e não no conhecimento dos valores realmente devidos ou creditados concernentes ao pacto, mostrando-se, portanto, inadequado o ajuizamento da prestação de contas. Além disso, não há delimitação específica no petitório inaugural acerca do período em que se pretende a prestação de contas, configurando, assim, pedido genérico.

A propósito, “já alertou o Superior Tribunal de Justiça, a simples alegação de que pretende a prestação de contas desde abertura da conta-corrente, caracteriza pedido genérico” (Apelação Cível n. 2012.074399-4, rel. Des. Altamiro de Oliveira, j. em 17/11/2015).

Desse modo, evidenciada está a carência de ação por falta de interesse de agir, merecendo manutenção, embora por fundamento diverso, a sentença extintiva (CPC/1973, art. 267, VI; NCPC, art. 485, VI) (Apelação Cível n. 0300064-17.2014.8.24.0061, de São Francisco do Sul, rel. Des. Robson Luz Varela, Segunda Câmara de Direito Comercial, j. 29-8-2017).

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE PRESTAÇÃO DE CONTAS. CONTRATO DE ABERTURA DE CONTA CORRENTE. PRIMEIRA FASE. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA. APELO DO BANCO.

PRELIMINAR. ALEGAÇÃO DE AUSÊNCIA DE INTERESSE DE AGIR, DIANTE DA FORMULAÇÃO DE PEDIDO GENÉRICO E INEXISTÊNCIA DE INDICAÇÃO ESPECÍFICA DOS LANÇAMENTOS/PERÍODOS DA PRETENSÃO. ACOLHIMENTO. REQUERIMENTO EXORDIAL DE PRESTAÇÃO DE CONTAS QUE ABRANGE, DE FORMA ABSTRATA, A TOTALIDADE DAS TRANSAÇÕES BANCÁRIAS FIRMADAS ENTRE CORRENTISTA (AUTOR) E INSTITUIÇÃO FINANCEIRA. PRETENSÃO QUE SE ESTENDE DESDE O INÍCIO DA CONTRATAÇÃO. JURISPRUDÊNCIA DESTA CORTE E DO TRIBUNAL DA CIDADANIA NO SENTIDO DE QUE A INEXISTÊNCIA DE INDICAÇÃO ESPECÍFICA DE PERÍODO DETERMINADO DO QUAL SE PRETENDE A PRESTAÇÃO DE CONTAS, IMPLICA EM PEDIDO GENÉRICO. EXTINÇÃO DO FEITO SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO QUE SE IMPÕE. INTELIGÊNCIA DO ART. 485, VI, DO CPC/2015 (ART. 267, VI, DO CPC/1973).

“Conquanto a jurisprudência desta Corte tenha-se firmado no sentido de que ”a ação de prestação de contas pode ser proposta pelo titular de conta-corrente bancária” (Súmula 259/STJ), independentemente do prévio fornecimento de extratos, é imprescindível que, na petição inicial,

sejam indicados motivos consistentes acerca de ocorrências duvidosas na conta-corrente, bem como o período determinado sobre o qual se buscam esclarecimentos, não se admitindo, para tal fim, a afirmação genérica de que se busca prestação de contas desde a sua abertura até os dias atuais. (AgRg no REsp 1.203.021/PR Relatora p/ acórdão Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, QUARTA TURMA, DJe de 24/10/2012). 2. Agravo interno a que se nega provimento” (AgInt no REsp n. 1.611.150/SP, rel. Min. Raul Araújo, Quarta Turma, j. 13-9-2016).

“O titular de conta-corrente possui interesse processual objetivando a prestação de contas a respeito das movimentações e operações bancárias havidas, independente do fornecimento extrajudicial de extratos detalhados. Lembre-se a redação do enunciado da Súmula 259 do Superior Tribunal de Justiça: “A ação de prestação de contas pode ser proposta pelo titular de conta-corrente bancária”. Nada obstante, conforme entendimento jurisprudencial, é indispensável a indicação, por ocasião da proposição da demanda, da relação jurídica existente entre as partes, a exposição dos motivos consistentes acerca de ocorrências duvidosas na conta e a delimitação do período sobre o qual a parte autora entende necessário esclarecimentos, sendo impréstável a mera referência genérica a respeito. Na hipótese, o exame do caso concreto demonstra que, malgrado a demandante possua conta-corrente vinculada à instituição financeira ré, a pretensão inaugural encontra-se fulcrada na aferição de encargos contratuais supostamente abusivos, e não no conhecimento dos valores realmente devidos ou creditados concernentes ao pacto, mostrando-se, portanto, inadequado o ajuizamento da prestação de contas. Além disso, não há delimitação específica acerca do período em que se pretende a prestação de contas, configurando, assim, pedido genérico. Desse modo, o reconhecimento da carência de ação, por falta de interesse de agir, com a extinção do processo (CPC/1973, art. 267, VI; NCPC, art. 485, VI), é medida impositiva (Apelação Cível n. 0702474-68.2012.8.24.0023, da Capital, rel. Des. Robson Luz Varella, j. 13-12-2016).

ÔNUS DE SUCUMBÊNCIA. INVERSÃO DA CONDENAÇÃO. AUTOR QUE DEVE SUPORTAR INTEGRALMENTE O PAGAMENTO DE CUSTAS PROCESSUAIS E HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS, CONFORME FIXAÇÃO EM PRIMEIRO GRAU.

HONORÁRIOS RECURSAIS. RECLAMO DO APELANTE PROVIDO. NECESSIDADE DE FIXAÇÃO DA VERBA EM GRAU RECURSAL EM PROL DO CAUSÍDICO DO RECORRENTE. EXEGESE DO ART. 85, §11, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015.

“Sob a premissa de que o estipêndio patronal sucumbencial é devido em função do trabalho realizado pelos causídicos, prevê a atual legislação processual civil a possibilidade de majoração dos honorários por ocasião do julgamento do recurso (CPC/2015, art. 85, § 11)” (Apelação Cível n. 0600642-30.2014.8.24.0020, de Criciúma, rel. Des. Robson Luz Varela, j. 24-1-2017).

RECURSO CONHECIDO E PROVIDO (Apelação Cível n. 0000009-58.2013.8.24.0067, de São Miguel do Oeste, rel. Des. Rejane Andersen, Segunda Câmara de Direito Comercial, j. 22-8-2017).

Conclui-se, pois, que a pretensão revisional e de exibição de documentos, a prestação de contas de quase toda a contratualidade e a indicação na peça inicial de nomenclatura de lançamentos em conta, sem fundamentação sobre as razões pelas quais cada um deles seria indevido ou duvidoso, não servem como justificativas para a propositura de ação de prestação de contas, notadamente nos contratos bancários pela sua natureza e notória possibilidade de conferência e acesso extrajudicial dos lançamentos, de forma diária, mensal e anual.

Argumentos genéricos são imprestáveis para o reconhecimento do interesse processual, e, admitir a generalidade e imprecisão seria colocar sob suspeição o próprio sistema financeiro nacional, que possui especial regulação, fiscalização e contenção pelo Poder Público, estimulando-se o deslocamento indevido para o Poder Judiciário do macrocontrole dessa atividade econômica, dado o volume de entidades financeiras e negócios existentes entre elas e os consumidores passíveis de ações de prestação de contas.

Cabe dizer, ao arremate e apenas como reforço de argumentação,

ser cedição que o consumidor tem acesso, mediante extratos, ao acompanhamento dos lançamentos em sua conta-corrente e pode manifestar seu inconformismo a qualquer momento, inclusive extrajudicialmente.

Aliás, assim como já se decidiu acerca das ações de exibição de documentos, a pretensão resistida para o consumidor surge quando a instituição bancária se recusa ou se omite na prestação de esclarecimentos extrajudiciais sobre os lançamentos duvidosos apontados pelo cliente em sua conta bancária, o que, na hipótese, também não foi demonstrado.

Desse modo, impositivo o provimento do apelo, com a consequente extinção da demanda e a inversão dos encargos de sucumbência, remanescendo prejudicadas as demais teses defendidas no recurso.

2 Do prequestionamento

Por fim, pleiteia o recorrente a manifestação expressa sobre os artigos de lei aludidos no corpo do recurso, para fins de prequestionamento.

Todavia, é sabido que o órgão julgador não está obrigado a manifestar-se acerca de todos os dispositivos legais invocados pelas partes quando não se mostrarem relevantes para o deslinde da controvérsia, tendo em vista ser suficiente a aplicação do direito ao caso trazido à apreciação do Poder Judiciário, de forma motivada, a fim de atender ao disposto no artigo 93, IX, da Constituição Federal.

A respeito do tema, leciona a doutrina sobre o disposto no novo Código de Processo Civil:

[...] é preciso perceber que o juiz não tem o dever de rebater todos os argumentos levantados pelas partes ao longo de seus arrazoados: apenas os argumentos relevantes é que devem ser enfrentados. O próprio legislador erige um critério para distinguir entre argumentos relevantes e argumentos irrelevantes: argumento relevante é todo aquele que é capaz de infirmar, em tese, a conclusão adotada pelo julgador. Argumento relevante é o argumento idôneo para alteração do julgado. Omitindo-se o

juiz na análise de argumentos relevantes, não se considera fundamentada a decisão (art. 489, § 1.º, IV, CPC), cabendo embargos declaratórios para forçar a análise dos argumentos omitidos (art. 1.022, II, CPC). Não analisados, consideram-se fictamente inseridos na decisão judicial para efeito de análise de eventual recurso especial ou extraordinário interposto pela parte interessada (art. 1.025, CPC) (MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo código de processo civil comentado*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 493).

Nesse palmilhar, se a fundamentação do julgamento deve abrigar os argumentos relevantes ao deslinde da controvérsia, mostra-se desnecessária a abordagem das questões periféricas e incapazes de infirmar a solução alcançada pelo Órgão Julgador.

Ante o exposto, voto no sentido de conhecer do recurso e dar-lhe provimento, para reconhecer a ausência de interesse processual da autora e, em consequência, extinguir a presente ação de prestação de contas, sem resolução de mérito, nos termos do art. 485, VI, do Código de Processo Civil, bem como condenar a apelada/autora ao pagamento integral das custas processuais e honorários advocatícios em favor do procurador da parte adversa, fixados em R\$ 4.000,00 (quatro mil reais), a teor do art. 85, §§ 2º e 8º, da Lei Adjetiva Civil.

Com relação à verba honorária, seu arbitramento considerou o trabalho desenvolvido pelo causídico do réu, o tempo de duração em ambas as instâncias judiciais, o êxito na demanda em segundo grau e o valor econômico da causa.

É o voto.

GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO CIVIL

Agravo n. 4013819-97.2017.8.24.0000/50000

Relator: Desembargador Joel Figueira Júnior

AGRAVO INTERNO EM AÇÃO RESCISÓRIA. AÇÃO DE COBRANÇA. SEGURO OBRIGATÓRIO DPVAT. ALEGAÇÃO DE VIOLAÇÃO MANIFESTA À NORMA JURÍDICA. ACÓRDÃO RESCINDENDO BASEADO EM INTERPRETAÇÃO CONTROVERTIDA NOS TRIBUNAIS. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 343 DO STF. NÃO OCORRÊNCIA DA HIPÓTESE INDICADA NO ART. 966, V, DO CPC/2015. IMPOSSIBILIDADE DE REDISCUSSÃO DO JULGADO. CARÊNCIA DE AÇÃO POR FALTA DE INTERESSE DE AGIR. INDEFERIMENTO DA PETIÇÃO INICIAL. EXTINÇÃO DO PROCESSO SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO. DECISÃO MANTIDA. RECURSO DESPROVIDO. DESCABIMENTO DE HONORÁRIOS RECURSAIS. CONDENAÇÃO AO PAGAMENTO DE HONORÁRIOS SUCUMBENCIAIS. REVERSÃO DO DEPÓSITO PRÉVIO. AGRAVO CONSIDERADO MANIFESTAMENTE IMPROCEDENTE POR DECISÃO UNÂNIME DO ÓRGÃO COLEGIADO. INCIDÊNCIA DA MULTA PREVISTA NO ART. 1.021, § 4º, DO CPC/2015.

I - A propositura de ação rescisória com fundamento no art. 966, V, do Código de Processo Civil de 2015 somente é admissível nos casos de ofensa direta a algum dispositivo legal e, portanto, não tem lugar nas hipóteses em que a norma jurídica encontre interpretação controvertida nos Tribunais.

É neste sentido, o entendimento do Supremo Tribunal Federal, consubstanciado na Súmula 343, *in verbis*: “Não cabe ação rescisória por ofensa à literal disposição de lei, quando a decisão rescindenda se tiver baseado em texto legal de interpretação controvertida nos tribunais”.

II - Em que pese divergência anteriormente existente a respeito da possibilidade ou não de fracionamento do montante indenizatório de acordo com a extensão das lesões sofridas pelo segurado, a mesma desapareceu com a entrada em vigor da Medida Provisória n. 451/2008 (convertida na Lei n. 11.945/2009), ao definir que em se tratando de invalidez permanente, a indenização há de ser calculada em conformidade com a gradação da perda anatômica ou funcional. Contudo, a controvérsia jurisprudencial persistiu para os acidentes ocorridos anteriormente, somente sendo pacificada em meados de 2012, ou seja, mais de 1 ano após a prolação do acórdão rescindendo.

Portanto, *in casu*, não se pode relativizar a aplicação da Súmula 343 do Supremo Tribunal Federal, pois o dissenso jurisprudencial não se encontrava superado na data da prolação da decisão colegiada rescindenda, sendo necessária para uniformizar o entendimento a edição da Súmula 474 pelo Superior Tribunal de Justiça.

III - A não caracterização de, ao menos, uma das hipóteses insculpidas no rol do art. 966 do Código de Processo Civil de 2015, traz consigo a falta de interesse de agir que, por sua vez, contém o conceito de impossibilidade jurídica do pedido.

Assim, o indeferimento da petição inicial (art. 968, § 3º, e art. 330, I, CPC/2015) e, como corolário disso, a extinção da ação rescisória, sem resolução do mérito (art. 485, I, CPC/2015) é medida adequada que se impõe.

IV - Incabíveis honorários advocatícios recursais (art. 85, § 11, CPC/2015) por não ter sido inaugurada nova instância. Todavia, estabelecido o contraditório em sede recursal, por força do princípio da causalidade, deve a Autora ser condenada ao pagamento de honorários advocatícios, com fulcro no art. 85, §§ 2º e 6º, do Código de Processo Civil de 2015.

V - Em caso de inadmissibilidade ou improcedência da rescisória, quando declarada por unanimidade de votos pelo órgão julgador competente (art. 968, II, CPC/2015), aplicável a penalidade de reversão do depósito prévio em favor da parte requerida.

VI - Considerado o agravo manifestamente improcedente por decisão unânime do Órgão Colegiado, nos termos do disposto no § 4º do art. 1.021 do Código de Processo Civil, condena-se a Agravante a pagar ao Agravado multa de 5% sobre o valor atualizado da causa, ficando condicionada a interposição de qualquer outro recurso ao depósito prévio da quantia (art. 1.021, § 5º, CPC/2015).

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo n. 4013819-97.2017.8.24.0000/50000, da comarca de São Miguel do Oeste 1ª Vara Cível em que é Agravante Bradesco Seguros S.A e Agravados Sérgio Tessaro.

O Grupo de Câmaras de Direito Civil decidiu, por unanimidade, conhecer do recurso e negar-lhe provimento, aplicando-se a multa prevista no § 4º do art. 1.021 do CPC/2015. Custas legais.

O julgamento, realizado no dia 13 de dezembro de 2017, foi presidido pelo Excelentíssimo Senhor Desembargador Luiz César Medeiros e dele participaram os Excelentíssimos Senhores Desembargadores Henry Petry Junior, Raulino Jacó Brüning, Jairo Fernandes Gonçalves, Denise Volpato, Sebastião César Evangelista, Stanley Braga, Saul Steil, Rodolfo C. R. S. Tridapalli, Cláudia Lambert de Faria, Rubens Schulz, André Carvalho, Jorge Luis Costa Beber, Eduardo Mattos Gallo Júnior, Rosane Portella Wolff, Newton Trisotto, Monteiro Rocha, Fernando Carioni e César Abreu.

Florianópolis, 13 de dezembro de 2017.

Joel Dias Figueira Júnior
RELATOR

RELATÓRIO

Bradesco Seguros S/A ajuizou ação rescisória, com pedido de tutela antecipada, contra Sérgio Tessaro pelos fatos e fundamentos jurídicos descritos na petição inicial de fls. 1-25, objetivando, em síntese, a desconstituição do acórdão prolatado pela Câmara Especial Regional de Chapecó, da lavra do Des. César Abreu, nos autos da ação de cobrança n. 067.06.004929-0, ante a violação aos arts. 3º e 5º da Lei 6.194/74, com as redações que lhe foram dadas pela Medida Provisória n. 451/2008 e pela Lei n. 11.945/2009 (art. 966, V, do CPC/2015).

Requeru a concessão de tutela de urgência antecipada a fim de suspender o cumprimento da decisão rescindenda ou impedir qualquer levantamento de quantia depositada em juízo e, ao final, a procedência do pedido para rescindir o acórdão em questão, proferindo-se novo julgamento de improcedência da pretensão formulada na ação de cobrança n. 067.06.004929-0.

À causa foi dado o valor de R\$ 61.096,46 e a petição inicial veio instruída com os documentos de fls. 26-224.

Em decisão monocrática de minha lavra (fls. 230-237), com fulcro no art. 968, § 3º, e art. 330, I, do Código de Processo Civil de 2015, foi indeferida a petição inicial e declarado extinto o processo, sem resolução do mérito, nos termos do disposto no art. 485, I, do mesmo Diploma Legal, e, ainda, condenada a Autora ao pagamento das despesas processuais.

Inconformada com a decisão, a Demandante interpôs agravo interno (fls. 1-11/dependente), repisando os mesmos fatos e fundamentos jurídicos, ressaltando que o caso em tela autoriza a relativização da Súmula 343 do STF, porquanto a matéria em questão (indenização do seguro DPVAT proporcional ao grau de invalidez), quando prolatado o acórdão rescindendo, já se encontrava pacificada no Superior Tribunal de Justiça,

cujos entendimentos são no sentido de haver violação literal à disposição de lei diante de interpretação contrária ao decidido pela Corte de Cidadania.

Assim, requereu o provimento do recurso a fim de possibilitar o regular processamento e instrução da ação rescisória.

Foram oferecidas contrarrazões às fls. 14-23/dependente.

Presentes os requisitos de admissibilidade do recurso.

É o relatório.

VOTO

Trata-se de agravo interno interposto contra a decisão monocrática de fls. 230-237 que, com fulcro no art. 968, § 3º, e art. 330, I, do Código de Processo Civil de 2015, indeferiu a petição inicial e declarou extinto o processo, sem resolução do mérito, nos termos do disposto no art. 485, I, do mesmo Diploma Legal.

Afirma a Recorrente que a decisão monocrática laborou em equívoco ao indeferir ao inicial da ação rescisória que objetivava a desconstituição do acórdão prolatado pela Câmara Especial Regional de Chapecó, da lavra do Des. César Abreu, nos autos da ação de cobrança n. 067.06.004929-0, pois, conforme reiterou, as particularidades do caso autorizam a relativização da Súmula 343 do STF, porquanto a questão do pagamento da indenização do seguro DPVAT proporcionalmente ao grau de invalidez da vítima do acidente de trânsito já se encontrava pacificada no Superior Tribunal de Justiça, quando prolatado o acórdão rescindendo, havendo divergência apenas no âmbito dos Tribunais estaduais, sobretudo o Catarinense.

Acrescenta, ainda, que a Corte Superior tem defendido ser possível o ajuizamento de ação rescisória com fundamento na ocorrência de violação literal à disposição de lei quando houver qualquer interpretação

contrária a que lhe atribui o próprio STJ.

Portanto, a pretensão da Autora vem amparada exclusivamente no inciso V do art. 966 da Lei Instrumental Civil de 2015, ou seja, violação aos arts. 3º e 5º da Lei 6.194/74, com as redações que lhe foram dadas pela Medida Provisória n. 451/2008 e pela Lei n. 11.945/2009.

Todavia, conforme já assentado na decisão monocrática, não está configurada, na situação vertente, a hipótese do art. 966, V, CPC/2015.

Fulcra-se o pedido rescisório na alegada violação manifesta das normas jurídicas insculpidas nos artigos 3º e 5º Lei 6.194/74, que dispõe sobre o seguro obrigatório de danos pessoais causados por veículos automotores (DPVAT), e do enunciado da Súmula 474 do STJ, na medida em que a decisão colegiada determinou o pagamento de indenização securitária no patamar correspondente a 40 salários-mínimos vigentes à época do sinistro, sem observar o grau de incapacidade do acidentado, a ser constatado mediante perícia.

Importa mencionar, desde logo, que a propositura de ação rescisória com fundamento no art. 966, V, do Código de Processo Civil de 2015 somente é admissível nos casos de ofensa direta a algum dispositivo legal e, portanto, não tem lugar nas hipóteses em que a norma jurídica tenha interpretação controvertida nos Tribunais.

É neste sentido, pois, o entendimento do Supremo Tribunal Federal, consubstanciado na Súmula 343, *in verbis*: “Não cabe ação rescisória por ofensa à literal disposição de lei, quando a decisão rescindenda se tiver baseado em texto legal de interpretação controvertida nos tribunais”.

Sobre o tema, lecionam Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero:

Violação manifesta de norma jurídica em um sistema de precedentes. Em um sistema lógico-argumentativo pautado por precedentes (arts. 102, III, e 105, III, CF, e 926 e 927, CPC), é natural que exista

em um dado espaço de tempo, diferentes interpretações de um dado dispositivo constitucional ou legal. Como inexiste uma única resposta correta para os problemas interpretativos, é preciso considerar legítima a decisão que, na falta de precedente constitucional ou de precedente federal, confira determinada interpretação que posteriormente não foi sufragada pelas Cortes Supremas. Justamente para proteger o espaço de desacordo interpretativo inerente a um sistema de precedentes, não cabe ação rescisória para desconstituição da coisa julgada quando ao tempo da sua formação havia controvérsia na jurisprudência sobre a questão enfrentada (súmula 343, STF). Pouco importa a índole constitucional ou federal do debate: em ambas as hipóteses a ação rescisória não é cabível (STF, Pleno, RE 590.809/RS, rel. Min. Marco Aurélio, j. 22.10.2014, DJe 21.11.2014, e STJ, 1ª Turma, REsp 1.458.607/SC, rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, j. 23.10.2014, DJe 03.11.2014). Vale dizer: quem narra, a título de violação manifesta da ordem jurídica, hipótese em que havia controvérsia jurisprudencial à época da formação da coisa julgada, não narra na realidade hipótese de manifesta violação da ordem jurídica: é por essa razão que a rescisória é incabível, porque o demandante nesse caso sequer chega a narrar uma de suas hipóteses típicas de cabimento. Não cabe a ação rescisória por manifesta violação de norma jurídica, quando a decisão rescindenda se tiver baseado em texto legal de interpretação controvertida nos tribunais (súmula 343, STF), ainda que posteriormente tenha se fixado interpretação favorável ao pedido do demandante (súmula 134, TFR). (Novo código de processo civil comentado. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 903).

Colhe-se dos autos que o acórdão rescindendo foi prolatado em 24 de março de 2011, ou seja, quando a questão atinente ao valor a ser pago a título de indenização pelo seguro obrigatório DPVAT, em casos de invalidez parcial, para os acidentes ocorridos antes da entrada em vigor da Medida Provisória nº 451/2008, ainda não se encontrava pacificada na jurisprudência. Explica-se.

Em data posterior ao julgamento colegiado que se pretende rescindir, e, após amplo debate nos Tribunais pátrios, inclusive no Superior Tribunal de Justiça, ficou consolidado o entendimento segundo o qual a indenização devida a título de seguro obrigatório DPVAT deve guardar proporção com o grau de invalidez que acomete o beneficiário, inclusive para sinistros ocorridos anteriormente à vigência da Medida Provisória n. 451/2008 (que é o caso dos autos), sendo aplicáveis, nesses casos, os tetos indenizatórios previstos nas tabelas expedidas pelo CNSP.

O Superior Tribunal de Justiça, na oportunidade em que pacificou a sua jurisprudência (em 13-6-2012), editou o seguinte verbete: “Súmula 474: A indenização do Seguro DPVAT, em caso de invalidez parcial do beneficiário, será paga de forma proporcional ao grau de invalidez”.

Tal orientação jurisprudencial, ainda, foi posteriormente corroborada nas decisões proferidas pela Corte Superior no Recursos Especiais n. 1.246.432/RS e 1.303.038/RS, julgamentos realizados sob o rito dos recursos repetitivos, cujas ementas transcrevem-se:

RECURSO ESPECIAL REPETITIVO. JULGAMENTO NOS MOLDES DO ART. 543-C DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. DPVAT. SEGURO OBRIGATÓRIO. INVALIDEZ PARCIAL. INDENIZAÇÃO A SER FIXADA DE ACORDO COM A PROPORCIONALIDADE DA INVALIDEZ. SÚMULA N.º 474/STJ.

1. Para efeitos do art. 543-C do Código de Processo Civil: A indenização do seguro DPVAT, em caso de invalidez parcial permanente do beneficiário, será paga de forma proporcional ao grau da invalidez (Súmula n.º 474/STJ).

2. RECURSO ESPECIAL PROVIDO. (Resp 1246432/RS, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 22/05/2013, DJe 27/05/2013).

RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DA

CONTROVÉRSIA. CIVIL. SEGURO DPVAT. SINISTRO ANTERIOR A 16/12/2008. VALIDADE DA TABELA DO CNSP/SUSEP.

1. Para fins do art. 543-C do CPC: “Validade da utilização de tabela do CNSP para se estabelecer a proporcionalidade da indenização ao grau de invalidez, na hipótese de sinistro anterior a 16/12/2008, data da entrada em vigor da Medida Provisória 451/08”.

2. Aplicação da tese ao caso concreto.

3. RECURSO ESPECIAL PROVIDO. (REsp 1303038/RS, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 12/03/2014, DJe 19/03/2014).

Tanto era controvertida a questão que o Relator citou acórdãos prolatados pelo Superior Tribunal de Justiça e pelo Tribunal de Justiça de Santa Catarina de acordo com seu entendimento, o que evidencia a existência de dissidência à época do julgamento.

Nada obstante os julgados da Corte Superior, citados no acórdão rescindendo datem dos anos de 2001 e 2002 (REsp n. 296675/SP e REsp. 146.186/RJ), de fato, a questão da possibilidade de utilização da tabela do Conselho Nacional de Seguros Privados (CNSP) ou da Superintendência de Seguros Privados (SUSEP) para se estabelecer a proporcionalidade da indenização, nos casos de acidentes ocorridos anteriormente à entrada em vigor da Medida Provisória nº 451/2008, convertida na Lei 11.945/2009, somente foi consolidada quando da edição da citada Súmula 474 (13-6-2012) e do julgamento do REsp 1.303.038/RS, afetado ao rito do art. 543-C do Código de Processo Civil de 1973 (19-3-2014).

Em outras palavras, em que pese a divergência anteriormente existente a respeito da possibilidade ou não de fracionamento do montante indenizatório de acordo com a extensão das lesões sofridas pelo segurado tenha recebido pá de cal após a entrada em vigor da Medida Provisória

n. 451/2008 (convertida na Lei n. 11.945/2009), quando passou a haver determinação legal expressa no sentido de que, tratando-se de invalidez permanente, a indenização deve ser calculada em conformidade com a gradação da perda anatômica ou funcional, a controvérsia jurisprudencial persistiu para os acidentes ocorridos anteriormente (*in casu*, o acidente ocorreu em 12-10-2005), somente sendo pacificada em meados de 2012, ou seja, mais de 1 ano após a prolação do acórdão rescindendo.

Portanto, *in casu*, não se pode relativizar a aplicação da Súmula 343 do Supremo Tribunal Federal, pois o dissenso jurisprudencial não se encontrava superado na data da prolação da decisão colegiada rescindenda, sendo necessária para uniformizar o entendimento a edição da Súmula 474 pelo Superior Tribunal de Justiça.

Em casos semelhantes, tem julgado este Tribunal de Justiça:

AGRAVO REGIMENTAL EM AÇÃO RESCISÓRIA. DECISÃO UNIPESSOAL QUE REJEITOU A PETIÇÃO INICIAL, NA FORMA DOS ARTS. 295, PARÁGRAFO ÚNICO, III, E 490, I, AMBOS DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. RECORRENTE QUE PRETENDEU A DESCONSTITUIÇÃO DE ACÓRDÃO QUE ADOTOU POSICIONAMENTO DIVERGENTE DO ESPOSADO PELAS CORTES SUPERIORES. APLICAÇÃO DA SÚMULA 343 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ÉPOCA DA PROLAÇÃO DO ARESTO EM QUE HAVIA DIVERGÊNCIA SOBRE O TEMA (PAGAMENTO RETROATIVO À DATA DA POSSE DE SERVIDOR). AUSÊNCIA, ADEMAIS, DE EXPRESSA VIOLAÇÃO A TEXTO EXPRESSO DE LEI. HIPÓTESE DO ART. 485, V, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL NÃO CONFIGURADA. REJEIÇÃO DA PEÇA INICIAL QUE SE IMPUNHA. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. É firme o entendimento desta Corte de Justiça no sentido de que “a sentença que dá à lei interpretação divergente da que lhe tenha sido dada pela doutrina ou jurisprudência,

não pode ser objeto de ação rescisória' (STF - súmula 343). A via estreita da ação rescisória não se presta a rediscutir a justiça da decisão ou a servir como meio de recurso para que a parte vencida busque a sua reforma. Não há como conhecer a ação rescisória se não verificada a afronta à literal disposição da Constituição Federal ou da lei de regência. (AR n. 2011.064548-2, Des. Luiz César Medeiros)". (Ação Rescisória n. 2011.065032-8, da Capital, rel. Des. Newton Trisotto, publ. 12/03/2012)" (Ação Rescisória n. 2011.066329-1, da Capital, rel. Des. Carlos Adilson Silva, j. 12-9-2012). (TJSC, Agravo Regimental em Ação Rescisória n. 2013.082461-3, de Maravilha, rel. Des. Stanley Braga, j. 17-09-2015).

AÇÃO RESCISÓRIA E AGRAVO REGIMENTAL CONTRA A DECISÃO MONOCRÁTICA QUE SUSPENDEU OS EFEITOS DA SENTENÇA E DA RESPECTIVA EXECUÇÃO. DESCISÃO RESCINDENDA QUE CONDENOU O AUTOR AO PAGAMENTO DE COTAS CONDOMINIAIS INADIMPLIDAS. ALEGAÇÃO DE VIOLAÇÃO DIRETA DO PRAZO PRESCRICIONAL QUINQUENAL (ART. 206, § 5º, INCISO I, DO CÓDIGO CIVIL), BEM COMO PELA AUSÊNCIA DE EXTINÇÃO DO PROCESSO PELA PRESCRIÇÃO (ART. 269, INCISO IV, E ART. 219, § 5º, AMBOS DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL). INADMISSIBILIDADE. INCIDÊNCIA DO ÓBICE INTRANSPONÍVEL DA SÚMULA N. 343 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. INEXISTÊNCIA, NA ÉPOCA DO JULGAMENTO, DE ENTENDIMENTO PACIFICADO ACERCA DO PRAZO PRESCRICIONAL PARA A COBRANÇA DE TAXAS CONDOMINIAIS. INTELIGÊNCIA DO ART. 485, INCISO V, DO CÓDIGO BUZAID. PRECEDENTE ISOLADO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA QUE NÃO REFLETIA O POSICIONAMENTO DA CORTE SUPERIOR. TRIBUNAL BARRIGA VERDE, A SEU TURNO, QUE NÃO ACOMPANHOU A JURISPRUDÊNCIA EM VIAS DE FORMAÇÃO, PROFERINDO INÚMERAS DECISÕES (INCLUSIVE RECENTEMENTE) NO

SENTIDO CONTRÁRIO. JULGAMENTOS DIVERGENTES, DESDE QUE NÃO ABERRANTES, QUE NÃO PODEM SER PROFANADOS EM NOME DE UMA INEXISTENTE VIOLAÇÃO DE INTERPRETAÇÃO DOMINANTE. AFRONTA AO ART. 206, § 5º, INCISO I, DO CÓDIGO CIVIL NÃO CARACTERIZADA. AUSÊNCIA DE EXTINÇÃO DO PROCESSO PELA PRESCRIÇÃO, POR SUA VEZ, QUE DECORREU LOGICAMENTE DE SUA REJEIÇÃO COMO CAUSA EXTINTIVA DA OBRIGAÇÃO. OFENSAS REFLEXAS AO ART. 269, INCISO IV, E ART. 219, § 5º, AMBOS DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL, RECHAÇADAS. EXTINÇÃO DA RESCISÓRIA, DE OFÍCIO, QUE SE IMPÕE, MANTENDO-SE INCÓLUME A SENTENÇA CONDENATÓRIA E O RESPECTIVO CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. AGRAVO REGIMENTAL CONTRA A DECISÃO MONOCRÁTICA, VIA DE CONSEQUÊNCIA, QUE RESTOU PREJUDICADO. SUCUMBÊNCIA. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA CAUSALIDADE. CONDENAÇÃO DO AUTOR AO PAGAMENTO DAS DESPESAS PROCESSUAIS E DOS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. ARBITRAMENTO DESTES COM BASE NO ART. 20, §§ 3º E 4º, DO CÓDIGO ADJETIVO. ANÁLISE DETIDA DA DEMANDA, SOBRETUDO A SINGELEZA DA CAUSA E O ESFORÇO DO CAUSÍDICO NA DEFESA DO RÉU. IMPUGNAÇÃO AO VALOR DA CAUSA E MULTA PUNITIVA PREVISTA NO ART. 488, INCISO II, DO DIPLOMA PROCESSUAL. PROCEDÊNCIA. PROVEITO ECONÔMICO QUE CORRESPONDE AO MONTANTE EXEQUENDO NO CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. RECOLHIMENTO DO VALOR COMPLEMENTAR E REVERSÃO EM FAVOR DO DEMANDADO QUE IGUALMENTE SE IMPÕE. RESCISÓRIA EXTINTA PELA INADMISSIBILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL PREJUDICADO. (TJSC, Ação Rescisória n. 2014.055179-9, de São José, rel. Des. Rosane Portella Wolff, j. 13-08-2015).

Por fim, vale ressaltar que dois dos precedentes do Superior Tribunal de Justiça, citados pela Agravante em suas razões recursais (REsp 1.026.234/DF e AgRg nos EREsp 772.233/RS), ao contrário do defendido, terminaram por admitir aplicação da Súmula 343 do STF:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. IMPOSTO DE RENDA. COMPLEMENTAÇÃO DE APOSENTADORIA. LEI 7.713/1988. AÇÃO RESCISÓRIA. SÚMULA 343/STF. INCIDÊNCIA. 1. A Primeira Seção do STJ firmou entendimento de que é aplicável a Súmula 343/STF nas Ações Rescisórias em que se discute a incidência do Imposto de Renda sobre a complementação de aposentadoria na vigência da Lei 7.713/1988. 2. Embargos de Divergência providos. (REsp 1026234/DF, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 13/05/2009, DJe 25/05/2009).

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. AÇÃO RESCISÓRIA. IRRE APOSENTADORIA COMPLEMENTAR. LEI 7.713/88. SÚMULA 343/STF. APLICABILIDADE. 1. A matéria tratada nos presentes embargos de divergência cinge-se à incidência da Súmula 343 do STF no tocante à não incidência de imposto de renda sobre as contribuições recolhidas sob a vigência da Lei 7.713/88. 2. A matéria em discussão foi submetida à análise da Primeira Seção desta Corte, sob o regime dos recursos repetitivos (CPC, art. 543-C), afetado como representativo da controvérsia o Recurso Especial 1.001.779/DF, de relatoria do Min. Luiz Fux. No julgamento do referido recurso repetitivo, ficou assentado que a ação rescisória é “cabível, se, à época do julgamento originário cessara a divergência, hipótese que o julgado divergente, ao revés de afrontar a jurisprudência, viola a lei que confere fundamento jurídico ao pedido”. 3. No caso dos autos, inviável afastar a aplicação da Súmula 343/STF, como decidido pelo acórdão embargado (fls. 689/695, e-STJ), haja vista que o acórdão rescindendo transitou em julgado “no final de 2001”, momento este anterior à pacificação da matéria no Superior Tribunal de Justiça, no sentido de que as contribuições

recolhidas sob a égide da Lei 7.713/88 para a formação do fundo de aposentadoria, cujo ônus fosse exclusivamente do participante, estariam isentas da incidência do imposto de renda, porquanto já teriam sido tributadas na fonte. Agravo regimental impróvido. (AgRg nos EREsp 772.233/RS, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 27/04/2016, DJe 02/05/2016).

Dessa feita, não tem a ação rescisória o condão de permitir nova discussão da matéria anteriormente posta em juízo e já decidida, pois não se configura, *in casu*, qualquer das hipóteses elencadas no art. 966 do Código de Processo Civil de 2015, havendo de ser mantido o julgado rescindendo, motivo pelo qual nega-se provimento ao recurso.

Por fim, cumpre analisar algumas questões acessórias, conforme requerido em sede de contrarrazões.

Quanto aos honorários advocatícios recursais (art. 85, § 11, CPC/2015), são eles inaplicáveis por não ter sido inaugurada nova instância, conforme Enunciado 16 da ENFAM. Nesse sentido, colaciona-se precedente da Corte Superior:

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. AGRAVO INTERNO NÃO PROVIDO. SUCUMBÊNCIA DA PARTE CONTRÁRIA. MAJORAÇÃO DA VERBA HONORÁRIA. INAPLICABILIDADE DO ART. 85, § 11, DO CPC/2015 NO MESMO GRAU DE JURISDIÇÃO.

1. Inexiste omissão quanto aos honorários sucumbenciais recursais, pois “não é possível majorar os honorários na hipótese de interposição de recurso no mesmo grau de jurisdição (art. 85, § 11, do CPC/2015)” (Enunciado 16 da ENFAM).

2. Embargos de declaração rejeitados. (EDcl no AgInt no AREsp 1039879/SP, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEGUNDA TURMA, julgado em 20/06/2017, DJe 23/06/2017).

Todavia, são cabíveis honorários de sucumbência, porquanto foi o Réu intimado para se manifestar acerca do agravo, apresentando contrarrazões, sendo, portanto, estabelecido o contraditório em sede recursal.

Assim, por força do princípio da causalidade, deve a Autora ser condenada ao pagamento de honorários advocatícios ao patrono da parte *ex adversa*, no percentual de 10% do valor atualizado da causa, com fulcro no art. 85, §§ 2º e 6º, do Código de Processo Civil de 2015.

Ainda, aplica-se a penalidade de reversão do depósito prévio em favor do Demandado, pois cabível em caso de inadmissibilidade ou improcedência do pedido se declarada por unanimidade de votos pelo órgão julgador competente (art. 968, II, CPC/2015), como é o caso dos autos.

Em caso semelhante, assim já decidiu este Tribunal acerca dos honorários sucumbenciais e da reversão do depósito prévio:

ACÇÃO RESCISÓRIA E AGRAVO REGIMENTAL CONTRA A DECISÃO MONOCRÁTICA QUE SUSPENDEU OS EFEITOS DA SENTENÇA E DA RESPECTIVA EXECUÇÃO. (...) EXTINÇÃO DA RESCISÓRIA, DE OFÍCIO, QUE SE IMPÕE, MANTENDO-SE INCÓLUME A SENTENÇA CONDENATÓRIA E O RESPECTIVO CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. AGRAVO REGIMENTAL CONTRA A DECISÃO MONOCRÁTICA, VIA DE CONSEQUÊNCIA, QUE RESTOU PREJUDICADO. SUCUMBÊNCIA. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA CAUSALIDADE. CONDENAÇÃO DO AUTOR AO PAGAMENTO DAS DESPESAS PROCESSUAIS E DOS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. ARBITRAMENTO DESTES COM BASE NO ART. 20, §§ 3º E 4º, DO CÓDIGO ADJETIVO. ANÁLISE DETIDA DA DEMANDA, SOBRETUDO A SINGELEZA DA CAUSA E O ESFORÇO DO CAUSÍDICO NA DEFESA DO RÉU. (...)

RECOLHIMENTO DO VALOR COMPLEMENTAR E REVERSÃO EM FAVOR DO DEMANDADO QUE IGUALMENTE SE IMPÕE. RESCISÓRIA EXTINTA PELA INADMISSIBILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL PREJUDICADO. (TJSC, Ação Rescisória n. 2014.055179-9, de São José, rel. Des. Rosane Portella Wolff, j. 13-08-2015 - Grifei).

Assim, julgado o agravo manifestamente improcedente por decisão unânime deste Grupo de Câmaras de Direito Civil, nos termos do disposto no § 4º do art. 1.021 do novo Código de Processo Civil, condenam-se a Agravante a pagar ao Agravado multa de 5% sobre o valor atualizado da causa, ficando condicionada a interposição de qualquer outro recurso ao depósito prévio da quantia (art. 1.021, § 5º, CPC/2015).

Ressalta-se, conforme lecionam Marinoni, Arenhart e Mitidiero, que “nesse caso há dever de imposição da multa, na medida em que com isso o legislador busca resguardar a seriedade na interposição do recurso, evitando a proliferação de recursos meramente protelatórios ou temerários” (Novo código de processo civil comentado. São Paulo: Editora RT, 2015. p. 953).

Diante do exposto, nega-se provimento ao recurso, aplicando-se a multa prevista no § 4º do art. 1.021 do CPC/2015.

É o voto.

PRIMEIRA CÂMARA DE DIREITO CIVIL

Habeas Corpus (cível) n. 0001520-59.2017.8.24.0000, Sombrio

Relator: Desembargador Raulino Jacó Brüning

HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO DE ALIMENTOS. DECRETADA PRISÃO CIVIL DO ALIMENTANTE PELO PRAZO DE 3 MESES, NOS TERMOS DO ARTIGO 528, § 3º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. **1. WRIT IMPETRADO COM O OBJETIVO DE REDUZIR O INTERREGNO DO ENCARCERAMENTO PARA 60 DIAS, A TEOR DO DISPOSTO NA LEI DE ALIMENTOS. 2. PACIENTE QUE NÃO ESCLARECE A RAZÃO DO INADIMPLEMENTO DO ENCARGO, TAMPOUCO CONTESTA A LEGALIDADE DA COBRANÇA OU DA PRISÃO, APENAS TENCIONA A ABREVIÇÃO DO PRAZO. 3. MATÉRIA CONTROVERTIDA. ANTINOMIA DE NORMAS. 4. ENTENDIMENTO DESTA CORTE DE JUSTIÇA CONSOLIDADO NO SENTIDO DE QUE, NO CONFRONTO ENTRE O DISPOSTO NA LEI 5.478/68 E NA LEI PROCESSUAL CIVIL, PREVALECE A LEI DE ALIMENTOS. 5. REDUÇÃO DO DECRETO SEGREGATÓRIO DE 90 PARA 60 DIAS. 6. LIMINAR CONFIRMADA. ORDEM CONCEDIDA.**

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Habeas Corpus (cível) n. 0001520-59.2017.8.24.0000, da Comarca de Sombrio (2ª Vara), em que é impetrante A. M. A.:

A Primeira Câmara de Direito Civil decidiu, por votação unânime, confirmar a liminar e conceder a ordem a fim de reduzir o decreto segregatório de 3 meses para 60 dias. Custas legais.

O julgamento, realizado nesta data, foi presidido por este Relator e dele participaram os Desembargadores Jorge Luis Costa Beber e Eduardo Mattos Gallo Júnior.

Funcionou como representante do Ministério Público o Exma. Sra. Dra. Gladys Afonso.

Florianópolis, 14 de setembro de 2017.

Desembargador Raulino Jacó Brüning
PRESIDENTE E RELATOR

RELATÓRIO

Trata-se de *habeas corpus* com pedido de liminar impetrado por A. M. A., em seu favor, contra ato praticado pelo Juízo da 2ª Vara da Comarca de Sombrio que, nos autos da execução de alimentos n. 0301403-16.2016.8.24.0069, decretou a prisão civil do paciente, pelo prazo de 3 meses, nos termos do artigo 528, § 3º, do novo Código de Processo Civil, em razão do inadimplemento de pensão alimentícia.

O remédio constitucional é interposto com o único propósito de reduzir o prazo da ordem segregacional de 3 meses para 60 dias.

O pedido liminar foi acolhido a fim de reduzir o prazo de prisão para 60 dias (fls. 9/12).

Informações prestadas pela autoridade coatora às fls. 15/17.

A douta Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer da lavra do Exmo. Sr. Dr. Mário Luiz de Melo, manifestou-se pela concessão da ordem (fls. 22/28).

VOTO

O artigo 5º, LXVIII, da Constituição Federal disciplina, *in verbis*:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza,

garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

LXVIII - 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;

[...]

A respeito do remédio constitucional sob enfoque, a doutrina acrescenta:

Habeas corpus é o instrumento processual constitucional, isento de custas, colocado ao dispor de qualquer pessoa física ameaçada de sofrer violência ou coação em sua liberdade ambulatoria.

[...]

Trata-se de uma garantia fundamental, das mais importantes, pois sem a liberdade de ir, vir e ficar outras não se realizam.

Aliás, o velho e bom *habeas corpus* – germe de várias leis inestimáveis que só o tempo veio a aprimorar – encontra-se sempre atual. Entra ordenamento, sai ordenamento, sua presença é marcante nas constituições dos povos. (BULOS, Uadi Lammêgo. Curso de direito constitucional. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 718-719)

Na espécie, a ordem de prisão foi expedida em razão do inadimplemento da pensão alimentícia devida pelo pai a seus filhos.

Ou seja, o descumprimento do encargo alimentar deu início à execução de alimentos n. 0301403-16.2016.8.24.0069, tendo o Magistrado a quo expedido mandado de prisão em 19/6/2017, para cumprimento em Sombrio, Santa Catarina, conforme consulta ao Sistema de Automação do Judiciário – SAJ.

Sabe-se que a decretação da prisão civil do devedor de alimentos é medida coercitiva, que visa a compeli-lo a cumprir sua obrigação, sob

pena de ter ceifada sua liberdade (artigo 5º, LXVIII, da Constituição Federal).

Neste contexto, o artigo 528, § 3º, do novo Código de Processo Civil, estabelece:

Art. 528. No cumprimento de sentença que condene ao pagamento de prestação alimentícia ou de decisão interlocutória que fixe alimentos, o juiz, a requerimento do exequente, mandará intimar o executado pessoalmente para, em 3 (três) dias, pagar o débito, provar que o fez ou justificar a impossibilidade de efetuar-lo.

§ 3º. **Se o executado não pagar ou se a justificativa apresentada não for aceita, o juiz, além de mandar protestar o pronunciamento judicial na forma do § 1º, decretar-lhe-á a prisão pelo prazo de 1 (um) a 3 (três) meses** (grifo acrescido).

O artigo 19 da Lei n. 5.478/1968 (Lei de Alimentos), por sua vez, fixa em 60 dias o tempo máximo de custódia do alimentante:

Art. 19. O juiz, para instrução da causa ou na execução da sentença ou do acordo, poderá tomar todas as providências necessárias para seu esclarecimento ou para o cumprimento do julgado ou do acordo, inclusive a **decretação de prisão do devedor até 60 (sessenta) dias** (grifo acrescido).

Percebe-se que a matéria é controvertida. A antinomia de normas, vale lembrar, já existia na vigência da lei processual revogada (artigo 733, § 1º).

No entanto, embora não se olvide dos princípios da dignidade da pessoa humana e da não onerosidade, sobreleva destacar que o novo *codex* processual civil, nitidamente mais rigoroso com a questão dos alimentos, optou por manter o interregno de encarceramento maior, de 3 meses.

Ademais, após a entrada em vigor do Código de Processo Civil de 2015, há entendimento doutrinário defendendo que a antinomia deve

privilegiar a lei mais recente.

A propósito:

Essa prisão tem o seu período de tempo bastante controvertido, pois embora o NCPC a tenha fixado de um a três meses, não se pode olvidar que a lei de alimentos já estabelece prazo de no máximo sessenta dias (art. 19 da Lei 5.478/1968, que não foi revogado nas disposições finais e transitórias do NCPC). Na doutrina, há quem defenda este último período de tempo, ante o argumento de que a execução deve ser realizada da forma menos gravosa possível ao executado (ASSIS, 2002b, p. 1.143). Contudo, por outro lado, **melhor é aplicar o prazo mais alongado, previsto na nova legislação tendo em vista que em conflitos de normas um dos critérios para solucionar as antinomias é, justamente, o da cronologia que impõe que a norma mais recente prevalece no confronto com a anterior** (MARINONI; ARENHART, 2007, p. 382). (CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo. Comentários ao novo Código de Processo Civil. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 839, grifo acrescido).

O prazo de prisão é de 1 (um) a 3 (três) meses (art. 528, §3º, CPC). (...) O art. 19, Lei 5.478/1968, prevê o limite do prazo prisional em 60 (sessenta) dias. Não há nenhuma justificativa, contudo, para limitar-se o prazo de prisão civil no caso do art. 19, Lei 5.478/1968, para 60 (sessenta) dias e permiti-la até 3 (três) meses na hipótese do artigo 528, CPC. O conteúdo do direito aos alimentos em qualquer dos casos não difere em nada para que se tenha legitimada essa discriminação. **É de se ter por revogada, portanto, a previsão do art. 19, Lei 5.478/1968, em razão do art. 528, §3º, CPC.** Ainda que a revogação não tenha sido expressa – ao contrário do que ocorreu com os arts. 16 a 18 daquela lei, revogadas pelo art. 1.072, V, CPC – **o art. 19, Lei 5.478/1968 é incompatível com o art. 528, § 3º, CPC e impõe diferenciação claramente arbitrária entre situações iguais, que violaria o postulado normativo aplicativo da igualdade.** (MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. Novo Código de Processo Civil Comentado. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2015. p. 561 e 562, grifo acrescido).

No CPC de 1973 (art. 733, §1º) e no CPC de 2015 (art. 528, §3º), está

previsto que a prisão civil do devedor de alimentos pode ser decretada pelo prazo de um a três meses. Diferentemente, a Lei 5.478/ 1968 (Lei de Alimentos) dispõe, no art. 19, que o prazo da prisão civil é de até sessenta dias. E esse dispositivo da Lei de Alimentos foi mantido pela Lei 6.014/1973, que a modificou em parte. Logo, antes do CPC de 2015, sustentava-se que a prisão civil do devedor não poderia ultrapassar sessenta dias, pois o art. 19 da Lei de Alimentos, por ter sido mantido por norma posterior, teria revogado o prazo previsto no CPC 1973 [...]. Havia também outras correntes, algumas considerando o princípio da menor onerosidade para o devedor, outras estabelecendo distinção entre os alimentos provisionais, provisórios e definitivos, mas, agora, a discussão parece ter perdido o sentido. **Afinal, o CPC de 2015 reproduziu a regra do CPC de 1973 e, respeitados os critérios de hierarquia, especialidade e cronologia, por ser lei federal posterior, que trata do mesmo assunto, revogou o art. 19 da Lei de Alimentos** (ainda que não expressamente, como fez com os arts. 16 a 18). (WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Breves comentários ao novo Código de Processo Civil. 2. ed., rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 1448, grifo acrescido).

Embora o art. 1.072, V, não haja revogado o art. 19 da Lei 5.478/1968 - todavia, o art. 19, *caput*, é incompatível com o art. 528, § 8º, ou seja, não cabe a prisão na expropriação ou como medida de expropriação ou como medida de instrução -, a superveniência do NCPC corta a antiga controvérsia: o prazo da prisão é de 1 (um) até 3 (três) meses, revogada a disposição especial por manifesta incompatibilidade. (ASSIS, Araken. Da Execução de Alimentos e Prisão do Devedor. 9 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. pp. 172-174, grifo acrescido)

Recentemente, já me posicionei neste sentido:

HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO DE ALIMENTOS. DECRETADA PRISÃO CIVIL DO ALIMENTANTE PELO PRAZO DE 90 (NOVENTA) DIAS AUTORIZADO PELO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. 1. WRIT IMPETRADO COM O OBJETIVO DE REDUZIR O INTERREGNO DO ENCARCERAMENTO PARA 60 (SESENTA) DIAS, A TEOR DO DISPOSTO NA LEI DE ALIMENTOS. MATÉRIA CONTROVERTIDA. ANTINOMIA

DE NORMAS, TODAVIA, QUE DEVE PRIVILEGIAR A MAIS RECENTE, A QUAL, ADEMAIS, CONFERE MAIOR RIGOR PARA COM A QUESTÃO DOS ALIMENTOS. PACIENTE QUE NÃO ESCLARECE A RAZÃO DO INADIMPLEMENTO DO ENCARGO, TAMPOUCO CONTESTA A LEGALIDADE DA COBRANÇA OU DA PRISÃO, APENAS TENCIONA A ABREVIÇÃO DO PRAZO. 2. ORDEM DENEGADA. (TJSC, Habeas Corpus n. 0000094-12.2017.8.24.0000, de Araranguá, rel. Des. Raulino Jacó Brüning, j. 2-2-2017, grifo acrescido).

Não obstante, no caso em apreço, o paciente não esclareceu a razão do inadimplemento da pensão alimentícia, tampouco contestou a legalidade da cobrança ou da prisão. Ou seja, concordou com a segregação compulsória e apenas pediu a redução do prazo para 60 dias.

Portanto, firmo meu entendimento no sentido de que deve ser adotado o prazo máximo de 3 meses para prisão por débito alimentar, conforme preceitua o artigo 528, §3º, do Código de Processo Civil.

No mesmo sentido, colhe-se da jurisprudência pátria:

HABEAS CORPUS. PRISÃO CIVIL. EXECUÇÃO DE ALIMENTOS. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DA QUITAÇÃO DAS PARCELAS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CONFIGURADO. PRISÃO POR PRAZO EXCESSIVO. INOCORRÊNCIA. 1) Em se tratando de prisão civil, decorrente de dívida alimentícia, a análise do *mandamus* restringe-se à legalidade do ato e ao seu aspecto formal, não cabendo exame sobre questões fáticas que não podem ser resolvidas na via eleita, por seu rito célere e cognição sumária. 2) O débito alimentar que autoriza a prisão civil do alimentante é o que compreende as três prestações vencidas anteriores ao ajuizamento da execução e as que se vencerem no curso do processo, nos termos da Súmula nº 309 do Superior Tribunal de Justiça. 3) **Não há que se falar em prazo excessivo da prisão, uma vez que, por expressa determinação legal, é possível o decreto de prisão civil de 1 (um) mês a 3 (três) meses** (CPC, artigo 528, § 3º). ORDEM DENEGADA. (TJGO, Habeas Corpus n. 163906-53.2017.8.09.0000, de Anápolis, rel. Des. Nicomedes Domingos Borges, j. 21-8-2017, grifo

acrescido)

E mais:

HABEAS CORPUS. PRISÃO CIVIL DE DEVEDOR DE ALIMENTOS. A prisão civil “pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia” é expressamente autorizada pela Constituição da República (art. 5º, inciso LXVII). A jurisprudência do Egrégio STJ definiu que, em havendo mais de três prestações mensais de alimentos em atraso, deve ser cindida a execução, seguindo-se durante a vigência do CPC73 o disposto no artigo 733 do CPC, com a conseqüente possibilidade de prisão do devedor, para as três últimas prestações, devendo ser, as restantes, executadas na forma do artigo 732 do CPC73. Frise-se, nesse diapasão, que segundo o entendimento pacificado no âmbito do STJ, as parcelas vencidas no curso da execução incorporam-se ao montante executado e, por isso, são passíveis de ensejar a manutenção da prisão civil, de modo que não há que se falar em inadequação do rito. Importante frisar, outrossim, que, num primeiro momento, o art. 528 do NCPC reproduziu a essência do art. 733 do CPC73, contudo, como bem apontou a Douta Procuradoria de Justiça, o legislador no parágrafo segundo do art. 528 estipulou que apenas a demonstração da impossibilidade absoluta justifica o inadimplemento. Senão, vejamos. Art. 528. No cumprimento de sentença que condene ao pagamento de prestação alimentícia ou de decisão interlocutória que fixe alimentos, o juiz, a requerimento do exequente, mandará intimar o executado pessoalmente para, em 3 (três) dias, pagar o débito, provar que o fez ou justificar a impossibilidade de efetuá-lo. (...) § 2º Somente a comprovação de fato que gere a impossibilidade absoluta de pagar justificará o inadimplemento. § 3º Se o executado não pagar ou se a justificativa apresentada não for aceita, o juiz, além de mandar protestar o pronunciamento judicial na forma do § 1º, decretar-lhe-á a prisão pelo prazo de 1 (um) a 3 (três) meses. Dos elementos trazidos aos autos, verifica-se que o devedor não nega a existência do débito, preocupando-se essencial em reafirmar a dificuldade financeira pela qual vem passando, fato este que não pode ser apreciado no âmbito restrito do *habeas corpus*. Ademais, a discussão sobre a capacidade econômica do paciente, por envolver matéria de prova, não é admitida na via eleita. Nela só cabe verificar a legalidade ou não do decreto prisional. Precedentes dessa Corte

de Justiça. Tampouco, com apontou a Doutra Procuradoria de Justiça, a situação de desemprego exime absolutamente o devedor de alimentos, além de ser questão a ser examinada pelas vias ordinárias. Precedentes do C. STJ. Portanto, dado que a execução foi proposta sob o fundamento do art. 733 do CPC73 e que nenhuma justificativa idônea foi trazida pelo devedor de modo a defender seu suposto direito, não se mostra ilegal o constrangimento imposto pela decretação da prisão civil nos moldes do art. 5º, LXVII, da Constituição da República *c/c* art. 733, § 1º do CPC73. Assim, pode-se afirmar não ser o paciente, vítima de qualquer ilegalidade, verificando-se manifesta a sua inadimplência, mormente quando se manteve inerte apesar da execução contra ele movida. Denegação da ordem. (TJRJ, Habeas Corpus n. 0011966-96.2016.8.19.0000, rel. Des. Renata Machado Cotta, j. 6-4-2016).

Ainda:

Habeas Corpus. Prisão Civil. Ação de execução de alimentos. O inciso LXVI do art. 5º da Constituição Federal assegura a possibilidade de prisão do devedor de prestação alimentícia, desde que o inadimplemento tenha sido voluntário e inescusável. **Também o atual CPC, em seu art. 91, parágrafo único, disciplina execução de alimentos e remete ao art. 528, § 2º a 7º a possibilidade de prisão civil do devedor, pelo prazo máximo de 03 (três) meses.** Prisão decretada em 23/1/2014. Paciente Desempregado. No caso, incide a parte final do art. 528, *caput*, do CPC, visto que o Paciente justificou a impossibilidade de saldar a dívida alimentar, posto que foi desligado do trabalho. Vale também ressaltar o § 7º deste art. 528 do CPC estabelece que: “o débito alimentar que autoriza a prisão civil do alimentante é o que compreende até as 03 (três) prestações anteriores ao ajuizamento da execução e as que se vencerem no curso do processo”. Deve-se ressaltar que o montante apontado no mandado de prisão ultrapassa, em muito, a quantia correspondente a três vezes o valor dos alimentos arbitrados. Em vista disso, é patente que se está atrelando a gravosa penalidade da prisão civil ao pagamento de parcelas vencidas há mais de três meses, em flagrante desatendimento ao dispositivo legal (§7º, do art. 528, do CPC). Logo, conclui-se que a medida coercitiva da prisão civil não deve ser aplicada, vez que está só se justifica se resta-se evidente a intenção do alimentante de frustrar deliberadamente o cumprimento da obrigação alimentar, o que não

ocorre na espécie. Decisão liminar confirmada. Ordem de *Habeas Corpus* concedida. (TJBA, Habeas Corpus n. 0003976-44.2016.8.05-0000, de Canavieiras, rel. Des. José Cicero Landin Neto, j. 11-12-2016)

E:

PROCESSO CIVIL. ALIMENTOS. PRISÃO DO DEVEDOR. INADIMPLEMENTO. ALIMENTOS. TEMPO MÁXIMO. ILEGALIDADE. CONFIGURADA. 1. **O artigo 528, §3º, do Código de Processo Civil de 2015 estabelece que o prazo máximo para essa espécie de prisão será de 3 (três) meses.** 2. A decisão, que decretou a prisão no tempo máximo previsto em lei, merece reparo, pois o prazo estabelecido foi exacerbado e desarrazoado, frente às circunstâncias que permeiam o caso. 3. *Habeas corpus* conhecido. Ordem concedida. (TJDFT, Habeas Corpus n. 20170020064363, rel. Desa. Maria de Lourdes Abreu, j. 22-3-2017).

De outro norte, há entendimento consolidado nesta Corte de Justiça no sentido de adotar o prazo máximo de 60 dias, estabelecido pela Lei de Alimentos, veja-se:

HABEAS CORPUS. PRISÃO CIVIL POR DÉBITO ALIMENTAR DETERMINADA PELO PRAZO DE NOVENTA DIAS, COM FULCRO NO ART. 528, § 3º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015. SUSTENTADA ILEGALIDADE DO DECRETO PRISIONAL. **PRETENDIDA REDUÇÃO DO PRAZO MÁXIMO DE RECOLHIMENTO PARA SESSENTA DIAS, CONFORME JURISPRUDÊNCIA DESTA CORTE.** PROCEDÊNCIA. ANTINOMIA APARENTE ENTRE OS ARTS. 528, § 3º, DO CPC/15 E 19, DA LEI N. 5.478/68 (LEI DE ALIMENTOS), QUE DEVE SER SOLUCIONADA COM BASE NO CRITÉRIO DA ESPECIALIDADE. CONFIRMADA A LIMINAR CONCEDIDA. IMPETRANTE JÁ EM LIBERDADE. REMÉDIO CONSTITUCIONAL PREJUDICADO.

É ilegal a determinação de prisão do devedor de alimentos por prazo superior aos sessenta dias, previsto no art. 19, da Lei n. 5.478/68, dispositivo que, pelo critério da especialidade, deve prevalecer sobre o prazo previsto no art. 528, § 3º, do CPC. (TJSC, Habeas Corpus n. 0000566-13.2017.8.24.0000, de Sombrio, rel. Des. André Carvalho, j.

29-6.2017, grifo acrescido).

E:

HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO DE ALIMENTOS. PRISÃO CIVIL DETERMINADA PELO PRAZO DE 90 (NOVENTA) DIAS, COM FUNDAMENTO NO ART. 528, § 3º, DO CPC/2015. **PREVALÊNCIA DA REGRA ESPECIAL DO ART. 19, CAPUT, DA LEI N. 5.478/1968 (LEI DE ALIMENTOS). PRECEDENTES DA CORTE.** CONSTRANGIMENTO ILEGAL VERIFICADO. REDUÇÃO DA SEGREGAÇÃO PARA 60 (SESSENTA) DIAS. ORDEM CONCEDIDA. (TJSC, Habeas Corpus n. 1002121-82.2016.8.24.0000, de Araranguá, rel. Des. Stanley da Silva Braga, j. 7-2-2017, grifo acrescido).

Destarte, levando em conta o entendimento jurisprudencial consolidado neste Sodalício, bem como o princípio da segurança jurídica, voto no sentido de conceder a ordem e, com fulcro no artigo 19 da Lei de Alimentos, reduzir o decreto segregatório de A.M.A., de 90 para 60 dias.

CONCLUSÃO

Ante o exposto, é de ser concedida a ordem de *habeas corpus*.

SEGUNDA CÂMARA DE DIREITO CIVIL

Agravo de Instrumento n. 4014064-45.2016.8.24.0000

Relator: Desembargador Sebastião César Evangelista

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. MANUTENÇÃO DE PLANO DE SAÚDE COLETIVO EMPRESARIAL. RESCISÃO CONTRATUAL ENTRE OPERADORA DO PLANO DE SAÚDE E ESTIPULANTE. LIMINAR CONCEDIDA PARA MANUTENÇÃO. INSURGÊNCIA DA OPERADORA. CONTRATO COLETIVO. INAPLICABILIDADE DO CDC. ALEGAÇÃO DE RESCISÃO UNILATERAL NÃO EVIDENCIADA. HOMOLOGAÇÃO JUDICIAL DA RESCISÃO. REQUISITOS LEGAIS PARA PACTUAÇÃO DE NOVO PLANO CUMPRIDOS PELA AGRAVANTE. PROBABILIDADE DE DIREITO DOS AGRAVADOS NÃO VERIFICADA. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

“A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é no sentido de que é possível a rescisão unilateral do contrato coletivo de saúde, uma vez que a norma inserta no art. 13, II, b, parágrafo único, da Lei 9.656/98 aplica-se exclusivamente a contratos individuais ou familiares.” (AgRg no REsp 1477859/SP, rel. Min. Raul Araújo, j. 5.5.2015)

Nos contratos coletivos de saúde, seja na modalidade empresarial ou por adesão, é permitida a rescisão unilateral desde que respeitadas as condições estabelecidas na Resolução Normativa n. 195/2009 da ANS, como a vigência de mais de 12 meses e a prévia notificação a outra parte.

É dever das operadoras oferecer aos beneficiários de plano de saúde coletivo cancelado nova modalidade de plano individual ou familiar, sem exigência do cumprimento de carências. Os beneficiários do plano cancelado têm prazo de 30 dias para fazer

a opção pela nova modalidade (Resolução CONSU n. 19/1999).

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento n. 4014064-45.2016.8.24.0000, da comarca de Blumenau em que é parte agravante Unimed de Blumenau Cooperativa de Trabalho Médico e parte agravada Claudir Poersch e outros.

A Segunda Câmara de Direito Civil decidiu, por unanimidade, conhecer do recurso e dar-lhe provimento para tornar sem efeito obrigação da agravante de manter a vigência do plano de saúde dos agravados nos mesmos termos do plano anterior rescindido. Custas legais.

O julgamento, realizado nesta data, foi presidido pelo Exmo. Sr. Des. João Batista Góes Ulysséa, com voto, e dele participou o Exmo. Sr. Des. Rubens Schulz.

Florianópolis, 17 de agosto de 2017.

Desembargador Sebastião César Evangelista
Relator

RELATÓRIO

Cuida-se de agravo de instrumento interposto por Unimed de Blumenau Cooperativa de Trabalho Médico de decisão proferida na 5ª Vara Cível da comarca de Blumenau no processo de n. 0316612-14.2016.8.24.0008, sendo parte adversa Claudir Poersch e outros.

A decisão recorrida deferiu o pedido de tutela provisória de urgência para que a agravante mantivesse a vigência do plano de saúde dos agravados ou, caso a rescisão já tivesse ocorrido, restabelecesse o contrato com a manutenção integral dos termos até a decisão final, sob pena de multa diária no valor de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais) em caso de descumprimento.

Na fundamentação, considerou-se que o plano de saúde coletivo, contratado na década de 90, não deveria ter sido rescindido repentinamente, havendo a necessidade de oportunizar às partes, maior tempo para negociação. Além disso, o juiz a quo salientou estarem preenchidos os pressupostos para concessão da tutela de urgência requerida face “a possibilidade de risco à saúde e à vida dos beneficiários do contrato objeto da demanda, bens nitidamente mais valiosos que eventual prejuízo material da parte ré” (fls. 160).

A parte agravante, em suas razões recursais, informou que o contrato mantido com a empregadora dos autores era acessório de um contrato principal estipulado junto à Associação das Microempresas, Empresas de Pequeno Porte e Empreendedores Individuais (AMPE), de Blumenau. Tal contrato, alegou, foi rescindido, tendo sido, inclusive, a rescisão homologada judicialmente (nos autos do processo 0304814-27.2014.8.24.0008 da 3ª Vara Cível da comarca de Blumenau) após acordo com a estipulante (fls. 51-52). Sustentou que, por ter se dado de forma legítima, a rescisão contratual inviabiliza “obrigação legal de manter vigente contrato de plano de saúde coletivo em favor unicamente dos agravados” (fls. 4), citando jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (STJ) nesse sentido.

Ressaltou a concessão de prazo de dois meses e oferta de nove distintas modalidades de contratação ao empregador dos agravados para que pudessem negociar um novo contrato e garantir a continuidade dos serviços mesmo após a rescisão do contrato com a AMPE. Argumentou que algumas das modalidades oferecidas aos agravados apresentavam valor menor ou igual ao que vinha sendo cobrado durante a vigência do plano rescindido, “não havendo justificativa razoável para a não aceitação da proposta” (fl. 6).

O recurso foi admitido em decisão da Câmara Civil Especial, tendo sido deferida a atribuição de efeito suspensivo pelo reconhecimento da

plausibilidade dos fundamentos apresentados pela agravante, frente à comprovação da legitimidade da rescisão contratual que “não ocorreu de forma abrupta, unilateral ou imotivada” (fl. 179). A decisão observou, ainda, o tempo de negociação e as propostas oferecidas com vistas à pactuação de um novo plano.

Intimada, a parte agravada apresentou contraminuta (fls. 186-189), em que sustentou os fundamentos da decisão agravada, afirmando que a agravante (a) não comprovou a abrangência das modalidades oferecidas em substituição ao plano anterior; (b) não deixou claro que as mudanças afetariam de maneira significativa os valores a serem desembolsados pelos autores; (c) não apresentou de forma detalhada os planos, especialmente a respeito da limitação da cobertura territorial; (d) não apresentou autorização da Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS) a respeito da alteração pretendida; e (e) não pode rescindir o contrato unilateralmente, pois trata-se de prática condenada pelo Código de Defesa do Consumidor, além de não poder ultrapassar o patamar de 25% de reajuste nos casos de adaptação/migração de contratos.

Alegou, ainda, que, entre os agravados, há crianças e idosos dependentes de atendimento de saúde constante, tendo um deles sido diagnosticado com melanoma ocular. Requereu a manutenção da liminar concedida na origem com a revogação do efeito suspensivo provido no exame preliminar da Câmara Civil Especial.

Após, os autos a vieram conclusos.

É o relatório.

VOTO

1 O cabimento, a tempestividade e a admissibilidade do presente agravo de instrumento foram verificados pela Câmara Civil Especial, com base nos arts. 1.015 a 1.017 do CPC/2015, tendo em vista que a

decisão recorrida foi proferida sob a égide do novo diploma legal.

2 O Código de Processo Civil, em seu art. 300, condiciona a concessão de tutela de urgência à demonstração de probabilidade do direito alegado, de forma a preservar o direito aparente e inverter o ônus da espera do resultado do julgamento.

Sobre o tema, colhe-se da literatura:

A probabilidade que autoriza o emprego da técnica antecipatória para tutela dos direitos é a probabilidade lógica - que é aquela que surge da confrontação das alegações e das provas com os elementos disponíveis nos autos, sendo provável a hipótese que encontra maior grau de confirmação e menor grau de refutação nesses elementos. O juiz tem que se convencer de que o direito é provável para conceder tutela provisória. (MARINONI, Luiz Guilherme, ARENHART, Sérgio Cruz, MITIDIERO, Daniel. Novo Código de Processo Civil comentado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 312.)

Resta, pois, examinar se demonstrada, na espécie, a probabilidade do direito alegado. Nesse ponto, o magistrado a quo considerou que havia elementos suficientes a robustecer a versão dos fatos apresentados pelos autores e formar convencimento, ainda que provisório, sobre o direito alegado, para determinar a manutenção do plano de saúde anteriormente rescindido em favor dos empregados da empresa, o que ensejou a insurgência da parte ré que interpôs o presente agravo de instrumento para que se conceda efeito suspensivo da decisão da origem.

3 Em primeiro lugar, cumpre analisar se a rescisão contratual entre a operadora do plano de saúde, Unimed, e a estipulante do contrato, AMPE, com o conseqüente cancelamento do plano de saúde coletivo empresarial em desfavor dos autores, parte agravada, deve ser interpretada com base na Lei 8.078/1990 (Código de Defesa do Consumidor – CDC).

3.1 Infere-se do art. 16 da Lei n. 9.656/98 (Lei dos Planos de Saúde) a existência de três modalidades de planos: individual ou familiar,

coletivo empresarial e coletivo por adesão. Os tipos de contratação devem, inclusive, constar com clareza nos contratos de plano de saúde firmados.

A Resolução Normativa – RN n. 195/2009 da Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS) conceitua, no art. 5º, que o “plano privado de assistência à saúde coletivo empresarial é aquele que oferece cobertura da atenção prestada à população delimitada e vinculada à pessoa jurídica por relação empregatícia ou estatutária”.

No caso em apreço, reconhece-se a existência de plano de saúde na modalidade coletivo empresarial, pois os autores da demanda, ora agravados, são empregados de empresa associada à AMPE, estipulante do contrato pactuado com a operadora agravante, restando clara a delimitação da população beneficiária do plano, que está vinculada à empresa aderente por relação empregatícia.

3.2 A agravante alega que a rescisão contratual foi operada de pleno direito com base no Código Civil, notadamente em relação aos arts. 21 (contrato principal e acessório) e 472 (distrato) (fl. 5), não cabendo a aplicação do CDC à relação jurídica entre as partes. A agravada, a seu turno, sustenta a existência de relação consumerista e a violação ao art. 51 do CDC que condena a prática de rescisão unilateral do fornecedor (fl. 187).

De fato, é pacífica a jurisprudência em relação à aplicação das normas do CDC aos contratos de plano de saúde (Súmula 469/STJ). Contudo, a Corte Superior vem pontuando que, nas hipóteses de plano coletivo empresarial, não há espaço, na relação entre a sociedade empresarial e operadora do plano de saúde, para a incidência das normas protetivas insertas na Lei n. 8.078/90:

A jurisprudência desta Corte Superior é no sentido de que não se aplica o Código de Defesa do Consumidor nos contratos coletivos de plano/saúde. (STJ, AgRg no REsp 1477859/SP (2014/0199380-0), rel. Min.

Raul Araújo, j. 05/05/2015).

Inexiste abusividade na cláusula contratual que prevê a rescisão unilateral do contrato coletivo de saúde mediante prévia notificação, nos termos da jurisprudência do STJ. (STJ, AgRg no REsp 1478147 / SP (2014/0199137-1), rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, j. 04/08/2015)

No mesmo esteio, decisão da Sexta Câmara de Direito Civil deste Tribunal:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DECLARATÓRIA COM PEDIDO LIMINAR. CONTRATO DE PLANO DE SAÚDE COLETIVO EMPRESARIAL RESCINDIDO UNILATERALMENTE PELA OPERADORA DO PLANO. PRETENSÃO DE RESTABELECIMENTO DO NEGÓCIO JURÍDICO. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA.

RECURSO DO PLANO DE SAÚDE DEMANDADO. AGRAVO RETIDO. PEDIDO DE REVOGAÇÃO DA DECISÃO QUE APLICOU O CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR E INVERTEU O ÔNUS DA PROVA. SUBSISTÊNCIA. CONTRATO COLETIVO EMPRESARIAL FIRMADO ENTRE SOCIEDADES EMPRESÁRIAS. REQUERENTE QUE NÃO É BENEFICIÁRIA FINAL DO CONTRATO DE PLANO DE SAÚDE, FIGURANDO COMO INTERMEDIÁRIA PARA BENEFÍCIO DE SEUS FUNCIONÁRIOS. HIPOSSUFICIÊNCIA NÃO DEMONSTRADA. INAPLICABILIDADE DA NORMA CONSUMERISTA VERIFICADA. EXISTÊNCIA, ADEMAIS, DE PROVAS SUFICIENTES À ANÁLISE DO FEITO. INVERSÃO DO ÔNUS PROBATÓRIO DESNECESSÁRIA. AGRAVO CONHECIDO E PROVIDO.

MÉRITO. PLEITO VISANDO A REFORMA DA SENTENÇA PARA RECONHECER A VALIDADE DA RESILIÇÃO IMOTIVADA PREVISTA NO CONTRATO FIRMADO ENTRE AS PARTES. SUBSISTÊNCIA. PRERROGATIVA QUE FOI DISPONIBILIZADA PARA AMBAS PARTES (CONSUMIDOR E FORNECEDOR). AUSÊNCIA DE ABUSIVIDADE. RESCISÃO UNILATERAL, ADEMAIS, PERMITIDA POR FORÇA DO DISPOSTOS

NO ARTIGO 17, PARÁGRAFO ÚNICO DA RESOLUÇÃO NORMATIVA N. 195/2009 DA AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE (ANS). INAPLICABILIDADE, OUTROSSIM, DO ARTIGO 13 DA LEI 9.656 /98 AOS PLANOS COLETIVOS. REQUISITOS NECESSÁRIOS À FORMALIZAÇÃO DA RESILIÇÃO CUMPRIDOS. POSSIBILIDADE DE RESCISÃO CONTRATUAL PELA OPERADORA CONFIGURADA. PRECEDENTES DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. SENTENÇA REFORMADA. (Apelação n. 0307329-35.2014.8.24.0008, de Blumenau, rel. Des. Denise Volpato, j. 18/10/2016)

Na esteira dos precedentes transcritos, conclui-se pela inaplicabilidade do CDC à relação contratual entre a AMPE e a Unimed Blumenau, firmado entre duas pessoas jurídicas capazes de negociar termos e estabelecer regras contratuais específicas, sem que se evidencie vulnerabilidade a justificar a atração das normas protetivas da legislação consumerista.

4 No mérito, a agravante sustenta (4.1) não haver direito dos autores à continuidade no plano anterior, (4.2) em razão da validade da rescisão contratual do plano coletivo de saúde, (4.3) com notificação prévia à outra parte e (4.4) oferta de novos planos a fim de garantir a continuidade da prestação do serviço de saúde aos beneficiários.

4.1 A Lei 9.656/98 admite, de fato, a prorrogação do plano coletivo, decorrente de vínculo empregatício, ao consumidor, nas situações exemplificadas nos arts. 30 e 31: rescisão ou exoneração do contrato de trabalho sem justa causa ou aposentadoria, ressalvada a necessidade de contribuição, neste último caso, pelo período mínimo de dez anos. Contudo, tais hipóteses não se aplicam ao caso concreto, vez que não houve desligamento dos beneficiários da empresa tampouco aposentadoria, mas, sim, a rescisão contratual do plano operada entre as partes contratantes.

4.2 Não se vislumbra, a princípio, ilegalidade na rescisão contratual.

Em primeiro, porque não houve, como alegado, rescisão, mas sim um distrato acordado entre os contratantes. E, em segundo, porque ainda se unilateral fosse a rescisão, não haveria ilegalidade, já que se admite essa forma de encerramento de relação nos contratos coletivos empresariais.

Considerando que a rescisão contratual acordada entre a Unimed e a AMPE foi homologada judicialmente (sentença de fl. 279 da ação 0304814-27.2014.8.24.0008 da comarca de Blumenau), não há que se falar, em um primeiro momento, em ilegalidade da rescisão.

Ainda assim, mesmo que não houvesse decisão judicial reconhecendo a legitimidade do rompimento do vínculo entre as partes, resta claro o direito da operadora de descontinuar o contrato coletivo de saúde unilateralmente, desde que respeitados os requisitos legais.

A RN n. 195/2009, já citada anteriormente, estabelece as condições da rescisão ou suspensão de cobertura dos planos coletivos por adesão ou empresarial, conforme segue:

Art. 17 As condições de rescisão do contrato ou de suspensão de cobertura, nos planos privados de assistência à saúde coletivos por adesão ou empresarial, devem também constar do contrato celebrado entre as partes.

Parágrafo único. Os contratos de planos privados de assistência à saúde coletivos por adesão ou empresarial somente poderão ser rescindidos imotivadamente após a vigência do período de doze meses e mediante prévia notificação da outra parte com antecedência mínima de sessenta dias.

O contrato em comento teve início no ano de 1993 e perdurou por mais de duas décadas, conforme declarado pelos próprios autores na peça inicial (fl. 1-10 da origem) e comprovado nos documentos acostados aos autos (fl. 125). O próprio contrato previa, na “Cláusula XIII - Disposições Finais”, a possibilidade de “ser denunciado por qualquer das partes mediante comunicação por escrito com 30 (trinta)

dias de antecedência, sem quaisquer ônus” (fl. 9). Nítido, portanto, o reconhecimento do direito de a parte rescindir imotivadamente o contrato após o período de doze meses.

Tal entendimento é adotado pelo STJ:

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é no sentido de que é possível a rescisão unilateral do contrato coletivo de saúde, uma vez que a norma inserta no art. 13, II, b, parágrafo único, da Lei 9.656/98 aplica-se exclusivamente a contratos individuais ou familiares. Precedentes. (STJ, AgRg no REsp 1477859/SP (2014/0199380-0), rel. Min. Raul Araújo, j. 05/05/2015)

4.3 A “prévia notificação da outra parte com antecedência mínima de sessenta dias” (art. 17, § único da RN n. 195/2009) também restou comprovada pelo envio da Circular n. 040/2016 (fl. 53), com recebimento em 19 de julho de 2016 pela empregadora dos autores (fl. 54), dando conta da rescisão do contrato entre Unimed e AMPE programada para o dia 30 de setembro de 2016 (mais de 60 dias, portanto), solicitando que a empregadora aderente ao contrato rescindido informasse os beneficiários do plano a respeito da situação, além de oportunizar a assinatura de novos contratos com “preços diferenciados” (fl. 53) diretamente com a operadora.

4.4 O encerramento do plano de saúde coletivo ou por adesão inviabiliza a continuidade da relação no mesmo contrato, embora a norma administrativa permita, mediante adesão a plano individual ou familiar, que os participantes aproveitem o tempo de contrato para efeito de carência.

A Resolução n. 19/1999 do Conselho de Saúde Suplementar (CONSU) trata do dever das operadoras em caso de cancelamento de plano de saúde na modalidade coletiva empresarial ou por adesão:

Art. 1º As operadoras de planos ou seguros de assistência à saúde, que administram ou operam planos coletivos empresariais ou por adesão para empresas que concedem esse benefício a seus empregados, ou ex-

empregados, deverão disponibilizar plano ou seguro de assistência à saúde na modalidade individual ou familiar ao universo de beneficiários, no caso de cancelamento desse benefício, sem necessidade de cumprimento de novos prazos de carência.

§ 1º – Considera-se, na contagem de prazos de carência para essas modalidades de planos, o período de permanência do beneficiário no plano coletivo cancelado.

§ 2º – Incluem-se no universo de usuários de que trata o *caput* todo o grupo familiar vinculado ao beneficiário titular.

Art. 2º Os beneficiários dos planos ou seguros coletivos cancelados deverão fazer opção pelo produto individual ou familiar da operadora no prazo máximo de trinta dias após o cancelamento.

Parágrafo único – O empregador deve informar ao empregado sobre o cancelamento do benefício, em tempo hábil ao cumprimento do prazo de opção de que trata o *caput*.

Desse modo, tem-se que, na regra, é obrigação da operadora do plano de saúde oferecer modalidade individual ou familiar a todos os beneficiários, mas não há disposição no sentido de que as condições dessa nova modalidade oferecida deverão ser as mesmas do contrato anterior.

Além de não haver previsão legal expressa, a interpretação, corroborada mais uma vez pelo STJ, é de que, por serem tipos contratuais distintos (individual ou familiar e coletivo empresarial ou por adesão), naturalmente serão estabelecidos valores diferenciados para cada modalidade:

Não há falar em manutenção do mesmo valor das mensalidades aos beneficiários que migram do plano coletivo empresarial para o plano individual, haja vista as peculiaridades de cada regime e tipo contratual (atuária e massa de beneficiários), que geram preços diferenciados. O que deve ser evitado é a abusividade, tomando-se como referência o valor de mercado da modalidade contratual. (STJ, REsp 1471569 / RJ - (2014/0187581-7), rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, j. 1.3.2016).

Mesmo que em algumas situações o princípio da autonomia da vontade ceda lugar às disposições cogentes do CDC, não há como obrigar as operadoras de planos de saúde a manter válidas, para um único segurado, as condições e cláusulas previstas em contrato coletivo de assistência à saúde já extinto. (STJ, REsp 1119370 / PE (2009/0111582-6), rel. Min. Nancy Andrighi, j. 7.12.2010).

No caso em apreço, trata-se de plano coletivo que, ao ser extinto, deveria dar lugar a novo plano na modalidade individual/familiar, conforme dispõe a norma administrativa anteriormente citada. Contudo, há uma particularidade no caso, não prevista na norma geral. O plano até então existente foi estipulado junto a uma associação que congrega diferentes empresas e estas empresas, por sua vez, repassavam o plano aos seus empregados.

Mesmo com a rescisão junto à estipulante (associação de empresas), pode ainda perdurar o interesse dessas empresas em contratarem junto à operadora do plano modalidade coletiva empresarial para atender os seus funcionários. Não poderia, nessa situação, o Juízo determinar que a nova modalidade seja obrigatoriamente individual ou familiar, visto que cabe às próprias partes decidirem qual modalidade mais lhe interessam, embora, garanta-se, em última instância, o direito dos beneficiários de serem contemplados com plano individual/familiar sem necessidade de cumprimento de carência, se assim o quiserem.

Além disso, infere-se que a agravante já ofereceu nova modalidade de plano coletivo empresarial, presumindo-se a sua disposição em manter o relacionamento contratual junto à empresa dos agravados e não diretamente aos beneficiários (pessoas físicas). Explica-se: o cancelamento do plano pela operadora agravada foi efetivado em 30 de setembro de 2016. Em correspondência eletrônica dirigida à empregadora dos agravados no dia 21 de julho de 2016 (fl. 55), mais de 60 dias antes do encerramento do plano coletivo, portanto, foram oferecidas nove opções de planos, que, embora não se especifiquem serem coletivos ou

individuais/familiares, presumem-se coletivos por terem sido ofertados diretamente à empregadora dos autores e em razão dos valores, que variam entre R\$ 2.966,46 e R\$ 9.132,33 por mês (fls. 55 e 56), o que se reputa razoavelmente altos para um plano individual ou familiar.

Desta forma, analogicamente, pode-se inferir que a operadora agravante cumpriu a obrigação de oferecer novas modalidades de plano (ainda que não tenham sido individuais ou familiares), conforme disposto no art. 1º da Resolução em comento. O aceite de uma nova proposta por parte dos beneficiários do plano, entretanto, é que não foi concretizado dentro do prazo de 30 dias após o cancelamento (art. 2º), embora tenha transcorrido tempo relativamente suficiente (julho a outubro) para que se discutissem os termos de um novo contrato.

5 Consoante as alegações da parte agravada (contraminuta de fls. 186-189), tem-se que restaram prejudicados os seguintes itens: (a) não comprovação da abrangência das modalidades oferecidas; (b) não observação de que as mudanças afetariam de maneira significativa os valores; (c) não apresentação dos planos de forma detalhada; (d) não apresentação de autorização da ANS a respeito da alteração; e (e) impossibilidade de rescisão do contrato unilateralmente.

A respeito do alegado limite de 25% de reajuste nos casos de adaptação/migração de contratos é importante ressaltar que tal hipótese não se aplica, conforme os fundamentos a seguir. Os reajustes de planos coletivos de saúde não são definidos pela ANS. A Resolução Normativa – RN n. 254, de 5 de maio de 2011, dispõe sobre a adaptação e migração de contratos ao sistema previsto na Lei n. 9.656/98, estabelecendo como limite de reajuste 20,59% (vinte vírgula cinquenta e nove por cento). Contudo, tal limite aplica-se aos planos privados de assistência à saúde quando houver adaptação (aditamento do contrato para ampliação do conteúdo) ou migração (celebração de novo contrato de plano privado ou ingresso em contrato de plano privado de assistência à saúde coletivo

por adesão). No caso em apreço, além de tratar-se de plano coletivo, é importante ressaltar que se está diante de pactuação de um novo plano após a extinção do anterior e não de migração ou adaptação do plano. Assim, não há reajuste limitado legalmente, embora seja salutar observar os preços de mercado na modalidade escolhida para evitar abusividade na relação contratual.

6 Em análise preliminar da Câmara Civil Especial acerca do pedido de efeito suspensivo, em decisão monocrática proferida pela Desembargadora Substituta Hildemar Meneguzzi de Carvalho, verificou-se a “presença de elementos que evidenciam a plausibilidade dos fundamentos invocados pela recorrente, porquanto comprovada a legitimidade da rescisão do plano de saúde, que se deu por meio de acordo efetuado entre a agravante e a Associação das Microempresas, Empresas de Pequeno Porte e Empreendedores Individuais (AMPE)” (fl. 178).

Diante da razoável dúvida a respeito da “(i)legitimidade da rescisão do plano de saúde coletivo” (fl. 179) e conseqüente probabilidade do provimento do recurso de agravo de instrumento interposto pela operadora do plano de saúde, o pedido de efeito suspensivo da decisão da origem foi acolhido pela Câmara Civil Especial, juízo que não merece reparo, face aos fatos e fundamentos expostos até aqui.

7 Por todo o exposto, conhece-se do recurso e dá-se-lhe provimento, na esteira da decisão preliminar concedida na Câmara Civil Especial, para tornar sem efeito a obrigação da agravante de manter a vigência do plano de saúde dos agravados nos mesmos termos do plano anterior rescindido.

É o voto.

TERCEIRA CÂMARA DE DIREITO CIVIL

Apelação Cível n. 0301487-46.2014.8.24.0082, da Capital - Continente

Relator: Des. Fernando Carioni

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO COMINATÓRIA. CERCEAMENTO DE DEFESA. DISPENSA DE PROVA TESTEMUNHAL. CONJUNTO PROBATÓRIO APTO A FORMAR A CONVICÇÃO DO MAGISTRADO. ILEGITIMIDADE PASSIVA *AD CAUSAM*. CARÊNCIA DE AÇÃO. PREFACIAIS REJEITADAS. DIREITO DE VIZINHANÇA. CONDOMÍNIO. REGIMENTO INTERNO COM PREVISÃO DE POSSIBILIDADE DE CIRCULAÇÃO COM CACHORRO NAS ÁREAS DE USO COMUM DESDE QUE NO COLO. NÃO OBSERVÂNCIA. APLICAÇÃO DE ADVERTÊNCIA VERBAL, ESCRITA E IMPOSIÇÃO DE MULTA. REITERAÇÃO DO ATO. ALEGAÇÃO DE IMPOSSIBILIDADE DE CARREGAR OS CACHORROS NO COLO POR PROBLEMAS DE SAÚDE. AUSÊNCIA DE PROVAS. CONVENÇÃO CONDOMINIAL. CARÁTER DE IMPERATIVIDADE LEGAL ENTRE OS CONDÔMINOS. OBSERVÂNCIA ESTRITA. SENTENÇA MANTIDA. RECURSO DESPROVIDO.

“O indeferimento fundamentado da produção de prova irrelevante, impertinente ou protelatória para o julgamento da causa não constitui cerceamento de defesa, mas providência coerente com o devido processo legal e com o princípio da razoável duração do processo, máxime porque o magistrado deve fiscalizar a estratégia processual adotada pelas partes e velar para que a relação processual seja pautada pelo princípio da boa-fé objetiva” (STJ, HC n. 142836/DF, rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, j. em 7-6-2016, DJe 21-6-2016).

“Quando existe coincidência entre a legitimação entre o direito material que se quer discutir em juízo e a titularidade do direito de ação, diz-se que se trata de legitimação ordinária para a causa, que é a regra geral: aquele que se afirma titular do direito material tem legitimidade para, como parte processual (autor e réu), discuti-lo em juízo” (NERY, Nelson e Rosa Maria de Andrade. *Código de processo civil comentado*. 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 609).

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 0301487-46.2014.8.24.0082, da comarca da Capital - Continente (1ª Vara Cível), em que são apelantes Nivalda Nilza de Souza e Mário Sérgio do Livramento, e apelado Condomínio Catharina Lígia:

A Terceira Câmara de Direito Civil decidiu, por votação unânime, negar provimento ao recurso. Custas legais.

Participaram do julgamento, realizado no dia 12 de setembro de 2017, os Exmos. Srs. Des. Marcus Túlio Sartorato e Maria do Rocio Luz Santa Ritta.

Florianópolis, 14 de setembro de 2017.

Fernando Carioni
PRESIDENTE E RELATOR

RELATÓRIO

Condomínio Catharina Ligia ajuizou ação cominatória cumulada com pedido de antecipação da tutela específica contra Nivalda Nilza de Souza e Mário Sérgio do Livramento, na qual relatou que a ré possui dois cachorros de estimação e circula com eles no chão na área comum do prédio, de forma a desrespeitar as normas condominiais.

Salientou já ter penalizado a demandada com advertências e multas, mas continua ela descumprir com as normas, o que agrava a cada dia a relação dos seus moradores e funcionários.

Ressaltou ter ajuizado ação contra o proprietário do imóvel, porque a prestação jurisdicional poderá atingir a esfera jurídica do segundo réu.

Requeru a concessão da tutela antecipada para determinar que o ré se abstenha de manter e/ou circular com seus animais no chão nas áreas comuns do condomínio, sob pena de multa diária. No mérito, pugnou pela confirmação da tutela; sucessivamente, seja determinada a retirada dos animais do seu apartamento, a fim de proibi-la de mantê-los na unidade condominial.

O réu Mário Sérgio do Livramento ofertou resposta, na forma de contestação (fls. 123-127), na qual suscitou, preliminarmente, sua ilegitimidade passiva, por ser a primeira ré possuidora e proprietária da unidade condominial; e a carência da ação, por falta de notificação prévia de eventual infração cometida e penalidade estabelecida.

No mérito, alegou que não houve entrega das pretensas notificações, o que impede ser responsabilizado por eventual infração cometida por terceiros.

A ré Nivalda Nilza de Souza também apresentou contestação (fls. 202-208), na qual salientou, preliminarmente, que o objeto da presente ação encontra-se tramitando no Juizado Especial de Causas Cíveis na comarca da Capital, na medida em que inexistente razão ao prosseguimento da presente demanda.

No mérito, sustentou sofrer de bursite crônica no ombro esquerdo e que é impossível carregar dois cachorros no colo. Acrescentou que as normas que impõem a circulação dos animais na área comum do condomínio ferem o princípio da dignidade.

Réplica às fls. 229-237.

O autor juntou sentença proferida nos Autos n. 0809624-91.2013.8.24.0082 da comarca da Capital, a qual julgou improcedente o pedido de suspensão das normas condominiais referente aos animais, assim como a anulação das multas recebidas.

O feito foi sentenciado pelo MM. Juiz de Direito da 1ª Vara Cível da comarca da Capital, Dr. Marcelo Elias Naschenweng, que decidiu a lide da seguinte maneira (fls. 240-247):

Ante o exposto, resolvo o mérito, e com fundamento no art. 467, I, do Código de Processo Civil, julgo procedente o pedido formulado pelo autor contra os demandados para, em consequência, determinar que a Nivalda Nilza de Souza se abstenha de circular com seus animais no chão da área comum do prédio, devendo se valer de bolsa/carrinho apropriado ou carregá-los no colo, sob pena de multa de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) por descumprimento. O imóvel de propriedade do demandado responde pelas dívidas afetas ao condomínio. Comprovado reiterado descumprimento (por mais de cinco vezes), fica a parte demandada impedida de manter animais de estimação em sua unidade condominial, facultando-se a parte autora buscar o cumprimento desta determinação, nestes mesmos autos, por meio de cumprimento de sentença. Ante a sucumbência dos demandados, condeno-os ao pagamento das despesas processuais e honorários advocatícios, que fixo em R\$ 1.000,00 (hum mil reais), nos termos do art. 85 do Código de Processo Civil.

Inconformados, os réus apelaram da decisão suscitando, preliminarmente, o cerceamento de defesa, por lhes faltar oportunidade de provar a verdade dos fatos devido ao julgamento antecipado da lide; a ilegitimidade passiva de Mário Sérgio do Livramento, uma vez que foi casado com a ré, mas divorciou-se dela permanecendo a posse e a propriedade do imóvel com ela; e a carência de ação por falta de notificação regular.

No mérito, sustentaram que as alegações de vizinhos e de funcionários do condomínio sequer deveriam ser apreciadas, visto que se tratam de declarações infundadas de pessoas que não prestaram o

compromisso perante o juízo.

Relataram que a segunda ré não reside mais no condomínio diante de todo o atordoamento sofrido pelas ameaças que lhe foram proferidas, porém o imóvel continua sob a mesma propriedade.

Salientaram a existência de um relacionamento bastante conturbado entre a ré e a atual síndica do condomínio. Acrescentaram que cabe comprovar a nocividade à segurança pessoal, à higiene e ao sossego da coletividade antes de se cogitar a vedação da posse de determinados animais de estimação em um condomínio edilício.

Ressaltaram que tal condição é desumana dada a sua atual situação de saúde, pois os males que acometem o seu estado de saúde a impossibilitam de carregar peso, tampouco um animal de estimação.

Alegaram configurar fato incontroverso que todo animal de estimação precisa passear e caminhar para se manter saudável e feliz. Mencionaram que os cachorros são bem cuidados, higienizados e educados, de forma que não comprometem de maneira alguma a segurança, a salubridade e o sossego da coletividade do condomínio.

Argumentaram que os animais jamais andam soltos. Sustentaram ser excedente o ponto da sentença que dispõe que a ré não poderá mais habitar com seus cachorros em caso de reincidência do feito, pois para toda a decisão é necessário ponderação.

Salientaram que o feito não procede ante a incoerência de que nos dias de hoje, em que os animais possuem seu lugar perante o âmbito familiar, ainda tenham que sofrer coação por outros moradores.

Após as contrarrazões (fls. 203-211), os autos ascenderam a esta Corte.

Este é o relatório.

VOTO

A insurgência da parte consiste em apelação cível interposta com o desiderato de reformar a sentença que determinou que a apelante Nivalda Nilva de Souza se abstenha de circular com seus animais no chão da área comum do condomínio, sob pena de multa de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) por não cumprimento.

Aduz a apelante ser necessária a prova oral, a qual foi amplamente suscitada em contestação.

É sabido que o juiz não é um mero espectador no processo, mas um condutor da lide, de sorte que cabe a ele determinar a realização das provas que entender necessárias à solução do litígio, porquanto se trata do destinatário final delas.

O art. 370 do CPC dispõe que “caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias à instrução do processo, indeferindo as diligências inúteis ou meramente protelatórias”.

Logo, é o juiz quem deve verificar a conveniência da produção da prova; por isso, não está ele obrigado a deferir ou indeferir a mero pedido das partes. O objetivo da instrução probatória é fornecer elementos necessários à formação do convencimento do magistrado, e se já existentes nos autos esses elementos, a produção seria meramente protelatória.

Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça tem entendido que o indeferimento “fundamentado da produção de prova irrelevante, impertinente ou protelatória para o julgamento da causa não constitui cerceamento de defesa, mas providência coerente com o devido processo legal e com o princípio da razoável duração do processo, máxime porque o magistrado deve fiscalizar a estratégia processual adotada pelas partes e velar para que a relação processual seja pautada pelo princípio da boa-fé objetiva” (STJ, HC n. 142836/DF, rel. Min. Rogério Schietti Cruz, j. em

7-6-2016, DJe 21-6-2016).

Também, colhem-se precedentes deste Tribunal:

Não há cerceamento de defesa em razão do julgamento antecipado da lide se o juiz forma seu convencimento diante das provas documentais constantes dos autos, situação em que se mostra perfeitamente dispensável a instrução do feito, em homenagem aos princípios da celeridade e da economia processual (Ap. Cív. n. 0006356-06.2013.8.24.0036, de Jaraguá do Sul, rel. Des. Joel Figueira Júnior, j. em 20-7-2017).

O Juiz, na condição de destinatário da prova, deve indeferir a produção de provas desnecessárias, inúteis ou protelatória, que se constituam em atraso na prestação jurisdicional, se os elementos constantes dos autos forem suficientes ao seguro julgamento do processo (Ap. Cív. n. 0009147-39.2013.8.24.0038, de Joinville, rel. Des. Saul Steil, j. em 26-1-2017).

Cabe ao Juiz, na condição de presidente do processo e destinatário da prova, decidir sobre a necessidade ou não da realização de prova, não implicando cerceamento de defesa o julgamento antecipado da lide com base em prova exclusivamente documental, se as provas que a parte pretendia produzir eram desnecessárias ao deslinde da “questio” (Ap. Cív. n. 2015.065688-9, de Orleans, rel. Des. Jaime Ramos, j. em 28-1-2016).

Destarte, afasta-se o pedido de realização de prova oral.

Sustentam que o apelante Mário Sérgio do Livramento é parte ilegítima para figurar no feito, porque foi casado com Nivalda Nilza de Souza, mas divorciou-se dela, e a posse e propriedade do imóvel ficou com ela.

Para propor ou contestar uma ação, é pressuposto essencial a existência de legitimidade, ou seja, essa condição deve estar presente na relação de direito material que teria sido violada em razão da inobservância do direito positivo, fazendo surgir o conflito de interesses a ser dirimido pelo Judiciário.

Sobre o assunto, ensinam Nelson Nery Junior e Rosa Maria de

Andrade Nery:

Parte, em sentido processual, é aquela que pede (parte ativa) e aquela em face de quem se pede (parte passiva) a tutela jurisdicional. Os demais participantes da relação processual (juiz) ou do processo lato sensu (advogado, MP, auxiliares da justiça etc.) não são partes. [...] Quando existe coincidência entre a legitimação entre o direito material que se quer discutir em juízo e a titularidade do direito de ação, diz-se que se trata de legitimação ordinária para a causa, que é a regra geral: aquele que se afirma titular do direito material tem legitimidade para, como parte processual (autor e réu), discuti-lo em juízo (*Código de processo civil comentado*. 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 609).

Como visto, a questão da legitimidade *ad causam* está diretamente ligada à pessoa que suporta os efeitos da sentença.

No caso em tela, o apelante ainda consta como comprador do imóvel (fls. 172-173), de forma que pode ser atingido com os efeitos da decisão, o que justifica a sua permanência no polo passivo da ação.

Nesse sentido:

Para efeitos do art. 543-C do CPC, firmam-se as seguintes teses:

[...]

c) Se ficar comprovado: (i) que o promissário comprador se imitira na posse; e (ii) o condomínio teve ciência inequívoca da transação, afasta-se a legitimidade passiva do promitente vendedor para responder por despesas condominiais relativas a período em que a posse foi exercida pelo promissário comprador (REsp n. 1345331/RS, rel. Min. Luís Felipe Salomão, j. em 20-4-2015).

Portanto, não há razão para questionar a legitimidade de Mário Sérgio do Livramento para figurar no polo passivo da presente ação.

Por seu turno, de igual modo, não prospera a preliminar de carência de ação arguida pelos apelantes.

Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade afirmam que “existe

interesse processual quando a parte tem necessidade de ir a juízo para alcançar a tutela pretendida e, ainda, quando essa tutela jurisdicional pode trazer-lhe alguma utilidade do ponto de vista prático” (Código de processo civil comentado e legislação processual civil extravagante em vigor. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 504).

Extrai-se de Luiz Rodrigues Wambier, Flávio Renato Correia de Almeida e Eduardo Talamini:

O interesse processual está presente sempre que a parte tenha a necessidade de exercer o direito de ação (e, conseqüentemente, instaurar o processo) para alcançar o resultado que pretende, relativamente à sua pretensão e, ainda mais, sempre que aquilo que se pede no processo (pedido) seja útil sob o aspecto prático (*Curso avançado de processo civil: teoria geral do processo e processo do conhecimento*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 130).

Os apelantes sustentam a carência de ação, pela falta de notificação regular.

Contudo, a apelante Nivalda foi devidamente notificada por escrito e participou da assembleia que tratava do tema. Além disso, a prévia comunicação não é condição da ação porque no caso dos autos não se questiona mora dos apelantes.

Afastadas as preliminares deduzidas, adentra-se à discussão do mérito do presente recurso.

Sustentam os apelantes que as alegações de vizinhos e de funcionários do condomínio sequer deveriam ser apreciadas, visto que tratam-se de declarações infundadas de pessoas que não prestaram o compromisso perante o juízo. Acrescentam a existência de um relacionamento bastante conturbado entre a apelante e a atual síndica do condomínio, e que as condições determinadas na sentença são desumanas dada a sua atual situação de saúde.

É certo dizer que o direito de propriedade “[...] sofre inúmeras

restrições ao seu exercício, impostas não só no interesse coletivo, senão também no interesse individual. Dentre as últimas destacam-se as determinadas pelas relações de vizinhança” (GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito civil brasileiro: direito das coisas. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. v. V. p. 326).

Com efeito, sendo cediço que essa relação de vizinhança gera, vez por outra, conflitos de interesses individuais, cuidou o Código Civil de um capítulo especialmente dedicado a ela, o que se denominou “dos direitos de vizinhança”.

Portanto, os chamados direitos de vizinhança “[...] são limitações impostas por normas jurídicas a propriedades individuais, com o escopo de conciliar interesses de proprietários vizinhos, reduzindo os poderes inerentes ao domínio e de modo a regular a convivência social” (Daibert citado por DINIZ, Maria Helena. Código civil anotado. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 875).

E “o princípio geral a que se subordinam as relações de vizinhança é o de que o proprietário, ou o possuidor, não podem exercer seu direito de forma que venha prejudicar a segurança, o sossego e a saúde dos que habitam prédio vizinho” (FARIAS, Cristiano Chaves de e ROSENVALD, Nelson. Direitos reais. 7. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 512).

Nesse sentido, é o que estabelece o art. 1.277 do Código Civil ao apregoar que “o proprietário ou o possuidor de um prédio tem o direito de fazer cessar as interferências prejudiciais à segurança, ao sossego e à saúde dos que o habitam, provocadas pela utilização de propriedade vizinha”.

É bom que se diga que “as interferências ou atos prejudiciais à segurança, ao sossego e à saúde, capazes de causar conflitos de vizinhança podem ser classificados em três espécies: ilegais, abusivos e lesivos” (GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito civil brasileiro: direito das coisas. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. v. V. p. 328).

Assim, temos que:

Ilegais são os atos ilícitos que obrigam à composição do dano, nos termos do art. 186 do Código Civil, como, por exemplo, atear fogo no prédio vizinho.

Abusivos são os atos que, embora o causador do incômodo se mantenha nos limites de sua propriedade, mesmo assim vem a prejudicar o vizinho, muitas vezes sob a forma de barulho excessivo.

[...].

São lesivos os atos que causam dano ao vizinho, embora o agente não esteja fazendo uso anormal de sua propriedade e a atividade tenha sido até autorizada por alvará expedido pelo Poder Público. É o caso, por exemplo, de uma indústria cuja fuligem esteja prejudicando ou poluindo o ambiente, embora normal a atividade” (GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: direito das coisas*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. v. V, p. 328-329).

A par disso, o Regimento Interno do condomínio, no item II, alínea “g” prevê que é vetado “manter animais fora das unidades individual ou circular com estes nas áreas comuns do condomínio exceto mantendo o mesmo no colo” (fl. 34).

Por sua vez, o serviço de limpeza enviou uma carta informando que a funcionária que dispensa os serviços no condomínio “tem feito a limpeza normalmente, porém constatado que logo depois tem aparecido nos corredores fezes e urina de animais (cachorro), o que nos preocupa é a reação dos outros moradores que podem achar que o nosso serviço não está sendo bem feito, e nossa funcionária nos relata ainda que num destes dias foi atacada pelos mesmos cachorros” (fl. 37), o que motivou o registro do boletim de ocorrência contra a apelante (fl. 38).

Nessa esteira, o comportamento da apelante causou divergência entre os vizinhos, que enviaram e-mails à síndica com várias reclamações, das quais se extrai:

Venho através deste, formalizar uma reclamação referente ao apartamento 105 bloco B, que se situa imediatamente acima do meu (005), pelos constantes barulhos relativos a “correrias de cachorros”.

Espero que o condomínio, pelo que lhe é cabível, tome as devidas providências avisando os mesmos sobre os barulhos (fl. 35).

Informo que hoje, por volta das 8 horas da manhã, essa senhora que infelizmente mora ao meu lado, dona de dois cachorros, estava na porta ao lado da minha colocando a conversa em dia com o seu cachorro preto solto e minha cachorrinha. Nina latiu, aí eu abri a porta e o cachorro dela quase entra na minha casa, dei uma batida forte com a porta, essa vizinha está ficando insuportável. Esses dias, de manhã cedo, teve o desprante de interfonar para cá para pedir leite para ela tomar café, neguei, coisa que não costumo fazer com as pessoas! Só que minha paciência já não suporta mais, só peço o favor que ela não dirija a palavra nem a mim, nem a ninguém de minha casa. Obrigada! (fl. 36).

Boa noite Carmem e/ou Ezequiel

[...]

Nossa vizinha do apartamento 105 B nos interfonou na última sexta-feira, em campanha para alterar o regimento interno do condomínio, no que diz respeito aos animais transitarem no chão, nas áreas comuns do prédio.

Já antecipamos que não somos favoráveis a essa mudança e como pelos próximos dias estaremos fora, gostaríamos de solicitar, se possível, para que qualquer reunião ou assembleia seja agendada após o dia 9-10.

E aproveitando que estamos neste assunto, estamos exaustos de nosso interfone tocar. Cada barulhinho ou martelada no nosso bloco, já ficamos esperando o interfone tocar, perguntando se é aqui, se estamos ouvindo, reclamando dos barulhos de forma constante, que todos os moradores interfonam para ela, mas que ninguém faz nada ela acabando ligando atrás.

Olha, se estivesse no incomodando, nós iríamos atrás, mas como no momento não está, não gostaríamos de ser invadidos desta forma (fl. 39).

No caso presente, o não cumprimento ao regimento interno pela apelante causa uma incompatibilidade de convívio harmônico entre os

moradores, o que ensejou registro de boletins de ocorrência por vizinhos e funcionários do condomínio:

Relata o comunicante que presta serviço para o Condomínio Catharina Lígia, vem sendo ofendido com palavras de calão, desrespeitando o comunicante perante moradores e funcionários, diz que o comunicante vale menos que os cachorros. A autora possui cachorros e solta em área comum, ela tem conhecimento de que é proibido ter animais em área comum, mas não respeita o regimento interno do condomínio (Antoninho Luis Rieta, fl. 40).

Relata a comunicante que retorna a esta delegacia informando que a ora autora lhe constrangeu diante de outros vizinhos no corredor de seu andar dizendo que a comunicante teria sido a responsável por registrar o Boletim de Ocorrência n. 11237/13 em seu desfavor, fato este verídico, porém, a comunicante achou constrangedor a forma com que a ora autora falou.

Em seguida em tom considerado ameaçador a ora autora “agora elas vão ver o que vai acontecer com elas”; a corja dela vai ver o que vai acontecer (Eliane Baldanca, fl. 43).

Que a declarante reside no Condomínio catarina Lígia há 17 anos; Que Nivalda reside há pouco tempo no local, cerca de 3 anos; Que desde que Nivalda foi residir no Condomínio Catarina Lígia, Nivalda só perturba o sossego de todos; Que Nivalda reside no mesmo andar da declarante e possui dois cachorros de estimação; Que Nivalda anda com os cachorros soltos na área comum; Que os animais quando estão na área comum com Nivalda, latem muito e avançam a quem passar por perto; Que Nivalda sai do apartamento para levar os animais na rua, de hora em hora; Que os animais deixam sujeiras no corredor, como pelos e sujeiras de rua que ficam nas patas, além de cheiro de cachorro; Que Nivalda é uma mulher muito agressiva de mal criada; Que Nivalda não tem horário para fazer barulho; Que em determinado dia, a declarante ouviu gritos no corredor do andar em que reside e foi até o corredor ver o que acontecia; Que a declarante viu que Nivalda discutia com Eliane e seu marido; Que a declarante então disse “que o nome do condomínio tinha mudado para Catarina Barraco e que não há mais sossego no condomínio”; Que em seguida foi entrar em seu apartamento e Nivalda gritou para a declarante

e Eliane “voltem para seus galinheiros que é o melhor que fazem”; que a declarante só deseja ter sossego, como antes de Nivalda residir no lugar (Cleusa Soely Ferreira, fl. 44).

Compete observar que em 10-10-2013, foi realizada assembleia extraordinária a fim de decidir sobre o trânsito de animais no chão e as penalidades aplicáveis contra a apelante. Na ocasião, ela compareceu à reunião e, por 2 (dois) votos a 32 (trinta e dois) foi mantida a proibição de animais circularem no chão das áreas comuns do condomínio. Além disso, não foi aplicada a multa, condicionada a ela seguir as normas em relação ao regimento interno (fls. 57-58).

Contudo, após a assembleia, a apelante voltou a andar com seus animais no chão da área comum, e em 24-10-2013, resolveu-se pela aplicação da multa no valor de 10 (dez) vezes a quantia da taxa condominial, por repetido descumprimento das regras (fl. 59).

Nessa senda, conforme bem destacou-se na sentença, “considerando as reclamações e transtornos que a conduta da demandada tem causado no condomínio, bem como que a doença apontada não a tem impedido de levar criança e objetos ainda mais pesados no colo, é de rigor acolher o pleito do requerente, a fim de determinar que a requerida se abstenha de levar seus cachorros no chão, devendo levá-los no colo e, se for o caso, passear com um de cada vez, ou circular com eles em bolsa ou carrinho apropriado, sob pena de multa de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) para cada descumprimento do regimento interno atinente à circulação de animais” (fl. 246).

Nesse sentido:

RECURSO INOMINADO. DECLARATÓRIA DE NULIDADE C/C INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. ANIMAL DE ESTIMAÇÃO EM CONDOMÍNIO. REGIMENTO INTERNO QUE PREVÊ A POSSIBILIDADE DE TRANSITAR COM O ANIMAL NAS ÁREAS DE USO COMUM NO COLO. NÃO OBSERVÂNCIA AO DISPOSTO NO REGIMENTO INTERNO PELA PARTE

AUTORA. APLICAÇÃO DE MULTA PELO CONDOMÍNIO. REINCIDÊNCIA. APLICAÇÃO DE TRÊS MULTAS. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO INICIAL. TESE RECURSAL DE CERCEAMENTO DE DEFESA. INEXISTÊNCIA DE NULIDADE. MATÉRIA E PROVAS PRODUZIDAS QUE AUTORIZAM O JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE. PRUDENTE DISCRICÃO DO MAGISTRADO NO EXAME DA NECESSIDADE OU NÃO DE REALIZAÇÃO DE PROVA EM AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO. FALTA DE ESPECIFICAÇÃO DO PREJUÍZO. INEXISTÊNCIA DE MENÇÃO DAS PROVAS QUE DESEJAVA PRODUZIR E QUE DE FORMA CONTRIBUÍRIAM PARA O DESLINDE DA CAUSA. CERCEAMENTO NÃO CONFIGURADO. ALEGAÇÃO RECURSAL DE QUE A AUTORA ESTÁ IMPOSSIBILITADA DE LEVAR O CACHORRO NO COLO POR PROBLEMAS DE SAÚDE (COLUNA E PERNA). APLICAÇÃO DO ARTIGO 1.333 DO CÓDIGO CIVIL. CONVENÇÃO CONDOMINIAL QUE É DE CUMPRIMENTO OBRIGATÓRIO PARA OS TITULARES DE DIREITO SOBRE AS UNIDADES. PARA A MANUTENÇÃO DOS ANIMAIS DE ESTIMAÇÃO É NECESSÁRIA ADAPTAÇÃO DE TODOS OS CONDÔMINOS ÀS DETERMINAÇÕES DO LOCAL. EXISTÊNCIA DE ALTERNATIVAS PARA DAR CUMPRIMENTO À PREVISÃO DO CONDOMÍNIO. MANUTENÇÃO DA APLICAÇÃO DAS MULTAS ANTE O DESCUMPRIMENTO REITERADO DO REGIMENTO INTERNO PELA PARTE AUTORA. SENTENÇA MANTIDA POR SEUS PRÓPRIOS FUNDAMENTOS (TJPR, RI n. 0005522-79.2013.8.16.0018, rel. Des. Leo Henrique Furtado Araújo, j. em 7-4-2016).

Ante o exposto, nega-se provimento ao recurso e condena-se os apelantes ao pagamento de honorários sucumbenciais recursais em favor do patrono da parte adversa, fixados em 5% (cinco por cento) do valor atualizado da causa, em conformidade com o art. 85, §§ 2º, 6º e 11 do Novo Código de Processo Civil.

Este é o voto.

QUARTA CÂMARA DE DIREITO CIVIL

Apelação Cível n. 0300916-50.2014.8.24.0058

Relator designado: Desembargador Joel Dias Figueira Júnior

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO ANULATÓRIA DE ESCRITURA PÚBLICA DE COMPRA E VENDA. RESULTADO INICIAL DO JULGAMENTO COLEGIADO NÃO UNÂNIME. PROSSEGUIMENTO DA SESSÃO. ART. 942 DO CPC/2015. LIMITE DE COGNIÇÃO. MATÉRIA OBJETO DE DIVERGÊNCIA. IMPOSSIBILIDADE DE REDISCUSSÃO DE TESES JÁ DECIDIDAS E PACIFICADAS PELO COLEGIADO. MÉRITO RECURSAL. PRAZO DECADENCIAL PARA PROPOSITURA DE DEMANDA ANULATÓRIA NÃO TRANSCORRIDO. OUTORGA UXÓRIA DA COMPANHEIRA. DESNECESSIDADE. BEM PARTICULAR DO *DE CUJUS*. ALEGAÇÃO DA PRÁTICA DE DOLO PELOS RÉUS. VÍCIO DE CONSENTIMENTO NÃO CONFIGURADO. DIREITO REAL DE HABITAÇÃO. INVIABILIDADE. IMÓVEL DE PROPRIEDADE DE TERCEIRO. IINEXISTÊNCIA DE DIREITOS SUCESSÓRIOS SOBRE O BEM. REFORMA DA SENTENÇA. IMPROCEDÊNCIA DOS PEDIDOS. RECURSO PROVIDO.

I – O objetivo da norma insculpida no art. 942 do Código de Processo Civil de 2015 é qualificar a decisão, com número de julgadores suficientes para ampliar o quórum e, em tese, possibilitar a inversão do resultado inicial, o que poderá suceder-se por maioria ou unanimidade, podendo essa técnica de julgamento ser conduzida de duas formas, quais sejam: a) não havendo unanimidade de votos no resultado da apelação, da ação rescisória que culminar com a rescisão da sentença, ou do agravo de instrumento que reformar decisão parcial de mérito, sempre que possível, o julgamento terá prosseguimento na mesma sessão, com a colheita dos votos de outros julgadores que porventura

integrem o órgão colegiado, encerrando-se a votação assim que não mais houver possibilidade de reversão do resultado inicial, consoante estabelece o art. 942, § 1º, do CPC/2015; b) se não for viável continuar a votação na mesma sessão, designar-se-á novo dia para o prosseguimento do julgamento, com a convocação de mais dois julgadores para garantir a possibilidade de inversão do primeiro resultado da votação, intimando-se devidamente as partes da data marcada, a fim de permitir o exercício do contraditório e da ampla defesa (art. 942, *caput*, CPC/2015).

Não se pode descuidar que essa nova técnica de julgamento foi inserida na Legislação Adjetiva Civil em substituição aos extintos embargos infringentes, e, a exemplo do que ocorria na vigência do Código anterior, deve estar limitada a cognição ao objeto de divergência, *in casu*, apenas acerca da tese referente à existência ou inexistência de vício de consentimento, capaz de anular o negócio jurídico.

Ademais, não é porque o § 2º do art. 942 do CPC/2015 dispõe que os julgadores que já votaram poderão rever os seus votos, por ocasião do prosseguimento do julgamento, que tal assertiva leva à conclusão de que o limite de cognição não esteja restrito ao objeto da divergência.

Por certo, até proclamado o julgamento, os Magistrados que já tiverem votado poderão modificar os seus entendimentos, tanto em relação à matéria adstrita ao objeto da divergência, quanto em relação às teses já superadas.

Logo, a imperativa continuidade do julgamento visa ao aprofundamento da matéria discutida e a respeito da qual não se teve unanimidade, não podendo representar um atraso da solução do conflito, ao permitir discussões em questões já pacificadas, cujo debate seria inócuo e não mudaria o resultado final do julgamento.

Conclui-se, assim, que os julgadores convocados para ampliar o quórum da decisão e, em tese, possibilitar a inversão do resultado inicial, somente estão autorizados a analisar os pontos em que

não houver unanimidade.

II – No que tange à pretensão anulatória por vício de consentimento, o prazo decadencial estabelecido no Código Civil de 1916, aplicável ao caso, em que pese tratado como prescricional, era de quatro anos (mantido na Lei atual). Entretanto, tratando-se de demanda ajuizada por terceiro prejudicado, *in casu*, a companheira do *de cujus*, a data do conhecimento do vício que supostamente macula o negócio jurídico é considerada como *dies a quo* para contagem do prazo decadencial.

Assim, tendo a Autora ciência da existência do contrato apenas após o falecimento do seu companheiro, a pretensão anulatória não está fulminada pela decadência.

III – A outorga uxória somente é necessária para alienação de bens imóveis adquiridos na constância da união estável, quando houver registro oficial averbado no cartório imobiliário ou a relação for de conhecimento do terceiro adquirente, que não poderá ser, entretanto, prejudicado com a anulação da avença quando imbuído de boa-fé.

Destarte, em nenhuma hipótese, vislumbra-se a exigibilidade de autorização do companheiro para a venda de *bem imóvel particular* de um dos conviventes (adquirido antes da constância da união), pois a administração desse patrimônio cabe exclusivamente ao seu titular.

IV – Nada obstante a alegação de invalidade do negócio jurídico em razão de dolo da Ré, representante do adquirente do imóvel e irmã do alienante, sob o argumento de tê-lo induzido em erro, sem que tivesse total consciência do ato, pois estava desacompanhado de qualquer familiar ou mesmo de testemunhas e tratava-se de pessoa idosa e semianalfabeta, inexistem provas hábeis a comprovar que seu intuito era ludibriar o vendedor, ônus que competia à Autora, a teor do disposto no art. 333, I, do CPC/1973, mormente porque, como é sabido, a boa-fé é presumida.

Dessa forma, diante da inexistência de elementos capazes de comprovar o dolo, a improcedência do pedido de anulação do

negócio jurídico por vício de consentimento é medida que se impõe.

V – O direito real de habitação, embora possa ser conferido tanto ao cônjuge quanto ao companheiro sobrevivente, exige o preenchimento de alguns requisitos para que seja assegurado, dentre eles que o imóvel destinado à residência da família seja o único daquela natureza a inventariar (parte final do art. 1831, CC), o que, *in casu*, não se verifica, tendo em vista ser o bem de propriedade de terceiro e, portanto, não será inventariado.

Contudo, a desocupação do imóvel não será imediata, pois dependerá de demanda a ser proposta pelos titulares do domínio e, sendo a Demandante possuidora de boa-fé, poderá postular direito de retenção e indenização pelas benfeitorias realizadas na moradia e tudo mais que foi incorporado ao terreno (edificações, sementes, frutos, árvores), fruto do trabalho do casal, e, até mesmo, alegar usucapião como matéria de defesa.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 0300916-50.2014.8.24.0058, da comarca de São Bento do Sul 1ª Vara em que são Apelantes Sander Schwarz Heinzen e outro e Apelada Araci Lipinsky.

A Quarta Câmara de Direito Civil decidiu, por maioria de votos, conhecer do recurso e dar-lhe provimento. Custas legais.

O julgamento, realizado no dia 24 de agosto de 2017, foi presidido pelo Excelentíssimo Senhor Desembargador Joel Dias Figueira Júnior e dele participaram os Excelentíssimos Senhores Desembargadores César Abreu, Rodolfo C. R. S. Tridapalli, Gilberto Gomes de Oliveira e Luiz Antônio Zanini Fornerolli.

Florianópolis, 24 de agosto de 2017.

Joel Dias Figueira Júnior
RELATOR DESIGNADO

RELATÓRIO

Araci Lipinsky ajuizou “ação de nulidade de escritura pública de compra e venda de imóvel com pedido alternativo de usucapião rural” contra Sander Schwarz Heinzen e Herma Schwarz Heinzen pelos fatos e fundamentos jurídicos descritos na exordial de fls. 1-16, integrando esta decisão o relatório da sentença recorrida, *in verbis* (fls. 511-512):

Ingressa Araci Lipinsky com ação de “nulidade de escritura pública de compra e venda de imóvel com pedido alternativo de usucapião rural” em face de Sander Schwarz Heinzen e Herma Schearz Heinzen. Diz, breve trecho, ter mantido união estável com Paulo Gustavo Schwarz pelo prazo de 22 anos, “residindo sob o mesmo teto”. Na época, possuía ela (autora) a idade de 46 anos e ele, o convivente, 63 anos. Residiam, afirma, em imóvel do convivente, o qual com o tempo foi melhorado. Paulo, porém, faleceu em 03/06/2014. Na ocasião, veio então a autora a saber que o imóvel fora vendido (no ano de 1997) por Paulo ao sobrinho Sander, de apenas 7 anos de idade, representado por Herma, sua mãe. Paulo, alega, sequer sabia do ocorrido, tendo havido portanto dolo e simulação. Inexistiu outorga uxória, elemento essencial para o ato. Na própria escritura de venda e compra consta que Paulo é solteiro, o que constitui fraude. Quando da transferência do bem, Paulo era idoso (68 anos), semianalfabeto, e fez a transferência do bem sem qualquer assistência, desfazendo-se de todo o seu patrimônio. Em 2006 foi lavrado termo de compromisso de cessão de direitos possessórios, figurando Paulo como proprietário. Invoca, ainda, o direito do idoso à moradia e o direito do cônjuge sobrevivente ao direito real de habitação. Tece comentários acerca da prescrição que diz não ter incidido. Requer tutela antecipada e requer, ao final, alternativamente, o reconhecimento da ocorrência da aquisição do imóvel por usucapião.

Houve pedido de emenda à inicial, com remessa dos autos ao il. Juízo da 2ª Vara, seguindo-se novos pedidos, inclusive de exclusão da usucapião, com retorno dos autos a este Juízo.

Recebi a competência e decidi em interlocutória, deferindo o pedido antecipatório.

Resposta em forma de contestação. Nesta, dizem os demandados ser válido o negócio, pois que independia de outorga uxória. Destaca que sequer há prova da afirmada união estável supostamente havida entre a autora e Paulo. Alega ser “ridículo” o argumento respeitante ao idoso não se ver acompanhado no ato da assinatura da escritura discutida. Rebate também o argumento relativo ao analfabetismo funcional de Paulo. Rechaça a existência de procuração outorgada por Paulo para a irmã-ré com poderes para alienar bens e, mesmo que existisse, não haveria porque anular o ato jurídico. E prossegue: “Paulo jamais fora enganado pelos requeridos, haja vista ser tio do contestante, irmão da também requerida Herma, além do mais, o fato deste continuar residindo no imóvel que não mais lhe pertencia, junto com a autora, durante toda a sua vida, demonstra a afetividade entre irmãos e sobrinho que sempre existiu”. Depois, destaca ser a autora usufrutuária vitalícia de dois imóveis de propriedade de sua filha, o que esvazia seu pedido relativo ao “direito de habitação”, pois este exige que o imóvel seja o único daquela natureza a inventariar. Não sendo mais o imóvel de propriedade de Paulo, tampouco há se falar em direito de habitação. Diz haver litigância de má-fé da Autora.

Juntam os demandados outros documentos (f. 230 e sgs.) demonstrando ter sido Paulo membro do conselho fiscal da cooperativa. Um dos documentos ali juntados é o contrato de a compra e venda de duas partes ideais do bem imóvel discutido, neles figurando como proprietários os demandados e Jenny Gus Schearz e como testemunhas a autora e Paulo o que demonstra, em sua leitura, plena ciência de Paulo e Araci de que o imóvel não lhes pertencia mais.

Réplica à f. 244 e seguintes. Nova manifestação autoral, f. 298 e sgs., acerca do descumprimento da antecipatória.

Designei audiência conciliatória a qual, porém, restou inexitosa.

Novas acusações recíprocas com remessa de peças ao Ministério Público.

Rol de testigos juntado.

Audiência por mim presidida. Ouviram-se testigos.

Alegações finais em memoriais, repisando pedidos e argumentos, agora inclusive com base nos depoimentos testemunhais.

Sentenciando (fls. 511-514), o Magistrado a quo, em face da inexistência de outorga uxória, julgou procedente o pedido para declarar nula a escritura pública de compra e venda do imóvel litigioso (R.2-08.301), datada de 4 de julho de 1997, condenando os Réus ao pagamento das despesas processuais e honorários advocatícios arbitrados em R\$ 5.000,00.

Inconformados, os Demandados interpuseram recurso de apelação (fls. 539-546), repisando os mesmos fatos e fundamentos jurídicos já articulados em primeira instância, sobretudo a desnecessidade de autorização da companheira para alienação de bem imóvel particular, concluindo pela reforma da sentença a fim de julgar improcedente o pleito inicial.

Contrarrazões às fls. 552-576.

Ascenderam os autos a esta Corte e, presentes os requisitos de admissibilidade do recurso, foi o feito incluído em pauta de julgamentos, sendo, após a realização de 9 sessões, definitivamente julgado, nos moldes do art. 942 do Código de Processo Civil de 2015, com resultado final não unânime.

É o relatório.

VOTO

1 Do Julgamento estendido – art. 942 do CPC/2015

Antes de adentrarmos na análise do mérito do recurso de apelação, importante fazermos algumas considerações acerca do julgamento estendido realizado no presente feito, nos moldes do art. 942 do Código de Processo Civil de 2015, sobretudo em relação ao seu limite de cognição.

Em sessão realizada no dia 6 de abril de 2017, o Relator originário, Des. César Abreu, votou no sentido de negar provimento ao recurso,

defendendo a necessidade de outorga uxória do companheiro(a) em casos de união estável tanto formal quanto informal, sobretudo porque a relação em tela era notória e conhecida do adquirente e sua representante, bem como na hipótese de ter sido o bem objeto do contrato adquirido antes da constância da relação conjugal, sob o fundamento dessa limitação à disposição do patrimônio ser exigida em proteção à família, aliado ao fato de existirem acessões sobre o terreno advindas do trabalho conjunto do casal.

Após obter vista dos autos, na sessão realizada no dia 20 de abril de 2017, divergi da tese esposada pelo Relator originário, por defender não ser necessária a outorga uxória da companheira para a venda de bem imóvel particular de um dos conviventes (adquirido antes da constância da união), pois a administração desse patrimônio cabe exclusivamente ao seu titular.

Depois de pedir revista dos autos, o Des. César Abreu, na sessão do dia 27 de abril de 2017, acompanhou a divergência no sentido da desnecessidade de outorga uxória da Autora e votou no sentido de dar parcial provimento ao recurso dos Réus, razão pela qual solicitei revista dos autos a fim de analisar o prazo de decadência.

Embora tenha inicialmente defendido que a pretensão de anulação do negócio jurídico estava fulminada pela decadência, na sessão de 4 de maio de 2017, fiquei vencido com relação à prejudicial, passando-se, então, à análise do mérito recursal propriamente dito.

Destarte, após ter proferido meu voto no sentido de julgar improcedente o pedido de anulatório por ausência de vício de consentimento, foi concedida vista dos autos ao Des. Rodolfo Tridapalli, que, na sessão realizada em 25 de maio de 2017, acompanhou o entendimento dos demais pares acerca da desnecessidade da outorga uxória, mas negou provimento ao recurso dos Requeridos por reconhecer a ocorrência de vício (dolo) capaz de anular o negócio jurídico em análise,

motivo pelo qual solicitei revista dos autos.

Em 1º de junho de 2017, em que pese o entendimento defendido pelo Des. Rodolfo Tridapalli, que negava provimento ao apelo, mantive meu posicionamento em sentido contrário, sendo acompanhado pelo Des. César Abreu. Assim, não havendo unanimidade de votos, o julgamento prosseguiu na mesma sessão, consoante previsto no art. 942, § 1º, CPC/2015, sendo então solicitada vista dos autos pelo outro julgador que compõe o órgão colegiado, Des. Gilberto Gomes de Oliveira.

Posteriormente, na sessão realizada em 29 de junho de 2017, o Des. Gilberto Gomes de Oliveira acompanhou o entendimento defendido pelo Des. Rodolfo Tridapalli, subsistindo, portanto, empate na votação: 2 votos no sentido de dar provimento ao recurso de apelação dos Réus para julgar improcedente o pedido anulatório por ausência de vício de consentimento e 2 votos para negar provimento e manter a sentença que anulou o negócio jurídico, todavia, por fundamento diverso, ou seja, a ocorrência de dolo.

Diante disso, foi convocado o Des. Luiz Antônio Zanini Fornerolli para participar do julgamento estendido, que, por sua vez, também solicitou vista dos autos para melhor analisar a controvérsia.

Em sessão realizada em 10 de agosto de 2017, proferiu seu voto o quinto julgador convocado, no sentido de negar provimento ao apelo, contudo, abraçando a tese da sentença recorrida (ausência de outorga uxória), há muito já superada, por unanimidade, pelos votos dos quatro julgadores que compõem originariamente o colegiado.

Assim sendo, inaugurou-se uma nova controvérsia, qual seja, se os Magistrados convocados nos termos do art. 942 da Lei Processual Civil poderiam reapreciar as questões já decididas e pacificadas pelo colegiado, em que não há dissenso (teses rejeitadas por unanimidade), ou, se o prosseguimento do julgamento está restrito à matéria objeto de divergência, *in casu*, a ocorrência de vício de consentimento capaz de

anular o negócio jurídico.

Defendeu o Des. Luiz Antônio Zanini Fornerolli a possibilidade de examinar toda a matéria controvertida, inclusive aquelas teses e fundamentos já rejeitados por unanimidade. Entendeu Sua Excelência que a incidência da regra do art. 942 do CPC “somente redundava na interrupção do julgamento, que prossegue com quórum ampliado, não condicionado às divergências que o justificaram, ressaltando assim, a possibilidade de os julgadores convocados tratarem de todos os pontos, assim como aqueles que já votaram revisarem seus votos, uma vez tão só interrompido, e não encerrado.”

De fato, como a técnica de julgamento prevista no art. 942 é uma inovação trazida pelo Código de Processo Civil de 2015, dúvidas têm surgido no âmbito dos Tribunais, cabendo à doutrina e à jurisprudência a função de dirimi-las e de delinear um norte a ser seguido. No entanto, dada a recente entrada em vigor da Lei Processual Civil, a discussão ainda se encontra em fase de amadurecimento, sem que haja consenso entre os processualistas e Tribunais.

Após pesquisa exaustiva acerca do tema (Arruda Alvim, Araken de Assis, Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery, Cassio Scarpinella Bueno, Teresa Arruda Alvim Wambier, Fabrício Bittencourt da Cruz e Walter Godoy dos Santos, Daniel Amorim Assumpção, José Miguel Garcia Medina, Humberto Theodoro Júnior, Carlos Henrique Bezerra Leita, Guilherme Rizzo Amaral, Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero, Freddie Didier Jr. e Leonardo Carneiro da Cunha, Alexandre Freitas Câmara, Júlio César Goulart Lanes, Zulmar Duarte de Oliveira Júnior, José Rogério Cruz e Tucci, Lenio Luiz Streck, Dierle Nunes, Hermes Zaneti Jr., Giselle Santos Couy, Francisco Barros Dias, dentre outros), verificou-se que os poucos doutrinadores que abordam a matéria, divergem.

Na linha defendida pelo nobre colega, Des. Luiz Antônio Zanini

Fornerolli, destacamos Fredie Didier Júnior e Leonardo Carneiro da Cunha, cujas lições já citadas na última sessão de julgamento, transcrevem-se abaixo:

Justamente por não ser um recurso, a ampliação do julgamento prevista no art. 942 do CPC não tem “efeito devolutivo”. Significa que os novos julgadores, convocados para que o julgamento tenha prosseguimento, não estão limitados a decidir sobre o ponto divergente. O julgamento está em aberto, não se tendo encerrado. Quem já votou pode alterar seu voto e quem foi convocado pode decidir sobre tudo que está pendente de deliberação definitiva. Se o julgador que já proferiu o voto afastar-se ou for substituído, não poderá ter seu voto alterado (CPC, art. 941, § 1º).

O julgamento não se encerrou e prosseguirá com uma composição ampliada. Todos os julgadores devem examinar os pontos controvertidos e apreciar toda a controvérsia, para que, então, se possa encerrar o julgamento. Haverá ampliação da composição e, igualmente, ampliação do debate, com um resultado mais maduro, fruto de discussão que contou com mais outros julgadores (Curso de direito processual civil: meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais. 14 ed. V. 3. Salvador: Editora Juspodivm, 2017. P. 95).

Nesse sentido, Zulmar Duarte de Oliveira Júnior manifesta-se:

Ao perder a feição de recurso (embargos infringentes), passando a ser uma técnica de julgamento, a iniciativa de fazer prevalecer o voto vencido deixou de ser um poder da parte (recursal), para ser um dever/poder do magistrado, Igualmente, como se retoma o julgamento, nada do que foi decidido antes, ainda que por unanimidade, fica preservado. A técnica de julgamento em apreço não devolve nada ao órgão julgador recursal ampliado, tampouco limita o âmbito de devolução do recurso anteriormente interposto (...). O que há é a ampliação do órgão julgador para o exame do recurso anteriormente interposto, ou da ação proposta, nos limites da devolução inerente ao próprio recurso, bem como da causa de pedir e pedido da rescisória. Logo, o todo do recurso ou da ação é analisado, ainda que sobre determinadas questões não houvesse dissenso anteriormente. Sem sombra de dúvida, essa nova impoção do tema revela um acentuado viés de interesse público na discussão do voto

vencido. (Execução e recursos: comentários ao CPC 2015/Fernando da Fonseca Gajardoni... [et.al.]; 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017. p. 678-679).

Todavia, por maioria de votos, entendeu esta Colenda Quarta Câmara que os Julgadores convocados para ampliar o quórum da decisão e, em tese, possibilitar a inversão do resultado inicial, somente estão autorizados a analisar os pontos em que não houver unanimidade.

Primordialmente, não se pode descurar que a nova técnica de julgamento – nominada de julgamento estendido ou ampliado pela doutrina – veio em substituição dos embargos infringentes, e, a exemplo do que ocorria na vigência do Código anterior, limitando a cognição ao objeto de divergência.

Vale lembrar, mesmo com brevidade, a evolução histórica dos embargos infringentes, que, em 2001, através da Lei n. 10.352, teve seu espectro substancialmente reduzido, a fim de que o seu cabimento ficasse adstrito aos acórdãos não unânimes em reforma de sentença de mérito ou julgamento procedente de rescisória, ficando restrita a cognição à matéria objeto da divergência (art. 530, CPC/73).

Mesmo com a redução do espectro cognitivo dos embargos infringentes, boa parte da doutrina continuava criticando a existência desse recurso por razões diversas, sendo que, durante todo o movimento reformista, então liderado pelos saudosos Mestres e Ministros, Athos Gusmão Carneiro e Sálvio de Figueiredo Teixeira, estava prestes a ser a ser banido do Sistema Instrumental, resistência esta que se manteve, inclusive, durante o processo de elaboração legislativa do CPC/2015.

Após longos debates, a comissão de juristas responsável pela implantação do novo Diploma Instrumental chegou a uma via de meio, qual seja, banir os embargos infringentes, e, em seu lugar, inserir o instituto do julgamento estendido, muito mais simples, ágil e voltado à efetividade do processo em tempo razoável (art. 4º, CPC/2015).

Assim, o instituto jurídico definido no art. 942 do CPC/2015 não é um recurso ou meio de impugnação, mas simples e tão somente o prosseguimento de uma sessão de julgamento com a formação de quórum qualificado, ou seja, com a presença de julgadores em número suficiente para inverter o resultado inicial.

Portanto, o ponto de partida para o prosseguimento da sessão de julgamento é, como diz a própria norma, “quando o resultado da apelação for não unânime” (art. 942, *caput*, 1ª parte). Em outras palavras, prossegue o julgamento com quórum qualificado tendo como origem o resultado da votação em que se verifica a ausência de unanimidade.

No caso em exame, a Câmara já havia rejeitado, precedentemente, em julgamento estendido iniciado com a presença do Des. Gilberto Gomes de Oliveira (4º Membro da Câmara), diversas teses objeto do recurso, ficando empatada a votação (2x2) apenas acerca da tese referente à existência ou inexistência de vício de consentimento, capaz de anular o negócio jurídico em voga.

Esse, por entendimento majoritário, foi o espectro de cognição conferido ao julgamento estendido, sem qualquer possibilidade de opção de acolhimento pelo Quinto Julgador convocado das teses já superadas em votação precedente, sob pena de eternizar-se o debate.

Não é porque o § 2º do art. 942 do CPC/2015 diz que os julgadores que já votaram poderão rever os seus votos, por ocasião do prosseguimento do julgamento, que tal assertiva leva à conclusão de que o espectro de cognição não esteja restrita ao objeto da divergência.

A lei não precisava repetir no § 2º do art. 942 do CPC/2015 o que acabara de dizer, exatamente, no §1º do dispositivo anterior. Por certo, até proclamado o julgamento, os Magistrados que já tiverem votado poderão modificar o seu entendimento, tanto em relação à matéria adstrita ao objeto da divergência, quanto em relação às teses já superadas.

Portanto, a imperativa continuidade do julgamento visa ao aprofundamento da matéria discutida e a respeito da qual não se teve unanimidade, não podendo representar um atraso da solução do conflito, ao permitir discussões sobre temas já pacificadas, cujo debate seria inócuo e não mudaria o resultado do julgamento da apelação.

Em outros termos, sob pena de configurar ofensa aos princípios da celeridade e da economia processual, em nada adiantaria os julgadores convocados manifestarem-se sobre os pontos em que não há dissenso, tendo em vista que, mesmo votando em sentido contrário, ainda ficariam em número inferior, não alterando a conclusão acerca da matéria pacificada.

Esse também é o entendimento do renomado doutrinador José Rogério Cruz e Tucci:

Considero, a propósito, fundamental para o entendimento da técnica agora vigente, o primoroso estudo de Pontes de Miranda (*Embargos, Prejulgado e Revista no Direito Processual Brasileiro*, 2ª tiragem, Rio de Janeiro, A. Coelho Branco Filho Ed., 1937, p. 122-123), sendo oportuno transcrever o seguinte trecho:

“A sentença de primeira instância constituía valor que devia ser levado em conta, ainda quando a instância superior a reformasse, no todo ou em parte, se algum voto houve, que a confirmaria. Se, por um lado, tal procedimento do legislador, com prestigiar a decisão de primeira instância, impede novo exame sempre que a instância superior é propensa a confirmar sentenças, verdade é que, diante do texto legal, juiz discrepante, convencido da sua opinião, se esforça por fundamentar, com pormenores e argumentos claros o seu voto vencido, confiante no julgamento dos embargos infringentes. É então que se verifica a verdadeira função político-jurídica do recurso de embargos: estão presentes os juízes vencedores e o juiz vencido, misturados com os juízes que não tomaram parte no julgamento...”.

Assim, ao serem chamados a proferir voto, seja por meio de recurso voluntário (extintos embargos infringentes), seja por força de lei (artigo

942), não há se confundir, como ainda adverte Pontes de Miranda, *retratação* do que ficara decidido por unanimidade, com a *devolução* da matéria objeto da divergência.

É que a questão já julgada por unanimidade não exige e tampouco se justifica a intervenção de outros julgadores, até porque haveria aí inarredável ausência de compreensão da fisiologia da respectiva técnica processual, e, ainda, usurpação do princípio do juiz natural, que prevê um número X de componentes para o julgamento unânime e um número Y para julgar quando configurada divergência sobre algum capítulo da decisão.

Ora, **isso significa que, ampliado o julgamento, com a convocação de outros desembargadores, estes devem proferir voto apenas e tão-somente nos limites da devolutividade, ensejada pela nova técnica contemplada pelo Código de Processo Civil, que se circunscreve ao dissenso estabelecido pelos votos já proferidos**. Desse modo, se, por exemplo, os três magistrados integrantes da turma julgadora reconhecerem a legitimidade passiva do demandado e, assim, afastarem à unanimidade de votos tal preliminar, e, em sequência, dois deles acolherem a arguição de prescrição e um a rejeitar, à luz do disposto no artigo 942, o julgamento da apelação deve ser complementado com a participação de mais dois desembargadores.

A estes, contudo, é vetado o reexame da questão que foi objeto de julgamento unânime, vale dizer, o reconhecimento da *legitimatío ad causam*, inadmitindo-se a retratação no que toca a essa matéria. **Resta-lhes, portanto, nos limites da devolução operada, atinente exclusivamente à divergência, a exemplo do que sucedia no julgamento dos velhos embargos infringentes, examinar e julgar a arguição de prescrição.**

Dúvida não há, a teor do disposto no parágrafo segundo do artigo 942, de que aqueles juízes que já proferiram voto poderão rever o seu próprio entendimento, anteriormente expandido, sobre a matéria que suscitou dissenso. Nesse sentido, não se pode perder de vista que **o denominado julgamento estendido, integrado pelos magistrados originários e pelos convocados, cinge-se à matéria não unânime!**

É verdade que, na prática, quando a extensão do julgamento ocorrer

na mesma sessão, poderá haver certa dificuldade para delimitar a divergência, isto é, o que efetivamente é objeto de decisão do órgão julgador ampliado. Em tal hipótese, **cabe ao desembargador presidente da câmara, antes de dar continuidade ao julgamento, estabelecer, com clareza, a questão ou questões sobre as quais não houve consenso e que, destarte, estão devolvidas à cognição e ao julgamento dos demais integrantes do órgão colegiado.** (*in Limites da devolução da matéria objeto da divergência no julgamento estendido* – publicado em <http://www.conjur.com.br/2017-jan-31/paradoxo-corte-limites-devolucao-materia-divergente-julgamento-estendido> – Grifou-se).

Igual pensamento é defendido por Júlio Cesar Goulart Lanes:

4. Desacordo parcial e a tentativa de otimização da sistemática. A técnica de suspensão de julgamento aqui esmiuçada é desencadeada exatamente pela existência de divergência, aspecto que importa em significativa constatação, a saber: **o prosseguimento do julgamento está restrito à matéria objeto de divergência.**

Ao mesmo tempo, considere-se, por essencial, o fato de que o dispositivo legal é claríssimo ao dispor que o julgamento terá prosseguimento, o que significa compreender estar aberta a possibilidade de toda e qualquer discussão para aqueles julgadores que já votaram. Prerrogativa, aliás, reforçada pelo disposto no parágrafo terceiro de tal dispositivo, uma vez que, também como já dito, está garantida a revisão dos votos antes proferidos, sem menção de qualquer ressalva. Ademais, entende-se que enquanto ausente a proclamação de resultado, julgamento ainda não há.

Sorte diversa é reservada aos desembargadores convocados, os quais, a exemplo do que ocorria na apreciação do recurso de embargos infringentes, estão integrando a nova composição para a confirmação ou a alteração daqueles pontos em que não há unanimidade. Desse modo, em tudo que exista julgamento unânime, não estão autorizados a novos votos.

Pode-se ir além. Tais votos naquilo que desconhece divergência seriam até mesmo despicientos, pelo simples motivo de que, pensando-se a presença de dois outros julgadores, seria impossível a reversão do resultado já existente. Disso extrai-se, ainda, a recomendação de que a

nova composição seja completada por dois outros membros do tribunal. Isso, muito embora e como pronunciado, a lei não tenha explicitado um número máximo. É uma questão de intuitivo bom senso, tendo-se em conta, por exemplo, a capacidade de julgamento dos tribunais.

Procedimentalmente também merece atenção, ainda que silente a lei em tal sentido, a forte indicação de que antes de votarem os novos integrantes, seja prerrogativa dos julgadores antecessores, depois de facultado o momento para as sustentações orais, a possibilidade de proferirem a alteração de seus votos. Na hipótese, reafirme-se: eventual alteração não encontra limitação quanto à matéria. O julgamento somente está prosseguindo. Exatamente por isso, eventual reformulação deverá ser sempre prioritária aos novos votos.

É que poderá ocorrer de um ponto que era unânime acabar divergente, quando, então, se tornará imperativa a apreciação, no particular, dos julgadores convocados. Não é só. A própria continuação da sessão de prosseguimento pode ser afetada, quando, por exemplo, a divergência desaparece antes da participação dos desembargadores chamados. **Assim, realizadas as sustentações orais, primeiro resolve-se qual ou quais são os pontos decididos por maioria de votos, para somente aí serem cabíveis os novos votos.** (Breves comentários ao novo código de processo civil/coordenadores Teresa Arruda Alvim Wambier... [et al.]. 2ª ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 2016. p. 2.202 – Grifou-se).

Diante do acima explanado, definiu-se, por maioria de votos, que a solução que melhor se harmoniza com a nova técnica trazida com o art. 942 do Código de Processo Civil de 2015 é a que limita o voto dos julgadores convocados à matéria não unânime que ensejou o prosseguimento do julgamento, resguardando-se àqueles que já proferiram o voto a possibilidade de rever o seu entendimento anterior.

Feitas essas considerações iniciais sobre matéria de ordem processual apenas para elucidar como o Órgão Fracionário chegou ao resultado final do julgamento da apelação, passa-se à análise do mérito recursal.

2 No mérito

Trata-se de apelação cível interposta pelos Réus Sander Schwarz Heinzen (sobrinho) e Herma Schwarz Heinzen (irmã) contra a sentença prolatada nos autos da ação anulatória ajuizada por Araci Lipinsky (companheira), que acolheu o pedido inicial e “declarou nula” a escritura pública de compra e venda do imóvel matriculado sob o n. 08.301, registrado no Cartório de Imóveis de São Bento do Sul, firmada entre o companheiro da Autora, Paulo Gustavo Schwarz (falecido), coproprietário do bem, e o Requerido, à época menor impúbere, representado por sua genitora, também Requerida, ante a inexistência de outorga uxória.

Sustentaram os Apelantes a desnecessidade de outorga uxória, por ser a união estável informal, não podendo ser oposta a terceiros de boa-fé, bem como por ter sido o bem adquirido antes do início da relação.

Assiste razão aos Apelantes em relação a um dos fundamentos invocados nas razões recursais para defender a desnecessidade de outorga uxória. Todavia, antes de proceder-se a sua apreciação, mister se faz abordar a prejudicial de mérito suscitada nos autos.

No que tange à pretensão anulatória em questão, o prazo decadencial estabelecido no então Código Civil de 1916 (aplicável ao caso), em que pese tratado como prescricional, era de quatro anos (mantido na Lei atual). Entretanto, tratando-se de demanda ajuizada por terceiro prejudicado (companheira), a data do conhecimento do vício que supostamente macula o negócio jurídico é considerada como *dies a quo* para contagem do prazo decadencial.

Nessa toada, Arnaldo Rizzardo, Arnaldo Rizzardo Filho e Carine Ardissonne Rizzardo, citando também Humberto Theodoro Júnior, ao comentarem a norma hoje vigente, afirmam:

O prazo restringe-se àqueles que participaram do negócio. Não comporta estender a decadência para terceiros, porquanto possível que sequer tenham ficado cientes do vício de consentimento.

Normalmente, parte-se do dia do término da prática do ato viciado, que, na prática envolve o momento de sua realização, ou, quanto aos atos dos incapazes, do dia da cessação da incapacidade. Humberto Theodoro Júnior aduz, quanto às hipóteses do inc. II do art. 178: “A contagem do prazo do art. 178, II, segue sempre a mesma regra, isto é, conta-se da data do aperfeiçoamento do negócio, pouco importando se o erro se deu por declaração direta do contratante ou se deveu o ato de mensageiro, defeito de instrumento ou falha de pessoa intermediária. A situação não muda se o caso for de erro obstativo ou de erro vício”. (Prescrição e decadência. Rio de Janeiro: forense, 2015. p. 481).

Dessa forma, tendo a Demandante ciência da existência do contrato apenas após o falecimento do seu companheiro, em 3 de junho de 2014, a pretensão não está fulminada pela decadência, razão pela qual se passa a analisar o mérito recursal propriamente dito.

Da análise dos autos, verifica-se que o imóvel objeto de contrato compra e venda formalizado por meio de escritura pública, o qual pretende a Demandante anular, foi adquirido por Paulo Gustavo Schwarz (companheiro da Autora) e sua irmã Herma Schwarz (Requerida), em data de 5 de fevereiro de 1.985, consoante informação constante da matrícula do bem (fl. 30).

A existência da união estável entre a Autora e o de cujus, bem como o ano em que se iniciou (1992), é fato incontroverso nos autos, pois a alegação inicial não foi contestada pelos Requeridos, que admitiram a publicidade da relação. Embora defendam os Réus que a união estável era informal, isso não interfere na exigência ou não da outorga uxória para a validade do negócio, uma vez que a Constituição Federal e a Legislação Civil que trata da matéria não elencaram a formalidade como requisito necessário para o reconhecimento da união estável como entidade familiar equiparada ao casamento, instituto em que a formalidade é, por outro lado, essencial.

Dito isso, anota-se que a escritura de compra e venda do bem, cuja

anulação é o que se busca na presente demanda, firmada entre Paulo Gustavo Schwarz, companheiro falecido da Autora, e o seu sobrinho Sander Gustavo Schwarz (Réu), à época menor impúbere, representado por sua genitora e coproprietária do imóvel, Herma Schwarz, também Requerida, foi lavrada em 20 de junho de 1997, ou seja, cinco anos após o termo inicial da união estável.

Assim, da cronologia dos fatos acima apresentada, obtém-se as seguintes conclusões: o bem imóvel em questão foi adquirido pelo de cujus em momento anterior ao início da união estável, cuja existência é incontroversa nos autos, e sua alienação, por meio de escritura pública, foi realizada durante o período de convivência do casal.

É cediço que a Constituição Federal de 1988 assegurou àqueles que vivem em união estável a mesma proteção jurídica conferida aos cônjuges durante o casamento, sendo aplicável às relações patrimoniais, no que couber, as regras da comunhão parcial de bens (art. 1.725 do CC/2002 e art. 5º da Lei 9.278/96, então vigente), em caso de silêncio dos companheiros acerca da adoção de outro regime.

Verifica-se inexistir atualmente unanimidade na doutrina e na jurisprudência sobre a necessidade da autorização de um dos companheiros para a alienação de bens imóveis durante a constância da união estável, da mesma forma em que é exigida pela norma legal para qualquer dos cônjuges durante o casamento, exceto quando o regime for da separação absoluta, a teor do art. 1.647 do CC/2002.

Todavia, os civilistas pesquisados, que defendem a necessidade da outorga do companheiro, exigem-na para a alienação de bens comuns, ou seja, daqueles adquiridos na constância da união estável. Defendem essa linha de entendimento, a exemplo, Regina Beatriz Tavares da Silva, Carlos Roberto Gonçalves, Zeno Veloso, Álvaro Villaça Azevedo, e Maria Berenice Dias.

Se a questão é tormentosa sob a égide do atual Código Civil, mais

ainda era na vigência da Lei Civil de 1916 – aplicável ao caso em discussão –, que exigia a outorga uxória para qualquer que fosse o regime de bens adotado no casamento, conforme prescrevia o seu art. 235, e, ainda, quando não havia regulamentação adequada dos direitos patrimoniais da união estável, causando diversas dúvidas ao discutir-se a possibilidade de anulação do negócio jurídico de alienação de bem imóvel praticado sem o consentimento do companheiro.

Nesse sentido, destaca Regina Beatriz Tavares da Silva, na obra em coautoria com o saudoso Washington de Barros Monteiro:

Outras regras cabíveis na união estável, dentre as referidas disposições gerais, são aquelas referentes à administração de bens, em que se destaca a proibição de alienação de bem imóvel, assim como a constituição de gravame de direito real sobre bem imóvel sem o consentimento do consorte, a não ser que seja escolhido ou imposto por lei o regime de separação absoluta (art. 1.647), sob pena de anulação do ato praticado (art. 1.649). Note-se que a Lei n. 9.278/96, que não regulamentava de forma adequada os efeitos patrimoniais da união estável, causava dúvidas quanto àquela vedação, de modo que não oferecia a devida proteção aos companheiros; se ocorresse a venda de imóvel comum por um dos companheiros, sem o consentimento do outro, a questão era polêmica e poderia resolver-se por meio de indenização por perdas e danos, o que nem sempre trazia a devida reparação, já que ineficaz a respectiva condenação no caso de o lesante não ter patrimônio para responder pela indenização fixada. (Curso de direito civil, 2: direito de família. 41 ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 80-81).

Por outro lado, doutrinadores de peso fazem coro ao grupo daqueles que defendem a dispensabilidade da outorga uxória ao companheiro para a alienação dos bens comuns, em que pese a vigente normatização acerca dos efeitos patrimoniais da união estável (art. 1.725 do Código Civil/2002).

Flávio Tartuce destaca:

Debate importante, a partir dessa última, é saber se há ou não a exigência

de outorga dos companheiros no caso de alienação de bem imóvel, ou ainda, para se prestar fiança ou aval, nos moldes do que exige, para o casamento, o art. 1.647 do CC/2002, sob pena de anulabilidade do ato correspondente (art. 1.649 do CC/2002).

Dessa forma, para uma *primeira corrente*, a outorga só pode ser exigida dos cônjuges e não dos companheiros por se tratar de norma restritiva de direitos que não comporta interpretação extensiva ou analogia. Por essa linha, a outorga só pode ser exigida por expressa previsão legal, o que não se verifica no tocante à união estável. Esse é o entendimento do presente autor, mesmo existindo contrato de convivência entre as partes, inclusive celebrado por escritura pública. (...) (Flávio Tartuce. Direito civil, v. 5: direito de família. 10 ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015. p. 328).

Na mesma linha, Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosendal, citando Euclides de Oliveira:

Outra situação digna de nota é a *desnecessidade da outorga do companheiro para a alienação ou oneração de bens imóveis, bem assim como para a fiança e o aval*, exigível das pessoas casadas (CC, art. 1.647). Nesse mesmo diapasão, *Euclides de Oliveira* também afirma não ser exigível nas uniões convencionais a “autorização do companheiro para a alienação dos bens imóveis e outros gravosos ao patrimônio comum”.

Essa desnecessidade de outorga na união estável se justifica por diferentes razões. *Primus*, porque se tratando de regra restritiva à disposição de direitos, submete-se a uma interpretação restritiva, dependendo de expressa previsão legal. *Secundus*, pois a união estável é uma união fática, não produzindo efeitos em relação a terceiros. *Tertius*, e principalmente, em face da premente necessidade de proteção do terceiro adquirente de boa-fé, que veio a adquirir um imóvel sem ter ciência (e não há como se exigir dele) que o alienante havia adquirido o imóvel na constância de uma união estável. Por tudo isso, se um dos companheiros aliena (ou onera) imóvel que pertence ao casal, mas que está registrado somente em seu nome, sem o consentimento de seu parceiro, o terceiro adquirente, de boa-fé (subjativa), está protegido, não sendo possível anular o negócio jurídico. No caso, o companheiro preterido poderá reclamar a sua meação, através de ação dirigida contra o seu comunheiro/alienante, mas

nada podendo reclamar do terceiro. (Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald. Curso de direito civil. v. 6. 7ª ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Editora Atlas, 2015. p. 479-480).

Rolf Madaleno, citando Francisco Cahali e Luís Cotrim Guimarães:

Francisco Cahali já cuidou do tema pertinente à dispensa de autorização da outorga do convivente para a venda de imóvel. Ao contrário da união estável, onde a legislação é totalmente omissa, na instituição matrimonial, o artigo 1.647 do Código Civil condiciona a autorização do outro cônjuge para alienar ou gravar de ônus real os bens imóveis; (...).

Causa estranheza não ter o legislador se movimentado na busca de alguma fórmula de proteção do patrimônio da família constituída pela informalidade da união estável. Talvez preocupado em não engessar a circulação dos bens daquele que vive na clandestinidade dos registros públicos, porque a confirmação pública de sua união depende da declaração judicial de sua existência; embora nada realmente impeça que os conviventes possam averbar no álbum imobiliário seu contrato de união estável (CC, art. 1.725), enquanto no casamento há o precedente registro oficial da relação, na união estável não há esta exigência e, portanto, nada evita a fraudulenta venda dos bens comuns.

Curiosa desigualdade, pois a outorga no casamento é condição de validade do negócio jurídico, e na união estável não há similar cautela, deslocando-se a discussão para a área da indenização por perdas e danos, capaz de gerar com a sua procedência o ressarcimento em dinheiro, ou a compensação com outro bem, só sendo cogitada da anulação da venda se restar demonstrada a má-fé do terceiro comprador, por haver atuado no cenário fraudulento como testa de ferro convivente vendedor.

No casamento o negócio sequer se consolida sem o consentimento do cônjuge, enquanto na união estável a mera omissão da existência da convivência pelo vendedor, e desconhecendo o comprador a união estável, convalida a venda em detrimento do parceiro ludibriado pela ligeireza de seu convivente em se desfazer do imóvel.

Luís Cotrim Guimarães observa ser a outorga conjugal uma formal solenidade, essencial à validade do negócio jurídico, sem ser fundamental à validade da alienação imobiliária feita por convivente. (...)

Exatamente pela falta de previsão legal, remata Luís Paulo Cotrim Guimarães não ser possível pretender invalidar negócio jurídico de venda de imóvel por convivente que se ressente de colher o assentimento de seu parceiro estável. (Rolf Madaleno. Curso de direito de família. 6ª ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 888-890).

Entretanto, a par dessas discussões, entendemos ser necessária a outorga uxória somente para alienação de bens imóveis adquiridos na constância da união estável, quando houver registro oficial averbado no cartório imobiliário ou a relação for de conhecimento do terceiro adquirente, que não poderá ser, entretanto, prejudicado com a anulação da avença quando imbuído de boa-fé.

Porém, em nenhuma hipótese, vislumbra-se a exigibilidade de autorização do companheiro para a venda de bem imóvel particular de um dos conviventes (adquirido antes da constância da união), pois a administração desse patrimônio cabe exclusivamente ao seu titular.

É o que ressalta Rolf Madaleno:

Incontroverso existir no âmbito da união estável e em contrapartida ao casamento uma irrestrita liberdade dos conviventes na disposição de seus bens particulares e comuns, bastando não se tratem de imóveis adquiridos em condomínio, pois este é averbado no Registro de Imóveis. Mas, não existindo condomínio, “inexiste qualquer restrição ao proprietário para a alienação ou imposição de ônus real imobiliário, dispensada a anuência e concordância do seu companheiro, independentemente de tratar-se de bem exclusivo do titular, ou com participação do outro em decorrência da presunção legal ou contratual”. ((Rolf Madaleno. Curso de direito de família. 6ª ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p.888).

Na mesma toada, Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald:

Outrossim, aplicável às relações patrimoniais decorrentes da união estável, *no que couber*, as regras da comunhão parcial, conclui-se, com facilidade, que *a administração do patrimônio comum* pertencerá, por óbvio, a qualquer dos companheiros, diferentemente dos bens particulares, que serão administrados somente pelo próprio titular (CC, art. 1.663).

(Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosendal. Curso de direito civil. v. 6. 7ª ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Editora Atlas, 2015. p. 478).

Destarte, não se verifica a possibilidade de invalidar-se o negócio jurídico em questão pela ausência de outorga uxória da Autora; porém, nada obstante afastada a tese acolhida pelo Magistrado de primeiro grau, faz-se necessário analisar os demais fundamentos utilizados pela parte demandante.

Da leitura da peça inicial, observa-se que o pedido de declaração de nulidade ou anulação da escritura pública funda-se também nos arts. 166, IV, V, e VI, e 167, §1º, I e II, ambos do Código Civil de 2002.

Em que pese tenha a Autora fundamentado o pleito exordial na Lei Civil de 2002, verifica-se que o contrato que se pretende anular foi firmado em 1997, ou seja, sob a égide da Código Civil de 1916. Portanto, analisar-se-á a pretensão com fulcro nos arts. 145, 147 e 102 do Diploma revogado.

Primeiramente, aduz a Autora que o negócio jurídico em tela não observou requisito indispensável a sua validade, seja a outorga uxória – alegação já afastada –, e, ainda, omitiu informação atinente do estado civil do vendedor (união estável).

De acordo com o art. 145 do Código Civil de 1916, o ato jurídico é nulo quando praticado por pessoa absolutamente incapaz; for ilícito ou impossível o seu objeto; o motivo determinante, comum a ambas as partes, for ilícito; não revestir a forma prescrita em lei; for preterida alguma solenidade que a lei considere essencial para a sua validade; a lei taxativamente o declarar nulo ou negar-lhe efeito.

Contudo, a ausência de indicação na escritura pública acerca do fato de estar o vendedor do imóvel vivendo em regime de união estável não caracteriza nenhum dos vícios acima elencados, considerados como causas de nulidade, por todos os motivos já acima debatidos acerca da

dispensabilidade da outorga uxória no presente caso.

Também não se vislumbra qualquer vício formal na escritura pública, uma vez que os requisitos previstos no art. 134 do Código Civil de 1916 foram observados:

Art. 134. É, outro sim, da substância do ato o instrumento público: (...)

II - Nos contratos constitutivos ou translativos de direitos reais sobre imóveis de valor superior a Cr\$50.000,00 (cinquenta mil cruzeiros), excetuado o penhor agrícola.

§ 1º - A escritura pública, lavrada em notas de tabelião, é documento dotado de fé pública, fazendo prova plena, e, além de outros requisitos previstos em lei especial, deve conter:

a) data e lugar de sua realização; http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1980-1988/L6952.htm

b) reconhecimento da identidade e capacidade das partes e de quantos hajam comparecido ao ato;

c) nome, nacionalidade, estado civil, profissão, domicílio e residência das partes e demais comparecentes, com a indicação, quando necessário, do regime de bens do casamento, nome do cônjuge e filiação;

d) manifestação da vontade das partes e dos intervenientes;

e) declaração de ter sido lida às partes e demais comparecentes, ou de que todos a leram;

f) assinatura das partes e dos demais comparecentes, bem como a do tabelião, encerrando o ato.

§ 2º - Se algum comparecente não puder ou não souber assinar, outra pessoa capaz assinará por ele, a seu rogo.

§ 3º - A escritura será redigida em língua nacional.

§ 4º - Se qualquer dos comparecentes não souber a língua nacional e o tabelião não entender o idioma em que se expressa, deverá comparecer tradutor público para servir de intérprete ou, não o havendo na localidade, outra pessoa capaz, que, a juízo do tabelião, tenha idoneidade

e conhecimentos bastantes.

§ 5º - Se algum dos comparecentes não for conhecido do tabelião, nem puder identificar-se por documento, deverão participar do ato pelo menos 2 (duas) testemunhas que o conheçam e atestem sua identidade.

§ 6º - O valor previsto no inciso II deste artigo será reajustado em janeiro de cada ano, em função da variação nominal das Obrigações Reajustáveis do Tesouro Nacional - ORTN (Lei nº 6.423, de 17 de junho de 1977).

Nessa toada, colhe-se decisão desta Colenda Quarta Câmara:

ANULATÓRIA DE ATO JURÍDICO. ESCRITURA PÚBLICA DE COMPRA E VENDA DE IMÓVEL E RESPECTIVO REGISTRO IMOBILIÁRIO. VÍCIOS DE CONSENTIMENTO (DOLO E ERRO SUBSTANCIAL) NÃO DEMONSTRADOS. PROVA TESTEMUNHAL QUE APONTA A HIGIDEZ DA NEGOCIAÇÃO. INABALADA PRESUNÇÃO DE VERACIDADE E AUTENTICIDADE DOS DOCUMENTOS PÚBLICOS ELABORADOS POR TABELIÃO OFICIAL. RECURSO IMPROVIDO. Em sede de ação anulatória de ato jurídico, na ausência de prova cabal quanto a existência de erro ou dolo a inquinar o negócio jurídico celebrado entre partes maiores e capazes, deve prevalecer a presunção de autenticidade e veracidade das informações contidas na respectiva escritura pública de compra e venda, lavrada regularmente por tabelião oficial cuja fé pública, como se sabe, é legalmente presumida. (TJSC, Apelação Cível n. 2012.070993-0, de Jaguaruna, rel. Des. Eládio Torret Rocha, j. 21-02-2013).

Com relação à alegação de simulação, destaca-se que, sob a vigência do Código Civil de 1916, era considerada causa de anulabilidade do ato jurídico (art. 147, II, CC/1916), e não de nulidade.

Ademais, embora tenha a Demandante alegado a existência de simulação, para que esta se configure é necessária a existência de conluio entre os contratantes, criando para terceiros uma falsa percepção do negócio, o que sequer afirmou ter ocorrido. E, dos fatos narrados na inicial, constata-se que, na verdade, a Autora imputa a prática de dolo

pela parte Ré, pois em diversas passagens afirma que a Requerida “enganou” seu irmão (companheiro da Autora), idoso com 68 anos de idade e semianalfabeto/analfabeto funcional, para que transferisse todo o seu patrimônio, sem ter o de cujus ciência do que havia efetivamente assinado.

Segundo a doutrina de Arnaldo Rizzardo:

O dolo consiste “em manobras ou maquinações feitas com o propósito de obter uma declaração de vontade que não seria emitida se o declarante não fosse enganado”. A pessoa é levada ao erro por inexato conhecimento da situação de fato em razão de ação de um terceiro, no que aprofunda-se Emílio Betti: “O erro na motivação do querer – isto é, o inexato conhecimento da situação de fato com base na qual a vontade se determina à celebração de um negócio, que de outro modo não teria sido celebrado ou que o teria sido em condições diferentes – pode ser, em vez de espontâneo, provocado por engano alheio (dolo)”. É o erro intencionalmente provocado. Instigado pela intenção de enganar, o autor mune-se da vontade de induzir o outro ao erro, usando de artifícios não grosseiros ou perceptíveis a prima facie. Busca o prejuízo do induzido ou *deceptus* e o proveito próprio ou de terceiros.

(...)

A vítima comete um erro provocado intencionalmente pela outra parte ou por terceiro. Está inerente a má-fé daquele que retira vantagem. Conclui-se que dois os ingredientes da figura: o erro do induzido e a má-fé daquele que induz. Mais desenvolvidamente, ou pormenorizados, eis os requisitos para a configuração do dolo: a intenção do agente de induzir a vítima a emitir uma declaração de vontade; a gravidade dos artifícios ou manobras que levam a emitir a vontade; que a declaração de vontade tenha como causa tais artifícios; que provenham os mesmos do agente provocador; e que induzem a realizar uma declaração que traga prejuízo. (Parte Geral do Código Civil: Lei nº 10.406, de 10.01.2002, 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 481).

Portanto, *in casu*, sustenta a Autora a invalidade do negócio jurídico em razão do dolo da Ré, representante do adquirente do imóvel e irmã

do vendedor, sob o argumento de tê-lo induzido em erro, sem que tivesse total consciência do ato, estando desacompanhado de qualquer familiar ou mesmo de testemunhas, sobretudo porque se tratava de pessoa idosa e semianalfabeta.

Assim, objetiva anular o negócio nos termos do art. 147, inciso II, do Código Civil de 1916, *in verbis*: “Art. 147. É anulável o ato jurídico: (...) II. Por vício resultante de erro, dolo, coação, simulação, ou fraude (art. 86 a 113)”.

Da leitura da norma transcrita, é possível extrair a conclusão lógica de que o legislador, ao possibilitar a anulação de atos jurídicos ante a ocorrência dessas modalidades de vício, procurou tutelar a manifestação de vontade consciente das partes e a manutenção dos negócios e, nessa linha, além dos requisitos formais e relativos à licitude do objeto, pretendeu resguardar como essencial à validade do ato jurídico a livre e consciente manifestação de vontade, sob pena de considerar defeituoso o ato e lhe imputar a anulabilidade.

Sobre a manifestação da vontade, colhe-se dos ensinamentos de Sílvio de Salvo Venosa:

A declaração de vontade é elemento essencial do negócio jurídico. É seu pressuposto. Onde não existir pelo menos aparência de declaração de vontade, não poderemos sequer falar de negócio jurídico. A vontade, sua declaração, além de condição de validade, constitui elemento do próprio conceito e, portanto, da própria existência do negócio jurídico (*Direito Civil*: parte geral. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 401).

Ocorre, porém, que inexistem nos autos provas hábeis a comprovar que o intuito da Ré era ludibriar o irmão, companheiro da Autora, ônus que lhe competia, a teor da dicção do art. 333, I, do CPC/1973 – aplicável ao caso –, mormente porque, como é sabido, a boa-fé é presumida.

Analisando-se os documentos carreados ao processado e as testemunhas e informantes ouvidas durante a instrução (fl. 359),

denota-se que a prova produzida pela Autora não indica seguramente a ocorrência do vício alegado (dolo).

Não foi confirmada a informação de que o falecido teria sido enganado quando da assinatura da escritura de compra e venda, ou que era pessoa ignorante, analfabeta ou portadora de qualquer outra condição – principalmente a idade (é época da assinatura tinha 68 anos) – que facilitasse ser induzido em erro. Pelo contrário, ficou evidenciado que o Sr. Paulo Gustavo Schwarz era pessoa esclarecida, lia e escrevia, tendo plena consciência de seus atos e boa relação com os seus familiares.

Werner Weizvierl, testemunha compromissada e não contraditada, conhecido da família do de cujus de muitos anos, por ter morado na cidade de Campo Alegre e frequentar a propriedade em litígio, cujas declarações são as mais esclarecedoras para a solução da controvérsia, afirmou, resumidamente, que o falecido, em uma oportunidade, entre os anos de 2005 e 2006, contou-lhe que, em razão da sua idade e por ter a intenção de manter o imóvel na família, havia transferido o bem para o sobrinho Sander, por quem nutria um carinho maior, por ter perdido o pai precocemente; que esse fato era de conhecimento também de outras pessoas, não era mantido em segredo pelo falecido, mas nunca falou nada sobre a possibilidade de prejudicar a companheira; ouviu falar que outro bem imóvel teria sido adquirido em favor da Autora pelo falecido, talvez com o fruto da venda, para garantia sua moradia, mas não pode comprovar; acredita que a transação do imóvel teria envolvido uma troca de cabeças de gado e não teria sido uma mera doação (depoimento em mídia audiovisual – fl. 359).

As testemunhas Leonildes Hoff e Aldo Carvat, arrolados pela Autora, também confirmaram que o falecido era pessoa esclarecida, mas aduziram não ter conhecimento do contrato que culminou com a transferência da titularidade da parte do imóvel que pertencia ao de cujus, não contribuindo, portanto, para a comprovação ou não do vício.

A testemunha Elenir Piske, também arrolada pela Autora, de quem hoje é cuidadora, conhecia os envolvidos no litígio, principalmente o falecido (amigo antigo de seu pai) e os Réus, com quem trabalhou, e confirmou que, já nessa época, o sobrinho Sander anunciava ser o proprietário das terras que o tio morava, em razão de ele querer que a área ficasse com a família e não com a sua companheira.

Paulo Harry Schmalz, que firmou compromisso de compra e venda com os Réus de parte do imóvel em questão, confirmou que a Demandante e o falecido, por duas vezes, foram anuentes do contrato, pondo sua assinatura, tendo ciência de seu conteúdo. Relata ainda que o de cujus era pessoa muito zelosa e o acompanhou pessoalmente no local do terreno onde seriam feitas as divisas, estando de acordo a venda; mesmo sabedor de que não era mais o proprietário, era consultado e ouvido pelos familiares por ser o mais velho e por eles respeitado.

Dessa forma, diante da inexistência de elementos capazes de comprovar o dolo, deve ser julgado improcedente o pedido de anulação do negócio jurídico por vício de consentimento.

Por fim, cumpre-se analisar a possibilidade de assegurar à Autora, companheira do falecido, com quem manteve uma união estável por mais de 20 anos, o direito real de habitação ao imóvel em questão, que era destinado à residência da família, nos termos do disposto no art. 1.831 do Código Civil.

Em que pese tenha decidido recentemente o Supremo Tribunal Federal, ao analisar os Recursos Extraordinários ns. 646.721 e 878.694, com repercussão geral reconhecida, ser inconstitucional o art. 1.790 do Código Civil, que estabelece diferenciação dos direitos de cônjuges e companheiros para fins sucessórios, a questão aqui passa ao largo dessa discussão.

Não há dúvidas de que, na linha do entendimento pacificado pela Corte Suprema, defendendo o tratamento igualitário entre cônjuges e

companheiros no que tange aos direitos sucessórios, o direito real de habitação conferido ao cônjuge sobrevivente deve também ser aplicado ao companheiro.

Porém, para que esse direito possa ser conferido, alguns requisitos devem ser preenchidos, dentre eles que o imóvel destinado à residência da família seja o único daquela natureza a inventariar (parte final do art. 1831, CC), o que, *in casu*, não se verifica, tendo em vista que o bem não é mais de propriedade do de cujus e, portanto, não será inventariado.

Segundo leciona Zeno Veloso:

“(...) o requisito legal é o de que o imóvel residencial seja o único dessa natureza a inventariar. Se existirem outros bens imóveis da mesma natureza no espólio, que possam ser utilizados para a moradia do cônjuge sobrevivente, não incide o aludido direito real de habitação” (Código civil comentado/coordenadora Regina Beatriz Tavares da Silva. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p.1936).

Portanto, não se vislumbra possibilidade de assegurar-se à Autora o direito real de habitação pretendido quando o imóvel em que residia o casal é de propriedade de terceiro (Réu) e não será objeto de partilha em ação de inventário. Contudo, isso não significa que a Autora tenha que desocupar imediatamente o imóvel, o que dependerá de demanda a ser proposta pelos titulares do domínio e, sendo ela possuidora de boa-fé, poderá postular direito de retenção e indenização pelas benfeitorias realizadas na moradia e tudo mais que foi incorporado ao terreno (sementes, frutos, árvores), fruto do trabalho do casal na lavoura, e, até mesmo, alegar usucapião como matéria de defesa.

Diante do exposto, dá-se provimento ao recurso de apelação interposto pelos Réus, a fim de julgar improcedentes os pedidos iniciais (anulação de negócio jurídico e concessão de direito real de habitação).

Invertem-se os ônus da sucumbência e condena-se a Autora ao pagamento das despesas processuais e honorários advocatícios, arbitrados

no valor de R\$ 3.000,00, com fulcro no art. 20, § 4º, do CPC/1973, aplicável ao caso, suspensa a exigibilidade da verba sucumbencial por força do disposto no art. 12 da Lei n. 1.060/50.

É o voto.

Apelação Cível Nº 0300916-50.2014.8.24.0058

Voto Vencedor do Exmo. Sr. Des. César Abreu

Nada a declarar, haja vista que meu posicionamento foi conforme ao do eminente relator designado para o acórdão, estando, inclusive, minudenciados os fundamentos do meu convencimento.

Cesar Abreu
Desembargador

Apelação Cível nº 0300916-50.2014.8.24.0058

Declaração de voto vencido do Exmo. Sr. Des. Gilberto Gomes de Oliveira

I. Recebi os autos na data de hoje.

II. RELATÓRIO

Trata-se de ação de nulidade de escritura pública de compra e venda proposta, no Juízo de Direito da 1ª Vara de São Bento do Sul, por Araci Lipinsky contra Sander Schwarz Heizen e Herma Schwarz Heizen.

Em breve síntese, a parte autora narrou, na inicial, que conviveu em união estável por 22 anos com Paulo Gustavo Schwarz e que, desde o início desta relação, residiram no terreno rural de Paulo, uma área com

359.346,50 m² inserida em uma área maior, com 718.694,00 m², onde trabalharam com agricultura e onde construíram uma casa de madeira.

Expôs que Paulo Gustavo Schwarz faleceu em 03 de junho de 2014 e, ao se dirigir ao respectivo cartório de Registro de Imóveis para obter os documentos necessários para promover o inventário, tomou conhecimento que o referido imóvel (359.346,50 m²) foi transferido, por contrato de compra e venda, em 20 de junho de 1997, para Sander Schwarz Heizen, que tinha 7 anos na ocasião, o qual fazia-se representado pela genitora, Herma Schwarz.

Diz que o ato é derivado de dolo, porque Paulo Gustavo Schwarz nunca intenciou alienar o imóvel e era semianalfabeto, e que também não houve a outorga uxória, razão pela qual pediu pelo reconhecimento da nulidade e o reconhecimento do direito real de habitação.

O direito real de habitação foi concedido em antecipação dos efeitos da tutela, conforme requerido na inicial.

Sander Schwarz Heizen e Herma Schwarz Heizen, em respostas separadas, argumentaram que Paulo (tio do primeiro e irmão da segunda) era solteiro, pois não há documento de reconhecimento de união estável com a autora. Por tal razão, defendeu a desnecessidade da outorga uxória.

Defendeu que o analfabetismo não traduz ausência de discernimento para os atos da vida civil.

Advogou que não houve dolo ou simulação e pediu pela improcedência da demanda.

Houve réplica e foi realizada instrução oral em audiência.

Por sentença, o magistrado a quo julgou procedente o pedido inicial porque os demandados reconheceram que Paulo residia no imóvel com a autora por longos anos, razão pela qual, se houve união estável, imprescindível seria a outorga uxória. Por tal razão, anulou a escritura

de compra e venda e confirmou a tutela antecipada para dar à autora o direito real de habitação.

Em apelação, os demandados advogaram que a união estável não era reconhecida por documento, apenas informal, razão pela qual a outorga uxória da autora seria prescindível, o que leva à validade da escritura de compra e venda feita por Paulo para seu sobrinho, Sander.

Pautaram-se pelo provimento do apelo.

Foram ofertadas contrarrazões.

III. DIVERGÊNCIA

Neste Tribunal de Justiça, o Relator, Des. César Abreu, votou inicialmente no sentido de negar provimento ao apelo porque a formalidade ou informalidade não confere maior ou menor status à união estável; porque os demandados tinham ciência da união estável mantida pelo seu tio/irmão com a autora da ação; porque, como os fatos ocorreram sob a vigência do CC/16, a outorga uxória era necessária em qualquer tipo de regime de bens, como o da comunhão parcial; e, porque há prova nos autos que o casal arava a terra, plantando grãos e mate, razão pela qual, como o acréscimo de cultivo incorporar-se ao imóvel rural, mais uma vez seria indispensável a outorga uxória.

Na ocasião (06.04.2017), o Relator, Des. César Abreu, também fez importante observação no sentido que, na época que o terreno foi supostamente vendido, o valor R\$ 24.000,00 era muito irrisório, inclusive porque a autora fez prova que, no mesmo ano, um veículo Toyota era vendido por R\$ 18.500,00, o que equivaleria a 77% do valor do imóvel supostamente vendido.

Além disso, o Relator também observou que não houve comprovação, por qualquer meio de prova, pelos demandados, de pagamento do preço acima mencionado ao falecido Paulo, tio e irmão.

Com vista dos autos, o Des. Joel Figueira Júnior votou em 20 de abril de 2017 no sentido de dar provimento ao apelo para julgar a causa integralmente improcedente porque:

(a) na união estável faz-se necessária a outorga uxória apenas para a alienação de bens comuns, o que não seria o caso, porque o terreno já seria, antes da alegada união com a autora, do falecido Paulo; e,

(b) muito embora a autora afirme dolo na compra e venda, da área de 359.346,50 m², feita em 20 de junho de 1997 por Paulo para Sander, seu sobrinho, ela teria ciência que o bem já não mais pertencia mais a Paulo, haja vista que ambos figuraram, em 2007, como testemunhas em outros dois contratos de compra e venda, para terceiros, envolvendo partes (112.677,41 m² e 135.000,00 m²) da área maior, com 718.694,00 m², de modo que, se Paulo ainda fosse proprietário da área de 359.346,50 m² teria assinado tais instrumentos como vendedor, e não mais como testemunha. Assim, estaria configurada, em 2007, a decadência da pretensão de se anular, por dolo, a escritura pública de compra e venda lavrada em 20 de junho de 1997.

Foi concedida revista ao Relator, Des. César Abreu, que, em 27 de abril de 2017, votou no sentido de dar parcial provimento ao apelo interposto pelos demandados, Sander e Herma, apenas para, na linha do decidido pelo Des. Joel, reconhecer a desnecessidade de outorga uxória (não há novo voto escrito do Des. César e não consta na certidão de julgamento o motivo da parcial procedência).

Foi concedida revista ao Des. Joel Dias Figueira Júnior que, em 04 de maio de 2017, embora vencido na preliminar de decadência, manteve o seu voto pelo provimento do apelo para se julgar a pretensão inicial improcedente por ausência de comprovação do dolo.

Foi concedida vista ao Des. Rodolfo C. R. S. Tridapalli que, em 25 de maio de 2017, votou no sentido de, afastada a preliminar de decadência, negar provimento ao recurso interposto pelos demandados,

em decorrência do dolo. Constou na certidão de julgamento que o Des. Rodolfo Tridapalli acompanhou o Des. Joel Dias Figueira Júnior apenas no que tange à desnecessidade da outorga uxória.

Foi concedida revista ao Des. Joel Dias Figueira Júnior que, em 01 de junho de 2017, votou no sentido de dar parcial provimento ao recurso de apelação interposto pelos demandados para julgar improcedente os pedidos iniciais (anulação de negócio jurídico e concessão de direito real de habitação).

Contudo, Sua Exa. ressaltou, na ocasião, que “isso não significa que a autora tenha que desocupar imediatamente o imóvel, pois isso dependerá de demanda a ser proposta pelos titulares do domínio e, sendo ela possuidora de boa-fé, poderá postular direito de retenção e indenização pelas benfeitorias realizadas na moradia e tudo mais que foi incorporado ao terreno (sementes, frutos, árvores), fruto do trabalho do casal na lavoura, e, até mesmo, alegar usucapião como matéria de defesa”.

Na ocasião, ao passo que o Relator, Des. César Abreu, acompanhou o Des. Joel Dias Figueira Júnior, o Des. Rodolfo Tridapalli manteve seu voto, pelo não provimento do apelo.

Pedi vista dos autos, proferi meu voto e, em julgamento continuado, com a participação do Des. Luiz Antônio Zanini Fornerolli, fiquei vencido. Exponho as razões de discordância.

IV. RAZÕES DO DISSENSO

Inicialmente, na forma do art. 942 do CPC, imprescindível esclarecer quais pontos ainda constituem motivo de divergência, sobre os quais este Julgador poderá se manifestar.

Do arrazoadado acima, infere-se que

(a) a tese de **des**necessidade de outorga uxória da autora na escritura pública de compra e venda firmada em 20 de junho de 1997 entre Paulo

Gustavo Schwarz, falecido companheiro da autora, Sander, sobrinho do de cujus, e Herma, irmã do de cujus, foi decidida por unanimidade, haja vista que, em tal aspecto, o Des. Rodolfo acompanha o Des. Joel e o Des. César.

Apenas anoto, neste aspecto, que o acolhimento desta tese reflete na parcial procedência do apelo interposto pelos demandados, ainda que o Des. Rodolfo entenda, quanto aos demais capítulos do apelo, por negar-lhes provimento para, em razão de dolo, manter a sentença que anulou a escritura pública em referência e conferiu o direito real de habitação à autora.

(b) a tese de decadência da pretensão anulatória, por dolo, não foi unânime, porquanto o Des. Joel ficou, no ponto, vencido; e, por fim,

(c) em relação à declaração de nulidade da escritura pública de compra e venda, por dolo, e a concessão, à autora, do direito real de habitação também não houve unanimidade.

É que, em razão da alteração do voto inicialmente dado pelo relator, tanto ele (Des. César) como o Des. Joel votam pelo provimento do apelo para se julgar a causa improcedente, ao passo que o Des. Rodolfo vota pela manutenção da sentença de procedência, por fundamento diverso daquele adotado (necessidade de outorga uxória), ante a configuração do dolo.

Decadência

Em rápido passo, entendo que decadência não há.

É que a ação poderia ser proposta, pela autora, da data do efetivo conhecimento do vício, já que terceira em relação ao negócio.

Outrossim, análise da matrícula do imóvel demonstra que se trata de uma área de terras com 718.694,00 m², da qual inicialmente eram proprietários Augusto Gustavo Schwarz (359.346,00 m²); o falecido

companheiro da autora, Paulo Gustavo Schwarz (119.782,16 m²); a demandada Herma Schwarz (119.782,16 m²); e, Jenny Gus Schwarz (119.782,16 m²).

Em 05 de fevereiro de 1985, Augusto Gustavo Schwarz vendeu sua quota parte (359.346,00 m²) para o falecido companheiro da autora, Paulo Gustavo Schwarz (que adquiriu 239.564,00 m²), e a demandada Herma Schwarz (que adquiriu 119.782,00 m²).

Em razão deste negócio, ao passo que o falecido companheiro da autora, Paulo Gustavo Schwarz, passou a dispor da propriedade de uma área de 359.346,16, sua irmã, Herma, demandada nesta ação, passou a dispor de uma área de 239.564,00 m².

Ambas as áreas integravam uma área maior, de 718.694,00 m², que ficou assim dividida:

Paulo Gustavo Schwarz com 359.346,16 m²;

Herma Schwarz Heizen com 239.564,00 m²; e,

Jenny Gus Schwarz com 119.782,16 m².

Houve, então, o registro, em 04 de junho de 1997, da suposta venda da área de Paulo Gustavo Schwarz (359.346,16 m²) para Sander Schwarz Heizen, filho de Herma Schwarz Heizen.

Embora não tenha havido os competentes registros na matrícula do bem, há nos autos dois instrumentos contratuais, lavrados em 02 de agosto e 04 de dezembro de 2007, através dos quais Herma Schwarz Heizen, Sander Schwarz Heizen e Jenny Gus Schwarz alienaram para P. H. S. Participações Ltda. as áreas de 112.677,41 m² e 135.000,00 m², respectivamente.

Em tais instrumentos, a autora, Araci Lipinsky, e seu falecido companheiro, Paulo Gustavo Schwarz, figuraram como testemunhas.

O Des. Joel Dias Figueira Júnior entendeu que a decadência (prazo quadrienal) deveria ser contada de tais datas, tendo em vista que a autora, terceira em relação ao negócio que pretende anular, teria condições de saber, naqueles dois momentos, que Paulo Gustavo Schwarz já não seria mais proprietário do imóvel em condomínio, porquanto, se ainda fosse, igualmente teria figurado como alienante, e não apenas como testemunha.

Porém, entendo que as datas destes dois negócios posteriores (agosto e dezembro de 2007), acima retratados, não poderia servir de marco para a fluência do prazo quadrienal pois, conquanto Sander Schwarz Heizen tenha figurado como alienante, a soma das áreas alienadas ($112.677,41 \text{ m}^2 + 135.000,00 \text{ m}^2 = 247.677,41 \text{ m}^2$) para a P. H. S. Participações Ltda. não representava área maior do que a soma das áreas de propriedade de Herma Schwarz Heizen e Jenny Gus Schwarz ($239.564,00 \text{ m}^2 + 119.782,16 \text{ m}^2 = 359.346,16 \text{ m}^2$).

Isto significa - salvo prova em sentido contrário, o que deveria ter sido produzido em defesa -, que não se pode pressupor que, em 2007, Paulo Gustavo Schwarz já não era mais proprietário da sua área de terra ($359.346,16 \text{ m}^2$) apenas porque teria figurado como testemunha, e não como alienante.

É que Paulo pode ter assinado como testemunha apenas porque sua área fazia parte da área maior, incluindo a dos seus dois irmãos, Herma e Jenny, que alienaram, daí sim, parte de suas terras para terceiro.

Afinal, as terras de Paulo eram por ele, e pela sua companheira, autora da ação, ocupadas, razão pela qual, face à ausência de dúvida da área vendida, não figurou como vendedor.

Por este ou por aquele fundamento, então, penso que não há falar em decurso do prazo quadrienal (CC/16) da pretensão de anulação do negócio jurídico em referência por dolo.

Aquiesço, então, com a douta maioria - Des. César Abreu e Rodolfo

Tridapalli - permanecendo vencido o Des. Joel Dias.

Mérito: nulidade

A controvérsia está bem delimitada.

A autora, Araci Lipinsky, pretende declarar a nulidade da escritura pública de compra e venda (da área de 359.346,16 m²) supostamente firmada em 20 de junho de 1997 entre Paulo Gustavo Schwarz, seu falecido companheiro, e Sander, sobrinho do de cujus, e Herma, irmã do de cujus.

O dolo vem retratado pela norma vigente à época do negócio: “Art. 147. É anulável o negócio jurídico: (...) II - por vício resultante de erro, dolo, coação, simulação, ou fraude (art. 86 a 113)”.

Conforme ensina a doutrina:

Dolo é o artifício ou expediente astucioso, empregado para induzir alguém à prática de um ato que o prejudica, e aproveita o autor do dolo ou a terceiro. Consiste em sugestões ou manobras maliciosamente levadas a efeito por uma parte, a fim de conseguir da outra uma emissão de vontade que lhe traga proveito, ou a terceiro. O dolo difere do erro porque esse é espontâneo, no sentido de que a vítima se engana sozinha, enquanto o dolo é praticado intencionalmente pela outra parte ou por terceiro, fazendo com que aquela também se equivoque.

(GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro. Saraiva: São Paulo, 2011. p. 415).

Nestes termos, o dolo detém o condão de anular o ato porque o objetivo da lei é justamente resguardar o elemento básico do negócio, qual seja, a vontade espontânea em sua celebração, uma vez que fica viciado ante o induzimento malicioso de uma das partes para a concretização da avença.

Com efeito, o ônus da prova incumbe àquele que alega eventual vício de consentimento sobre determinado negócio jurídico. Não

comprovada a mácula, válido mantém-se o ato e eficaz seus efeitos.

No caso, é fato incontroverso que a área de 359.346,16 m² do terreno com área de 718.694,00 m² já pertencia a Paulo Gustavo Schwarz antes da união estável e que a autora passou a manter relacionamento público, contínuo e duradouro com ele - que faleceu em 03.06.2014 - desde 1992.

A escritura de compra e venda que a autora pretende anular é de 20 de junho de 1997 e foi firmada, como dito, entre Paulo Gustavo Schwarz, seu companheiro falecido, e Sander, sobrinho do de cujus, na época menor de idade, representado por sua mãe, Herma, irmã do de cujus.

Da inicial colhe-se:

Em nenhum momento Paulo Gustavo Schwatz tinha ciência de que não possuía mais seu imóvel, tendo em vista que sempre creu que era o proprietário, se comportando com se assim fosse até o fim de sua vida, sem qualquer interferência de terceiros.

(...)

Na época de assinatura da transferência de todos os seus bens, o Paulo Gustavo Schwatz contava com 68 anos de idade, portanto, idoso, e não contou com assistência, vez que efetuou a transferência em cartório de todo o seu patrimônio sem nada deixar, sequer para sua garantia pessoal.

Curiosamente, Paulo Gustavo Schwatz já era idoso e contou à requerente, certa feita, que havia comparecido em cartório uma vez para que sua irmã Herma Schwarz Heizen pudesse representá-lo, a fim de lidar com dinheiro, pagamento de tributos, taxas de água e de luz e ir a bancos, nunca jamais crendo que havia transferido todos os seus bens, de modo que o registro de compra e venda encontra-se contaminado pela simulação e pela fraude, que consistem na omissão do verdadeiro estado civil do transmitente, conforme já frisado, por parte da requerida, inclusive levando o tabelião a erro, não tendo havido, ainda, a outorga uxória.

Paulo Gustavo Schwatz era semianalfabeto, ou mesmo analfabeto funcional na época do ato, e que sequer sabia assinar o seu nome

completo, conforme testemunhas elucidarão os fatos em momento oportuno, motivo pelo qual sua irmã Herma Schwarz Heizen era a pessoa a qual Paulo Gustavo Schwatz passara a confiança para administrar seu patrimônio, por ser sua irmã e por ser esclarecida, não tendo em nenhum momento vontade de transferir todos os seus bens ao sobrinho, vez que, se fosse o caso, haveria ao menos reservado algum direito de continuar residindo no local, o que ocorreria com uma eventual reserva de usufruto.

Já da contestação colhe-se:

(...) Inexiste qualquer documento reconhecendo a união estável entre a autora e Paulo até o presente momento, quer seja judicial, quer extrajudicialmente (ação de reconhecimento de união estável e/ou escritura pública de união estável). Assim para qualquer efeito o mesmo era solteiro.

Ademais, para o caso em apreço, ou seja, pelo fato do imóvel ter sido adquirido única e exclusivamente pelo de cujus bem antes da constância da união estável aduzida, é forçoso dizer que seria desnecessária a outorga uxória, uma vez que o imóvel tão pouco fora adquirido pelo esforço comum do casal, e sim, tão somente por uma das partes que não é a autora.

(...)

O fato deste (Paulo) desejar transferir o imóvel para seu sobrinho, na época menor de idade, de nada tem à afastar a legitimidade e a idoneidade do ato, haja vista que estava devidamente representado por sua genitora.

Pois bem. Tenho como configurado o dolo, conforme defendido.

É que, conquanto não seja crível a tese no sentido que Paulo teria sido ludibriado apenas por ser idoso ou analfabeto funcional (tinha até o quarto ano primário e falava alemão), a prova testemunhal demonstra que Paulo e a autora, com quem mantinha união estável desde 1992, sempre residiram no imóvel (área de 359.346,16 m²), inclusive retiravam sua subsistência dele com agricultura e criação de gado, e que a suposta transação, nos idos de 1997, de Paulo para o sobrinho menor de idade, Sander, representado pela sua mãe, Herma, nunca se tornou pública para

aquela comunidade.

Detalha-se.

Leonildes Hoff, ouvido como informante porque sobrinho da autora e do falecido Paulo, por exemplo, disse que desde sempre trabalhou para Paulo; que posteriormente a autora e Paulo lhe arrendaram parte das terras, verbalmente; que os pagamentos, em relação ao cultivo da terra, eram feitos para Paulo; que cultivou na terra até o falecimento de Paulo; que depois disso não pode mais em razão do processo; **que Paulo sempre se comportou como proprietário; que Paulo sempre decidia tudo em relação ao terreno com a autora da ação; que Paulo e a autora não eram casados no papel, mas viviam juntos, publicamente; que Paulo nunca mencionou que teria vendido as terras; que a autora também não sabia; que Paulo e a autora nunca brigaram; que Paulo nunca comentou o que faria com as terras após o seu falecimento; que Paulo nunca falou nada nesse sentido; que Herma nunca teve desentendimento com a autora da ação; que Paulo confiava na irmã Herma; que Paulo e a autora compraram um trator; que Sander dizia que tinha comprado o trator, mas sabia que Paulo tinha comprado o trator; que Herma era pessoa esclarecida; que somente soube que o terreno foi vendido para Sander quando Paulo faleceu; que Paulo nunca disse que teria vendido o imóvel; que nunca ninguém disse que o terreno teria sido fruto de venda de Paulo para Sander; que o terreno sempre foi Paulo e Araci, autora; que a venda teria ocorrido quando Sander tinha 7 anos de idade; que a autora tem dois filhos fora da convivência com Paulo, um casal; que Paulo não era analfabeto; que nunca assinou para si um contrato, seus arrendamentos eram verbais; que nunca viu Paulo assinar; que não conhece sua assinatura; que não sabe se a autora tem patrimônio; que os filhos da autora residem em outras cidades; que Paulo nunca fez comentários desabonadores sobre Herma.**

Aldo Thimas Carvat, compromissado, disse que conhecia Paulo

através do falecido Gustavo, quando o conheceu em 1975; **que Paulo tinha terras, eram da família; que a terra fica aonde mora a autora, a irmã e os sobrinhos;** que primeiro Paulo plantava, depois arrendava as terras; **que Paulo era visto como dono da propriedade dele; que essa situação nunca se mudou; que a propriedade das terras era de toda família; que Paulo e Araci, autora, sempre conversaram (“trocavam ideia”); que o relacionamento de Paulo e Araci começou em 1992; que Paulo e Araci eram como se fossem casados perante a sociedade, publicamente; que Paulo nunca comentou que teria vendido as terras; que Paulo e a autora sempre se davam bem; que Paulo nunca comentou o que seria das terras após seu falecimento; que Paulo nunca comentou que teria vendido suas terras para Sander;** que Paulo era o dono da terra, sua irmã tinha a casa dela; que Paulo era esclarecido e uma pessoa muito honesta; que Paulo confiava nas pessoas; que Paulo confiava na irmã; **que Paulo tinha outros sobrinhos;** que Sander conviveu com Paulo; **que Herma é pessoa bem instruída, faz parte da sociedade; que a autora trabalhava nas terras com Paulo; que a autora ajudava a tomar as decisões; que Paulo não era analfabeto, mas tinha até o quarto ano primário;** que Paulo era inteligente; que nunca houve desentendimento entre o casal e Herma.

Elenir Piske, compromissada, disse que é cuidadora da autora, que não a conhecia antes de ser contratada; que conhece Herma, trabalharam juntos, aproximadamente 2005 ou 2006; que ela era Presidente, ou Tesoureira, de uma Associação; que respeitava ela como uma chefe; que atua como artesã; que conheceu Paulo através de seus pais; que Herma era casada, mas não o conhecia, que ele era ex-presidiário, se suicidou; que já era cuidadora de outras pessoas quando a autora lhe contratou; **que a autora tem câncer; que Paulo era uma pessoa tímida, colono, como essas pessoas que são criadas afastadas da população, uma pessoa bem simples; que Herma era uma pessoa bem esclarecida,**

simpática sempre com todas as pessoas, que não tem queixa dela do trabalho, da amizade, ela era pessoa bem instruída e bem-sucedida nas coisas que ela fazia, que tem certa admiração por ela; que conheceu Sander adolescente; que Sander comentava que tinha terras, do seu tio, que ele tinha se casado, mas as terras eram dele e que ele não queria que ficasse com a esposa dele; que conheceu a autora somente agora, quando ela já estava no processo; **que Sander comentava que tinha ganho/comprado umas terras do Paulo; que ficava admirado que uma pessoa tão jovem tinha terras;** que Paulo cultivava e vivia das terras; que sempre soube que Paulo tinha esposa; (...) **que hoje a autora e Herma não se falam; que a autora passa um pouco de dificuldade financeiras;** que a convivência está difícil; que Paulo não era analfabeto, mas não entendiam as coisas muito bem; (...) **que uma filha da autora tem uma casa; que não sabe se a autora tem usufruto da casa da filha.**

Paulo Harry Schmalz, compromissado, disse que adquiriu terras de Sander, Herma e Jenny e que, na ocasião, todos estavam presentes; **que Paulo e Araci constaram como anuentes porque moravam no terreno;** que Paulo era zeloso pela propriedade do terreno e foi mostrar, no terreno, aonde deveriam ser feitas as divisas; que todos estavam de acordo por ocasião da realização do negócio; que não houve desentendimento pelo fato de morarem em cima; que conversava em alemão com Paulo, que escrevia bem, que é uma pessoa que sempre se mostrou interessado; **que negociou a compra de parte do terreno com Herma;** que Paulo não participou da compra; que sabia aonde era a casa de Paulo.

Werner Weinzvierl, compromissado, por fim, **disse que Paulo uma vez comentou que seria interessante manter o bem na família, razão pela qual é provável que teria feito a transferência para o sobrinho; que Paulo comentou isso em razão da idade;** que Paulo era conhecido e, na época, faziam acampamentos, pescavam, que conhecia a

família; que não tinha intimidade com Paulo; que não era, a transferência, uma coisa sigilosa; que a relação de Paulo era boa com a companheira; **que não imagina que Paulo queria prejudicar a companheira; que Paulo nunca comentou nada que pudesse desabonar a autora; que o relacionamento entre todos da família era aparentemente bom, nunca viu nada que trouxesse algo de animosidade aparente;** que sabe que a autora tem uma filha em outra cidade; que não sabe precisar se a autora tem outra propriedade; que Jenny também é sobrinho, da mesma família; **que Sander perdeu o pai muito cedo, que talvez Paulo quis passar algo para posteridade;** que Paulo tinha sociedade de gado com Sander; que Paulo vivia lá normalmente; **que Paulo continuou vivendo lá até o final da sua vida; que esse tempo todo a autora estava lá convivendo com ele; quem administrava as terras da família com Paulo era Herma, não Sander, que era pequeno;** que Paulo provavelmente confiava em Herma.

Pelo exposto, retira-se da prova oral que Paulo e sua companheira, Araci Lipinsky, autora da ação, sempre residiram no imóvel e sempre mantiveram postura como se de proprietários fossem, tanto que sempre cultivavam as terras como única fonte de subsistência, sem nunca tornar-se pública a suposta venda do bem, em 1997, para Sander, na época menor de idade.

A despeito da regularidade formal do ato, a prova oral também dá conta que a demandada Herma, irmã de Paulo e mãe de Sander, era pessoa bastante instruída, muito mais do que Paulo, e administrava a área de terras da família, ainda que Paulo tivesse alguma ingerência direta no campo.

Não pode ser desconsiderado o fato que Sander, na época, tinha apenas sete anos de idade e que, após o falecimento de Paulo, o relacionamento dos parentes deste com a autora da ação se viu bastante abalado, coisa que até então não se tinha notícia, conforme atestado pela

prova oral.

Ora. Conquanto não se tenha prova iniludível da prática de dolo (ou dos outros vícios alegados na inicial, como simulação e fraude), o Julgador deve ficar atendo para as circunstâncias do negócio jurídico.

Conforme ensina a doutrina, são indícios palpáveis para a configuração de vícios no negócio jurídico “parentesco ou amizade íntima entre os contraentes; preço vil dado em pagamento para coisa valiosa; falta de possibilidade financeira do adquirente (que pode ser comprovada com a requisição de cópia de sua declaração de imposto de renda); o fato de o adquirente não ter declarado na relação de bens, para o IR, o bem adquirido.” (VENOSA, Silvio. Direito Civil: parte geral. 6ª ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 543), etc.

Não pode ser esquecido que, em relação à prova do dolo, pela própria natureza do vício, o Código de Processo Civil/73 (*tempus regit actum*), no seu art. 404, inciso II, estabelece que “é lícito à parte inocente, provar com testemunhas: II - nos contratos em geral, os vícios do consentimento”.

Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery comentam:

Admite-se a prova exclusivamente testemunhal se seu objeto forem fatos que comprometam a validade do contrato celebrado, ainda que intrinsecamente o contrato seja daqueles que não admitem prova exclusivamente testemunhal para a demonstração de sua existência (CPC 401). Se a parte pretende ver reconhecido, *v.g.*, o dolo que vicia a confecção do contrato de fiança, conquanto possa fazer prova do dolo exclusivamente através de testemunha, não se exime de juntar aos autos a prova documental da existência do contrato (CC/1916 1483), sob pena de indeferimento da inicial (CPC 283).

(Código de Processo Civil Comentado e Legislação Processual Civil Extravagante em Vigor. São Paulo: RT: 2002. p. 732).

O doutrinador Antônio Carlos de Araújo Cintra concorda:

Os vícios do consentimento (erro, dolo e coação) podem ser objeto de prova exclusivamente testemunhal, conforme entendimento dominante na doutrina e confirmado pelo inciso II do artigo 404, cuja disposição já se contém na regra do artigo 400 do Código de Processo Civil.

Os vícios de consentimento são fatos impeditivos e, como tais, não estão sujeitos à regra do artigo 401, que diz respeito ao fato constitutivo dos contratos. Observe-se, ainda, que também em relação ao inciso II, a locução 'arte inocente' tem o sentido de parte interessada na prova do vício de consentimento concretamente arguido.

(Comentários ao Código de Processo Civil. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 167).

Na hipótese presente, a compra e venda foi feita às escuras, tornando-se pública e evidente apenas e tão somente com a morte de Paulo, em 2014 (portanto, após 22 anos de união estável) tanto que a defesa resume-se a dizer que a alienação cuja declaração de nulidade se pede prescinde da outorga uxória da autora e que Paulo desejava, com o ato em comento, unicamente deixar o bem imóvel com a família.

Além de a compra e venda ter sido feita às escuras, nem prova de pagamento, por Sander ou Herma, se tem e, ao passo que a escritura de compra e venda dá conta que o negócio jurídico teria se materializado por R\$ 24.000,00, esta quantia não é condizente com a área alienada (359.346,16 m²). Ademais, nesse tocante, a prova oral é contraditória, pois revela que o pagamento teria se dado com a entrega de cabeças de gado, já que entre Sander e Paulo havia relação comercial. Na época Sander era menor, porém.

Assim, como enfatizado no voto inicialmente dado pelo Des. César Abreu (que mudou de pensar para acompanhar o Des. Joel), “o valor de R\$ 24.000,00 soa de pequeno preço para um imóvel de 359.346,50 m². Para efeitos de comparação, veja-se que em 1999 a Cooperativa de Erva mate de Campo Alegre, em ata encontrada na fl. 151, pretendia vender um veículo Toyota pelo preço de R\$ 18.500,00, o que equivale a 77% do

valor do imóvel supostamente negociado em 1997”.

Aliás, a despeito de a defesa advogar que a alienação prescindia da outorga uxória da autora e que Paulo desejava deixar o bem com a família, o pedido de declaração de nulidade da escritura, a despeito de não observar a melhor técnica, é cumulado com pleito de reconhecimento do direito real de habitação, na forma do art. 1.831 do Código Civil de 2002, que dispõe:

Art. 1.831. Ao cônjuge sobrevivente, qualquer que seja o regime de bens, será assegurado, sem prejuízo da participação que lhe caiba na herança, o direito real de habitação relativamente ao imóvel destinado à residência da família, desde que seja o único daquela natureza a inventariar.

Com isso em mente, é decisivo considerar, para a correta solução ao caso concreto, que a compra e venda cuja declaração de nulidade se pede abrangeu todos os bens do falecido Paulo que, se realmente tivesse a intenção de deixar o bem para a família, conforme argumentado pela defesa no curso do feito, teria formalizado algum negócio jurídico (seja compra e venda, doação ou, preferencialmente, um testamento) para todos os seus sobrinhos, já que Sander não era o único, apenas o mais próximo, visto que a residência de sua mãe, Herma, ficava ao lado. Quiçá Paulo tivesse deixado os bens para seus próprios irmãos, até então coproprietários da coisa indivisa.

Com efeito, com tal negócio, deixou-se a companheira sobrevivente de Paulo sem a moradia habitual (onde residiu de 1992 até 2014) e desamparada financeiramente, haja vista que é fato incontroverso que ela e o de cujus retiravam seu sustento das terras supostamente vendidas para Sander.

Ora. O direito real à habitação à companheira sobrevivente tem por objetivo justamente garantir o direito fundamental à moradia (art. 6, *caput*, da CF) e o postulado constitucional da dignidade da pessoa humana (art. 1º, inciso III, da CF) e não se pode perder de vista que, muito embora

os demandados aleguem que a filha da autora tem um imóvel do qual ela seria usufrutuária, é entendimento do Superior Tribunal de Justiça que “o fato de a companheira ter adquirido outro imóvel residencial com o dinheiro recebido pelo seguro de vida do falecido não resulta exclusão de seu direito real de habitação referente ao imóvel em que residia com o companheiro, ao tempo da abertura da sucessão” (REsp nº 1.249.227-SC, rel. Min. Luis Felipe Salomão, julgado em 17.12.2013).

Isto significa, a toda evidência, que o direito real de habitação ao cônjuge ou companheiro sobrevivente refere-se ao imóvel em que o casal residia ao tempo do falecimento de um deles, desimportando que hajam outros - como aqui alegado, ainda supostamente pertencente a um dos filhos.

Sobre a matéria, válida a ponderação de Fábio Ulhoa Coelho:

O cônjuge e o companheiro têm direito real de habitação referente ao imóvel em que residia ao tempo da abertura da sucessão, podendo excluir do uso do bem os descendentes e ascendentes do falecido que porventura se tornarem seus condôminos, a menos que também já morassem no local.

Desse modo, independentemente de existirem ou não outros imóveis na herança, o cônjuge ou companheiro do falecido tem o direito de usar aquele em que residia ao tempo da abertura da sucessão, podendo ademais excluir desse uso os descendentes e ascendentes que se tornaram seus condôminos, a menos que também já residissem no local.

(COELHO, Fábio Ulhoa. Curso de direito civil. Família. Sucessões. Vol. 5. 5ª ed. rev. e atual. - São Paulo: Saraiva, 2012. p. 293)

Igualmente pertinente a análise de Mauro Antonini (Código Civil Comentado: doutrina e jurisprudência: Lei n. 10.406, de 10.01.2002: contém o Código Civil de 1916/coordenador César Peluso. 6. ed. rev. e atual. - Barueri, SP: Manole, 2012, p. 2.213-2.214):

Como observa José Luiz Gavião de Almeida, a parte final do artigo não pode ser aplicada literalmente. Estabelece que haverá o direito real de habitação no imóvel residencial se for o único dessa natureza a inventariar.

A limitação ao único imóvel a inventariar é resquício do Código anterior, em que o direito real de habitação era conferido exclusivamente ao casado pela comunhão universal. Casado por esse regime, o viúvo tem meação sobre todos os bens. Havendo mais de um imóvel, é praticamente certo que ficará com um deles, em pagamento de sua meação, o que lhe assegura uma moradia. Nessa hipótese, não tem necessidade do direito real de habitação.

No atual Código, porém, estendido esse direito a todos os regimes de bens, não há sentido por exemplo, em negar o direito real de habitação ao casado pela separação de bens, se houver mais de um imóvel residencial a inventariar. Com mais razão deve lhe ser assegurada tal proteção se houver mais de um imóvel. Como também observa esse jurista, com inteira razão, o viúvo, na hipótese de vários imóveis, não poderá escolher sobre qual pretende fazer recair o direito real embora possa exigir um que seja de conforto similar àquele em que morava (Código civil comentado, São Paulo, Atlas, 2003, v. XVIII, p. 219-20).

Tudo leva a crer, portanto, que o negócio foi feito às escuras para furtrar da autora o direito real de habitação que faz jus - instituto este que não se confunde com a propriedade.

Ademais, a moldura fática aqui apresentada traz uma peculiaridade antes ressaltada. É que o de cujus, Paulo, e a autora, que mantiveram união estável de 1992 até o falecimento daquele, em 2014 (portanto, por 22 anos), faziam da agricultura sobre o terreno sua principal fonte de renda.

Logo, ao passo que não importa à concessão do direito real de habitação a existência de eventuais bens em nome do companheiro sobrevivente, muito menos em nome de um filho exclusivo do companheiro sobrevivente, é de se tomar em consideração que, ainda que existissem outros, é naquele que a autora residia com o falecido que ela desempenhava seu ofício de agricultora e, por conseguinte, retirava sua fonte de renda.

Pensar em sentido contrário, por conseguinte, esvazia a intenção do Legislador ao criar a figura do direito real de habitação, que é, como

acima visto, a de garantir o direito fundamental à moradia (art. 6, *caput*, da CF) e, a um só passo, a dignidade da pessoa humana (art. 1º, inciso III, da CF), notadamente no caso concreto, **já que a autora é igualmente idosa e tem câncer**, conforme comprovado pela prova oral.

V. CONCLUSÃO

Nestes termos, porque a causa de pedir dirige-se à nulidade da escritura de compra e venda supostamente firmada entre Paulo, de cujus, e Sander, representado pela sua mãe, Herma, também demandada, para que seja garantido à autora direito a que legalmente faz jus, e porque o negócio em tela foi firmado às sombras, aparentemente, para furtar-lhe tal prerrogativa, pelo contexto probatório existente VOTO pelo parcial provimento do apelo interposto pelos demandados apenas e tão somente para reconhecer que a outorga uxória, para a malfadada compra e venda, seria prescindível; porém, por fundamento diverso (existência de dolo para furtar da companheira sobrevivente o direito real de habitação), manter a sentença que declarou a nulidade da escritura pública de compra e venda em referência.

Registre-se que a solução aqui apresentada não afasta o fato que o bem deverá ser inventariado, na forma da legislação civil, bem imóvel este que já pertencia à Paulo antes do início da união estável com a autora, e que a parte autora ainda poderá pedir, se já não o fez, a meação que tem direito sobre o que onerosamente investiu no imóvel, seja na residência seja na plantaçaõ, no curso da união estável até então mantida com Paulo.

É, pois, como voto.

Florianópolis, 12 de janeiro de 2018.

Gilberto Gomes de Oliveira
Desembargador

Apelação Cível Nº 0300916-50.2014.8.24.0058

Declaração de voto do Exmo. Sr. Des. Subst. Luiz Antônio Zanini
Fornierolli

APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO ANULATÓRIA PROPOSTA POR CONSORTE SOBREVIVENTE EM FACE DE ALIENAÇÃO DE BEM IMÓVEL PROMOVIDA PELO FALECIDO COMPANHEIRO – SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA – INVALIDAÇÃO DA ESCRITURA PÚBLICA DE COMPRA E VENDA EM VIRTUDE DA AUSÊNCIA DE AUTORIZAÇÃO CONJUGAL – APELAÇÃO DOS RÉUS – PRESCINDIBILIDADE DA OUTORGA UXÓRIA RECONHECIDA EM QUÓRUM ORDINÁRIO DE JULGAMENTO – PROVIMENTO DO RECLAMO NESSE PARTICULAR – DISCORDÂNCIA DOS JULGADORES COM RELAÇÃO A OUTRAS QUESTÕES – PROSEGUIMENTO NA FORMA DO ART. 942 DO NCPD – ENTENDIMENTO DA MAIORIA VOTANTE POR LIMITAR A COGNIÇÃO DOS CONVOCADOS À CONTROVÉRSIA – VENCIDO NO PONTO.

I – Da leitura do art. 942 do NCPD, retira-se uma técnica de julgamento, malgrado as críticas, consoante se infere do seu § 3º e de uma interpretação singela, topológica da norma. Não se trata de mecanismo recursal, e por isso não se submete à devolutividade própria dos recursos, conquanto aparentemente criada em substituição ao extinto recurso de embargos infringentes. Assim, o tratamento a ser-lhe dispensado exige observância das suas próprias particularidades, dissociado, por exemplo e em especial, da cognição restrita à divergência, característica particular dos extintos infringentes (parte final do art. 530 do CPC/1973). Impera a máxima da hermenêutica jurídica: o que o legislador não distingue ou restringe não compete ao intérprete fazê-lo.

II – Tratando-se de técnica de julgamento, e não de recurso, e especialmente diante da ausência de expressa previsão legal no sentido de limitar a participação ou a atividade cognitiva dos

juízes convocados, a conclusão que inevitavelmente exsurge é de que a aplicação do art. 942 do NCPC, se de um lado permite àqueles que já votaram revisitarem e alterarem seus votos, doutro automaticamente autoriza – ou, pelo menos, não veda – aos convocados que se debruçam sobre toda a matéria em discussão no julgamento colegiado, já que este é apenas interrompido, na hipótese de divergência, a fim de que prossiga com quórum ampliado.

DA NECESSIDADE DE AUTORIZAÇÃO CONJUGAL – ENTENDIMENTO CONSIGNADO NESTE VOTO SEM EMBARGO DA INTERPRETAÇÃO DA MAIORIA EM LIMITAR À CONTROVÉRSIA A MANIFESTAÇÃO DOS JULGADORES CONVOCADOS – AUSÊNCIA DE PREJUÍZO ÀS PARTES OU AO PROCESSO.

I – Analisada a atual moldura jurídica dos direitos de família, verifica-se cada vez mais presente a mescla de integração entre as searas jurídicas do que se constitui Direito Público e Privado. Como resultante desse processo sincrético, tem-se a tônica da privatização do Direito Público e a publicização do Direito Privado; tem-se a necessidade de uma nova compreensão de todo o ordenamento jurídico à luz da Lei Maior e dos valores fundamentais nos quais ela se baseia; desponta disso tudo, pois, um novo sistema, formado da união de outros, no qual a Constituição exerce papel proeminente e principal em sua interpretação. Essa novel realidade, inspirada na migração de valores constitucionais para o campo do Direito Privado, faz surgir a chamada repersonalização ou despatrimonialização do Direito Civil. Essa nova ordem de ideia desfoca a ótica centrada substancialmente do Direito Civil na cobertura jurídica com interesses patrimoniais e traz à tona uma nova verdade, a qual impõe ao intérprete levar em consideração na leitura constitucional componentes ligados à tônica do ser humano, como é o exemplo da vida, da dignidade da pessoa humana etc. Nessa nova régua de valores, a figura humana desloca o patrimonialismo do Direito Civil, exercendo uma sobreposição a ele.

II – Fazendo-se uma leitura constitucional do art. 235 do Código Civil de 1916 (“O marido não pode, sem consentimento da mulher, qualquer que seja o regime de bens: I. Alienar, hipotecar ou gravar de ônus real os bens imóveis [...]”), onde se lê vedação ao “marido” proceder, sem consentimento da mulher, nas formas taxativamente previstas nos quatro incisos do dispositivo, impõe-se a leitura de idêntica proibição ao companheiro. Não se trata de uma analogia para restringir a autonomia do consorte, e sim da inevitável conclusão de que, se a Lei Maior – posterior ao dispositivo – cuidou de equalizar o tratamento às pessoas casadas e em união estável, tudo no espírito de protegê-las igualmente como entidade familiar que formam (art. 226, § 3º), inexistente justificativa para proceder à interpretação apenas literal de uma norma com claro propósito de proteger um dos consortes, assegurando direitos unicamente àqueles que formam família a partir do casamento. Ponderação inversa, caso se admitisse a limitação do alcance do art. 235 do CC/1916, prestar-se-ia a corroborar essa conclusão: não há fundamento para se admitir maior autonomia às pessoas em união estável, comparadas àquelas casadas, somente em razão da literalidade do dispositivo, sob pena de se permitir a adoção da união estável para formar família com tratamento distinto daquela originada do casamento, na contramão da proteção constitucional, evidentemente retrocedendo em relação à publicização do Direito Privado.

III – Se o *Codex* de 1916 pecou ao tratar dos direitos e deveres do marido, nada referindo especificamente quanto à vedação de serem alienados bens imóveis particulares deste (art. 235), o mesmo não se pode dizer em relação ao plexo de obrigações da mulher, a partir da vigência da Lei n. 4.121/1962. Como se observa, a art. 242 do CC/1916, com a redação dada pela mencionada lei de 1962, passou a expressamente vedar à mulher, sem a autorização do marido, a alienação de imóveis do seu domínio particular, independentemente do regime de bens (inciso II). Logo, seria injustificado entender de forma diversa em relação ao marido, permitindo-lhe sem a vênua conjugal a alienação dos seus bens imóveis particulares.

DISCUSSÃO RELACIONADA AOS SUPOSTOS VÍCIOS DE VONTADE E SOCIAL ATRIBUÍDOS À COMPRA E VENDA – NÃO COMPROVAÇÃO – FORÇA PROBANTE DA ESCRITURA PÚBLICA NÃO DERRUÍDA – RELATOS DAS TESTEMUNHAS DA AUTORA DESCOMPASSADOS – INVALIDAÇÃO DA COMPRA E VENDA REFUTADA.

I – A narrativa constante da peça vestibular, ao tratar indistintamente de dolo, fraude e simulação, trouxe consigo um verdadeiro paradoxo: ou o falecido foi enganado, mediante emprego de artifício ardiloso, caracterizando um vício de vontade; ou o falecido agiu mancomunado com os réus, criando propositada discrepância entre a sua vontade real e a manifestada, entre essência e aparência do negócio jurídico, o que redundaria em um vício social, ou de repercussão social. Qualquer uma dessas situações, caso comprovadas, importariam – em linha de princípio – na anulabilidade do negócio impugnado. Promovida a venda do imóvel sob a égide do Código Civil de 1916, e sendo a data da celebração do negócio determinante para identificar o regramento aplicável, tanto o dolo como a simulação apontados, no caso específico dos autos, seriam causas de anulabilidade da alienação do imóvel (art. 147, II do CC/1916), permitindo a eventuais interessados pleitearem a anulação da respectiva escritura. Vícios distintos, mas com consequências iguais.

II – A escritura pública lavrada na forma da lei, documento dotado de fé pública, goza de presunção apenas relativa de veracidade (*iuris tantum*), admitindo, assim, prova em contrário. Todavia, exige-se prova robusta à sua invalidação, e não simples indícios ou suspeitas.

III – Examinadas as provas amealhadas nos autos, remanescendo dúvidas quanto aos vícios afirmados na peça vestibular, não cabe ao Judiciário invalidar o negócio jurídico impugnado, sobrepondo-se às vontades das partes contratantes, mormente quando uma dessas partes não mais se encontra presente para se manifestar a respeito. Ainda que se trate de conduta questionável, em determinada perspectiva, o ato de deixar a companheira

propositadamente desamparada, não há óbice, senão moral, à disposição em vida de imóvel que antecedeu a relação entre as partes, pelo exclusivo proprietário, a quem quer que seja. Poderia o falecido ter deixado o bem à companheira, mas preferiu fazê-lo de maneira diversa, por razões de que não cuida o Direito, razões essas que não invalidam negócios.

Na sessão do dia 24.08.2017, acabei por acompanhar a douta maioria, no sentido de dar provimento ao recurso, uma vez não verificada a ocorrência de dolo na realização do negócio jurídico questionado nos autos.

Contudo, em razão da relevância dos fatos e da singularidade das questões postas, entendi pertinente externar neste voto os fundamentos pelos quais acompanhei e também dissenti dos Colegas em determinados pontos.

1. Breve retrospectiva do julgamento

Na sessão do dia 29.06.2017, pedi vista dos autos em virtude das várias particularidades que cercavam o caso, da grande quantidade de questões debatidas desde o início deste julgamento, da necessidade de estudar atentamente as provas e os votos já proferidos, com o escopo de somar, de alguma forma, ao debate. O julgamento, na ocasião do pedido de vista, encontrava-se empatado no tocante à invalidação do negócio questionado na ação (refutada pela maioria a ocorrência da decadência), havendo dois votos pelo reconhecimento de vício resultante de dolo, com o que mantinham por fundamentação diversa a sentença de procedência; e dois votos pela não comprovação do mencionado vício, com o que davam provimento à apelação e afastavam a invalidade apontada ao negócio impugnado.

A despeito da divergência nesse particular, os eminentes Pares convergiam com relação à irrelevância da outorga uxória para a validade

do negócio jurídico sob análise; para tanto, partiam da premissa de que o imóvel alienado ao réu Sander, à época com sete anos de idade, representado pela ré Herma, foi adquirido pelo falecido Paulo no ano de 1985, muito antes de constituir união estável com a autora Araci (nos idos de 1992), não integrando assim patrimônio comum do casal. Dessarte, a conclusão foi de que, pertencendo o bem exclusivamente a Paulo, seria inexigível autorização da autora Araci, sua companheira, para a validade do negócio, podendo ele, Paulo, livremente dispor do imóvel, como de fato o fez.

Na sessão de 10.08.2017, consignei que, neste Sodalício, o julgamento já se estendia por várias sessões, adentrando naquela oportunidade, nos moldes do art. 942 do NCPC, aproximadamente no décimo desdobramento, com o prosseguimento na forma estendida. Em razão de não ter acompanhado boa parte das discussões anteriores, vali-me da solicitude dos Colegas, que me forneceram seus votos acompanhados de valiosos relatórios, e, pedindo vênias ao eminente Des. Gilberto Gomes de Oliveira, transcrevi sua síntese dos debates:

“Neste Tribunal de Justiça, o Relator, Des. César Abreu, votou inicialmente no sentido de negar provimento ao apelo porque a formalidade ou a informalidade não confere maior ou menor status à união estável; porque os demandados tinham ciência da união estável mantida pelo seu tio/irmão com a autora da ação; porque, como os fatos ocorreram sob a vigência do CC/16, a outorga uxória era necessária em qualquer tipo de regime de bens, como o da comunhão parcial; e, porque há prova nos autos que o casal arava a terra, plantando grãos e mate, razão pela qual, com o acréscimo de cultivo incorporar-se ao imóvel rural, mais uma vez seria indispensável a outorga uxória.

“Na ocasião (06.04.2017), o Relator, Des. César Abreu, também fez importante observação no sentido que, na época que o terreno foi supostamente vendido, o valor R\$ 24.000,00 era muito irrisório, inclusive

porque a autora fez prova que, no mesmo ano, um veículo Toyota era vendido por R\$ 18.500,00, o que equivaleria a 77% do valor do imóvel supostamente vendido.

“Além disso, o Relator também observou que não houve comprovação, por qualquer meio de prova, pelos demandados, de pagamento do preço acima mencionado ao falecido Paulo, tio e irmão.

“Com vista dos autos, o Des. Joel Figueira Júnior votou em 20 de abril de 2017 no sentido de dar provimento ao apelo para julgar a causa integralmente improcedente porque:

“(a) na união estável faz-se necessária a outorga uxória apenas para a alienação de bens comuns, o que não seria o caso, porque o terreno já seria, antes da alegada união com a autora, do falecido Paulo; e,

“(b) muito embora a autora afirme dolo na compra e venda, da área de 359.346,50 m², feita em 20 de junho de 1997 por Paulo para Sander, seu sobrinho, ela teria ciência que o bem já não mais pertencia mais a Paulo, haja vista que ambos figuraram, em 2007, como testemunhas em outros dois contratos de compra e venda, para terceiros, envolvendo partes (112.677,41 m² e 135.000,00 m²) da área maior, com 718.694,00 m², de modo que, se Paulo ainda fosse proprietário da área de 359.346,50 m² teria assinado tais instrumentos como vendedor, e não mais como testemunha. Assim, estaria configurada, em 2007, a decadência da pretensão de se anular, por dolo, a escritura pública de compra e venda lavrada em 20 de junho de 1997.

“Foi concedida revista ao Relator, Des. César Abreu, que, em 27 de abril de 2017, votou no sentido de dar parcial provimento ao apelo interposto pelos demandados, Sander e Herma, apenas para, na linha do decidido pelo Des. Joel, reconhecer a desnecessidade da outorga uxória (não há novo voto escrito do Des. César e não consta na certidão de julgamento o motivo da parcial procedência).

“Foi concedida revista ao Des. Joel Dias Figueira Júnior que, em 04 de maio de 2017, embora vencido na preliminar de decadência, manteve seu voto pelo provimento do apelo para se julgar a pretensão inicial improcedente por ausência de comprovação do dolo.

“Foi concedida vista ao Des. Rodolfo C. R. S. Tridapalli que, em 25 de maio de 2017, votou no sentido de, afastada a preliminar de decadência, negar provimento ao recurso interposto pelos demandados, em decorrência do dolo. Constatou na certidão de julgamento que o Des. Rodolfo Tridapalli acompanhou o Des. Joel Dias Figueira Júnior apenas no que tange à desnecessidade da outorga uxória.

“Foi concedida revista ao Des. Joel Dias Figueira Júnior que, em 01 de junho de 2017, votou no sentido de dar parcial provimento ao recurso de apelação interposto pelos demandados para julgar improcedente os pedidos iniciais (anulação de negócio jurídico e concessão de direito real de habitação).

“Contudo, Sua Exa. ressaltou, na ocasião, que ‘isso não significa que a autora tenha que desocupar imediatamente o imóvel, pois isso dependerá de demanda a ser proposta pelos titulares do domínio e, sendo ela possuidora de boa-fé, poderá postular direito de retenção e indenização pelas benfeitorias realizadas na moradia e tudo mais que foi incorporado ao terreno (sementes, frutos, árvores), fruto do trabalho do casal na lavoura, e, até mesmo, alega usucapião como matéria de defesa’.

“Na ocasião, ao passo que o Relator, Des. César Abreu, acompanhou o Des. Joel Dias Figueira Júnior, o Des. Rodolfo Tridapalli manteve seu voto, pelo não provimento do apelo”.

Ressaltei também que, na sessão do dia 29.06.2017, quando iniciado o julgamento estendido, o Exmo. Des. Gilberto Gomes de Oliveira proferiu seu voto, restringindo-se a tratar da divergência. Manifestou-se Sua Excelência, em um primeiro momento, no sentido de rechaçar a decadência (unindo-se à maioria); depois, quanto ao mérito propriamente

dito, de forma contrária ao Relator (aderindo à minoria), no sentido de reconhecer o vício, resultante de dolo, no negócio questionado na ação, votando assim pela manutenção da sentença por fundamento diverso.

2. Da técnica de julgamento do art. 942 do NCPC

Na sessão do dia 10.08.2017, ao me manifestar sobre o caso dos autos, instalou-se um certo impasse quanto à técnica do julgamento estendido. Na ocasião, consignei o seguinte: o julgamento da apelação, pela divergência dos eminentes Pares em relação apenas a alguns pontos, prosseguiu na forma do art. 942 do NCPC, dando por consequência ensejo à convocação de outros julgadores (eu e o Exmo. Des. Gilberto); respaldado pela doutrina, ponderei naquela oportunidade sobre a possibilidade de os julgadores convocados tratarem de todos os pontos, inclusive os já discutidos, assim como de aqueles que já votaram revisitarem e alterarem seus votos, uma vez operada a suspensão, e não o encerramento, do julgamento, o qual, à luz da novel regra, pura e simplesmente prossegue, em razão da divergência, com quórum ampliado (DIDIER JÚNIOR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. Curso de direito processual civil: meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais. 14. ed. v. 3. Salvador: Editora Juspodivm, 2017. p. 95).

Houve pedido de vista pelo Sr. Presidente, com o propósito de cuidadosamente examinar a questão do julgamento estendido; na sessão do dia 24.08.2017, com a qual findou este julgamento, divergiu Sua Excelência, acompanhada pelos demais Colegas, entendendo por restringir ao objeto da divergência a cognição dos julgadores convocados. Meu convencimento, porém, permaneceu incólume, motivo pelo qual reputei imprescindível fazer o presente destaque, assentando as razões do dissenso.

De partida, tenho pela importância de assinalar que o art. 942 do

NCPC estabeleceu uma técnica de julgamento, e não propriamente um recurso, consoante se infere do seu § 3º e de uma interpretação singela, topológica da norma. Os recursos no NCPC encontram-se dispostos em título próprio, enunciados nos incisos do art. 994, impedindo que se confunda a devolutividade, própria dos recursos, com a técnica, não muito prática, do art. 942 da nova lei processual. Tudo indica, realmente, que a técnica de julgamento em questão tenha sido criada em substituição ao extinto recurso de embargos infringentes (art. 530 e seguintes do CPC/1973), notadamente pelas hipóteses semelhantes de cabimento, mas, pela sua natureza distinta (afinal, não é um recurso e se aplica antes de encerrado o julgamento), o tratamento a ser-lhe dispensado deve ser pautado pelas suas próprias particularidades, dissociado, por exemplo, daquela restrição à divergência que havia nos extintos infringentes (parte final do art. 530 do CPC/1973). Impera a máxima da hermenêutica jurídica: o que o legislador não distingue ou restringe não compete ao intérprete fazê-lo.

De qualquer sorte, parece haver consenso no que se refere à natureza do disposto no art. 942 do NCPC, que não se confunde com recurso. Colhe-se do STJ, por exemplo, a interpretação de que o dispositivo trouxe uma técnica de complementação de julgamento, técnica essa com o objetivo de fazer valer o voto minoritário, de garantir que esse voto não seja apenas uma dissidência, e sim efetiva posição merecedora de uma análise feita por um número maior de julgadores (EDcl nos EDcl nos EDcl no AgRg no AREsp n. 705.844/SP, rel. Min. Herman Benjamin, j. em 06.10.2016). Assim, independentemente da polêmica, o espírito é esse.

Embora se trate de tema novo, o que explica a descrença e a hesitação de tantos na sua aplicação, vários juristas já puderam emitir seus pareceres com relação à técnica do art. 942 do NCPC – alguns de forma bastante crítica, tratando dela como uma espécie de “embargos infringentes com remessa necessária” (STRECK, Lenio Luiz; HERZL,

Ricardo Augusto. O que é isto - Os novos embargos infringentes? Uma mão dá e a outra... 2015. Disponível em:<<http://www.conjur.com.br/2015-jan-13/isto-novos-embargos-infringentes-mao-outra>>. Acesso em: 10 ago. 2017). As críticas aqui, porém, são deixadas de lado, pois, quer queira, quer não, a técnica decorre de norma cogente, e assim reclama ser aplicada. O que se pontua é que inúmeros processualistas já analisaram a técnica, havendo um direcionamento sobre como proceder.

Em atenção ao Fórum Permanente de Processualistas Cíveis, observa-se orientação de que, prosseguindo o julgamento com a aplicação da técnica do art. 942 do NCPC, após a ampliação do colegiado, ainda que haja revisão de voto já proferido, o quórum permanece estendido (Enunciado n. 599). Isso vem a corroborar o que foi inicialmente colocado, a partir das lições do professor Fredie Didier Jr., e também se coloca ao encontro de outros doutrinadores. Se o julgamento é apenas suspenso, e se os membros que originariamente formavam o colegiado podem rever seus votos, carece de justificativa qualquer restrição ou condicionamento à cognição dos julgadores convocados, que pura e simplesmente servem a aumentar o quórum do julgamento (mesmo porque nenhuma limitação consta da lei).

O professor Leonardo Carneiro da Cunha aborda a técnica em comento de maneira clara e direta, assentando o seguinte: “[...] por não ser um recurso, a ampliação do julgamento prevista no art. 942 do CPC não tem “efeito devolutivo”. Significa que os novos julgadores, convocados para que o julgamento tenha prosseguimento, não estão limitados a decidir sobre o ponto divergente. O julgamento está em aberto, não se tendo encerrado. Quem já votou pode alterar seu voto e quem foi convocado pode decidir sobre tudo que está pendente de deliberação definitiva. [...] Todos os julgadores devem examinar os pontos controvertidos e apreciar toda a controvérsia, para que, então, se possa encerrar o julgamento. Haverá ampliação da composição e, igualmente, ampliação do debate, com um resultado mais maduro, fruto de discussão que contou com mais

outros julgadores” (O julgamento ampliado do colegiado em caso de divergência (CPC, art. 942) e as repercussões práticas da definição de sua natureza jurídica. 2017. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI253284,101048-O+julgamento+ampliado+do+colegiado+em+caso+de+divergencia+CPC+art+942>>. Acesso em: 10 ago. 2017).

Assim, não vi alternativa outra senão divergir dos Colegas no tocante à interpretação e aplicação da técnica de julgamento constante do art. 942 do NCP, consideradas as razões expostas e, em especial, o fato de a questão da vênia conjugal ter sido tratada na sentença, compreendido a apelação e constituído objeto de debate no julgamento havido nesta Corte, ainda que tenha havido algum consenso até a ampliação do quórum de julgadores. Foi por isso que, com o maior respeito possível, entendi por bem manter no presente voto vencedor as minhas considerações a respeito da imprescindibilidade da autorização conjugal à validade do negócio questionado nos autos, malgrado a compreensão da maioria pela impossibilidade de os julgadores convocados analisarem as questões não controvertidas no julgamento.

3. Da autorização conjugal (outorga uxória)

Alicerçado no destaque anterior, e em particular porque sem qualquer prejuízo às partes ou ao processo, consigno aqui meu ponto de vista sobre a questão superada pelos Colegas, atinente à dispensa de autorização (ou vênia) conjugal para o negócio questionado nos autos. Não obstante a confluência dos julgadores que primeiro votaram, a discussão remonta a uma polêmica doutrinária de longa data, desde a diferenciação havida pelo Código Civil de Beviláqua entre o casamento e a união estável, não obstante os contornos conferidos pela atual Constituição Federal (art. 226, § 3º). Somente para ilustrar os passos lentos dos debates envolvendo assuntos de família, foi tão só recentemente, e

nem de maneira unânime, que o STF reconheceu, em repercussão geral, a inconstitucionalidade do art. 1.790 do CC/2002, que estabelecia para companheiros, regime sucessório distinto do aplicável às pessoas casadas (RE n. 646.721/RS e RE n. 878.694/MG, rel. p/ acórdão Min. Roberto Barroso, j. em 10.05.2017).

Especificamente no que se refere à autorização conjugal para a prática de determinados atos, como a alienação de bem imóvel questionada nesta ação, o ponto de partida é o art. 235 do Código Civil de 1916 (“O marido não pode, sem consentimento da mulher, qualquer que seja o regime de bens: I. Alienar, hipotecar ou gravar de ônus real os bens imóveis [...]”), vigente quando celebrada a venda (1997), com correspondência em grande parte no art. 1.647 do atual Código Civil. Fazendo-se uma leitura constitucional do dispositivo, a primeira barreira a ser transposta é relativamente simples: onde se lê vedação ao “marido”, sem consentimento da mulher, proceder nas formas taxativamente previstas nos quatro incisos seguintes, deve ser lida e compreendida igual vedação ao companheiro. Não se trata de uma analogia para restringir a autonomia do consorte, e sim inevitável conclusão de que, se a Lei Maior – posterior ao dispositivo em destaque – cuidou de equalizar o tratamento às pessoas casadas e em união estável, tudo no espírito de protegê-las igualmente como entidade familiar que formam (art. 226, § 3º), inexistente justificativa para que se proceda à interpretação apenas literal de uma norma com claro propósito de proteger um dos consortes, assegurando direitos unicamente àqueles que formam família a partir do casamento. Ponderação inversa, caso se admitisse a limitação do alcance do art. 235 do CC/1916, prestar-se-ia a corroborar essa conclusão: não há fundamento para se admitir maior autonomia às pessoas em união estável, comparadas àquelas casadas, somente em razão da literalidade do dispositivo, sob pena de se permitir a adoção da união estável para formar família com tratamento distinto daquela originada do casamento, na contramão da proteção constitucional, evidentemente retrocedendo

em relação à publicização do Direito Privado.

Imperioso não perder de mira que, analisada a atual moldura jurídica dos direitos de família – cotejo que se permite também em relação a outros direitos com berço constitucional –, verifica-se cada vez mais presente a mescla de integração entre as searas jurídicas do que se constitui Direito Público e Privado. Como resultante desse processo sincrético, tem-se a tônica da privatização do Direito Público e a publicização do Direito Privado; tem-se a necessidade de uma nova compreensão de todo o ordenamento jurídico à luz da Lei Maior e dos valores fundamentais nos quais ela se baseia; desponta, pois, um novo sistema, formado da união de outros, no qual a Constituição exerce papel proeminente e principal em sua interpretação.

Não é questão de diminuir a importância da leitura das leis por qualquer de seus clássicos métodos, mas sim de contextualizar essa a uma nova realidade valorativa constitucional (MORAES, Alexandre de. Direito constitucional administrativo..., p. 37-39. Conforme Manoel Gonçalves Ferreira Filho, “o Direito Constitucional científico não deve nem pode satisfazer com o emprego exclusivo dos métodos tradicionalmente consagrados pela Hermenêutica” (FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Do processo legislativo. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 2), e a respeito da inadequação da utilização dos métodos de interpretação de Savigny para o Direito Constitucional, confira BONAVIDES, Paulo. Curso de direito constitucional..., p. 545). Está-se tratando da “filtragem constitucional”, que consiste em que toda a ordem jurídica deve ser lida e apreendida sob a lente da Constituição, de modo a realizar os valores nela consagrados (BARROSO, Luís Roberto. Curso de direito constitucional contemporâneo..., p. 363).

Essa novel realidade, inspirada na migração de valores constitucionais para o campo do Direito Privado, faz surgir a chamada repersonalização ou despatrimonialização do Direito Civil. Essa nova

ordem de ideia desfoca a ótica centrada substancialmente do Direito Civil na cobertura jurídica com interesses patrimoniais e traz à tona uma nova verdade, a qual impõe ao intérprete levar em consideração na leitura constitucional componentes ligados à tônica do ser humano, como é o exemplo da vida, da dignidade da pessoa humana etc. Nessa nova régua de valores, a figura humana desloca o patrimonialismo do Direito Civil, exercendo uma sobreposição a ele.

De certa forma, todo esse raciocínio serviria por si só de sustentáculo bastante à sentença, agasalhando um dos fundamentos levantados na petição inicial ao reconhecimento da invalidade do negócio: a expressa autorização da autora (ou suprimento judicial) era imprescindível à validade da alienação. Contudo, no contexto do presente julgamento, uma segunda barreira aqui reclama ser ainda superada: a tese levantada pelos Colegas, de que, em se tratando de bem não integrante do patrimônio comum, seria injustificada a exigência da outorga conjugal. Os fundamentos seduzem, confesso, porém, pedindo vênua aos Colegas, tenho que não sustentam a conclusão.

O art. 235 do CC/1916 – vigente ao tempo da celebração do negócio – era categórico com relação à impossibilidade, qualquer que fosse o regime de bens, de o homem alienar bens imóveis sem o consentimento da consorte. E, se o *Codex* de 1916 pecou ao tratar dos direitos e deveres do marido, nada referindo especificamente quanto à vedação de serem alienados bens imóveis particulares deste, o mesmo não se pode dizer em relação ao plexo de obrigações da mulher, a partir da vigência da Lei n. 4.121/1962. O art. 242 do CC/1916, com a redação dada pela mencionada lei, passou a expressamente vedar à mulher, sem a autorização do marido, a alienação de imóveis do seu domínio particular, independentemente do regime de bens (inciso II).

Em virtude disso, parece-me indefensável reconhecer aqui ao falecido uma autonomia que a lei, de forma clara e expressa, negava à

sua consorte. Não há justificativa para um tratamento anti-isonômico entre homens e mulheres, cônjuges e companheiros; não há fundamento para estabelecer à união estável regramento díspar em comparação ao casamento; a especial proteção prevista na CRFB dirige-se à família (art. 226, *caput*), tornando irrelevante a forma da sua constituição. A exegese decorre da já referida constitucionalização do Direito Civil, que, nas lições do professor Gustavo Tepedino, estabelece-se em torno de três fundamentos básicos, essenciais à sua compreensão: (i) proteção da dignidade da pessoa humana (CRFB, art. 1º, III); (ii) realização da solidariedade social (CRFB, art. 3º, I); e (iii) promoção da igualdade (CRFB, art. 5º, *caput*) em sentido amplo (Premissas metodológicas para a constitucionalização do direito civil. In: Temas de direito civil. 3. Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 1-22). E é isso, na essência, que aqui se busca: dispensar tratamento semelhante a pessoas em situações iguais.

Importante destacar que, tivesse sido realizado o negócio na vigência do atual Código Civil, outras digressões teriam lugar, mas o resultado seria o mesmo. Um detalhe importante, inclusive, parece ter passado despercebido, detalhe esse que colide com algumas premissas adotadas. Na petição inicial, forneceu a autora duas informações de grande relevância ao assunto: o início da união estável com o falecido, nos idos de 1992, e a idade de cada qual. Àquele tempo, contava ela com seus 46 anos (fl. 19 dos autos digitalizados); o de cujus, com 63 (fl. 25, também dos autos digitalizados). Diferentemente do assentado, portanto, o regime de bens entre a autora e o falecido era o da separação obrigatória (art. 258, II, do CC/1916), e não o da comunhão parcial (Lei n. 6.515/1977).

Diante dessa particularidade, fosse o caso de apurar a validade da alienação sob a égide do atual Código Civil (não o é, faz-se apenas em complemento ao raciocínio, a fim de demonstrar que, na separação obrigatória, era e continua sendo imprescindível a vênua conjugal para o ato), o ponto de partida seria o art. 1.647, correspondendo em boa

parte ao art. 235 do CC/1916. Manteve-se por meio dele a regra da necessidade de autorização do consorte para a alienação de bens imóveis, excepcionando-a, porém, ao regime da separação absoluta. E aqui vem o grande detalhe: esse regime, estranho aos taxados em lei, não abrange a separação obrigatória (tão só a convencional). Segundo doutrina e jurisprudência, a dispensa da vênua conjugal fica assim restrita às hipóteses em que os consortes a pactuam, como na separação convencional e na participação final nos aquestos (CC/2002, art. 1.656).

De interessante julgado do STJ, arrimado nos escólios de Nelson Nery Júnior, Rosa Maria de Andrade Nery, Fredie Didier Júnior e Cristiano Chaves de Farias, e na esteira da já referida constitucionalização do Direito Civil, podem ser extraídas importantes lições, algumas das quais colaciono aqui, pedindo vênua para a transcrição:

[...] a separação de bens, quanto adotada por livre manifestação de vontade, consiste, em verdade, em um ato de liberalidade por meio do qual ambos os nubentes optam por permanecer na exclusiva administração de seus bens. Portanto, quem manifesta, em pacto antenupcial, o desejo de contrair casamento sob o regime da separação convencional de bens, já de antemão, tem a plena consciência de que cada patrimônio estará submetido à livre gestão de seu titular, não havendo, assim, qualquer expectativa de um consorte quanto aos bens de propriedade do outro.

É dizer, assim, que a separação de bens, na medida em que faz de cada consorte o senhor absoluto do destino de seu patrimônio, implica, de igual maneira, na prévia autorização dada reciprocamente entre os cônjuges, para que cada qual disponha de seus bens como melhor lhes convier. Eis, assim, a razão de o artigo 1647 do Código Civil ressaltar a necessidade de outorga para a prática de aval quando o regime for o da “separação absoluta”.

Veja-se, entretanto, que o mesmo não ocorre quando o estatuto patrimonial do casamento é o da separação obrigatória de bens. Nestas hipóteses, a ausência de comunicação patrimonial não decorre da vontade dos nubentes, ao revés, de imposição legal [...].

Portanto, [...] o legislador já prevê qual o regime patrimonial deverá vigorar, não deixando margem de escolha aos contraentes. Logo, se na separação convencional há implicitamente a outorga prévia entre os cônjuges para que livremente disponham de seus bens como bem entenderem, o mesmo não se verifica na separação obrigatória, porquanto o regime patrimonial decorreu de expressa imposição do legislador.

Não se olvide, ainda, que o Supremo Tribunal Federal sumulou o entendimento segundo o qual “no regime de separação legal de bens, comunicam-se os adquiridos na constância do casamento” (Súmula n. 377/STF), o que deixa transparecer que, neste regime, ao contrário do que ocorre na separação convencional, cada cônjuge guarda consigo a expectativa de, eventualmente, se beneficiar de parcela do patrimônio do outro.

Observa-se que o direito, notadamente o direito civil, que rege as relações entre os particulares, não pode ser interpretado sem ter como ponto de partida e ao mesmo tempo de chegada a dignidade da pessoa humana, razão e fim de cada disposição legal inserta no ordenamento jurídico. Daí porque “(...) o reconhecimento do princípio fundamental da dignidade da pessoa humana impõe uma nova postura aos civilistas modernos, que devem, na interpretação e aplicação de normas e conceitos jurídicos, assegurar a vida humana de forma integral e prioritária” (Didier Júnior, Fredie et al. **Comentários do Código Civil brasileiro**, v. XV. Coordenadores: Arruda Alvim e Thereza Alvim. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 9).

Na esteira deste raciocínio, adotando-se a dignidade da pessoa humana como vetor interpretativo bem assim a necessidade e a importância de se conferir proteção jurídica às justas expectativas (a exemplo daquela que têm os cônjuges casados sob o regime da separação legal de bens de, um dia, se beneficiarem de parcela patrimonial do outro), forçoso é entender que o artigo 1647 do Código Civil, ao excepcionar a necessidade de autorização conjugal para a prática de aval por meio da expressão “separação absoluta”, refere-se exclusivamente ao regime de separação convencional de bens, e não ao da separação legal.

Na realidade, “a utilização dessa terminologia consagrada pela doutrina no texto do CC 1647 ‘in fine’ autoriza o intérprete a dizer que, em caso

de o casamento ter sido celebrado sob o regime de separação obrigatória de bens, não incide à exceção à regra” (Nery Júnior, Nelson, Nery, Rosa Maria de Andrade. **Código Civil comentado e legislação extravagante**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 780).

Outro não foi o entendimento de Fredie Didier Júnior e de Cristiano Chaves de Farias que, em estudo doutrinário, assim pontuaram a questão: “Nos regimes de separação legal (art. 1641 do CC), a exigência de vênia conjugal permanece: a ressalva ao regime de separação absoluta deve ser entendida como restrita à separação de bens convencional” (Didier Júnior, Fredie et al. **Comentários do Código Civil brasileiro**, v. XV. Coordenadores: Arruda Alvim e Thereza Alvim. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 72).

Realmente, a exigência de outorga uxória ou marital para os negócios jurídicos de (presumidamente) maior expressão econômica previstos no artigo 1647 do Código Civil (como a prestação de aval ou a alienação de imóveis) decorre da necessidade de garantir a ambos os cônjuges meio de controle da gestão patrimonial, tendo em vista que, em eventual dissolução do vínculo matrimonial, os consortes terão interesse na partilha dos bens adquiridos onerosamente na constância do casamento.

Sob e égide da separação legal, os consortes, por força da Súmula n. 377/STF, possuem esse interesse pelos bens adquiridos onerosamente ao longo do casamento, razão por que é de rigor garantir-lhes o mecanismo de controle de outorga uxória/marital para os negócios jurídicos previstos no já mencionado artigo 1647 da lei civil.

Caso os cônjuges sujeitos à separação legal desejem afastar os efeitos da Súmula n. 377/STF, cumpre-lhes celebrar o pacto antenupcial para acrescer às regras de separação legal as regras próprias da separação convencional com relação aos bens adquiridos na vigência do casamento.

Como já se anotou, a adoção do regime da separação convencional é uma prévia autorização para os cônjuges praticarem os negócios jurídicos do artigo 1647 do Código Civil.

De passagem, diga-se que o Código Civil previu outra hipótese de desnecessidade de vênia conjugal, embora restrita à alienação de imóveis. Cuida-se do caso de adoção do regime de participação final nos aquestos

com expressa previsão, no pacto antenupcial, da dispensa de outorga uxória/marital para os negócios translativos de imóveis (artigo 1656). Nesse caso, o legislador foi expresso em admitir uma prévia autorização conjugal às operações de alienação de imóveis, a despeito de os bens adquiridos na constância do casamento (aquestos) se comunicarem.

Não sucedeu o mesmo com o regime da separação legal, pois inexistente previsão legal expressa no sentido de despojar o consorte - interessado nos bens adquiridos onerosamente na constância do matrimônio - do instrumento de controle de gestão patrimonial previsto no artigo 1647 do Código Civil, qual seja, a vênua conjugal (REsp n. 1.163.074/PB, rel. Min. Massami Uyeda, j. em 15.12.2009 – Info n. 420).

A abordagem constante da decisão supradestacada traz à tona o espírito da ressalva quanto à alienação de imóveis particulares: proteger o patrimônio comum, bem como os interesses daquele de quem se exige o consentimento, quando não pactuada a dispensa de autorização. Veja por exemplo que, atualmente, interpretando-se o art. 1.665 do CC/2002 (“A administração e a disposição dos bens constitutivos do patrimônio particular competem ao cônjuge proprietário, salvo convenção diversa em pacto antenupcial”) em conjunto com o art. 1.647 do CC/2002, a doutrina tem se mantido firme no sentido de que “[...] cada um administrará, por si, os seus bens particulares (CC, art. 1.642, II), podendo até mesmo dispor deles se móveis, dependendo se imóveis da anuência do outro (CC, art. 1.647, I)” (DINIZ, Maria Helena. Código civil anotado. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 1364-1365).

Dessarte, com supedâneo nessas considerações, ousei divergir da douta maioria naquilo que até então era tido pacífico neste julgamento, a fim de negar provimento à apelação, mantendo a sentença por seus próprios fundamentos com relação à invalidade do negócio pela ausência de expressa autorização da autora (único tema objeto do reclamo). Considerando (i) que, à união estável do sexagenário (art. 258, II, CC/1916), impunha-se o regime da separação obrigatória (STJ, EREsp n. 1.171.820/PR, rel. Min. Raul Araújo, j. em 26.08.2015); (ii) que, na vigência

do CC/1916, havia expressa vedação à mulher de alienação de imóvel particular sem autorização do consorte (art. 242, I); (iii) que, fazendo-se uma leitura constitucional do Direito Civil, não se justifica tratamento diferenciado entre homem e mulher, casados ou em união estável; e (iv) que, mesmo hoje, com a ressalva constante do art. 1.647 do CC/2002, doutrina e jurisprudência continuam reconhecendo a imprescindibilidade da autorização conjugal para alienação de imóvel, salvo pactuação entre os consortes; forçoso reconhecer, por um conjunto de razões, a incidência da obrigatoriedade da vênua conjugal no caso dos autos.

4. Dos vícios apontados no negócio jurídico questionado

Deixando de lado a questão da autorização conjugal, quer pelo entendimento da douda maioria de que temas não controvertidos fogem à apreciação dos julgadores convocados na forma do art. 942 do NCPC, quer pelo entendimento, também da maioria, de que a autorização conjugal seria dispensada à validade da compra e venda impugnada, manifestei-me quanto ao mérito propriamente dito, passando à análise das questões suscitadas e discutidas no processo, que, embora não tenham compreendido a sentença e o apelo, foram objeto de controvérsia no julgamento (NCPC, art. 1.013, §§ 1º e 2º).

Depois de muito refletir acerca da problemática que desponta do caso, feito o exame das provas e das razões apresentadas pelos eminentes Pares, convenci-me do seguinte: o vício de consentimento objeto de tanta controvérsia, o dolo, não pode ser inferido do negócio questionado nesta demanda. Com efeito, a narrativa constante da peça vestibular, ao tratar indistintamente de dolo, fraude e simulação, trouxe consigo um verdadeiro paradoxo: ou o falecido foi enganado, mediante emprego de artifício ardiloso, caracterizando um vício de vontade; ou o falecido agiu mancomunado com os réus, criando propositada discrepância entre a sua vontade real e a manifestada, entre essência e aparência do negócio jurídico, o que redundaria em um vício social, ou de repercussão social.

Qualquer uma dessas situações acima, se comprovadas, importariam – em linha de princípio – na anulabilidade do negócio impugnado. Promovida a venda do imóvel sob a égide do Código Civil de 1916, e sendo a data da celebração do negócio (junho de 1997) determinante para identificar o regramento aplicável, tanto o dolo como a simulação apontados, no caso específico dos autos, seriam causas de anulabilidade da alienação do imóvel em lume (art. 147, II do CC/1916), permitindo a eventuais interessados pleitearem a anulação da respectiva escritura. Vícios distintos, mas com conseqüências iguais.

O fato é que iludir terceiros – notadamente a autora – ou burlar a lei não se apresentam como vontade ou motivo determinante do negócio em realce, afinal, consoante já concluíram os eminentes Colegas, o falecido Paulo estava em condições de livremente dispor do bem (e foi o que fez), por ter a aquisição antecedido a união com a autora, não integrando assim o patrimônio comum do casal. O que se poderia cogitar, em termos de invalidação do negócio, seria se acaso comprovadas nos autos construções e/ou plantações no imóvel, à época da alienação, havidas no curso da relação da autora com o falecido. A prova de acessões, durante a união estável, evidenciaria direito à meação e, por conseguinte, até poderia, ao menos em tese, constituir uma causa de invalidação do negócio; todavia, como as acessões foram apenas superficialmente apontadas na exordial, e na verdade nem compreendem o exato objeto da demanda, não cabe aqui analisar qualquer vício sob esse prisma.

Em resumo, por vício resultante de simulação, nesta ação, não se permite a anulação do negócio. A alienação do imóvel havida entre o falecido Paulo e o réu Sander pode até aparentar, em relação à forma, um negócio simulado (preço aparentemente inferior ao de mercado; falta de comprovação, pelo adquirente, de que efetivamente pagou o respectivo preço; tenra idade do comprador; transação feita aparentemente às escuras); porém, na essência, porque dentro da liberdade das partes de contratarem, do negócio não desponta intenção de prejudicar terceiros,

tampouco de violar disposição de lei. Assim, nesse aspecto, inexistente defeito a justificar a anulação (CC/1916, art. 103), independentemente da obscura aparência que ele de certo modo apresenta.

No que se refere a um possível dolo, defendido pela autora e amplamente discutido neste julgamento, objeto aqui de maior controvérsia, afigura-se custoso seu reconhecimento, com o devido respeito àqueles que concluíram de forma contrária, diante do arcabouço probatório reunido nos autos. Em um primeiro momento, tive inclusive dúvidas com relação à legitimidade e interesse da autora em demandar a invalidade do negócio em comento, ante o contexto específico desta ação, em que se discute, postumamente, vício de consentimento em alienação de bem que pertencia exclusivamente ao falecido. Mas como não era essa a discussão do julgamento estendido, e, ainda que fosse, por força da primazia da resolução de mérito (NCPC, art. 4º), ou mesmo da aplicabilidade da teoria da asserção, *dei*, e não teria como ser diferente, por superado um possível óbice nesse sentido, avançando no cerne da celeuma.

Dito isso, a respeito do mérito, conforme já adiantei, o grande problema que envolve o reconhecimento de vício resultante de dolo, nesta ação, advém do fato de que, ao sopesar a narrativa inicial com as provas produzidas nos autos – tudo somado às particularidades do caso –, não é possível extrair, com a segurança que se exige à invasão na autonomia de vontade dos contratantes, vício de consentimento do falecido quando da celebração do negócio. Embora a autora tenha descrito Paulo como alguém que poderia ser facilmente enganado, e exigido que se presumisse que o companheiro teria sido enganado tão só por suposta ingenuidade, amalharam-se nos autos elementos mais a convencer do contrário, isto é, de que Paulo agiu de forma pensada, buscando consciente e voluntariamente proteger dos efeitos sucessórios seu patrimônio exclusivo (partes ideais de um imóvel que, de longa data, pertencia à sua família), adquirido antes do início da convivência com a autora.

Mesmo que não se possa afirmar, com certeza, que Paulo agiu de forma deliberada, o importante é perceber que o contrário também não resta indene de dúvidas nos autos, considerada a prova produzida. E, eventuais dúvidas remanescentes, mal ou bem, acabam pesando em face da autora (CPC/1973, art. 333, I), na medida em que a distribuição do ônus probatório seguiu aqui a regra (não houve modificação no curso do processo), e nem poderia ser diferente, à vista de não se observar excepcionalidade a justificar a flexibilização das regras que regem o tema.

Reconhece-se que, a rigor, a comprovação de um vício de consentimento é pela própria natureza delicada, complexa; vícios resultantes de erro ou dolo, em particular, colocam-se como um desafio à parte em termos de prova, por gravitarem em torno de um equívoco da vítima, demandando a árdua tarefa de demonstrar ao julgador a existência de vício na declaração de vontade de uma das partes, espontâneo (erro) ou provocado (dolo), e também que isso teria sido determinante à realização do negócio. Aqui, essa dificuldade resta ainda agravada por certas particularidades, haja vista que a tentativa de demonstrar o engodo na celebração do negócio, já complexa em situações normais, partiu de um terceiro atingido pela avença, e não da parte da qual emanou a vontade supostamente viciada; e, para piorar, não há havia como examinar a perspectiva daquele que teria sido enganado, já que o seu falecimento precedeu o ajuizamento da ação.

Antes de passar a algumas questões muito pontuais, convém consignar aqui que, do ponto de vista técnico, o dolo capaz de invalidar o negócio, causa efetiva de anulabilidade, é algo muito peculiar; pode ser conceituado como um expediente astucioso empregado para, em benefício do autor do dolo ou de terceiro, induzir alguém à prática de ato que lhe é prejudicial; tal vício, no entanto, não deve ser confundido com a fraude, a despeito do emprego de manobras insidiosas e desleais como ponto em comum, na medida em que o artifício malicioso, no caso de dolo, faz com que a própria pessoa que delas é vítima concorra para o ato

(MONTEIRO, Washington de Barros. Curso de direito civil: Parte geral. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 1989. 1 v. p. 194-195).

Servindo-se dessas premissas, na hipótese dos autos, tem-se que as provas amealhadas não emprestam a segurança necessária ao reconhecimento de que Paulo foi vítima do negócio realizado, assim como também não autorizam afirmar o emprego de manobras desleais pelas partes requeridas, tendo em conta apenas o negócio realizado. Paulo, por motivos irrelevantes ao Direito, pode simplesmente ter optado pela transferência do imóvel ao sobrinho Sander; Paulo, ainda, pode ter sido de alguma forma influenciado pela irmã Herma para assim proceder; uma ou outra situação é facilmente extraída das provas. Agora, afirmar de forma categórica, tão só pelo que consta dos autos, que Paulo foi enganado, e que os réus (mais especificamente Herma, representante à época de Sander) valeram-se de expediente malicioso para subtrair a vontade de Paulo, não me parece possível.

Talvez a constatação mais importante aqui envolva e decorra do fato de a compra e venda do imóvel ter se dado por instrumento público, com a presença de Paulo, do sobrinho (Sander) e da irmã (Herma), sob supervisão e orientação do tabelião, oportunidade na qual, consideradas as formalidades do ato, foram regularmente identificadas as partes, apresentados os documentos exigidos à alienação do bem – comprovante de pagamento do Imposto de Transmissão Sobre Bens Imóveis (ITBI); certidões negativas fiscais; comprovante de pagamento da taxa do Fundo de Reaparelhamento da Justiça (FRJ) – e lavrada a respectiva escritura, sendo tudo lido perante os contratantes e, enfim, por eles aceito (fls. 35-36 e 171-172 dos autos digitalizados).

No que se refere à força probante da escritura pública, não é preciso dizer muito, quer porque a lei expressamente estabelece quer faz prova plena (CC/1916, art. 134, § 1º), quer porque resulta de atividade delegada pelo Poder Público, rigorosamente fiscalizada pelo Poder Judiciário

(CRFB, art. 236, *caput* e § 1º). Tamanha é a força probante da escritura pública, mormente comparada com outros meios e espécies de prova, que, à época da sua lavratura, o Provimento n. 22/81 da Corregedoria-Geral da Justiça do Estado de Santa Catarina estabelecia e justificativa a prescindibilidade da presença e assinatura de testemunhas na escritura, algo que a autora até acabou questionando sem razão. Não se ignora, é verdade, que a escritura pública, a despeito de contar com fé pública, goza de presunção relativa de veracidade (*iuris tantum*), e assim admite prova em contrário; todavia, reclama-se prova robusta a invalidá-la, e não simples indícios.

É justamente por isso que, no contexto específico dos autos, a conclusão que alcancei foi de não reconhecer qualquer vício, em particular decorrente de dolo, na manifestação de vontade por parte do falecido Paulo. Enquanto a escritura pública lavrada por tabelião tem seu fundamento de validade na lei, observando um rígido e solene procedimento, que lhe confere especial força probante, a prova produzida pela autora – essencialmente testemunhal – permite ser questionada sob diversos aspectos, sendo o mais relevante deles a falta de uma demonstração segura, pelos testigos, de que Paulo tinha no seu íntimo desejo diverso daquele consubstanciado no instrumento público em discussão.

Os eminentes Colegas, faço o destaque, já puderam examinar o relato das pessoas ouvidas em juízo (nem todas compromissadas). De modo resumido, **Leonildes Hoff** (informante) afirmou que não tinha conhecimento da alienação do imóvel por Paulo e que ele não havia comentado consigo o que faria com as terras após seu falecimento; ressaltou, porém, que Paulo não era analfabeto. **Aldo Thimas Carvat** (testemunha) expôs basicamente o mesmo que Leonildes, confirmando que Paulo era uma pessoa esclarecida. **Elenir Piske** (testemunha), a seu turno, forneceu detalhes de que Sander, réu aqui, comentava ter ganhado terras de Paulo e que, de acordo com Sander, o tio não desejava que as

terras ficassem com sua companheira. **Paulo Harry Schmalz** descreveu um negócio celebrado com Sander, Herma e Jenny, na presença de Paulo e da autora, asseverando que Paulo escrevia bem e conversava em alemão. **Werner Weinzvierl**, finalmente, noticiou que Paulo teria comentado, certa vez, em razão da idade que contava, que seria interessante manter o imóvel na família, desejo – segundo Werner – revelado também a outras pessoas, e que por isso provavelmente Paulo teria feito a transferência do bem ao sobrinho, que havia perdido seu pai precocemente.

As informações prestadas por Werner Weinzvierl, como bem ponderou o Exmo. Des. Joel Dias Figueira Júnior em seu voto refutando vício resultante de dolo, realmente aparentam ser as com maior capacidade de solucionar a controvérsia. Afastam-se as teses de que Paulo poderia ser facilmente enganado e, assim, de que o foi pela própria irmã, com quem mantinha bom relacionamento; identifica-se o real intento do falecido na transferência do bem; demonstra-se o nexó – conquanto prescindível – entre Sander e Paulo, de um sentimento nutrido pelo sobrinho órfão de pai, concausa aparente – junto de manter o bem com a família – à realização do negócio.

Nesse contexto, dessume-se que os relatos das testemunhas, no geral, podem ser vistos sob diferentes olhares, interpretações, mas permitem apenas duas conclusões no que se refere ao desfecho a ser conferido à demanda. A primeira é que as informações prestadas em juízo, aliadas à escritura pública lavrada, suficientemente demonstram que não houve vício de vontade no negócio celebrado por Paulo com os réus, tudo indicando que a vontade do falecido foi de dispor do bem, não especificamente em prejuízo da autora, mas para que permanecesse ele na família; disso, desponta a improcedência da ação. A segunda conclusão, àqueles que porventura não se convencem da higidez do negócio, é que a prova testemunhal no máximo é capaz de colocar dúvidas acerca da negociata, sendo, justamente por isso, insuficiente para desconstituir um documento dotado de fé pública, que faz prova plena; neste caso, a ação

também é improcedente, porque descabida a invalidação do instrumento público só com base em frágil prova testemunhal.

Seja a partir de uma ou doutra conclusão, o resultado é o mesmo. Não cabe ao Judiciário invalidar um negócio jurídico válido e eficaz com supedâneo em eventuais dúvidas, sobrepondo-se às vontades das partes contratantes, mormente quando uma dessas partes não mais se encontra presente para se manifestar a respeito. Ainda que se trate de conduta questionável, em determinada perspectiva, o ato de deixar a companheira propositadamente desamparada, não há óbice, senão moral, à disposição em vida de imóvel que antecedeu a relação entre as partes, pelo exclusivo proprietário, a quem quer que seja. Poderia Paulo ter deixado o bem à companheira, mas preferiu fazê-lo de maneira diversa, por razões de que não cuida o Direito, razões essas que não invalidam negócios.

Fosse o desfecho outro, e não se tratasse aqui de voto de desempate, haveria espaço para discutir o direito real de habitação aparentemente conferido à autora. Diz-se aparente porque, na realidade, a antecipação da tutela não foi concedida com esse propósito específico, e sim apenas para determinar aos réus que não turbassem a posse da autora no imóvel; e diz-se que não há espaço para discutir o direito real de habitação porque, uma vez não decretada a invalidade do negócio discutido na demanda, é consequência lógica o reconhecimento de que, não tendo Paulo deixado bem a inventariar, a hipótese não se subsume à norma do art. 1.831 do CC/2002. Dessarte, como não há suporte jurídico para assegurar à autora direito real de habitação em relação a imóvel de propriedade de terceiro, desnecessário também adentrar na discussão sobre a necessidade ou não do reconhecimento desse direito, debruçando-se sobre a notícia de ser a autora usufrutuária vitalícia de dois imóveis urbanos (fls. 198-199 e 202-203 dos autos digitalizados), um possível óbice à concretização do princípio da solidariedade familiar, de viés constitucional (art. 203, I) e especialmente sociológico.

Em função dessas particularidades, havendo nos autos demonstração bastante de que não houve vício na vontade manifestada pelo falecido Paulo quando da celebração do negócio questionado dos autos, ou, em última análise, ausente nos autos prova suficiente a desconstituir a escritura pública de compra e venda lavrada em decorrência do negócio discutido nesta demanda, o pedido anulatório merece ser rejeitado. Nesse ponto, então, acompanho os eminentes Des. César Abreu e Joel Dias Figueira Júnior, consignando que o Des. Joel, ao destacar que a desocupação do imóvel, pela autora, não se dará de maneira automática, fê-lo em termos que acompanho integralmente, porquanto se verifica, de fato, tanto a possibilidade de ser invocado por ela eventual direito de retenção, como de ainda ser pleiteada a aquisição originária da propriedade por meio de usucapião (pleito este que a autora aqui desistiu, emendando a exordial, em nome da celeridade visada).

Ante o exposto, com a devida vênia:

(i) divergi dos eminentes Colegas no que se refere à aplicação da técnica de julgamento do art. 942 do NCPC, entendendo não haver nenhuma limitação à cognição dos julgadores convocados, os quais vêm a ampliar o quórum do julgamento, e não apenas a solucionar a controvérsia entre os julgadores originários; assim, conheço, embora vencido, da questão envolvendo a autorização conjugal, reputando-a imprescindível à validade do negócio discutido nos autos, ponto no qual também fico vencido, com voto para negar provimento à apelação e manter a sentença por seus próprios fundamentos;

(ii) superadas essas questões, limitada a cognição dos julgadores convocados na forma do art. 942 do NCPC à controvérsia que motivou a ampliação do quórum de julgamento, e desconstituída a sentença pelo entendimento da douta maioria de que a vênia conjugal era prescindível à validade do negócio, entendi por bem acompanhar o insigne Relator, Des. César Abreu, somando às suas razões, e também às do ilustre Des.

Joel Dias Figueira Júnior (que acabou designado para lavrar o acórdão), as que trago no presente, votando no sentido de rejeitar os pedidos iniciais, porquanto não demonstrados os vícios apontados na exordial, cuidando assim das questões suscitadas e discutidas no processo, não compreendidas na sentença e no apelo.

Estas são, pois, as razões do meu voto.

Florianópolis, 17 de janeiro de 2018.

Luiz Antônio Zanini Fornerolli
DESEMBARGADOR SUBSTITUTO

Apelação Cível Nº 0300916-50.2014.8.24.0058

Declaração de Voto Vencido do Exmo. Sr. Des. Rodolfo C. R. S. Tridapalli

Restrinjo a presente declaração de voto vencido à matéria objeto da divergência, uma vez que acerca da decadência e da prescindibilidade da outorga uxória para a celebração do negócio jurídico em voga, acompanhei os demais Pares.

Ao longo das nove sessões necessárias para o julgamento do recurso, inclusive, utilizando-se da técnica do julgamento estendido, previsto no art. 942 do CPC/2015, após pedido de vista e análise acurada do conjunto probatório e dos fatos, votei no sentido de desprover a Apelação, para reconhecer a existência de dolo por parte dos Recorrentes e, por consequência, devido à presença desta mácula na manifestação de vontade do falecido companheiro da Apelada, PAULO GUSTAVO SCHWARZ, anular a escritura pública de compra e venda do imóvel objeto da lide, bem como reconhecer à companheira sobrevivente, ARACI LIPINSKY, o direito real de habitação.

Entenderam os demais julgadores, Des. Joel Dias Figueira Júnior, Relator Designado, Des. Cesar Abreu, Relator originário do Apelo, que refluíu do posicionamento inicial que negava provimento ao recurso, para posteriormente acompanhar o voto do Desembargador Presidente da Câmara, e Des. Luiz Antônio Zanini Fornerolli, que o dolo não resultou cabalmente comprovado, razão pela qual é improcedente a declaração de invalidade do negócio jurídico. Igualmente, afastaram o direito real de habitação, uma vez que o imóvel seria de propriedade de terceiro e, portanto, não se submeteria a inventário, não atendendo, assim, aos requisitos do art. 1.831 do Código Civil.

Inicialmente, insta esclarecer que o elemento básico do negócio jurídico é a vontade e para que essa vontade seja apta a preencher o conceito de um negócio jurídico, necessita nascer livre de qualquer induzimento malicioso. “Deve ser espontânea. Quando há perda dessa espontaneidade, o negócio está viciado. O induzimento malicioso, o dolo, é uma das causas viciadoras do negócio”, ou seja, é um vício de consentimento que macula o negócio jurídico na sua gênese (cf. VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil**: parte geral. 13ª ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 417).

O dolo previsto no art. 145 do Código Civil, na lição de SÍLVIO DE SALVO VENOSA, “consiste em artifício, artimanha, engodo, encenação, astúcia, desejo maligno tendente a viciar a vontade do destinatário, a desviá-la de sua correta direção”. Induz o destinatário da manifestação de vontade a erro, erro este provocado pela conduta do declarante, tendente a prejudicar aquele, com o intuito de tirar proveito do ato ilícito. Sendo, portanto, ato ilícito, nos termos do art. 186 do Código Civil, tem o condão de anular o negócio jurídico (arts. 145 e 171, CC) (in **Direito civil**: parte geral, p. 415-417).

Para CARVALHO SANTOS citado por NELSON NERY JÚNIOR e ROSA MARIA DE ANDRADE NERY, “o prejuízo não é

elemento conceitual do dolo, sendo suficiente que o artifício utilizado de má-fé por outrem seja capaz de sugerir a prática de um ato que, sem esse expediente, não se realizaria da forma como realizado”. O juiz, pois, ao examinar o caso, deve se ater mais sobre o ato do que enganou e menos sobre o consentimento daquele que foi enganado (**Código civil comentado**. 10ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 421).

Nesse viés, o doutrinador ressalva que o dolo se prova por todos os meios: conjecturas, indícios e presunções (cf. **Código civil comentado**. p. 421).

Considerando, portanto, que a prova do dolo se dá por qualquer meio, entendo estar ele presente na conduta dos Apelantes, os quais induziram o falecido PAULO GUSTAVO SCHWARZ a assinar um aparente contrato de compra e venda do imóvel e transferi-lo ao sobrinho menor SANDER, na época, com sete anos de idade, e ardilosamente aguardou o seu falecimento, para se declarar proprietário do bem, deixando a companheira sobrevivente à míngua, prejudicando-a de exercer o seu direito real de habitação.

Do que pude extrair das provas amealhadas, quem pretendia resguardar o imóvel no patrimônio familiar eram os Recorrentes, que, muito provavelmente, sentiram-se ameaçados pela união estável existente entre a apelada ARACI LIPINSKY e PAULO GUSTAVO SCHWARZ e receosos de que o bem um dia viesse a ser ocupado por terceiro estranho à família, em razão de um eventual direito real de habitação, já que ao tempo do negócio jurídico entabulado, a união de ambos perdurava há cinco anos.

Em que pese o bem fundamentado voto do e. Relator Designado Des. Joel Dias Figueira Júnior, ousou discordar do argumento de que a Recorrida não logrou êxito em comprovar o dolo dos Apelantes, haja vista que a prova direta de tal vício do consentimento, quando da aventada celebração do contrato de compra e venda do imóvel em questão, é difícil produzir, até porque o eventual alienante faleceu, razão pela qual a análise

do caso não deve recair sobre a vontade viciada do falecido, mas sim, voltar-se à conduta daqueles que o enganaram.

Contudo, entendo pertinente questionar por que, até a morte de PAULO GUSTAVO SCHWARZ, a sua irmã HERMA SCHWARZ HEIZEN e seu sobrinho SANDER SCHWARZ HEIZEN nunca se comportaram como verdadeiros proprietários da área litigada e nunca exerceram os atos inerentes à propriedade, se adquiriram o imóvel ainda em 1997?

Da declaração das testemunhas ouvidas em juízo, deduz-se que o de cujus era tido como o único proprietário das terras reclamadas, cujas glebas contendo 359.346,60m² foram desmembradas de uma área maior de 718.694,00m², que pertencia a sua família, sobre elas exercendo os direitos inerentes à propriedade e delas tirando seu sustento ao lado de sua companheira ARACI e, quando sua saúde já não mais permitia, arrendou certa área para o informante Leonildes Hoff, fato este confirmado pelas demais testemunhas e não rebatido pelos Recorrentes.

Não obstante, extrai-se dos testemunhos prestados em juízo que o falecido era pessoa simples, querido pela comunidade local, honesto, de boa índole, dentre outras qualidades, mostrando-se preocupado com sua companheira, com quem mantinha aparentemente um bom relacionamento que perdurou por mais de vinte anos, bem como com o futuro desta, de modo que se mostra pouco provável que deixá-la desamparada após a sua morte ou que, se tivesse conhecimento do negócio entabulado com o sobrinho, se furtaria de cientificá-la da venda do imóvel de sua propriedade, muito embora seja relevante e apropriada a declaração da testemunha WERNER WEINZVIERL de que PAULO teria alienado o imóvel a seus parentes para mantê-lo na família. Mas de quem partiu esta real intenção? Como dito anteriormente, entendo que proveio dos Recorrentes, especialmente da irmã do de cujus HERMA SCHWARZ HEIZEN.

Ressalta-se que referida testemunha se contradisse ao responder que o de cujus nunca comentou a respeito de preservar o seu patrimônio para deixá-lo para ARACI, porquanto mais a frente relatou que PAULO adquiriu um imóvel em Rio Negrinho para garantir o futuro da Apelada, ou seja, ao que tudo indica, o de cujus preocupava-se com o bem-estar futuro de sua companheira. Além disso, confirma que o falecido nunca comentou isso consigo diretamente.

Por sua vez, a testemunha ELENIR PISKE afirma que trabalhou com a apelante HERMA e que esta é uma pessoa inteligente, muito bem instruída, que sempre resolveu os problemas profissionais de forma eficiente e que a admirava por essas qualidades. Há ainda relatos, que antes do de cujus viver em união estável com a Apelada, era sua irmã HERMA que o auxiliava na administração da propriedade e nas questões burocráticas por ter mais traquejo.

Não obstante, a testemunha ALDO THIMAS KARVAT sempre teve PAULO como proprietário da área em discussão, e que este nunca teria comentado sobre a intenção de vender suas terras, ou de que as teria alienado ao sobrinho.

Disso, concluo que PAULO GUSTAVO SCHWARZ sempre se comportou como proprietário do imóvel, sem a intervenção de terceiros, até o fim da vida, mostrando, inclusive, não ter ciência do negócio jurídico arquitetado por sua irmã HERMA SCHWARZ HEIZEN, a que foi ardilosamente induzido a celebrar, até porque, soa estranho a transferência de todo o seu patrimônio ao sobrinho SANDER SCHWARZ HEIZEN, na época menor impúbere, sem cláusula de usufruto a fim de garantir, ao menos, sua moradia.

Como se não bastasse, como bem observado pelo voto inicial do Desembargador Cesar Abreu, então Relator, importante observar que, na época em que o terreno foi supostamente vendido, o valor de R\$ 24.000,00 era irrisório, inclusive, a Autora prova que, no mesmo ano, um

veículo Toyota era vendido pelo preço de R\$ 18.500,00, o que equivaleria a 77% do valor do imóvel supostamente alienado. Ademais, os Apelantes em momento algum provam que pagaram pelas terras, em tese, por eles adquiridas, pois não colacionaram um recibo sequer.

Não tenho dúvidas de que o suposto negócio jurídico não passou de um engodo planejado pela irmã do falecido, ora Recorrente, a qual o induziu em erro – porque é crível que ele não sabia ter transferido o seu patrimônio ao sobrinho SANDER, pelo modo em que se comportava perante a comunidade e sua companheira –, com o intuito ganancioso de ter para si e seu filho a propriedade total da área de terras pertencente a PAULO.

A conduta dolosa dos Apelantes não prejudicou somente PAULO, mas também visou trazer prejuízo ao direito real de habitação da recorrida ARACI e ao direito sucessório que porventura teria o sobrinho JENNY HARRY SCHWARZ ao lado de sua tia HERMA, esta por cabeça, aquele por estirpe, nos moldes do art. 1829, IV, do Código Civil.

Nem mesmo a Apelada desconfiava da existência do negócio. O fato de ela e PAULO terem sido testemunhas (e não anuentes) nos contratos de compra e venda de duas áreas de terra de 112.677,41m² e de 135.000,00m², celebrados entre HERMA SCHWARZ HEIZEN, SANDER SCHWARZ HEIZEN, JENNY HARRY SCHWARZ (alienantes) e P.H.S. PARTICIPAÇÕES LTDA. (comprador) (fls. 231-236), não comprova que tinham ciência de que o terreno de propriedade do de cujus havia sido transferida ao sobrinho SANDER.

Aliás, a conduta maliciosa dos Apelantes continuou após a morte de PAULO GUSTAVO SCHWARZ, ao tentarem induzir a companheira sobrevivente a assinar um contrato de comodato para permanecer residindo no imóvel, até que assim, entendessem pertinente, conforme se observa às fls. 48-51, com o objetivo de burlar o direito real de habitação da Recorrida.

Igualmente, vislumbra-se conduta tida por reprovável, quando o recorrente SANDER compareceu na propriedade de seu tio, posteriormente ao falecimento deste, acompanhado da polícia, para de lá retirar um trator, que diz ter adquirido, quando tinha apenas seis anos de idade, apresentando um recibo supostamente falso, emitido um dia após a compra do trator pelo seu tio e pela Recorrida, preenchido por máquina de escrever diversa da utilizada pelo estabelecimento comercial alienante, consoante apontam os documentos de fls. 258-264.

Diante de tudo que foi exposto, entendo estar provado o dolo por parte dos apelantes HERMA SCHWARZ HEIZEN e SANDER SCHWARZ HEIZEN e, por consequência, devido à presença desta mácula na manifestação de vontade do falecido companheiro da Apelada, PAULO GUSTAVO SCHWARZ, a escritura pública de compra e venda do imóvel objeto da lide deve ser anulada, a teor dos arts. 145 e 171 do Código Civil, bem como deve ser reconhecida à companheira sobrevivente, ARACI LIPINSKY, o direito real de habitação, nos moldes do art. 1.831 do Código Civil.

Nesses termos, voto pela manutenção da sentença de primeiro grau, todavia, por fundamento diverso.

QUINTA CÂMARA DE DIREITO CIVIL

Apelação Cível n. 0300466-12.2015.8.24.0143, de Rio do Campo

Relator: Desembargador Luiz César Medeiros

CIVIL - INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS - INSCRIÇÃO INDEVIDA EM CADASTRO RESTRITIVO DE CRÉDITO - DANO MORAL CONFIGURADO - DEVER DE INDENIZAR - VERBA DE NATUREZA COMPENSATÓRIA – MAJORAÇÃO

Na fixação do valor dos danos morais deve o julgador, na falta de critérios objetivos, estabelecer o quantum indenizatório com prudência, de modo que sejam atendidas as peculiaridades e a repercussão econômica da reparação, devendo esta guardar proporcionalidade com o grau de culpa e o gravame sofrido.

JUROS DE MORA - RESPONSABILIDADE CONTRATUAL - TERMO INICIAL - CC, ART. 405 – CITAÇÃO

“Consoante entendimento pacificado no âmbito da eg. Segunda Seção, em se tratando de indenização por danos morais decorrentes de responsabilidade contratual, o termo inicial dos juros de mora é a data da citação” (AgInt no AREsp n. 869.645/PR, Min. Luis Felipe Salomão).

HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS - NCPC, ART. 85, § 2º - MAJORAÇÃO DEVIDA

Em atendimento aos critérios fixados nos incisos I, II, III e IV do § 2º do art. 85 do Código de Processo Civil, a ausência de complexidade e a repetitividade da causa recomendam a fixação dos honorários em 15% sobre o valor da condenação.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 0300466-12.2015.8.24.0143, da Comarca de Rio do Campo Vara Única

em que é Apelante Elcio Rudnik e Apelado Oi Móvel S/A.

A Quinta Câmara de Direito Civil decidiu, por votação unânime, conhecer do recurso e dar-lhe parcial provimento. Custas na forma da lei.

Participaram do julgamento, realizado no dia 1º de agosto de 2017, os Excelentíssimos Senhores Desembargador Luiz César Medeiros, Desembargador Henry Petry Junior e Desembargador Jairo Fernandes Gonçalves.

Florianópolis, 2 de agosto de 2017.

Desembargador Luiz César Medeiros
PRESIDENTE E RELATOR

RELATÓRIO

Adoto o relatório da sentença de fls. 82-85, da lavra do Meritíssimo Juiz Gilberto Killian dos Anjos, por refletir fielmente o contido no presente feito:

“Trata-se de ação declaratória de inexistência de débito c/c pedido de indenização por danos morais e tutela antecipada que Elcio Rudnik move em face de Oi Móvel S/A, todos devidamente qualificados nos autos.

Alegou o autor que por muitos anos foi cliente da empresa requerida por meio de plano telefônico pré-pago, porém, diante de proposta oferecida pela ré, efetuou a contratação de plano pós-pago, para pagamento mensal no valor de R\$ 39,90 (trinta e nove reais e noventa centavos), cujo plano tinha validade de um ano.

Salientou que ao receber as faturas do dito plano telefônico, verificou que os valores cobrados eram distintos daqueles que haviam sido contratados, recebendo faturas para quitação na quantia de até R\$ 200,00 (duzentos reais) e, por considerar referidas cobranças abusivas, deixou de efetuar os respectivos pagamentos, motivo pelo qual teve seu nome inserido nos órgãos de proteção ao crédito.

A fim de retirar seu nome do rol dos maus pagadores, destacou que entrou em contato com a empresa ré, oportunidade que recebeu a proposta de pagamento, em parcela única, no valor de R\$ 541,68 (quinhentos e quarenta e um reais e sessenta e oito centavos), com vencimento em 11.10.2015, cuja proposta foi aceita e a quantia devidamente quitada no dia 13.10.2015, tendo em vista que a data de vencimento atribuída à fatura telefônica era domingo e que dia 12.10.2015 é feriado nacional.

Indicou que mesmo com o pagamento do acordo firmado entre as partes (fatura), continua com seu nome inserido nos órgãos de restrição ao crédito, mesmo após ter entrado em contato com a requerida no sentido de solucionar o impasse.

Por estas razões requer a declaração de inexistência de débito em seu nome, bem ainda a condenação da requerida ao pagamento de indenização por danos morais, tendo em vista a humilhação e transtornos sofridos perante o comércio ao ter seu crédito negado.

A decisão de pgs. 27-30 deferiu o pedido de antecipação dos efeitos da tutela.

Citada, a empresa ré apresentou resposta na forma de contestação (pgs. 41-49), afirmando que a presente ação deveria ter sido ajuizada em desfavor da empresa Oi S/A, ao passo que foi esta quem negativou o nome do autor.

Salientou que apesar de fazerem parte do mesmo grupo econômico, possui CNPJ distinto da empresa que efetuou o registro do nome do

autor. No mais, destacou que o autor não demonstrou os danos que diz ter sofrido, motivos pelos quais os pedidos iniciais não merecem procedência.

Houve réplica às pgs. 59-62, na qual a parte autora reiterou os argumentos expendidos na petição inicial, bem como requereu a expedição de ofício ao Serasa para que este indicasse o CNPJ da empresa que negativou seu nome.

Pela decisão de pg. 63 o feito restou suspenso, requerendo o autor às pgs. 66-73, o prosseguimento da demanda.

À pg. 78, determinou-se a continuidade do trâmite processual, intimando-se as partes para apresentarem as provas eventualmente a produzir. O autor se manifestou à pg. 80 e a empresa requerida quedou-se inerte” (fls. 82-83).

De modo antecipado, o Magistrado a quo sentenciou o feito, consignando na parte dispositiva do decism:

“DISPOSITIVO

Ante o exposto, nos termos do art. 487, inciso I, do Código de Processo Civil, julgo procedentes os pedidos formulados por Elcio Rudnik em desfavor de Oi Móvel S/A para:

- a) declarar a inexistência de débito em nome do autor, referente ao contrato que ensejou a negativação do seu nome de pgs. 25-26;
- b) condenar a requerida ao pagamento de indenização por danos morais ao autor, na quantia de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), acrescido de juros legais e de correção monetária pelos índices oficiais, ambos a contar a partir da data da publicação da presente sentença, segundo a Súmula n. 362 do Superior Tribunal de Justiça;
- c) confirmar a decisão de pgs. 27-30, que antecipou os efeitos da tutela, oficiando-se ao respectivo órgão de proteção ao crédito acerca do conteúdo desta decisão.

Condene a requerida ao pagamento das custas processuais e honorários

advocatícios que fixo em 10% sobre o valor da condenação devidamente corrigido, com base no artigo 85, §2º, do Código de Processo Civil” (fls. 84-85).

Irresignado com o provimento jurisdicional, o demandante interpôs recurso de apelação, requerendo a reforma da sentença para majorar o montante arbitrado a título de indenização por danos morais, alterar o termo inicial dos juros moratórios para a data do evento danoso e incrementar a verba honorária fixada em primeiro grau (fls. 89-108).

Após apresentação das contrarrazões (fls. 111-117), os autos ascenderam a esta Corte de Justiça para julgamento.

VOTO

1 Presentes os pressupostos intrínsecos e extrínsecos de admissibilidade recursal, o reclamo merece ser conhecido, passando-se, desta forma, à análise do mérito.

2 Trata-se de recurso por intermédio do qual se discute o acerto da decisão a quo, que julgou procedente o pleito inicial de indenização por dano moral formulado por Élcio Rudnik, em decorrência da inscrição dos seus dados nos órgãos de proteção ao crédito, efetuada pela Oi Móvel S/A.

3 O demandante pretende a majoração da quantia indenizatória arbitrada em primeiro grau.

O recurso cinge-se, portanto, em verificar-se o montante compensatório, de forma que está preclusa eventual discussão sobre a responsabilidade da ré e o direito do autor à reparação dos danos morais por ele suportados.

Ainda que, na prática, não seja possível delimitar com exatidão a importância que equivale ao dano moral, a reparação deve consistir numa justa compensação ao lesado pela ofensa imposta. Nesse passo, o quantum

indenizatório deve ser estabelecido de tal forma que desestímule a prática de ilícitos, recomendando-se ainda ao julgador que observe os princípios da razoabilidade e proporcionalidade, sem descurar da apreciação de todos os elementos que concorreram para a causa da lesão, bem como das suas consequências.

Por isso, entende-se que, acompanhando a função compensatória, o montante da indenização possui também um sentido punitivo, que contém uma concepção de função preventiva e resulta na ideia de ressarcimento-prevenção. Isso faz com que os bens jurídicos ligados à personalidade da pessoa e tutelados pelo Estado não constituam simples valores abstratos dissociados da realidade hodierna.

Nessa alheta é a lição de Carlos Alberto Bittar:

“A indenização por danos morais deve traduzir-se em montante que represente advertência ao lesante e à sociedade de que se não se aceita o comportamento assumido, ou o evento lesivo advindo. Consubstancia-se, portanto, em importância compatível com o vulto dos interesses em conflito, refletindo-se, de modo expresso, no patrimônio do lesante, a fim de que sinta, efetivamente, a resposta da ordem jurídica aos efeitos do resultado lesivo produzido. Deve, pois, ser quantia economicamente significativa, em razão das potencialidades do patrimônio do lesante” (Reparação civil por danos morais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993. p. 205-206).

A respeito do tema Humberto Theodoro Júnior enfatiza:

“[...] resta, para a Justiça, a penosa tarefa de dosar a indenização, porquanto haverá de ser feita em dinheiro, para compensar uma lesão que, por sua própria natureza, não se mede pelos padrões monetários”, acrescenta que “o problema haverá de ser solucionado dentro do princípio do prudente arbítrio do julgador, sem parâmetros apriorísticos e à luz das peculiaridades de cada caso, principalmente em função do nível sócio-econômico dos litigantes e da menor ou maior gravidade da

lesão” (Alguns aspectos da nova ordem constitucional sobre o direito civil. Revista dos Tribunais. v. 662, dez. 1990. p. 7-17).

Contudo, não se pode fazer com que o caráter punitivo da condenação se sobreponha à natureza reparatória da indenização por danos morais. Noutras palavras, o efeito repressivo da indenização, com natureza claramente sancionatória, não pode sobrelevar o fim maior dos danos morais que, na sua essência, têm natureza nitidamente compensatória.

Tenho sustentado que esta via - a da ação que envolve litígio estritamente individual - não se mostra aconselhável para reprimir genericamente as condutas atentatórias ao direito do consumidor. Se de um lado pode ser alcançado aquele fim, de outro, tem-se outro efeito pernicioso, que é o enriquecimento sem causa, além do incentivo à demanda, pois o abalo moral passa a ser vantajoso em vez de prejudicial à honra e à dignidade das pessoas.

O caminho ideal para atingir o desiderato de repressão são as multas administrativas e os valores aplicados em ações coletivas. Nesses casos, deve o administrador ou o julgador impor valores que realmente se compatibilizem com a capacidade econômica das empresas ou entidades que prestam serviço público e que as façam recalcular os riscos de continuarem desidiasas na inibição de práticas que afrontem os direitos de seus clientes ou usuários.

Em suma, em casos como o presente, deve-se partir da premissa de que o quantum indenizatório não pode ser tão grande que se converta em fonte de enriquecimento pelas lesões sofridas, nem tão pequeno ao ponto de se tornar insignificante.

Com efeito, nítida é a falha da empresa, que acusou indevidamente o autor da inadimplência de valores que não comprovou serem devidos, bem assim procedeu à inscrição irregular do seu nome no cadastro de proteção ao crédito.

Nesse contexto, diante do quadro fático delineado nos autos, consideradas as peculiaridades do caso, o montante da verba indenizatória deve ser majorado para R\$ 21.000,00 (vinte e um mil reais), de forma que, com a incidência dos consectários legais, alcance os parâmetros usualmente praticados por este Órgão Fracionário em situações similares.

Desta maneira, o valor ora fixado se mostra suficiente e adequado à reparação dos prejuízos experimentados pelo demandante, com sua natureza compensatória, bem como, a punição da requerida, com efeito repressivo da indenização em sua natureza sancionatória.

4 É cediço que, em relação aos danos morais, os juros de mora fluem a partir do evento danoso na hipótese de responsabilidade extracontratual (STJ, Súmula n. 54) e, caso configurada a responsabilidade de natureza contratual, desde o vencimento da obrigação (CC, art. 397), se for líquida, ou desde a citação (CC, art. 405), se ilíquida.

No particular, quanto a demandas indenizatórias decorrentes do apontamento irregular do nome do consumidor em cadastro de inadimplentes, mostra-se necessário averiguar a origem e motivo da inscrição indevida, se vinculada ou não à relação contratual.

Desta feita, diferentemente dos casos em que há inscrição indevida em órgão de proteção ao crédito sem comprovação de vínculo contratual entre as partes, ou que a anotação decorreu de fato alheio ao pacto firmado, se demonstrado que a negativação adveio diretamente da discussão em relação a item da avença, resta caracterizada a responsabilidade contratual da requerida.

Essa é a posição prevalente no Superior Tribunal de Justiça:

“PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. INSCRIÇÃO INDEVIDA DO NOME DO AGRAVADO NOS CADASTROS DE PROTEÇÃO AO CRÉDITO. REVISÃO

DO QUANTUM INDENIZATÓRIO. SÚMULA 7 DO STJ. TERMO INICIAL DOS JUROS DE MORA. CITAÇÃO. PRECEDENTES. AGRAVO INTERNO NÃO PROVIDO.

1. O acolhimento da tese da recorrente acerca da não ocorrência do evento danoso seria imprescindível exceder os fundamentos colacionados no acórdão recorrido e adentrar no exame das provas.

Incidência do óbice da Súmula 7/STJ.

2. A revisão da indenização por dano moral apenas é possível quando o quantum arbitrado nas instâncias originárias se revelar irrisório ou exorbitante. Não estando configurada uma dessas hipóteses, não cabe examinar a justiça do valor fixado na indenização, uma vez que tal análise demanda incursão à seara fático-probatória dos autos, atraindo a incidência da Súmula 7/STJ.

3. Consoante entendimento pacificado no âmbito da eg. Segunda Seção, em se tratando de indenização por danos morais decorrentes de responsabilidade contratual, o termo inicial dos juros de mora é a data da citação.

4. Agravo interno não provido” (AgInt no AREsp n. 869.645/PR, Min. Luis Felipe Salomão) [sem grifo no original].

“AGRAVO INTERNO. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. RECURSO INTERPOSTO SOB A ÉGIDE DO NOVO CPC. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. DANO MORAL. INSCRIÇÃO INDEVIDA EM CADASTRO DE INADIMPLENTES. QUANTUM INDENIZATÓRIO. SÚMULA N. 7/STJ. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL. INEXISTÊNCIA DE SIMILITUDE. TERMO INICIAL JUROS MORATÓRIOS. RELAÇÃO CONTRATUAL. DATA DA CITAÇÃO.

1. A revisão de indenização por danos morais só é viável em recurso especial quando o valor fixado nas instâncias locais for exorbitante ou

ínfimo. Salvo essas hipóteses, incide a Súmula n. 7 do STJ, impedindo o conhecimento do recurso.

2. Tratando-se de danos morais, é incabível a análise do recurso com base na divergência pretoriana, pois, ainda que haja grande semelhança nas características externas e objetivas, no aspecto subjetivo, os acórdãos são distintos.

3. O termo inicial para a incidência dos juros moratórios em casos de relação contratual é a data da citação.

4. Agravo interno desprovido” (AgInt no AREsp n. 871.805/RJ, Min. João Otávio de Noronha) [sem grifo no original].

No mesmo sentido, também já se manifestou este Sodalício:

“APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE DÉBITO CUMULADA COM INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. CELESC. CONCESSIONÁRIA DE SERVIÇO PÚBLICO. RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA. NEGATIVAÇÃO DO NOME NOS ÓRGÃOS DE PROTEÇÃO AO CRÉDITO. BOLETO BANCÁRIO. PAGAMENTO EFETUADO. ERRO DE DIGITAÇÃO DO CÓDIGO DE BARRAS. FALHA QUE NÃO PODE SER IMPUTADA À AUTORA. APONTAMENTO QUE PASSOU A SER INDEVIDO. DANO MORAL PRESUMIDO. DEVER DE COMPENSAR. MENSURAÇÃO DO DANO. OBSERVÂNCIA AOS PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E DA PROPORCIONALIDADE. MANUTENÇÃO DO QUANTUM FIXADO EM R\$ 25.000,00 (VINTE E CINCO MIL REAIS). JUROS DE MORA. TERMO DE INCIDÊNCIA. ADEQUAÇÃO NECESSÁRIA. RESPONSABILIDADE CONTRATUAL. CITAÇÃO. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

‘Configurado o ato ilícito, nasce para o responsável o dever de indenizar os danos dele decorrentes. Constitui entendimento

consolidado na jurisprudência pátria que os danos morais resultantes de inscrição indevida nos cadastros dos órgãos de proteção ao crédito são presumidos’ (AC n. 2015.011220-8, Des. Marcus Tulio Sartorato). ‘O valor da indenização por dano moral deve ser graduado de forma a coibir a reincidência do causador da ofensa dano e, ao mesmo tempo, inibir o enriquecimento do lesado, devendo-se aparelhar seus efeitos dentro de um caráter demarcadamente pedagógico, para que cumpra a indenização as funções que lhe são atribuídas pela doutrina e pela jurisprudência. De outro lado, impõem-se consideradas as circunstâncias do caso concreto, levando em conta, no arbitramento do quantum correspondente, a gravidade do dano, a situação econômica do ofensor e as condições do lesado’ (AC n. 2015.017783-3, Des. Trindade dos Santos) [sem grifo no original].

“Nas ações de compensação por danos morais, os juros de mora, nos casos de responsabilidade contratual, incidem a partir da citação” (AC n. 0301290-86.2015.8.24.0040, Des. Fernando Carioni).

Assim, no presente caso, considerando que a relação contratual entre as partes é incontroversa e a obrigação é ilíquida, o dies a quo dos juros moratórios deve ser a data da citação.

5 Por fim, o requerente pugna pelo incremento, para o importe de 20% (vinte por cento), da verba honorária fixada em primeiro grau em 10% (dez por cento) sobre o valor da condenação.

Parcial razão lhe assiste.

No caso presente, com base nos parâmetros legais de arbitramento dos honorários previstos no art. 85, § 2º, do Código de Processo Civil, bem como nos critérios fixados por esta Câmara, principalmente considerados o trabalho despendido pelo procurador da parte autora, mostra-se adequado o arbitramento da verba advocatícia em 15% (quinze por cento) sobre o valor da condenação, o qual basta para remunerar inclusive o labor neste grau de jurisdição.

Assim, no ponto, o recurso merece parcial provimento.

6 Ante o exposto, com fundamento nos argumentos acima aduzidos, conheço do recurso e dou-lhe parcial provimento para: a) majorar os danos morais para R\$ 21.000,00 (vinte e um mil reais), o qual deve ser acrescido de juros de mora em 1% ao mês desde a citação e, conforme a Súmula n. 362 do Superior Tribunal de Justiça, correção monetária a partir da publicação desta decisão, quando passa a incidir unicamente a Taxa Selic, que abarca ambos os referidos consectários legais; e b) fixar os honorários sucumbenciais em 15% (quinze por cento) sobre o valor da condenação.

SEXTA CÂMARA DE DIREITO CIVIL

Agravo n. 0300833-66.2016.8.24.0057/50000, de Santo Amaro da Imperatriz

Relatora: Desembargadora Denise Volpato

AGRAVO INTERNO (ART. 1.021 DO NCPC). AÇÃO DE RECONHECIMENTO E DISSOLUÇÃO DE UNIÃO ESTÁVEL C/C PARTILHA DE BENS E ALIMENTOS. DECISÃO MONOCRÁTICA QUE DETERMINOU A INTIMAÇÃO DO PATRONO DA PARTE AUTORA PARA EFETUAR O PAGAMENTO EM DOBRO DO PREPARO, SOB PENA DE DESERÇÃO (ART. 1.007, § 4º, DO NCPC).

RECURSO DA PARTE AUTORA JUNTAMENTE COM SEU PATRONO. PLEITO DE REFORMA DA DECISÃO AO ARGUMENTO DE NÃO SER NECESSÁRIO O RECOLHIMENTO DO PREPARO POR SER BENEFICIÁRIA DA JUSTIÇA GRATUITA. INSUBSISTÊNCIA. INSURGÊNCIA TÃO SOMENTE QUANTO A MAJORAÇÃO DOS HONORÁRIOS ASSISTENCIAIS. INTERESSE RECURSAL EXCLUSIVO DO ADVOGADO. BENEFÍCIO DA JUSTIÇA GRATUITA CONCEDIDA À PARTE AUTORA NO PRIMEIRO GRAU. DIREITO PERSONALÍSSIMO QUE NÃO APROVEITA AO PROCURADOR DA PARTE. NECESSIDADE DE RECOLHIMENTO DO PREPARO RECURSAL. EXEGESE DO ARTIGO 99, §§ 4º E 5º, DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. DECISÃO MANTIDA. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo n. 0300833-66.2016.8.24.0057/50000, da comarca de Santo Amaro da Imperatriz (1ª

Vara) em que são Agravantes M. da R. e outro e A. N. B.

A Sexta Câmara de Direito Civil decidiu, por votação unânime, conhecer do recurso e negar-lhe provimento. Custas legais.

Participaram do julgamento, realizado nesta data, o Excelentíssimo Desembargador Stanley Braga e o Excelentíssimo Desembargador André Luiz Dacol.

Florianópolis, 12 de dezembro de 2017.

Desembargadora Denise Volpato
Presidente e Relatora

RELATÓRIO

M. da R. por si e representado D. B., A. C. B, simultaneamente com seu Patrono, interpuseram Agravo Interno (fls. 01/22; autos dependentes) contra a Decisão Monocrática de minha lavra que, nos autos da apelação cível n. 0300833-06.2016.8.24.0057, por si e por seu patrono interposta, determinou a intimação do procurador apelante para efetuar o pagamento em dobro do preparo, sob pena de deserção do recurso, haja vista versar sobre matéria de interesse exclusivo do patrono (fls. 107/109).

Em suas razões recursais, a agravante defende possuir legitimidade concorrente com seu procurador para pleitear a majoração dos honorários advocatícios, não havendo falar em deserção se a parte litiga sob o pálio da Justiça Gratuita. Desta forma, pleiteia o provimento do presente Agravo

Interno para dar seguimento ao recurso de apelação, dispensando-se o recolhimento do preparo.

Após, retornaram os autos conclusos.

Este é o relatório.

VOTO

1. Admissibilidade

Sabe-se 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). Os pressupostos intrínsecos estão atrelados ao direito de recorrer, ao passo que os extrínsecos se referem ao exercício desse direito.

Assim, preenchidos os pressupostos de admissibilidade, passa-se à análise do recurso.

2. Mérito

Trata-se de Agravo Interno interposto por M. da R. por si e representado D. B., A. C. B, junto com seu Patrono, contra a Decisão Monocrática de minha lavra que, nos autos da apelação cível n. 0300833-06.2016.8.24.0057, por si e por seu patrono interposta, determinou a intimação do procurador apelante para efetuar o pagamento em dobro do preparo, sob pena de deserção do recurso, haja vista versar sobre

matéria de interesse exclusivo do seu Advogado.

Em suas razões recursais, a agravante defende possuir legitimidade concorrente com seu procurador para pleitear a majoração dos honorários advocatícios, não havendo falar em deserção se a parte litiga sob o pálio da Justiça Gratuita. Desta forma, pleiteia o provimento do presente Agravo Interno para dar seguimento ao recurso de apelação, dispensando-se o recolhimento do preparo.

Adianta-se, razão não assiste à agravante.

Conforme mencionado na Decisão Monocrática agravada, o benefício da Justiça Gratuita possui caráter personalíssimo (intransferível e inalienável), somente podendo ser exercido pelo seu titular.

A respeito, dispõe o artigo 10 da Lei n. 1.060/1950, *verbis*:

“Art. 10. São individuais e concedidos em cada caso ocorrente os benefícios de assistência judiciária, que se não transmitem ao cessionário de direito e se extinguem pela morte do beneficiário, podendo, entretanto, ser concedidos aos herdeiros que continuarem a demanda e que necessitarem de tais favores, na forma estabelecida nesta Lei.”

Sobre o tema, leciona Maurício Vidigal:

“Na interpretação do art. 10 da Lei n. 1.060/50, os benefícios são individuais e, portanto, personalíssimos. A concessão a um cônjuge, por exemplo, não é estendida em favor do outro, nem se transfere a herdeiros e sucessores, havendo necessidade de serem concedidos benefícios em cada caso concreto. Ainda, o deferimento em prol de uma parte em um processo não a exonera das custas e despesas em outro.” (*in* Lei de assistência judiciária interpretada. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2000, p. 67)

Neste contexto, sendo próprio da pessoa em si, tal direito não aproveita ao procurador da parte – verdadeiro interessado pelo apelo –, que não pode litigar sob os auspícios de benefício que não lhe pertence.

Outrossim, o artigo 99 do Novo Código de Processo Civil (vigente

à época da publicação da Sentença apelada), além de estabelecer que o direito à gratuidade da justiça é pessoal (§ 6º), determina que os recursos versando exclusivamente sobre honorários advocatícios fixados em favor de beneficiário da Justiça Gratuita estarão sujeitos a preparo, salvo pedido expresso de concessão da gratuidade judiciária em favor do patrono (§§ 4º e 5º), *verbis*:

“Art. 99. O pedido de gratuidade da justiça pode ser formulado na petição inicial, na contestação, na petição para ingresso de terceiro no processo ou em recurso.

[...]

§ 4º A assistência do requerente por advogado particular não impede a concessão de gratuidade da justiça.

§ 5º Na hipótese do § 4º, o recurso que verse exclusivamente sobre valor de honorários de sucumbência fixados em favor do advogado de beneficiário estará sujeito a preparo, salvo se o próprio advogado demonstrar que tem direito à gratuidade.

§ 6º O direito à gratuidade da justiça é pessoal, não se estendendo a litisconsorte ou a sucessor do beneficiário, salvo requerimento e deferimento expressos.”

Sobre o tema, extrai-se dos apontamentos de Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery:

“Honorários advocatícios. Tendo em vista que os honorários pertencem ao advogado (EOAB 22 e 23), e que o pedido de gratuidade de justiça é pessoal, limitado ao requerente (CPC 99 § 5.º), parece evidente que a concessão de gratuidade para a parte não implica o não pagamento das custas para interposição de recurso que discuta exclusivamente o valor dos honorários devidos em função da sucumbência. Caso o advogado também não disponha de recursos, terá de fazer, ele mesmo, seu pedido de gratuidade da justiça.” (*in* Comentários ao Código de Processo Civil. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, pp. 477/478)

Implica dizer, interposto recurso versando exclusivamente sobre honorários advocatícios, incumbe ao procurador recolher o respectivo preparo ou requerer o deferimento da gratuidade da justiça para si.

In casu, infere-se ter a parte apelante e seu procurador interposto recurso de apelação (fls. 75/94), visando a majoração da verba honorária assistencial do defensor dativo sem efetuar o recolhimento do preparo, sob o argumento de que a parte autora é beneficiária da Justiça Gratuita.

Entretanto, considerando que a insurgência recursal diz respeito exclusivamente à verba honorária, nos termos do artigo 99, §§ 4º e 5º do Novo Código de Processo Civil, imprescindível o recolhimento do preparo, haja vista a inexistência de pedido de Justiça Gratuita em favor do patrono.

Assim, em virtude da ausência de recolhimento do preparo quando da interposição do recurso de apelação, deve ser mantida a Decisão Monocrática agravada que determinou o recolhimento em dobro do preparo recursal (fls. 107/109), nos termos do art. 1.007, §4º, do Novo Código de Processo Civil, que assim disciplina:

“Art. 1.007. No ato de interposição do recurso, o recorrente provará, quando exigido pela legislação pertinente, o respectivo preparo, inclusive porte de remessa e de retorno, sob pena de deserção.

[...]

§ 4º O recorrente que não comprovar, no ato da interposição do recurso, o recolhimento do preparo, inclusive porte de remessa e de retorno, será intimado, na pessoa de seu advogado, para realizar o recolhimento em dobro, sob pena de deserção.” (*in* Novo Código de Processo Civil Comentado. Salvador: Editora JusPodivm, 2016, p. 1707).

Em comentários ao referido dispositivo legal, leciona Daniel Amorim Assumpção Neves:

“O art. 1.007, *caput*, do Novo CPC prevê a regra da prova da comprovação imediata do recurso. Significa dizer que o recorrente deve

comprovar o recolhimento do preparo no momento da interposição do recurso. Interposto o recurso sem essa comprovação, ainda que antes do término do prazo previsto em lei, o recurso será considerado deserto (STJ, 3ª Turma, AgRg no Ag 471.502/RJ, rel. Min. Humberto Gomes de Barros, j. 26.10.2006, DJ 18.12.2006, p. 360), mesmo que o preparo tenha sido efetivamente recolhido. Como se nota da redação do dispositivo legal, a regra não é do recolhimento prévio do preparo, mas desse recolhimento prévio e da sua comprovação no ato de recorrer, sob ‘pena’ de *preclusão consumativa*. Mesmo no recurso interposto entra as férias forenses a comprovação imediata do preparo é exigida (STJ, 4ª Turma, REsp 659.045/ES, rel. Min. Aldir Passarinho Jr., j. 07.03.2006, DJ 17.04.2006, p. 201). [...]

Existem isenções ao recolhimento do preparo, de forma que nem todo o recurso exige seu recolhimento e determinados sujeitos não precisam recolhê-lo. São as isenções objetivas e subjetivas do preparo. Não havendo isenções e não sendo recolhido o preparo, ocorrerá a deserção do recurso, desde que o recorrente não a recolha em dobro, nos termos do art. 1.007, § 4º do Novo CPC.”

Assim, o ato da interposição do recurso é o momento no qual deve a parte comprovar o recolhimento do preparo ou requerer a benesse da Justiça Gratuita, sob pena de ter que efetuar o seu recolhimento em dobro, para que o recurso possa ser admitido (art. 1.007, §4º, do NCPC).

Neste sentido, já decidiu este Órgão Fracionário:

“APELAÇÕES CÍVEIS. AÇÃO DE COBRANÇA. SEGURO DE VIDA EM GRUPO. PRETENSÃO DE COBERTURA PARA INVALIDEZ POR DOENÇA [...]. SENTENÇA DE PARCIAL PROCEDÊNCIA. INSURGÊNCIA DE AMBAS AS PARTES.

RECURSO DA DEMANDANTE. PARTE BENEFICIÁRIA DA JUSTIÇA GRATUITA. APELO QUE VERSA EXCLUSIVAMENTE SOBRE MAJORAÇÃO DOS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. INTERESSE DO CAUSÍDICO. INCOMUNICABILIDADE DA GRATUIDADE DE JUSTIÇA, A TEOR DO ART. 99, § 5º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. DESPACHO DETERMINANDO O RECOLHIMENTO DO VALOR DAS CUSTAS EM DOBRO OU

PROVA DA HIPOSSUFICIÊNCIA, SOB PENA DE DESERÇÃO. AUSÊNCIA DE MANIFESTAÇÃO. DESCUMPRIMENTO DO DISPOSTO NO ART. 1.007 DO MESMO DIPLOMA LEGAL. CARACTERIZADA A DESERÇÃO. RECURSO NÃO CONHECIDO. [...] (TJSC, Apelação Cível n. 0027957-59.2012.8.24.0018, de Chapecó, rel. Des. Stanley da Silva Braga, Sexta Câmara de Direito Civil, j. 28-11-2017).

E:

“AGRAVO INTERNO (ART. 1.021 DO NCPC). AÇÃO DE EXECUÇÃO DE ALIMENTOS. DECISÃO MONOCRÁTICA QUE DETERMINOU A INTIMAÇÃO DO PATRONO DA PARTE EXEQUENTE PARA EFETUAR O PAGAMENTO EM DOBRO DO PREPARO, SOB PENA DE DESERÇÃO. RECURSO DA EXEQUENTE. PLEITO DE REFORMA DA DECISÃO AO ARGUMENTO DE NÃO SER NECESSÁRIO O RECOLHIMENTO DO PREPARO POR SER BENEFICIÁRIA DA JUSTIÇA GRATUITA. INSUBSISTÊNCIA. INSURGÊNCIA TÃO SOMENTE QUANTO AO ARBITRAMENTO DOS HONORÁRIOS ASSISTENCIAIS. INTERESSE RECURSAL EXCLUSIVO DO ADVOGADO. BENEFÍCIO DA JUSTIÇA GRATUITA CONCEDIDA À PARTE EXEQUENTE NO PRIMEIRO GRAU. DIREITO PERSONALÍSSIMO QUE NÃO APROVEITA AO PROCURADOR DA PARTE. NECESSIDADE DE RECOLHIMENTO DO PREPARO RECURSAL. EXEGESE DO ARTIGO 99, §§ 4º E 5º, DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. DECISÃO MANTIDA. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.” (TJSC, Agravo n. 0300144-22.2016.8.24.0057, de Santo Amaro da Imperatriz, *in* Acórdão de minha lavra, Sexta Câmara de Direito Civil, j. 21-03-2017).

E este Tribunal de Justiça:

“APELAÇÃO CÍVEL. EMBARGOS À EXECUÇÃO. SENTENÇA QUE JULGOU PROCEDENTE A PRETENSÃO AUTURAL. INSURGÊNCIA DOS CAUSÍDICOS DA RÉ QUE VISAM EXCLUSIVAMENTE A ELEVAÇÃO DA QUANTIA FIXADA A TÍTULO DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. [...]”

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO QUE VERSA EXCLUSIVAMENTE SOBRE VALOR DE HONORÁRIOS DE SUCUMBÊNCIA FIXADOS EM FAVOR DO ADVOGADO DE BENEFICIÁRIO DA GRATUIDADE. HIPÓTESE EM QUE O CAUSÍDICO DEVERÁ DEMONSTRAR SUA HIPOSSUFICIÊNCIA OU RECOLHER O PREPARO. INTELIGÊNCIA DO ART. 99, §§ 4º E 5º DO CPC/2015.

CASO CONCRETO EM QUE O PATRONO NÃO EFETUOU O PREPARO NEM CLAMOU PELA CONCESSÃO DA GRATUIDADE. DETERMINAÇÃO NESTE GRAU DE JURISDIÇÃO PARA QUE O PREPARO FOSSE RECOLHIDO EM DOBRO. COMANDO NÃO ATENDIDO. DESERÇÃO PATENTEADA. APELO NÃO CONHECIDO. EXEGESE DO ART. 1007 DO CÓDIGO FUX. [...]” (TJSC, Apelação Cível n. 0301140-60.2016.8.24.0076, de Turvo, rel. Des. José Carlos Carstens Köhler, Quarta Câmara de Direito Comercial, j. 26-09-2017).

E:

“APELAÇÃO CÍVEL. JUSTIÇA GRATUITA. REQUERIMENTO NÃO FORMULADO NO CURSO DO PROCESSO EM PRIMEIRO GRAU DE JURISDIÇÃO. INTERPOSIÇÃO DE RECURSO DESPROVIDO DE PREPARO E AUSENTE REQUERIMENTO DO BENEFÍCIO. COMANDO JUDICIAL IMPONDO O RECOLHIMENTO DO PREPARO EM DOBRO NOS TERMOS DO PARÁGRAFO 4º DO ARTIGO 1.007 DO CÓDIGO PROCESSUAL. TRANSCURSO DO PRAZO *IN ALBIS*. DESERÇÃO RECONHECIDA. NÃO CONHECIMENTO.” (TJSC, Apelação Cível n. 0001666-69.2005.8.24.0017, de Dionísio Cerqueira, rel. Des. Fernando Carioni, Terceira Câmara de Direito Civil, j. 01-08-2017).

Ainda:

“AGRAVO INTERNO (ART. 1.021, CPC/2015) EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DO AGRAVANTE. REFORMA DA DECISÃO DE INADMISSIBILIDADE DO AGRAVO DE INSTRUMENTO POR DESERÇÃO. [...]”

RECLAMO INTERPOSTO SEM O PREPARO RECURSAL. DETERMINAÇÃO PARA RECOLHIMENTO EM DOBRO DA

VERBA. INÉRCIA DA PARTE. DESCUMPRIMENTO DO ART. 1.007, § 4º, DO NCPC. DESERÇÃO CONFIGURADA. DECISÓRIO UNIPESSOAL MANTIDO. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.

A inércia da parte no recolhimento do preparo recursal em dobro provoca a deserção e a consequente inadmissibilidade do reclamo (art. 1.007, § 4º, do NCPC). [...]” (TJSC, Agravo n. 0000081-13.2017.8.24.0000, de Lages, rel. Des. Gerson Cherem II, Câmara Civil Especial, j. 31-08-2017).

Desta forma, não comprovado o pagamento do preparo recursal, a manutenção da decisão que determinou a intimação do patrono da parte apelante para efetuar seu recolhimento em dobro (art. 1.007, §4º, do NCPC), é medida que se impõe.

Ante o exposto, o voto é no sentido de conhecer do recurso e negar-lhe provimento.

Este é o voto.

PRIMEIRA CÂMARA DE DIREITO COMERCIAL

Apelação Cível n. 0000098-87.2008.8.24.0057, de Santo Amaro da Imperatriz

Relator: Desembargador Mariano do Nascimento

APELAÇÃO CÍVEL. EMBARGOS DE TERCEIROS. SENTENÇA QUE DECLAROU A NULIDADE DA PENHORA REALIZADA NA EXECUÇÃO E JULGOU PROCEDENTE OS EMBARGOS. RECURSO DO EMBARGADO.

ALEGADO ERROR IN PROCEDENDO. EMBARGOS DE TERCEIRO QUE ESTÁ RESTRITO À ANÁLISE DA POSSE. PROCEDÊNCIA DA AÇÃO QUE RESULTA EM MANDADO DE MANUTENÇÃO OU RESTITUIÇÃO DO BEM EM FAVOR DO EMBARGANTE. DECISÃO RECORRIDA QUE, TODAVIA, RECONHECEU A AUSÊNCIA DE PROVA QUANTO A POSSE DO BEM CONSTRITADO PELO EMBARGANTE, PORÉM JULGOU PROCEDENTE A AÇÃO EM RAZÃO DA NULIDADE DO AUTO DE PENHORA. IMPOSSIBILIDADE. REFORMA DA SENTENÇA QUE SE IMPÕE.

EMBARGOS DE TERCEIRO QUE PODEM SUBSISTIR EM RAZÃO DA EXISTÊNCIA DE AMEAÇA À POSSE. PLEITO QUE OBJETIVA EVITAR SUPERVENIENTE PENHORA. PRECEDENTES DO STJ. TODAVIA, JUIZ A QUO QUE RECONHECE DE FORMA EXPRESSA A AUSÊNCIA DE PROVA QUANTO À POSSE DO BEM CONSTRITADO. INSURGÊNCIA RECURSAL ACOLHIDA PARA JULGAR IMPROCEDENTE OS EMBARGOS DE TERCEIRO.

INVERSÃO DOS ÔNUS SUCUMBENCIAIS.

RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 0000098-87.2008.8.24.0057, da comarca de Santo Amaro da Imperatriz 1ª Vara em que é Apelante Leandro Bernardino Rachadel e Apelado Nilton Sérgio da Silva.

A Primeira Câmara de Direito Comercial decidiu, por votação unânime, conhecer do recurso e dar-lhe provimento. Custas legais.

Participaram do julgamento, realizado nesta data, os Excelentíssimos Senhores Desembargadores Luiz Zanelato e Luiz Antônio Zanini Fornerolli.

Florianópolis, 16 de novembro de 2017.

Desembargador Mariano do Nascimento
Presidente e Relator

RELATÓRIO

Leandro Bernardino Rachadel interpôs recurso de apelação da sentença proferida nos autos dos embargos de terceiros n. 0000098-87.2008.8.24.0057, os quais foram ajuizados por Nilton Sérgio da Silva em seu desfavor, em razão da penhora realizada nos autos da execução n. 057.06.001522-1, sendo esta deflagrada pelo ora apelante em face de Andréa Maria da Silva.

A decisão recorrida julgou o feito nos seguintes termos:

Ante o exposto, ACOELHO os presentes embargos de terceiro para reconhecer a nulidade absoluta da penhora que recaiu sobre o imóvel registrado sob o nº 14.333 no Cartório de Registro de Imóveis da comarca de Santo Amaro da Imperatriz, realizada nos autos da execução nº 057.06.001522-1.

Custas pelo embargado.

Condeno o embargado ao pagamento dos honorários advocatícios da parte adversa, os quais fixo em 10% sobre o valor da exordial.

Publique-se. Registre-se. Intimem-se.

Transitada em julgado:

a) junte-se cópia da presente decisão nos autos da execução e archive-se o presente incidente;

b) naqueles autos, então, oficie-se ao Registro de Imóveis para que proceda o cancelamento da averbação AV-002-14.333, de 27/09/2006, realizada na matrícula 14.333, e intime-se o exequente para manifestação, no prazo de 10 (dez) dias. (fls. 213/215)

Nas razões de seu inconformismo, o apelante alega, em suma, que: a) a sentença é nula, pois reconheceu a nulidade da penhora realizada na execução, enquanto que nos embargos de terceiros discutia-se, apenas, a propriedade do bem, incorrendo em sentença extra petita; b) “o proponente dos embargos de terceiro não tem interesse processual para discutir qualquer mácula da demanda executória, mas sim apenas discutir se o bem penhorado lhe pertence” (fl. 224); c) houve a fixação de “verba sucumbencial em favor de uma parte que não logrou êxito em comprovar seu direito de propriedade, como também em desfavor de outra que obteve pleno sucesso na demanda em comprovar que o imóvel não pertencia ao apelado” (fl. 270); d) com o provimento do recurso, os ônus sucumbenciais devem ser invertidos, e, sucessivamente, os honorários advocatícios devem ser majorados. Ao final, requereu a fixação de honorários recursais, o conhecimento e o provimento do apelo (fls. 219/237).

Ofertadas as contrarrazões (fls. 249/253), os autos ascenderam a esta Corte de Justiça.

Vieram conclusos.

VOTO

Trata-se de embargos de terceiro promovidos por Nilton Sérgio da Silva, em que o embargante alega que adquiriu da executada, em 2005, o imóvel penhorado nos autos da execução n. 057.06.001522-1.

Além disso, sustentou na exordial a nulidade do auto de penhora, pois “sequer constam as assinaturas da executada e seu marido, sem a certidão de recusa em assiná-las e ainda, nomeação como depositário do imóvel penhorado, na pessoa do Sr. Sandro Carlos Vidal, ilustre Oficial do Cartório de Registro de Imóveis desta Comarca, o que entendemos estar em total desacordo com as normas legais” (fl. 04)

Ao final, requereu a procedência dos embargos, a fim de que o imóvel reste livre da constrição realizada.

Em contestação (fls. 35/39), o embargado afirma que o contrato particular de cessão e transferência de direitos e obrigações (fls. 7/8), firmado entre a executada, Andréa Maria da Silva, seu marido, e o ora embargante e sua esposa, foi forjado pelos signatários, de modo que foi assinado com data que não corresponde à verdadeira, constituindo fraude processual, apenas para que o bem de propriedade da executada não responda pela dívida. Alega que o marido da executada é irmão do embargante, de forma que estes simularam a cessão de direitos e obrigações de fls. 7/8.

Foi realizada audiência, na qual foram ouvidos o embargante (fls. 96/97), a Sra. Salete de Abreu, que se declarou como tia do embargante (fls. 98), o Sr. José Rogério Vieira (fls. 99/100), e, em outra oportunidade, a Sra. Dionete Minuzzi Rodrigues (fls. 198/199).

Intimadas as partes, apenas o embargado apresentou alegações finais (fls. 205/209).

Após, sobreveio sentença de procedência dos embargos de terceiro.

Passo à análise da insurgência recursal.

1. Da nulidade da sentença

O apelante sustenta que a sentença é nula, pois reconheceu a nulidade da penhora realizada na execução, enquanto que nos embargos de terceiros discutia-se, apenas, a propriedade do bem, incorrendo em sentença extra petita. Afirmar, ademais, que “o proponente dos embargos de terceiro não tem interesse processual para discutir qualquer mácula da demanda executória, mas sim apenas discutir se o bem penhorado lhe pertence” (fl. 224).

Cumprido observar que o embargante expressamente consignou na petição inicial que “o Sr. Meirinho culminou em nulidade da penhora sobre o bem imóvel da embargante, face a inobservância de norma processual obrigatória para a efetivação de penhora de bens imóveis” (fl. 4), uma vez que “sequer constam as assinaturas da executada e seu marido, sem a certidão de recusa em assiná-las e ainda, nomeação como depositário do imóvel penhorado, na pessoa do Sr. Sandro Carlos Vidal, ilustre Oficial do Cartório de Registro de Imóveis desta Comarca, o que entendemos estar em total desacordo com as normas legais” (fl. 4) e, ao final, requereu a procedência dos embargos, “ficando o imóvel livre da constrição” (fl. 5).

A magistrada sentenciante acolheu os embargos de terceiro a fim de declarar a “nulidade absoluta da penhora que recaiu sobre o imóvel registrado sob o nº 14.333 no Cartório de Registro de Imóveis da comarca de Santo Amaro da Imperatriz, realizada nos autos da execução nº 057.06.001522-1” (fl. 215).

Na fundamentação da sentença, restou assentado que “Nos autos da execução, em apenso, é possível verificar que a certidão de fl. 13 afirma que houve a citação da executada, e que foi colhida a sua

assinatura. Todavia, não consta do mandado (fl. 12), qualquer assinatura que não seja da Escrivã ou do Juiz. Ademais, o termo de penhora de fl. 14 também não conta com a assinatura da executada nem de seu cônjuge, tendo sido nomeado depositário o Oficial do Registro de Imóveis da Comarca, enquanto o art. 659, §5º do CPC/73, vigente à época do ato, previa a constituição do depositário na pessoa do devedor no momento da sua ciência. Saliente-se, outrossim, que a penhora recaiu sobre direitos da executada com relação ao imóvel, vez que ainda não realizado o seu registro, nem comprovada a quitação do compromisso.

Entendo, então, que a penhora realizada está eivada de vícios. Em que pese a fé-pública detida pelos Oficiais de Justiça, quando a certidão é contraditória com a própria realidade dos autos, formada por documentos por ele juntados, entendo que é passível de reconhecimento de equívoco na lavratura do ato” (fl. 214).

Pois bem.

Sabe-se que os embargos de terceiros visam assegurar que “Quem, não sendo parte no processo, sofrer turbacão ou esbulho na posse de seus bens por ato de apreensão judicial, em casos como o de penhora, depósito, arresto, sequestro, alienação judicial, arrecadação, arrolamento, inventário, partilha, poderá requerer lhe sejam mantidos ou restituídos por meio de embargos” (art. 1.046 do CPC de 1973, vigente à época do protocolo dos embargos de terceiro).

Verificados os requisitos do artigo supra e “Julgando suficientemente provada a posse, o juiz deferirá liminarmente os embargos e ordenará a expedição de mandado de manutenção ou de restituição em favor do embargante, que só receberá os bens depois de prestar caução de os devolver com seus rendimentos, caso sejam afinal declarados improcedentes”. (art. 1051, do mesmo diploma legal).

Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery ensinam a

respeito:

Trata-se de ação de conhecimento, constitutiva negativa, de procedimento especial sumário, cuja finalidade é livrar o bem ou direito de posse ou propriedade de terceiro da constrição judicial que lhe foi injustamente imposta em processo de que não faz parte. O embargante pretende ou obter a liberação (manutenção ou reintegração de posse), ou evitar a alienação de bem ou direito indevidamente constrito ou ameaçado de o ser. (Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante. 11ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p. 1267).

Vê-se, portanto, que o Juiz está adstrito à análise da posse para, assim, julgar procedente ou improcedente a lide.

In casu, da leitura da Sentença, possível verificar que para o douto Magistrado sentenciante “as provas trazidas são insuficientes para que se reconheça o direito do embargante” (fl. 214). Todavia, entendeu por bem dar provimento aos embargos em razão do reconhecimento da nulidade do auto de penhora.

Deste modo, em que pese verificada a existência de vício na execução (capaz de evidenciar a nulidade da penhora), não poderia tal fato justificar a procedência dos embargos de terceiro, pois este não está vinculado à análise da validade do título executivo ou da penhora, mas apenas e tão somente a existência de turbação ou esbulho do Bem que o embargante alega ser seu.

De mais a mais, a nulidade da penhora ocasionaria, apenas, a extinção dos Embargos em razão da ausência de interesse processual, jamais a sua procedência.

Ocorre que a jurisprudência já vinha autorizando a interposição dos Embargos Terceiro em caso de grave ameaça, conforme extrai-se do Informativo n. 425 da Corte Superior de Justiça:

Trata-se de REsp em que a questão está em saber se é possível o ajuizamento de embargos de terceiro na forma preventiva. Inicialmente,

observou-se que os embargos de terceiro voltam-se contra afronta à posse, que se configura com a turbação, o esbulho e a simples ameaça de ambos, e, na hipótese, a tutela inibitória é passível de ser engendrada na medida em que o terceiro (o cônjuge) opôs os embargos após ter os bens de sua propriedade relacionados à penhora pelo oficial de justiça em ação de execução fiscal. Diante disso, a Turma entendeu que os embargos de terceiro são cabíveis de forma preventiva, quando o terceiro estiver na ameaça iminente de apreensão judicial do bem de sua propriedade. Ademais, a ameaça de lesão encerra o interesse de agir no ajuizamento preventivo dos embargos de terceiro, máxime à luz da cláusula pétrea da inafastabilidade, qual seja, nenhuma lesão ou ameaça de lesão escapará à apreciação do Judiciário (art. 5º, XXXV, da CF/1988). Precedentes citados: REsp 751.513-RJ, DJ 21/8/2006; REsp 389.854-PR, DJ 19/12/2002, e REsp 1.702-CE, DJ 9/4/1990. (REsp 1.019.314-RS, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 2/3/2010) (grifei).

Tanto isso é verdade, que o Novo Código de Processo Civil, ao regulamentar a matéria, inovou acrescentando a “ameaça” como um dos requisitos autorizadores da concessão da medida, conforme se verifica do art. 674:

Art. 674. Quem, não sendo parte no processo, sofrer constrição ou ameaça de constrição sobre bens que possua ou sobre os quais tenha direito incompatível com o ato constritivo, poderá requerer seu desfazimento ou sua inibição por meio de embargos de terceiro.

Vê-se, portanto, que a simples ameaça da penhora (ainda que tenha sido constatada a sua nulidade) já autoriza a interposição dos presentes embargos de terceiro, o que autoriza o julgamento de mérito da questão.

Deste modo, em que pese tenha o magistrado a quo julgado procedente os embargos de terceiro em razão da nulidade do auto de penhora, no mérito, afastou o direito do Autor ao expressamente afirmar que “Diante das discrepâncias nas histórias apresentadas pelo embargante na inicial e em seu próprio depoimento, bem como do testemunho da vendedora, não é possível asseverar, com certeza, que este é o único

adquirente do bem penhorado. Acaso seu irmão, esposo da executada, também tenha adquirido o imóvel, a princípio, sua parte é, de direito, também da executada. Deste modo, com relação a este argumento, entendo que as provas trazidas são insuficientes para que se reconheça o direito do embargante. Do mesmo modo, a alegação de que o imóvel é bem de família não restou plenamente comprovada nos autos, já que, inclusive, reside o embargante em local diverso.” (fl. 214).

Ou seja, as causas que justificam a procedência dos embargos de terceiro não restaram evidenciadas da prova dos autos, razão pela qual tenho por bem dar provimento ao recurso no ponto e, assim, reformar a Sentença a quo a fim de julgar improcedente os embargos de terceiro, nos moldes do art. 487, I do NCPC, uma vez que as provas trazidas são insuficientes para que se reconheça o direito do embargante.

Por fim, inverte o ônus sucumbencial, na forma como posto na sentença.

Deixo, todavia, de majorar os honorários recursais porquanto, embora incerto o rumo da jurisprudência, recentemente, o egrégio STJ, nos autos do AgInt. nos Emb. Div. em REsp n. 1539725, esclareceu os parâmetros em que cabíveis referida verba, deixando expressamente assentado:

“5. É devida a majoração da verba honorária sucumbencial, na forma do art. 85, § 11, do CPC/2015, quando estiverem presentes os seguintes requisitos, simultaneamente:

a) decisão recorrida publicada a partir de 18.3.2016, quando entrou em vigor o novo Código de Processo Civil;

b) recurso não conhecido integralmente ou desprovido, monocraticamente ou pelo órgão colegiado competente; e

c) condenação em honorários advocatícios desde a origem no feito em que interposto o recurso.

6. Não haverá honorários recursais no julgamento de agravo interno e de

embargos de declaração apresentados pela parte que, na decisão que não conheceu integralmente de seu recurso ou negou-lhe provimento, teve imposta contra si a majoração prevista no § 11 do art. 85 do CPC/2015.

8. Quando devida a verba honorária recursal, mas, por omissão, o Relator deixar de aplicá-la em decisão monocrática, poderá o colegiado, ao não conhecer ou desprover o respectivo agravo interno, arbitrá-la *ex officio*, por se tratar de matéria de ordem pública, que independe de provocação da parte, não se verificando reformatio in pejus.

9. Da majoração dos honorários sucumbenciais promovida com base no § 11 do art. 85 do CPC/2015 não poderá resultar extrapolação dos limites previstos nos §§ 2º e 3º do referido artigo. 10. É dispensada a configuração do trabalho adicional do advogado para a majoração dos honorários na instância recursal, que será considerado, no entanto, para quantificação de tal verba.

11. Agravo interno a que se nega provimento. Honorários recursais arbitrados *ex officio*, sanada omissão na decisão ora agravada. (AgInt nos EREsp 1539725 / DF, rel. Min. Antônio Carlos Ferreira, j. em 19-10-2017)

Assim, considerando a inversão da verba sucumbencial, não há que se falar em majoração pelos serviços prestados.

2. Da parte dispositiva

Pelo exposto, conheço do recurso e dou-lhe provimento para reformar a Sentença e, assim, julgar improcedente os embargos de terceiro, nos moldes do art. 487, I do NCPC, invertendo-se o ônus sucumbencial.

É como voto.

SEGUNDA CÂMARA DE DIREITO COMERCIAL

Agravo de Instrumento n. 0132497-47.2014.8.24.0000, de Blumenau

Relator: Desembargador Robson Luz Varella

AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO DE EXECUÇÃO POR QUANTIA CERTA CONTRA DEVEDOR SOLVENTE – DEFERIMENTO PARCIAL DO PEDIDO DE IMPENHORABILIDADE DE IMÓVEL E HOMOLOGAÇÃO DE AVALIAÇÃO REALIZADA POR OFICIAL DE JUSTIÇA – INTERLOCUTÓRIA PUBLICADA SOB A ÉGIDE DO REGRAMENTO PROCESSUAL DE 1973 – RECURSO INTERPOSTO PELO EXECUTADOS.

IMPENHORABILIDADE – ALEGADA NECESSIDADE DE EXTENSÃO DA GARANTIA DO INSTITUTO DO BEM DE FAMÍLIA À TOTALIDADE DO IMÓVEL – DEFENDIDA UNIDADE E INDIVISIBILIDADE DO BEM, CUJO DESMEMBRAMENTO CAUSARIA DIFICULDADE DE ACESSO E DESCARACTERIZARIA O IMÓVEL – PROCEDÊNCIA DA TESE – MORADIA COMO DIREITO SOCIAL CONSTITUCIONAL (ART. 6º, DA CRFB/1988) – IMPENHORABILIDADE DO BEM DE FAMÍLIA PREVISTO EM LEGISLAÇÃO ESPECÍFICA (ART. 1º E 5º, LEI FEDERAL N. 8.009/1990) – OBJETIVO DE RESGUARDAR A DIGNIDADE HUMANA DO NÚCLEO FAMILIAR E O MÍNIMO DIREITO PATRIMONIAL – FINALIDADE SOCIAL DA LEI DE PRESERVAR O IMÓVEL RESIDENCIAL COMO UM TODO – INEXISTÊNCIA DE EXCEÇÕES À GARANTIA DE IMPENHORABILIDADE CONFORME PRECEDENTES JURISPRUDENCIAIS DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA – CASO CONCRETO EM QUE A PENHORA DE PARTE DO IMÓVEL RESIDENCIAL O DESCARACTERIZARIA PARA A FINALIDADE DE MORADIA – IMÓVEL CONFIGURADO COMO BEM ÚNICO NOS TERMOS DA AVALIAÇÃO DO OFICIAL DE JUSTIÇA E DA PROVA DOCUMENTAL ACOSTADA

AOS AUTOS – IMPENHORABILIDADE QUE NÃO SE LIMITA À ÁREA EM QUE SITUADA A CASA DESTINADA À RESIDÊNCIA DOS EXECUTADOS, ORA AGRAVANTES – EXTENSÃO DA GARANTIA TAMBÉM AOS TERRENOS CONTÍGUOS, CUJO DESMEMBRAMENTO DESCARACTERIZARIA A DISPOSIÇÃO FÍSICA DA ÁREA, E POR CONSEQUÊNCIA, O BEM DE FAMÍLIA – IRRESIGNAÇÃO PROVIDA.

A moradia é direito social, expressamente elencado no art. 6º, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. A legislação infraconstitucional, por seu turno, assevera garantia de impenhorabilidade para o imóvel residencial próprio do casal ou da entidade familiar para responder por dívidas contraídas pelos proprietários, de acordo com o enunciado dos arts. 1º e 5º, da Lei 8.009/1990, com fins a proteger o direito patrimonial mínimo do núcleo familiar e a dignidade humana.

Na esteira dos precedentes do Superior Tribunal de Justiça, não há previsão legal para excepcionar a garantia de impenhorabilidade de bem de família conforme as características do imóvel relativas a sua dimensão ou do valor econômico. De outro turno, o desmembramento só figura possível quando as circunstâncias ou peculiaridades do caso concreto não descaracterizem ou reduzam o valor do bem.

No caso concreto, do detido exame da documentação que instrui o presente agravo de instrumento, as propriedades constringidas constituem-se num único bem, de acordo com o exame da avaliação do Oficial de Justiça e da reprodução fotográfica da área litigiosa. Logo, a garantia de impenhorabilidade deve ser estendida também aos terrenos contíguos de onde localizada a residência dos executados, uma vez que o desmembramento acarretaria descaracterização do bem.

PREJUÍZO DA ANÁLISE DA INSURGÊNCIA EM RELAÇÃO À NECESSIDADE DE NOVA AVALIAÇÃO DOS RESPECTIVOS BENS COMO CONSEQUÊNCIA DO RECONHECIMENTO DA IMPENHORABILIDADE DE

TODOS OS BENS IMÓVEIS EXECUTADOS.

É decorrência lógica a prescindibilidade da análise do pedido sucessivo quando houver provimento do pedido principal e que atinja a pretensão maior dos recorrentes.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento n. 0132497-47.2014.8.24.0000, da comarca de Blumenau 1ª Vara Cível em que são Agravantes Rolf Kuehnrich e outro e Agravado Copac Ltda. Cooperativa dos Produtores de Algodão de Campo Novo do Parecis e Interessada Teka Tecelagem Kuehnrich S/A.

A Segunda Câmara de Direito Comercial decidiu, por votação unânime, dar provimento ao recurso para determinar o levantamento da penhora que recaiu sobre os imóveis matriculados sob ns. 2.944, 3.380 e 3.923, tornando, por consequência, sem efeito, os atos eventualmente praticados a partir da constrição. Custas legais.

Do julgamento, realizado em 4 de julho de 2017, participaram os Exmos. Srs. Des. Newton Varella Júnior e Dinart Francisco Machado.

Florianópolis, 11 de julho de 2017.

Desembargador Robson Luz Varella
Presidente e Relator

RELATÓRIO

Trata-se de agravo de instrumento interposto por Rolf Kuehnrich e Margarida Helena Kuehnrich contra decisão interlocutória, proferida em ação executiva (processo n. 008.11.011521-7), ajuizada por Copac Ltda. Cooperativa dos Produtores de Algodão de Campo Novo do Parecis, através da qual foi deferido parcialmente o pedido de impenhorabilidade, esta reconhecida exclusivamente quanto ao imóvel matriculado sob n.

4.622, mantendo a constrição realizada sobre os bens n. 3.963, n. 3.380 e n. 2.944, bem como homologado o laudo de avaliação e vistoria juntado às fls. 216/220 dos autos originais (fls. 287/289; 348/351).

Em suas razões recursais, os agravantes sustentaram, em síntese, que os bens constringidos (matrículas de n. 3.923, n. 3.380 e n. 2.944) são impenhoráveis. Para tanto, defenderam que o fato do imóvel residencial ser representado por mais de uma matrícula, não retira sua unidade como núcleo familiar, pois se trata de “um único imóvel”, conseqüentemente, impenhorável como um todo (fl. 19). Asseveraram que os bens penhorados servem de moradia para os recorrentes há 40 (quarenta) anos, e que no caso de adjudicação ou alienação judicial a residência “ficará encravada, impossibilitando totalmente o acesso destes e, por consequência, o uso da residência” (fl. 19).

Sob outro enfoque, alegaram a necessidade de nova avaliação dos bens, porquanto teria sido realizada por “preço vil”, pelo Oficial de Justiça, destituído de conhecimento técnico/científico para tanto, segundo alegações dos agravantes, ao defenderem a adequação da nomeação de engenheiro civil ou corretor de imóveis para a declaração do valor real (fls. 2/29).

Instruíram a peça com os documentos de fls. 30/361.

O efeito suspensivo da decisão agravada foi indeferido pela Câmara Civil Especial desta Corte (fls. 364/370).

Intimada, a parte agravada não apresentou contrarrazões (fl. 374).

Este é o relatório.

VOTO

Insurgem-se os executados, agora agravantes, contra interlocutória, proferida em ação de execução, por meio da qual foi deferido parcialmente o pedido de impenhorabilidade, reconhecida exclusivamente no tocante

ao imóvel matriculado sob n. 4.622, e, por outro lado, homologada a avaliação realizada por Oficial de Justiça.

Por primeiro, os agravantes pretendem a extensão do reconhecimento da impenhorabilidade absoluta também sobre os bens de matrículas ns. 3.923, 3.380 e 2.944, defendendo corresponderem a um único imóvel residencial, sendo, portanto, indivisível. Acrescentam que o desmembramento encravará a casa e descaracterizará todo o imóvel. Não sendo este o entendimento, requerem a realização de nova avaliação dos bens.

A moradia é direito social, expressamente elencado pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988:

Art. 6. São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

Visando resguardar esse direito, a Lei n. 8.009, de 29 de março de 1990, disciplina em seu art. 1º: **“O imóvel residencial próprio do casal, ou da entidade familiar, é impenhorável e não responderá por qualquer tipo de dívida civil, comercial, fiscal, previdenciária ou de outra natureza, contraída pelos cônjuges ou pelos pais ou filhos que sejam seus proprietários e nele residam, salvo nas hipóteses previstas nesta lei”** (sem grifos no original).

E, não obstante o art. 5º da Lei n. 8.0009/90 disponha, “para os efeitos de impenhorabilidade, de que trata esta lei, considera-se residência um único imóvel utilizado pelo casal ou pela entidade familiar para moradia permanente”, para sustentar o epíteto de bem de família, inexistente exigência de o devedor ser titular ou possuidor de apenas uma propriedade, prevendo a lei somente que a proteção legal recaia sobre o domicílio residencial.

Confira-se:

RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL E CIVIL. EXECUÇÃO. PENHORA. BEM DE FAMÍLIA (LEI 8.009/90, ARTS. 1º E 5º). CARACTERIZAÇÃO. IMÓVEL RESIDENCIAL DO DEVEDOR. ÔNUS DA PROVA. RECURSO PROVIDO. 1. **Tendo a devedora provado suficientemente (*ab initio*) que a constrição judicial atinge imóvel da entidade familiar, mostra-se equivocado exigir-se desta todo o ônus da prova, cabendo agora ao credor descaracterizar o bem de família na hipótese de querer fazer prevalecer sua indicação do bem à penhora.** 2. **Nos termos da jurisprudência desta Corte, não é necessária a prova de que o imóvel onde reside o devedor seja o único de sua propriedade, para o reconhecimento da impenhorabilidade do bem de família, com base na Lei 8.009/90.** Precedentes. 3. Recurso especial provido. (REsp 1014698/MT, rel. Ministro Raul Araújo, j. em 6/10/2016, DJe 17/10/2016) (sem grifos no original)

Cristiano Chaves e Nelson Rosendal trazem em suas lições que “a natureza jurídica do bem de família é de forma de afetação de bens a um destino especial, qual seja, assegurar a dignidade humana dos componentes do núcleo familiar” (Curso de direito civil. v. 1. 11. ed. Salvador: JusPodivm, 2013. p. 545).

Considerando que o princípio da dignidade da pessoa humana é reconhecido como um dos fundamentos do estado brasileiro (art. 1º, III, da CRFB/1988), não há dúvidas de que referido regime protetivo existe no ordenamento jurídico pátrio para assegurar à família e, conseqüentemente, ao devedor, o mínimo de direitos patrimoniais, a fim de que possam viver dignamente.

Não é por outra razão que, para fins de reconhecimento da impenhorabilidade do bem de família, não se deve levar em conta apenas o espaço físico ocupado pela residência, mas também suas adjacências, uma vez que a Lei 8.009/1990, em sua finalidade social, procura preservar o imóvel residencial como um todo.

Ainda a propósito, Arnaldo Marmitt ensina que “o objetivo da

instituição não precisa ser modesto ou simples, podendo amoldar-se à situação sócio-econômica do instituir. Qualquer abrigo em condições de servir de moradia pode ser instituído bem de família, porquanto a condição fundamental é servir de domicílio. Assim, desde a mais suntuosa e sofisticada mansão até o mais modesto casebre poderão ser designados para formarem o *homestead*” (Bem de Família: legal e convencional. Rio de Janeiro: Aide Editora, 1995. p. 208).

A “questione” encontra-se pacificada no Superior Tribunal de Justiça no sentido de inexistir qualquer restrição à garantia do imóvel como bem de família no que diz respeito ao seu valor:

RECURSO ESPECIAL - CUMPRIMENTO DE SENTENÇA EM AÇÃO DE COBRANÇA POR DESPESAS DE MANUTENÇÃO E MELHORIAS DE LOTEAMENTO - PRETENSÃO DE PENHORA DO ÚNICO BEM DE PROPRIEDADE DA EXECUTADA SOB A ALEGAÇÃO DE TRATAR-SE DE IMÓVEL DE LUXO (ALTO VALOR) - TRIBUNAL A QUO QUE MANTEVE O INDEFERIMENTO DO PEDIDO DE PENHORA DA UNIDADE HABITACIONAL INDIVIDUAL ANTE O NÃO ENQUADRAMENTO NAS HIPÓTESES DE EXCEÇÃO À ALUDIDA GARANTIA (IMPENHORABILIDADE). IRRESIGNAÇÃO DO EXEQUENTE.

Hipótese: Controvérsia envolvendo a possibilidade de reinterpretação do instituto da impenhorabilidade do bem de família com vistas a alargar as hipóteses limitadas, restritas e específicas de penhorabilidade descritas na legislação própria, ante a arguição de que o imóvel é considerado de alto valor.

1. O bem de família obrigatório está disciplinado na Lei nº 8.009/90 e surgiu com o objetivo de proteger a habitação da família, considerada, pela Constituição Brasileira, elemento nuclear da sociedade.

2. Em virtude do princípio da especificidade “lex specialis derogat legi generali”, prevalece a norma especial sobre a geral, motivo pelo qual, em virtude do instituto do bem de família ter sido especificamente tratado pelo referido ordenamento normativo, é imprescindível, tal como determinado no próprio diploma regeedor, interpretar o trecho constante

do *caput* do artigo 1º “salvo nas hipóteses previstas nesta lei”, de forma limitada. Por essa razão, o entendimento do STJ é pacífico no sentido de que às ressalvas à impenhorabilidade ao bem de família obrigatório, é sempre conferida interpretação literal e restritiva. Precedentes.

3. A lei não prevê nenhuma restrição à garantia do imóvel como bem de família relativamente ao seu valor, tampouco estabelece regime jurídico distinto no que tange à impenhorabilidade, ou seja, os imóveis residenciais de alto padrão ou de luxo não estão excluídos, em razão do seu valor econômico, da proteção conferida aos bens de família consoante os ditames da Lei 8009/90.

4. O momento evolutivo da sociedade brasileira tem sido delineado de longa data no intuito de salvaguardar e elastecer o direito à impenhorabilidade ao bem de família, de forma a ampliar o conceito e não de restringi-lo, tomando como base a hermenêutica jurídica que procura extrair a real pretensão do legislador e, em última análise, a própria intenção da sociedade relativamente às regras e exceções aos direitos garantidos, tendo sempre em mente que a execução de crédito se realiza de modo menos gravoso ao devedor consoante estabelece o artigo 620 do CPC/73, atual 805 no NCPC.

5. A variável concernente ao valor do bem, seja perante o mercado imobiliário, o Fisco, ou ainda, com amparo na subjetividade do julgador, não afasta a razão preponderante justificadora da garantia de impenhorabilidade concebida pelo legislador pelo regime da Lei nº 8.009/90, qual seja, proteger a família, garantindo-lhe o patrimônio mínimo para sua residência.

6. Na hipótese, não se afigura viável que, para a satisfação do crédito, o exequente promova a penhora, total, parcial ou de percentual sobre o preço do único imóvel residencial no qual comprovadamente reside a executada e sua família, pois além da lei 8009/90 não ter prevista ressalva ou regime jurídico distinto em razão do valor econômico do bem, questões afetas ao que é considerado luxo, grandiosidade, alto valor estão no campo nebuloso da subjetividade e da ausência de parâmetro legal ou margem de valoração.

7. Recurso especial desprovido. (REsp 1351571/SP, rel. Ministro Luis

Felipe Salomão, rel. p/ Acórdão Ministro Marco Buzzi, j. em 27/9/2016, DJe 11/11/2016) (sem grifos no original)

No mesmo sentido:

[...] **V - Para que seja reconhecida a impenhorabilidade do bem de família, de acordo com o artigo 1º, da Lei nº 8.009/90, basta que o imóvel sirva de residência para a família do devedor, sendo irrelevante o valor do bem. VI - O art. 3º da Lei nº 8.009/90, que trata das exceções à regra da impenhorabilidade, não faz traz nenhuma indicação concernente ao valor do imóvel. Portanto, é irrelevante, para efeitos de impenhorabilidade, que o imóvel seja considerado luxuoso ou de alto padrão.** Precedente da eg. Quarta Turma. (REsp 1.178.469/SP, rel. Ministro Massami Uyeda, j. em 18/11/2010, DJe 10/12/2010) (sem grifos no original)

Diante dessas considerações, a fim de nortear a aplicação da lei, a jurisprudência inclina-se no sentido de admitir “a penhora de parte do bem de família quando possível seu desmembramento, sem descaracterizar ou reduzir o valor econômico do imóvel, levando-se em consideração as circunstâncias e peculiaridades do caso concreto” (TJSP, Apelação Cível n. 0002367-82.2014.8.26.0300, rel. Des. Alberto Gosson, j. em 1º/6/2015).

Essa ponderação vem sendo manifestada pela Corte Superior, conforme se extrai dos precedentes a seguir reproduzidos:

A jurisprudência desta Corte é assente em permitir a redução da área sob proteção do bem de família, quando constatado que o desmembramento não redunde em descaracterização do imóvel, nem em prejuízo para a área residencial. (REsp 1376222, rel. Ministra Maria Isabel Gallotti, publ. em 7/4/2017)

Ainda:

[...] esta Corte possui também o entendimento de que é viável a penhora de parte do imóvel caracterizado como bem de família, quando desmembrável, e desde que este desmembramento não prejudique ou inviabilize a residência da família. (AgInt no AREsp 573.226/SP, rel.

Ministro Raul Araújo, j. em 2/2/2017, DJe 10/2/2017)

Volvendo-se ao caso “sub judice”, cumpre salientar que a dívida exequenda é oriunda de inadimplemento de “Instrumento Particular de Confissão de Dívida”, celebrado entre as empresas agravante e agravada no valor de R\$ 2.573.311,09 (dois milhões e quinhentos e setenta e três mil e trezentos e onze reais e nove centavos) (fls. 56/59).

Por essa razão, a exequente Copac Ltda. Cooperativa dos Produtores de Algodão de Campo Novo do Parecis requereu o bloqueio “on-line” de valores e, subsidiariamente, a constrição dos imóveis de matrículas ns. 4.622, 3.923, 3.380 e 2.944, de propriedade do interveniente garantidor Sr. Rolf Kuehnrich, casado com a Sra. Margarida Kuehnrich (fls. 159/160).

Colhe-se dos autos que a penhora via Bacen Jud (fls. 169/179) foi parcialmente atendida no valor de R\$ 58.898,93 (cinquenta e oito mil oitocentos e noventa e oito reais e noventa e três centavos).

Para complementar o valor excutido, o juízo, primeiramente, deferiu a constrição sobre todos os bens indicados pela parte credora (fls. 197/198), e depois modificou a decisão ao analisar o incidente de impenhorabilidade suscitado pelos executados, ora agravantes (fls. 231/235), para acolher parcialmente o pedido da defesa, resguardando, contudo, apenas o imóvel de matrícula n. 4.622. Esta é decisão agravada.

Pois bem. Das certidões colacionadas às fls. 183/188, expedidas pelo 2º Ofício de Registro de Imóveis da comarca de Blumenau, percebe-se que os terrenos matriculados sob ns. 2.944, 4.622, 3.380 e 3.923 foram adquiridos pelo Sr. Rolf Kuehnrich, por meio de “Escritura Pública de Compra e Venda”, em datas diversas (16/8/1968, 17/12/1971, 25/6/1979 e 1º/2/1980, respectivamente).

Sobre a área do imóvel de matrícula n. 4.622, verificou-se estar edificada a residência do Sr. Rolf Kuehnrich e de sua esposa Sra. Margarida Kuehnrich (certidão de transcrição de fl. 265), razão pela qual

foi conferido pelo juízo “a quo” a proteção do comando disposto no art. 5º da Lei n. 8.009/1990.

Acerca dos demais terrenos (matrículas ns. 2.944, 3.380 e 3.923), manteve-se a penhora, consignando o Magistrado de Primeiro Grau: “[...] tratando-se de áreas distintas (delimitadas cada qual por sua matrícula própria), ainda que contíguas, a impenhorabilidade deve se limitar ao imóvel em que consta edificada a residência respectiva (matrícula n. 4.622)” (fl. 288).

Em que pese os judiciosos fundamentos adotados pelo Togado Singular, entende-se que a constrição sobre os imóveis matriculados sob ns. 2.944, 3.380 e 3.923 não pode prevalecer.

Isso porque, detido exame da documentação que instrui o presente agravo de instrumento corrobora a alegação dos executados, ora recorrentes, de que referidas propriedades constituem-se num único bem.

Conforme se extrai da certidão de fl. 221, quando da realização da avaliação dos terrenos, o próprio Oficial de Justiça atestou que tanto o imóvel constante da matrícula n. 4.622, sobre o qual foi reconhecida a impenhorabilidade, quanto os bens de matrículas ns. 3.923, 3.380 e n. 2.944, caracterizam um “imóvel único”. Veja-se:

Certifico que, em cumprimento ao mandado extraído dos autos mencionados, compareci ao local indicado e após as formalidades legais, procedi a avaliação dos bens, conforme abaixo. **O endereço correto do imóvel é na rua Coronel Federsen nº 610, onde mora o Sr. Rolf Kuehnrich, que permitiu o acesso desde Oficial a fim de proceder a avaliação dos imóveis cujas matrículas acompanham o mandado, os quais são desmembrados por matrículas mas fazem de um imóvel único localizado no endereço acima.** Dou fé. (fl. 221)

Ora, não se ignora o fato de, embora se tratem de terrenos notadamente ocupantes de áreas contíguas, as matrículas não foram unificadas, procedimento que seria viável, segundo dicção do art. 234

da Lei de Registros Públicos (Lei n. 6.015/1973): “Quando dois ou mais imóveis contíguos pertencentes ao mesmo proprietário, constarem de matrículas autônomas, pode ele requerer a fusão destas em uma só, de novo número, encerrando-se as primitivas”.

Nada obstante, através do laudo de avaliação do Serventuário da Justiça tem-se que restou claramente especificado que o terreno sobre o qual está edificada a “residência de alvenaria” (matrícula n. 4.622) é objeto de unificação de fato dos outros três imóveis (matrículas ns. 2.944, 3.380 e 3.923), fazendo parte de um mesmo conglomerado de terras.

Nesse caso, embora sejam objetos de matrículas distintas, cuida-se de terrenos contíguos, estando os bens transcritos sob ns. 2.944, 3.380 e 3.923 integrados ao terreno em que edificada a residência dos agravantes (matrícula 4.622), tratando-se de imóvel único. É certo, pois, que a divisão existente deu-se apenas para fins de registro imobiliário, mormente porque adquiridos pelo Sr. Rolf Kuehnrich em datas diversas (16/8/1968, 17/12/1971, 25/6/1979 e 1º/2/1980).

A reprodução fotográfica de fl. 258 também permite considerar serem os quatro imóveis parte de um todo indivisível.

Além disso, as certidões de transcrição do bem reconhecido pelo juízo “a quo” como impenhorável (matrícula n. 4.622) e do Oficial de Justiça (fls. 188 e 221) informam que a residência “de alvenaria” foi edificada nos fundos do terreno, de maneira que estará comprometida e ter-se-á sua funcionalidade diminuída acaso os demais imóveis contíguos sejam transferidos em alienação judicial.

Por estas razões, embora sejam quatro as matrículas, é inegável a existência de uma só edificação sobre o todo, mostrando-se incabível o desmembramento, uma vez que o todo representa a moradia da família, a ensejar tão somente a regularização junto ao cartório de registro imobiliário para fins de unificação.

Diante dessas considerações, imperioso reconhecer, em vista da própria dignidade da pessoa humana, princípio constitucional que embasa a proteção conferida pela Lei n. 8.009/1990, que a impenhorabilidade não se limita à área em que situada a casa destinada à residência dos executados, ora agravantes, estendendo-se aos terrenos contíguos, cujo desmembramento descaracterizaria a disposição física da área, e por consequência, o bem de família.

Frise-se uma vez mais que a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça alinha-se no sentido de que o desmembramento do imóvel é permitido desde que não acarrete a descaracterização do bem ou que não haja prejuízo à adequada fruição da área residencial.

Assim, levando-se em consideração, com razoabilidade, as circunstâncias e peculiaridades do caso “in concreto”, é de rigor o reconhecimento da impenhorabilidade em relação ao todo, o que determina seja afastada a ordem de constrição sobre os bens de matrículas ns. 3.923, 3.380 e n. 2.944.

É da jurisprudência:

AÇÃO MONITÓRIA. Cumprimento e sentença. Penhora. Imóvel objeto de unificação de fato de outros dois, sem a respectiva unificação das matrículas. Impenhorabilidade do bem que serve de residência para o devedor e seus familiares. Imóvel que não pode ser dividido sem prejuízo à sua fruição ou descaracterização do uso do bem. Decisão reformada. Recurso provido. (TJSP, Agravo de Instrumento n. 2099854-45.2014.8.26.0000, rel. Des. Marcia Dalla Déa Barone, j. em 7/8/2014)

Também:

EMBARGOS DO DEVEDOR. BEM DE FAMÍLIA. PENHORA DE IMÓVEL. RECONHECIMENTO DA INDIVISIBILIDADE DO BEM. DECLARA-SE A IMPENHORABILIDADE SOBRE A INTEGRALIDADE DO IMÓVEL DE USO RESIDENCIAL. INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 3º, DA LEI Nº 8.099/90. (TJSP, Apelação cível n. 0002367-82.2014.8.26.0300, rel. Des. Alberto Gosson,

j. em 1º/6/2015)

Ainda:

BEM DE FAMÍLIA – Decisão que deixou de reconhecer a impenhorabilidade do bem sem a averbação da continuidade do imóvel, por entender o magistrado que se trata de área de lazer – Área do terreno em que foi edificada garagem, canil, dispensa e copa integrando o imóvel residencial – Imóvel encravado nos fundos – Realidade dos fatos que permite considerar ser o imóvel parte de um todo indivisível – Hipótese em que se mostra incabível o desmembramento do imóvel, vez que o todo representa a moradia da devedora e de sua família – Alienação a terceiro – Impossibilidade – Decisão reformada para reconhecer a impenhorabilidade do bem – Recurso provido. (TJSP, Agravo de Instrumento n. 2062133-59.2014.8.26.0000, rel. Des. Spencer Almeida Ferreira, j. em 6/8/2014)

Por derradeiro:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE NULIDADE DE HIPOTECA E PENHORA. IMÓVEL DO SÓCIO DADO EM GARANTIA HIPOTECÁRIA DE CÉDULA DE CRÉDITO COMERCIAL, FIRMADA EM FAVOR DE PESSOA JURÍDICA. IMPENHORABILIDADE. BEM DE FAMÍLIA. INAPLICABILIDADE DA EXCEÇÃO PREVISTA NO ART. 3º, INCISO V, DA LEI N. 8.009/90. NULIDADE DA PENHORA. PRECEDENTES DA CÂMARA. “A exceção do art. 3º, V, da Lei 8.009/90 não se aplica às hipóteses em que a hipoteca é dada em garantia de mútuo contraído por sociedade empresária cujo sócio é titular do imóvel gravado ou quando o empréstimo foi adquirido em benefício de terceiro. A impenhorabilidade do bem de família só não será oponível nos casos em que o empréstimo contratado foi revertido em proveito da entidade familiar. Precedentes.” (Agravo Regimental no Recurso especial n. 1.301.148/SC, Quarta Turma, Relator Ministro Marco Buzzi). [...] INVIABILIDADE DO DESMEMBRAMENTO DO TERRENO COM PRESERVAÇÃO DA ÁREA ONDE SE ENCONTRA EDIFICADA A RESIDÊNCIA DA FAMÍLIA. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DA POSSIBILIDADE E RAZOABILIDADE DA

DIVISÃO E DA OBSERVÂNCIA DAS POSTURAS MUNICIPAIS. RECURSO DESPROVIDO. A penhora de parte de imóvel reclama a comprovação da possibilidade de desmembramento sem que isso importe em sua descaracterização. (TJSC, Apelação Cível n. 2009.004882-5, rel. Des. Paulo Roberto Camargo Costa, j. em 20/11/2014)

Por decorrência lógica, queda prejudicada a insurgência com relação à necessidade de nova avaliação dos respectivos imóveis.

Registre-se que a presente decisão aborda explicitamente as teses ventiladas no agravo ora julgado, de modo a permitir o exercício da ampla defesa e do contraditório junto às Cortes Superior e Suprema, se assim desejarem as partes, uma vez que adotada fundamentação suficiente ao equacionamento do tema litigioso.

Diante do exposto, vota-se no sentido de dar provimento ao recurso para determinar o levantamento da penhora que recaiu sobre os imóveis matriculados sob ns. 2.944, 3.380 e 3.923, tornando, por consequência, sem efeito, os atos eventualmente praticados a partir da constrição.

TERCEIRA CÂMARA DE DIREITO COMERCIAL

Apelação Cível n. 0302431-46.2015.8.24.0039, de Lages

Relator: Desembargador Tulio Pinheiro

APELAÇÃO CÍVEL. CAUTELAR DE EXIBIÇÃO DE DOCUMENTOS. DEMANDA QUE OBJETIVA INSTRUIR AÇÃO DE ADIMPLENTO CONTRATUAL EM CURSO. SENTENÇA DE INDEFERIMENTO DA PETIÇÃO INICIAL, COM FULCRO NO ART. 267, INC. I, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 1973, AO FUNDAMENTO DE PERDA DO OBJETO DECORRENTE DO JULGAMENTO DE IMPROCEDÊNCIA DA LIDE PRINCIPAL.

RECURSO DA PARTE AUTORA.

AÇÃO CAUTELAR PROPOSTA COM O ESCOPO DE ANGARIAR DOCUMENTOS PARA AMPARAR PRETENSÃO EXERCIDA NO BOJO DE DEMANDA DE ADIMPLENTO CONTRATUAL EM TRÂMITE. LIDE PRINCIPAL QUE FOI AFORADA PRETERITAMENTE À LIDE CAUTELAR *SUB JUDICE* E QUE TAMBÉM CONTEMPLA PEDIDO DE EXIBIÇÃO DOCUMENTAL À PARTE ADVERSA, VAZADO EM RELAÇÃO AOS MESMOS DOCUMENTOS. AUSÊNCIA DE INTERESSE DE AGIR NA PRESENTE DEMANDA EVIDENCIADO. EXTINÇÃO DO FEITO MANTIDA, COM MODIFICAÇÃO, DE OFÍCIO, PARA ALUDIDO FUNDAMENTO EXTINTIVO.

RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 0302431-46.2015.8.24.0039, da Comarca de Lages (2ª Vara Cível), em que é Apelante Hélios Moreira César Filho, e Apelada Oi S/A:

A Terceira Câmara de Direito Comercial decidiu, por unanimidade, conhecer e negar provimento ao recurso, modificando-se, de ofício, o fundamento extintivo para aquele constante do art. 485, inc. VI, do Código de Processo Civil de 2015, tal como já previa o art. 267, inc. VI, da Lei Adjetiva Civil de 1973, então em vigor (ausência de interesse de agir). Custas legais.

Participaram do julgamento, realizado nesta data, os Exmos. Srs. Des. Ronaldo Moritz Martins da Silva e Des. Gilberto Gomes de Oliveira.

Florianópolis, 21 de setembro de 2017.

Desembargador Tulio Pinheiro
PRESIDENTE E RELATOR

RELATÓRIO

No Juízo da 2ª Vara Cível da Comarca de Lages, Hélios Moreira César Filho propôs ação cautelar de exibição de documentos, com pedido liminar, em face de Telemar Norte Leste S/A, objetivando, em síntese, na qualidade de cessionário de contratos de participação financeiras firmadas pelos cedentes Carmelia Rosa Amaral (um contrato), Celia Maria Moraes (2 pactos) e Marino Rocha Braga (7 avenças), a exibição da documentação especificada na exordial, com o escopo de amparar pretensão exercida na demanda de adimplemento contratual autuada sob o n. 039.10.015159-9, promovida por si perante o reportado Juízo (fls. 2/10). A inicial veio instruída com documentos (fls. 11/39).

Ao receber o processo, em julgamento concomitante ao da demanda de adimplemento contratual especificada no parágrafo anterior, o MM. Juiz Antonio Carlos Junckes dos Santos, considerando o desfecho de improcedência de tal lide principal, indeferiu a petição inicial e julgou

extinto o processo, dada a perda de seu objeto, com arrimo no art. 267, inc. I, do Código de Processo Civil de 1973, então vigente (fl. 40).

Irresignado com a prestação jurisdicional, o demandante interpôs o presente recurso de apelação, pugnando pela reforma da sentença, a fim de que, uma vez afastado o desfecho de improcedência da demanda principal, então fulcrado na inexistência de documentação a demonstrar a existência de relação jurídica entre os cedentes e a demandada, seja esta compelida a apresentar as informações societárias vinculadas aos contratos de participação financeiras listadas na exordial. Sucessivamente, pediu, caso entenda esta Corte pelo descabimento do julgamento antecipado na forma do art. 515, § 3º, do Código de Processo Civil de 1973, então vigente, que retornem os autos à comarca de origem para a devida instrução processual (fls. 43/49).

Recebido o apelo, com as contrarrazões (fls. 54/61), foram os autos remetidos a esta Corte, sem contrarrazões.

Por fim, intimadas, nos termos do art. 10 do atual Código de Processo Civil, a dizer acerca da possibilidade de modificação do fundamento extintivo do feito para aquele constante do art. 485, inc. VI, do Código de Processo Civil de 2015, tal como já previa o art. 267, inc. VI, da Lei Adjetiva Civil de 1973, então em vigor (ausência de interesse de agir), a parte ré anuiu com tal resultado (fls. 70/71), enquanto o apelante permaneceu silente (certidão de fl. 73).

Este é o relatório.

VOTO

A irresignação, adianta-se, não merece prosperar, devendo o comando extintivo ser mantido, porém por fundamento diverso.

Consoante se infere dos autos, o apelante ajuizou a presente cautelar exhibitória com lastro no art. 844, inc. II, do Código de Processo Civil de

1973, vigente à época da propositura da demanda, cujo teor segue:

Art. 844. Tem lugar, como procedimento preparatório, a exibição judicial:

(...)

II - de documento próprio ou comum, em poder de co-interessado, sócio, condômino, credor ou devedor; ou em poder de terceiro que o tenha em sua guarda, como inventariante, testamentário, depositário ou administrador de bens alheios; (...).

Segundo consta na peça inicial, pretendia o demandante, na qualidade de cessionário de contratos de participação financeira em investimento no serviço telefônico, obter acesso a todos os contratos de participação financeiras especificadas à fl. 3 da exordial, firmados pelos cedentes Carmelia Rosa Amaral (um contrato), Celia Maria Moraes (2 pactos) e Marino Rocha Braga (7 avenças), “bem como as partes dos livros societários que dizem respeito aos respectivos contratos, os demais registros acessórios de contratação e da subscrição das ações (valor de cada contrato, número de ações, data da integralização e da emissão das ações” (vide exordial, à fl. 9 [sublinhado do original]), com o escopo de amparar pretensão exercida na demanda de adimplemento contratual autuada sob o n. 039.10.015159-9, promovida por si perante o Juízo a quo.

Não obstante, a demanda de adimplemento acima especificada, além de ajuizada precedentemente ao manejo da presente *actio*, contemplou pedido de exibição da mesma documentação reportada no parágrafo anterior (veja-se às fls. 8/11 e 35 daquele feito).

Não bastasse, a despeito da intimação da acionada para que trouxesse naqueles autos principais as informações societárias referentes aos contratos especificados na petição inicial (fl. 167 dos Autos n. 039.10.015159-9), Sua Excelência reconsiderou sobredito decism, por entender que competia ao autor, primeiramente, demonstrar a existência dos contratos firmados pelos cedentes (fl. 193).

Nesse cenário, não há dúvidas de que carece interesse de agir à recorrente na demanda ora sub judice, haja vista que a pretensão já havia sido exercida nos autos da demanda principal primeiramente aforada e conexa.

A propósito, colhem-se precedentes, inclusive desta Corte:

APELAÇÃO CÍVEL - EXIBIÇÃO DE DOCUMENTOS - JUSTIÇA GRATUITA - RECOLHIMENTO DE CUSTAS PRÉVIAS - ATO INCOMPATÍVEL COM A PRESUNÇÃO DE POBREZA - AÇÃO PRINCIPAL AJUIZADA ANTES DA CAUTELAR - EXTINÇÃO SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO - FALTA DE INTERESSE DE AGIR.

- O pagamento das custas prévias pela parte que requer justiça gratuita é ato incompatível com a declaração de pobreza.

- “O que caracteriza a exibição como medida cautelar é servir para evitar o risco de uma ação mal proposta ou deficientemente instruída, tal como ocorre nas antecipações de prova, de maneira geral. Com ela evita-se a surpresa ou o risco de deparar, no curso do futuro processo, com uma situação de prova impossível ou inexistente.”

- **O ajuizamento de ação principal antes da cautelar de exibição de documento revela à desnecessidade da medida preparatória.** (TJMG, Apelação Cível n. 10878130013567001, rel. Des. José Flávio de Almeida, j. em 2.3.2016) (enlevou-se).

Ainda:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO CAUTELAR DE EXIBIÇÃO DE DOCUMENTOS. CONTRATO DE FINANCIAMENTO. SENTENÇA QUE EXTINGUIU O FEITO ANTE A CARÊNCIA DA AÇÃO POR AUSÊNCIA DO INTERESSE DE AGIR. INSURGÊNCIA DO AUTOR. AJUIZAMENTO DA AÇÃO REVISIONAL QUE DESCARACTERIZA O CARÁTER PREPARATÓRIO DA CAUTELAR EXIBITÓRIA. POSSIBILIDADE DE REQUERIMENTO INCIDENTAL POR MEIO DO ART. 355 E SS. DO CPC. EXIBIÇÃO, INCLUSIVE, DETERMINADA NOS AUTOS DA AÇÃO PRINCIPAL QUE FOI, ADEMAIS, EXTINTA

DIANTE DA HOMOLOGAÇÃO DE ACORDO. AUSÊNCIA DO INTERESSE DE AGIR CONFIGURADO. SENTENÇA EXTINTIVA MANTIDA. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. (Apelação Cível n. 2012.038833-4, rel.^a Des.^a Soraya Nunes Lins, j. em 08.08.2013).

E mais:

APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO CAUTELAR DE EXIBIÇÃO DE DOCUMENTOS - EXTRATOS DA CONTA CORRENTE CONTRATOS DE REFINANCIAMENTOS - SENTENÇA PROFERIDA PELO MAGISTRADO DE PRIMEIRO GRAU, QUE RECONHECEU A ILEGITIMIDADE DA CÔNJUGE DO EXECUTADO POR ESTA NÃO FIGURAR COMO PARTE NA EXECUÇÃO - PEDIDO DE REFORMA - INVIABILIDADE - SENTENÇA MANTIDA - RECURSO DESPROVIDO. “É parte ilegítima para figurar no polo passivo da ação preparatória de exibição de documento pessoa contra quem a ação principal não será movida” (THEOTONIO Negrão).

AÇÃO CAUTELAR DE EXIBIÇÃO DE DOCUMENTOS - DÉCISÃO DE INDEFERIU LIMINARMENTE A INICIAL AO ENTENDIMENTO QUE ESTÃO AUSENTES O *FUMUS BONI JURIS* E *PERICULUM IN MORA* - AUSÊNCIA DE - INTERESSE PROCESSUAL - REQUERIMENTO QUE PODE SER REALIZADO NO CURSO DO PROCESSO PRINCIPAL - SENTENÇA MANTIDA - RECURSO DESPROVIDO. “Para que esteja configurado o interesse de agir é indispensável que a ação seja necessária e adequada ao fim a que se propõe. A ação será necessária quando não houver outro meio disponível para o sujeito obter o bem almejado (...)” (STJ, Resp, 95450 Ministro FERNANDO GONÇALVES). (Apelação Cível n. 2007.026509-2, rel. Des. Paulo Roberto Camargo Costa, j. em 7.7.2011) (frisou-se).

Ainda que não houvesse sido o intento exhibitório exercido na demanda principal aviada primeiramente, impende alinhar que, ainda assim, seria incabível o manejo da demanda cautelar autônoma nesta hipótese, por ser a medida adequada a formulação de pedido de exibição incidental de documentos, nos termos do art. 355 e seguintes, todos do

Código de Processo Civil de 1973, então vigente.

A corroborar, extrai-se da jurisprudência pátria:

APELAÇÃO CÍVEL. NEGÓCIOS JURÍDICOS BANCÁRIOS. AÇÃO CAUTELAR DE EXIBIÇÃO DE DOCUMENTOS. CONTRATOS BANCÁRIOS. AJUIZAMENTO DA AÇÃO PRINCIPAL. AUSÊNCIA DE INTERESSE PROCESSUAL. Estando em curso a ação principal (revisional de contrato), deve a autora ingressar com pedido incidental de exibição de documentos nos termos do artigo 355 e seguintes do CPC, e não com uma nova ação. NEGADO SEGUIMENTO AO RECURSO. (TJRS, Apelação Cível n. 70068365717, rel.^a Des.^a Ana Paula Dalbosco, j. em 24.2.2016).

Outrossim:

AÇÃO CAUTELAR - Exibição de documentos - Existência de ação de conhecimento já em curso - Hipótese em que o pedido de exibição deve ser formulado incidentalmente na ação principal, nos moldes dos arts. 355 e seguintes do Código de Processo Civil - Inadequação da ação cautelar - Ausência de interesse de agir - RECURSO NÃO PROVIDO. (Apelação n. 09190267620128260506, rel. Des. Renato Rangel Desinano, j. em 18.3.2015).

Destarte, deve ser mantida a extinção do feito, porém por fundamento diverso, com fulcro no art. 485, inc. VI, do Código de Processo Civil de 2015, tal como já previa o art. 267, inc. VI, da Lei Adjetiva Civil de 1973, então em vigor (ausência de interesse de agir).

Nesses termos, deve ser negado provimento ao recurso.

Este é o voto.

QUARTA CÂMARA DE DIREITO COMERCIAL

Agravo de Instrumento n. 4017586-80.2016.8.24.0000

Relator: Des. José Carlos Carstens Köhler

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO ORDINÁRIA. TARIFA PORTUÁRIA. SERVIÇO DE SEGREGAÇÃO, ENTREGA E PLANEJAMENTO DE CONTÊINERES (THC2/SSE). INTERLOCUTÓRIA QUE CONCEDE A TUTELA DE URGÊNCIA PARA SUSPENDER A EXIGÊNCIA DO ALUDIDO ENCARGO. IRRESIGNAÇÃO DA RÉ.

DIREITO INTERTEMPORAL. DECISÃO PUBLICADA EM CARTÓRIO 23-11-16. APLICAÇÃO DOS ENUNCIADOS ADMINISTRATIVOS N. 2, 3 E 7 DO STJ. INCIDÊNCIA DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015.

AVENTADA CARÊNCIA DE SATISFAÇÃO DOS REQUISITOS PARA A CONCESSÃO DA TUTELA DE URGÊNCIA. ACOLHIMENTO EM PARTE. TEMAS ATINENTES À (IN)EXISTÊNCIA DE RELAÇÃO JURÍDICA ENTRE TERMINAL RETROALFANDEGÁRIO E O OPERADOR PORTUÁRIO E À LEGITIMIDADE DO ÚLTIMO EM EXIGIR DO PRIMEIRO A TARIFA DENOMINADA “THC2” QUE NÃO SÃO PACÍFICOS. CONGRAÇAMENTOS RECENTES QUE RUMAM, EM GRANDE MAIORIA, PARA O RECONHECIMENTO DA ILEGALIDADE DA EXIGÊNCIA DA TARIFA DE SEGREGAÇÃO E ENTREGA DE CONTÊINERES (SSE/THC2). PRECEDENTES JURISPRUDENCIAIS DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO E DO CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA (CADE). PREJUÍZO À LIVRE CONCORRÊNCIA E ABUSO DE POSIÇÃO DOMINANTE NO MERCADO DE ARMAZENAGEM ALFANDEGÁRIA. TUTELA DE URGÊNCIA. OBSERVÂNCIA AOS REQUISITOS

INSCULPIDOS NO ART. 300 DO CÓDIGO FUX (*FUMUS BONI IURIS* E *PERICULUM IN MORA*). CASO CONCRETO EM QUE A PROBABILIDADE DO DIREITO ALEGADO E O PERIGO DE DANO OU O RISCO AO RESULTADO ÚTIL AO PROCESSO ENCONTRAM-SE, POR ORA, POSITIVADOS. ENTENDIMENTOS RECENTES QUE SINALIZAM A ABUSIVIDADE NA EXIGÊNCIA DA TARIFA DE SEGREGAÇÃO DISCUTIDA. PERIGO NA DEMORA QUE ESTÁ CONSUBSTANCIADO NA TARDANÇA DE EFETIVA TUTELA JURISDICIONAL SOBRE OS INTERESSES EM LITÍGIO. FEITO QUE SE ENCONTRA EM FASE EMBRIONÁRIA E QUE APARENTA NECESSITAR DE DILAÇÃO PROBATÓRIA A SE DESDOBRAR NA ORIGEM. TUTELA LIMINAR QUE DEVE SER MANTIDA, EXIGINDO-SE, CONTUDO, A RESPECTIVA CONTRACAUTELA DA REQUERENTE. EXEGESE DO ART. 300, § 1º, DO CÓDIGO FUX. CAUÇÃO QUE DEVERÁ MIRAR A IDONEIDADE, A RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE E O PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA. AGRAVADA QUE, ADEMAIS, OBSERVARÁ EVENTUAL NECESSIDADE DE ADITAMENTO DA GARANTIA, FRENTE AO SOMATÓRIO DOS VALORES POR SI PRETENDIDOS NO CURSO DO FEITO. TUTELA DE URGÊNCIA QUE SÓ VOLTARÁ A PRODUZIR SEUS EFEITOS EMPÓS A FORMALIZAÇÃO DA ALUDIDA GARANTIA PERANTE O PRIMEIRO GRAU DE JURISDIÇÃO.

PROCESSUAL CIVIL. DEMAIS TEMAS DE FUNDO DO PRESENTE RECLAMO QUE, POR NÃO TEREM SIDO ENFRENTADOS NA INSTÂNCIA ORIGINÁRIA, FICAM VEDADOS DE DEBUXE POR ESTE SODALÍCIO. OBEDIÊNCIA AO PRINCÍPIO DO DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO.

HONORÁRIOS SUCUMBENCIAIS RECURSAIS. INTELIGÊNCIA DO ART. 85, §§ 1º E 11, DO CÓDIGO FUX. IMPOSSIBILIDADE DE FIXAÇÃO DE OFÍCIO EM

RAZÃO DA AUSÊNCIA DE CONDENAÇÃO DA VERBA PROFISSIONAL NA ORIGEM. ENTENDIMENTO SEDIMENTADO PELA “CORTE DA CIDADANIA”.

REBELDIA CONHECIDA EM PARTE E PARCIALMENTE PROVIDA.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento n. 4017586-80.2016.8.24.0000, da comarca de Itajaí 4ª Vara Cível em que é Agravante Portonave S/A Terminais Portuários de Navegantes e Agravado Localfrio S.A. Armazéns Gerais Frigoríficos.

A Quarta Câmara de Direito Comercial decidiu, por unanimidade, conhecer em parte do Recurso e dar-lhe parcial albergue. Custas legais.

Participaram do julgamento, realizado nesta data, os Exmos. Srs. Des. Altamiro de Oliveira e Janice Goulart Garcia Ubialli.

Florianópolis, 7 de novembro de 2017.

Carstens Köhler
PRESIDENTE E RELATOR

RELATÓRIO

Portonave S.A. Terminais Portuários de Navegantes interpôs Agravo de Instrumento com pedido de efeito suspensivo (fls. 1-34) contra a interlocutória prolatada pelo Magistrado oficiante na 4ª Vara Cível da Comarca de Itajaí (fls. 227-229) que, nos autos da ação ordinária n. 0311867-13.2016.8.24.0033, deflagrada por Localfrio S.A. Armazéns Gerais Frigoríficos em desfavor da ora Recorrente, deferiu o pleito liminar e, via de consequência, determinou a suspensão da cobrança das tarifas de “segregação/planejamento de carga para retirada” ou “tarifa THC2” pela Ré.

Em suas razões recursais, a Agravante aduz, em síntese, que: (a) “[...] a estrutura de preços da Portonave, em geral, e a fixação da ‘SSE’ (preço ou tarifa de segregação, entrega e planejamento), em particular, não tem caráter discriminatório ou abusivo e obedece a uma lógica econômica congruente com a necessidade de amortizar investimentos, remunerar o capital empregado e fazer frente aos custos e riscos envolvidos” (fl. 13); (b) a “[...] cobrança dos SSEs de contêineres em um terminal portuário é prática há muito consolidada, além de disseminada entre todos os agentes setoriais (sejam eles públicos ou privados)” (fl. 13); (c) de acordo com a Resolução n. 2.389/2012 da Agência Nacional de Transportes Aquaviários – ANTAQ, “[...] o serviço de movimentação de cargas na importação prestado aos armadores (box rate) abrange as etapas entre o porão da embarcação e a sua colocação na pilha do terminal portuário (do porão à pilha)” (fl. 15); (d) da “[...] pilha ao portão do terminal existe um segundo serviço (o de segregação e entrega SSE) tido como complementar, dado que regulatoriamente não abarcado pela movimentação, e de livre negociação entre o terminal portuário e o usuário” (fl. 15); (e) a THC (Terminal Handling Charge) e o SSE (Serviço de Segregação e Entrega de contêineres) são duas cobranças distintas, não sobrepostas, cobradas pelo terminal operador para que, na importação, o contêiner percorra o caminho do porão da embarcação ao portão do terminal alfandegário; (f) “[...] os SSEs resultam em comodidades e vantagens econômicas em favor dos importadores e recintos alfandegados, como é o caso da Agravada” (fl. 17); (g) “[...] a THC busca recompor o custo total do armador para operar em um terminal. Estes custos, destaque-se, não sofrem variação em função do recinto alfandegado onde a carga de importação será nacionalizada. Por este motivo, e também considerando que os SSEs não representam nenhuma comodidade ou vantagem econômica prestada em favor dos armadores, é que a THC não inclui a sua cobrança” (fl. 17); (h) os “SSEs” são prestados apenas com relação a uma parcela das cargas de importação que forem transferidos a outros recintos alfandegados, razão pela qual se caracteriza como serviço adicional prestado exclusivamente em

benefício desses; (i) não se pode atribuir à Recorrente a responsabilidade por tais custos, eximindo a Agravada, a quem os “SSEs” aproveitam, de seu adimplemento; (j) a manutenção do decisum impugnado resulta no enriquecimento sem causa da Impugnada, o que é vedado pelo art. 884 do Código Civil; (k) inexistem elementos que evidenciam a probabilidade do direito alegado, mormente porque subsistem entendimentos judiciais contrários aos interesses da Autora, isto é, confirmam a legalidade da exigência do serviço de segregação, separação e entrega de cargas aos recintos alfandegados; (l) independentemente do posicionamento da ANTAQ, as decisões do Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE têm sido, uma a uma, revistas no âmbito dos Tribunais Regionais Federais; (m) é ausente o dano ou risco ao resultado útil do processo apto a autorizar a concessão da tutela de urgência; (n) o perigo da irreversibilidade da decisão impõe a sua cassação de plano; (o) se “[...] a concessão da tutela de urgência, por um lado, visa a proteger a Agravada contra o (inexistente) risco de um prejuízo futuro e incerto, por outro, causará à Agravantes prejuízos consideráveis, na medida em que o cumprimento da decisão importará perda de recursos necessários ao adequado desempenho de suas atividades” (fl. 30); (p) a carga suspensiva deve ser deferida; e (q) o seu Reclamo deve ser provido para autorizar a cobrança dos “SSEs” prestados à Agravada até o julgamento final da lide.

A carga acossada foi concedida às fls. 417-425, para “[...] suspender os efeitos da decisão recorrida, até o pronunciamento definitivo da Câmara competente ou até que o Juízo a quo analise as questões afetas à existência ou não de relação jurídica entre as partes e à legitimidade da ré/agravante em cobrar da autora/agravada a tarifa denominada THC2 (o que se der primeiro)”.

Empós, vertidas as contrarrazões (fls. 428-463), os autos foram redistribuídos a esta relatoria.

É o necessário escorço.

VOTO

1 Da aplicação da norma processual no tempo

Com o advento do novo Código de Processo Civil – Lei n. 13.105/15 – o “Tribunal da Cidadania” elaborou uma série de enunciados administrativos, cujo objetivo é orientar a comunidade jurídica acerca da questão intertemporal, no que diz respeito à aplicação da regra nova ou da antiga, a depender do caso concreto. Senão confira-se:

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

Enunciado Administrativo n. 3: Aos recursos interpostos com fundamento no CPC/2015 (relativos a decisões publicadas a partir de 18 de março de 2016) serão exigidos os requisitos de admissibilidade recursal na forma do novo CPC.

Enunciado Administrativo n. 7: Somente nos recursos interpostos contra decisão publicada a partir de 18 de março de 2016, será possível o arbitramento de honorários sucumbenciais recursais, na forma do art. 85, § 11, do novo CPC.

Também não se pode deixar de mencionar o teor dos Enunciados ns. 476 e 616 do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis – FPPC, que assim dispõem:

476. (arts. 1.046 e 14) Independentemente da data da intimação, o direito ao recurso contra as decisões unipessoais nasce com a publicação em cartório, secretaria do juízo ou inserção nos autos eletrônicos da decisão impugnada, o que primeiro ocorrer, ou, ainda, nas decisões proferidas em primeira instância, será da prolação da decisão em audiência (Grupo: Direito intertemporal; *redação alterada no VII FPPC – São Paulo*).

616. (arts. 1046; 14) Independentemente da data de intimação ou disponibilização de seu inteiro teor, o direito ao recurso contra as decisões

colegiadas nasce na data em que proclamado o resultado da sessão de julgamento. (Grupo: Direito intertemporal).

Diante desse contexto, no caso de a decisão ter sido prolatada na vigência do Código Buzaid, o regime de cabimento e a admissibilidade do recurso serão por ele regidas, em razão da prefalada teoria dos atos isolados e da máxima *tempus regit actum*, ainda que a intimação ou o encerramento do prazo ocorra após o dia 18 de março de 2016, ou seja, na vigência do novo Código de Processo Civil.

No caso concreto, a decisão recorrida se subsume ao regramento processual contido no CPC/2015, porquanto a publicidade do comando judicial prolatado pelo Estado-Juiz se deu em 23-11-16, isto é, já na vigência do novel Código Adjetivo Civil.

Feita a necessária ressalva, passa-se à análise do Agravo de Instrumento.

2 Do Recurso

Aduz a Inconformada, em apertado compêndio, que: (a) a manutenção do decisum impugnado resulta no enriquecimento sem causa da Impugnada, o que é vedado pelo art. 884 do Código Civil; (b) inexistem elementos que evidenciam a probabilidade do direito alegado, mormente porque subsistem entendimentos judiciais contrários aos interesses da Autora, isto é, confirmam a legalidade da exigência do serviço de segregação, separação e entrega de cargas aos recintos alfandegados; (c) é ausente o dano ou risco ao resultado útil do processo apto a autorizar a concessão da tutela de urgência; (d) o perigo da irreversibilidade da decisão impõe a sua cassação de plano; (e) se “[...] a concessão da tutela de urgência, por um lado, visa a proteger a Agravada contra o (inexistente) risco de um prejuízo futuro e incerto, por outro, causará à Agravantes prejuízos consideráveis, na medida em que o cumprimento da decisão importará perda de recursos necessários ao adequado desempenho de suas atividades” (fl. 30); (f) a carga suspensiva deve ser deferida; e (g)

o seu Reclamo deve ser provido para autorizar a cobrança dos “SSEs” prestados à Agravada até o julgamento final da lide.

A razão lhe assiste em parte. Explica-se.

A Agravada detonou ação ordinária – autos n. 0311867-13.2016.8.24.0033 – contra a Insurgente acossando, como pedido de tutela de urgência, a sustação da cobrança da denominada “tarifa de segregação” ou “tarifa THC2” (fls. 66-76). No mérito, clamou pela declaração de inexistência de relação jurídica entre as Partes e de nulidade da cobrança da THC2 – Terminal Handling Charge 2 – bem como para incluir o pleito de restituição de todos os valores pagos sob tal rubrica até o julgamento final da porfia, sem a adição de qualquer custo advindo do processamento do feito.

A fim de dar corpo ao seu intento, argumentou no pórtico inaugural, em epítome, que: (a) a sua atividade empresarial é destinada à prestação de serviços logísticos integrados para o transporte e armazenagem de cargas para fins comerciais, por meio de terminais alfandegados, armazéns gerais e frigoríficos; (b) detém um terminal retroportuário no Porto de Itajaí, dedicado à armazenagem de contêineres e carga geral, motivo pelo qual, apesar das obrigações aduaneiras que a Ré possui, de disponibilizar determinados contêineres para retirada, vem lhe exigindo as tarifas de segregação (THC2), sob a justificativa de que haveria uma prestação de serviço adicional para tanto; (c) a cobrança da THC2 é indevida, porquanto, além de não haver relação jurídica entre as Contendoras que a legitime, já está absorvida pela tarifa básica (THC – Terminal Handling Charge) e pelos ajustes de transporte marítimo, não sendo admitida, assim, a sua exigência fracionada; e (d) a imposição da THC2 resulta em infração concorrencial, pois eleva artificialmente os custos dos demais competidores no mercado de armazenagem.

Impende enfatizar que, após esta relatoria proferir voto na sessão de 22-8-17, por ser o feito digital, aprofundou o estudo do caso concreto

e reflui do posicionamento inicial, que era o de conhecer em parte do Recurso e dar-lhe provimento, pelas razões abaixo detalhadas.

Pois bem, exsurge como de suma importância gizar que o tema inerente à quizila, como um todo, não é escoteiro nos palcos forenses. E, longe de ser assunto uníssono, comporta interpretações dissonantes.

Contudo, até em breve consulta jurisprudencial, verifica-se que os congnçamentos mais recentes rumam, em grande maioria, para o reconhecimento da ilegalidade da tarifa denominada “THC2” ou “SSE” (Serviço de Segregação e Entrega de contêineres).

Haure-se dos precedentes mais hodiernos emanados do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, órgão fracionário que aprecia, em regra, as discussões jurídicas de competência estadual afetas ao principal porto brasileiro, o de Santos:

PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. Ação declaratória de inexistência de relação jurídica e de ilegalidade da cobrança de tarifa de manuseio ou de transferência de carga. Inexistência de relação jurídica e de prestação de serviços em favor da autora (terminal retro alfandegado) pelo operador portuário (ré) capaz de ensejar a cobrança. Serviços extras e prescindíveis ou destinados à organização, controle e agilização das operações realizadas pela ré no seu estrito interesse, portanto cabendo-lhe também arcar com os respectivos custos. Ação procedente. Recurso não provido.

(Apelação Cível n. 0026044-44.2008.8.26.0562, Rel. Gilberto dos Santos, 11ª Câmara de Direito Privado, j. 10-3-17, destacou-se).

E, também:

DIREITO PRIVADO – PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS - DECLARATÓRIA DE INEXIGIBILIDADE DA THC-2 (TAXA RELATIVA À SEGREGAÇÃO E ENTREGA DE CONTÊINERES)
- PROCEDÊNCIA - APELAÇÃO DA RÉ.

[...]

MÉRITO - AUSÊNCIA DOS REQUISITOS PARA CONCESSÃO DA TUTELA ANTECIPADA - Matéria já deliberada em definitivo por esta C. Câmara Julgadora em agravo de instrumento, sendo inadmissível sua rediscussão - Não conhecimento - **INEXISTÊNCIA DE RELAÇÃO JURÍDICA A EMBASAR COBRANÇA DA THC-2 - Movimentação de contêineres em terminal portuário - Transporte da carga dentro da zona primária do porto já remunerada pela taxa conhecida como “THC” - Cobrança que, além disso, prejudica a livre concorrência, consoante deliberado pelo CADE - Inexistência de relação jurídica entre as partes a alicerçar legitimidade da cobrança - Inexigibilidade do débito reconhecida - Precedentes deste tribunal - Sentença mantida.**

LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ - Conquanto caracterizada alta litigiosidade entre as partes, suas condutas não se subsumiram ao artigo 17 do C.P.C./73.

Preliminares afastadas, apelação não conhecida em parte e desprovida na parte que se conhece.

(Apelação Cível n. 1004486-36.2014.8.26.0223, Rel. Antonio Tadeu Ottoni, 34ª Câmara de Direito Privado; j. 9-1-17, gizou-se).

Por fim:

Ação declaratória cumulada com repetição de indébito e reparação de danos. Movimentação de contêineres em terminal portuário. Transporte da carga dentro da zona primária do porto já remunerada pela taxa conhecida como “THC”. Cobrança que, ademais, prejudica a livre concorrência, consoante decisão proferida pelo CADE. Inexigibilidade do débito reconhecida. Pedidos de repetição de indébito e reparação de danos não acolhidos. Repartição da sucumbência. Recurso parcialmente provido.

(Apelação Cível n. 1079449-59.2015.8.26.0100, Rel. Pedro Baccarat, 36ª Câmara de Direito Privado, j. 11-8-16, realçou-se).

Outrossim, o Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE não discrepa e vem se pronunciando acerca do reconhecimento da ilicitude da exigência da THC2, inclusive sob a ótica do prejuízo à

livre concorrência e do abuso de posição dominante no mercado de armazenagem alfandegária.

Para tanto, transcreve-se as ementas dos seguintes precedentes administrativos:

Processo Administrativo. **Abuso de posição dominante no mercado de armazenagem alfandegada na área de influência no Porto de Salvador/BA. Cobrança de valores a título de segregação de contêineres de importação destinados a outras áreas alfandegadas (THC2).** Artigo 20, incisos I, II e IV c/c artigo 21, incisos IV, V, XII e XIV da Lei nº 8.884/94 (artigo 36, incisos I, II e IV c/c § 3º, incisos III, IV, X e XII da Lei nº 12.529/2011). **Operadores portuários. Mercado de armazenamento alfandegado em Salvador/BA. Pareceres da Superintendência-Geral, Procuradoria Federal Especializada e Ministério Público Federal pela condenação. Condenação. Aplicação de multa. Publicação de decisão. Envio de cópia do voto à ANTAQ e à SEAE.**

(Processo Administrativo nº 08012.003824/2002-84, Rel. Conselheiro Gilvandro Vasconcelos Coelho de Araujo, j. 3-2-16, gizou-se).

Ainda:

Processo Administrativo. **Abuso de posição dominante no mercado de armazenagem alfandegada na área de influência no Porto de Rio Grande/RS. Cobrança de taxa de armazenagem de contêineres em regime DTA retirados em menos de 48 horas.** Artigos 20, incisos I, II e IV, c/c 21, incisos IV, V e XIV, da Lei nº 8.884/94 (artigo 36, incisos I, II e IV e § 3º, incisos III, IV, XII da Lei nº 12.529/11). **Operador portuário. Mercado de armazenamento alfandegado em Rio Grande/RS. Pareceres da Superintendência-Geral, Procuradoria Federal Especializada e Ministério Público Federal pela condenação. Condenação. Aplicação de multa. Envio de cópia do voto à ANTAQ.**

(Processo Administrativo nº 08012.005422/2003-03, Rel. Conselheiro Gilvandro Vasconcelos Coelho de Araujo, j. 4-2-16, destacou-se).

E, da mesma forma:

Processo Administrativo. **Cobrança de Terminal Handling Charge**

2 (THC2) com posição dominante na área de influência do Porto de Santos no Estado de São Paulo. Art. 20, incisos I, II e IV, e Art. 21, incisos IV, V, XII e XIV, da Lei n.º 8.884/94 correspondentes ao artigo 37, incisos I, II, IV e § 3º, incisos III, IV, X e XII da Lei n.º 12.529/2011. **Conduta unilateral. Operador portuário. Mercados de movimentação e armazenagem de contêineres no Porto de Santos no Estado de São Paulo. Pareceres da Superintendência-Geral, da Procuradoria Federal Especializada e do Ministério Público Federal pela condenação parcial da conduta. Voto pela condenação total da conduta. Aplicação de multa. Envio de cópia do voto à Antaq.**

(Processo Administrativo n.º 08012.001518/2006-37, Rel. Conselheiro Paulo Burnier da Silveira, j. 22-6-16, realçou-se).

Com efeito, nos termos do art. 300, *caput*, do Novel Diploma Processual Civil, a tutela de urgência será concedida quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco do resultado útil do processo. Haure-se o verbetado preceptivo legal:

Art. 300. A tutela de urgência será concedida quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo.

§ 1º Para a concessão da tutela de urgência, o juiz pode, conforme o caso, exigir caução real ou fidejussória idônea para ressarcir os danos que a outra parte possa vir a sofrer, podendo a caução ser dispensada se a parte economicamente hipossuficiente não puder oferecê-la.

§ 2º A tutela de urgência pode ser concedida liminarmente ou após justificação prévia.

§ 3º A tutela de urgência de natureza antecipada não será concedida quando houver perigo de irreversibilidade dos efeitos da decisão.

In casu, a probabilidade do direito hasteado pela Demandante é concreta, mormente porque a jurisprudência recente sinaliza pela declaração de inexistência de relação jurídica entre o operador portuário (Ré) e o terminal retroalfandegário (Autora) que autorize a exigência da

THC2 ou a SSE.

De mais a mais, o *fumus boni iuris* do direito afirmado é encampado, também, sob o viés do abarcamento da tarifa básica (THC) e do box rate sobre os serviços prestados pelo Operador Portuário direcionados à zona seca (Recinto Alfandegário), neles compreendidos a separação e entrega de contêineres.

E, não menos importante, o CADE, na sua função precípua de prevenir e reprimir as infrações contra a ordem econômica e a aplicação da Lei n. 12.529/2011, de igual forma, augura a aventada ilicitude da cobrança do serviço de segregação e entrega de contêineres de importação, ao estabelecer que:

Independente do objetivo específico da imposição da THC2, a conduta de todos os terminais portuários indiciados demonstra seu poder de barganha ilimitado em relação aos recintos alfandegados. Tal poder é utilizado de diversas formas que prejudicam a concorrência no mercado de armazenagem de contêineres e – *ultima ratio* – o consumidor final.

(Processo Administrativo n. 08012.003824/2002-84, Rel. Conselheiro Gilvandro Vasconcelos Coelho de Araujo, j. 4-2-16).

Noutro giro, o *periculum in mora* está consubstanciado na tardança de efetiva tutela jurisdicional sobre os interesses em litígio, sobretudo porque o caderno processual se encontra em fase embrionária e aparenta a necessidade de dilação probatória a ser efetuada na origem.

Logo, diante da presença dos requisitos necessários para a concessão da tutela de urgência, a interlocutória vergastada (fls. 227-229) deve ser preservada, porém, deve-se exigir uma contracautela da Demandante.

É que o congraçamento jurisprudencial mais consentâneo preconiza a imperatividade de prestação de caução idônea (art. 300, § 1º, do CPC/2015) para fins de sustar liminarmente ou obstar a exigência imediata do pagamento da referida tarifa (THC2/SSE).

Quanto ao tema, abebera-se de julgados do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo:

Ação declaratória de inexigibilidade de contraprestação pelos serviços de segregação e entrega de contêineres (THC-2). **Com o objetivo de salvaguardar o interesse de ambas as partes e assegurar o resultado útil do processo, a liberação das mercadorias pela agravante fica condicionada ao depósito judicial, pela agravada, dos valores referentes à THC-2.** Recurso parcialmente provido.

(TJSP, Agravo de Instrumento n. 2141166-64.2015.8.26.0000, Rel. Des. Gomes Varjão, j. 7-11-15, gizou-se).

E:

AGRAVO DE INSTRUMENTO PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS EM TERMINAL PORTUÁRIO AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXIGIBILIDADE DE COBRANÇA. Cobrança de tarifa de despesa de manuseio de **terminal de movimentação de container em terminal portuário (THC2). Pedido de antecipação de tutela para a abstenção da retenção de mercadorias destinadas ao terminal da autora, independentemente do pagamento de referida despesa. Deferimento da medida condicionado ao depósito judicial dos valores cobrados a título de “THC2”.** RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO, COM DETERMINAÇÃO.

(TJSP, Agravo de Instrumento n. 2111282-24.2014.8.26.0000, Rel. Des. Antonio Nascimento, j. 29-10-14, frisou-se).

Já nas sempre prestadias lições de José Miguel Garcia Medina, tem-se que:

VII. Prestação de caução (contracautela). A concessão da tutela de urgência pode ser condicionada à prestação de caução, diz o § 1.º do art. 300 do CPC/2015. Trata-se daquilo que se convencionou chamar de contracautela, que tem por finalidade assegurar o ressarcimento dos danos eventualmente sofridos pelo réu, em razão da efetivação da liminar (cf. art. 302 do CPC/2015). Com a exigência de prestação de contracautela, estabelece-se o equilíbrio entre as partes, que poderia ficar excessivamente prejudicado por conta da concessão da liminar de urgência (cf. Valéria

Bonomi Gonçalves e Souza, A caução... *Repro* 104/20; William Santos Ferreira, Responsabilidade objetiva... *Repro* 188/9).

[...]

Por “idônea”, assim, deve-se considerar tanto a adequação da caução aos fins do art. 302 do CPC/2015, quanto, de outro lado, à natureza da tutela urgente pleiteada, bem como às condições em que se encontra o autor.

(Novo Código de Processo Civil comentado: com remissão e notas comparativas ao CPC/1973. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 474, sublinhou-se).

Portanto, alberga-se em parte o Inconformismo para determinar que a Autora preste caução, nos termos do art. 300, § 1º, do CPC/2015, a ser enfocada na origem, atentando-se aos seguintes parâmetros: (a) a idoneidade, a razoabilidade e proporcionalidade, bem como a incidência do princípio do contraditório e da ampla defesa; e (b) a eventual necessidade de aditamento da garantia, frente ao somatório dos valores pretendidos pela Agravada no curso do feito que, de antemão, não se pode antever o lapso de duração.

Para que não paire nenhuma dúvida, a tutela de urgência, ora preservada, só voltará a produzir efeitos depois de formalizada a aludida caução perante o Juízo a quo, a ser apresentada em 5 (cinco) dias após a ciência da Agravada.

3 Dos temas não enfocados

Noutro giro, tal qual gizado pela Relatora originária, para que não se incorra em indevida supressão de instância e violação ao princípio do duplo grau de jurisdição, deixa-se de conhecer as teses recursais aventadas pela Requerida de que: (a) “[...] a estrutura de preços da Portonave, em geral, e a fixação da ‘SSE’ (preço ou tarifa de segregação, entrega e planejamento), em particular, não tem caráter discriminatório ou abusivo e obedece a uma lógica econômica congruente com a necessidade de

amortizar investimentos, remunerar o capital empregado e fazer frente aos custos e riscos envolvidos” (fl. 13); (b) a “[...] cobrança dos SSEs de contêineres em um terminal portuário é prática há muito consolidada, além de disseminada entre todos os agentes setoriais (sejam eles públicos ou privados)” (fl. 13); (c) de acordo com a Resolução n. 2.389/2012 da Agência Nacional de Transportes Aquaviários – ANTAQ, “[...] o serviço de movimentação de cargas na importação prestado aos armadores (box rate) abrange as etapas entre o porão da embarcação e a sua colocação na pilha do terminal portuário (do porão à pilha)” (fl. 15); (d) da “[...] pilha ao portão do terminal existe um segundo serviço (o de segregação e entrega SSE) tido como complementar, dado que regulatoriamente não abarcado pela movimentação, e de livre negociação entre o terminal portuário e o usuário” (fl. 15); (e) a THC (Terminal Handling Charge) e o SSE (Serviço de Segregação e Entrega de contêineres) são duas cobranças distintas, não sobrepostas, cobradas pelo terminal operador para que, na importação, o contêiner percorra o caminho do porão da embarcação ao portão do terminal alfandegário; (f) “[...] os SSEs resultam em comodidades e vantagens econômicas em favor dos importadores e recintos alfandegados, como é o caso da Agravada” (fl. 17); (g) “[...] a THC busca recompor o custo total do armador para operar em um terminal. Estes custos, destaque-se, não sofrem variação em função do recinto alfandegado onde a carga de importação será nacionalizada. Por este motivo, e também considerando que os SSEs não representam nenhuma comodidade ou vantagem econômica prestada em favor dos armadores, é que a THC não inclui a sua cobrança” (fl. 17); (h) os “SSEs” são prestados apenas com relação a uma parcela das cargas de importação que forem transferidos a outros recintos alfandegados, razão pela qual se caracteriza como serviço adicional prestado exclusivamente em benefício desses; (i) não se pode atribuir à Recorrente a responsabilidade por tais custos, eximindo a Agravada, a quem os “SSEs” aproveitam, de seu adimplemento; e (j) independentemente do posicionamento da ANTAQ, as decisões do Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE

têm sido, uma a uma, revistas no âmbito dos Tribunais Regionais Federais.

Isso porque as aludidas assertivas afetas à matéria de fundo sequer foram debulhadas pelo Juízo a quo, circunstância que inviabiliza qualquer pronunciamento por este Sodalício.

4 Da verba advocatícia recursal

Finalmente, quanto aos honorários sucumbenciais recursais, por ter sido publicada a decisão vergastada na vigência do Novo Código de Processo Civil, as alterações relativas ao cálculo dos honorários advocatícios introduzidas por este novo Diploma, em tese, teriam aplicação ao caso sub judice, em obediência à regra de direito intertemporal prevista no seu art. 14, que assim dispõe:

Art. 14. A norma processual não retroagirá e será aplicável imediatamente aos processos em curso, respeitados os atos processuais praticados e as situações jurídicas consolidadas sob a vigência da norma revogada.

Quanto ao assunto, estabelece o art. 85, §§ 1º e 11, do CPC/2015:

Art. 85. A sentença condenará o vencido a pagar honorários ao advogado do vencedor.

§ 1º. São devidos honorários advocatícios na reconvenção, no cumprimento de sentença, provisório ou definitivo, na execução, resistida ou não, e nos recursos interpostos, cumulativamente.

[...]

§ 11. O tribunal, ao julgar recurso, majorará os honorários fixados anteriormente levando em conta o trabalho adicional realizado em grau recursal, observando, conforme o caso, o disposto nos §§ 2º a 6º, sendo vedado ao tribunal, no cômputo geral da fixação de honorários devidos ao advogado do vencedor, ultrapassar os respectivos limites estabelecidos nos §§ 2º e 3º para a fase de conhecimento.

(sublinhou-se).

A esse respeito, o Superior Tribunal de Justiça editou o Enunciado

Administrativo n. 7, *in verbis*: “Somente nos recursos interpostos contra decisão publicada a partir de 18 de março de 2016, será possível o arbitramento de honorários sucumbenciais recursais, na forma do art. 85, § 11, do novo CPC”.

Acerca da matéria, o eminente Desembargador Henry Petry Junior, relator das Apelações Cíveis ns. 0300589-09.2015.8.24.0014, 0300590-91.2015.8.24.0014 e 0300957-18.2015.8.24.0014, julgadas pela Quinta Câmara de Direito Civil em 12-9-16, discorreu com propriedade sobre os pressupostos de cabimento dos honorários recursais:

APELAÇÕES CÍVEIS. COISAS E PROCESSUAL CIVIL. AÇÕES DE MANUTENÇÃO DE POSSE, USUCAPIÃO E REIVINDICATÓRIA. - IMPROCEDÊNCIA DAS PRIMEIRAS E PROCEDÊNCIA DA ÚLTIMA NA ORIGEM.

[...] (3) HONORÁRIOS RECURSAIS. PRESSUPOSTOS PRESENTES. CABIMENTO.

- Os honorários advocatícios recursais têm 3 (três) pressupostos: 1) sentença publicada na vigência do Código de Processo Civil de 2015; 2) prévia fixação ou arbitramento de verba honorária na decisão recorrida; e 3) trabalho adicional realizado em grau recursal, com valoração entre os limites quantitativos de 10% (dez por cento) e, na soma com o percentual estabelecido na decisão recorrida, de 20% (vinte por cento), à luz dos critérios qualitativos. Sob esse prisma, a distribuição deverá se embasar na sucumbência em grau recursal, com incidência, sucessiva e subsidiariamente, sobre: a) o valor atualizado da condenação; b) o valor atualizado do proveito econômico obtido; ou, não sendo possível mensurá-lo, c) o valor atualizado da causa. Porém, sendo referidos parâmetros inestimáveis, nas perspectivas da não quantificabilidade ou da exorbitância, ou irrisórios, cumpre arbitrar a verba honorária mediante apreciação equitativa. Inteligência dos arts. 4º e 5º da LINDB; 1º, *caput*, da Lei n. 6.899/1981; 884 do CC; 1º, 8º, 14, 85, § 2º, 6º, 8º e 11, 322, § 1º, e 1.046 do CPC/2015; 1º, *caput*, e 5º, *caput* e incs. XXXVI e LIV, da CRFB. Presentes os pressupostos, aplica-se a verba recursal.

A propósito, a Corte da Cidadania já esclareceu que os honorários

sucumbenciais recursais não devem ser aplicados a todos os recursos, mas somente àqueles interpostos contra decisões que tenham fixado o estipêndio:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. DECISÃO QUE, EM PROCESSO DE EXECUÇÃO, ACOLHEU PARCIALMENTE A EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE E DECLAROU A PRESCRIÇÃO DE PARTE DA DÍVIDA EXECUTADA, SEM POR FIM AO PROCESSO. NATUREZA DE DECISÃO INTERLOCUTÓRIA. RECURSO CABÍVEL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. INTERPOSIÇÃO DE APELAÇÃO. ERRO GROSSEIRO. PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE RECURSAL. INAPLICABILIDADE. PRECEDENTES DO STJ. AGRAVO INTERNO IMPROVIDO.

[...]

VII. Não procede o pedido formulado, pela parte agravada - com fundamento no art. 85, § 11, do CPC/2015 e no Enunciado Administrativo 7/STJ -, para que haja condenação da agravante em honorários advocatícios recursais, porquanto aquele dispositivo legal prevê que “o tribunal, ao julgar recurso, majorará os honorários fixados anteriormente”. Porém, nos presentes autos, não foram anteriormente fixados honorários de advogado, em face da sucumbência recíproca, seja na decisão de 1º Grau, seja no acórdão recorrido.

VIII. Agravo interno improvido.

(Ag. Int. no REsp 1517815/SP, Rel. Mina. Assusete Magalhães, j. em 18-08-16, sublinhou-se).

No mesmo tom, colhe-se da jurisprudência deste Sodalício:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. IMPUGNAÇÃO AO CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. DECISÃO QUE REJEITOU A IMPUGNAÇÃO. INSURGÊNCIA DO BANCO IMPUGNANTE.

[...]

CONTRARRAZÕES. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. REJEIÇÃO DA IMPUGNAÇÃO. DECISÃO AGRAVADA QUE

DEIXOU DE ARBITRAR A VERBA HONORÁRIA POR FORÇA DA SÚMULA 519 DO STJ. IMPOSSIBILIDADE QUE SE ESTENDE A MAJORAÇÃO DOS HONORÁRIOS RECURSAIS.

“Descabimento dos honorários advocatícios recursais (§ 11 do art. 85 do NCPC) quando não se está diante de recurso interposto contra decisão de primeiro grau que tenha fixado honorários advocatícios”. (Agravado de Instrumento nº 20933107020168260000, 18ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, Relator Des. Ricardo Chimenti, data de julgamento: 02/06/2016).

Recurso improvido.

(Agravado de Instrumento n. 0032900-37.2016.8.24.0000, Rel. Des. Guilherme Nunes Born, j. em 01-09-16, destacou-se).

In casu, tendo em vista que o Estado-Juiz deixou de aplicar a condenação ao pagamento de honorários advocatícios, há evidente óbice na fixação do estipêndio recursal neste grau de jurisdição.

É o quanto basta.

Ante o exposto, por unanimidade, conhece-se em parte do Agravo de Instrumento e dá-se-lhe parcial guarida para condicionar a tutela de urgência deferida na origem à prestação de caução (art. 300, § 1º, do CPC/2015) – a ser ofertada no lapso de 5 (cinco) dias, contados da ciência da Autora perante o Juízo a quo – com a fiel observância dos balizamentos suso vazados.

Comunique-se imediatamente ao Juízo a quo.

QUINTA CÂMARA DE DIREITO COMERCIAL

Apelação cível n. 0003573-80.2011.8.24.0078

Relator: Des. Jânio Machado

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE DISSOLUÇÃO PARCIAL DE SOCIEDADE COM APURAÇÃO DE HAVERES. SOCIEDADE COOPERATIVA. ASSOCIADO FALECIDO. PREVISÃO, NO ESTATUTO DA COOPERATIVA, DO REEMBOLSO DO VALOR EQUIVALENTE A 65% (SESSENTA E CINCO POR CENTO) “DA VARIAÇÃO DO PATRIMÔNIO LÍQUIDO RELATIVA AO PERÍODO EM QUE INTEGROU A COOPERATIVA, NA PROPORÇÃO DE SUA PARTICIPAÇÃO NO CAPITAL SOCIAL”. PRETENSÃO DE INCLUSÃO NO PATRIMÔNIO LÍQUIDO DOS ATIVOS INTANGÍVEIS. INVIABILIDADE. AVALIAÇÃO DO PATRIMÔNIO LÍQUIDO DA SOCIEDADE COOPERATIVA QUE NÃO SE SUBMETE À MESMA REGRA APLICÁVEL ÀS SOCIEDADES EMPRESÁRIAS, NOTADAMENTE SE AQUELA, AO CONTRÁRIO DESTAS, NÃO TEM FINALIDADE LUCRATIVA. REEMBOLSO DE 100% (CEM POR CENTO) DAS QUOTAS INTEGRALIZADAS SOB A ALEGAÇÃO DE QUE CONSTITUI DIREITO ADQUIRIDO DO ASSOCIADO FALECIDO QUE NÃO É ASSEGURADA PELO ESTATUTO DA COOPERATIVA. REGRA QUE FOI APROVADA PELO PRÓPRIO ASSOCIADO, EM ASSEMBLEIA GERAL QUE ALTEROU A REDAÇÃO DO ESTATUTO. PROVA PERICIAL REALIZADA QUE OBSERVOU OS CRITÉRIOS ESTABELECIDOS PELA CÂMARA NO JULGAMENTO DE RECURSO DE AGRAVO DE INSTRUMENTO INTERPOSTO ANTERIORMENTE E CUJO ACÓRDÃO JÁ TRANSITOU EM JULGADO. PRETENSÃO DE REALIZAÇÃO DE NOVA PERÍCIA COM A ADOÇÃO DOS CRITÉRIOS INDICADOS NA PETIÇÃO

INICIAL E JÁ REJEITADOS NAQUELE JULGAMENTO QUE OFENDE A COISA JULGADA. ARTIGO 505 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015. MAJORAÇÃO DOS 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. 0003573-80.2011.8.24.0078, da comarca de Urussanga (1ª Vara), em que são apelantes Marinelza Donato dos Santos Zuchinalli e outro e, apelada, Coopermaq Cooperativa de Máquinas e Equipamentos:

A Quinta Câmara de Direito Comercial decidiu, por unanimidade, negar provimento ao recurso. Custas legais.

O julgamento, realizado no dia 24 de agosto de 2017, foi presidido pelo desembargador Cláudio Barreto Dutra, com voto, e dele participou a desembargadora Soraya Nunes Lins.

Florianópolis, 28 de agosto de 2017.

Jânio Machado
RELATOR

RELATÓRIO

Marinelza Donato dos Santos Zuchinalli e Sander dos Santos Zuchinalli ajuizaram “ação de dissolução parcial de sociedade c/c pedido de apuração de haveres” contra Coopermaq – Cooperativa de Máquinas e Equipamentos sob a alegação de que, na condição de herdeiros de Joelso Zuchinalli, falecido em 16.8.2007, receberam da requerida, a

título de reembolso das quotas integralizadas por ele no dia 2.6.2003, a importância de R\$ 57.823,52 (cinquenta e sete mil, oitocentos e vinte e três reais e cinquenta e dois centavos); a quantia paga pela requerida não corresponde ao seu valor de mercado, pois “os valores atribuídos aos bens tangíveis são parciais e tendenciosos”, além do que não foram considerados os bens intangíveis (“*goodwill, marketing*, marca da empresa, tecnologia, contratos, etc.”) e “inúmeros pagamentos e recebimentos” deixaram de ser “lançados em sua contabilidade”, havendo evidência da prática de “caixa 2”; não bastasse, apenas 65% (sessenta e cinco por cento) das quotas integralizadas foram ressarcidas. Assim, pleitearam a: a) nomeação de perito, nos termos do artigo 183 da Lei n. 6.404, de 15.12.1976; b) dissolução parcial da requerida em relação ao associado falecido e c) condenação da requerida ao pagamento de 100% (cem por cento) do valor da avaliação patrimonial realizada pelo perito, observada a proporção da participação do associado.

A requerida ofereceu contestação (fls. 33/45) e juntou documentos (fls. 46/92), que foram impugnados (fls. 96/115). Após a rejeição da preliminar de impossibilidade jurídica do pedido, determinou-se a realização da prova pericial (fls. 116/118). Os embargos de declaração opostos pela requerida (fls. 122/127) foram rejeitados (fls. 133/134) e, inconformada, a requerida interpôs recurso de agravo de instrumento (fls. 137/152), que foi provido pela Câmara, determinando-se que “a discordância com os valores já restituídos” seja “apurada nos termos da Lei n. 5.764, de 16.12.1971, do Código Civil e do estatuto social” (fls. 164/168 e 299/304).

O laudo pericial foi entregue (fls. 204/238) e a requerida apresentou manifestação (fls. 243/283). Na sequência, o digno magistrado Rafael Resende Britto proferiu sentença (fls. 307/309), o que fez nos seguintes termos:

“Posto isso, com fundamento no artigo 487, inciso I, do Código de Processo Civil, **acolho em parte** os pedidos formulados por

MARINELZA DONATO DOS SANTOS ZUCHINALLI e SANDER DOS SANTOS ZUCHINALLI em face de COOPERMAQ COOPERATIVA DE MÁQUINAS E EQUIPAMENTOS e, em consequência, ***declaro a exclusão de Joelso Zuchinalli da condição de associado da ré e condeno a parte ré ao pagamento da quantia de R\$69,74 (sessenta e nove reais e setenta e quatro centavos) aos autores, com correção monetária pelo INPC desde o desembolso (23/11/2007 fls. 86/97), além de juros de mora de 1% (um por cento) ao mês contados da citação.***

Diante da sucumbência mínima da ré (artigo 86, parágrafo único, do Código de Processo Civil), condeno a parte autora ao pagamento das despesas, custas processuais e dos honorários advocatícios em favor dos patronos da parte ré, os quais fixo em R\$1.200,00 (um mil e duzentos reais), atualizados pelo INPC desde a publicação da sentença.

Vale destacar que foi considerada a complexidade da demanda, o tempo de duração do processo, ressalvando-se, ainda, que a apreciação equitativa é permitida diante do baixo valor da causa (artigo 85, § 8º, do Código de Processo Civil).” (o grifo está no original).

Inconformados, os autores interpuseram recurso de apelação cível (fls. 312/331) argumentando que: a) os ativos intangíveis integram o patrimônio líquido da cooperativa, o que justifica a sua inclusão no cálculo do reembolso das quotas integralizadas pelo cooperado falecido, até porque, se assim não o fosse, a não inclusão destes ativos deveria ter sido prevista expressamente no artigo 15 do estatuto da cooperativa e na Lei n. 5.764/1971; b) a inexistência de previsão estatutária expressa e na lei de regência das sociedades cooperativas autoriza a aplicação subsidiária das regras do Código Civil relativas às sociedades simples e, por consequência, do disposto no artigo 606 do Código de Processo Civil de 2015; c) a apuração dos haveres de cooperado que se desliga da cooperativa “deve priorizar o objeto da atividade desenvolvida” “e não simplesmente o fato dela supostamente não auferir lucro”; d) a integralização pelo cooperado falecido de 100% (cem por cento) das

quotas deverá ser ressarcida integralmente, não se justificando o reembolso de somente 65% (sessenta e cinco por cento), uma vez que a alteração do estatuto da cooperativa deverá respeitar o direito adquirido, e e) a realização de nova perícia, às expensas da apelada, afigura-se necessária, pois o perito nomeado “demonstrou total desconhecimento da matéria ao fazer interpretações unilaterais” do acórdão e da lei, induzindo o juízo em erro.

A apelada apresentou resposta com arguição de coisa julgada (fls. 335/346) e os autos vieram a esta Corte.

VOTO

Os apelantes são herdeiros de Joelso Zuchinalli, que foi associado da apelada desde a sua constituição, na data de 2.6.2003 (fls. 13/18), até o seu falecimento, na data de 16.8.2007 (fl. 86), e, nesta condição, ajuizaram ação com o propósito de apurar os haveres do associado falecido, porque não concordam com o valor pago pela apelada (R\$57.823,52, fl. 83), notadamente em razão de o patrimônio intangível não ter sido considerado na avaliação do patrimônio líquido.

A Câmara, por ocasião do julgamento do agravo de instrumento n. 2013.018250-8, na sessão do dia 13.6.2013, já havia se debruçado sobre o tema controvertido, oportunidade em que foram estabelecidas as balizas legais para a realização da prova pericial, conforme o que se extrai do voto:

“Os agravados exibiram a cópia da ‘ata da assembléia de constituição da cooperativa Coopermaq - Cooperativa de Máquinas e Equipamentos’ (fls. 31/36) e a agravante, na contestação, exibiu a cópia do ‘Estatuto Social da Coopermaq - Cooperativa de Máquinas e Equipamentos’ (fls. 68/96). Os documentos mencionados evidenciam que a agravante é, sim, cooperativa e, portanto, aplicam-se as disposições do Código Civil, da Lei n. 5.764, de 16.12.1971 e do respectivo Estatuto

Social.

A propósito, o artigo 1.096 do Código Civil estabelece que, em casos de omissão da lei, as disposições subsidiárias a serem aplicadas são as da sociedade simples e não as da sociedade anônima: ‘No que a lei for omissa, aplicam-se as disposições referentes à sociedade simples, resguardadas as características estabelecidas no art. 1.094.’

Aliás, outro não é o conceito encontrado no parágrafo único do artigo 982 do Código Civil: ‘Independentemente de seu objeto, considera-se empresária a sociedade por ações; e, simples, a cooperativa.’

A respeito, confira-se:

O regramento colhe-se da legislação especial e do Código Civil de 2002 (era omissa o Código de 1916 sobre a matéria), seguindo diretriz do art. 1.093: ‘A sociedade cooperativa rege-se-á pelo disposto no presente Capítulo, ressalvada a legislação especial.’

Não se pode olvidar sobre a legislação aplicável, a regra do art. 1.096: ‘No que a lei for omissa, aplicam-se as disposições referentes à sociedade simples, resguardadas as características estabelecidas no art. 1.094’. Decorre, daí, a incidência das regras específicas do Código Civil, das regras estabelecidas para a sociedade simples, e das que estão inseridas na Lei n. 5.764’. (RIZZARDO, Arnaldo. *Direito de empresa*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 775-776).

Em sendo assim, para o caso de morte do associado, prevalecem as disposições da Lei n. 5.764, de 15.12.1971:

‘Art. 35. A exclusão do associado será feita:

I - por dissolução da pessoa jurídica;

II - por morte da pessoa física;

III - por incapacidade civil não suprida;

IV - por deixar de atender aos requisitos estatutários de ingresso ou

permanência na cooperativa.’ (sem grifo no original).

A lei, ainda, atribui ao estatuto da cooperativa a competência para regulamentar os direitos e deveres dos associados:

‘Art. 21. O estatuto da cooperativa, além de atender ao disposto no artigo 4º, deverá indicar:

(...)

II - os direitos e deveres dos associados, natureza de suas responsabilidades e as condições de admissão, demissão, eliminação e exclusão e as normas para sua representação nas assembléias gerais;’.

Os direitos decorrentes da exclusão do sócio foram previstos no artigo 15 do estatuto social, cuja transcrição se faz oportuna:

‘Em caso de demissão ou exclusão, o sócio terá direito à restituição do capital que integralizou, das sobras relativas ao período do desligamento, de outros créditos que lhe tiverem sido registrados e de uma participação equivalente a 65% (sessenta e cinco por cento) da variação do patrimônio líquido relativa ao período em que integrou a cooperativa, na proporção de sua participação no capital social.’ (fl. 75).

No caso dos autos, observa-se que, com a morte do associado (certidão de óbito de fl. 103), o diretor-presidente convocou reunião extraordinária para deliberação a respeito da devolução de valores relativos à quota-parte (fls. 97/102), lavrando-se a respectiva ata (fls. 99).

Então, ainda que os agravados queiram, insistentemente, realizar a apuração de haveres conforme a Lei das Sociedades Anônimas, a pretensão deve ser afastada porque as cooperativas, com suas peculiaridades, não admitem o regramento das sociedades anônimas (Lei n. 6.404, de 15.12.1976).

A respeito de tudo o que se disse, convém transcrever a lição de Arnaldo Rizzardo:

‘Decorre das observações acima que não é fim precípua das cooperativas a formação de fundos, de mananciais de riqueza, de reservas, sendo que eventuais sobras têm finalidade própria e destacada, importante para sua própria subsistência e desenvolvimento.

Cada associado ingressa e sai livremente, sempre em função de uma porção específica do capital, não se concebendo que retire uma quantidade maior daquela que aportou quando da entrada. Se formadas reservas, que são guardadas ou aplicadas, desde que sem uma destinação programada, e comprovadamente formadas no período da permanência do sócio, apenas em relação ao correspondente à quota admite-se cogitar de uma retirada. Diferentemente das sociedades, em especial às de responsabilidade limitada, a quota adquirida importa em representar um fator de participação para fins de auferir vantagens, e não do montante de capital existente. Os que ingressam entregam determinado capital, que representa o valor de sua titularidade, e não a expressão da titularidade sobre todo o capital da cooperativa.

Ademais, a retirada do valor correspondente à quota não constitui um direito absoluto. Levando-se em conta o conceito de cooperativa, que envolve formação de um patrimônio comum, deve-se apurar se não ocorreram defasagens no curso do período em que o sócio fez parte de seus quadros.’ (*Op. cit.*, p. 814).

Em sendo assim, a discordância com os valores já restituídos deverá ser apurada nos termos da Lei n. 5.764, de 16.12.1971, do Código Civil e do estatuto social, reformando-se a decisão agravada no ponto em que determinou a realização de perícia ‘através de balanço especial e completo, com exata verificação física e contábil dos bens, direitos e obrigações da sociedade, em valores reais e atualizados de mercado.’” (o grifo está no original) (fls. 302/304).

A apuração dos haveres do associado falecido, portanto, submete-se à legislação de regência das sociedades cooperativas (Lei n. 5.764/1974) que, por sua vez, confere ao estatuto da cooperativa a autonomia para regulamentar a matéria (artigo 21, inciso II).

No caso, o artigo 15 do estatuto da cooperativa não deixa margem à dúvida sobre como se dá a apuração dos haveres do associado excluído: “(...) o sócio terá direito à restituição do capital que integralizou, das sobras relativas ao período do desligamento, de outros créditos que lhe tiverem sido registrados e de uma participação equivalente a 65% (sessenta e cinco por cento) da variação do patrimônio líquido relativa ao período em que integrou a cooperativa, na proporção de sua participação

no capital social.” (fl. 57).

A interpretação extensiva deste dispositivo para incluir o patrimônio intangível no conceito de patrimônio líquido implicaria em equiparar a cooperativa a uma sociedade empresária, o que não é caso. Afinal, a sociedade cooperativa não busca o lucro e, por isso mesmo, não pode ser avaliada como se sociedade empresária fosse, pois nesta o conceito de patrimônio é mais amplo, abrangendo não apenas o patrimônio tangível (os bens e ativos), mas a sua própria presença no mercado (a marca, os inventos, o fundo de comércio, dentre outros).

A respeito, veja-se a resposta do perito nomeado ao quesito n. 2.2 da apelada:

***“2.2. – Sendo as sociedades cooperativas entidades sem finalidade lucrativa, estão estas organizações sujeitas às mesmas regras contábeis aplicáveis as demais sociedades comerciais/mercantis que visam lucro? Favor considerar o Sr. Perito especialmente o que previsto na Resolução nº 920 de 19/12/2001 do Conselho Federal de Contabilidade Técnica das Entidades Cooperativas.*”**

RESPOSTA: Não. A resolução 920/01 aprova a Norma Brasileira de Contabilidade NBC T 10.8 que trata das Entidades Cooperativas, entrando em vigor a partir de sua data de publicação (19/12/2001). Logo, as cooperativas têm regime contábil diferenciado das sociedades com fins lucrativos.” (o grifo está no original) (fl. 213).

Idêntica é a compreensão de Arnaldo Wald:

“Na realidade, só se deve recorrer às disposições do Código Civil referente às sociedades simples se houver lacuna tanto das normas sobre cooperativa contidas no Código, como ainda na legislação especial. O que o legislador afirmou foi que, não havendo solução de determinado problema em todas as disposições referentes à cooperativa (constantes no Código ou em leis especiais), incidem as normas referentes à sociedade simples e não as referentes aos diversos tipos de sociedades empresariais, o que se explica pela natureza própria da cooperativa como entidade que não tem fins lucrativos.” (TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo {Coord.}. *Comentários ao novo código civil: livro II – do direito de empresa – arts. 966*

a l.195. Rio de Janeiro: Forense, 2005, v. XIV, p. 627).

A propósito do que se está a afirmar, confira-se precedente desta Casa:

“AGRAVO DE INSTRUMENTO - AÇÃO DE DISSOLUÇÃO PARCIAL DE SOCIEDADE - INSURGÊNCIA DA PARTE RÉ CONTRA DECISÃO QUE DETERMINOU A REALIZAÇÃO DE PERÍCIA CONTÁBIL PARA APURAÇÃO DOS HAVERES DE EX-ASSOCIADO NOS MOLDES NA LEI N. 6.404/1976 (LEI DAS SOCIEDADES ANÔNIMAS) - INTERLOCUTÓRIA QUE MERECE REFORMA - PRETENSÃO EXORDIAL DE APURAÇÃO DE VALORES DEVIDOS QUE, NA VERDADE, REFERE-SE À EXCLUSÃO DE ASSOCIADO COOPERATIVA EM RAZÃO DE PEDIDO DE DEMISSÃO - RESSARCIMENTO QUE SE EFETIVA MEDIANTE A OBSERVÂNCIA DAS DISPOSIÇÕES DA LEI N. 5.764/1971 E DO ESTATUTO SOCIAL DA COOPERATIVA - RECURSO PROVIDO.

É sabido que no âmbito das Cooperativas não se concebe a apuração de haveres conforme a Lei das Sociedades Anônimas, porque esta agremiação organizada é regida por lei específica, que define claramente como se dá a retirada ou exclusão do sócio sem a necessidade de promover maiores levantamentos aritméticos ou financeiros, apartando-se a complexa e intrincada apuração de haveres.

Vale dizer, diferentemente das sociedades, em especial às de responsabilidade limitada, a quota adquirida importa em representar um fator de participação para fins de auferir vantagens, e não do montante de capital existente. Os que ingressam entregam determinado capital, que representa o valor de sua titularidade, e não a expressão da titularidade sobre todo o capital da cooperativa.

Em sendo assim, a discordância com os valores a serem restituídos deverá ser apurada nos termos da Lei n. 5.764, de 16/12/1971, e do estatuto social.” (agravo de instrumento n. 2013.058908-7, de Urussanga, Segunda Câmara de Direito Comercial, relator o desembargador Robson Luz Varela, j. em 15.4.2014).

Assim, se a lei de regência das sociedades cooperativas, o estatuto e o

Código Civil não especificaram que o patrimônio líquido utilizado como base de cálculo do reembolso das quotas devidas ao associado excluído compreende o patrimônio intangível, a exemplo do que prevê o artigo 183, inciso VII, da Lei n. 6.404, de 15.12.1976 (a Lei das Sociedades por Ações), é porque o legislador, levando em consideração a natureza destas sociedades, não contemplou o seu acréscimo. Do contrário, seria interpretar que a cooperativa é equiparada a uma sociedade por ações, a compreensão expressamente rechaçada pelo artigo 982 do Código Civil.

E porque o estatuto da cooperativa já estabelece os critérios para a apuração dos haveres do associado excluído, não há razão para se recorrer às regras do Código Civil e, muito menos, àquelas previstas no Código de Processo Civil de 2015, que nem ao menos estava em vigor à época do ajuizamento da ação proposta. Logo, afasta-se a aplicação da regra prevista no artigo 606 do Código de Processo Civil de 2015.

Em relação à pretensão de reembolso de 100% (cem por cento) das quotas integralizadas, o estatuto da cooperativa também é claro ao estabelecer que o associado excluído faz jus à “participação equivalente a 65% (sessenta e cinco por cento) da variação do patrimônio líquido relativa ao período em que integrou a cooperativa, na proporção de sua participação no capital social.”. E tal regra foi aprovada pelo próprio associado, que subscreveu a ata da assembleia geral extraordinária realizada na data de 1º.11.2006, tendo por objeto a reforma, dentre outros dispositivos, do artigo 15 do estatuto (fls. 47/49), não podendo os seus herdeiros invocar regra anterior sob o argumento de que se trata de direito adquirido (artigo 5º, XXXVI, da Constituição Federal), pois a ninguém é permitido se valer da própria torpeza.

O laudo pericial de fls. 204/238, ademais, observou os parâmetros estabelecidos pela Câmara na sessão de 13.6.2013. A pretensão dos apelantes, de produção de nova perícia, na realidade, trata-se de uma tentativa velada de fazer prevalecer o pedido inicial de realização de prova técnica em conformidade com os critérios do artigo 183 da Lei das Sociedades por Ações, o que ofende à coisa julgada (artigo 505 do Código de Processo Civil de 2015), levando-se em consideração que o acórdão de fls. 300/304 não sofreu ataque recursal (fl. 306).

Com essas considerações, o recurso interposto é provido 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 fixados em primeiro grau são majorados em R\$300,00 (trezentos reais), o que se faz em consideração aos limites e aos parâmetros estabelecidos no §§ 2º e 8º do artigo 85 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

Ação Rescisória n. 0151205-82.2013.8.24.0000, de Capinzal

Relator: Desembargador Hélio do Valle Pereira

AÇÃO RESCISÓRIA - PENSÃO POR MORTE
- FALECIMENTO DE SERVIDORA PÚBLICA
- CÔNJUGE - DEPENDÊNCIA ECONÔMICA -
ACÓRDÃO RESCINDENDO QUE EXIGE A PROVA -
INTERPRETAÇÃO COM AMPARO JURISPRUDENCIAL
- SÚMULA 343 DO STF - IMPROCEDÊNCIA.

O magistrado não é servo da literalidade da lei; sua missão interpretativa do Direito (não apenas da lei!) é mais complexa, preponderando o recurso aos valores espraiados por todo o ordenamento jurídico. Como essa tarefa envolve elevada carga subjetiva, deve-se ter a consciência que nunca haverá uma única interpretação. É difícil mesmo afirmar qual seja a melhor, tanto que a compreensão do Direito evolui ininterruptamente. Quando o CPC dizia que era rescindível a decisão que violasse literalmente a lei, pretendia destacar um equívoco manifesto, uma compreensão de difícil sustentação, que se afastasse significativamente de uma inteligência razoável.

Se é certo que a ação rescisória não é uma extravagância processual, a coisa julgada é valor, se não absoluto, de ainda maior peso. Daí a necessidade de muita prudência quanto ao seu cabimento e ainda mais quanto a uma possível procedência. Não se cuida de um mecanismo ordinário de ataque às decisões judiciais, uma forma de permitir uma segunda chance a alguém derrotado. Por isso o acerto da Súmula 343 do STF: “Não cabe ação rescisória por ofensa a literal disposição de lei, quando a decisão rescindenda se tiver baseado em texto legal de interpretação controvertida nos tribunais”.

Decisão deste Tribunal negou pensionamento em face da ausência

de revelação da dependência econômica entre os cônjuges. Compreensão aceitável e repetida em outros julgados à época.

Pedido rescisório improcedente.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Rescisória n. 0151205-82.2013.8.24.0000, da comarca de Capinzal - Vara Única em que é Autor José Leonir da Silva e Réu o Município de Ouro.

O Grupo de Câmaras de Direito Público decidiu, por votação unânime, julgar improcedente o pedido. Custas legais.

Participaram do julgamento, realizado nesta data, os Excelentíssimos Senhores Desembargadores Luiz Antônio Zanini Fornerolli, Pedro Manoel Abreu (Presidente com voto), Cid Goulart, João Henrique Blasi, Jorge Luiz de Borba, Carlos Adilson Silva, Paulo Henrique Moritz Martins da Silva, Júlio César Knoll, Vera Lúcia Ferreira Copetti e Francisco Oliveira Neto.

Florianópolis, 23 de outubro de 2017.

Desembargador Hélio do Valle Pereira
Relator

RELATÓRIO

José Leonir da Silva apresentou esta ação rescisória em relação ao Município de Ouro relativamente a acórdão da 4ª Câmara de Direito Público que negou provimento à apelação, mas reformou a sentença (por força do reexame necessário) para negar o direito do (novamente aqui)

autor à percepção de pensão por morte.

A decisão do Desembargador Jânio Machado teve esta ementa:

APELAÇÃO CÍVEL E REEXAME NECESSÁRIO. AGRAVO RETIDO. RECURSO QUE NÃO É CONHECIDO, EM FACE DA AUSÊNCIA DE REQUERIMENTO, NAS RAZÕES DA APELAÇÃO, PARA SUA APRECIÇÃO PELO TRIBUNAL. ART. 523, § 1º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. AÇÃO DECLARATÓRIA E CONDENATÓRIA. PRETENSÃO DO MARIDO, DE PERCEPÇÃO DE PENSÃO POR MORTE DA SUA ESPOSA, QUE SE TRATAVA DE SERVIDORA PÚBLICA MUNICIPAL. AUSÊNCIA DE PROVA DA DEPENDÊNCIA ECONÔMICA. ÔNUS QUE INCUMBE AO AUTOR. ART. 333, INCISO I, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. REJEIÇÃO DO PEDIDO INICIAL QUE SE IMPÕE.

1. O tribunal não conhece do agravo retido interposto se ausente o pedido expresso para sua apreciação nas razões da apelação.

2. Se o marido não comprovou a sua dependência econômica, não fará jus à percepção de pensão por morte da esposa, servidora pública municipal. (AC 2006.016347-2)

O acionante coloca que o art. 114 da Lei Municipal 1.007/92 garante o direito ao pensionamento em face de morte de servidor público. Por sua vez, o art. 60 da LCM 006/96 arrola os “beneficiários da pensão”, inserindo entre eles o viúvo. Tira daí que bastaria revelar a condição de consorte, independentemente da demonstração de um vínculo de submissão econômica.

Quer a rescisão do julgado para que se venha a julgar procedente o pedido primitivo, de sorte a ser deferido o pensionamento.

O Município de Ouro contestou.

Afirmou que a ação rescisória não deve ser conhecida, haja vista a

decadência. Em relação ao tema de fundo afirmou que o expediente não pode servir de sucedâneo recursal. Requereu, ao final, a improcedência do pedido rescisório.

Depois de réplica o Ministério Público negou interesse na causa.

VOTO

1. Não vinga a preliminar de decadência, tendo em conta que o protocolo do presente feito é de 7 de janeiro de 2013, ao passo que o trânsito em julgado se deu ainda em 7 de janeiro de 2011. Respeitado, portanto, o prazo previsto no art. 495 do CPC de 1973.

2. Passando à análise do tema de fundo, relembro que a causa de pedir está bem delimitada.

O autor é profissional autônomo e foi casado com servidora pública. O óbito ocorreu em 1998, quando se preservava o matrimônio, tendo sido, na ocasião, deferido o pensionamento apenas em favor do filho menor do casal, enquanto não atingida maioridade. Adiante, em 2001, o autor requereu a pensão para si, mas a pretensão foi administrativamente negada. O Município alegou que o autor não preencheu os requisitos necessários ao deferimento do pleito.

Este Tribunal considerou que o benefício era mesmo imerecido, mas porque faltou prova da dependência financeira.

3. O autor dá por ofendidos estes dispositivos:

Constituição Federal:

Art. 40. Aos servidores titulares de cargos efetivos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, é assegurado regime de previdência de caráter contributivo e solidário, mediante contribuição do respectivo ente público, dos

servidores ativos e inativos e dos pensionistas, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial e o disposto neste artigo.

(...)

§ 12 - Além do disposto neste artigo, o regime de previdência dos servidores públicos titulares de cargo efetivo observará, no que couber, os requisitos e critérios fixados para o regime geral de previdência social.

(...)

Art. 201. A previdência social será organizada sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial, e atenderá, nos termos da lei, a:

(...)

V - pensão por morte do segurado, homem ou mulher, ao cônjuge ou companheiro e dependentes, observado o disposto no § 2º.

Código de Processo Civil de 1973:

Art. 333. O ônus da prova incumbe:

(...)

II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

Lei Municipal 1.007/92:

Art. 114. Aos dependentes do servidor é assegurada uma pensão por morte que coletivamente corresponda à totalidade da remuneração do servidor falecido, como se na ativa estivesse.

Lei Complementar Municipal 006/96:

Art. 58. O benefício da pensão por morte, do servidor municipal, corresponderá à totalidade dos vencimentos ou proventos da inatividade

do servidor falecido, nas condições da lei.

Art. 59. Do valor correspondente a pensão, cinquenta por cento será concedido à esposa, ou marido, à companheira ou companheiro; e os outros cinquenta por cento repartidamente, aos filhos de qualquer condição e as pessoas a eles equiparadas.

Parágrafo único - Não existindo outros dependentes, cem por cento da pensão caberá à esposa, ao marido, à companheira ou ao companheiro, declarados em documento jurídico civil próprio.

Art. 60. A pensão será concedida aos dependentes do servidor falecido, na seguinte ordem de preferência:

I - à esposa, ao esposo, à companheira, ao companheiro, se houver filhos com direito a pensão;

4. Deve-se destacar que se está diante de ação rescisória.

O primeiro ponto é avaliar a possibilidade de desconstituição do julgado, o que apenas pode ocorrer se configurados um dos vícios do art. 485 do CPC de 1973 (vigente à época); mais exatamente, no caso, a “violação a literal disposição de lei” (inc. V).

Se é certo que a ação rescisória não é uma extravagância processual (tanto que é mencionada mais de uma vez a sua possibilidade na Constituição), é certo que a coisa julgada é valor, se não absoluto, de ainda maior peso, constando o seu respeito inclusive como garantia individual (art. 5º, inc. XXXVI, da CF).

Daí a necessidade, que é mesmo intuitiva, de muita prudência quanto ao seu cabimento e ainda mais quanto a uma possível procedência. Não se cuida de um mecanismo ordinário de ataque, uma forma de permitir, por assim dizer, uma segunda chance a alguém derrotado, uma possibilidade de ter um novo julgamento, de sorte a acomodar o espírito de um inconformado. Não se pode ver nela uma segunda possibilidade

de apelar.

Especialmente pela fluidez do mencionado inc. V do art. 485 do CPC é necessário que se tenha comedimento, fugindo da tentação de reformar julgados por uma simples discordância de opiniões.

Está correta a Súmula 343 do STF: “Não cabe ação rescisória por ofensa a literal disposição de lei, quando a decisão rescindenda se tiver baseado em texto legal de interpretação controvertida nos tribunais”.

5. O acórdão assentou a compreensão já resumida, que reitero: pensão em favor de servidor público depende da efetiva relação de dependência. A conclusão fática, inclusive, reconheceu que não havia essa prova.

É certo que o autor fez outra leitura, mas o que deve ser ponderado é a distinta versão, tanto mais que não está em xeque pela rescisória um novo sopesamento probatório. Para simples revisão de fatos não se presta mesmo a rescisória.

Aliás, quanto ao regramento do art. 333 do CPC de 1973, cuja aplicabilidade restou questionada pelo autor, apenas adito que há distinção entre “negação do fato e fato negativo. A simples negação do fato constitutivo, naturalmente, não reclama prova de quem a faz. O fato negativo, porém, aquele que funciona como fato constitutivo de um direito, tem sua prova exigida muitas vezes pela própria lei. (...) Em casos como esse, a parte que alega o fato negativo terá o ônus de prová-lo.” (Humberto Theodoro Júnior, Curso de Direito Processual Civil, v. I, 47a. ed, Forense, 2007, p. 479)

É dizer, não cabe aqui o inc. II do mencionado dispositivo porque o réu em nenhum momento admitiu a existência da dependência econômica suscitada pelo autor, muito menos arguiu “fato” modificativo, impeditivo ou extintivo de tal direito. O ônus da prova, por isso, era mesmo do acionante (art. 333, I, do CPC).

Esclarecido esse aspecto objetivamente o que se propõe é dizer se havia suporte normativo para concluir que a real dependência econômica entre os cônjuges era condicionante efetivo para a fruição do direito à pensão.

No voto do Desembargador Jânio Machado constou isto (fls. 212-215):

(...) Por outro lado, em sede de reexame necessário, impõe-se a rejeição do pedido inicial. Isso porque, a despeito de provar a sua condição de marido da servidora pública municipal falecida (fls. 8/10), o requerido não demonstrou, em momento algum, a dependência econômica imprescindível à concessão do benefício pretendido, ônus que lhe cabia, por força do inciso I do art. 333 do Código de Processo Civil.

Neste sentido, colhe-se desta Corte:

PREVIDENCIÁRIO - IPESC - PENSÃO POR MORTE DE SERVIDOR PÚBLICO EM FAVOR DA COMPANHEIRA - UNIÃO ESTÁVEL E DEPENDÊNCIA FINANCEIRA COMPROVADAS - DIREITO À INSCRIÇÃO E AO BENEFÍCIO - HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS FIXADOS MODERADAMENTE - SENTENÇA MANTIDA.

Comprovada a convivência entre a autora e o servidor público quando do óbito deste, bem como a dependência financeira, faz jus a autora à inscrição como dependente e ao recebimento da pensão por morte perante o órgão previdenciário estadual. (...). (Apelação cível n. 2008.046612-3, da Capital, Quarta Câmara de Direito Público, relator o desembargador Jaime Ramos, j. em 4.9.2008. Disponível em: <<http://www.tj.sc.gov.br>>. Acesso em: 20 out. 2008).

Ou:

PREVIDENCIÁRIO - PENSÃO RECLAMADA POR EX-MULHER DE SERVIDOR PÚBLICO ESTADUAL - INEXISTÊNCIA

DE PROVAS DA UNIÃO ESTÁVEL OU DA DEPENDÊNCIA ECONÔMICA - PEDIDO JULGADO IMPROCEDENTE - RECURSO DESPROVIDO

Não havendo prova da união estável ou da dependência econômica, ex-mulher de servidor público falecido não tem direito à pensão previdenciária. (Apelação cível n. 2007.056015-0, de Porto União, Primeira Câmara de Direito Público, relator o desembargador Newton Trisotto, j. em 30.7.2008. Disponível em: <<http://www.tj.sc.gov.br>>. Acesso em: 20 out. 2008).

Não custa enfatizar, ainda, o disposto no art. 114 da Lei n. 1.007, de 20.5.1992:

Aos dependentes do servidor é assegurada uma pensão por morte que, coletivamente, corresponda à totalidade da remuneração do servidor falecido, como se na ativa estivesse.

Outrossim, a Lei Complementar n. 006, de 23.10.1996, de igual modo, prevê:

ARTIGO QUINQUAGÉSIMO NONO - Do valor correspondente a pensão, cinquenta por cento será concedido à esposa, ao marido, à companheira ou companheiro; e os outros cinquenta por cento repartidamente, aos filhos de qualquer condição e às pessoas a eles equiparadas.

Parágrafo único - Não existindo outros dependentes, cem por cento da pensão caberá à esposa, ao marido, à companheira ou ao companheiro, declarados em documento jurídico civil próprio.

ARTIGO SEXAGÉSIMO - A pensão será concedida aos dependentes do servidor falecido, na seguinte ordem de preferência:

I - à esposa, ao esposo, à companheira, ao companheiro, se houver filhos com direito à pensão; (Grifo no original) (fl. 71).

A palavra “dependente” em sede de direito previdenciário, exprime situação bem específica, o que não pode ser ignorado:

“DEPENDENTE. 1. Direito previdenciário. A) Beneficiário do segurado da previdência social; b) aquele que para subsistir vive a expensas de outrem, que provê suas necessidades primárias. (DINIZ, Maria Helena. Dicionário jurídico. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, v. 2, p. 79).

No caso concreto, além de não demonstrar a dependência econômica, o requerido não informou a profissão que exerce, seja na petição inicial (fl. 2) ou na procuração (fl. 7), dizendo-se autônomo, somente, na audiência de instrução e julgamento (fl. 150). Não bastasse, nas alegações finais, o requerido enfatizou “que o autor é um rico empresário do ramo de construção civil” (fl. 155), tudo levando a crer, então, na inexistência do requisito necessário à concessão da pensão por morte.

E esta prova, de responsabilidade do autor, fazia-se necessária porque, na contestação, o Município negou a condição de dependência do autor, muito embora sob a equivocada preliminar de “impossibilidade jurídica do pedido”:

O pedido formulado pelo AUTOR, não tem fundamentação legal. Não existe no direito material brasileiro, a contemplação da razão sobre a qual se baseia o pedido do AUTOR. Isto é, não há previsão legal que ampare a propositura de “Ação Ordinária de Obtenção de Pensão por Morte, cumulada com Cobrança de Prestações Atrasadas”, quando à época do óbito marido e mulher encontravam-se separados de fato, cada qual vivendo independentemente um do outro, sob tetos diferentes, como restará provado no decorrer da Instrução. (Grifo no original) (fl. 95).

O requisito “dependência econômica”, então, passou a ser controvertido e, por consequência, necessitava da sua demonstração (art. 333, inciso I, do Código de Processo Civil).

Note-se que, na impugnação à contestação, o autor sequer teve o cuidado de afirmar a sua condição de dependente econômico, limitando-se a reafirmar que o fato de ser o cônjuge sobrevivente lhe garantia a percepção da pensão por morte da esposa. Mais: ao ser intimado para especificar as provas, requereu o julgamento antecipado da lide, fiando-se que a matéria tratada era unicamente de direito (fl. 117).

Aduz-se, e agora já incorrendo no vício da tautologia: evidenciada está a ausência da alegada dependência econômica com o fato de a pensão por morte ser deferida, inicialmente, ao filho da falecida (fl. 12); somente após este ter atingido a maioridade e, por consequência, deixado de receber o benefício previdenciário, é que o apelado reclamou seus direitos, e o fez na condição exclusiva de cônjuge sobrevivente.

Nem se ignora o inusitado fato de a falecida Rosalina Kilpp da Silva não mais receber salário desde abril de 1997 porque “embora devidamente notificada de sua obrigação de retornar ao trabalho, conforme conclusão da perícia médica, até a presente data não apresentou-se ao trabalho” (fl. 100). E, recorde-se, com seu falecimento em 29.12.1998 (fl. 9), não havia mais sentido em se dar andamento à proposição contida no parecer jurídico de fl. 101, que era de “aplicação da penalidade de DEMISSÃO SIMPLES, da funcionária Rosalina Kilpp da Silva, nos precisos termos do artigo 136, inciso V, parágrafo único, uma vez que devidamente NOTIFICADA, do Resultado do Laudo Técnico Pericial, que a considerou Apta para o trabalho, passados mais de sessenta dias de sua convocação, NÃO compareceu ao serviço, configurando-se assim, ABANDONO DE CARGO, supra fundamentado.” (grifo no original) (fl. 101).

Em face do exposto, rejeita-se o pedido inicial, invertendo-se, ainda, o ônus sucumbencial, cujo pagamento, porém, deverá observar o art. 12 da Lei n. 1.060, de 5.2.1950, pois o autor requereu a assistência judiciária e o processo transcorreu sem o recolhimento de custas. E, conseqüentemente, fica prejudicada a análise do pleito formulado pelo

requerido na resposta ao recurso de apelação interposto, de concessão de tutela antecipada.

O posicionamento tanto era defensável que, em embargos infringentes, este mesmo Grupo de Câmaras de Direito Público ratificou a tese da necessidade de prova da dependência (ainda que no tal caso houvesse suas nuances fáticas distintas da presente situação):

ADMINISTRATIVO - PENSÃO POR MORTE - FALECIMENTO DE EX-COMPANHEIRO - NOVO CASAMENTO CONTRAÍDO - CIRCUNSTÂNCIA QUE NÃO EXCLUI A CONDIÇÃO DE DEPENDENTE E BENEFICIÁRIA - PENSÃO QUE NUNCA FOI PAGA EM SEU PROVEITO, MAS ÀS FILHAS MENORES - AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DA DEPENDÊNCIA ECONÔMICA - SERVIDORA INATIVA DO ESTADO - BENEFÍCIO INDEVIDO

“De acordo com a Lei Complementar Estadual n. 129/94, a nova união conjugal não é considerada como causa extintiva da perda da qualidade de dependente e/ou de mercedor do benefício. A jurisprudência deste Tribunal, porém, vem firmando o entendimento de que, para efetivamente fazer jus à pensão, o(a) requerente deve comprovar a sua dependência econômica em relação ao instituidor(a) do benefício” (AC n. 2008.042802-0, Des. Rui Fortes). (EI 2010.005400-4, da Capital, rel. Des. Luiz César Medeiros)

Também nestes acórdãos se reafirmou a necessidade de prova da dependência como requisito cumulativo para obter a pensão:

A) PREVIDENCIÁRIO - PENSÃO POR MORTE - IPREV - PLEITO DE INCLUSÃO DA AUTORA COMO BENEFICIÁRIA DE PENSÃO POR MORTE DE SEGURADO - UNIÃO ESTÁVEL NÃO COMPROVADA - MANUTENÇÃO DA VIDA CONJUGAL DO FINADO SEGURADO COM A ESPOSA - AFFECTIO MARITALIS NÃO VERIFICADA - INEXISTÊNCIA, ADEMAIS, DE

DEPENDÊNCIA ECONÔMICA - AUSÊNCIA DO DIREITO DA CONCUBINA DIVIDIR A PENSÃO POR MORTE - SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA MANTIDA - RECURSO DESPROVIDO.

“A titularidade da pensão decorrente do falecimento de servidor público pressupõe vínculo agasalhado pelo ordenamento jurídico, mostrando-se impróprio o implemento de divisão a beneficiar, em detrimento da família, a concubina” (STF, RE n. 590.779-ES)” (Ap. Cível n. 2008.059218-1, da Capital, rel. Des. Newton Janke). (TJSC, AC 2009.000522-7, de Mafra, rel. Des. Carlos Adilson Silva)

B) PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO POR MORTE. EX-COMPANHEIRA DE SERVIDOR PÚBLICO. UNIÃO ESTÁVEL COMPROVADA. VALOR DO BENEFÍCIO. TOTALIDADE DOS PROVENTOS DO SERVIDOR FALECIDO, OBSERVADO O LIMITE LEGAL DISPOSTO NO ART. 40, §7º, I, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. TERMO INICIAL. DATA DO ÓBITO. EXEGESE DOS ARTS. 2º E 6º, DA LC Nº 129/94.

1. Demonstrada, por convincente prova testemunhal e documental, a existência de união estável e a dependência econômica, a ex-companheira faz jus à pensão por morte do companheiro.

2. “De acordo com o disposto no art. 40, §7º (com redação dada pela Emenda Constitucional n. 41/03), da Constituição Federal, o benefício da pensão por morte instituído após a vigência de tal Emenda corresponde ao valor do limite máximo estabelecido para os benefícios do regime geral de previdência social, acrescido de 70% do que exceder a esse limite, levando-se em conta, para esse cálculo, a totalidade da remuneração ou dos proventos do servidor falecido” (TJSC/ACMS n. 2008.055123-3, da Capital).

3. A despeito da natureza marcadamente constitutiva da sentença que reconhece a condição de dependência econômica para efeitos de pensionamento previdenciário, o termo inicial do benefício é a data do

óbito do servidor, segundo opção expressa do legislador revelada pelos artigos 2º e 6º, ambos da LC nº 129/94. (TJSC, AC 2008.010657-1, da Capital, rel. Des. Newton Janke)

6. Sendo assim, o fundamento essencial do acórdão não era adventício, tendo em seu respaldo vários precedentes.

É caso, quando menos, de aplicação da Súmula 343 do STF, que impede que a rescisória seja usada para obter uma nova interpretação ante situação que permitia naturalmente cizânia quanto ao exato enquadramento normativo.

O verbete, note-se, vem sendo prestigiado atualmente, como se pode verificar em julgados deste próprio Grupo de Câmaras de Direito Público (AR 0131286-39.2015.8.24.0000, de Campos Novos, rel. Des. Sérgio Roberto Baasch Luz; AR 0227657-70.2012.8.24.0000, de Criciúma, rel. Des. Ricardo Roesler; AR 0194384-03.2012.8.24.0000, de Criciúma, rel. Des. João Henrique Blasi).

7. A incidência do enunciado encontra resistência quando esteja em xeque questão constitucional. Inclusive, é nesse sentido a Súmula 63 do Tribunal Regional Federal da 4ª Região.

A parte, é verdade, acena com dois dispositivos constitucionais que teriam sido ofendidos (arts. 40, § 12, e 201, ambos da Constituição Federal).

O primeiro não cuida diretamente do assunto agora litigioso, mas se pode compreender que evoque o segundo.

Tenho, todavia, que mesmo que ali se coloque que exista um direito de pensionamento entre cônjuges, não acredito que se possa extrair uma interpretação unívoca no sentido de que essa prerrogativa seja incondicionada. É bem sustentável - e foi isso que a decisão rescindenda sustentou - que se possa delegar à lei ordinária a definição exata da extensão do direito à pensão. Aliás, seria inusitado que se rumasse para

compreensão que propiciasse ao consorte meramente somar aos seus ganhos ordinários, agora, proventos - algo especialmente artificial, que renegaria a razão de ser da Previdência Social, que não é incrementar renda, mas propiciar subsistência.

Em resumo, não vejo a possibilidade de se desprestigiar a coisa julgada e se reconhecer ofensa a literal disposição de lei.

8. Assim, julgo improcedente o pedido, condenando o autor ao pagamento de honorários advocatícios de R\$ 3.000,00 (quantificação que deriva de juízo de equidade, haja vista o baixo valor da causa: R\$ 5.000,00), além de suportar as custas.

A exigibilidade de tais verbas, todavia, fica suspensa pelo prazo de cinco anos (art. 98, § 3º, do CPC).

É o voto.

PRIMEIRA CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO

Apelação Cível n. 0002879-57.2007.8.24.0012, de Caçador

Relator: Desembargador Carlos Adilson Silva

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO PROPOSTA PELO BRDE OBJETIVANDO A RESCISÃO DE CONTRATO DE COMPROMISSO DE COMPRA E VENDA DE IMÓVEL, A REINTEGRAÇÃO NA POSSE DO BEM E INDENIZAÇÃO POR PERDAS E DANOS. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA, RECONHECENDO, EM CONTRAPARTIDA, O DIREITO DA EMPRESA COMPRADORA À INDENIZAÇÃO PELAS BENFEITORIAS REALIZADAS. INSURGÊNCIA DE AMBAS AS PARTES.

I – PROCESSUAL CIVIL. PRELIMINAR ARGUIDA EM CONTRARRAZÕES RECHAÇADA. DESNECESSIDADE DE RATIFICAR APELAÇÃO DIANTE DE DECISÃO INALTERADA EM EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. SÚMULA Nº 579 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. RECURSO CONHECIDO.

II - MÉRITO. ALIENAÇÃO DE IMÓVEL PÚBLICO PELO BRDE. AUTARQUIA INTERESTADUAL. INAPLICABILIDADE DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. RELAÇÃO DE CONSUMO NÃO CONFIGURADA. CONTRATO ADMINISTRATIVO. CLÁUSULA CONTRATUAL QUE EXPRESSAMENTE AFASTA O DIREITO DO COMPRADOR À INDENIZAÇÃO PELAS BENFEITORIAS EVENTUALMENTE PROMOVIDAS EM CASO DE RESCISÃO CONTRATUAL. PREVALÊNCIA DA CLÁUSULA SOBRE A REGRA DISPOSTA NO ART. 1.219 DO CÓDIGO CIVIL, DE APLICAÇÃO SUPLETIVA NA HIPÓTESE. EXEGESE DO ART. 54 DA LEI Nº 8.666/1993. PERDA DAS BENFEITORIAS CUJO VALOR, SOMADO ÀS DEMAIS PENALIDADES

CONTRATUAIS, NÃO EXCEDE O LIMITE PREVISTO NO ART. 412 DO CÓDIGO CIVIL. SITUAÇÃO QUE NÃO CARACTERIZA ENRIQUECIMENTO SEM JUSTA CAUSA. DIREITO DE INDENIZAÇÃO PELAS BENFEITORIAS AFASTADO.

PRETENDIDA APURAÇÃO DO VALOR RELATIVO ÀS PERDAS E DANOS EM LIQUIDAÇÃO. ARBITRAMENTO EM 0,5% SOBRE O VALOR ATUALIZADO DO IMÓVEL. QUANTIA EQUIVALENTE AO ÍNDICE REMUNERATÓRIO DA CADERNETA DE POUPANÇA. RAZOABILIDADE. NECESSIDADE DE LIQUIDAÇÃO NÃO DEMONSTRADA.

RECURSO DO BRDE PROVIDO. RECURSO DA PARTE RÉ DESPROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 0002879-57.2007.8.24.0012, da comarca de Caçador 2ª Vara Cível em que é Apte/Apdo Induspel Indústria e Comércio de Madeiras Ltda. e Apdo/Apte Banco Regional de Desenvolvimento do Extremo Sul BRDE.

A Primeira Câmara de Direito Público decidiu, por unanimidade, conhecer de ambos os recursos, negar provimento ao apelo interposto pela parte ré e dar provimento à apelação interposta pelo BRDE para afastar o direito de indenização pelas benfeitorias realizadas no imóvel. Custas Legais.

Participaram do julgamento, realizado no dia 12 de dezembro de 2017, os Exmos. Srs. Des. Jorge Luiz de Borba e Des. Paulo Henrique Moritz Martins da Silva.

Florianópolis, 14 de dezembro de 2017.

Desembargador Carlos Adilson Silva
Presidente e Relator

RELATÓRIO

O Banco Regional de Desenvolvimento do Extremo Sul BRDE propôs ação em face de Induspel Indústria e Comércio de Madeiras Ltda., objetivando a rescisão de contrato de compromisso de compra e venda de imóvel e a reintegração na posse do bem, além de indenização por perdas e danos, alegando que a empresa ré deixou de adimplir as prestações contratuais a partir de 10-3-2004.

A parte ré apresentou contestação (fls. 59-70), sustentando não estar em mora, apesar de ter atrasado o pagamento de algumas prestações. Argumentou que, em caso de procedência da ação, as benfeitorias devem ser indenizadas, invocando o direito de retenção enquanto não recebido o valor correspondente. Aduziu que a reintegração deve ser condicionada à devolução do valor pago.

Junto com a contestação, formalizou reconvenção (fls. 117-127), postulando a revisão contratual a fim de ajustar o valor das prestações à nova capacidade econômica da empresa, asseverando que seus rendimentos foram afetados pela mudança na política econômica nacional.

A parte autora apresentou réplica (fls. 165-169) e contestou a reconvenção (fls. 162-164).

Foi prolatada sentença (fls. 184-197), sendo julgada procedente a ação e improcedente a reconvenção, nos seguintes termos:

“Ante o exposto, JULGO PROCEDENTE a presente ação de rescisão de contrato proposta Banco Regional de Desenvolvimento do Extremo Sul - BRDE em face de Induspel Indústria e Comércio de Madeiras Ltda. para DECLARAR RESCINDIDO o contrato de compromisso de compra e venda de imóvel de fls. 19/22 e, conseqüentemente:

a) condenar a parte ré a restituir ao autor o imóvel objeto do contrato rescindido, no prazo de 15 dias;

- b) condenar o parte autora a indenizar a empresa ré o valor referente às benfeitorias necessárias e úteis, em valor a ser apurado na fase de liquidação de sentença;
- c) condenar a parte autora a restituir à ré os valores já pagos por esta, incluindo a entrada, corrigidos monetariamente desde a data do pagamento e acrescido de juros de mora a contar da citação.
- d) condenar o réu a pagar à autora o valor correspondente a e 0,5% (meio por cento) ao mês, do preço atualizado do imóvel, a título de indenização por conta da utilização do imóvel em questão, desde 10 de abril de 2004 até sua efetiva desocupação;
- e) reconhecer o direito de compensação entre os valores devidos por ambas as partes e, por consequência, afastar do réu o direito de retenção pelas benfeitorias;

Condeno o demandado ao pagamento das custas processuais e dos honorários advocatícios, os quais fixo em R\$ 1.500,00, nos termos do art. 20, §4º, do Código de Processo Civil.

Assim, julgo o feito com resolução do mérito, o que faço com fulcro no art. 269, I, do Código de Processo Civil.

JULGO IMPROCEDENTE a reconvenção oposta por Induspel Indústria e Comércio de Madeiras Ltda. em face de Banco Regional de Desenvolvimento do Extremo Sul - BRDE, o que faço com fulcro no art. 269, I, do Código de Processo Civil.

Condeno o reconvinte ao pagamento das custas processuais e dos honorários advocatícios ao patrono da parte contrária, os quais fixo em R\$ 500,00, nos termos do art. 20, § 4º, do Código de Processo Civil.”

Inconformada, Induspel Indústria e Comércio de Madeiras Ltda. interpôs recurso de apelação (fls. 207-215), defendendo a aplicação do Código de Defesa do Consumidor ao caso. Reiterou o direito de retenção das benfeitorias e de permanência no imóvel até o pagamento da indenização correspondente, argumentando que não houve pedido de compensação. Sobre o arbitramento de valor a título de perdas e danos, discorreu que não ficou claro se a incidência de 0,5%, a título de

aluguéis, se inicia a partir da notificação ou da data da citação, alegando que esse valor foi estabelecido sem critério técnico, devendo a apuração ser remetida a procedimento de liquidação de sentença.

Por sua vez, o Banco Regional de Desenvolvimento do Extremo Sul BRDE, após a rejeição de seus embargos de declaração (fls. 247-248), também apelou (fls. 251-260), sustentando que os juros de mora referentes à restituição das prestações quitadas devem incidir somente a partir da devolução do imóvel, e não desde a citação. Impugnou ainda sua condenação a indenizar as benfeitorias úteis e necessárias realizadas pela ré, argumentando que o réu não formalizou pedido nesse sentido por instrumento processual adequado, e que a cláusula contratual que veda a indenização de benfeitorias não foi declarada nula.

Com contrarrazões apresentadas apenas pelo BRDE (fls. 272-282 e 283), ascenderam os autos a esta Corte de Justiça, culminando por serem distribuídos a este Relator.

Este é o relatório.

VOTO

1. Da admissibilidade – desnecessidade de ratificar apelação diante de decisão inalterada em embargos de declaração

Em contrarrazões, o BRDE arguiu preliminarmente que o recurso de apelação interposto pela parte ré não poderia ser conhecido, ante a ausência de ratificação após o julgamento dos embargos de declaração.

Ocorre que o Superior Tribunal de Justiça cancelou a Súmula nº 418, que conferia guarida a preliminar recursal, consolidando entendimento no sentido contrário ao editar a Súmula nº 579, cujo enunciado é categórico: “Não é necessário ratificar o recurso especial interposto na pendência do julgamento dos embargos de declaração, quando inalterado o resultado anterior.”

Embora refira-se a recurso especial, é certo que, pelas mesmas razões que justificaram a edição da súmula, essa posição deve ser adotada no caso de recurso de apelação.

Logo, a prefacial merece ser rechaçada.

Dito isto, conheço de ambos os recursos, porquanto preenchidos os pressupostos extrínsecos e intrínsecos de admissibilidade.

Passa-se à análise das teses recursais.

2. Da inaplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor:

De início, cumpre reiterar a inaplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor no caso em apreço.

O BRDE constitui autarquia interestadual, conforme definido no termo de convênio aprovado pela Lei Estadual nº 744/1961 de Santa Catarina (parte III, art. 1º).

Na alienação de imóveis públicos, o adquirente celebra contrato administrativo com a entidade pública, precedido de procedimento licitatório, o que ocorreu na hipótese, consoante se depreende do contrato de fls. 19-22.

Observa-se que, no negócio jurídico firmado, a autarquia não assume a posição de fornecedora de bens ou serviços, embora seja instituição financeira, tampouco a empresa adquirente figura como consumidora, a teor das definições dispostas nos artigos 2º e 3º do Código de Defesa do Consumidor. Sequer a alienação de imóveis corresponde à atividade fim do banco público em apreço, cuja finalidade é “o desenvolvimento da Região-Sul do Brasil” (Lei Estadual nº 744/1961, parte III, art. 1º).

Desse modo, a avença está muito longe de constituir relação de consumo. Caracteriza, em vez disso, contrato administrativo, regulado pelos preceitos de direito público e, supletivamente, pelas disposições de direito privado, em conformidade com o art. 54 da Lei nº 8.666/1993.

Logo, escoreita a sentença ao afastar a aplicação do CDC na hipótese.

3. Do direito a indenização por benfeitorias e do direito de retenção:

No mérito, sobre as benfeitorias, o BRDE sustenta inexistir direito a indenização, ao passo que reclama a parte ré o direito de retenção e de permanência no imóvel até o pagamento da indenização correspondente, aduzindo ser inviável a compensação dos créditos.

Na sentença, o direito à indenização pelas benfeitorias foi reconhecido, ao fundamento de que a cláusula contratual que o afasta seria ilegal, por contrariar a regra prevista no art. 1.219 do Código Civil.

Por benfeitoria, descreve a empresa ré a construção de acréscimo de 1.100 m² no galpão industrial existente no imóvel, que antes possuía 1.587,68 m², consoante ilustram os documentos de fls. 217-242. A sentença faz menção ao conserto do telhado e à pintura realizada, comentando que tais benfeitorias não revelam expressivo valor econômico (fls. 191-192).

Como dito no item anterior, a alienação de imóvel público concretiza-se por meio de contrato administrativo, exigindo prévia licitação, a teor do art. 17, I, da Lei nº 8.666/1993. Desse modo, constitui negócio jurídico regulado “pelas suas cláusulas e pelos preceitos de direito público”, aplicando-lhe, “supletivamente, os princípios da teoria geral dos contratos e as disposições de direito privado”, nos termos do aludido art. 54 da Lei nº 8.666/1993. Ainda acrescenta o § 1º do dispositivo em referência que as cláusulas do contrato devem definir “os direitos, obrigações e responsabilidades das partes, em conformidade com os termos da licitação e da proposta a que se vinculam” [sublinhou-se].

É dizer, a regra disposta no art. 1.219 do Código Civil tem aplicação supletiva, isto é, complementar em caso de lacuna contratual e dos preceitos de direito público.

Ademais, a minuta do contrato administrativo consiste em anexo obrigatório e parte integrante do edital de licitação (Lei nº 8.666/1993, art. 40, § 2º, III, e 62, § 1º), cujos termos vinculam a Administração, por força do art. 41, *caput*, da Lei nº 8.666/1993.

Nesse cenário, para garantir a isonomia entre os interessados, é de rigor que as impugnações ao conteúdo editalício, nele incluídas as cláusulas dispostas na minuta do contrato, sejam veiculadas antes da licitação, em consonância com o art. 41, §§ 1º a 3º, da Lei nº 8.666/1993.

Fixadas tais premissas normativas, importa ressaltar que, a respeito das benfeitorias em caso de rescisão contratual, o contrato de compromisso de compra e venda em exame (fls. 19-22) previu em sua cláusula nona:

“CLÁUSULA NONA – da rescisão do contrato:

No caso de inadimplemento ou mora, poderá o **PROMITENTE VENDEDOR**, a seu exclusivo critério, considerar rescindido de pleno direito o presente Contrato, independentemente de qualquer aviso ou notificação judicial ou extrajudicial, ou ainda, executar o Compromisso de Compra e Venda, exigindo o preço acrescido de todos os encargos devidos.

Parágrafo Primeiro: o **COMPROMISSÁRIO COMPRADOR**, uma vez rescindido o Contrato, ficará obrigado a devolver imediatamente os bens ao **PROMITENTE VENDEDOR**, nas condições em que os recebeu, e ainda com todas as benfeitorias que eventualmente tiver acrescido aos mesmos.

Parágrafo Segundo: o **COMPROMISSÁRIO COMPRADOR**, em caso de rescisão do Contrato, também não terá direito a indenização pelas eventuais benfeitorias que tiver efetuado sobre os bens.” (fl. 21 – sublinhou-se)

Observa-se que a cláusula em destaque, em seu parágrafo segundo, expressamente afastou a obrigação de indenizar o comprador pelas benfeitorias realizadas em caso de rescisão.

Aliás, essa disposição contratual já se encontrava expressa na minuta do contrato (fls. 33-36), disposta no anexo 2 do Edital de Licitação – Concorrência BRDE-2002/012 (fls. 24-47), parte integrante do instrumento editalício.

Portanto, antes mesmo de participar da licitação e formalizar proposta para a aquisição do imóvel, a empresa ré tinha ciência de todas disposições contratuais, sendo plenamente capaz de mensurar os riscos da contratação.

Dessa forma, não tendo a empresa ré impugnado o edital no momento oportuno, a cláusula nona do contrato deve ser considerada válida, prevalecendo sobre a regra disposta no art. 1.219 do Código Civil, de aplicação meramente supletiva na hipótese.

Isso não significa, por outro lado, que essa cláusula esteja imune de revisão se de seus efeitos resultar, no caso concreto, desequilíbrio contratual ou enriquecimento sem justa causa.

Imagine-se, por exemplo, que o adquirente houvesse construído no imóvel uma acessão com valor dez vezes superior ao preço do bem. Nesse caso, a cláusula que afasta o direito de indenização por benfeitorias mereceria revisão, de forma a evitar o enriquecimento sem justa causa do Poder Público.

No caso vertente, todavia, os efeitos da cláusula em questão não produzem situação abusiva, podendo esta ser interpretada, inclusive, como cláusula penal.

Com efeito, da leitura do contrato de compromisso de compra e venda acostado às fls. 19-22, tem-se que a sanção prevista para o caso de inadimplência representa uma multa de 2% sobre o valor do débito remanescente (cláusula oitava). Interpreta-se, pois, ter a cláusula nona, ao estabelecer em seu parágrafo segundo que eventuais benfeitorias não seriam indenizadas, complementado referida penalidade.

A estipulação de cláusula penal encontra respaldo inclusive nas normas de direito privado, aplicáveis supletivamente aos contratos administrativos, conforme se depreende dos artigos 408 a 416 do Código Civil, prescrevendo o art. 412 que “O valor da cominação imposta na cláusula penal não pode exceder o da obrigação principal”. É dizer, até o limite do valor da obrigação principal, as partes podem livremente dispor, em contrato, dos direitos patrimoniais previstos na legislação civil.

A partir das alegações da empresa ré, é possível concluir que o valor correspondente à aplicação das sanções dispostas no contrato, incluindo o das benfeitorias perdidas em favor da autarquia, não supera o preço do imóvel, motivo pelo qual nada justifica a contenção dos efeitos da avença.

Ora, a própria empresa ré afirma, em suas razões recursais, que as benfeitorias por ela promovidas “equivalem a pelo menos 36% do valor das acessões avaliadas na época” (fl. 212). Essa quantia, somada à multa de 2%, obviamente não excede o valor da obrigação principal.

Nesse contexto, com a inadimplência da avença e a conseqüente rescisão contratual, sujeita-se o adquirente às sanções estabelecidas no contrato administrativo, em harmonia com os artigos 66, 77, 78, I, 79, I, 80 da Lei nº 8.666/1993, sendo a benfeitoria incorporada ao imóvel da Administração, sem que o adquirente tenha direito a indenização.

Logo, ante a validade da cláusula nona do contrato administrativo e de todos os seus efeitos verificados no caso concreto, deve ser afastado o direito de indenização pelas benfeitorias realizadas, dando-se provimento ao recurso do BRDE neste ponto.

Assim, fica prejudicada a análise das razões recursais da parte ré quanto ao direito de retenção.

Fica igualmente prejudicado o exame da tese recursal do BRDE acerca do termo inicial dos juros de mora relativos à indenização.

4. Das perdas e danos – arbitramento do valor:

Quanto à indenização por perdas e danos, arbitrada em 0,5% ao mês por todo o período em que o BRDE ficou impossibilitado de usufruir do imóvel, argumenta a empresa ré que esse valor não pode subsistir sem fundamento técnico, razão pela qual requer seja a fixação remetida a procedimento de liquidação.

Razão não lhe assiste.

Apesar de arbitrado sem fundamento técnico, o percentual de 0,5 escora-se em parâmetros legais afetos ao tema.

Com efeito, a taxa referencial da caderneta de poupança remunera os juros de mora do capital investido em 0,5%, a teor do art. 12, II, “a”, da Lei nº 8.177/1991, com redação dada pela Lei n. 12.703/2012. Esse é inclusive o parâmetro oficial de juros de mora nas condenações da Fazenda Pública, de acordo com o art. 1-F da Lei nº 9.494/1997, com redação dada pela Lei nº 11.960/2009.

Além disso, os juros compensatórios em caso de desapropriação, destinados a compensar a perda do usufruto enquanto não recebida a indenização, são de 12% ao ano, isto é, 1% ao mês, conforme estabelece o art. 15-A do Decreto-lei nº 3.365/1941 (Súmula 618 do Supremo Tribunal Federal), ou seja, o dobro do valor estabelecido na sentença.

Empiricamente, sabe-se que o aluguel de um imóvel destinado a fins empresariais dificilmente é inferior a 0,5% de seu preço, podendo atingir até mesmo 1,0%, o que revela ser razoável a solução adotada na sentença.

Aliás, a empresa ré sequer demonstrou que, no caso concreto, o valor arbitrado representaria excesso em relação aos parâmetros de mercado. Assim, inexistindo indícios no sentido de que o valor de mercado seria inferior, e diante da resignação do BRDE em face da quantia arbitrada, não subsiste fundamento para relegar a apuração do

valor à liquidação.

Outrossim, sustentou a parte ré não estar a sentença clara a respeito do termo inicial de incidência da verba indenizatória, se a partir da notificação ou da data da citação.

Sobre a questão, emana cristalino do dispositivo da sentença que a compensação deverá incidir “desde 10 de abril de 2004” (fl. 196), considerando “que a estipulação de prazo certo e determinado para o cumprimento de obrigação positiva e líquida – como aferido na espécie – dispensa o credor de qualquer medida formal para constituir em mora o devedor” (fl. 188) e que o último pagamento ocorreu no mês de março de 2004.

Inexiste, pois, a dúvida suscitada.

Ante o exposto, voto por conhecer de ambos os recursos, negar provimento ao apelo interposto pela parte ré e dar provimento à apelação interposta pelo BRDE para afastar o direito de indenização pelas benfeitorias realizadas no imóvel.

Este é o voto.

SEGUNDA CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO

Apelação Cível n. 0002079-48.2012.8.24.0046, de Palmitos

Relator: Desembargador João Henrique Blasi

APELAÇÕES. AÇÃO INDENIZATÓRIA POR DANOS MORAIS E MATERIAIS. ACIDENTE DE TRÂNSITO. EXISTÊNCIA DE LÂMINA D'ÁGUA EM VIA PÚBLICA ESTADUAL DECORRENTE DA FALTA DE MANUTENÇÃO. AQUAPLANAGEM. RESPONSABILIDADE CIVIL DO DEPARTAMENTO ESTADUAL DE INFRAESTRUTURA (DEINFRA). DEVER DE INDENIZAR PATENTEADO. CONDUÇÃO DO AUTOR, TODAVIA, DESAPERCEBIDA DE CAUTELA. CONDIÇÕES CLIMÁTICAS DESFAVORÁVEIS. VELOCIDADE INCOMPATÍVEL COM O LOCAL. CULPA CONCORRENTE TIPIFICADA. SENTENÇA MANTIDA. RECURSOS DESPROVIDOS.

Dimana inobjetével que a autarquia-ré deve responder pelos danos materiais e morais infligidos ao autor, que se acidentou devido à existência de lâmina d'água acumulada em rodovia estadual sob sua circunscrição, admitida, contudo, culpa concorrente por parte deste, dada a falta de cautela na condução do veículo automotor acidentado.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 0002079-48.2012.8.24.0046, da comarca de Palmitos, Vara Única, em que são apelantes e apelados Oracy Pereira e Departamento Estadual de Infraestrutura de Santa Catarina – Deinfra/SC.

A Segunda Câmara de Direito Público decidiu, à unanimidade de votos, negar provimento a ambos os recursos. Custas legais.

Participaram do julgamento, realizado nesta data, os Exmos. Srs. Desembargadores Sérgio Roberto Baasch Luz e Francisco Oliveira Neto.

Florianópolis, 29 de agosto de 2017

Desembargador João Henrique Blasi
RELATOR E PRESIDENTE

RELATÓRIO

Oracy Pereira, via advogado Ricardo José Moresco, e Departamento Estadual de Infraestrutura – Deinfra/SC, representado pelo Procurador Guilherme Costa Ferreira de Souza, deduziram apelação contrastando sentença proferida pela Juíza Camila Menegatti (fls. 172 a 181) que, em ação de reparação de danos aforada pelo primeiro contra o segundo, assim decidiu:

[...] JULGO PARCIALMENTE PROCEDENTES os pedidos formulados na inicial para:

a) CONDENAR o réu a pagar ao autor o valor equivalente a R\$ 8.981,25, acrescido de juros de mora, a contar da data do evento danoso (6/10/2009) e de correção monetária, a contar do efetivo desembolso, nos termos da fundamentação supra, ambos na forma do art. 1º-F da Lei n. 9.494/97, com a redação dada pela Lei n. 11.960/2009 (TJSC, Apelação n. 0501560-19.2012.8.24.0045, de Palhoça, rel. Des. Sérgio Roberto Baasch Luz, j. 9/8/2016);

b) CONDENAR o réu a pagar ao autor o valor equivalente a R\$ 2.500,00 a título de danos morais, acrescido de correção monetária a contar do arbitramento e de juros de mora a contar do evento danoso (6/10/2009), ambos na forma do art. 1º-F da Lei n. 9.494/97, com a redação dada pela Lei n. 11.960/2009 (TJSC, Apelação n. 0501560-19.2012.8.24.0045, de Palhoça, rel. Des. Sérgio Roberto Baasch Luz, j. 9/8/2016).

Fixo os honorários advocatícios em 20% (vinte por cento) sobre o valor da condenação, nos termos do art. 85, §§ 2º e 3º, inc. I, do Código de

Processo Civil. Dada, porém, a sucumbência recíproca, a distribuição dos ônus sucumbenciais deve se dar na proporção de 50% (cinquenta por cento) para cada uma das partes.

O réu é isento do pagamento das custas processuais, *ex vi* do art. 35, 'h', da Lei Complementar Estadual n. 156/97. Quanto ao autor, deve ser observado o benefício da justiça gratuita, deferido à fl. 28.

Sentença não sujeita à remessa necessária (art. 496, § 3º, inc. II, CPC). (fl. 180)

Contrafeito, em parte, o autor alega, em suma, que não concorreu para o acidente por ele sofrido, motivo pelo qual pugna pela reforma da sentença em ordem a que os danos materiais havidos sejam integralmente suportados pela autarquia-ré, bem como pelo elástico dos danos morais para o dobro do montante sentencialmente arbitrado (fls. 186 a 189 v.).

O Deinfra, por sua vez, sustenta não estar provado o nexo causal entre o acidente e o estado de conservação da pista, eis que o infortúnio sucedeu “pela inobservância do condutor ao limite máximo de velocidade e à atenção exigida pelas leis de trânsito” (fl. 199), a afastar sua responsabilidade pela reparação dos danos materiais, além de defender a inocorrência de danos morais, requerendo, assim, a improcedência dos pedidos exordiais (fls. 195 a 204).

Houve contrarrazões (fls. 207 a 210 e 211 e 212 v.).

O Ministério Público interveio formalmente (fl. 216)

É, no essencial, o relatório.

VOTO

Quadra examinar conjuntamente os recursos interpostos por ambas as partes, por estarem imbricados.

Faz-se sabido que o Estado, por força da chamada “teoria

objetiva”, é responsável pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, nos precisos termos do disposto no art. 37, § 6º, da Constituição Federal, assim redigido:

Art. 37. [...]

[...]

§ 6º - As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

Sobre tal preceptivo pertinente é a lição de Hely Lopes Meirelles:

O exame desse dispositivo revela que o constituinte estabeleceu para todas as entidades estatais e seus desmembramentos administrativos a obrigação de indenizar o dano causado a terceiros por seus servidores, independentemente da prova de culpa no cometimento da lesão. (*In*: Direito Administrativo Brasileiro, 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 622)

Ao caso concreto, porém, não se faz aplicável a teoria da responsabilidade objetiva, pois tem-se presente conduta estatal omissiva.

Assim, afastada a hipótese de responsabilidade objetiva, impõe-se o exame da questão sob o influxo da responsabilidade subjetiva da autarquia-ré.

A propósito preleciona Celso Antônio Bandeira de Mello:

Quando o dano foi possível em decorrência de uma omissão do Estado (o serviço não funcionou, funcionou tardia ou ineficientemente) é de se aplicar a teoria da responsabilidade subjetiva. Com efeito, se o Estado não agiu, não pode, logicamente, ser ele o autor do dano. E, se não foi o autor, só cabe responsabilizá-lo caso esteja obrigado a impedir o dano. Isto é: só faz sentido responsabilizá-lo se descumpriu dever legal que lhe impunha obstar ao evento lesivo. Deveras, caso o Poder Público não estivesse obrigado a impedir o acontecimento danoso, faltaria razão para impor-lhe o encargo de suportar patrimonialmente as consequências

da lesão. Logo, a responsabilidade estatal por ato omissivo é sempre responsabilidade por comportamento ilícito. E, sendo responsabilidade por ilícito, é necessariamente responsabilidade subjetiva, pois não há conduta ilícita do Estado (embora do particular possa haver) que não seja proveniente de negligência, imprudência ou imperícia (culpa) ou, então, deliberado propósito de violar a norma que o constituía em dada obrigação (dolo). Culpa e dolo são justamente as modalidades de responsabilidade subjetiva (*in* Curso de Direito Administrativo. 17 ed. São Paulo: Malheiros, 2004, pg. 895 e 896).

Ressai dos autos que o evento danoso decorreu, em grande medida, de ato omissivo do ente autárquico demandado, porquanto a má-conservação da pista não possibilitou o escoamento da água da chuva acumulada sobre a faixa de rolamento - como consta do boletim de ocorrência de trânsito (fls. 22 a 24), bem como das fotografias (fls. 128 a 132), além da prova testemunhal (mídia de fl. 164) - o que levou o condutor a perder o controle do veículo, colidindo com o *guard rail*, e capotando.

Da decisão apelada, a propósito, recolho, para reprodução, o seguinte fragmento:

[...]

É fato incontroverso que, por volta das 12h10min do dia 6/10/2009, o autor transitava pela Rodovia SC-469, quando se deparou com um lençol d'água sobre a pista, perdeu o controle da direção, colidiu na defesa lateral da via e capotou o veículo.

Portanto, cabe verificar de quem é a responsabilidade pelo evento danoso.

O art. 28 do Código de Trânsito Brasileiro dispõe: “O condutor deverá, a todo momento, ter domínio de seu veículo, dirigindo-o com atenção e cuidados indispensáveis à segurança do trânsito”.

Além disso, “ao regular a velocidade, o condutor deverá observar constantemente as condições físicas da via, do veículo e da carga, as condições meteorológicas e a intensidade do trânsito, obedecendo aos limites máximos de velocidade estabelecidos para a via [...]” (art. 43 do Código de Trânsito

Brasileiro).

Na espécie, o autor sustenta que a responsabilidade pelo infortúnio recai sobre o réu, em razão de sua omissão na manutenção da via, especialmente no que diz respeito ao escoamento da água. O réu, por sua vez, imputa a responsabilidade pelo ocorrido ao autor, que empreendia velocidade incompatível com as condições da via no momento do ocorrido.

O boletim de acidente de trânsito e croqui de fls. 21/26, acompanhados das fotografias de fls. 55/56 e das declarações prestadas pela testemunha João Batista Izidro Lino (CD da fl. 164), permitem aferir com clareza a dinâmica do acidente.

Com efeito, extrai-se do BOAT que o autor, momentos após o acidente, prestou as seguintes declarações à autoridade policial presente no local dos fatos: “que transitava pela Rodovia SC 469, sentido Campo Erê/Saltinho, quando na altura no KM 23+100m, deparou-se com água sobre a pista e ao aquaplanar, veio água no para-brisa, vindo a perder o controle do veículo, chocando-se contra a defesa e em seguida capotar” (fl. 23).

Nesse mesmo sentido, a testemunha João Batista Izidro Lino disse: eu cheguei, tinha acontecido já, não cheguei a ver [...]. Era descendo e uma curva, né [...] e aí a água cortava o asfalto, e foi naquilo que eu acho que ele se perdeu lá [...]. A valeta não vencia a água escorrer né, daí ela cruzava o asfalto, assim. Sempre, direto eu passo lá, todo fim de semana que eu vinha pra casa ou nas folgas, né. É assim, [quando chovia] era assim. É só aquela vala que tem normal, assim, no lado né [...]. Eu acho [que era suficiente para que um carro derrapasse], não sei a velocidade que ele estava, né, mas era bastante água, era bem perigo né [...]. É assim, dá enxurradona assim, daí não tinha outro lugar pra ela correr, ela cruzava bem numa curvinha descendo, né. (00°50” CD da fl. 164).

A prova documental produzida e o relato da testemunha corroboram, assim, a versão sustentada pelo autor de que havia água em excesso sobre a pista, resultante da insuficiência de drenagem adequada no local do acidente.

De fato, as fotografias das fls. 55/56 e o croqui de fl. 24 bem demonstram que apenas um dos lados da rodovia era guarnecido

por canaleta destinada ao escoamento de água, o que certamente contribuiu para a formação do lençol d'água com 17 (dezessete) metros de extensão descrito no *croqui*.

Ainda que o volume de chuva verificado no dia dos fatos fosse excepcional, o que, é bem verdade, redobra o dever de cuidado do condutor, o nexo causal entre a omissão do réu e o evento danoso não seria excluído. Isso porque, conforme relatado pela testemunha (fl. 164), o excesso de água na pista era comum no local, o que revela a existência de falha no escoamento. É dizer, a omissão do réu potencializou os riscos, já que o volume de água na pista era superior ao que seria ordinariamente esperado por conta da chuva. Daí que, mesmo adotando as cautelas exigidas naquelas circunstâncias, o autor não estaria imune aos riscos oferecidos pela via, justamente em razão do obstáculo criado pela omissão do réu.

Assim [...] é inegável que **o réu foi negligente ao não tomar as precauções necessárias para a drenagem adequada da via.**

O nexo de causalidade entre a conduta do réu e os danos sofridos pela parte autora também está configurado. Não fosse o volume excessivo de água sobre a rodovia no momento do acidente, decorrente, em parte, da omissão do réu, seria possível ao autor manter o controle do seu veículo, evitando o acidente, ou, então, pelo menos, minimizar as consequências do sinistro.

[...]

Não obstante, no caso em análise, a culpa não é exclusiva do réu. O autor concorreu culposamente para o evento danoso ao não tomar as cautelas indispensáveis frente as condições físicas na via e às condições meteorológicas presentes no momento do acidente.

[...]

De mais a mais, era dever do autor, ao constatar a presença de lâmina de água que pudesse ocasionar aquaplanagem, reduzir a velocidade e tomar as precauções necessárias para manter o veículo sob seu domínio, eliminando os riscos de sofrer um acidente.

[...]

Dessarte, a contribuição significativa do autor para o evento danoso, revela a concorrência de culpas. (fls. 174 a 177 - negritei)

Logo, sindicada a questão quer sob a ótica da responsabilidade objetiva, como feito pela sentença, quer sob o viés da responsabilidade subjetiva, como entendo deva suceder no caso concreto, constata-se que o demandante faz jus à indenização pelos danos materiais e morais sofridos, defluentes de situação que extrapassa o mero dissabor, visto que submetido a dor e aflição em decorrência das lesões sofridas, ainda que sobremaneira leves, hipótese esta que restou considerada na quantificação, pelo Juízo a quo, do importe de R\$ 2.500,00 (dois mil e quinhentos reais) a título de danos morais (art. 944 do Código Civil).

Por fim, manifesto-me cômsonco com a conclusão sentencial acerca da caracterização, no caso emoldurado, de culpa concorrente.

A conduta culposa do acionante, como condutor do automóvel sinistrado, está bem evidenciada pela demonstração, nos autos, de que a distância entre o local onde havia a lâmina d'água sobre a pista, o local de impacto e aquele onde o veículo parou (croquis de fl. 24) presta-se para desconstituir a alegativa de que transitava em velocidade compatível com o trecho (60 km/h), ainda mais ao considerar-se que chovia forte no momento, fato a exigir redobrada atenção e condução deveras cautelosa, à luz do normado pelos artigos 28 e 43 do Código de Trânsito Brasileiro, já reproduzidos na sentença.

Sendo assim, impõe-se a manutenção do decisum vergastado que, reconhecendo a concorrência de culpas, condenou a autarquia-ré ao pagamento de metade do valor gasto pelo autor com o conserto do veículo e com despesas médicas, tudo devidamente comprovado, além de justa importância a título de indenização por danos morais.

Frente ao expandido voto pelo desprovimento de ambos os recursos.

TERCEIRA CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO

Agravo de Instrumento n. 0020428-04.2016.8.24.0000, de Jaraguá do Sul

Relator: Desembargador Ricardo Roesler

AGRAVO DE INSTRUMENTO. CUSTEIO DE TRATAMENTO FISIOTERÁPICO (EQUOTERAPIA) NÃO PADRONIZADO. INDEFERIMENTO DA TUTELA ANTECIPADA. INSURGÊNCIA DO AUTOR. REQUERENTE PORTADOR DE MICROCEFALIA E EPILEPSIA. TÉCNICA RECONHECIDA PELO CONSELHO FEDERAL DE FISIOTERAPIA E TERAPIA OCUPACIONAL (COFFITO, RES. N. 348/08). ADMISSIBILIDADE, INCLUSIVE, PELO CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, DESDE QUE COM ACOMPANHAMENTO (PC/CFM/06/97). INDICAÇÃO DA TERAPIA NO CASO CONCRETO. PRESENÇA, ADEMAIS, DA HIPOSSUFICIÊNCIA DO INFANTE E SUA FAMÍLIA. RECURSO PROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento n. 0020428-04.2016.8.24.0000, da comarca de Jaraguá do Sul Vara da Família, Infância e Juventude em que é Agravante E. M. S. e Agravado Estado de Santa Catarina e outro.

A Terceira Câmara de Direito Público decidiu, por maioria de votos, dar provimento ao recurso. Vencido o Exmo. Sr. Desembargador Ronei Danielli que votou no sentido de negar provimento ao recurso. Custas legais.

Participaram do julgamento, realizado nesta data, os Exmos. Srs.

Desembargadores Ronei Danielli (Presidente com voto) e Júlio César Knoll.

Florianópolis, 29 de agosto de 2017.

Desembargador Ricardo Roesler
Relator

RELATÓRIO

Trata-se de agravo de instrumento interposto por E. M. S., em face da decisão que indeferiu o seu pedido de antecipação de tutela, para determinar aos réus o fornecimento de equoterapia.

Para tanto, alegou ser portador de microcefalia e síndrome epiléticas idiopáticas (CID Q02 e G40), necessitando, para sua melhora, o tratamento vindicado na exordial.

A antecipação da tutela recursal foi indeferida (fls. 63-66). Contrarrazões às fls. 71-86.

Lavrou parecer pela Douta Procuradoria-Geral de Justiça a Exma. Sra. Dra. Gladis Afonso, que opinou pelo desprovimento do reclamo (fls. 90-94).

É o relatório.

VOTO

Cuidam os autos de ação de rito ordinário, com pedido de antecipação de tutela, ajuizado por E. M. S., representado por mãe, em desfavor do Município de Jaraguá do Sul e do Estado de Santa Catarina, em que busca o fornecimento do tratamento denominado equoterapia na frequência de uma vez por semana, visto que é portador de microcefalia e epilepsia.

Registra-se, primeiramente que o tema foi objeto de discussão pelo Grupo de Direito Público, no Incidente de Resolução de Demanda Repetitiva n. 0302355-11.2014.8.24.0054, da relatoria do e. Des. Ronei Danielli, firmando-se, para o que interessa ao caso, a seguinte tese jurídica:

“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.

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 [...]

No caso, indeferiu-se o pedido liminar por não ser o tratamento

padronizado; no entanto, conforme o preceito citado, a não padronização de determinado tratamento não é obstáculo para o deferimento da tutela de urgência. Ainda que se cogite a possibilidade de irreversibilidade da medida, tenho que a regra mereça, na hipótese, mitigação, sobretudo frente ao bem juridicamente tutelado. Afinal, não há como comparar o prejuízo a ser despendido pela fazenda e àquele a ser suportado pelo administrado.

Com efeito, a saúde insere-se entre os direitos indeclináveis do ser humano; a sua glosa, pelo Estado (no sentido amplo da expressão), representa afronta ao fim maior de qualquer democracia, que é, em última análise, o de servir ao seu senhor: o cidadão. Desprotegido o indivíduo, o Estado resta um fim em si mesmo, perde sua destinação, porque deixa de aspirar a alguma finalidade que axiologicamente possa justificar a sua existência.

Daí porque, topograficamente, a Constituição da República situa a dignidade humana como um dos pilares da República (art. 1.º, III), e topicamente confere à saúde o status de direito social (art. 6.º, *caput*), para, afinal, impor ao Estado como um todo o dever pela sua observância, de modo amplo e isonômico. Conforme lembra José Afonso da Silva, “o direito à saúde rege-se pelos princípios da universalidade e da igualdade de acesso às ações e serviços que a promovem, protegem e recuperam” (Curso de direito constitucional positivo, Malheiros, 1997, p. 761).

Ademais, Foucault propõe no estudo das práticas medicinais: todas as técnicas médicas foram, em algum momento, clandestinas. O que as separa do subterrâneo é a sistematização, a sua conversão em ciência (O nascimento da clínica). Esse processo, comum às ciências é sempre fruto da observação e da experimentação.

A equoterapia, que no Brasil denomina-se a técnica de utilização de cavalos “como um agente promotor de ganhos de ordem física, psicológica e educacional”, parece, de acordo com a literatura especializada, prática

desenvolvida há algum tempo, ainda que o interesse por sua pesquisa seja relativamente novo, e segundo alguns sujeitos a alguns conflitos (Copetti, F., et al, Comportamento angular do andar de crianças com síndrome de Down após intervenção com equoterapia, *Revista Brasileira de Fisioterapia*, São Carlos, vol. 11, n. 6, nov./dez. 2007, p. 504).

De todo modo, tudo indica não se trata de uma técnica clandestina. Sua aplicação, segundo estudos diversos realizados em tantos países, inclusive no Brasil, é bastante ampla. Essa técnica, de fisioterapia,

(...) age diretamente nas deficiências motoras, refletindo-se nas sensoriais devido à utilização de estímulos proprioceptivos, táteis, vestibulares, visuais e auditivos, possibilitando a experimentação de movimentos e posturas dificultadas pelo próprio quadro neurológico, podendo facilitar ainda a obtenção de ganhos cognitivos.

A equoterapia enfatiza o desenvolvimento da aprendizagem, memorização, concentração, cooperação, socialização, organização do esquema corporal, aquisição das estruturas têmporo-espaciais, simetria da atividade muscular de tronco, equilíbrio em pé, em quatro apoios e regulação de tônus, gerando um ganho nas funções motoras grossas, especialmente no caminhar, correr e saltar de pacientes com algum tipo de deficiência motora, com conseqüente melhora da qualidade de vida. (Sissa Mará Nicodemo Sanches e Luciana Auxiliadora de Paula Vasconcelos, *Equoterapia na reabilitação de ningoencefalocele: estudo de caso. Revista Fisioterapia e Pesquisa*, São Paulo, vol. 17, n. 4, out/dez. 2010, p. 358)

Dáí seu amplo espectro de aplicação – ou ao menos, até aqui, de experimentação – que alcança desde patologias crônicas do trato motor, a exemplo da esclerose múltipla (Karla Mendonça Menezes et al, Efeito da equoterapia na estabilidade postural de portadores de esclerose múltipla: estudo preliminar, *Revista Fisioterapia e Pesquisa*, São Paulo, vol. 20, n. 1, mar. 2013, p. 43-49), abrangendo, inclusive, as limitações próprias do avanço da idade (Tiago Toigo et al, O uso da equoterapia como recurso terapêutico para melhora do equilíbrio estático em indivíduos da terceira

idade, Revista Brasileira de Geriatria e Gerontologia, Rio de Janeiro, vol. 11 n. 3, set./dez. 2008, p. 391-403).

E há, para além, a aplicação nos casos de pacientes portadores da Síndrome de Down (Jamili Anbar Torquato et al, A aquisição da motricidade em crianças portadoras de Síndrome, Revista Fisioterapia em Movimento, Curitiba, vol. 26, n. 3, jul./set. 2013, p. 516-524) e, veja-se, também nos casos de diagnósticos em crianças de transtorno de déficit de atenção e hiperatividade – TDAH (Gardênia de Oliveira Barbosa e Mey de Abreu Van Munster, O efeito de um programa de equoterapia no desenvolvimento psicomotor de crianças com indicativos de transtorno de déficit de atenção e hiperatividade, Revista Brasileira de Educação Especial, Marília, vol. 20, n. 1, jan./mar. 2014, p. 69-84).

A despeito de ser muito recente o interesse em sua pesquisa, a técnica de equoterapia não me parece possa ser confundida com algum exercício recreativo, e tampouco sugere que seja apenas uma atividade de simples bem-estar. Também não poderá ser livremente tomada como uma técnica precária ou “alternativa”. Há, aparentemente, a necessidade de alguma sistematização e mesmo de determinados protocolos, que de todo modo não apontam tratar-se de uma atividade marginal, sem apuro de técnica e, principalmente, à revelia das ciências médicas.

Faço essa observação porque o próprio Conselho Federal de Medicina, em consulta realizada há muitos anos, aprovou o seguinte parecer (PC/CFM/n. 06/97):

A Equoterapia tal como conceitua a Associação Nacional de Equoterapia (ANDE-BRASIL), é um método terapêutico que utiliza o cavalo sob uma abordagem interdisciplinar aplicada nas áreas de saúde e educação, bem como o desenvolvimento biopsicossocial de pessoas com necessidades especiais.

Apesar de não termos conhecimento de trabalhos científicos que comprovem os mecanismos de ação pelos que possam explicar sua eficácia, é inquestionável que os exercícios realizados em equitação

adequada a portadores de deficiências neurológicas permitem melhoras evidentes no equilíbrio, coordenação motora, e capacidade de comunicação, além de desenvolver hábitos de disciplina e educação.

Entendo, pois, que a Equoterapia se constitui num conjunto de técnicas que permitem a interação no binômio homem/animal equino, com evidentes benefícios aos portadores de alterações neurológicas, principalmente àqueles decorrentes de alterações genéticas e/ou paralisia cerebral. No entanto, métodos terapêuticos multiplicam-se com o passar do tempo e a medicina tem o compromisso de atuar dentro de parâmetros éticos, com a devida comprovação científica.

Somos, portanto, pelo reconhecimento da Equoterapia como método a ser incorporado ao arsenal de métodos e técnicas direcionados aos programas de reabilitação de pessoas com necessidades especiais, devendo sua indicação ficar restrita à equipe de reabilitação, da qual sempre deverá fazer parte um médico especialista na área, para que sejam atendidos todos os requisitos que constam na Resolução n. 196/96 do Conselho Nacional de Saúde, que trata das normas de pesquisa envolvendo seres humanos, haja vista que ainda não existe comprovação científica. Os dados levantados podem ser concentrados na Associação do solicitante deste parecer, junto a a Sociedade Brasileira de Medicina Física e Reabilitação, que posteriormente encaminhará ao Conselho Federal de Medicina a conclusão para avaliação e posicionamento definitivo desta Casa. (grifei)

A par disso, destaco que o Conselho Federal de Fisioterapia e Terapia Ocupacional – Coffito – aprovou, em sessão plenária realizada nos idos de 2008, resolução reconhecendo a equoterapia como recurso terapêutico da fisioterapia e da terapia ocupacional (Res. n. 348/08). Além disso, há projeto de lei de iniciativa do Senado (PLS n. 264/10), já aprovado na Casa de origem e atualmente aguardando votação na Câmara de Deputados (PL n. 4.761/12), para efetiva regulamentação. Dele, já adianto, além do preciosismo em reconhecer formalmente a prática terapêutica com o uso do animal, há disposição observando, quanto à indicação de tratamento, apenas que “a prática de equoterapia

é condicionada a parecer favorável em avaliação médica psicológica e fisioterápica” (art. 4º).

Desse apanhado, cuja complexidade não ignoro – ao contrário, reafirmo – é fácil notar o quão complicada se revela na simples censura determinada por um ou outro órgão administrativo quanto à prática eventual de alguma terapia. Veja-se que o conselho regente (o Coffito) já admite a terapia, e mesmo o Conselho Federal de Medicina não a ignora nem impõe glosa sumária, mas apenas sugere – e o faz com generosa dose de subjetividade – que se faça estudo observado sobre as práticas terapêuticas empregadas.

Penso que esse panorama, em si considerado, já permitiria a padronização do tratamento, se assim conviesse à Administração Pública. Afinal, considerando a classificação do art. 5º, XIII, da CR – norma de aplicação imediata e eficácia contida, adotada a clássica sistematização de José Afonso da Silva (entre tantos, **MI 6.113-AgR/DF**, rel. Min. Cármen Lúcia) – até a efetiva regulamentação, por lei federal, o exercício de atividade profissional é pleno. Ainda que não se cuide de profissão autônoma no caso, é imperativo observar que já há regulamentação interna, no âmbito do conselho de fisioterapia. Se o próprio conselho gestor da atividade (o Coffito) já reconhece como tal a atividade do ponto de vista técnico, não vejo em quê a proposição do Conselho Federal de Medicina pudesse suscitar óbice ou dúvidas quanto à sua aplicação. Ou se quer afirmar, com um jogo de palavras, que a aprovação da lei em si fosse suficiente, mas não o é o reconhecimento do órgão de classe competente, reconhecendo a cientificidade da técnica?

Esses contrastes, que só tomo como base argumentativa, servem para mostrar as distorções sensíveis que a rigor podem orientar interesses de toda ordem, cuja ciência, se palpável, é muito delicada. Há, antes disso, aparentemente, uma série de demandas, inautidas, que ordenam as prioridades da Administração. Se nesse caso elas parecem mais

opacas, elas são notadas amiúde na política de saúde pública, pela eleição aparentemente aleatória de prioridades.

Dito de outro modo, não creio que se fosse discutir a propriedade do tratamento se o Estado houvesse admitido como fisioterápico, simplesmente. O que se tem, então, não é propriamente uma discussão de ordem técnica, mas o exercício de conveniência administrativo, em sua perspectiva mais simples: adota-se o que convém, sem rigor de critério e técnica.

Assim, tenho em princípio que não há limitadores objetivos ao reconhecimento da fumaça do bom direito; e, se a rigor é necessário – diria providencial – a elaboração de estudo técnico imparcial mais apurado, a cargo da instrução – nesta fase inicial penso que não só o que destaco em torno da terapia, segundo a literatura especializada, mas sobretudo o fato de que haver recomendação técnica para o tratamento:

“[...]

Quando iniciou na equoterapia não caminhava. Hoje E. Caminha de forma independente, ainda com quedas frequentes por fraqueza muscular e déficit de equilíbrio. O passo do cavalo já o auxiliou e tem muito para auxiliar na melhora da marcha e independência funcional.

[...]

E. apresenta limitações na linguagem verbal, se comunica principalmente por meio do choro, sorrisos e movimentos da cabeça. Com a equoterapia além de começar a andar passou a articular, algumas palavras e sons que indicam o início da formação da linguagem oral. A criança demonstra entender algumas mensagens verbais simples e realiza contato visual satisfatório. Uma criança com estas características necessita ser fortemente estimulada e a equoterapia proporciona um grande número de estímulos que favorecem o ganho de novas conexões neuronais e o reforçamento das já existentes” (fls. 33-34).

Além disso, a hipossuficiência do infante e sua família está demonstrada, porquanto o pai é mecânico, recebendo aproximadamente

R\$ 2.000,00 (p. 22 dos autos originários) e a mãe costureira (fl. 32).

Dali se veria, também, o perigo da demora. Nesse ambiente de múltiplas variáveis e considerável complexidade, creio ser bastante perigosa a aposta na instrução processual para determinar ou não a efetividade do tratamento.

Nesse sentido:

AGRAVO DE INSTRUMENTO - FORNECIMENTO DE TRATAMENTO NÃO PADRONIZADO - IRRESIGNAÇÃO DA AUTORA CONTRA INTERLOCUTÓRIO QUE INDEFERIU A ANTECIPAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA - REQUERENTE PORTADORA DE PARALISIA CEREBRAL - NECESSIDADE DE REABILITAÇÃO ATRAVÉS DE FISIOTERAPIA, EQUOTERAPIA E TERAPIA OCUPACIONAL - CONFORMAÇÃO DAS PROVAS AO ENTENDIMENTO SEDIMENTADO NO ÂMBITO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E DESTA CORTE - DECISÃO QUE VAI DE ENCONTRO À TESE FIRMADA POR ESTA CORTE EM SEDE DE INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS (TEMA 01) - PRESENÇA, IN CASU, DA HIPOSSUFICIÊNCIA DA PARTE - TRATAMENTO INDISPENSÁVEL A UMA MÍNIMA QUALIDADE DE VIDA DA INFANTE - OBJETO DA DEMANDA QUE SE CINGE À BUSCA DE CONDIÇÕES MÍNIMAS DE EXISTÊNCIA - DESNECESSIDADE DE UTILIZAÇÃO DO MÉTODO TRIFÁSICO DA PONDERAÇÃO, RESTRITO APENAS ÀS SITUAÇÕES EM QUE SE BUSCA O CHAMADO “MÁXIMO DESEJÁVEL” - RECURSO PROVIDO.

I - Segundo entendimento consolidado pelo Supremo Tribunal Federal, autoriza-se ao Poder Judiciário determinar, sem que isso configure violação ao princípio da separação dos Poderes, implementação de políticas públicas em questões relativas ao direito à saúde, na medida em que prepondera o direito à saúde diante de interesses secundários do Estado (AgR em ARE n. 801.676/PB, rel. Min. Luís Roberto Barroso, j. em 19.08.2014).

II - Esta Corte, em Incidente de Resolução de Demanda Repetitiva (IRDR n. 0302355-11.2014.8.24.0054, rel. Des. Ronei Danielli, Grupo

de Câmaras de Direito Público, j. em 09.11.2016), firmou tese no sentido de que, nas demandas em que se busca o fornecimento de medicamento ou tratamento não padronizado pelo Sistema Único de Saúde, se faz a necessária presença de certos requisitos para o deferimento do pedido, quais sejam, (i) a efetiva demonstração de hipossuficiência financeira; (ii) ausência de política pública destinada à enfermidade em questão ou sua ineficiência, somada à prova de necessidade do fármaco buscado por todos os meios, inclusive mediante perícia médica; e a (iii) aplicação da metodologia da ponderação dos valores jusfundamentais quando buscada a concretização do chamado “máximo desejável”, digressão esta (iv) dispensada quando o objeto dos autos se referir à noção de dignidade humana (mínimo existencial).

III - Em se tratando de ação objetivando a concessão de tratamento não padronizado a menor em tenra idade, cuja ausência poderá trazer graves consequências, frente à ineficiência dos tratamentos padronizados pelo SUS, não há como se falar na busca de um “máximo desejável”, mas sim na manutenção de um mínimo legal, intimamente ligado à noção de dignidade humana, motivo pelo qual se mostra desnecessária a utilização da metodologia trifásica da ponderação dos valores jusfundamentais. (TJSC, Agravo de Instrumento n. 0154675-53.2015.8.24.0000, de Palmitos, rel. Des. Luiz Antônio Zanini Fornerolli, j. 26-01-2017).

Ante o exposto, o voto é pelo provimento do recurso, para determinar que os réus disponibilizem ao agravante, gratuitamente, por período indeterminado e de forma solidária o tratamento de equoterapia, uma vez por semana, sob pena de sequestro dos valores necessários à implementação do referido tratamento.

É como voto.

Agravo de Instrumento Nº 0020428-04.2016.8.24.0000

Declaração de Voto Vencido do Exmo. Sr. Ronei Danielli

Trata-se de agravo interposto por E. M. S., representado por sua genitora, contra decisão que negou a tutela de urgência consubstanciada no imediato fornecimento da técnica equoterapia pelo Município de

Jaraguá do Sul e pelo Estado de Santa Catarina, diante do quadro de microcefalia e epilepsia em que se encontra inserido o menor.

Este colegiado, por maioria, decidiu dar provimento ao recurso.

Votei vencido para negar provimento, motivo por que passo a expor as razões da discordância.

Registre-se que a temática atinente à concessão de serviços de saúde fora enfrentada pelo Grupo de Câmaras de Direito Público, no Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas n. 0302355-11.2014.8.24.0054, de minha relatoria, julgado em 09.11.2016, firmando-se as seguintes teses jurídicas:

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. [...].

Tais balizas, à luz do disposto no art. 985 do CPC/2015, devem ser observadas em todos os processos, pendentes e futuros, individuais ou coletivos, que versarem sobre idêntica questão, no âmbito da jurisdição catarinense.

E, mesmo que se esteja diante de tutela de urgência, ou seja, provimento provisório conformado pelos pressupostos da verossimilhança das alegações e do perigo da demora, deve-se nesse estágio obediência aos parâmetros eleitos no respectivo incidente.

Dito isso, é possível aferir, a partir dos laudos subscritos por médicos e fisioterapeutas o acometimento da enfermidade do autor (diagnóstico de microcefalia associada à epilepsia).

Extrai-se da análise fisioterápica, o seguinte delineamento:

E. M. S. possui diagnóstico de Disgenesia parcial: ausência das porções anteriores do corpo caloso e hipoplasia dos cornos frontais dos ventrículos laterais. Provável holoprosencefalia lobar. Apresenta diminuição da força muscular, déficit de equilíbrio, déficit na fala. [...]. (fls. 33/34).

Ainda, de acordo com a avaliação psicológica, afere-se a existência de “limitações na linguagem”, sendo que a criança “se comunica principalmente por meio do choro, sorrisos e movimentos de cabeça” (fl. 34).

Não obstante tais informações, penso que deve ser trilhado caminho diverso daquele eleito pelo douto colegiado, sobretudo à luz das considerações trazidas pelo Estado de Santa Catarina em outros feitos, os quais devem também orientar a presente decisão, em atenção à isonomia frente a contextos similares.

No Agravo de Instrumento n. 0035600-83.2016.8.24.0000, no qual votei vencido pela revogação do provimento antecipatório, ponderei:

Anotado isso, pontuo a questão da seguinte forma: o *Parquet* visa, através do pleito antecipatório, ao custeio de tratamento não padronizado pelo SUS e que incontroversamente não possui registro ou protocolo nos órgãos pertinentes (ANVISA E RENASES).

[...]

Resta, assim, apreciar o cabimento da determinação atinente ao financiamento da equoterapia, ordenado após a apresentação de contestação e réplica pelos litigantes, especialmente da juntada de pareceres emitidos pelos profissionais que acompanham o enfermo (fls. 231/234).

No intento de explicitar a técnica em discussão, esclareceu o Dr. Alan Índio Serrano, médico regulador integrante da Comissão Médica Estadual da Gerência dos Complexos Reguladores, ligada à Secretaria de Saúde do Estado (fls. 187/190):

Não existe um tratamento de saúde denominado “equoterapia”.

O que vulgarmente a população denomina equoterapia é a utilização de convívio com cavalos e experiências de cavalgada para melhorar habilidades de equilíbrio e de uso de músculos (como na natação e na ginástica). **Há teorias que hipotizam haver ganhos de ordem social, integrativos, com repercussões sobre a postura e o ânimo da pessoa, ao praticar equitação.**

Não há, contudo, uma formatação das atividades de equitação ou do que popularmente está contido sob o significante “equoterapia”, na forma de tratamento reconhecido em saúde, em qualquer país do mundo. Não há um profissional de saúde que seja preparado para tal atividade. **Não há publicações científicas que permitam, do ponto de vista epistemológico, classificar tais atividades como reais tratamentos passíveis de serem usados por serviços ou por sistemas de saúde.**

O Conselho Regional de Medicina (CFM) permite - e até recomenda - que sejam feitas pesquisas sobre o tema, avaliando os possíveis efeitos positivos que possam decorrer do que se convencionou

chamar, popularmente, de equoterapia.

Para tanto, contudo, os pesquisadores deveriam cumprir os requisitos da resolução nº 196/96 do Conselho Nacional de Saúde, que trata das normas de pesquisa envolvendo seres humanos, “haja vista que ainda não existe comprovação científica” - afirma do CFM - no processo consulta n. 1386 de 1995, em cuja ementa consta que “métodos terapêuticos sem comprovação científica devem, para sua aprovação definitiva, cumprir a legislação vigente relativa à pesquisa em seres humanos”.

Tais atividades educativas e recreativas para equitação, portanto, apesar de poderem causar bem-estar momentâneo para algumas pessoas (como podem causar também problemas e acidentes) não se equiparam, cientificamente, a tratamentos sanitários em qualquer país do mundo, não constam na Relação Nacional de Ações e Serviços de Saúde (RENASES), não estão nas tabelas e listas de procedimentos de saúde, não consta em protocolo aprovado no SUS, e não têm licença da ANVISA para serem utilizados como tratamento.

Em caso de o paciente ser encaminhado a uma pesquisa, esta deverá cumprir a legislação referente a pesquisas em seres humanos. (sem grifo no original).

Considerando-se a ausência de padronização e inclusive cadastro nos registros competentes, a afastar a qualificação específica de “tratamento de saúde”, tem-se no incidente uniformizador orientação diversa daquela sinteticamente efetuada quando da existência de política pública:

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:

[...]

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.

[...]

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 como 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”.

[...]

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.

[...]

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. (sem sublinhado no original).

Como bem introduzido, é preciso diferenciar a pretensão destinada à garantia do mínimo existencial daquela aspirante ao “máximo desejável”, porquanto ambas encontram-se acobertadas pelo art. 196 da CF.

A diferença é que a última admite a ponderação com a reserva do possível,

permitindo-se análise em torno do que é razoável e proporcional exigir-se do ente federativo, sobretudo quando verificadas eventuais intercorrências na manutenção das políticas existentes e da rede universal, dada a evidente limitação orçamentária. [...]

Outrossim, no Agravo de Instrumento n. 0156691-77.2015.8.24.0000, esclareceu a Dr^a. Susana Yara Bortolon, médica integrante da Comissão Multidisciplinar de Apoio Judicial, ligada à Secretaria de Saúde do Estado (fls. 112-113):

[...] No âmbito do Sistema Único de Saúde estão padronizados os atendimentos fisioterápicos, fonoaudiológicos e de terapia ocupacional, sem especificações das técnicas a serem utilizadas, que são da autonomia dos profissionais que realizarão o atendimento. As abordagens PediaSuit e hidroterapia não são disponibilizadas pelo SUS.

[...] É de se ressaltar que, segundo o Parecer Técnico nº 007/2014 confeccionado, anteriormente, pelo Centro Catarinense de Reabilitação: o método PediaSuit é uma abordagem holística para tratamento de indivíduos com distúrbios neurológicos, como paralisia cerebral, atraso no desenvolvimento, lesões traumáticas cerebrais, autismo e outras condições que afetam as funções motoras e funções cognitivas da criança. Todo o procedimento tem como base um programa de exercícios específicos e intensivos. Uma roupa criada nos anos 70 por cientistas russos para uso dos astronautas inspirou o método, pois os mesmos chegavam do espaço com dificuldades motoras, perda de movimentos, massa muscular e estrutura óssea debilitada. Ressalte-se, também, que por ser o PediaSuit um método recente, a literatura científica é escassa a respeito da comprovação de seus benefícios, **sendo atualmente uma técnica de eficácia ainda em fase empírica, carecendo de maiores comprovações científicas.**

Ademais, cabe ainda destacar que **o equipamento PEDIASUIT não possui registro na ANVISA** e até o presente não se tem evidências de que esta técnica é superior ao método convencional ou de que surte melhores efeitos para a reabilitação de pacientes com sequelas neurológicas. (com grifo no original).

A par da documentação até então aportada, não se vislumbra no

pedido autoral a exigibilidade imediata, por não se afigurar legítimo, ao menos *prima facie*, compelir o ente público a disponibilizar técnicas sem especificação nos órgãos de saúde, cuja eficácia encontra-se atualmente amparada no empirismo, sem estudos que viabilizem concretamente uma precisa conclusão sobre o tema.

Não se ignora os inúmeros casos em que a denominada terapêutica tem gerado bons resultados; porém, de acordo com o acervo acostado aos autos, inexistente uma formatação ou padronização dessas informações, a fim de que seja o serviço introduzido oficialmente como tratamento de saúde.

Note-se que mesmo o parecer dos especialistas auxiliares do menor são por demais genéricos no tocante à indispensabilidade e resultados a serem trazidos especificamente pela equoterapia.

Consta dos autos, outrossim, que já vem sendo oferecido pela rede pública acompanhamento com médico psiquiatra, fonoaudiólogo, ortopedista pediátrico, otorrinolaringologista, neurologista e pediatra (fl. 49), do que se afasta qualquer alegação de desídia da autoridade responsável no cumprimento do ideário constitucional.

Nesse cenário, por se estar navegando em hipóteses, é preciso ter cautela quando da exigência de uma prestação positiva por parte do Estado, notadamente porque toda uma estrutura, baseada na universalidade do atendimento, na isonomia de seus usuários e dependente de uma só fonte, é posta em risco quando da prolação de decisões desse jaez.

A falta, repita-se, de licenciamento da atividade leva a crer que se está diante de pretensão aspiradora do “máximo desejável” e que precisa ser equacionada pelos fatores ora expostos, a denotar a ausência de proporcionalidade e razoabilidade.

Não há, em suma, à vista dos contornos delineados pelo Grupo de Câmaras de Direito Público, plausibilidade do direito deduzido e urgência

da medida, razão pela qual a decisão denegatória da tutela antecipada deve ser mantida.

Feitas essas considerações, votei vencido para negar provimento ao recurso, mantendo-se a decisão de origem.

Esse é o voto.

QUARTA CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO

Apelação Cível n. 0003386-23.2013.8.24.0007, de Biguaçu

Relatora: Des. Vera Copetti

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. OMISSÃO NA EXIGÊNCIA DO RECOLHIMENTO DO IMPOSTO DE TRANSMISSÃO DE BENS IMÓVEIS - ITBI PARA LAVRATURA DE ESCRITURA PÚBLICA DE CESSÃO DE DIREITOS HEREDITÁRIOS E CONVÊNCIA COM A CONSIGNAÇÃO DE VALOR DO IMÓVEL ABAIXO DO PRATICADO PELO MERCADO. *MUNUS* PÚBLICO. DOLO CARACTERIZADO. NECESSIDADE DE RESSARCIR O ERÁRIO PÚBLICO MUNICIPAL. CÁLCULO REALIZADO LEVANDO EM CONSIDERAÇÃO O VALOR VENAL DO IMÓVEL. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 0003386-23.2013.8.24.0007, da comarca de Biguaçu 2ª Vara Cível em que é/são Apelante(s) Airton José dos Santos e Apelado(s) Ministério Público do Estado de Santa Catarina.

A Quarta Câmara de Direito Público decidiu, por unanimidade, conhecer do recurso e negar-lhe provimento. Custas legais.

Participaram do julgamento, realizado nesta data, os Exmos. Srs. Des. Hélio do Valle Pereira e Luiz Antônio Zanini Fornerolli.

Florianópolis, 28 de setembro de 2017.

Des. Vera Copetti
Relatora e Presidente

RELATÓRIO

Trata-se de recurso de apelação cível, interposto por Airton José dos Santos contra a sentença proferida nos autos da ação civil pública por ato de improbidade administrativa n. 007.13.003386-0, da 2ª Vara Cível da comarca de Biguaçu, que julgou procedente o pedido formulado pelo Ministério Público do Estado de Santa Catarina, condenando o requerido “ao ressarcimento integral do prejuízo ao erário, ou seja, R\$ 150.000,00, com correção pelos índices da CGJSC, desde 24/09/03; ao pagamento de multa civil, no valor de R\$ 15.000,00; à proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefício ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de 05 (cinco) anos e à suspensão dos direitos políticos por 03 (três) anos, declarando extinto o processo, por força do art. 487, I, do CPC”; cujos valores em dinheiro serão revertidos ao Município de Governador Celso Ramos (fl. 383).

Alegou o autor ministerial, em síntese, na inicial, que na data de 24 de setembro de 2003, o requerido Airton José dos Santos, notário e registrador da Escritania “Cartório Santos”, de Antonio Carlos, deixou de exigir a comprovação de pagamento do imposto de transmissão de bens imóveis – ITBI, procedimento imprescindível para a lavratura de escritura pública, causando lesão ao erário do município de Governador Celso Ramos, que somente tomou ciência do não recolhimento do imposto quando já havia decaído de seu direito de lançá-lo. Ressaltou, no mais, que “embora os contratantes tenham declarado, na escritura pública, que o valor do imóvel seria R\$ 500.000,00 (quinhentos mil reais), verifica-se que seu real valor de mercado era R\$ 5.000.000,00 (cinco milhões de reais), conforme constatado em consulta a tabela de valores imobiliários do Município de Governador Celso Ramos, realizada pelo Setor de Tributos daquele Município (fl. 245)” (fls. 02-06). Requereu, por fim, a condenação do requerido às sanções previstas no art. 12, incisos II

e III, da Lei n. 8.429/92, além do pagamento das despesas do processo. Juntou aos autos cópia do Inquérito Civil n. 06.2013.00001309-0 (fls. 07-284).

Devidamente notificado (fl. 288), o requerido Airton José dos Santos apresentou defesa preliminar, sem representação por advogado, oportunidade em que alegou, (a) que o imposto não foi recolhido por acreditar que a cobrança seria realizada no processo de inventário n. 007.03.000806-5, em trâmite na 2ª Vara da comarca de Biguaçu; (b) que não praticou crime de corrupção passiva; (c) que não recebeu vantagem econômica e (d) que o valor real de mercado do imóvel não ultrapassa R\$ 1.500.000,00 (um milhão e quinhentos mil reais), valor pelo qual o imóvel fora cedido (fls. 293-294). Juntou os documentos de fls. 295-297.

O município de Governador Celso Ramos requereu sua inclusão na lide, como litisconsorte ativo (fl. 292).

Na sequência, a inicial foi recebida, fundamentadamente, e ordenada a realização de citação do réu, para a apresentação de defesa prévia por intermédio de advogado (fls. 301/302).

Citado, o requerido Airton José dos Santos ofereceu contestação, requerendo a improcedência da ação, posto que, “não agiu com dolo, má-fé ou contrário à legislação, não praticando ato de improbidade administrativa”. Ao final, pleiteou a produção de todos os meios de prova admitidos (fls. 307-311).

Na sequência, o Ministério Público impugnou a contestação, postulando o prosseguimento do feito, com a conseqüente instrução do processo (fls. 316-320).

Concluída a instrução, as partes ofereceram alegações finais às fls. 357-364 e fls. 367-372.

Sobreveio a sentença, julgando procedente o pedido formulado na inicial (fls. 376-384).

Irresignado, o réu Airton José dos Santos interpôs recurso de apelação (fls. 388-401), requerendo a reforma da sentença, eis que (a) “jamais agiu com dolo, má-fé ou contrário à legislação a fim de causar prejuízo ao erário”; (b) possui reputação ilibada e, no cumprimento da função de Tabelião de Notas nunca respondeu a processo por infringência ao Código de Normas; (c) não agiu contrariamente ao art. 1º do Provimento n. 09/2003, da Corregedoria Geral de Justiça de Santa Catarina, argumentando que o Imposto sobre a Transmissão de Bens Imóveis – ITBI, no ano de 2003, deveria ser comprovado por meio de processo judicial e não na lavratura da escritura pública de cessão de direitos hereditários; (d) o recolhimento do ITBI deve ser feito pelas partes nos autos do processo judicial de inventário; (e) o Provimento n. 09/2003 foi publicado posteriormente à cessão de direitos hereditários; (f) a necessidade de correção de ofício do valor indicado na transação, consoante o disposto no Provimento n. 12/2010, foi publicada posteriormente à escritura, no ano de 2010; (g) não foi realizada avaliação do imóvel para a constatação do seu real valor e (h) o representante legal do Município de Governador Celso Ramos não compareceu à audiência de instrução, demonstrando total desinteresse no caso em comento.

Com as contrarrazões apresentadas pelo Ministério Público às fls. 407-419, os autos ascenderam a esta Corte de Justiça.

Lavrou parecer pela Douta Procuradoria-Geral de Justiça o Exmo. Sr. Dr. Carlos Alberto de Carvalho Rosa, opinando pelo conhecimento e desprovimento do recurso de apelação interposto (fls. 424-430).

Este é o relatório.

VOTO

Cuido de recurso de apelação interposto contra a condenação

proferida em ação civil pública proposta pelo Ministério Público, que condenou o apelante pela prática de ato de improbidade administrativa em razão da omissão na exigência do recolhimento do ITBI, para a lavratura de escritura pública de compra e venda de bem imóvel.

O recurso é próprio e tempestivo, pelo que deve ser conhecido, todavia, adiantado, não deve ser provido.

Infere-se da inicial que, na data de 24 de setembro de 2003, os herdeiros do de cujus Antônio Júlio de Souza dirigiram-se ao Serviço Notarial e de Registros de Antônio Carlos, denominado “Cartório Santos”, oportunidade em que pactuaram a venda de um terreno integrante do espólio e, através de escritura pública, procederam a cessão e transferência de seus direitos hereditários aos cessionários Ubiratan Cunha Barbosa e Sandra Regina Nunes Amêndola Cunha Barbosa (fls. 271-273).

Todavia, na ocasião, o recorrente Airton José dos Santos, notário e registrador da Escritania “Cartório Santos”, deixou de exigir a comprovação de pagamento do Imposto de Transmissão de Bens Imóveis – ITBI e, mesmo assim, lavrou o ato respectivo.

Há que ressaltar, ainda, que os contratantes declararam, na escritura pública, que a cessão estava sendo realizada pelo valor de R\$ 500.000,00 (quinhentos mil reais), quando o real valor de mercado do imóvel, conforme a tabela de valores mobiliários do Município de Governador Celso Ramos, era de R\$ 5.000.000,00 (cinco milhões de reais).

Ainda segundo o autor, por causa da omissão do apelante, o referido município deixou de arrecadar R\$ 150.000,00 (cento e cinquenta mil reais), correspondentes ao valor do ITBI incidente sobre a transação realizada.

A conduta ímproba atribuída ao demandado se acha suficientemente demonstrada pela prova documental carreada aos autos.

Nesse passo, constata-se que o apelante admite que procedeu a lavratura da escritura pública de cessão de direitos hereditários sem que o ITBI fosse recolhido (fls. 293/294).

Cumpria-lhe, porém, exigir a comprovação do recolhimento do tributo em causa, nos termos da Lei n. 8.935, de 18 de novembro de 1994, que dispõe sobre serviços notariais e de registro (Lei dos Cartórios), prevê em seu art. 30, inciso XI, *in verbis*:

Art. 30. São deveres dos notários e dos oficiais de registro:

[...];

XI - fiscalizar o recolhimento dos impostos incidentes sobre os atos que devem praticar; [...] (grifou-se)

A incidência do Imposto de Transmissão de Bens Imóveis sobre a cessão de direitos hereditários, quando se tratar de bem imóvel, está prevista no art. 156, inciso II, da Constituição da República, nos seguintes termos:

Art. 156. Compete aos Municípios instituir impostos sobre:

[...];

II - transmissão “inter vivos”, a qualquer título, por ato oneroso, de bens imóveis, por natureza ou acessão física, e de direitos reais sobre imóveis, exceto os de garantia, bem como cessão de direitos a sua aquisição;

[...].

Quando ao momento do pagamento, o Provimento n. 09/2003¹, publicado na data de 28 de maio de 2003, alterou as disposições do art. 346 do Código de Normas do Foro Extrajudicial com o intuito de garantir o efetivo recolhimento do tributo municipal, vedando a lavratura de escritura pública relativa a imóvel sem a prévia apresentação do comprovante do pagamento do ITBI.

1 http://cgjweb.tjsc.jus.br/sitecgj/provimentoscirculares_avancada.jsp

Referido artigo passou a vigorar com a seguinte redação:

Art. 346. É vedada a lavratura de escritura pública relativa a imóvel sem a prévia apresentação dos comprovantes dos pagamentos do Fundo de Reparcelamento da Justiça - FRJ e do Imposto Sobre a Transmissão de Bens Imóveis (ITBI), ressalvadas as hipóteses previstas em lei municipal e aquelas dos artigos 15 e 16 do Decreto Estadual n. 22.585, de 27.06.1984, que aprovou o “Regulamento do Imposto sobre Transmissão de Bens Imóveis e de Direitos a eles Relativos, das Taxas e da Contribuição de Melhoria”.

§ 1º Deverão constar no corpo da escritura pública relativa a imóvel, destacadamente, os valores já recolhidos do Imposto sobre a Transmissão de Bens Imóveis (ITBI) e do Fundo de Reparcelamento da Justiça (FRJ), bem como os dados constantes dos respectivos comprovantes de pagamento (banco, data, número da autenticação mecânica).

§ 2º **Os valores referentes ao ITBI e ao FRJ, devem ser recolhidos pelo interessado, que exhibirá ao fedatário as guias devidamente autenticadas,** sendo recomendado aos notários e prepostos que se abstenham de receber referidos valores. (Grifou-se)

Não há dúvida de que o Provimento n. 09/2003, da Corregedoria-Geral da Justiça, entrou em vigor na data da sua publicação, em 11 de junho de 2003 (fls. 321/322); ou seja, mais de três meses antes da lavratura da escritura pública, ocorrida em 24 de setembro de 2003 (fls. 271-273). Assim, cai por terra a afirmação de que o Provimento n. 09/2003 foi publicado posteriormente à cessão de direitos hereditários.

Igualmente, não há como acatar a tese de que incorreu dano ao patrimônio público, pois, ao se omitir em cumprir sua obrigação quanto à exigência da comprovação do recolhimento do valor correspondente ao ITBI, o recorrente deu causa, intencionalmente, ao prejuízo suportado pelo erário do município de Governador Celso Ramos.

Ademais, restou incontroverso, também, que ao imóvel transacionado foi atribuído valor muito abaixo do de mercado, com o intuito de reduzir o valor do imposto a ser recolhido.

À época do ocorrido, os contratantes declararam, na escritura pública, que o imóvel valia R\$ 500.000,00 (quinhentos mil reais – fls. 271-273); contudo, no contrato particular prévio de compra e venda do mesmo imóvel, juntado às fls. 55-59, fizeram consignar que o preço da avença era de R\$ 1.580.000,00 (um milhão, quinhentos e oitenta mil reais).

Como bem asseverou o representante do Ministério Público, Dr. João Carlos Linhares Silveira, ao discorrer sobre a lavratura da escritura pública com valor do imóvel abaixo do praticado pelo mercado, que “o apelante por exercer *munus* público, e sabendo que o imóvel era de expressivo valor, tinha obrigação de diligenciar junto ao setor de tributos do Município de Governador Celso Ramos para esclarecer as informações indicadas pelos interessados” (fl. 418).

Desse modo, verifica-se que o apelante, que tinha entre as suas incumbências no exercício de suas funções a de zelar pelo interesse do erário municipal, omitiu-se duplamente: ao deixar de exigir o comprovante do pagamento do tributo devido e ao não impugnar o valor atribuído ao imóvel transacionado.

Isso porque, constitui responsabilidade tributária dos notários e registradores, consoante o disposto no art. 30, inciso XI, da Lei n. 8.935/94, e no art. 134, inciso VI, do Código Tributário Nacional, o dever de fiscalizar o recolhimento dos impostos incidentes sobre os atos que devem ser praticados na serventia. Veja-se:

Art. 30. São deveres dos notários e dos oficiais de registro:

[...];

XI - fiscalizar o recolhimento dos impostos incidentes sobre os atos que devem praticar;

[...].

Art. 134. Nos casos de impossibilidade de exigência do cumprimento da obrigação principal pelo contribuinte, respondem solidariamente

com este nos atos em que intervierem ou pelas omissões de que forem responsáveis:

[...];

VI - os tabeliães, escrivães e demais serventuários de ofício, pelos tributos devidos sobre os atos praticados por eles, ou perante eles, em razão do seu ofício;

[...].

Restou configurada, portanto, em virtude das omissões em que incorreu o apelante, a prática de conduta configuradora de improbidade administrativa, nos termos do art. 10, *caput*, da Lei n. 8.429/92, a saber:

Art. 10. Constitui ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário qualquer ação ou omissão, dolosa ou culposa, que enseje perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades referidas no art. 1º desta lei, e notadamente: [...].

Em relação à conduta de “deixar de exigir o comprovante do pagamento do tributo devido”, restou evidente que o apelante agiu dolosamente ao não exigir a demonstração da quitação do tributo devido, causando lesão ao erário do município de Governador Celso Ramos.

Do mesmo modo, o ato de “não impugnar o valor atribuído ao imóvel transacionado” amolda-se ao mesmo dispositivo da Lei n. 8.429/92, e, quanto a esta omissão, há que se reconhecer a presença do dolo, que reside em realizar ato ilegal tendo plena ciência da ilegalidade praticada e das consequências do mesmo. No caso, a aquiescência com o valor irreal declarado tinha o efeito de reduzir drasticamente o valor do imposto incidente sobre a transação e, a respeito disso, o apelante não pode negar conhecimento e nem que procedia de modo contrário à lei.

Nesse mesmo sentido, este Tribunal de Justiça decidiu:

APELAÇÃO CÍVEL. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. ATO QUE CAUSA PREJUÍZO AO ERÁRIO. ART. 10, CAPUT, DA LEI

N. 8.429/1992. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA. PRESIDENTE DA ASSOCIAÇÃO “UNIÃO DO GRUPO DA TERCEIRA IDADE DE BIGUAÇU”. RECEBIMENTO DE SUBVENÇÃO DO ESTADO DE SANTA CATARINA PARA AQUISIÇÃO DE TERRENOS COM O FIM DE CONSTRUÇÃO DE SEDE. ASSEMBLEIA GERAL QUE APROVOU A VENDA E O REPASSE DO PRODUTO A OUTRA ENTIDADE. AUSÊNCIA COMPLETA DE COMPROVAÇÃO DA DESTINAÇÃO DOS VALORES. ATO IMPROBO DEMONSTRADO. DILAPIDAÇÃO PATRIMONIAL CARACTERIZADA. AUSÊNCIA DE QUALQUER PRESTAÇÃO DE CONTAS. ENTIDADE QUE RECEBE SUBVENÇÃO PÚBLICA. ART. 1º, PARÁGRAFO ÚNICO, DA LIA. **VONTADE DELIBERADA. ELEMENTO SUBJETIVO DEMONSTRADO. DANO DEMONSTRADO. RECURSO DESPROVIDO.** (TJSC, Apelação Cível n. 0004116-68.2012.8.24.0007, de Biguaçu, rel. Des. Sérgio Roberto Baasch Luz, j. 04-07-2017).

Igualmente, a insurgência também não procede no que diz respeito às sanções aplicadas, eis que não merece reparo a sentença na parte em que condenou o apelante “ao ressarcimento integral do prejuízo ao erário, ou seja, R\$ 150.000,00, com correção pelos índices da CGJSC, desde 24/09/03” (fl. 383), pois, como bem asseverou o magistrado sentenciante, Dr. Welton Rubenich:

[...], tendo em vista a extensão do dano ao erário, R\$ 150.000,00 à época, pois alegação da superveniente valorização imobiliária não procede, pois insuladas e não comprovadas (o réu não trouxe avaliação para afirmar que o terreno seria menos valioso, em 2003, prevalecendo a prova documental referente ao valor venal de R\$ 5.000.000,00), entendo como necessárias e suficientes a aplicação das seguintes sanções previstas nos art. 12, incisos II e III, da Lei n. 8.429/92, nos seguintes patamares: (i) ressarcimento integral do prejuízo causado ao erário, equivalente ao valor da alíquota de 3% de ITBI, ou seja, R\$ 150.000,00; (ii) ao pagamento de multa civil, no patamar de 10% sobre o valor do prejuízo, isto é, R\$ 15.000,00; (iii) proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefício ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo

de 05 anos e (iv) suspensão dos direitos políticos por 03 anos. (fl. 383)

Por fim, não tem nenhuma relevância para o deslinde do presente o argumento de que o não comparecimento do representante legal do Município de Governador Celso Ramos à audiência de instrução demonstra total desinteresse no caso em comento. Isso porque, a defesa do patrimônio público, nos presentes autos, incumbe ao Ministério Público (art. 129, inciso III, da Constituição Federal; art. 17 da Lei n. 8.429/92 e art. 5º, inciso I, da Lei n. 7.347/85) e, mesmo ante a falta de empenho do ente público interessado, é de interesse público lato sensu de que aqui se trata e para a sua defesa está o Ministério Público legitimado a partir do texto constitucional (art. 129, inciso III da Constituição de 1988) e do disposto no *caput* do art. 17 da Lei n. 8.429/92.

Diante do exposto, voto pelo conhecimento desprovimento do recurso de apelação interposto.

Este é o voto.

QUINTA CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO

Apelação Cível n. 0006341-02.2013.8.24.0080, de Xanxerê

Relator: Desembargador Hélio do Valle Pereira

SERVIDOR PÚBLICO – PROMOÇÃO – CURSO A DISTÂNCIA – EXIGÊNCIA EXPLÍCITA DE CARGA HORÁRIA PARCIALMENTE PRESENCIAL – LEGALIDADE – LIMITES DA INTERPRETAÇÃO.

O intérprete não pode alterar a força que vem das próprias palavras da lei. *“Os conceitos e as possibilidades semânticas do texto figuram como ponto de partida e como limite máximo da interpretação. O intérprete não pode ignorar ou torcer o sentido das palavras, sob pena de sobrepor a retórica à legitimidade democrática, à lógica e à segurança jurídica. A cor cinza pode compreender uma variedade de tonalidades entre o preto e o branco, mas não é vermelha nem amarela”* (Luís Roberto Barroso).

Na hipótese, norma local permite a ascensão na carreira em face de aprimoramento acadêmico, mas expressamente impõe que parte da carga horária do correspondente curso seja presencial.

Recurso desprovido.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 0006341-02.2013.8.24.0080, da comarca de Xanxerê - 2ª Vara Cível em que é apelante Waldereza Luiza Dal Molin e apelado o Município de Xanxerê.

A Quinta Câmara de Direito Público decidiu, por votação unânime, conhecer e negar provimento ao recurso. Custas legais.

Participaram do julgamento realizado nesta data, os Excelentíssimos Senhores Desembargadores Gerson Cherem II e Denise de Souza Luiz Francoski.

Florianópolis, 14 de dezembro de 2017.

Desembargador Hélio do Valle Pereira
Presidente e Relator

RELATÓRIO

Waldereza Luiza Dal Molin impetrou mandado de segurança em relação a ato praticado pelo Prefeito Municipal de Xanxerê e da Comissão de Plano de Cargos, Carreira e Salário – CPCCS.

Narrou que é servidora pública da Secretaria Municipal de Saúde (enfermeira) e que concluiu um curso de pós-graduação na modalidade “a distância” (ênfase no tema “saúde da família”) com carga horária de quinhentas e dez horas/aula. Por conta disso, com fundamento no art. 20, inc. III, § 2º, da Lei Municipal 3.376/2011 (na redação da Lei Complementar 3.445/2012), solicitou promoção.

Disse que o requerimento foi indeferido sob a alegação de não ter comprovado a carga presencial mínima de duzentas e oitenta horas/aula exigida pelas leis supra.

Por entender que os impetrados se equivocaram ao interpretar a norma correlata ao tema, pediu a segurança para que lhe seja concedida a ascensão.

Negada a liminar, o Município de Xanxerê e o coator prestaram informações.

Expuseram que para ser concedida a promoção seria necessário que

se comprovassem trezentas e sessenta horas/aula, sendo que duzentas e oitenta deveriam ser presenciais. A regra, afirmam, alcança os cursos de especialização a distância. No caso, a especialização concluída pela impetrante foi realizada integralmente naquela modalidade.

Após manifestação do Ministério Público pela denegação da segurança, a sentença foi de improcedência.

A impetrante recorreu alegando que, diferentemente do que entendeu o juízo, “a promoção vertical está disponível a qualquer servidor, e será implementada quando este preencher os requisitos em Instituição de Ensino reconhecida pelo MEC, inclusive Instituição de Ensino a Distância” e que “se trata de um simples erro de digitação a palavra ‘inclusive’ no texto da lei, já que é um contrassenso exigir carga horária presencial em cursos a distância, quando se sabe que tais instituições não oferecem aulas presenciais”.

Depois das contrarrazões, a Procuradoria-Geral de Justiça opinou pelo conhecimento e desprovimento do recurso.

VOTO

1. O Procurador de Justiça Guido Feuser deu a adequada solução ao caso, permitindo-me reproduzir o parecer de Sua Excelência:

Extrai-se dos autos que a apelante pretende obter a concessão de acréscimo salarial de 11% (onze por cento) decorrente de promoção vertical em virtude da conclusão de curso de pós-graduação a distância.

Impende salientar, desde logo, que a Lei Municipal 3.376/2011, que institui o Plano de Cargos, Carreira e Remuneração dos servidores públicos municipais de Xanxerê, com alterações trazidas pela Lei Complementar Municipal n. 3.445/2012, estabelece em seu artigo 20 sobre a concessão do benefício de promoção vertical para o servidor:

Art. 20 Promoção vertical é a passagem do servidor para a faixa de vencimento imediatamente superior a carreira, observada a conclusão de:

[...]

III – curso de pós-graduação (*lato sensu*), nível de especialização, afim ao cargo que ocupa, carga horária mínima de 360 (trezentas e sessenta) horas/aula, para os cargos do grupo técnico científico;

[...]

§2º Para acesso às titulações será considerada uma **carga horária mínima presencial de 280 (duzentas e oitenta) horas**, em instituições devidamente reconhecidas pelo MEC, **inclusive** as instituições de ensino **a distância**. (grifou-se)

Com efeito, denota-se que a apelante comprovou a realização de curso de pós-graduação com 510 horas, conforme documento de fl. 14. Todavia, a legislação que versa sobre a matéria é clara ao exigir que ao menos uma parcela do curso deverá ser cumprida de forma presencial, ainda que o curso seja realizado na modalidade a distância, ao utilizar a expressão ‘inclusive’.

Sobre o tema, muito bem ressaltou o Promotor de Justiça oficiante em 1º grau de jurisdição, Dr. Eduardo Sens dos Santos, manifestando-se pela denegação da segurança, *razão* pela qual pedimos *venia*, para fazermos nossos os termos da manifestação ministerial (fls. 62/63). *In verbis*:

[...] o curso realizado pela impetrante foi integralmente a distância.

Observa-se que a legislação é clara ao determinar que, **mesmo** em cursos realizados em instituições de ensino a distância, é necessária uma carga horária presencial mínima.

Portanto, analisando os pedidos e documentos juntados pela autora e pelo impetrado, não resta demonstrada a violação de direito líquido e

certo por ato ilegal ou abusivo da autoridade.

Pelo contrário, pelos argumentos trazidos pela impetrante, entende-se que a ordem deve ser denegada, ante a ausência de direito líquido e certo da parte autora.

Assim, considerando que não há violação de direito líquido e certo, opina o MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA pela improcedência dos pedidos formulados na inicial, denegando-se a segurança postulada.

(Cópia de fls. 62v/63).

Ademais, ao indeferir o requerimento de promoção vertical com a consequente inclusão da vantagem patrimonial correspondente à verba salarial percebida pela apelante, frisa-se que o Poder Público Municipal agiu em observância ao exposto em lei e ao princípio da legalidade.

Nesse sentido, já se manifestou a jurisprudência desse egrégio Tribunal de Justiça Catarinense:

ADMINISTRATIVO – SERVIDOR PÚBLICO – COMISSÁRIO DE POLÍCIA – PROMOÇÃO – NÃO PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS – ADICIONAL DE PÓS GRADUAÇÃO – CARGO QUE NÃO FAZ PARTE DO GRUPO QUE A LEI CONFERE O DIREITO – CONCLUSÃO DO CURSO NÃO COMPROVADA – VANTAGENS INDEVIDAS.

Não comprovado nos autos que o apelante preencheu os requisitos necessários, não faz jus à concessão da promoção na graduação ou classe. Se o cargo ocupado pelo apelante, qual seja o de Comissário de Polícia, não faz parte dos grupos aos quais a legislação concede o pagamento do adicional de Pós-Graduação, tal vantagem não pode ser deferida ao apelante. Até porque não comprovou nos autos que teria realizado o curso de Pós-Graduação.¹

1 TJSC, AC n. 2009.033315-7, da Capital, rel. Des. Jaime Ramos, j. Em 17/09/2009.

Assim, em razão de inexistência de direito líquido e certo da apelante, entende-se correta a sentença guerreada, devendo permanecer incólume.”

2. A autora quer meramente distorcer o que está na lei.

Lembro-me a propósito do Ministro Luís Roberto Barroso:

O intérprete não pode alterar a força que vem das próprias palavras da lei. “Os conceitos e as possibilidades semânticas do texto figuram como ponto de partida e como limite máximo da interpretação. O intérprete não pode ignorar ou torcer o sentido das palavras, sob pena de sobrepor a retórica à legitimidade democrática, à lógica e à segurança jurídica. A cor cinza pode compreender uma variedade de tonalidades entre o preto e o branco, mas não é vermelha nem amarela” (Luís Roberto Barroso, Curso de Direito Constitucional, Saraiva, 2009, p. 291-292)

3. Assim, voto por conhecer e negar provimento ao recurso.

É o voto.

SEÇÃO CRIMINAL

Revisão Criminal n. 4020792-68.2017.8.24.0000, de Joinville

Relator: Des. Sérgio Rizelo

REVISÃO CRIMINAL. 1. DEFICIÊNCIA DE DEFESA. REPERGUNTAS. ROL DE TESTEMUNHAS. AUSÊNCIA DE RECURSO. 2. FUNDAMENTAÇÃO. ELEMENTOS INFORMATIVOS. DEPOIMENTO DA VÍTIMA EM JUÍZO (CPP, ART. 155, *CAPUT*). 3. PROVA NOVA (CPP, ART. 621, III). CRIME SEXUAL. RETRATAÇÃO DE UMA VÍTIMA. 4. TENTATIVA (CP, ART. 14, II). CRIME SEXUAL. EXECUÇÃO IMPEDIDA PELOS GRITOS DA VÍTIMA.

1. O fato de o defensor nomeado para atuar em prol dos interesses do acusado não ter formulado perguntas à vítima, não ter arrolado testemunhas e não ter interposto recurso voluntário contra a sentença condenatória não representa, necessariamente, a ocorrência de deficiência de defesa.

2. Não há ofensa ao disposto no art. 155 do Código de Processo Penal se a condenação é amparada no depoimento judicial das vítimas e corroborada por declarações extrajudiciais dos ofendidos e de uma testemunha.

3. A retratação pouco crível de uma das vítimas de crime sexual é insuficiente para a rescisão da coisa julgada se o restante do conjunto probatório que justificou a condenação (o depoimento de outra ofendida e de uma testemunha, no sentido de que os abusos efetivamente ocorreram) não é derruído.

4. Deve ser reconhecida a tentativa de crime contra a liberdade sexual se o agente, com a intenção de abusar sexualmente da vítima, tenta levá-la para um cômodo reservado mas é impedido de prosseguir em seu intento em razão dos gritos dela.

REVISÃO PARCIALMENTE DEFERIDA; EXTENSÃO DE EFEITOS AO CORRÉU.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Revisão Criminal n. 4020792-68.2017.8.24.0000, da Comarca de Joinville (4ª Vara Criminal), em que é Requerente E. L. G.:

O Primeiro Grupo de Direito Criminal decidiu, por unanimidade, deferir parcialmente a revisão, a fim de reduzir para 10 anos de reclusão a pena imposta a E. L. G. na Ação Penal 0000458-16.2007.8.24.0038, e estender, *ex officio*, os efeitos deste acórdão ao Corréu E. C. G., minorando a reprimenda imposta a ele na mesma ação penal para 10 anos de reclusão. Sem custas.

Participaram do julgamento, realizado nesta data, os Excelentíssimos Desembargadores Rui Fortes (Presidente), Getúlio Corrêa, José Everaldo Silva, Leopoldo Augusto Brüggemann, Luiz Neri Oliveira de Souza, Júlio César M. Ferreira de Melo, Paulo Roberto Sartorato e Rodrigo Collaço. Atuou pelo Ministério Público o Excelentíssimo Procurador de Justiça Pedro Sérgio Steil.

Florianópolis, 13 de dezembro de 2017.

Sérgio Rizelo
RELATOR

RELATÓRIO

Na Comarca de Joinville, nos autos da Ação Penal 0000458-16.2007.8.24.0038, o Ministério Público do Estado de Santa Catarina ofereceu denúncia contra E. C. G. e E. L. G., imputando-lhes a prática do delito de atentado violento ao pudor circunstanciado, nos seguintes termos:

Os denunciados submeteram as crianças P. F. G. e C. S. G. a reiteradas práticas de atos libidinosos, aproveitando-se da pouca idade das vítimas, de sua absoluta incapacidade intelectual para compreender e resistir aos

abusos sofridos, e da condição de parentesco (tios das mesmas), durante o ano de 2000, quando as mesmas contavam com 4 e 2 anos de idade, respectivamente. Tais fatos aconteceram na residência dos avós paternos das vítimas, no tempo em que estas lá residiram de favor (miserabilidade), juntamente com os réus, na Rua [...].

As condutas do denunciado E. L. G. (cadeirante) consistiram em colocar cada uma das vítimas em seu colo e então tirava, ou levantava suas vestes, para manipular suas genitálias com os dedos.

As condutas do denunciado E. C. G. consistiram em manipular os órgãos genitais das vítimas com os dedos, após introduzida a mão sob suas vestes. Numa oportunidade, o denunciado E. C. G. pediu para a vítima C. S. G. colocar a mão em sua cueca e beijou a criança na boca; noutras ocasiões, E. C. G. levou ambas as crianças para um quarto e lá exibiu-lhes o pênis para que o tocassem, masturbou-se e beijou-as na boca (fls. 105-106).

Concluída a instrução, o Magistrado Sentenciante julgou procedente o pedido formulado na exordial e condenou E. L. G. à pena de 15 anos de reclusão, inicialmente em regime fechado, por infração ao disposto no art. 214 c/c os 224, “a”, e 226, II, todos do Código Penal, por duas vezes (fls. 300-308).

Insatisfeito com o teor da prestação jurisdicional, E. L. G. apelou. O reclamo foi julgado pela Primeira Câmara Criminal deste Tribunal, em 20.11.12, que decidiu, à unanimidade, não o admitir (Ap. Crim. 2010.057162-7, Rel. Des. Newton Varella Júnior, fls. 360-363). Participaram do julgamento os Excelentíssimos Desembargadores Marli Mosimann Vargas e Paulo Roberto Sartorato.

Após o trânsito em julgado da sua condenação, E. L. G. ajuizou a presente revisão criminal.

Amparado em prova produzida em procedimento de justificação criminal, busca o Requerente a proclamação da sua absolvição, sob o argumento de que uma das Vítimas, P. F. G., teria desmentido as declarações prestadas na ação penal, e o isentado de responsabilidade

pelos abusos sexuais.

Sustenta, ainda, que o procedimento é nulo por ausência de defesa, e que há “violação ao disposto no art. 386, inciso VI, do NCPC” em razão da “utilização de elemento indiciário (inquérito) no corpo da sentença” (sic, fl. 13).

Acrescenta, ao final, que há erro na dosimetria da reprimenda, e que deveria ter sido reconhecida a tentativa com relação ao crime cometido contra C. S. C. (fls. 1-17).

A Procuradoria de Justiça Criminal, em parecer lavrado pelo Excelentíssimo Procurador de Justiça Gercino Gerson Gomes Neto, manifestou-se pelo indeferimento da revisão (fls. 384-392).

Este é o relatório.

VOTO

A revisão deve ser deferida em parte.

1. A alegação de nulidade por deficiência de defesa não convence.

O Requerente E. L. G. indica três circunstâncias que consubstanciaríamos, a seu modo de ver, a ocorrência da mácula: a) não foram formuladas perguntas a P. F. G. pela Defesa; b) não foram arroladas testemunhas; e c) não houve a interposição de recurso por parte de seu Defensor.

As três circunstâncias, efetivamente, se configuraram. Mas isso não garante ao Requerente a providência que almeja.

O apelo não foi admitido pela Primeira Câmara Criminal desta Corte porque o subscritor da peça de interposição representava o Corréu, e não o Requerente. O Excelentíssimo Advogado que atuava em prol de E. L. G., Doutor Fermino Freitas (fl. 287), foi pessoalmente intimado

(fls. 314-315) e não recorreu.

Mas isso não dá causa a nulidade. O Requerente foi igualmente intimado e também não manifestou interesse em recorrer (fls. 322-323). Se nenhum dos dois envolvidos com a Defesa reputaram oportuno trazer a insurgência à Segunda Instância, não há irregularidade nisso, já que o recurso é voluntário (CPP, art. 574).

O Superior Tribunal de Justiça já decidiu que “a não interposição de recursos não caracteriza falta ou falha no exercício da defesa técnica, pois faculdade do advogado que, ao analisar o caso concreto, definirá se é o caso de recursos, quais utilizará, suas teses e limites. Não demonstrada por prova preconstituída grave falha técnica da defesa, a tanto não servindo a opção por não recorrer, descabe a pretensão de reabertura do prazo recursal” (HC 295.831, Rel. Min. Nefi Cordeiro, j. 11.11.14).

As outras duas circunstâncias (a ausência de testemunhas arroladas pela Defesa e o fato de que não foram formuladas perguntas pelo Advogado que representava do Requerente a P. F. G.) são igualmente incapazes de gerar nulidade:

O fato de o defensor, no desempenho autônomo de sua tarefa e ante a conveniência do caso concreto, ter deixado de arrolar testemunhas, de interferir na colheita da prova oral com reperguntas e de recorrer não implica, de forma automática, nulidade do processo por violação objetiva da defesa, pois tais atos não são obrigatórios e a recorrente olvidou de demonstrar o real prejuízo sofrido e a existência de tese recursal que pudesse ensejar a provável alteração do julgamento (*RHC* 39.788, Rel. Min. Rogério Schiatti Cruz, j. 12.2.15).

Haveria, pois, necessidade de que o prejuízo fosse evidenciado. Como não foi (porque não houve malefício decorrente de tais circunstâncias; a inicial nem sequer aborda o assunto), não é devido o reconhecimento da nulidade.

Aliás, é oportuno mencionar que, na justificação que instrui esta

revisão, o Excelentíssimo Defensor Público Estadual que representa o Requerente trouxe o depoimento da Vítima (que também já havia sido ouvida na ação penal) e de uma testemunha cujas palavras são tão desimportantes que nem sequer houve insistência na oitiva de tal pessoa. Aparentemente, não havia testigos a serem arrolados em prol da Defesa.

Não há, pois, nulidade a ser reconhecida sob tal argumento.

2. O Requerente E. L. G. também suscita a ocorrência de “manifesta nulidade” por “violação ao disposto no art. 386, inciso VI do NCPC”, em decorrência da “utilização de elemento indiciário (inquérito) no corpo da sentença” (fl. 13).

Sem dar destaque ao fato de que o art. 386 do Código de Processo Civil não tem incisos e é referente ao depoimento pessoal (como prova típica) ou ao fato de que o art. 386, VI, do Código de Processo Penal trata da absolvição por “circunstâncias que excluam o crime ou isentem o réu de pena (arts. 20, 21, 22, 23, 26 e § 1º do art. 28, todos do Código Penal)”, certo é que não há irregularidade na “utilização de elemento indiciário no corpo da sentença” se ele não for o único dado a formar a convicção do Magistrado.

É o que se extrai do art. 155 da Lei Adjetiva, e é o que leciona Renato Brasileiro de Lima:

Destarte, elementos informativos não são idôneos para fundamentar uma condenação. Todavia, não devem ser completamente desprezados, podendo se somar à prova produzida em juízo e, assim, servir como mais um elemento na formação de convicção do julgador (*Código de Processo Penal comentado*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 520).

Sob este argumento, é inviável a rescisão do julgado.

3. A revisão ajuizada com fulcro em “prova nova” depende do surgimento de elemento probatório da inocência do Requerente (ou de circunstância apta a reduzir a pena irrogada). A sentença condenatória

já transitou em julgado, a prestação jurisdicional já foi entregue e foi atingido grau de certeza suficiente, na convicção do juiz natural, acerca da ocorrência do delito e de sua autoria. A desconsideração da *res judicata* precisa, portanto, de evidência que contrarie a conclusão atingida no processo-crime originário. Ou, nas palavras de Edilson Mougénou Bonfim, “a prova inédita deve ser contundente, não bastando a instauração de dúvida no espírito do julgador” (Curso de processo penal. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 916).

A “prova nova” consiste, principalmente, nas declarações da Vítima P. F. G. prestadas nos autos na Justificação Criminal 0000754-91.2014.8.24.0038, ocasião em que teria desmentido as acusações que dirigira ao Revisionando.

P. F. G., na justificação, disse que o Requerente E. L. G. não a teria manipulado eroticamente, e que tal ato teria sido cometido apenas pelo Corréu, E. C. G. A Ofendida declarou, ainda, que o Revisionando teria, efetivamente, molestado sua irmã C. S. C. (antes chamada C. S. G.; seu nome foi modificado depois da adoção, fls. 265-266); que esta não teria sido alvo das investidas de E. C. G.; e que mentira durante a ação penal por ter sido coagida por uma tal “M. L.”, irmã dos Acusados e tia das Vítimas. “M. L.” insistiu, segundo P. F. G., que esta acusasse E. L. G. falsamente porque não teria um relacionamento amistoso com o Requerente. Além disso, a Ofendida afirmou que a tia “ficou fazendo ameaças, ela disse que se eu contasse que era o E. C. G., ela ia lá na minha casa e ia me ameaçar de um monte de coisas”. Ao final de seu depoimento, P. F. G. declarou que esteve no Núcleo Regional de Joinville da Defensoria Pública Estadual para prestar a declaração da fl. 35 a pedido de “M.”, companheira do Requerente (mídia dos autos 0000754-91.2014.8.24.0038).

Sendo esta a prova que ampara o pedido de reforma do julgado, é preciso convir que a pretensão é fadada ao insucesso.

Primeiro porque “M. L.” não foi mencionada uma vez sequer durante a ação penal. O Requerente E. L. G., quando interrogado, não disse uma palavra no sentido de que sua irmã lhe quisesse tão mal a ponto de coagir sua sobrinha a acusá-lo falsamente (fl. 54). Ele também não forneceu declaração semelhante na Delegacia de Polícia (fls. 139-140).

É pouco crível que o Acusado, ciente de que “M. L.” nutria por ele tamanho desamor, não tenha imaginado que ela pudesse ser responsável por concatenar um plano envolvendo uma criança, uma adolescente (M. T. G., irmã das Ofendidas; mais sobre isso em seguida) e uma inverídica acusação de abuso sexual a ponto de não prestar qualquer informação útil neste sentido.

Segundo porque não se vê justificativa para que a “coação” de falsa acusação não tenha vindo à tona no primeiro momento possível (exceto, é claro, o fato de a imputação ser verdadeira; essa é a única justificativa imaginável). De acordo com o novo depoimento da Vítima, “M. L.” tê-la-ia orientado a acusar apenas o Revisando, assim como a ameaçara caso imputasse ao Corréu a prática de algum abuso sexual. Não obstante, na primeira ocasião em que foi formalmente ouvida, P. F. G. não hesitou e acusou E. C. G. (fl. 143).

É inconcebível que a ameaça possa ter tido caráter coator forte o suficiente para levar a Vítima a falsamente acusar um dos tios e, ao mesmo tempo, possa ter sido considerada tão irrelevante a ponto de ser solenemente ignorada e não ter impedido que a Ofendida imputasse a E. C. G. o delito que este havia cometido.

Terceiro porque a investigação teve início com a declaração que M. T. G., irmã das Ofendidas, prestou perante uma Assistente Social e uma Psicóloga. M. T. G., em novembro de 2000, declarou que “sofria muito pois sabe que ele [o Requerente] também mexe com suas irmãs pequenas, P. F. G., 4 anos, e C. S. G., 2 anos, colocando o dedo, manipulando a

genitália, e que as crianças choram” (fl. 120).

Ainda que, *ex concessis*, admita-se que P. F. G. foi coagida pela tia a falsear, não há nenhum elemento de prova que indique que M. T. G. tenha mentido movida pelo mesmo motivo.

E quarto porque foi a pedido de “M.”, companheira do Requerente, que a Vítima foi até o Núcleo Regional de Joinville da Defensoria Pública prestar a declaração que contrariava suas declarações anteriores. Não foi uma espontânea deliberação possivelmente ligada à culpa decorrente da injustiça causada por uma mentira, e sim uma consequência da provocação da consorte do Revisando, que indubitavelmente tem a soltura de E. L. G. entre seus interesses.

Por tais motivos, é certo que as declarações prestadas pela Vítima na Justificação Criminal 0000754-91.2014.8.24.0038 não tem o condão de, sozinhas, derruir os alicerces da condenação. Elas são pouco dignas de crédito se considerados apenas seus próprios termos, e são ainda mais inacreditáveis se comparadas com o restante do conjunto probatório.

Considerando, pois, que no curso da ação penal P. F. G. declarou, em três ocasiões (na Delegacia de Polícia, em Juízo e perante uma Psicóloga, fls. 143, 205 e 128, respectivamente), que o Requerente teria manipulado sua genitália; que a irmã mais nova da Vítima, C. S. C., também confirmou que os abusos teriam ocorrido nas duas fases processuais (fls. 144-145 e 272); e que M. T. G., irmã mais velha da Ofendida, ratificou a ocorrência do delito (foi, inclusive, a primeira a noticiá-lo, fl. 120), o sustentáculo da *res judicata* remanesce hígido.

A declaração firmada por N. G. dos S. (fl. 31), por fim, é irrelevante. O fato de tal pessoa não possuir informação que desabone a conduta do Requerente não tem qualquer utilidade como prova de que E. L. G. não abusou sexualmente de P. F. G., e é igualmente desimportante a circunstância de N. G. dos S. “não acreditar” que o Revisando possa ter sido o autor de um crime sexual.

Assim, é inviável a pretensão absolutória. A condenação de E. L. G., pois, deve ser mantida.

4. Quanto à dosimetria, por outro lado, a revisão é procedente.

Durante a instrução da ação penal, apenas as Vítimas e os Acusados foram ouvidos (como se vê no relatório da sentença, fl. 301). Por expressa disposição do art. 155 do Código de Processo Penal, é com base no conjunto probatório produzido sob o contraditório que a convicção do Magistrado deve ser formada, inclusive no que diz respeito ao *iter criminis*.

O Requerente e o Corréu negaram a prática de abuso contra C. S. C. (fls. 165-166 e 174-175). Esta Vítima teve o seguinte diálogo com o Doutor Juiz de Direito acerca do delito contra si perpetrado:

J.: E no seu caso, alguma vez eles mexeram com você?

D.: Tentaram, mas eu gritei.

J.: O que eles tentaram fazer?

D.: Levar eu para o quarto deles, mas eu peguei e chamei minha avó.

J.: E isso foi uma vez só?

D.: Foi várias.

J.: E alguma vez eles conseguiram te levar para o quarto efetivamente ou não chegou a acontecer?

D.: Mais ou menos.

J.: Nessa vez que aconteceu mais ou menos o que houve?

D.: Ele tentou colocar na cama e eu chamei meu pai que estava no quarto (fl. 272).

Como se vê, de acordo com a Ofendida, nenhum ato libidinoso foi contra ela efetivamente praticado.

Já o depoimento de P. F. G., sob o crivo do contraditório, tem o

seguinte teor:

Advertida do impedimento e da suspeição, tal qual estabelecido à legislação, a pessoa acima qualificada disse ser vítima, sendo, então descompromissada. Às perguntas formuladas, passou a responder, na presença da assistente social Andrea Tatiane Mafioletti do Lar Abdon Batista: que em uma determinada data estava na casa de sua tia, esposa do réu E. L. G., quando este retirou a vítima da sala e levou para outro cômodo da casa; que neste outro local o réu E. L. G. retirou a calça da menina, bem como sua calcinha; que o referido réu também se despiu e começou a passar a mão nos órgãos genitais da vítima; que o réu E. L. G. tentou introduzir o seu pênis na vagina da vítima, sem obter êxito; que logo em seguida, a tia chegou no local e o réu largou a vítima e esta saiu do local; que em outra data estava na casa de sua mãe e o seu tio E. C. G. lhe convidou para sair; que lhe levou para a casa de sua avó; que ao chegarem no local o réu levou a vítima para o quarto, retirou a sua roupa e deitou a vítima na cama; que o réu se despiu, deitou em cima da vítima e tentou introduzir seu pênis na vagina da menor; que tais fatos ocorreram apenas em uma oportunidade com cada um dos tios; que os tios visitavam a casa da menor constantemente (fl. 205).

A redação do termo de depoimento é deveras confusa e leva o intérprete a crer que, em determinadas passagens, a depoente fala de si (“na casa de sua tia”, “o seu tio E. C. G. lhe convidou para sair”), mas que no restante do depoimento, é a outra pessoa que se refere (“retirou a vítima da sala”, “deitou em cima da vítima e tentou introduzir seu pênis na vagina da menor”). Como, todavia, P. F. G. foi qualificada como “vítima”, e como não houve, na atermação, qualquer indicação de que outra pessoa seria o assunto principal do depoimento (é apenas o conhecimento prévio, de quem passou os olhos de relance sobre a denúncia e viu o número de pessoas ofendidas, que abre tal possibilidade no imaginário do intérprete), deve-se considerar que P. F. G., quando depôs em Juízo, tratou unicamente dos fatos que teriam acontecido consigo.

Isso, é verdade, suscita uma incongruência: se P. F. G. era testemunha ocular dos fatos que teriam acontecido com a irmã (ela disse isso em

termos unívocos na fase pré-processual, fl. 143), não se vê razão para que ela não tenha sido indagada acerca dos abusos cometidos contra C. S. C. Mas a alternativa é ainda mais prepóstera, pois equivale a concluir que, apesar de ter sido qualificada como “vítima”, P. F. G. não foi questionada uma vez sequer sobre o crime cometido contra ela.

E interpretando-se o termo de depoimento do modo menos absurdo possível, é preciso reconhecer que P. F. G. nada disse a respeito dos delitos cometidos contra a irmã, de modo que tal elemento de prova é inútil no que diz respeito ao iter criminis da infração penal praticada contra C. S. C.

Assim, em Juízo, a única prova é no sentido de que o Requerente e seu irmão tentaram praticar atos libidinosos com C. S. C., mas que tal Vítima, por ter gritado, frustrou a pretensão criminosa.

Não que haja dúvida acerca da consumação do delito. Os elementos informativos produzidos no inquérito deixam pouco espaço para a imaginação (M. T. G., C. S. C. e P. F. G. descreveram, nessa etapa, a ocorrência de manipulação erótica de modo bastante direto, fls. 120, 143 e 144-145), e até na justificação, quando P. F. G. foi a Juízo com a clara intenção de beneficiar, ainda que indevidamente, o Requerente, ela declarou que E. L. G. teria abusado apenas de sua irmã (como a transcrição do depoimento de P. F. G. efetuada no parecer da Procuradoria de Justiça Criminal revela, fl. 389).

Mas o art. 155 do Código de Processo Penal é taxativo, e em Juízo, até o trânsito em julgado, as provas não evidenciam a ocorrência da consumação do crime sexual cometido contra C. S. C. É preciso, pois, aplicar a causa de diminuição de pena do art. 14, parágrafo único, do Código Penal na dosimetria referente a este delito.

A fração de redução deve ser a máxima legalmente prevista, considerando-se que entre “levar a vítima para o quarto” e efetivamente praticar com ela ato libidinoso há uma série de outras condutas menores

que precisariam ser cometidas. Além disso, considerando que o objetivo do Requerente era levar a Ofendida para outro cômodo e lá abusar sexualmente dela, é preciso convir que ele praticou apenas parte do primeiro ato de uma cadeia que culminaria na consumação do crime.

A reprimenda, portanto, deve sofrer redução em 2/3. Como ela havia sido estabelecida, após a incidência da causa de aumento do art. 226, II, do Código Penal, em 7 anos e 6 meses de reclusão (fl. 307), ela é minorada para 2 anos e 6 meses.

Aplicada a regra do art. 69 da Lei Substantiva, a sanção final é minorada para 10 anos de reclusão.

Considerando, por fim, que a prova atinente ao iter criminis concernente ao Corrêu, E. C. G., é essencialmente a mesma acima apontada, é preciso estender a ele os efeitos da modificação da reprimenda promovida neste acórdão, nos mesmos termos em que beneficiado o Requerente.

Ante o exposto, vota-se pelo parcial deferimento da revisão, a fim de reduzir para 10 anos de reclusão a pena imposta a E. L. G. na Ação Penal 0000458-16.2007.8.24.0038, e de estender, *ex officio*, os efeitos deste acórdão ao Corrêu E. C. G., minorando sua reprimenda para 10 anos de reclusão.

Expeça-se comunicação à 3ª Vara Criminal da Comarca de Joinville, com referência aos autos 0003271-98.2016.8.24.0038 (PEC de E. C. G.) e 0001442-87.2013.8.24.0038 (PEC do Requerente).

PRIMEIRA CÂMARA CRIMINAL

Apelação Criminal n. 0005534-03.2015.8.24.0018, de Chapecó

Relator: Desembargador Norival Acácio Engel

APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME CONTRA A INCOLUMIDADE PÚBLICA. POSSE DE ARMA DE FOGO COM NUMERAÇÃO SUPRIMIDA E ENTREGA DO ARTEFATO À ADOLESCENTE (ART. 16, PARÁGRAFO ÚNICO, INCISOS IV E V, DA LEI N. 10.826/03). SENTENÇA CONDENATÓRIA. RECURSO DE AMBAS AS PARTES.

INSURGÊNCIA DA DEFESA.

PRELIMINAR. NULIDADE DAS PROVAS POR TEREM ORIGEM EM DENÚNCIA ANÔNIMA, ALÉM DE AUSÊNCIA DE MANDADO DE BUSCA E APREENSÃO. NÃO ACOLHIMENTO. DENÚNCIA ANÔNIMA APTA PARA DAR INÍCIO À INVESTIGAÇÃO POLICIAL. DELITO DE POSSE DE ARMA DE FOGO QUE É CRIME DE NATUREZA PERMANENTE, CUJO ESTADO DE FLAGRÂNCIA PROTRAI-SE NO TEMPO, AUTORIZANDO A BUSCA DOMICILIAR, AINDA QUE SEM MANDADO. INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 5º, INCISO XI, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.

MÉRITO. ABSOLVIÇÃO POR AUSÊNCIA DE PROVAS E NEGATIVA DE AUTORIA. IMPOSSIBILIDADE. MATERIALIDADE E AUTORIA DEVIDAMENTE COMPROVADAS. DEPOIMENTOS FIRMES E COERENTES DOS POLICIAIS MILITARES. POSSE DE ARMA DE FOGO COM NUMERAÇÃO SUPRIMIDA, PELO APELANTE, DEVIDAMENTE CARACTERIZADA. TESE DEFENSIVA NÃO COMPROVADA. CONDENAÇÃO MANTIDA.

RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.

IRRESIGNAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO.

DOSIMETRIA. PRIMEIRA FASE. CARACTERIZAÇÃO DESFAVORÁVEL DOS ANTECEDENTES CRIMINAIS E DA CONDUTA SOCIAL. VIABILIDADE. APELADO QUE POSSUI TRÊS CONDENAÇÕES TRANSITADAS EM JULGADO. POSSIBILIDADE DE UTILIZAÇÃO DE APENAS UMA DELAS PARA CONFIGURAR REINCIDÊNCIA. ADEQUAÇÃO DA PENA QUE SE IMPÕE.

ALTERAÇÃO DO REGIME DE CUMPRIMENTO DE PENA PARA O FECHADO. ACOLHIMENTO. PENA SUPERIOR A 4 ANOS DE RECLUSÃO. RÉU REINCIDENTE. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS QUE NÃO LHE SÃO TOTALMENTE FAVORÁVEIS. IMPOSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DO ENUNCIADO N. 269 DA SÚMULA DO STJ.

EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA REPRIMENDA. NOVA ORIENTAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (HC N. 126.292/SP) ADOTADA POR ESTA CÂMARA CRIMINAL (AUTOS N. 0000039-15.2016.8.24.0059). IMEDIATO CUMPRIMENTO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE QUE SE IMPÕE.

RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n. 0005534-03.2015.8.24.0018, da Comarca de Chapecó (1ª Vara Criminal) em que é Apte/Apdo Ministério Público do Estado de Santa Catarina e Apdo/Apte Adriano Alves.

A Primeira Câmara Criminal decidiu, por votação unânime, conhecer dos recursos, negar provimento ao interposto pelo Apelante/Apelado Adriano Alves e dar provimento ao interposto pelo Ministério Público, para majorar a reprimenda imposta ao Apelado/Apelante,

fixando-a, definitivamente, em 4 (quatro) anos e 8 (oito) meses de reclusão, em regime inicialmente fechado, e ao pagamento de 13 (treze) dias-multa. Com o pleno exercício do duplo grau de jurisdição, determina-se ao Juízo de origem a adoção das providências necessárias para o imediato cumprimento da pena, acaso isso já não esteja sendo observado. Custas legais.

O julgamento, realizado nesta data, foi presidido pelo Exmo. Sr. Des. Paulo Roberto Sartorato, com voto, e dele participou o Exmo. Sr. Des. Carlos Alberto Civinski. Funcionou como representante do Ministério Público o Exmo. Sr. Dr. Luiz Ricardo Pereira Cavalcanti.

Florianópolis, 09 de novembro de 2017.

Desembargador Norival Acácio Engel
Relator

RELATÓRIO

Na Comarca de Chapecó, o Ministério Público ofereceu denúncia contra Adriano Alves, dando-o como incurso nas sanções do art. 16, parágrafo único, incisos IV e V, da Lei n. 10.826/03, em razão dos fatos assim descritos (fls. 85-87):

No dia 30 de maio de 2015, por volta de 3h, na Rua Santo Expedito 330, Bairro Efapi, Loteamento Vila Páscoa, Município de Chapecó/SC, nesta Comarca, o denunciado Adriano Alves, no interior de sua residência, possuía e mantinha sob sua guarda arma de fogo e munições, consistente em um revólver marca “Rossi”, calibre .32, com número de série suprimido por processo de limagem, e seis munições intactas do mesmo calibre, sem autorização e em desacordo com a determinação legal e regulamentar.

Segundo o apurado, a Polícia Militar dirigiu-se ao local para atender uma ocorrência de perturbação do sossego na residência do denunciado. Com a chegada dos policiais, o denunciado, junto com a adolescente Gabriele

Abgail Machado de Souza, entraram correndo no interior da residência, o que chamou a atenção e levou a abordagem policial.

Assim foi que, no interior de um dos quartos, os policiais localizaram o denunciado Adriano deitado sob as cobertas com a adolescente Gabriele, porém, estando ambos vestidos, despertou a suspeita nos milicianos. Então, perguntados sobre a existência e localização da arma de fogo, a adolescente Gabriele retirou a arma, municiada com seis cartuchos intactos, do interior de suas vestes, entregando-a aos Policiais.

Destarte, o denunciado Adriano Alves possuía arma de fogo com numeração suprimida, e, ainda, entregou-a à adolescente Gabriele Abgail Machado de Souza, de 17 (dezesete) anos da data do fato, visando isentar sua responsabilidade no ato delituoso.

Após o regular trâmite do feito, foi julgada procedente a Denúncia para condenar Adriano Alves ao cumprimento da pena privativa de liberdade de 3 (três) anos e 6 (seis) meses de reclusão, em regime inicial semiaberto, e ao pagamento de 10 (dez) dias-multa, no valor unitário fixado em 1/30 (um trigésimo) do salário-mínimo vigente à época dos fatos, pela prática do crime tipificado no art. 16, parágrafo único, incisos IV e V, da Lei n. 10.826/03 (fls. 190-201).

Irresignados, Adriano Alves e o Ministério Público interpuuseram recursos de Apelação.

Em suas Razões (fls. 230-244), Adriano Alves requereu, preliminarmente, a nulidade de todas as provas contidas nos autos, porquanto obtidas de maneira ilícita, haja vista os policiais terem adentrado à sua residência sem mandado judicial, somente em virtude de uma denúncia anônima por perturbação de sossego alheio, que é contravenção penal. Alega, ademais, que denúncia anônima não pode ensejar procedimento investigatório, por ofensa aos direitos e garantias individuais.

No mérito, pleiteou sua absolvição, sob o fundamento de ausência de provas para embasar o decreto condenatório.

O Ministério Público, por sua vez (fls. 213-219), pugnou pela majoração da pena-base imposta ao Apelado/Apelante, porquanto negativas as circunstâncias judiciais de antecedentes criminais e conduta social, uma vez que ele ostenta 3 condenações transitadas em julgado, tendo o Magistrado singular reconhecido somente a reincidência e acrescido 6 meses à pena, na segunda fase (1/6), desconsiderando a multirreincidência. Por consequência requer, ainda, a alteração do regime inicial do cumprimento da pena para o fechado.

Apresentadas as Contrarrazões (fls. 248-269 e 309-318), os autos ascenderam a este Tribunal, oportunidade em que a douta Procuradoria Geral de Justiça, em parecer da lavra do Exmo. Sr. Dr. Francisco Bissoli Filho, manifestou-se pelo conhecimento dos recursos, mas pelo provimento, apenas, daquele interposto por Adriano Alves.

Este é o relatório.

VOTO

Os recursos merecem conhecimento, por próprios e tempestivos.

1 Do recurso de Adriano Alves

1.1 Da preliminar

O Apelante/Apelado alega, preliminarmente, a nulidade de todas as provas contidas nos autos, pelo fato de o procedimento investigatório ter sido iniciado em virtude de denúncia anônima, o que ofende os direitos e garantias individuais e, ainda, porque as provas foram obtidas de maneira ilícita, tendo em vista que os policiais adentraram à sua residência sem mandado judicial.

Sem razão. Vejamos.

Inicialmente, ressalte-se que, quanto à alegação de nulidade pelo fato de a investigação ter sido iniciada com base em denúncias anônimas, esta

não merece respaldo, pois é cediço que eventuais vícios ocorridos na fase administrativa não são suficientes para contaminar o desenvolvimento da ação penal, haja vista o caráter meramente informativo do inquérito policial.

Nesta seara, segundo o Exmo. Desembargador Paulo Roberto Sartorato, no julgamento da Apelação Criminal n. 0005304-86.2011.8.24.0054, de Rio do Sul, realizado em 29-11-2016: “Inquérito policial que constitui procedimento administrativo inquisitório e preparatório, cuja finalidade é a colheita de elementos de informação quanto à autoria e à materialidade do delito. Eventuais vícios não geram nulidade, nem maculam a ação penal, porquanto é em juízo que o contraditório e a ampla defesa devem ser assegurados”.

Ademais, os Tribunais Superiores “firmaram o entendimento de que a notícia anônima sobre eventual prática criminosa, por si só, não é idônea para a instauração de inquérito policial ou deflagração da ação penal, prestando-se, contudo, a embasar procedimentos investigativos preliminares em busca de indícios que corroborem as informações, os quais tornam legítima a persecução criminal estatal” (RHC 53.294/RS, Rel. Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, julgado em 12-9-2017, DJe 20-9-2017).

E, no presente caso, a prisão em flagrante do Apelante/Apelado não se deu em virtude da denúncia anônima, mesmo porque esta referia-se à contravenção de perturbação ao sossego alheio, mas sim por intermédio dela, que levou os policiais militares ao local do delito, oportunidade em que realizaram a abordagem do Recorrente/Recorrido e demais presentes, logrando apreender uma arma de fogo, calibre .32, fato que resultou sua prisão.

Quanto à alegação do Apelante/Apelado no sentido de que as provas foram obtidas de maneira ilícita, tendo em vista que os policiais adentraram à sua residência sem mandado judicial, também não merece

guardada.

Isso porque, é certo que a entrada dos Policiais Militares na residência do Apelante/Apelado se deu em virtude do estado de flagrância.

Aqui cumpre anotar que ao ser verificada a prática de crime em flagrante (arts. 302 e 303 do Código de Processo Penal), torna-se perfeitamente legítimo o ingresso da força policial em domicílio alheio, mesmo sem Mandado de Busca e Apreensão, conforme exceção prevista no art. 5º, inciso XI, da Constituição Federal:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

XI - a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial;

[...]

Sobre o tema, leciona Renato Brasileiro de Lima:

Prisão em flagrante em crime permanente: crime permanente é aquele cuja consumação, pela natureza do bem jurídico ofendido, pode protrair-se no tempo, detendo o agente o poder de fazer cessar o estado antijurídico por ele realizado [...] Nesses casos, enquanto não cessar a permanência, o agente encontra-se em situação de flagrância, ensejando, assim, a efetivação de sua prisão em flagrante, independentemente de prévia autorização judicial [...] a Constituição Federal autoriza a violação ao domicílio mesmo sem prévia autorização judicial (art. 5º, XI) (*in Código penal comentado*. 2 ed. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 839).

Igual entendimento é encontrado no Superior Tribunal de Justiça, valendo destacar o RHC 85.831, de Mato Grosso do Sul, Quinta Turma, de Relatoria do eminente Ministro Joel Ilan Paciornik, julgado em 27-9-

2017:

RECURSO ORDINÁRIO EM *HABEAS CORPUS*. POSSE OU PORTE DE ARMA DE FOGO E MUNIÇÕES DE USO RESTRITO. ILEGALIDADE DA BUSCA E APREENSÃO. CRIME PERMANENTE. DESNECESSIDADE DE MANDADO JUDICIAL. SITUAÇÃO DE FLAGRÂNCIA. DECISÃO DE RECEBIMENTO DA DENÚNCIA. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. INEXISTÊNCIA DE NULIDADE. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. RECURSO DESPROVIDO.

1. Com relação às provas, o Tribunal de origem afirmou a legalidade da busca e apreensão realizada na residência do recorrente, em consonância com a jurisprudência consolidada nesta Corte Superior, no sentido de que, tratando-se de crime permanente, não há ilegalidade na busca e apreensão por violação de domicílio, uma vez que a própria Constituição Federal autoriza a entrada da autoridade policial seja durante o dia, seja durante a noite, independente da expedição de mandado judicial.

Cumprido destacar, ainda, que o fato dos policiais terem sido recebidos com disparos de arma de fogo realizados pelos segurantes da propriedade, que em seguida fugiram para o interior da residência, por si só é suficiente para justificar a medida de busca e apreensão em residência.

Do mesmo modo, ainda que pairasse qualquer dúvida sobre a legalidade da busca e apreensão realizada, esta não seria suficiente para o trancamento da ação penal, uma vez que o crime de posse irregular de arma de fogo de uso restrito é do tipo permanente, o qual autoriza a prisão em flagrante no interior do domicílio, independente de mandado judicial [...].

Não destoam o entendimento desta Câmara, no Habeas Corpus n. 4011220-88.2017.8.24.0000, de Barra Velha, de Relatoria do eminente Desembargador Carlos Alberto Civinski, julgado em 22-6-2017:

HABEAS CORPUS. IMPUTADA A PRÁTICA DOS CRIMES DE TRÁFICO DE DROGAS (ARTIGO 33 DA LEI 11.343/2006), ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO (ARTIGO 35 DA LEI 11.343/2006), RECEPÇÃO (ARTIGO 180 DO CÓDIGO PENAL) E POSSE IRREGULAR DE ARMA DE FOGO DE USO

PERMITIDO (ARTIGO 12 DA LEI 10.826/2003). [...] ALEGAÇÃO DE NULIDADE DO FLAGRANTE POR AUSÊNCIA DE MANDADO DE BUSCA E APREENSÃO. DESCABIMENTO. DELITOS DE TRÁFICO DE DROGAS (NA MODALIDADE TER EM DEPÓSITO), DE RECEPÇÃO (NA MODALIDADE OCULTAR) E DE POSSE IRREGULAR DE ARMA DE FOGO (NA MODALIDADE MANTER SOB SUA GUARDA) QUE SÃO CRIMES DE NATUREZA PERMANENTE, CUJO MOMENTO DO FLAGRANTE PROTRAI-SE NO TEMPO, AUTORIZANDO A VIOLAÇÃO DE DOMICÍLIO, AINDA QUE SEM MANDADO. EXEGESE DO ARTIGO 5º, INCISO XI, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988.

[...] - A hipótese em que o agente é surpreendido enquanto, em tese, praticava crime considerado permanente, constitui situação apta a excepcionar a garantia constitucional da inviolabilidade do domicílio, dispensando-se a expedição de mandado judicial para dar legitimidade ao ingresso da autoridade policial na residência do acusado [...].

Dessarte, restando “presente o estado de flagrância, é legítimo o ingresso dos agentes públicos na residência onde é implementado o tráfico de drogas, mesmo sem mandado de busca e apreensão, nos termos da excepcionalidade disposta no inc. XI do art. 5º da Constituição Federal, sem vício de ilicitude da prova por suposta violação do domicílio” (Apelação Criminal n. 2015.001526-5, de São José, Rel. Des. Sérgio Rizelo, j. em 21-7-2015).

Assim, não há falar em ilicitude na coleta das provas, que embasaram a condenação do Apelante/Apelado, pois a entrada na residência se deu em razão do estado de flagrância, razão pela qual, afasta-se a preliminar aventada.

1.2 Do mérito

O Apelante/Apelado requer sua absolvição, alegando, em síntese, ausência de provas aptas para embasar o decreto condenatório e negativa de autoria. Porém, razão não lhe assiste. Vejamos.

A materialidade e autoria estão plenamente comprovadas por intermédio do Boletim de Ocorrência (fls. 3-4), Auto de Exibição e Apreensão (fl. 8), Laudo Pericial (fls. 74-79) e, ainda, pela prova oral produzida em ambas as fases procedimentais.

O Policial Militar Aleson Borges Esteres, sob o crivo do contraditório, confirmando o depoimento prestado na fase administrativa à fl. 5, relatou como os fatos ocorreram, veja-se (mídia eletrônica de fl. 141):

[...] bom, inicialmente começou com uma ocorrência anterior né, com a guarnição de rádio patrulha; no local lá tinha perturbação por som alto e aí numa segunda situação eles pediram auxílio à nossa guarnição pra fazer abordagem na residência; e chegamos lá foi constatado o som, foi feita abordagem nas pessoas que tavam na residência; hum, revista pessoal num primeiro momento não foi, não foi nada encontrado né; até na hora de chegada da guarnição uns correram e tal; inclusive o..., acredito que o réu e a..., uma feminina também correram, deitaram numa cama; a gente foi lá, fez abordagem, eles tavam deitado com roupa, com calça tudo e a cama tava fria ainda, trouxemos eles pra fora e fizemos as revistas; não foi revista a moça num primeiro momento; hum, aí, em buscas, ficou, tava na proteção de tela de um telefone uma arma de fogo; e a gente olhou que ela, aquele telefone tinha a data da foto, fazia 15 ou 20 minutos da nossa abordagem; então subentende-se que a arma tava ali né; aí continuamos a investigar e tal; fazer perguntas; tanto que posterior a gente afastou as femininas né dos masculinos e uma feminina tirou, que tava junto com o réu, com o acusado lá na cama, tirou uma, um revólver se não me engano calibre .38, .32, de dentro das vestes pessoais né, de dentro da calcinha; e aí entregou pra guarnição; diante da situação foi conduzido o casal aí pra CPP; [...] devia ter aproximadamente umas 10 pessoas no local e aí a gente chegou e a gente percebeu que foi os dois pra dentro da residência; um colega meu de guarnição, ele entrou na residência e aí até pediu apoio, quando a gente chegou lá tavam os dois deitado na cama; [...] deitado, com roupa e tal e a cama nem tava... a gente constatou que eles correram e tentaram deitar lá pra disfarçar e não dormir né [...]; não, na cama só os dois, até porque a casa ela não tinha, tudo divisão de cortina né... é meio complexo lá, mas na cama, no quarto, só tava

os dois, só o casal; [...] sim, todo o tempo (as femininas ficaram sob vigilância); [...] ela falou que ela tava segurando a arma, mas não disse de quem que era; [...] só tinha a mão, a mão de um masculino com a arma (na foto encontrada no celular); no momento da abordagem ele tava no chão, na frente dos revistados ali e ninguém se acusou né, de propriedade, ninguém (o celular); [...] não, como eu falei né, não posso afirmar, com certeza, porque na cama tava ele e a menina, certo?! A menina menor e a gente encontrou a arma nas vestes íntimas da menina [...].

O também Policial Militar Marlon Felipe Schmitz, corroborando o depoimento de seu colega, assim como suas próprias afirmações na fase inquisitiva, declarou, perante a autoridade judicial (mídia eletrônica de fl. 147):

[...] a guarnição tava trabalhando na Efapi lá e foi acionada via COPOM pra atender uma ocorrência de perturbação de som alto; num primeiro momento a guarnição foi até o local, viu que tinha vários masculinos, femininas e dentre os masculinos, vários conhecidos já pela... pelo meio policial, por outros envolvimento [...] ; aí num primeiro momento a guarnição solicitou como é de padrão né, solicita que o pessoal abaixe o som ou desligue o som, se for muito exagerado, e o pessoal concordou, a guarnição saiu; [...] e aí a gente já avisou, inclusive, a Central, que caso desse de novo perturbação lá, teria que mandar reforço porque o pessoal era meio, meio chatinho né; isso, complicado, exatamente; difícil de lidar né; não deu outra, deu acho que umas duas horas depois, eu não lembro certo o tempo, o intervalo que deu ali, deu novamente uma ocorrência no mesmo local, aí a guarnição esperou, solicitou reforço né, através do 190 da CRE, do COPOM; a CRE enviou então uma viatura pra, duas viaturas pra auxiliarem a gente; e veio o tático; aí a gente chegou na casa; a hora que a gente chegou na casa um casal entrou correndo pra dentro do... da casa; viu a viatura, disparou, entrou dentro de casa; aí nisso eu e mais outro rapaz fomos atrás porque, no mínimo suspeito né a atitude deles; não teria porque sair correndo né; aí o PPT, pessoal, acalmou o pessoal lá fora, revistou o pessoal; a gente foi até o quarto que tavam né, que encontramos esse casal deitado na cama, cobertos, só que de roupa, tudo, sem, como é que eu vou dizer!? Não tavam dormindo né; [...] isso, a gente os viu correndo pra dentro de casa né; [...] a gente trouxe eles

pra fora, revistamos o masculino; não tinha nenhuma feminina lá no local pra revistar, não tinha nenhuma policial feminina né pra revistar as mulheres; [...] numa consulta posterior ali no celular de um dos que tavam lá, uns menores, que eram inclusive conhecidos já por porte de arma e disparo de arma de fogo, a gente viu uma foto tirada no mesmo dia, datada no mesmo dia com... de um revólver; aí a gente questionou né, onde é que tá o revólver; daí eles não falavam [...]; daí suspeitamos do casal né; começamos a direcionar as perguntas pra aquele casal; aí nisso a feminina que entregou, tirou do meio, tirou das calças dela, tava bem escondido né, tirou das calças o revólver e apresentou pra gente; [...] ela falou que era dela; [...] aparecia esse, um menor, dono do celular, aparecia a mão dele, no caso [...]; era desse da foto (o celular) [...].

Inferese dos depoimentos dos policiais que, em síntese, estava ocorrendo uma festa na residência do Apelante/Apelado e, em razão do alto volume do som no local, houve denúncias anônimas por perturbação de sossego alheio, fato que levou os milicianos a se deslocarem até o endereço indicado.

Passado algum tempo da primeira ida dos policiais à residência do Apelante/Apelado, foram recebidas outras denúncias, dando conta de que a perturbação do sossego alheio ainda persistia. Ato contínuo, solicitado apoio de outras guarnições, os policiais militares novamente se dirigiram ao local.

Ao chegarem, avistaram o Apelante/Apelado e a adolescente, à época dos fatos, Gabriele, correrem para o interior da residência, o que gerou desconfiança nos policiais, tendo estes, seguido o casal imediatamente. Encontrado o casal no quarto da casa, deitados embaixo das cobertas, os agentes públicos constataram que eles estavam tentando simular que estavam dormindo, todavia, ambos estavam vestidos e, ademais, a cama estava “fria”, restando claro que haviam acabado de se deitar.

Ressalte-se, na abordagem realizada nos homens presentes no local, nada foi encontrado, não tendo sido a adolescente revistada em virtude

da ausência de policial feminina. Em seguida, no entanto, os agentes públicos encontraram um celular, cuja proteção de tela era a fotografia de uma arma de fogo, imagem esta capturada apenas momentos antes, o que levou-os a crer que havia um artefato bélico em posse de alguém.

Diante disso, indagados os presentes, ninguém assumiu a propriedade da arma. Logo, desconfiados do casal, por terem saído correndo e tentado ludibriá-los, passaram a questionar Adriano e Gabriele, momento em que esta entregou o revólver, que estava escondido sob suas vestes.

Tem-se, destarte, que Adriano, no intuito de eximir-se da responsabilidade penal e evitar a prisão em flagrante, passou a arma de fogo para Gabriele, no momento em que correram para o quarto, aproveitando-se da condição de adolescente da mesma e, por isso, inimputável.

O Apelante/Apelado e as testemunhas de defesa, por sua vez, apresentaram versão nada crível, além de contraditórias, para o deslinde dos fatos.

Gabriele Abgail Machado de Souza, na fase policial, declarou (fl. 9):

Que conhece Adriano Alves há 07 meses e estão mantendo um relacionamento conjugal; Que tem conhecimento de que Adriano Alves possui “passagens policiais”; Que não reside na mesma residência que Adriano Alves; Que nesta noite estava na casa de Adriano ouvindo música alta; Que a PM esteve no local e efetuou a abordagem na declarante e em Adriano; Que a declarante escondeu em sua calça um revólver calibre .32, o qual não sabe a marca; Que acredita que no tambor da arma cabem 06 munições, mas não tem certeza; Que acha que a arma possui numeração suprimida, pois ouviu os policiais comentando, mas não tem certeza.

Em Juízo, todavia, Gabriele afirmou ter conhecido Adriano somente naquele dia, indo de encontro ao que ela mesma falou em sede administrativa. Além disso, contrariamente ao relatado pelos policiais,

disse que ficou na sala da residência sem vigilância alguma, momento em que a filha do Apelante/Apelado, passou-lhe a arma de fogo sem que ninguém visse (mídia eletrônica de fl. 141):

[...] eu conheci o irmão dele por meio de uma rede social e fui convidada a ir numa festa, foi nessa festa, lá no bairro [...]; chegando lá, conheci o Adriano... a gente tava conversando, a filha dele tava junto; aí, por volta de uma meia noite, tava frio, daí tava todo mundo lá fora, a gente entrou dentro; daí tava eu, ele e a filha dele lá no quarto conversando; aí acho que por denúncia, não sei, a polícia chegou e ele foi ver o que tinha acontecido lá fora; chegou o Jhonatan, que é o “Tetinha”, com o revólver, passou pra Stephanie e daí, até então daí o Adriano tava lá fora; ele não sabia do revólver porque o “Tetinha” tinha entrado pra dentro do quarto e daí passou pra Stephanie e a gente foi lá fora; a Stephanie tava com o revólver, a polícia revistou todo mundo, mandou eu e a Stephanie entrar; foi aí que ela falou que ela tava com um revólver; que ela tava com muito medo; e daí eu peguei; e escondi; daí a polícia começou a perguntar porque tinham visto uma foto num telefone do revólver [...]; eu não sei de quem que foi (o telefone); e daí eles viram que tinha... foi feito a foto naquela casa e daí nisso a polícia mandou a gente entrar, daí a gente entrou; daí começaram a perguntar onde tava o revólver e eu me senti muito pressionada e entreguei; [...] foi lá na sala (que ela recebeu a arma de Stephanie); [...] foi uma meia hora depois (que a polícia chegou e ela pegou a arma); [...] os policiais não ficaram muito perto de nós [...]; não (na hora em que a polícia chegou não estava em uma cama, embaixo da coberta, com Adriano); [...] era um calibre .32 (a arma que foi passada para ela); [...] era prata; falei (você disse na Delegacia que conhecia o Adriano há sete meses); [...] aquele dia eu tava sob forte pressão; a que eu to dizendo agora (é a versão verdadeira); [...] no dia da Delegacia eu menti porque eu tava com medo sei lá [...].

Como se vê, a versão de Gabriele destoa completamente daquela apresentada pelos policiais militares, os quais declararam que as femininas ficaram sob vigilância durante toda a abordagem, sendo impossível, pois, que ela tivesse recebido a arma de outra pessoa.

Ademais, destaque-se que os agentes públicos em momento algum

citaram a presença da filha do Apelante/Apelado no quarto onde o casal foi encontrado, deitado na cama.

Na tentativa de corroborar a versão defensiva, o adolescente Jhonatan de Matos Meira, já conhecido no meio policial, declarou em Juízo (mídia eletrônica de fl. 141):

[...] Eu tava correndo da polícia; daí eu atravessei o mato daí cheguei na casa né, correndo pra se esconder daí; daí eu fiz a vorta por trás lá na porta pra se esconder, daí quando eu vi, di o revólve pra Stephanie; é a filha dele; não (não conhecia o Adriano); [...] é (vc conhecia a Stephanie mas não conhecia o Adriano, é isso?); o celular era meu; não tenho mais; tinha (fotografia); do meu revólve; não (não conhecia mais ninguém na casa); [...]; não (não conhecia os moradores); [...] por causa que eu tava com a arma (correndo da polícia); tinha comprado (a arma); [...] foi a hora que eu cheguei correndo, tava fugindo (que passou a arma pra Stephanie); [...]; era minha; [...] na cozinha (estava a Stephanie); era uma .32; tinha 6 (cartuchos); [...] não era iguais ... tinha umas que era cvc outras não; daí tinha uma bala também que era explosiva; uma bala ponta oca; [...]; de nenhum lugar (conhecia a Stephanie) [...].

O Apelante/Apelado, Adriano Alves, embora tenha permanecido em silêncio na fase policial (fl. 11), declarou, sob o crivo do contraditório, que (mídia eletrônica de fl. 141):

[...] meu irmão me apresentou ela, tava conversando com ela e eu realmente eu queria ficar com ela [...]; até eu tava brigando com meus irmão pra eles pararem com aquela folia lá em casa; pra não dá incômodo né; daí eu fui me deitar; fui me deitar na verdade não; nós tava sentado na cama, eu, a minha filha e ela; nós tava conversando sentado lá dentro do quarto; nisso que nós entramo pra dentro nós fiquemo sentado lá, não deu uns 15, 20 minuto, a polícia entrou corendo pra drento; entrou um monte de gente num curridão, pa dentro, num gritado, curidão e daí eu levantei pra ver o que era que tava acontecendo; nós tava sentado; no que eu levantei um policial já me enquadrrou; pela porta de trás do quarto; me levou pa frente; me levou lá pa área junto cos outros que tavam lá; e nisso esse piazzino entrou corendo pa dentro de casa; que eu nunca tinha visto na minha frente; eu to preso desde 2008; [...] no

telefone desse piazinho... e acharam as foto no telefone dele, e aí queriam a arma; entraram pa dentro da casa da minha mãe de novo e começaram a quebrar tudo; [...] daí pegaram a minha filha e a menina e levaram la drento e pediram pa menina e a menina entregou a arma; [...] eu nem tava sabendo de nada; [...] isso (a polícia chegou e abordou vocês no quarto?); [...] não, não vi (não viu nenhum contato do “Tetinha” com a sua filha?); não (Ela não saiu do quarto? Ela ficou lá?); [...] fazia 42 minuto que tinham batido aquela foto [...].

Nota-se que o Apelante/Apelado, em conluio com o adolescente, à época, Jhonatan de Matos Meira, tem o condão de atribuir a propriedade da arma de fogo a este, por ser ele inimputável, livrando-se, assim, da responsabilidade penal.

Jhonatan, todavia, trouxe aos autos versão, no mínimo, estranha, para sustentar sua tese. Afirmou estar fugindo da polícia e ter entrado em uma residência, onde entregou a arma para Stephanie, filha de Adriano. Porém, no mesmo depoimento, declarou inicialmente que conhecia Stephanie, mas, posteriormente, questionado pelo Magistrado, disse que não a conhecia de lugar nenhum.

A estória sustentada é completamente inverossímil, principalmente pelo fato de o adolescente sequer ter sido citado pelos policiais militares que realizaram o flagrante. Em nenhuma das oportunidades em que foram ouvidos declararam correr atrás de alguém que estivesse portando arma de fogo. Ao revés, afirmaram que foram à residência do Apelante/Apelado atender uma ocorrência de perturbação de sossego alheio, oportunidade em que lograram encontrar a arma de fogo apreendida, somente por terem visto sua fotografia em um celular, que estava no local. Demais disso, os policiais afirmaram que no quarto estavam somente o Apelante/Apelado e Gabriele, não estando presente a filha daquele, ao contrário do que sustenta a defesa.

E, como bem ressaltou o douto Promotor de Justiça nas Contrarrazões Recursais (fl. 264):

Além do mais, o adolescente diz ser sua a mão que aparecia na fotografia segurando a arma. Veja-se que os policiais afirmaram que a fotografia teria sido aproximadamente 20 (vinte) minutos antes da abordagem. O que demonstra mais uma vez que a testemunha Jhonatan mente quando diz que chegou correndo devido a uma perseguição e logo entregou a arma para as adolescentes.

O fato de ser a mão do adolescente na fotografia não exclui a autoria do recorrente. Ora, plenamente possível que o apelante tenha emprestado a arma para o adolescente tirar a foto.

Ressalte-se, as testemunhas Daiana Cristina Fillipi Alessi e Jackson Cela, ouvidos pela autoridade judicial, já tinham saído da residência quando a arma de fogo foi apreendida.

Daiana Cristina Fillipi Alessi (mídia eletrônica de fl. 141):

[...] nós tava jantando lá né, nós saímo de lá da casa, e uma pessoa entrou correndo... lá ... e a polícia entrou atrás [...] eu recém tinha saído de lá, nós tava no começo do mato ali; é o rapaz que ta ali fora (quem entrou correndo); [...] nada (sobre essa arma o que vc sabe?)

Jackson Cela (mídia eletrônica de fl. 141):

[...] nós tava na casa, mas daí nós saímo, da casa, quando entremo na área verde na frente da casa dele, os policial chegaram ali [...]; sim, o rapazinho que ta ali fora (entrou correndo); não (não o conhecia); não sei o motivo (que ele entrou correndo na casa); [...] eu não conheço a filha dele (filha do Adriano) [...]; acho que ia ficar com a menina, não sei (com a Gabriele) [...].

Não obstante, sendo Jhonatan inimputável e tendo plena consciência desta condição, não há razão para que no momento dos fatos não tivesse assumido a propriedade da arma de fogo, vindo a fazê-lo somente em Juízo. Do mesmo modo, causa muita estranheza outra adolescente ter recebido uma arma de fogo de uma pessoa desconhecida, que entrou em sua residência correndo. Assim, verifica-se que a narrativa da defesa não encontra sustentação.

De outra banda, os policiais militares foram uníssonos em suas declarações, até mesmo nos detalhes de como ocorreram os fatos, tanto na fase administrativa como na judicial, mantendo a versão de que a arma de fogo foi entregue a eles por Gabriele, a qual estava no quarto juntamente do Apelante/Apelado, quem de fato possuía o artefato bélico e o mantinha sob depósito.

A propósito, por assemelhar-se ao caso sob análise, cita-se a Apelação Criminal n. 0000810-61.2014.8.24.0059, de São Carlos, de Relatoria da Exma. Desembargadora Cinthia Beatriz da Silva Bittencourt Schaefer, julgada em 27-7-2017:

APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME DE PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO COM NUMERAÇÃO SUPRIMIDA (ART. 16, PARÁGRAFO ÚNICO, INCISO IV, LEI N. 10.826/03). SENTENÇA CONDENATÓRIA. INSURGÊNCIA DA DEFESA. [...] PLEITO DE ABSOLVIÇÃO PELA AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DA PROPRIEDADE DAS ARMAS. PRESCINDIBILIDADE. CRIME DE MERA CONDUTA E DE PERIGO ABSTRATO. TIPO QUE SE PERFECTIBILIZA COM A MERA POSSE, POUCO IMPORTANDO A PROPRIEDADE DOS ARTEFATOS. CONDENAÇÃO MANTIDA [...].

Aliás, não se diga que os testemunhos dos agentes públicos não podem sustentar um decreto condenatório, porquanto tais depoimentos, quando apresentados sob o crivo do contraditório, sem qualquer suspeita, possuem presunção de veracidade e podem amparar a Sentença Condenatória.

Diante do exposto, não há como acolher a pretensão absolutória, sendo imperativa manutenção da condenação do Apelante/Apelado pela prática do delito tipificado no art. 16, parágrafo único, incisos IV e V, da Lei n. 10.826/03.

Destaque-se, por fim, em sede de Contrarrazões Recursais, a Defesa alega a inconstitucionalidade da agravante de reincidência. Todavia, o

pleito não merece conhecimento.

Isso porque esta Corte de Justiça já sedimentou o entendimento de que pedidos formulados em Contrarrazões serão analisados somente quando apresentados dentro do prazo recursal, ou seja, em 5 (cinco) dias, conforme determinado pelo art. 593 do Código de Processo Penal.

No presente caso, a Defesa interpôs Apelação Criminal no prazo quinquenal, oportunidade em que não alegou a mencionada tese, trazendo-a à discussão somente em Contrarrazões, já fora do prazo estipulado pela legislação em vigor.

Em caso semelhante, esta Câmara já se manifestou. Cite-se, a exemplo, a Apelação Criminal n. 0004132-81.2015.8.24.0018, de Chapecó, de Relatoria do Exmo. Desembargador Carlos Alberto Civinski, julgada em 15-3-2016:

PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME CONTRA O PATRIMÔNIO. ROUBO (CP, ART. 157, *CAPUT*). SENTENÇA CONDENATÓRIA.

1. PEDIDOS FORMULADOS PELO MINISTÉRIO PÚBLICO, NA CONDIÇÃO DE TITULAR/AUTOR DA AÇÃO PENAL PÚBLICA INCONDICIONADA, EM CONTRARRAZÕES. APRESENTAÇÃO FORA DO PRAZO LEGAL. NÃO CONHECIMENTO.

[...]

- Os pedidos formulados pelo Ministério Público, na condição de titular/autor da ação penal pública incondicionada, em contrarrazões, somente podem ser conhecidos se a petição for protocolada dentro do prazo recursal previsto no art. 593, *caput*, do Código de Processo Penal, isto é, em 5 (cinco) dias [...] (TJSC, Apelação n. 0004132-81.2015.8.24.0018, de Chapecó, rel. Des. Carlos Alberto Civinski, Primeira Câmara Criminal, j. 15-03-2016).

2 Do recurso do Ministério Público

O Ministério Público insurge-se contra a sentença somente no que

diz respeito à dosimetria da pena na primeira fase e, por consequência, quanto ao regime fixado.

Sustenta, em síntese, que a pena-base deveria ter sido aplicada acima do mínimo legal, porquanto o Apelado/Apelante possui três condenações transitadas em julgado em data anterior aos fatos, que poderiam ter sido utilizadas para configurar os maus antecedentes, além de conduta social desvirtuada, bastando apenas uma delas para caracterizar a reincidência.

Ao analisar a r. Sentença condenatória (fls. 199-200) constata-se que o Magistrado a quo, ao aplicar a pena na primeira fase, deixou de majorá-la, pois se utilizou das condenações do Apelado/Apelante somente para caracterizar a reincidência, veja-se:

No que tange às circunstâncias judiciais do artigo 59 do Código Penal, verifico que a culpabilidade do réu, como grau de reprovabilidade de sua conduta, é normal à espécie. O réu possui antecedentes que caracterizam reincidência, daí porque serão examinados na segunda fase. Sua conduta social não é conhecida. Não há elementos para se aferir sua personalidade. Os motivos do crime não foram apurados com segurança. As circunstâncias do crime não ensejam maior reprovabilidade. O comportamento da vítima não contribuiu para a prática do crime.

Considerando as circunstâncias supra-analisadas, fixo a pena-base em 03 (três) anos de reclusão e 10 (dez) dias-multa.

Aplicável a agravante da reincidência, pois o réu registra condenações definitivas que transitaram em julgado antes da data do fato, a teor das certidões de fls. 30, 32 e 34. Em consequência, majoro a reprimenda para 03 (três) anos e 06 (seis) meses de reclusão.

Inexistem circunstâncias atenuantes, tampouco causas gerais ou especiais de aumento ou diminuição das penas, as quais, em consequência, torno definitivas em 03 (três) anos e 06 (seis) meses de reclusão e 10 (dez) dias-multa.

Verifica-se que, na segunda fase da dosimetria, o Sentenciante utilizou-se de 3 (três) condenações para agravar a reprimenda (autos

n. 969062009.8.24.0018, fl. 30; autos n. 13519722008.5.24.0018, fl. 32 e autos n. 3410282007.8.24.0018, fl. 34), sem, contudo, considerar a multirreincidência, impondo um aumento na pena-base na fração de apenas 1/6 (um sexto).

Neste ponto, cumpre ressaltar que “A existência de diversas condenações transitadas em julgado permite o reconhecimento, na primeira fase da dosimetria, das circunstâncias judiciais dos maus antecedentes, da conduta social desvirtuada e da personalidade voltada para a prática de delitos, inexistindo bis in idem” (TJSC, Apelação Criminal n. 0000889-06.2017.8.24.0004, de Araranguá, rel. Des. Carlos Alberto Civinski, j. 21-9-2017).

Sobre a possibilidade de exasperar a reprimenda na primeira fase (antecedentes criminais e conduta social) e na segunda (reincidência), quando existir mais de uma condenação apta para tanto, já se manifestou esta Câmara, também, na Apelação Criminal n. 0004294-69.2008.8.24.0035, de Ituporanga, da Relatoria do eminente Desembargador Paulo Roberto Sartorato, julgada em 20-04-2017:

[...] DOSIMETRIA. PRIMEIRA FASE. PEDIDO DE UM DOS APELANTES DE DIMINUIÇÃO DA PENA-BASE. NÃO ACOLHIMENTO. VALORAÇÃO NEGATIVA DOS ANTECEDENTES CONCOMITANTE AO RECONHECIMENTO DA AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA QUE NÃO CARACTERIZA *BIS IN IDEM*. EXISTÊNCIA DE MAIS DE UMA CONDENAÇÃO PENAL TRANSITADA EM JULGADO [...] **Doutrina e jurisprudência consagraram a possibilidade de, nos casos de réus com múltiplas condenações hábeis a gerar reincidência, cada uma delas servir a um recrudescimento de pena distinto, seja na primeira (art. 59 do CP) ou na segunda etapa da dosimetria (art. 61, inciso I, do CP), desde que não haja múltipla valoração pelo mesmo fato [...]**” (grifo nosso).

Nesta perspectiva, a r. Sentença objurgada deve ser alterada, nos termos requeridos pelo Ministério Público, a fim de majorar a pena-base do Apelado/Apelante.

Passa-se, portanto, à adequação da dosimetria.

Na primeira fase, verificadas duas circunstâncias judiciais desfavoráveis ao Apelado/Apelante (antecedentes criminais e conduta social – autos n. 135197220058240018 e autos n. 34102820078240018 – certidões de fls. 32 e 34), majora-se a pena-base em 1/6 (um sexto) para cada uma delas, restando a reprimenda fixada, nesta etapa, em 4 (quatro) anos de reclusão e ao pagamento de 13 (treze) dias-multa.

Na segunda etapa, mantida a caracterização da reincidência (autos n. 9690620098240018 – certidão de fl. 30), bem como o aumento realizado na Sentença (1/6), resta a pena fixada, definitivamente, em 4 (quatro) anos e 8 (oito) meses de reclusão, inalterada a reprimenda de multa.

Quanto ao pedido de alteração do regime inicial do cumprimento da pena para o fechado, também com razão o Ministério Público, pois trata-se de réu reincidente, bem como possuidor de maus antecedentes criminais, tratando-se de agente contumaz na prática de delitos patrimoniais.

Deste modo, embora o Enunciado n. 269 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça indique ser “admissível a adoção do regime prisional semiaberto aos reincidentes condenados a pena igual ou inferior a quatro anos se favoráveis as circunstâncias judiciais”, denota-se que, no caso em tela, as circunstâncias delineadas no artigo 59 do Código Penal não são totalmente favoráveis ao acusado, razão pela qual inviável sua aplicação.

Sobre o tema, colhe-se desta Primeira Câmara Criminal a Apelação Criminal n. Apelação Criminal n. 0002725-09.2017.8.24.0038, de Joinville, de relatoria do Exmo. Desembargador Carlos Alberto Civinski, julgada em 21-9-2017):

PENAL. PROCESSUAL PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME CONTRA A INCOLUMIDADE PÚBLICA. PORTE DE ARMA DE FOGO DE USO RESTRITO (LEI 10.826/03, ART. 16, *CAPUT*). SENTENÇA CONDENATÓRIA. RECURSO

DA DEFESA. MATERIALIDADE E AUTORIA NÃO IMPUGNADAS. DOSIMETRIA. PRIMEIRA FASE. PLEITO DE DESCONSIDERAÇÃO DAS CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME VALORADAS NEGATIVAMENTE. IMPOSSIBILIDADE. AGENTE QUE FOI APREENDIDO COM ARSENAL VARIADO E DE QUANTIDADE SIGNIFICATIVA. CIRCUNSTÂNCIA QUE EXTRAPOLA A NORMALIDADE DO TIPO PENAL. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. PLEITO DE APLICAÇÃO DE REGIME MAIS BRANDO DO QUE O FECHADO. INVIABILIDADE. QUANTIDADE DE PENA SUPERIOR A 4 ANOS E AGENTE REINCIDENTE ESPECÍFICO E POSSUIDOR DE DUAS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. INAPLICABILIDADE DA SÚMULA 269 DO STJ. SENTENÇA MANTIDA. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA. CONDENAÇÃO CONFIRMADA POR ESTE TRIBUNAL. PRINCÍPIO DO DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO. REEXAME SOBRE DOSIMETRIA E REGIME DE CUMPRIMENTO INICIAL DA PENA. CASO QUE SE AMOLDA À NOVA ORIENTAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (HC 126.292/SP), RATIFICADA POR OCASIÃO DO INDEFERIMENTO DAS MEDIDAS CAUTELARES OBJETO DAS AÇÕES DECLARATÓRIAS DE CONSTITUCIONALIDADE 43 E 44.

[...]

- Ao agente reincidente, condenado a pena superior a quatro anos e com circunstância judicial desfavorável, é inviável o resgate da pena no regime semiaberto [...].

Mantém-se inviável a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, por expressa vedação legal contida no art. 44 e seus incisos, visto que, além de a pena superar 4 (quatro) anos de reclusão, o Apelado/Apelante, é reincidente e ostenta circunstâncias judiciais desfavoráveis.

Da execução Provisória da Pena

Por fim, nos termos do novo posicionamento adotado pelo

Supremo Tribunal Federal no HC n. 126.292/SP e por esta Câmara, destacando-se o Voto do Desembargador Carlos Alberto Civinski, na Apelação Criminal n. 0000039-15.2016.8.24.0059, de São Carlos, julgado em 27-07-2017, especialmente pela impossibilidade de rediscussão da matéria fática nas Instâncias Superiores, determina-se que ao Juízo de origem o imediato cumprimento da pena, aca isso já não esteja sendo observado.

Diante das razões expostas, vota-se no sentido de conhecer dos recursos, negar provimento ao interposto por Adriano Alves e dar provimento àquele do Ministério Público, para majorar a reprimenda imposta ao Apelado/Apelante, fixando-a, definitivamente, em 4 (quatro) anos e 8 (oito) meses de reclusão, em regime inicialmente fechado, e ao pagamento de 13 (treze) dias-multa. Com o pleno exercício do duplo grau de jurisdição, determina-se ao Juízo de origem a adoção das providências necessárias para o imediato cumprimento da pena, acaso isso já não esteja sendo observado.

Este é o voto.

SEGUNDA CÂMARA CRIMINAL

Apelação Criminal n. 0003414-50.2016.8.24.0018, de Chapecó

Relator: Des. Sérgio Rizelo

APELAÇÃO CRIMINAL. ESTUPRO EM CONCURSO DE PESSOAS EM CONTINUIDADE DELITIVA (CP, ART. 213, *CAPUT*, C/C O 226, I, E 71, *CAPUT*) E TENTATIVA DE ESTUPRO QUALIFICADO PELA IDADE DA VÍTIMA (CP, ART. 213, § 1º, C/CO 14, II). SENTENÇA CONDENATÓRIA. RECURSOS DOS ACUSADOS.

1. TEMPESTIVIDADE. INTERPOSIÇÃO. PRAZO DE 5 DIAS (CPP, ART. 593, *CAPUT*). RAZÕES. PRAZO DE 8 DIAS (CPP, ART. 600, *CAPUT*). EXTEMPORANEIDADE. MERA IRREGULARIDADE. 2. DIALETICIDADE. REDUÇÃO DA PENA. PEDIDO GENÉRICO. 3. RECEBIMENTO DA DENÚNCIA. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. NULIDADE. 4. PROVA DA MATERIALIDADE E DA AUTORIA. DECLARAÇÕES DAS VÍTIMAS. DEPOIMENTOS DOS POLICIAIS MILITARES. LAUDO PERICIAL. 5. CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME (CP, ART. 59, *CAPUT*). FRAÇÃO DE 1/3. MOTIVAÇÃO CONCRETA. 6. MENORIDADE RELATIVA (CP, ART. 65, I). REDUÇÃO. FRAÇÃO DE 1/6. 7. REGIME INICIAL. PENA SUPERIOR A OITO ANOS. FECHADO (CP, ART. 33, § 2º, “A”).

1. É tempestivo o recurso de apelação interposto no dia 3.2.17 por aquele que foi intimado do teor da sentença resistida apenas em 10.2.17, constituindo-se a apresentação serôdia das razões recursais mera irregularidade incapaz de obstar o conhecimento da insurgência.

2. Não há ofensa à dialeticidade recursal se o acusado, nas razões, apresentar pedido genérico de reforma da reprimenda, porquanto a Constituição Federal e o Pacto de San José da Costa Rica garantem a aplicação da justa pena ao condenado e a possibilidade de revisão, a qualquer tempo, de manifesta injustiça

ou erro técnico em seu prejuízo.

3. Não é nulo o comando judicial que recebe a exordial acusatória sem apontar os elementos que indicam a justa causa, ou sem menção valorativa sobre a regularidade da denúncia ou a existência de pressupostos processuais, pois tal ato prescinde de fundamentação.

4. As declarações das vítimas, firmes e coerentes em ambas as etapas procedimentais, de que a uma, de quinze anos de idade, foi determinado, sob a mira de uma arma de fogo, que praticasse sexo oral em um dos acusados, e de que, após a fuga dela, a outra, adulta, também sob o jugo de artefato bélico, foi submetida a um revezamento entre os acusados para a prática de conjunção carnal e feação não consentidas; os reconhecimentos dos agressores pelas ofendidas; e os depoimentos dos policiais militares, de que flagraram um dos réus mantendo conjunção carnal com a segunda vítima, enquanto os outros evadiram-se ante a chegada da guarnição, comprovam a materialidade e a autoria de fatos que se ajustam tipicamente aos crimes de estupro em concurso de pessoas e continuidade delitiva e tentativa de estupro qualificado pela idade da vítima, ainda que confrontados pelas negativas dos acusados e que o laudo pericial não tenha sido conclusivo sobre as cópulas.

5. Em regra, deve ser aplicada a fração de 1/6 para o aumento ou diminuição da pena em razão de cada circunstância judicial negativa; no entanto, se os fatores que levaram as circunstâncias do delito a serem consideradas graves demonstram a necessidade de aumento maior, o que ocorre quando, no crime de estupro, os agentes submetem a vítima à cópula vaginal e também a sexo oral; em meio aos abusos penetram-na com uma arma de fogo; e as sevícias causam a ela sério abalo psicológico, mostra-se justo o recrudescimento da pena-base em 1/3.

6. Em regra, o decote de pena decorrente de atenuante da menoridade relativa deve equivaler a 1/6 sobre a pena-base; é inviável a imposição de redução em menor patamar sem a exposição de justificativa para tal deliberação.

7. O único regime inicial cabível para início do cumprimento de pena superior a 8 anos é o fechado.

RECURSOS CONHECIDOS E DESPROVIDOS; DE OFÍCIO, REDUZIDAS AS PENAS DE DOIS ACUSADOS.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n. 0003414-50.2016.8.24.0018, da comarca de Chapecó (1ª Vara Criminal), em que são Apelantes J. P. da S. e outros e Apelado o Ministério Público do Estado de Santa Catarina:

A Segunda Câmara Criminal decidiu, por unanimidade, conhecer dos recursos; negar-lhes provimento; de ofício, reduzir as penas de J. P. da S. e M. P. para, respectivamente, 10 anos e 5 meses de reclusão, e 11 anos, 1 mês e 10 dias de reclusão; e determinar, após o esgotamento 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 Acusados, caso isso ainda não tenha sido implementado. Custas legais.

O julgamento, realizado no dia 12 de setembro de 2017, foi presidido pela Excelentíssima Desembargadora Salete Silva Sommariva, e dele participaram os Excelentíssimos Desembargadores Getúlio Corrêa e Volnei Celso Tomazini. Atuou pelo Ministério Público o Excelentíssimo Procurador de Justiça Humberto Francisco Scharf Vieira.

Florianópolis, 13 de setembro de 2017.

Sérgio Rizelo
RELATOR

RELATÓRIO

Na Comarca de Chapecó, o Ministério Público do Estado de Santa Catarina ofereceu denúncia contra A. F. de A., J. P. da S. e V. R. dos S.,

imputando-lhes a prática do crime previsto no art. 213, *caput*, c/c o 226, I, por quatro vezes, na forma do art. 71, *caput*; e em desfavor de M. P., atribuindo-lhe a prática dos crimes previstos no art. 213, § 1º, c/c o 14, II, e 213, *caput*, c/c o 226, I, este por quatro vezes, na forma do art. 71, *caput*, entre eles o concurso do art. 69, *caput*, todos do Código Penal, nos seguintes termos:

Na madrugada do dia 17 de abril de 2.016, entre as 05 e 05:30 horas, na saída de um baile que havia se realizado em Linha Toniazzo, nesta comarca, os aqui acusados A. F. de A., J. P. da S., V. R. dos S. e M. P., que ocupavam um veículo Fiat Palio, placas AHZ-6047, deram uma “carona” para as jovens L. M. de M. B. dos S. (19 anos) e S. F. (15 anos), com a promessa de levá-las para suas residências.

Porém, no trajeto, um dos denunciados, que pilotava o automóvel, se direcionou para a BR 282, no sentido do município de Xaxim, ingressando em um matagal, nas proximidades da empresa “Ediba”, nos limites de Cordilheira Alta, quando então, já por volta das 06 horas, todos os agentes, manifestaram claramente, qual era o intento deles, ou seja, possuir sexualmente as jovens acima nominadas ou, na linguagem popular, segundo as orientações de M., realizar uma “suruba” com elas.

Na ocasião, o acusado M. P. tinha consigo uma arma de fogo e, com tal instrumento, apontado para S. F., mediante séria ameaça de lhe causar mal injusto e grave, constrangeu-a a com ele manter ato libidinoso, pois a ela disse que, “lhe estouraria os miolos, caso não o chupasse”.

Todavia, essa vítima conseguiu se desvencilhar de M., abrindo a porta do automóvel, saindo correndo do local, verificando-se que, só por tais circunstâncias, alheias à vontade de M., ele não conseguiu ultimar por completo a ideia criminosa inicial, de constrangê-la a com ele manter ato libidinoso, consistente em sexo oral.

A vítima L. M. de M. B. dos S. não teve a mesma ventura de S., tanto que ficou em poder dos denunciados, sendo submetida então, a toda sorte de abusos, como sendo:

a) – foi compelida a praticar sexo oral, com todos os acusados, que se revezavam no rodízio criminoso;

b) – da mesma maneira, L. foi constrangida a ter conjunção carnal com todos os denunciados.

Todas as práticas criminosas, materializadas em relação à vítima L., foram cometidas com a arma de fogo pertencente a M., sempre apontada para sua cabeça.

No revezamento delituoso que praticaram, todos os acusados, insaciáveis em suas concupiscências, se davam a necessária cobertura pois, enquanto um alcançava seu propósito sexual, os demais permaneciam nas imediações (fora do veículo), garantindo ao comparsa o êxito de seu intento lascivo, tanto a conjunção carnal como o ato libidinoso.

Pelo uso da arma, com as ameaças feitas à vítima L., os infratores tiveram facilidade na consecução dos delitos, mesmo porque, também, com a superioridade numérica, anularam qualquer possibilidade de oposição da ofendida, que estava subjugada e, muito embora o ténue dissenso manifestado, não teve como evitar a violência sexual a que foi sujeitada.

M. é autor de um estupro tentado e qualificado, em relação à vítima S. (que tem 15 anos de idade) e autor e co-autor de estupros perpetrados por ele e J., V. e A., em relação à ofendida L.

A., J., V. e M. são autores e coautores dos estupros materializados por cada um deles e pelos apoios recíprocos que se prestaram, em face da vítima L.

Os denunciados, atuando em conluio e concurso de vontades, com a prévia deliberação e ajuste que tinham combinado, com seus gestos e atitudes noticiadas, mediante violência e grave ameaça, de qualquer forma, constrangeram a vítima L., a ter com eles conjunções carnis completas, como também, a prática com todos, de atos libidinosos (felação) (fls. 69-71).

Concluída a instrução, o Doutor Juiz de Direito Jeferson Osvaldo Vieira julgou procedente a exordial acusatória para:

1) Dar o réu A. F. de A., qualificado à fl. 69, como incurso nas penas do artigo 213, *caput*, c/c o artigo 226, inciso I, ambos do Código Penal, por quatro vezes, e em consequência condená-lo ao cumprimento de 12 (doze) anos e 06 (seis) meses de reclusão;

2) Dar o réu J. P. da S., qualificado à fl. 69, como incurso nas penas do artigo 213, *caput*, *c/c* o artigo 226, inciso I, ambos do Código Penal, por quatro vezes, e em consequência condená-lo ao cumprimento de 10 (dez) anos, 11 (onze) meses e 07 (sete) dias de reclusão;

3) Dar o réu V. R. dos S., qualificado à fl. 69, como incurso nas penas do artigo 213, *caput*, *c/c* o artigo 226, inciso I, ambos do Código Penal, por quatro vezes, e em consequência condená-lo ao cumprimento de 12 (doze) anos e 06 (seis) meses de reclusão;

4) Dar o réu M. P., qualificado à fl. 69, como incurso nas penas do artigo 213, *caput*, *c/c* o artigo 226, inciso I, ambos do Código Penal, por quatro vezes, e do artigo 213, § 1.º, do Código Penal, e em consequência condená-lo ao cumprimento de 11 (onze) anos e 08 (oito) meses de reclusão;

Para o resgate da pena fixo o regime inicial fechado, observando a regra prevista no artigo 33 do Código Penal, bem como pelo fato do crime ser considerado hediondo.

Insatisfeitos, J. P. da S., A. F. de A., V. R. dos S. e M. P. deflagraram recursos de apelação (fl. 360, J.; fl. 361, A.; fl. 370, V.; e fl. 404, M.).

Em suas razões, M. P. argui a proclamação da nulidade do feito, por ausência de fundamentação da decisão de recebimento da denúncia.

No mérito, pugna pela redução da pena-base, por meio do afastamento das circunstâncias do crime consideradas negativas, ou minoração do acréscimo dela decorrente (fls. 405-415).

A. F. de A. e J. P. da S. apresentaram recursos distintos, mas com fundamentação idêntica, requerendo as decretações de suas absolvições ao argumento de que não existe prova da ocorrência do crime (fls. 426-433 e 434-441).

V. R. dos S. pleiteia sua absolvição porque não existe prova de que o delito aconteceu ou de que dele participou.

De modo subsidiário, busca o abrandamento da pena que lhe foi

irrogada e do regime inicial ao seu cumprimento (fls. 456-501).

O Ministério Público ofereceu contrarrazões pelo não conhecimento dos reclamos de A. F. de A. e J. P. da S. e, caso admitidos, por seus desprovements; pelo parcial conhecimento e desprovemento do apelo deduzido por V. R. dos S.; e pelo conhecimento e desprovemento da insurgência tentada por M. P. (fls. 452-475 e 507-519).

A Procuradoria de Justiça Criminal, em parecer lavrado pelo Excelentíssimo Procurador de Justiça Pedro Sérgio Steil, posicionou-se pelo conhecimento e desprovemento dos apelos (fls. 524-532).

Este é o relatório.

VOTO

1. Sem razão o Ministério Público quando aponta a intempestividade dos apelos dos Recorrentes A. F. de A. e J. P. da S., por conta da apresentação extemporânea das razões recursais.

É pacífico na jurisprudência o entendimento de que, interposto o apelo no prazo legal de 5 dias (CPP, art. 593, *caput*), como ocorreu no caso (fls. 360-361 e 369), há de ser reconhecida sua tempestividade. O atraso no oferecimento das razões da insurgência não passa de mera irregularidade (vide STF, HC 112.355, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 26.6.12; STJ, HC 358.217, Rel. Min. Jorge Mussi, j. 23.8.16; e TJSC, Ap. Crim. 0002699-30.2011.8.24.0035, Rel. Des. Moacyr de Moraes Lima Filho, j. 18.7.17).

2. Também não comporta acolhimento o pedido de não conhecimento parcial do recurso deduzido pelo Apelante V. R. dos S., sob o fundamento de que o pleito de abrandamento de pena e de regime inicial por ele formulado violou o princípio da dialeticidade.

Não se desconhece que uma parcela da jurisprudência partilha do

entendimento segundo o qual “o efeito devolutivo do recurso de apelação criminal encontra limites nas razões expostas pelo recorrente, em respeito ao princípio da dialeticidade que rege os recursos no âmbito processual penal pátrio” (STJ, HC 300.161, Rel. Min. Jorge Mussi, j. 6.11.14).

Todavia, ousamos divergir, respeitosamente.

O paradigma constitucional da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III) e da individualização da pena (art. 5º, XLVI) culminam na inafastável conclusão de que o princípio da dialeticidade recursal não se aplica ao acusado no âmbito do processo penal.

Tal convicção é reforçada pela possibilidade de se instrumentalizar, a qualquer tempo, revisão criminal (CPP, art. 622) e garantir-se, enquanto direito fundamental, que “o Estado indenizará o condenado por erro judiciário, assim como o que ficar preso além do tempo fixado na sentença” (CF, art. 5º, LXXV).

Nesse contexto, por exemplo, o apenamento injusto e incorreto, mesmo que a diferença seja de apenas um dia, configura encarceramento arbitrário, a ofender, inclusive, o art. 7º, 3, da Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969 (Pacto de San José da Costa Rica), da qual o Brasil é signatário e cujo texto já se encontra incorporado ao ordenamento pátrio, por força do Decreto 678/92.

Bem por isso que a revisão da condenação e do apenamento em sede recursal pode dar-se até mesmo de ofício, quando houver manifesta injustiça ou impropriedade técnica, consoante reiteradas precedentes desta Corte de Justiça (desta Segunda Câmara, *verbi gratia*, citam-se: Ap. Crim. 2014.065697-2, Rel. Des. Getúlio Corrêa, j. 21.10.14; Ap. Crim. 2014.016950-3, Rel^a. Des^a. Salete Silva Sommariva, j. 14.10.14; e Ap. Crim. 2014.024047-0, Rel. Des. Volnei Celso Tomazini, j. 2.9.14).

Assim, o pleito defensivo, mesmo dotado de certa generalidade, visa garantir a plenitude da defesa ao jurisdicionado.

Assim, uma vez que os recursos preenchem os pressupostos objetivos e subjetivos de admissibilidade, devem ser conhecidos.

3. Como os apelos trazem teses que se confundem e que devem ser analisadas mediante todo contexto probatório, serão eles enfrentados conjuntamente, respeitados eventuais pontos específicos.

Não se justifica a anulação do processo-crime por falta de fundamentação do recebimento da denúncia, como pretende o Recorrente M. P.

O Magistrado de Primeiro Grau limitou-se a consignar: “outrossim, recebo a denúncia” (fl. 79), após a decretação da prisão preventiva do Apelante M. P. Mas isso não dá causa à nulidade do ato processual, pois “é pacífica a jurisprudência da Corte no sentido de que o recebimento da denúncia, por não ser ato decisório, não reclama fundamentação” (STF, AgR no ARE 845.341, Rel. Min. Dias Toffoli, j. 8.9.15).

No mesmo sentido, também da Corte Constitucional:

O ato judicial que formaliza o recebimento da denúncia oferecida pelo Ministério Público não se qualifica nem se equipara, para os fins a que se refere o art. 93, inciso IX, da Constituição, a ato de caráter decisório. O juízo positivo de admissibilidade da acusação penal, ainda que desejável e conveniente a sua motivação, não reclama, contudo, fundamentação (HC 93.056, Rel. Min. Celso de Mello, j. 16.12.08).

A orientação do Superior Tribunal de Justiça, com exceção do precedente citado no apelo de M. P. (HC 59.759, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, j. 18.8.15), também segue o mesmo sentido:

Este Superior Tribunal consolidou o entendimento de que prescinde de fundamentação o decisum que recebe a denúncia, especialmente antes da Lei n. 11.719/2008 (HC 94.163, Rel. Min. Nefi Cordeiro, j. 15.10.15).

Também da Sexta Turma:

O recebimento da denúncia é na jurisprudência desta Corte admitido de

modo sucinto, somente na posterior decisão de absolvição sumária sendo exigível o exame das teses relevantes e urgentes alegadas pela defesa (HC 204.026, Rel. Min. Nefi Cordeiro, j. 1º.10.15).

Mais, do mesmo Órgão Fracionário, com referência a julgado da Quinta Turma:

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é firme em assinalar que “não sendo a hipótese de absolvição sumária do acusado, a decisão do Juízo processante que recebe a denúncia não demanda fundamentação complexa, sob pena de antecipação prematura de um juízo meritório que deve ser naturalmente realizado ao término da instrução criminal, em estrita observância aos princípios da ampla defesa e do contraditório” (AgRg no AREsp n. 440.087/SC, Rel^a. Ministra Laurita Vaz, 5ª T, DJe de 17/6/2014) (AgRg no RHC 43.261, Rel. Min. Rogério Schietti Cruz, j. 25.8.15).

Ainda:

III - A exigência de que conste a expressão “recebo a denúncia” é formalidade não descrita em lei, não tendo o condão de macular o processo penal. Com a citação e o interrogatório, opera-se o recebimento implícito da exordial acusatória, iniciando-se o processo. IV - No caso, o Juiz *a quo*, embora não tenha utilizado a expressão ‘recebo o aditamento da denúncia’, prolatou decisão determinando a citação das acusadas que apresentaram resposta prévia, exercendo regularmente seus direitos de defesa durante toda a instrução processual (REsp 1.398.551, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, j. 13.10.15).

Note-se que, no caso do julgado acima, o Magistrado nem ao menos proferiu comando mencionando o recebimento da exordial acusatória, limitando-se a determinar a citação dos réus; e, ainda assim, não foi reconhecida irregularidade procedimental.

Nesta Corte, da mesma forma, não há divergência quanto à desnecessidade de fundamentação do comando que admite a denúncia (HC 4008066-96.2016.8.24.0000, Rel. Des. Paulo Roberto Sartorato, j. 30.8.16; HC 4007870-29.2016.8.24.0000, Rel. Des. Carlos Alberto

Civinski, j. 23.8.16; HC 4002333-52.2016.8.24.0000, Rel^a. Des^a. Saete Silva Sommariva, j. 14.6.16; HC 2014.087374-3, Rel. Des. Paulo Roberto Sartorato, j. 13.1.15; HC 2015.051224-0, Rel. Des. Roberto Lucas Pacheco, j. 3.9.15; HC 2015.010722-1, Rel. Des. Ernani Guetten de Almeida, j. 10.3.15; e Ap./ECA 2014.053388-7, Rel. Des. Getúlio Corrêa, j. 21.10.14).

Não se vê necessidade de adotar postura diversa. O art. 395 do Código de Processo Penal trata das hipóteses de rejeição da denúncia, isto é, as situações que, se configuradas, justificam o provimento judicial para obstar o andamento do processo em seu nascedouro. Mas se trata de ação sem provocação, sem pedido da parte interessada. E não se exige que sejam declinados os motivos que justificaram a inação quando a atitude seria tomada *ex officio*. É por isso que todos os comandos judiciais não são iniciados com explanação motivando o não reconhecimento da extinção da punibilidade (CPP, art. 61) ou a razão de não ser determinada a prisão do acusado (CPP, art. 312), por exemplo.

Mais: a emissão de juízo a respeito da justa causa (ou da inépcia da denúncia, ou da ausência de pressuposto processual) em momento anterior ao oferecimento de resposta à acusação pode servir de óbice ao debate e ao contraditório, pois a argumentação sobre a inexistência de indícios de autoria ou prova da materialidade passa a ser ignorada (e não indevidamente) se já proferida decisão afirmando a presença de tais elementos.

Tanto que, nos casos em que o procedimento é distinto, e há previsão do oferecimento de defesa prévia antes da admissão da exordial (v. g., Lei 11.343/06, Lei 8.038/90, procedimento dos crimes de responsabilidade de funcionários públicos), tem-se a imposição de explicitar os motivos que não autorizam o acolhimento de questão levantada no arrazoado defensivo inicial (LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de processo penal. 2. ed. Niterói: Impetus, 2012. v. 1. p. 410).

O laconismo da decisão que recebe a exordial acusatória permite que a discussão seja suscitada ainda em Primeira Instância, o que pode culminar com a rejeição da inicial após a análise dos argumentos defensivos.

Não há, pois, nulidade neste tocante.

4. Passando-se ao mérito, é sabido que nos crimes contra a dignidade sexual a apuração da materialidade é tarefa tormentosa, haja vista referidos delitos serem praticados na clandestinidade, entre quatro paredes ou em locais ermos e escondidos, na presença, na maioria das vezes, apenas do ofensor e do ofendido.

Essa dificuldade é maximizada quando os atos não deixam vestígios, como ocorre nesse feito, que trata de uma tentativa de estupro sem contato físico e quatro estupros consumados praticados contra mulher adulta não virgem, o que faz com que os elementos probatórios restrinjam-se à prova oral, especialmente aos informes das Vítimas, que devem ser especialmente valorados.

Esta Corte de Justiça orienta que, “com relação aos crimes contra a liberdade sexual, via de regra, a imputação da responsabilidade é insuscetível de demonstração com base em vestígios ou mediante declarações de testemunha ocular, dada a peculiaridade de que são praticados na clandestinidade (*qui clam comittit solent*), revestindo-se, assim, a palavra da vítima, em casos tais, de relevância preponderante, sobretudo se as suas assertivas estiverem associadas com a realidade dos autos e demais elementos de prova” (Ap. Crim. 2010.065636-5, Rel^a. Des^a. Salete Silva Sommariva, j. 31.3.11).

A afirmação merece especial relevo quando nada nos autos demonstra que as Vítimas nutrem qualquer animosidade ou desejo de vingança contra os Apelantes; pelo contrário, estes e aquelas nem sequer se conheciam até a fatídica madrugada de 17.4.16.

Tenha-se presente que, na hipótese, a Vítima L. M. de M. B. dos S. não era virgem e sua resistência foi vencida porque os abusadores eram quatro e um deles (M. P.) utilizou arma de fogo para ameaçá-la de morte caso não tolerasse as bestialidades que lhe impuseram.

Os Apelantes, notadamente A. F. de A., J. P. da S. e V. R. dos S., questionam fortemente o fato de os laudos periciais não terem atestado a presença de vestígios de conjunção carnal recente na Vítima L. M. de M. B. dos S. (fls. 260-264). O Recorrente V. R. dos S. ainda destaca a observação, feita pelo Perito, de que as Vítimas estavam “visivelmente embriagadas” e “respondiam mal às solicitações verbais com palavras desconexas” (fl. 262). Haveria, ainda, contradição entre dois exames realizados na Vítima L., pois um primeiro, da data do delito, concluiu que não havia vestígios de violência, enquanto outro, complementar, realizado em 19.8.16, responde positivamente à indagação, aclarando que havia sinais de violência por instrumento contundente (fl. 264).

Como será visto, as Vítimas não negaram que ingeriram bebida alcoólica enquanto estavam no baile antes referido. Entretanto, foram firmes e seguras em dizer que negaram aos Apelantes a possibilidade de manterem relações sexuais, pois queriam apenas carona até suas casas, o que lhes foi prometido e justificar suas presenças no interior do veículo conduzido por um e tripulado por seus demais algozes.

A inexistência de vestígios de conjunção sexual recente também não é capaz de demonstrar a inexistência dos delitos, pois a Vítima L. M. de M. B. dos S., única a ser corporalmente violentada, não era mais virgem, sendo possível que as agressões sexuais não deixassem marcas físicas duradouras, devendo-se levar em conta o tempo decorrido entre a cessação do abuso e a realização do exame (cerca de 2 horas, conforme dados das fls. 2 e 31-36).

Com relação aos rastros de violência encontrados no segundo exame pericial, há aparente contradição com o teor do primeiro laudo,

realizado no dia dos fatos. Com os dados dos autos não se consegue aclarar quais fatores levaram a essa divergência (nem sequer são detalhados, no segundo laudo, quais são os vestígios encontrados, como comumente ocorre). De todo modo, isso não socorre os Recorrentes. Como acima destacado, ainda que nenhum dos exames tivesse apontado a presença de marcas físicas na Vítima L. M. de M. B. dos S., isso não atesta a não ocorrência dos fatos, ou seja, a inexistência de materialidade dos delitos. Se uma das análises revelou que houve uso excessivo de força física contra a Ofendida (já dominada pela superioridade numérica de seus algozes e pelo temor advindo de ter uma arma apontada contra si), a hipótese depõe mais em desfavor dos Apelantes que em sentido oposto. Enfim, a destacada contradição perde força diante das palavras firmes das Vítimas em ambas as fases procedimentais, as quais encontram respaldo nos relatos de Testemunha presencial e dos Policiais Militares que atenderam a ocorrência, de sorte que, sem temor de eventual tautologia, reitera-se: ainda que nenhum dos laudos apontasse a existência de lesões, a conclusão, isoladamente, não tornaria inverossímeis as narrativas das Ofendidas.

Com efeito, este Tribunal de Justiça entende que “a materialidade do crime de estupro de vulnerável prescinde de laudo pericial conclusivo quando presentes nos autos outros meios de prova capazes de comprovar a sua prática, principalmente quando perpetrada de modo que não deixa vestígios”, de sorte que “as declarações da vítima, nessas hipóteses, assumem especial importância para o esclarecimento dos fatos, sobretudo quando respaldada pelas versões de testemunhas” (Ap. Crim. 2015.040806-8, Rel. Des. Luiz César Schweitzer, j. 27.10.15). Mais ainda, não apenas a ocorrência do fato é assim demonstrada:

Em se tratando de crime de estupro, quando não resulta vestígios no corpo da vítima, tem-se admitido a dispensa de laudo pericial conclusivo, em especial quando existentes nos autos outros elementos aptos a comprovar a materialidade delitiva, tais como as declarações firmes e uníssonas da

vítima e das testemunhas (corpo de delito indireto), que servem, ainda, como fundamento bastante ao apontamento da autoria do crime (Ap. Crim. 2014.001342-6, Rel^a. Des^a. Salete Silva Sommariva, j. 24.6.14).

A prova oral colhida neste processo é clara em comprovar a materialidade e autoria dos delitos narrados na denúncia.

Os três Recorrentes que foram presos em flagrante, J. P. da S., A. F. de A. e V. R. dos S., mantiveram-se em silêncio na fase administrativa (fls. 13, 19 e 25) e, na judicial, apresentaram versões pouco esclarecedoras e, até mesmo, contraditórias acerca do ocorrido.

O Apelante V. R. dos S., que foi flagrado abusando sexualmente da Vítima L. M. de M. B. dos S., respondeu:

esse policial que falou que veio com a primeira viatura está mentindo; que a primeira viatura pegou “os pia” que não quiseram ficar “curtindo um som” com o depoente e desceram para casa, evadiram-se do local; que a policial chegou e abordou eles; que o depoente viu essa abordagem da onde estava, e inclusive, se tivesse algo a temer, teria corrido; que não é verdade que o depoente foi pego “em cima” da vítima; que a vítima “em nenhum momento tinha deitado”; que na noite dos fatos, o depoente estava em um baile; que foi até o baile sozinho; que como tinha carro de som, no final do baile, estava curtindo um som, baixinho, no seu carro, e foi juntando uma “piaçada”; que tinha uma guria junto com o J. e outra estava acompanhada desse “piação que veio dar testemunho”; que então “rolou a ideia de ir curtir um som nessa antiga Ediba”; que não é um mato, é um depósito na BR 282; que já tinha ido no locais outras vezes “curtir um som”; que estava o depoente, o J., o A., o M., o “piação” e as duas meninas; que foram no carro do depoente; que chegando no local, ficaram curtindo um som e tomando um “resto de gole”; que a menina menor de idade “desceu com o piação”, e a outra feminina, ficou ali, pois ela queria ficar com o J.; que o J. não quis ficar com ela; que um tempo depois, não sabe o que aconteceu, acredita que essa menor não se acertou com o “rapaz”, e não quis, ficou com medo, de voltar ali, temeu acontecer alguma coisa e por isso chamou a polícia; que não praticou estupro; que ninguém manteve relação sexual com as meninas; que a fotografia

apresentada pelo Ministério Público é do depoente no dia da prisão; que quando a polícia chegou no local, o depoente e a menina maior de idade estavam perto do carro; que os dois “pia” já tinham descido para ir pra casa; que o M. estava perto do carro com o depoente e a adolescente (audiovisual da fl. 247 e gravação nas fls. 273-274).

Como se percebe, V. R. dos S. confirmou que deixou o baile conduzindo seu veículo e na companhia dos demais Recorrentes, da Testemunha I. N. M. e das Vítimas L. M. de M. B. dos S. e S. F., rumando para um depósito situado na BR 282, “para ouvir música”. Disse que, de onde estava, viu a abordagem empreendida pelos Policiais Militares aos Apelantes J. P. da S. e A. F. de A., e que, nesse momento, M. e L. estavam próximos dele e do automotor. Alega que não é verdade que foi flagrado “em cima” da Vítima L. porque ela era interessada no Recorrente J. P. da S., e que ninguém manteve conjunção carnal na oportunidade.

Em sua fala, V. R. dos S. não explicou porque o também Apelante M. P. não foi preso em flagrante, já que estaria próximo da Vítima L. Igualmente não aclarou porque a Vítima L. permaneceu no local, sem a presença da amiga, a Ofendida S. F., se o eventual interesse dela seria no Recorrente J. P. da S., que já teria ido embora quando os Policiais os surpreenderam no local.

O Apelante A. F. de A., ao ser interrogado, explicou:

no dia dos fatos o depoente e o J. estavam indo pra casa quando foram abordados pela Polícia, os quais ordenaram que deitassem no chão; que não sabiam de nada mas acataram a ordem; que os policiais começaram a bater no depoente e J.; que os policiais perguntavam “você que são os homens?”; que foram colocados dentro da viatura e levados até o local onde teria ocorrido um estupro; que nesse local, veio uma guria chorando; que os policias ameaçaram e forçavam o depoente a falar coisas que não sabia, que não tinha como responder; que eles falavam que iriam matá-lo; que em seguida foram levados para a Delegacia; que a abordagem foi feita perto de uma empresa, no percurso até sua casa; que o depoente e J. estavam indo a pé para casa, pois o baile tinha acabado e ficava perto

do local; que morava no Bairro Vila Rica; que conhece os réus M. e V., os quais também moram no Bairro; que o depoente não ficou com eles no baile; que o depoente estava meio que “ficando” com a dona desse bar; que o depoente e J. não saíram do baile com o M. e o V.; que apenas viu que eles já estavam no baile quando o depoente chegou; que o depoente já conhecia a testemunha I., o qual também estava no baile. Questionado sobre I. ter afirmado que o depoente esteve em companhia dos corréus no local onde os fatos aconteceram, manteve breve silêncio, e em seguida, respondeu que de fato, foram “lá em cima”, e depois estavam indo para casa; que “acha que esse I., estava ficando com essa menina que falou do M.”; que confirma que esteve no local dos fatos em companhia dos corréus e das duas meninas; que era para virem pra casa com eles, mas como viram que eles iam demorar muito, pois pretendiam levar as meninas até a casa delas, no município de Coronel Freitas, vieram para casa a pé; que não se lembra se algum deles portava arma de fogo, pois foi o último a chegar na festa; que não praticou relação sexual com as femininas; que não sabe se os corréus “fizeram”, que não viu, só se foi depois que o depoente saiu; que a fotografia apresentada pelo Ministério Público é do Réu (audiovisual da fl. 247 e gravação na fl. 275).

Como visto, A. F. de A. iniciou suas declarações alegando que ele e J. P. da S. caminhavam em direção as suas casas após o baile; não estavam com os também Apelantes M. e V. na festa e tampouco saíram do local nas companhias deles, contrariando o que disse este último. Na sequência, divergindo da versão dada pela testemunha I., bastante reticente, admitiu que todos os Recorrentes e as Vítimas estiveram juntos no local dos fatos depois de saírem do baile.

O Apelante J. P. da S., por sua vez, afirmou:

no dia dos fatos os “pia” foram com o carro e o depoente e o A. foram para casa; que se encontrou com os corréus em um baile no trevo; que estavam ao redor do carro, o depoente, o M., o V. e o A. bebendo; que quando as duas meninas chegaram, eles começaram a conversar e embarcaram no carro, enquanto o depoente e A., foram para casa; que isso foi na frente do baile; que o depoente e A. não saíram do baile de carro com as meninas, apenas M. e V.; que o depoente e A. seguiram para casa a pé;

que no percurso, foram abordados pela Polícia, a cerca de 300 metros; que o depoente não participou de nenhuma agressão física contra essas duas mulheres; que não sabe o porquê estava sendo acusado do crime; que a fotografia apresentada pelo Ministério Público é do depoente; que estava com o cabelo pintado na época do crime (audiovisual da fl. 247 e de gravação nas fls. 275-276).

Vê-se que J. P. da S., contradizendo V. R. dos S. e A. F. de A., contou que somente esteve com os demais também Recorrentes na frente do local do baile, e que foi embora a pé, junto com a A. F. de A., quando foram abordados pelos Policiais no percurso.

Por último, eis a versão do Recorrente M. P.:

o “pia” mentiu em juízo; que ele já estava com a “guria” desde o baile; que foram “lá em cima” para “tomar um goles”; que estava em companhia dos corréus; que o carro era do V.; que as duas meninas e “o pia” foram junto, todos no carro; que lá, o “pia” desceu com a menina menor de idade; que um tempo depois, o depoente também desceu para procurar o “pia e a menina de menor”, mas eles já tinham “saltado”; que então o depoente retornou “lá pra cima” e ficou escutando música atrás do automóvel; que a outra menina, maior de idade, queria “ficar” com o J., mas ele não quis; que estavam ali, “vendo se ia rolar alguma coisa, mas não rolou nada”; que depois, o depoente viu “os pia” (J. e A.) lá em baixo apanhando; que eles estavam indo para casa, mas quando desceram, a polícia já abordou eles e já começou a “descer laço neles”; que o depoente ficou com medo de apanhar e correu; que em seguida os policiais chegaram “ali em cima” e já começaram a bater no V. também; que os Policiais estavam em três viaturas; que a primeira, abordou o J. e o A. lá em baixo, e depois chegou outra, que subiu e abordou o V.; que o depoente “assistiu tudo”; que tinha uma policial feminina que estava instruindo a mulher do que era para ela falar, que era um estupro e estavam pegando ela; que o depoente não manteve relação sexual com as vítimas; que o depoente não estava armado no dia dos fatos; que o depoente acha que “o pia” mentiu com medo de ir preso; que a fotografia juntada aos autos, foi tirada no dia de sua prisão (audiovisual da fl. 247 e de gravação na fl. 274).

Constata-se que M. P. assume que esteve com os demais Corréus e,

apesar de ter dito que fugiu quando viu J. P. da S. e A. F. de A. apanhando dos Policiais, admitiu ter ouvido que uma Agente feminina instruíra a Vítima L. a dizer que fora estuprada, fato estranhamente não relatado também pelo Recorrente V. R. dos S.

As narrativas das Ofendidas em ambas as fases procedimentais foram uníssonas e recebem o amparo da prova oral coligida aos autos.

Os testemunhos colhidos aclaram que os atores deste feito estavam em um baile na Linha Toniazzo, em Chapecó e, após a festividade, rumaram, a bordo do automóvel pertencente ao Apelante V. R. dos S., para local cercado apenas de mato, nas proximidades da divisa com o Município de Cordilheira Alta. As Vítimas haviam embarcado no carro ante a promessa de que receberiam carona até Coronel Freitas, onde moravam.

Entretanto, no meio do caminho, após os Recorrentes dirigir-lhes gracejos, M. P. sacou uma arma de fogo, apontou-a para a Vítima S. F. e ordenou que ela praticasse sexo oral nele. Estacionado o veículo, a Vítima S. conseguiu desvencilhar-se e correu do local, junto com a testemunha I., lá permanecendo todos os Apelantes. A Vítima L. também tentou fugir, mas não obteve sucesso.

Foi então que os Recorrentes iniciaram as agressões sexuais contra a Vítima L. M. de M. B. dos S., que estava permanentemente sob a mira da arma de fogo. Os Apelantes revezaram-se nos abusos, uns vigiando enquanto os estupros cometidos pelos outros eram empreendidos.

A Vítima S. F. pediu ajuda para um motorista que passou pelo local, o qual manteve contato com os Policiais Militares, que, cientificados do ocorrido e do que ainda estava em curso, rumaram ao encontro de S.; após, dirigiram-se ao local onde estava o veículo e visualizaram que, naquele instante, o Recorrente V. R. dos S. praticava relação sexual contra a Vítima L. M. de M. B. dos S.

Ao avistarem a aproximação dos Policiais Militares, os Apelantes A. F. de A., J. P. da S. e M. P. fugiram pelo matagal. V. R. dos S., que permaneceu, deixou o automóvel por um lado, com as calças abertas, enquanto a Vítima L. M. de M. B. dos S. saiu pelo outro, chorando, apavorada e afirmando que fora estuprada.

Realizadas buscas, os Agentes Estatais prenderam J. P. da S. e A. F. de A., que, durante suas abordagens, diziam que apenas tinham sido convidados pelo também Recorrente M. P., que portava uma arma de fogo, para participarem de uma “suruba”, mas que não haviam concordado e tinham abandonado o local.

Na Delegacia de Polícia, os Apelantes J. P. da S., A. F. de A., V. R. dos S. e M. P. foram identificados (M. P., que não foi preso em flagrante, por fotografia) pelas Vítimas L. M. de M. B. dos S. e S. F. como os responsáveis pelas violências sexuais que padeceram (fls. 8-9 e 11-12).

Ainda que estivesse sob efeito de álcool, a Vítima L. M. de M. B. dos S., já na Delegacia de Polícia, relatou os estupros sofridos:

estava num baile acompanhada de sua amiga S., localizado na Linha Toniazco; que ao saírem do baile pediram carona para alguns rapazes que estavam dirigindo um veículo Fiat Palio; que ao adentrarem no carro, os autores foram em direção a Coronel Freitas, para onde as vítimas pediram, tendo em determinado momento os autores entraram sentido Xaxim, e pararam em um matagal; que o indivíduo M., o qual lhe foi apresentado foto nesta unidade policial, estava armado, e após mostrar a arma para a vítima, afirmou que iria “estourar seus miolos caso não lhe chupasse”; que S. conseguiu abrir a porta do carro, fugindo do local; que a declarante também tentou correr, sendo impedida por M., o qual apontou a arma para a sua cabeça; que enquanto chupava o pênis de um dos autores, os outros praticavam relação sexual com a declarante; que a declarante não sabe afirmar quantas vezes eles praticaram relação sexual com a mesma; que os autores ejacularam dentro da declarante; que em determinado momento a Polícia Militar chegou no local e os autores evadiram-se do local (fl. 7).

Sob o crivo do contraditório, mostrando-se nervosa e abalada (veja-se, especificamente, aos 6'19", quando relata que “enquanto um me pegava faziam chupar outro”), a Vítima L. M. de M. B. dos S. reiterou a barbárie pela qual passou:

na amiga da depoente, eles conseguiram dar um beijo apenas e ela conseguiu correr; que a depoente estava em um baile em companhia de sua amiga; que chegou por voltas das 23:30 e saiu umas 04:30; que na saída, a amiga da depoente, pediu carona para uns rapazes; que não conheciam eles; que o baile tinha acabado e eles tinham colocado uma música de funk em frente ao salão, no carro; que eles convidaram sua amiga, e ela veio e chamou a depoente; que pediram que eles as levassem para a casa de sua amiga, em Coronel Freitas; que confiaram que eles as levariam para casa; que embarcara no carro quatro homens e duas mulheres; que no trajeto um deles começou a dar risada e falar “como vocês são burras”; que ficaram assustadas; que um deles estava armado e sacou o revólver; que ele apontou a arma para a cabeça da depoente e de sua amiga e em tom sarcástico disse “tudo as bebidas que nós pagamos para vocês lá no Baile, agora vocês vão ter que pagar pra nós, porque senão, vou ter que derramar sangue”; que foram levadas até “umas quebradas”, em um loteamento, perto de Xaxim/SC; que era uma estrada deserta; que dos dois lados tinham mato; que essa pessoa que estava armada, disse para a depoente chupá-lo, e queria que fizesse “strip tease”, entre outras coisas; que a depoente não tinha como escapar, pois eles estavam com uma arma apontada para a depoente; que sua amiga, conseguiu correr; que como a depoente estava de salto, quando correu, um deles pegou-a pelos cabelos e levou de volta; que um outro rapaz correu com a sua amiga S.; que eram cinco rapazes, mas esse quinto não fez nada, disse para que a S. corresse que a ajudaria; que a depoente ficou sozinha com esses quatro rapazes; que eles obrigaram a depoente a fazer “de tudo”; que eles colocaram uma camisinha na arma e “enfiam” na vagina da depoente; que eles machucaram a depoente com a arma; que quando a Polícia chegou, a depoente estava sangrando, machucada; que depois, não conseguia nem caminhar; que foi forçada a manter relação sexual com todos eles; que enquanto um deles praticava o abuso, o outro apontava a arma; que enquanto um praticava a penetração, era obrigada a “chupar” o outro; que acha que eles chegaram a ejacular na depoente, pois eles não usaram

camisinha; que em determinado momento a Polícia chegou no local e pegou o mais velho deles, praticando sexo com a depoente; que não se recorda se os reconheceu na Delegacia; que quando saiu da delegacia, a depoente foi pro Hospital; que foi feito um monte de coisas no Hospital, mas não sabe se esses papéis estão nos autos; que eles pagaram bebidas na festa; que conheceram eles na festa, mas não os conheciam antes e nem sabia o nome deles; que eles pediram para ficar com a depoente e sua amiga no baile algumas vezes; que o rapaz que ajudou a amiga da depoente, estava de moto e não no carro; que esse quinto rapaz não fez nada; que não sabe o nome dele; que reafirma que os quatro mantiveram relação sexual, um de cada vez; que enquanto um “pegava” a depoente, os outros davam cobertura; que apenas aquele que tava de moto e ajudou sua amiga, não fez nada; que quando a polícia chegou no local, eles saíram correndo; que ficou apenas o que estava praticando sexo com a depoente; que chegou uma viatura com dois policiais e depois acha que eles chamaram reforço; que o que escapou, a depoente ficou sabendo depois que se chamava M.; que a depoente frequentou a escola até a 9º série; que faz alguns anos que parou de estudar; que foi a primeira noite que viu os quatro réus; que não sabe quanto tempo ficou em poder deles, acha que umas quatro horas; que quando eles pararam o carro, a primeira coisa que fizeram foi tirá-la a força, pelos cabelos, de dentro do automóvel, com o revólver empunho; que em seguida eles mandavam tirar a roupa, com a arma apontada; que eles davam ordens, chamavam-a de vagabunda, cadela, prostituta; que o M. praticou sexo com a depoente mais de uma vez; que o primeiro foi o mais novo; que a amiga da depoente estava grávida de 6 ou 7 meses no dia do crime, com a barriga bem visível; que lembra apenas que ela “deu um coice” e conseguiu fugir; que ela saiu correndo pois estava de tênis; que eles foram atrás dela até um pedaço; que a depoente não tomou remédio para não engravidar apenas contra doenças (audiovisual da fl. 247 e gravação nas fls. 276-278).

O abalo emocional da Vítima L. M. de M. B. dos S. fica claro com a tentativa de um novo reconhecimento realizada em Juízo:

Foi realizado o procedimento de reconhecimento pela ofendida. Os acusados A. F. de A., J. P. da S., V. R. dos S. e M. P. foram conduzidos até a sala especial de reconhecimento do Fórum, e colocados ao

lado dos detentos R. J. de A. e A. de A., todos usando uniformes do DEAP. A ofendida L. M. de M. dos S. foi convidada a observar os indivíduos colocados para reconhecimento. Indagada se das pessoas a serem reconhecidas, alguma delas participou dos atos relatados em seu depoimento, apontou, na ordem, o acusado J. P. da S. e o acusado M. P. Nesse instante a vítima se emocionou e passou a chorar. Depois de alguns instantes, apontou o detento R. J. A. como envolvido. Em seguida, declarou “não quero mais ver eles” e voltou a chorar, de modo que o ato de reconhecimento foi encerrado, a fim de preservar o bem-estar psicológico da vítima (fl. 248).

A Vítima S. F., na fase administrativa, assim descreveu os fatos ocorridos:

após saírem do caminho que estavam fazendo com destino à residência da declarante, M. sacou uma arma e mostrou para as vítimas; que a declarante conseguiu abrir a porta do carro, no momento em que pararam, fugindo do local; que L. também tentou correr, sendo impedida por M., o qual apontou uma arma para sua cabeça; que após se distanciar do local onde os autores pararam o veículo, a declarante encontrou um homem, o qual não sabe identificar, e após explicar o que tinha acontecido, chamou a Polícia Militar; que após a chegada da Polícia Militar, este indivíduo que lhe ajudou, foi embora (fl. 10).

Na etapa judicial, com mais detalhes, a Vítima S. F. descreveu:

no dia dos fatos a depoente estava em um baile em companhia de L.; que ao final, “uns piá” deram carona para irem para casa, no município de Coronel Freitas, contudo, eles não às levaram para casa, passaram reto o trevo e foram para um loteamento próximo ao município de Xaxim; que nesse local eles apontaram uma arma para a depoente e L.; que o M. apontou a arma para a depoente algo sobre transar, essas coisas, de quando “quer violentar uma mulher”; que ele queria ficar com a depoente; que quando ele apontou a arma para a depoente, disse para “pagar um boquete” e que se não viesse isso, ele a mataria; que a depoente começou a gritar e disse que queria descer do carro, contudo, eles não pararam; que eles levaram a depoente e L. até uma estrada de chão, pararam o carro e mandaram desembarcarem; que então eles começaram a tentar

abusar sexualmente da depoente e de L.; que eles apontavam a arma e seguravam ambas; que eles apontavam a arma para suas cabeças e queriam que tirassem as roupas; que eles colocaram a arma na cabeça de L., e mandaram ela “chupar o pênis dele”; que quando eles seguraram a L., a depoente conseguiu correr; que a depoente viu L. fazendo sexo oral no M.; que os homens estavam drogados, usando bebida alcoólica; que não chegou a ver se os demais abusaram sexualmente de L., pois a depoente saiu correndo; que eles queriam que a depoente transasse com eles, mas quando eles pagaram a L., a depoente correu; que a depoente conseguiu chamar por ajuda; que não conheciam os indivíduos antes dos fatos, apenas os conheceram no momento em que pegaram carona; que o M. também falava que ia matar L. e chamava ela de vadia; que na Delegacia, reconheceu os quatro autores do crime; que não tem nenhuma dúvida de que eles eram os autores do crime; que manifestaram expressamente que não queriam manter relação sexual com eles; que foram ameaçadas; que não sabe se eles bateram na L.; que no baile, a L. ficou com o M.; que não sabe se eles já se conheciam antes do baile; que a depoente não conhecia ele; que eles dariam carona para a depoente e L. até Coronel Freitas; que era apenas um carro; que não sabe dizer que carro era; que eles tinham bebida no carro; que quem chamou a Polícia, foi um motorista que deu carona para a depoente, para o qual relatou os fatos; que no local, a polícia pegou um dos homens em flagrante, violentando a L.; que um deles fugiu do local e os demais foram levados até a Delegacia; que o M. falou para a depoente “paga um boquete pra mim, se não eu vou te explodir a cabeça (audiovisual da fl. 181 e gravação nas fls. 278-279).

Dos relatos das Vítimas extrai-se que não há dúvida de que o Recorrente M. P. tentou constranger a Vítima S. F. a praticar sexo oral, tendo ela conseguido fugir antes de ser consumada a violência; a Vítima L. M. de M. B. dos S., sob o jugo de uma arma de fogo, ficou à mercê da satisfação da lascívia dos Apelantes, que promoveram uma curra contra ela.

I. N. M., que foi arrolado pelo Recorrente M. P. (fl. 218), ofereceu versão que conforta mais as narrativas das Ofendidas que os contraditórios relatos dos Apelantes:

conhece todos os réus do Bairro; que o depoente foi pro baile com os Réus, mas ficou um pouco com eles e depois foi pra casa com eles, a pé; que depois do baile foram lá em cima, perto do Trevo; que ficaram lá um pouco, bebendo; que costumavam ir lá; que o depoente foi até o Trevo a pé; que estava o depoente, os quatro Réus e duas garotas; que ficou uns 10 minutos nesse local; que nesse tempo, viu que o M. tentou se passar pra cima de uma das meninas, correr atrás de uma das gurias; que essa menina correu; que o depoente desceu em seguida na mesma direção que essa menina; que viu que ela pegou carona no viaduto e foi embora, e então o depoente foi pra casa; que até quando o depoente estava no local, estava “tranquilo”; que depois que saiu não sabe o que aconteceu; que a menina que ficou no local, estava um pouco bêbada; que não a conhecia antes; que elas pegaram carona com os réus de carro até aquele local; que a outra moça que correu, o depoente também não conhecia; que inicialmente estavam todos em um baile; que eles deram carona pra elas até uma rua pra cima do trevo; que não sabe o porquê eles pararam nesse local; que o depoente estava junto; que o M. estava armado, com uma pistola de brinquedo; que ele mostrou a arma dentro do carro; que o carro tinha som; que o M. tentou correr atrás de uma das meninas, a qual conseguiu fugir; que o depoente foi atrás dela e não retornou mais ao local, foi pra casa; que ficou com a outra menina no local os quatro Réus (audiovisual da fl. 247 e de gravação nas fls. 280-281).

Os Testemunhos dos Policiais Militarem também reforçam as palavras das Vítimas L. M. de M. B. dos S. e S. F.

Fabiano Carlos Horostecki, na Delegacia de Polícia, descreveu como flagrou o Apelante V. R. dos S. mantendo conjunção carnal com a Vítima L.:

na manhã de hoje, por volta das 6h, a guarnição do depoente foi acionada via Copom, cuja informação dava conta da ocorrência de estupro de duas mulheres, na BR 282, próximo a empresa Ediba; [...] próximo, a guarnição foi abordada por S. F., 15 anos, a qual disse que conseguiu se desvencilhar dos autores, e relatou que sua amiga L. M. de M. B. dos S. estava sendo estuprada, sendo que indicou o local dos fatos; que a guarnição, na companhia de S. foi até o local e visualizou o veículo

Fiat Palio, cor azul, sendo que no interior do automóvel, o conduzido V. R. dos S. estava estuprando a vítima L.; que o depoente viu ainda os conduzidos J. P. da S. e A. F. de A. estavam do lado de fora do veículo, os quais, ao avistarem a viatura, tentaram se evadir a pé do local, em direção a BR 282, mas foram abordados por outra guarnição que vinha em auxílio; que a L. ao perceber a presença do depoente, saltou para fora do veículo e afirmou que estava sendo estuprada; que V. tentou se evadir do local, mas foi detido pelo depoente; que L. disse ao depoente que além dos ora conduzidos, outro homem a teria estuprado, o qual durante o estupro, encostava um revólver na cabeça dela, e ameaçava de morte, dizendo que se ela se mexesse ou tentasse fugir, ele atiraria nela; que este homem foi identificado como M. P., o qual até o momento não foi localizado (fls. 3-4).

Em seu apelo, o Recorrente V. R. dos S. argumenta que o Militar Fabiano não teria dito, na fase administrativa, que viu “a vítima gritar ou tentar fugir antes de ver a polícia, nem mesmo relata que o acusado, ou algum dos acusados estivesse agredindo a mesma, causando dúvidas de que realmente estivesse sendo estuprada” (fl. 498).

A simples leitura do depoimento do Policial Fabiano revela que isso não condiz com a realidade, pois dele extrai-se que “L. ao perceber a presença do depoente, saltou para fora do veículo e afirmou que estava sendo estuprada”.

Se o Apelante V. R. dos S. refere-se ao momento no qual ainda violentava a Vítima L., logicamente a conclusão do Policial adveio das informações recebidas de S. F., a qual foi confirmada com o anúncio de L. após desvencilhar-se de V. R. dos S., que, em seu interrogatório, relembra-se, disse que isso não ocorreu.

Em Juízo, o Policial Fabiano ratificou:

é Cabo da Polícia Militar; que no dia dos fatos estava em companhia da Capitã Andréia e participaram as diligências; que outra viatura também reforçou o atendimento da ocorrência; que estavam em rondas, quando tomaram conhecimento de uma ocorrência que foi passada

primeiramente para a guarnição do Cabo Sidnei; que como estavam mais próximos, foram até o local primeiramente; que chegando no local encontraram uma das vítimas, a qual teria conseguido fugir do local e chamado a Polícia, através de um telefone de uma pessoa que prestou ajuda; que a menina estava apavorada; que ela explicou que haviam pego carona para ir pra casa com quatro elementos, mas no percurso eles desviaram o caminho e foram em direção a um mato, onde será construído um loteamento; que isso foi rápido; que colocaram a menina dentro da viatura e ela os levou até o local dos fatos, onde se depararam com um veículo parado, no meio do mato; que o depoente saiu correndo em direção ao automóvel e surpreendeu um masculino em cima de uma moça; que o depoente ordenou que saíssem do carro; que esse masculino então saiu correndo; que a moça saiu pelo outro lado do carro e caiu no chão toda machucada, desesperada, chorando; que isso era por volta das 03 horas da manhã; que percebeu que ele praticava ato sexual; que ele estava com as calças abertas; que a menina estava de vestido; que com a chegada da viatura, outros masculinos haviam se evadido; mas como tinha outra viatura no local, prestando reforço, assim que eles saíram do mato e chegaram no asfalto, foram abordados; que conversou com a moça a qual afirmou que eles estavam em cima dela, forçando-a a manter relação sexual com eles; que ela falou que eram quatro elementos; que um deles se evadiu do local; que a moça falou que um deles estava armando e ameaça ela o tempo todo com a arma; que o masculino que estava em cima da mulher era cabeludo; que os réus presentes na audiência, estão bem diferentes hoje; que pelo que se recorda, pode apontar o “primeiro”, como sendo o masculino que estava em cima da mulher (apontou V. R. dos S.); que apresentada pelo Ministério Público as fotografias tiradas dos Réus no dia dos fatos, reconhece novamente V. como sendo o mesmo que estava em cima da vítima L.; que os outros não sabe dizer se estavam no local; que a menina que estava dentro do carro, apresentava alguns sinais de embriaguez; que ela falava bem, apenas estava desesperada e não conseguia nem caminhar de tão machucada que estava; que ela estava com um vestido curto; que com os que foram presos, não foi apreendida arma; que não lembra se V. falou algo quando foi surpreendido; que o depoente viu que dois indivíduos correram para o mato quando a viatura se aproximou; que o quarto elemento não foi localizado no momento; que as meninas contaram que estavam na frente de um “Bailão” e pegaram

carona com eles; que a conversa com elas, percebeu que eram era meninas inocentes; que o veículo era escuro, um Palio ou um Uno, não se recorda exatamente; que o V. era o proprietário do veículo (audiovisual da fl. 247, degravação nas fls. 281-282).

Sidnei Rodrigo Schmitt, Militar que também participou da abordagem aos Recorrentes J. P. da S. e A. F. de A., afirmou, na presença da Autoridade Policial, que, ao serem questionados, eles responderam que “M. P. havia lhes convidado para fazer uma ‘suruba’, [...] que participaram dos estupros mas não repassaram mais detalhes da ação, sendo que disseram ainda que M. estava de posse de uma arma de fogo” (fl. 5).

Sob o crivo do contraditório, Sidnei ratificou:

se recorda dos fatos; que efetuou a prisão de dois masculinos; que se recorda que foram acionados por uma das vítimas, a qual relatou que conseguiu se evadir no local; que ela pediu ajuda para uma pessoa que passava na rodovia; que dirigiram-se em três guarnições até o local; que quando a viatura do depoente chegou, se deparou com dois masculinos caminhando na rodovia; que outra guarnição abordou um masculino, no local do crime, em cima de uma menina praticando o abuso sexual; que essa guarnição informou que dois masculinos haviam se evadido; que levaram esses dois até o local, onde foram reconhecidos pelas vítimas; que não se recorda se eles chegaram a confessar o crime; que se recorda que eles falaram que foram convidados por um outro masculino, o qual não foi detido, pois empreendeu fuga, para fazer “uma suruba” com as meninas; que foi citado que foi usada uma arma (audiovisual da fl. 265 e degravação na fl. 282).

Nem mesmo o fato de a Vítima S. F. estar “grávida de 6 ou 7 meses no dia do crime, com a barriga bem visível” (fl. 248), foi motivo de compaixão, sendo certo que ela só não foi violentada porque conseguiu fugir de seus algozes.

Ante os relatos firmes e coerentes, o reconhecimento dos autores pelas Vítimas e a ratificação daqueles pelas palavras dos Policiais Militares

e da Testemunha I., está provado que os Apelantes J. P. da S., A. F. de A., V. R. dos S. e M. P. praticaram quatro estupros cada, contra L. M. de M. B. dos S. (um como autor e três como coautores), em continuidade delitiva; e que o Recorrente M. P. empreendeu uma tentativa de estupro contra a Ofendida S. F. (na denúncia foi entendido que havia concurso material entre este delito e os estupros consumados, mas na sentença foi reconhecida a continuidade delitiva entre todos os fatos).

Como referido, a principal prova do estupro é a palavra da vítima, visto que a clandestinidade da violência sexual dificulta o esclarecimento do crime que, via de regra, não é cometido à vista de terceiros.

A regra, nos delitos sexuais, é de que a palavra da vítima é preponderante, desde que seja coerente e uniforme, desde sua oitiva perante a autoridade policial, sem tergiversações ou contradições. Isso é presente no feito em mesa porque inexistem contradições entre os esclarecimentos prestados pelas Vítimas e pelas testemunhas inquiridas sob o crivo do contraditório.

O Superior Tribunal de Justiça orienta que “Não prospera a alegação de que a ausência de exame de corpo de delito impede o reconhecimento da configuração do delito cometido pelo Paciente, pois [a] palavra da vítima, em sede de crime de estupro ou atentado violento ao pudor, em regra, é elemento de convicção de alta importância, levando-se em conta que estes crimes, geralmente, não há testemunhas ou deixam vestígios” (STJ, HC 135.972/SP, 5.^a Turma, Rel. Min. Félix Fischer, DJe de 07/12/2009) 5. Ordem de *habeas corpus* não conhecida” (HC 273.447, Rel.^a Min.^a Laurita Vaz, j. 22.4.14).

As lesões não-sexuais da ofendida são muitas vezes mais graves que as sexuais porque normalmente desumanizam a vítima-alvo. O estupro coletivo de que tratam os autos a isso se prestou porque, segundo a Vítima L. M. de M. B. dos S., com 19 anos ao tempo do ocorrido, “enquanto chupava o pênis de um dos autores, os outros praticavam

relação sexual” (fl. 7); “eles colocaram uma camisinha na arma e ‘enfiamam’ na vagina da depoente”; “foi forçada a manter relação sexual com todos eles”; “enquanto um deles praticava o abuso o outro apontava a arma”; “chamavam-a de vagabunda, cadela, prostituta”; e “o M. praticou sexo com a depoente mais de uma vez” (fl. 248).

Não há hierarquia para o estupro porque estupro é estupro. Mas como imaginar um grupo de homens acreditando-se no direito de violentar uma jovem de 19 anos e de assistir aos outros se revezando na consumação do ato de violência?

A história de como as mulheres e as minorias são tratadas não é algo que enalteça o gênero humano. Não são aceitáveis as desculpas de que os estupradores são loucos; de que é da natureza do homem ser dominador; de que as vítimas supostamente contribuem de variadas formas para tal desfecho; e de que bebeu/drogou-se e perdeu o controle, porque o machismo não pode ser escudo protetor para atos tão ignóbeis.

Com razão Drauzio Varella quando adverte que “o estupro coletivo é a expressão mais odiosa do desprezo pela condição feminina. É um modo de demonstrar o poder do macho brutal que exhibe sua bestialidade, ao subjugar pela violência. Não é por outra razão que esses crimes são filmados e jogados na internet” (Disponível em: <<https://drauziovarella.com.br/drauzio/artigos/o-estupro/>>. Acesso em 8 de set. de 2017).

Para Rogério Greco:

“A conduta de violentar uma mulher, forçando-a ao coito contra sua vontade, não somente a inferioriza, como também a afeta psicologicamente, levando-a, muitas vezes, ao suicídio. A sociedade, a seu turno, tomando conhecimento do estupro, passa a estigmatizar a vítima [...]. A conjugação de todos esses fatores faz com que a vítima, mesmo depois de violentada, não comunique o fato à autoridade policial” [Direito Penal – Parte Especial. 12. ed. Niterói, RJ. Editora Impetus. 2015. v. 3, p. 467).

Entre as causas que podem justificar as subnotificações dos crimes de estupro estão o medo dos agressores (que quando são vários, como na espécie, é compreensivelmente maior); a vergonha; o temor da exposição pública e de que duvidem de sua versão.

O Senado Federal https://pt.wikipedia.org/wiki/Senado_Federal, em maio de 2016, aprovou, por unanimidade, o agravamento da pena para condenados por estupro coletivo previsto no Projeto de Lei do Senado 618/15 (apresentado, talvez, pela repercussão causada por violência imposta a uma jovem no Rio de Janeiro).

Digna de nota foi a manifestação do Senador Lindbergh Farias, que alertou que simplesmente “responder” com o aumento de pena não é o caminho ideal para resolver o problema: “Passa não só pelo estupro, mas por atos que antecedem. Tentar agarrar uma mulher à força, beijar à força, tratar como um objeto. Uma cultura do machismo mais invisível, que tem chantagem emocional, tratar a mulher como pertencimento do homem. Eu acho que esse debate tem que ser mais amplo”.

Carolina Ferreira, Doutora em Direito, Estado e Constituição, “criticou o chamado ‘populismo penal’, a elevação das penas quando ocorrem casos com grande exposição na mídia. Em sua opinião, as penas para estupradores já são altas, elevadas pela Lei 12.015/2009, e chegam a 30 anos, mas isso não alterou a ocorrência dos crimes até agora. O Direito Penal tem respostas restritas, não resolvem o conflito, e o senso zupros-sao-decorrencia-de-misoginia-e-machismo-dizem-palestrantes>. Acesso em 7 de set. de 2017).

Simplemente aumentar a pena do crime não resolve. É de educação capaz de mudar a cultura reinante que se carece.

Para Luíse Bello, da organização não governamental Thing Olga, “Para combater a cultura do estupro, a gente precisa de educação, de civilidade, do entendimento sobre consentimento. Educação maior sobre o que é sexo e consentimento [...] o que é limite, o que é respeito. As

pessoas precisam de uma educação sexual adequada, que ensine a respeitar completamente as outras pessoas e que não exista essa diferença de poder em que um acredita que pode dominar o outro. Esse combate também precisa passar pela discussão de um Estado que esteja mais preparado para lidar com essas vítimas e que responsabilize esses homens” (<http://agenciabrasil.ebc.com.br/direitos-humanos/noticia/2016-06/educacao-e-chave-para-combate-cultura-do-estupro-diz-feminista>. Acesso em 9.9.17).

Sim, pois a tendência machista que impera na sociedade costuma considerar que a vítima do estupro, de alguma forma, sempre tem responsabilidade pelo ocorrido, seja por se colocar em situação de vulnerabilidade, seja por se comportar de modo provocativo.

Dizemos isso porque alguém pode cogitar que as Vítimas contribuíram para o ocorrido por terem embarcado no veículo onde estavam os Apelantes.

Porém, elas adentraram no automóvel em razão de lhes ter sido garantida carona até suas residências. Só por isso é que acompanharam os Recorrentes. E isso, obviamente, não autorizou que fossem abusadas sexualmente por seus algozes. As situações são diversas, pois aceitar carona é completamente diferente de concordar em manter conjunção carnal com quatro homens ao mesmo tempo.

Logo, as Vítimas podiam estar no automóvel, mas nem por isso eram obrigadas a ceder aos anseios sexuais dos Apelantes, afinal, como escrito por Patrícia Lages, “Lugar de mulher é onde ela quiser” estar (São Paulo: Editora Vida Melhor, 2016).

Foi dito que a Vítima L. havia ingerido bebida alcoólica antes do ocorrido. Mas isso não contribuiu para o desfecho que lhe foi imposto, porque, além de S. F. aclarar que elas “manifestaram expressamente que não queriam manter relação sexual com eles” (fl. 181), o estupro coletivo em análise foi premeditado, tanto que um de seus autores conduziu o veículo

para distante do destino prometido para as Vítimas e outro empunhou arma de fogo com o fim de vencer a resistência delas, agregando: “tudo as bebidas que nós pagamos para vocês lá no Baile, agora vocês vão ter que pagar pra nós, porque senão, vou ter que derramar sangue” (fl. 248).

Não se olvide: a prova dos autos é uníssona de que a Vítima L. M. de M. B. dos S. não teve chance de defesa frente a quantidade de agressores; à maior força física deles para lutar com ela; e à arma de fogo que o Recorrente M. P. utilizou para rendê-la e para penetrá-la.

Deviam os Apelantes considerar que é direito de toda mulher ter uma vida sexual livre de opressão, violência, risco de gravidez indesejada e de contração de doenças sexualmente transmissíveis.

Ainda que não haja insurgência específica, registra-se que é acertado o reconhecimento da continuidade delitiva e da causa de aumento do art. 226, I, do Código Penal (concurso de pessoas) com relação aos estupro consumados contra a Vítima L. M. de M. B. dos S.

Celso Delmanto ensina:

Se dois réus se revezam na prática do crime de estupro (ou atentado violento ao pudor), um cometendo o ato sexual enquanto o outro vigia a ofendida, e depois trocam as posições respectivas, haverá a prática, para cada réu, de dois crimes sexuais (um como autor, outro como partícipe), incidindo a causa de aumento deste artigo 226, inciso I, mas admitindo-se a continuidade delitiva (TJSP, RJTJSP, 76/232) (*Código Penal comentado*. 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 610).

Victor Eduardo Rios Gonçalves esclarece:

Se no mesmo contexto fático o agente mantém mais de uma conjunção carnal com a mesma vítima, responde por crime único de estupro. Entretanto, se duas pessoas em concurso revezam-se na prática da

conjunção carnal (curra), respondem por dois crimes de estupro (por autoria direta em um fato e coautoria no outro). Nesses casos, a jurisprudência tem entendido ser aplicável o crime continuado. Haverá, também, um aumento de um quarto na pena por terem os delitos sido cometidos mediante concurso de pessoas (art. 226, I, CP, com a redação dada pela Lei 11.106.2005) (*Dos crimes contra a dignidade sexual aos crimes contra a administração*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 15).

Cita-se, na jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais:

Se três réus se revezam na prática do crime de estupro, um cometendo o ato sexual enquanto os outros vigiam a ofendida, e depois trocam as posições respectivas, haverá a prática, para cada réu, de três crimes sexuais (um como autor e os outros como partícipe), incidindo a causa de aumento do artigo 226, I, do Código Penal (Ap. Crim. 1.0024.98.054232-8, Rel^a. Des^a. Maria Luiza de Marilac, j. 26.2.13).

Assim, mantém-se a condenação dos Recorrentes A. F. de A., J. P. da S. e V. R. dos S. pela prática do crime previsto no art. 213, *caput*, c/c o 226, I, por quatro vezes, na forma do art. 71, *caput*; e do Apelante M. P. por infração ao art. 213, § 1º, c/c o 14, II, e 213, *caput*, c/c o 226, I, este por quatro vezes, todos na forma do art. 71, *caput*, uns e outros do Código Penal.

Passa-se à análise das reprimendas.

5. Com relação aos estupros consumados, o Magistrado de Primeiro Grau entendeu como graves as circunstâncias delitivas e aumentou a pena de cada um dos quatro delitos para cada um dos Recorrentes em 1/3, fixando-a em 8 anos, sob o seguinte fundamento:

As circunstâncias dos crimes ensejam maior reprovação, haja vista que além da conjunção carnal, a vítima foi obrigada a praticar sexo oral nos agressores (06'20). Ademais, também introduziram o cano de uma arma ou simulacro na vagina da vítima, o que aviltou mais ainda sua dignidade e lhe prolongou o sofrimento por vários dias, conforme declarou em juízo (05'14) (fls. 348, 349, 351 e 352).

Esta Segunda Câmara Criminal entende que “é viável o aumento da pena-base do crime de estupro em razão das circunstâncias do crime se o agente, além de subjugar a vítima à indesejada cópula vagínica, também a força à prática de sexo oral” (Ap. Crim. 0000003-96.2016.8.24.0018, Relator este Magistrado, j. 8.11.16).

O posicionamento é amparado em julgados do Superior Tribunal de Justiça:

Também ficou assentado neste Tribunal Superior o entendimento que em casos como os dos autos, os atos libidinosos diversos da conjunção carnal poderão ser negativamente valorados, por ocasião da dosagem da pena-base, na análise das circunstâncias elencadas no art. 59 do Código Penal (REsp 1.288.328, Rel. Min. Rogério Schietti Cruz, j. 9.5.17).

Ainda:

4. Na espécie, deve ser reconhecida a prática de crime único, pois a vítima teve a sua dignidade sexual violada pela prática de três atos sucessivos, ocorridos no interior do apartamento do paciente, mas em um mesmo contexto fático, sendo sexo oral no banheiro, conjunção carnal na sala após alguns minutos e, depois de algumas indagações, nova conjunção carnal no quarto. 5. Não obstante o reconhecimento da prática de crime único, o maior desvalor da ação, consistente na prática de atos sucessivos e que importam em maior ofensa à dignidade sexual da vítima não pode ser desconsiderado, devendo ser valorado na fixação da pena-base (HC 320.306, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, j. 4.10.16).

Também não se pode negar que a introdução de uma arma de fogo na vagina da Ofendida é causa de retumbante violação da sua dignidade, não apenas a sexual, mas a que decorre de sua humanidade e feminilidade.

Ainda, “não há como afastar a gravidade das consequências do crime, quando os abusos sexuais sofridos pela vítima lhe acarretaram sérias sequelas e abalos psicológicos” (TJSC, Ap. Crim. 2014.065695-8, Rel. Des. Roberto Lucas Pacheco, j. 19.2.15).

As graves consequências são notórias, tanto pelas palavras da Vítima

L. M. de M. B. dos S., de que “ficou três meses de molho, não podendo nem caminhar” (5’43”), quanto pelo estado emocional demonstrado durante suas declarações e tentativa de novo reconhecimento de seus algozes.

Veja-se que o Magistrado de Primeiro Grau aglutinou os três fatores acima nas circunstâncias do crime, quando o mais acertado seria considerar esse último como consequência.

Assim, se tivesse utilizado a fração comumente aplicada de 1/6 (*vide* Ap. Crim. 0001521-74.2016.8.24.0066, Rel^a. Des^a. Salette Silva Sommariva, j. 15.8.17), chegaria a um aumento de pena de 2 anos, o que resultaria no mesmo resultado de 8 anos por ele fixado.

Sendo assim, não se pode acolher o pedido de redução de pena, especificamente o do Recorrente M. P., para afastamento da circunstância judicial negativa ou redução do aumento dela decorrente, mesmo porque a utilização do patamar de 1/6 é apenas uma orientação não cogente, podendo ser aplicado montante distinto, para mais ou menos, quando os fatores que levaram ao acréscimo da pena-base assim recomendam.

Colhe-se do Superior Tribunal de Justiça:

In casu, constata-se que a pena-base do paciente foi fundamentadamente fixada em 1/3 (um terço) acima do piso legal, ante a valoração negativa do vetor circunstâncias do crime, considerando o caso concreto e a maior reprovabilidade da conduta (a vítima recebeu diversos golpes contra a face, resultando em fraturas múltiplas) (HC 387.688, Rel. Min. Félix Fischer, j. 8.8.17).

Ainda (tratando das circunstâncias judiciais, que seguem o mesmo raciocínio):

Sabe-se que, em se tratando de atenuantes e agravantes, a lei não estabelece os percentuais de fração de diminuição e de aumento que devem ser utilizados. Em decorrência, a jurisprudência desta Corte Superior firmou-se no sentido de que a fração de 1/6, mínima prevista

para as majorantes e minorantes, deve guiar o julgador no momento da dosimetria da pena, de modo que, em situações específicas, é permitido o aumento superior a 1/6, desde que haja fundamentação concreta (*HC* 323.844, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, j. 13.6.17).

Desta Corte de Justiça:

RECURSO DE DEFESA. DOSIMETRIA DA PENA. PRIMEIRA FASE. CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL NEGATIVA. AUMENTO DE 1/3 (UM TERÇO). EXISTÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. MANUTENÇÃO (Ap. Crim. 0003467-49.2014.8.24.0067, Rel. Des. Ernani Guetten de Almeida, j. 13.12.16).

Também:

PATAMAR SUPERIOR A 1/6 (UM SEXTO). INEXISTÊNCIA DE PATAMAR FIXO. INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA. AUSÊNCIA DE DIREITO SUBJETIVO DO ACUSADO. DISCRICIONARIEDADE DO MAGISTRADO. O aumento de 1/6 (um sexto) sobre a pena-base a cada circunstância judicial desfavorável, malgrado amplamente aceito, não pode servir de parâmetro em todos os casos, sob pena de violação do princípio da individualização da pena (artigo 5º, XLVI, da Constituição Federal). (...) (Apelação Criminal (Réu Preso) n. 2011.006975-4, de Lages, rel. Des. Jorge Schaefer Martins) (Ap. Crim. 2015.016300-9, Relª. Desª. Cinthia Beatriz da Silva Bittencourt Schaefer, j. 9.7.15).

No caso, a gravidade concreta dos fatores que foram considerados para a negatificação das circunstâncias do crime permite o recrudescimento da pena acima de 1/6, mostrando-se razoável o aumento de 1/3.

6. Na fase intermediária, as penas de A. F. de A. e V. R. dos S. permaneceram incólumes, enquanto as dos também Recorrentes J. P. da S. e M. P. foram reduzidas para 7 anos por conta de suas menoridades penais relativas (CP, art. 65, I).

Nesse ponto, as sanções dos Apelantes J. P. da S. e M. P. devem ser reduzidas, de ofício, uma vez que, sem motivação, o Doutor Juiz de Direito minorou-as em patamar inferior a 1/6, de modo que a sanção

intermediária de ambos é arbitrada em 6 anos e 8 meses.

Por fim, devem ser mantidas as majorações de 1/4, por conta da causa de aumento do art. 226, I, do Código Penal, porque os crimes foram cometidos em concurso de pessoas, e de mais 1/4 para J. P. da S., A. F. de A. e V. R. dos S. pela prática de quatro delitos em continuidade delitiva, e de mais 1/3 para o também Recorrente M. P. porque ele cometeu cinco delitos (somente ele foi condenado pela tentativa de estupro qualificado compreendido contra a Vítima L. M. de M. B. dos S.).

Assim, as penas de A. F. de A. e V. R. dos S. são mantidas em 12 anos e 6 meses de reclusão, e as dos também Apelantes J. P. da S. e M. P. são reduzidas para 10 anos e 5 meses de reclusão e para 11 anos, 1 mês e 10 dias de reclusão, respectivamente.

7. É inviável o abrandamento dos regimes iniciais de cumprimento das penas dos Recorrentes em vista do disposto no art. 33, § 2º, “a”, visto que são superiores a 8 anos.

8. Não é fácil sobreviver a um estupro (física e emocionalmente), quanto mais coletivo. As consequências são de longo alcance e podem ser mais devastadoras que o próprio estupro.

Por isso, e como as medidas previstas na Lei 12.845/13 podem não atender satisfatoriamente às Vítimas L. e S., determina-se que o Juízo de Primeiro Grau disponibilize que a estrutura do Poder Judiciário Estadual, ou do Município das suas residências, as atendam, caso, formalmente instadas, manifestem interesse em receber atendimento psicológico.

Ante o exposto, vota-se pelo conhecimento e desprovimento dos recursos e pela redução, de ofício, das penas dos Apelantes J. P. da S. e M. P. para 10 anos e 5 meses de reclusão e para 11 anos, 1 mês e 10 dias de reclusão, respectivamente.

Determina-se ao Juízo da Condenação, exaurida a possibilidade de interposição de recurso nesta Corte, que expeça os documentos

necessários à execução imediata da pena imposta aos Acusados, caso isso ainda não tenha sido implementado, nos termos da orientação do Plenário do Supremo Tribunal Federal (AREExtra 964.246, Rel. Min. Teori Zavascki, j. 11.11.16).

Para os fins do disposto no § 5º do art. 87 do Regimento Interno desta Corte, nas Resoluções 44, 50 e 172 do Conselho Nacional de Justiça e no Provimento 29 da Corregedoria Nacional de Justiça, o nome dos Acusados A. F. de A., J. P. da S, V. R. dos S. e M. P. devem ser incluídos, com fulcro no art. 1º, I, “e”, 9, da Lei Complementar 64/90, no Cadastro Nacional de Condenados por Ato de Improbidade Administrativa e por Ato que Implique Inelegibilidade (CNCIAI).

TERCEIRA CÂMARA CRIMINAL

Apelação Criminal n. 0000618-67.2014.8.24.0047

Relator: Desembargador Moacyr de Moraes Lima Filho

APELAÇÕES CRIMINAIS. PRELIMINAR. INÉPCIA DA DENÚNCIA. DESCRIÇÃO DOS FATOS COM TODAS AS SUAS CIRCUNSTÂNCIAS. REQUISITOS DO ART. 41 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL OBSERVADOS. PREFACIAL AFASTADA.

1 “Não há falar em inépcia da denúncia quando esta atende, satisfatoriamente, todos os requisitos do art. 41 do Código de Processo Penal, possibilitando, assim, o exercício regular do contraditório e da ampla defesa” (TJSC, Apelação Criminal n. 2013.051750-5, Des. Roberto Lucas Pacheco, j. em 18/6/2014).

2 “Nos chamados crimes de autoria coletiva, embora a vestibular acusatória não possa ser de todo genérica, é válida quando, apesar de não descrever minuciosamente as atuações individuais dos acusados, demonstra um liame entre o seu agir e a suposta prática delituosa, estabelecendo a plausibilidade da imputação e possibilitando o exercício da ampla defesa” (STJ, HC n. 394.225/ES, Min. Jorge Mussi, DJUe de 24/8/2017).

MÉRITO. CRIMES DE EXERCÍCIO ILEGAL DA MEDICINA E ESTELIONATO, ESTE ÚLTIMO EM CONTINUIDADE DELITIVA, POR MAIS DE SEIS VEZES. MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS. FARTO CONJUNTO PROBATÓRIO. VERSÕES DEFENSIVAS QUE NÃO SE COMPATIBILIZAM COM OS ELEMENTOS COLACIONADOS. ATESTADA A OBTENÇÃO DE VANTAGEM ILÍCITA EM PREJUÍZO ALHEIO, NO TOCANTE AO CRIME DO ART. 171, *CAPUT*, DO CÓDIGO PENAL. DOLO CONFIGURADO. CONDENAÇÕES MANTIDAS.

1 “Os médicos só poderão exercer legalmente a medicina, em qualquer de seus ramos ou especialidades, após o prévio registro de seus títulos, diplomas, certificados ou cartas no Ministério da Educação e Cultura e de sua inscrição no Conselho Regional de Medicina, sob cuja jurisdição se achar o local de sua atividade” (art. 17 da Lei n. 3.268/57).

2 Os elementos informativos, malgrado não se prestem, por si sós, para embasar a procedência do pedido acusatório (art. 155, *caput*, do Código de Processo Penal), quando concatenados com as provas coligidas, contribuem para a formação do juízo de certeza.

PRETENDIDA A ABSORÇÃO DO CRIME DE EXERCÍCIO ILEGAL DA MEDICINA PELO ESTELIONATO. IMPOSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA CONSUNÇÃO. INFRAÇÕES DISTINTAS. CONCURSO MATERIAL VERIFICADO. PRECEDENTES.

“É perfeitamente admissível o concurso material dos crimes de exercício ilegal da medicina (art. 282, CP) e de estelionato (171, *caput*, CP) incorrendo o alegado *bis in idem*” (DPIJ, 6, ed., p. 3.297) (Julio Fabbrini Mirabete e Renato N. Fabbrini, 2013).

PEDIDO GENÉRICO DE REDUÇÃO DA PENA. DOSIMETRIA ACERTADA. PLEITOS DE EXCLUSÃO E DIMINUIÇÃO DA PRESTAÇÃO PECUNIÁRIA. IMPOSSIBILIDADE. AUMENTOS COMPATÍVEIS COM AS CONDIÇÕES ECONÔMICAS DOS RÉUS. PRETENDIDA A REDUÇÃO DA CARGA HORÁRIA NO TOCANTE AO CUMPRIMENTO DA SANÇÃO ALTERNATIVA. INADMISSIBILIDADE. EXEGESE DO ART. 55 DO CÓDIGO PENAL. ADEQUAÇÃO DA FORMA DE CUMPRIMENTO QUE, ADEMAIS, PODE SER REALIZADA PELO JUÍZO DA EXECUÇÃO.

1 As reprimendas não merecem reparos, haja vista que fixadas com atenção às operadoras alinhadas no art. 59 do Código Penal e aos demais parâmetros legais, que garantem a sua individualização

e contribuem para a efetivação de seus objetivos, quais sejam: retribuição, prevenção e ressocialização dos apenados.

2 Consoante determinação contida no § 1º do art. 45 do Código Penal, a prestação pecuniária deve ser infligida entre 1 (um) a 360 (trezentos e sessenta) salários-mínimos, e o valor, quando fixado acima do montante mínimo, deve ser fundamentado de acordo com a gravidade da conduta e, principalmente, as condições financeiras dos acusados.

3 “As penas restritivas de direitos referidas nos incisos III, IV, V e VI do art. 43 terão a mesma duração da pena privativa de liberdade substituída, ressalvado o disposto no § 4º do art. 46” (art. 55 do Código Penal).

4 O Juízo da Execução poderá avaliar, da melhor forma, o cumprimento da prestação de serviços à comunidade, de modo a não prejudicar a atividade laboral do acusado (art. 149, III, da Lei de Execução Penal).

PEDIDO DE SOBRESTAMENTO DOS EFEITOS DA SENTENÇA CONDENATÓRIA, COM A CONSEQUENTE REMESSA DOS AUTOS AO REPRESENTANTE DO MINISTÉRIO PÚBLICO, A FIM DE QUE SEJA ANALISADA A POSSIBILIDADE DE OFERTA DA SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO. INVIABILIDADE. PENA MÍNIMA, COM O INCREMENTO DA CONTINUIDADE DELITIVA, SUPERIOR A 1 (UM) ANO. SÚMULA 723 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

Nos termos da Súmula 723 do Supremo Tribunal Federal, “não se admite a suspensão condicional do processo por crime continuado, se a soma da pena mínima da infração mais grave com o aumento mínimo de 1/6 (um sexto) for superior a 1 (um) ano”.

RECURSOS NÃO PROVIDOS.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n.

0000618-67.2014.8.24.0047, da comarca de Papanduva (Vara Única) em que são Apelantes Anderson de Rezende e outros e Apelado Ministério Público do Estado de Santa Catarina.

A Terceira Câmara Criminal decidiu, por votação unânime, afastar a preliminar e, no mérito, negar provimento aos recursos, determinando que o Juízo de origem intime os acusados para que iniciem a execução provisória das penas. Custas legais.

O julgamento, realizado nesta data, foi presidido pelo Excelentíssimo Sr. Desembargador Rui Fortes, com voto, e dele participou o Excelentíssimo Sr. Leopoldo Augusto Brüggemann. Lavrou parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Excelentíssimo Dr. Paulo Roberto de Carvalho Roberge.

Florianópolis, 15 de dezembro de 2017.

[assinado digitalmente]
Desembargador Moacyr de Moraes Lima Filho
Relator

RELATÓRIO

Na comarca de Papanduva, o órgão do Ministério Público ofereceu denúncia contra Anderson de Rezende, Fábio Rogério de Oliveira, Karin Finato de Rezende, Rosimar Barrozo Braga, Clayton Douglas Mota e José Fábio Costa de Jesus, imputando-lhes os crimes tipificados nos arts. 171, *caput*, e 288, *caput*, c/c o art. 29, todos do Código Penal. Aos três últimos denunciados, foi atribuído, ainda, o cometimento do delito descrito no art. 282, parágrafo único, daquele mesmo Diploma.

Narra a peça póstica e seu aditamento:

FATO 1

No início do ano de 2013, o Município de Papanduva contratou a empresa Med Kos Serviços S/A Ltda., para prestação de serviços médicos de clínica geral para atuar no Pronto Atendimento do município, que é realizado no Hospital São Sebastião.

Assim, em datas e locais a serem determinados durante a instrução processual, os denunciados Anderson de Rezende (sócio da empresa Med Kos Serviços S/A Ltda.), Karin Finato de Rezende (sócia da referida empresa e responsável pela contratação dos médicos da empresa) e Fábio Rogério de Oliveira (funcionário da empresa Med Kos e responsável por entrar em contato com os médicos e pelas escalas dos plantões) associaram-se com os denunciados Rosimar Barrozo Braga, Clayton Douglas Mota e José Fábio Costa de Jesus com fim de cometer crimes de estelionato e exercício ilegal da medicina, no município de Papanduva.

Desse modo, atuando em comunhão de esforços e unidade de desígnios, mediante típica divisão de tarefas, os denunciados Anderson de Rezende e Karin Finato de Rezende, que são sócios da empresa Med Kos Serviços S/A Ltda. e responsáveis pela realização de contratos para fornecimento de médicos em estabelecimentos de saúde, e Fábio Rogério de Oliveira, responsável pela elaboração das escalas de plantão, enviavam médicos, que não possuíam devido registro, para atuar no Pronto Atendimento do município de Papanduva, estabelecido no Hospital São Sebastião.

Assim, sabendo que a denunciada Rosimar Barrozo Braga e os denunciados Clayton Douglas Mota e José Fábio Costa de Jesus não poderiam exercer legalmente a medicina no Brasil, os demais denunciados Anderson, Fábio e Karin os contrataram como médicos plantonistas para prestar serviços junto ao referido pronto atendimento.

FATO 2

Entre os meses de julho a outubro de 2013, em datas e horários a serem esclarecidos no decorrer da instrução criminal, em manifesta demonstração de ofensa à saúde pública, a denunciada Rosimar Barrozo Braga deu início à conduta delitiva de exercer ilegalmente a profissão de médica junto ao Pronto Atendimento do Município de Papanduva, estabelecido no Hospital São Sebastião, sem possuir registro no CRM,

utilizando o nome e a inscrição no CRM da médica Roselaine Sturião (CRM nº 018437/SC).

Salienta-se que a denunciada Rosimar Barrozo Braga cursou faculdade de medicina no exterior e até a presente data não conseguiu a revalidação do seu diploma no Brasil, portanto, não possui inscrição no respectivo conselho de classe (CRM).

Contratada como médica plantonista pela empresa Med Kos, a denunciada Rosimar Barrozo Braga atendeu pacientes, fez diagnósticos e expediu prontuários médicos.

Dessa forma, a denunciada Rosimar Barrozo Braga exerceu a profissão de médico, sem possuir registro no órgão da categoria, com o objetivo de auferir lucro, à medida que havia sido contratada pela empresa Med Kos, que por sua vez era contratada pelo Município de Papanduva, e percebia pelos plantões que realizava.

FATO 3

Entre os meses de junho ou julho até a novembro de 2013, em datas e horários a serem esclarecidos no decorrer da instrução criminal, em manifesta demonstração de ofensa à saúde pública, o denunciado Clayton Douglas Mota deu início à conduta delitiva de exercer ilegalmente a profissão de médico junto ao Pronto Atendimento do Município de Papanduva, estabelecido no Hospital São Sebastião, sem possuir registro no CRM, utilizando o nome e a inscrição no CRM do médico Clayton Moura Belo (CRM nº 22725/PR).

Salienta-se que o denunciado Clayton Douglas Mota cursou faculdade de medicina no exterior e até a presente data não conseguiu a revalidação do seu diploma no Brasil, portanto, não possui inscrição no respectivo conselho de classe (CRM).

Contratado como médico plantonista pela empresa Med Kos, o denunciado Clayton Douglas Mota atendeu pacientes, fez diagnósticos e expediu receituários médicos.

Dessa forma, o denunciado Clayton Douglas Mota exerceu a profissão de médico, sem possuir registro no órgão da categoria, com o objetivo de auferir lucro, à medida que havia sido contratado pela empresa Med Kos,

que por sua vez era contratada pelo município de Papanduva, e percebia pelos plantões que realizava.

FATO 4

Em meados do ano de 2013, em datas e horários a serem esclarecidos no decorrer da instrução criminal, em manifesta demonstração de ofensa à saúde pública, o denunciado José Fábio Costa de Jesus deu início à conduta delitativa de exercer ilegalmente a profissão de médico junto ao Pronto Atendimento do Município de Papanduva, estabelecido no Hospital São Sebastião, sem possuir registro no CRM, utilizando o nome e a inscrição no CRM do médico Eduardo Magrin Barros (CRM nº 54342/PR).

Ressalta-se que o denunciado José Fábio Costa de Jesus cursou faculdade de medicina no exterior e até a presente data não conseguiu a revalidação do seu diploma no Brasil, portanto, não possui inscrição no respectivo conselho de classe (CRM).

Contratado como médico plantonista pela empresa Med Kos, o denunciado José Fábio Costa de Jesus atendeu pacientes, fez diagnósticos e expediu receituários médicos.

Dessa forma, o denunciado José Fábio Costa de Jesus exerceu a profissão de médico, sem possuir registro no órgão da categoria, com o objetivo de auferir lucro, à medida que havia sido contratado pela empresa Med Kos, que por sua vez era contratada pelo Município de Papanduva, e percebia pelos plantões que realiza.

FATO 5

Com especial fim de se locupletar ilicitamente às custas da boa fé alheia, os denunciados Rosimar Barrozo Braga, Anderson de Rezende, Fábio Rogério de Oliveira, Karin Finato de Rezende, Clayton Douglas Mota e José Fábio Costa de Jesus todos mediante comunhão de esforços e unidade de desígnios, obtiveram, para si, vantagem ilícita em prejuízo do Município de Papanduva, induzindo-o em erro, mediante meio fraudulento e obtendo, com isso, a contratação da empresa Med Kos Serviços S/A Ltda., fornecendo pessoas sem registro no CRM como se médicos fossem para atuar junto ao Pronto Atendimento do município

de Papanduva.

Para tanto, os denunciados Anderson de Rezende, Fábio Rogério de Oliveira e Karin Finato de Rezende, mesmo sabendo que os denunciados Clayton Douglas Mota, José Fábio Costa de Jesus e Rosimar Barrozo Braga não poderiam exercer a profissão de médicos no Brasil, os contrataram para exercer tal profissão, e Rosimar, Clayton e José Fábio, sabendo da proibição, aceitaram trabalhar utilizando dados de médicos devidamente registrados no órgão competente (Roselaine Sturião, Clayton Moura Belo e Eduardo Magrin Barros, respectivamente).

Foi assim que os denunciados Rosimar, Clayton e José Fábio foram encaminhados para realizarem plantões médicos no pronto atendimento municipal e, mediante o emprego dessa gravíssima fraude, realizaram o atendimento de diversos pacientes, durante os vários meses do ano de 2013 até a descoberta em novembro do referido ano, os quais acreditavam tratar de um profissional médico efetivamente, recebendo vantagem ilícita oriunda do contrato celebrado entre o Município de Papanduva e a empresa Med Kos Serviços S/A Ltda.

Desse modo, os demais denunciados, Anderson, Karin e Fábio também obtiveram vantagem ilícita, consistente em receber valores do Município de Papanduva para fornecer médicos aptos a trabalharem no Brasil, enviando, no entanto, pessoas sem registro no órgão da categoria, em prejuízo do próprio Município e de um grande número de pacientes que foram induzidos em erro. (fls. VI/XII)

Finda a instrução, o Magistrado a quo julgou parcialmente procedente o pedido formulado na exordial, para absolver todos os acusados da conduta prevista no art. 288, *caput*, do Código Penal, com fulcro no princípio in dubio pro reo, e condenar:

a) Anderson de Rezende ao cumprimento da pena privativa de liberdade de 1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão, em regime inicial aberto, substituída por duas medidas restritivas de direitos, consistentes em prestação pecuniária, na importância de 10 (dez) salários-mínimos, vigente à época da condenação, e prestação de serviços à comunidade, além do pagamento de 16 (dezesesseis) dias-multa, no valor unitário de

1/10 (um décimo) do salário-mínimo em vigência ao tempo dos fatos, devidamente corrigido até a data da efetiva quitação, por infração ao art. 171, *caput*, na forma do art. 71 (por mais de seis vezes), ambos do Código Penal;

b) Karin Finato de Rezende ao cumprimento da pena de 1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão, em regime inicial aberto, substituída por duas medidas restritivas de direitos, consistentes em prestação pecuniária, na importância de 10 (dez) salários-mínimos – vigentes à época da condenação – e prestação de serviços à comunidade, além do pagamento de 16 (dezesesseis) dias-multa, no valor unitário de 1/10 (um décimo) do salário-mínimo em vigência ao tempo dos fatos, devidamente corrigido até a data da efetiva quitação, por infração ao art. 171, *caput*, na forma do art. 71 (por mais de seis vezes), ambos do Código Penal;

c) Fábio Rogério de Oliveira ao cumprimento da pena de 1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão, em regime inicial aberto, substituída por duas medidas restritivas de direitos, consistentes em prestação pecuniária, na importância de 5 (cinco) salários-mínimos – vigentes à época da condenação – e prestação de serviços à comunidade, além do pagamento de 16 (dezesesseis) dias-multa, no valor unitário de 1/15 (um quinze avos) do salário-mínimo em vigência ao tempo dos fatos, devidamente corrigido até a data da efetiva quitação, por infração ao art. 171, *caput*, na forma do art. 71 (por mais de seis vezes), ambos do Código Penal;

d) Rosimar Barrozo Braga ao cumprimento das penas de 1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão e 6 (seis) meses de detenção, em regime inicial aberto, substituída por duas medidas restritivas de direitos, consistentes em prestação pecuniária, na importância de 10 (dez) salários-mínimos – vigentes à época da condenação – e prestação de serviços à comunidade, além do pagamento de 26 (vinte e seis) dias-multa, no valor unitário de 1/10 (um décimo) do salário-mínimo em vigência ao tempo dos fatos, devidamente corrigido até a data da efetiva quitação, por infração ao art.

171, *caput*, c/c o art. 71 (por mais de seis vezes), e art. 282, parágrafo único, na forma do art. 69, todos do Código Penal;

e) Clayton Douglas Mota ao cumprimento das penas de 1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão e 6 (seis) meses de detenção, em regime inicial aberto, substituída por duas medidas restritivas de direitos, consistentes em prestação pecuniária, na importância de 10 (dez) salários-mínimos – vigentes à época da condenação – e prestação de serviços à comunidade, além do pagamento de 26 (vinte e seis) dias-multa, no valor unitário de 1/10 (um décimo) do salário-mínimo em vigência ao tempo dos fatos, devidamente corrigido até a data da efetiva quitação, por infração ao art. 171, *caput*, c/c o art. 71 (por mais de seis vezes), e art. 282, parágrafo único, na forma do art. 69, todos do Código Penal; e

f) José Fábio Costa de Jesus ao cumprimento das penas de 1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão e 6 (seis) meses de detenção, em regime inicial aberto, substituída por duas medidas restritivas de direitos, consistentes em prestação pecuniária, na importância de 5 (cinco) salários-mínimos – vigentes à época da condenação – e prestação de serviços à comunidade, além do pagamento de 26 (vinte e seis) dias-multa, no valor unitário de 1/20 (um vinte avos) do salário-mínimo em vigência ao tempo dos fatos, devidamente corrigido até a data da efetiva quitação, por infração ao art. 171, *caput*, c/c o art. 71 (por mais de seis vezes), e art. 282, parágrafo único, na forma do art. 69, todos do Código Penal.

A sentença transitou em julgado para a ré Rosimar Barrozo Braga (fl. 1768).

Inconformados, os réus Clayton Douglas Mota, José Fábio Costa de Jesus, Fábio Rogério de Oliveira, Karin Finato de Rezende e Anderson de Rezende interpõem apelações criminais.

Clayton Douglas Mota almeja a absolvição, com base na insuficiência probatória. Em relação ao crime tipificado no art. 282,

parágrafo único, alega, em síntese, “que o exercício pleno e qualitativo da medicina não está e nem deve ser vinculado exclusivamente a um registro [...] especialmente a quem atuou no intuito de salvar vidas, o bem maior tutelado pelo Estado”. Sustenta, ainda, que agiu “por extrema necessidade”. No tocante ao delito de estelionato, aduz que “não obteve nenhum tipo de vantagem na situação, recebeu parca remuneração (muito aquém do que faria jus) por um atendimento médico de qualidade que acudiu uma população necessitada e, se alguém obteve vantagem nesta situação, foram exclusivamente os proprietários da empresa intermediária”. Por fim, de forma subsidiária, pretende a fixação da pena no piso legal, a redução da prestação pecuniária para 3 (três) salários-mínimos, bem como a diminuição da carga horária da prestação de serviços à comunidade, “uma vez que, 1 hora de tarefa por dia de condenação, se mostra inconciliável com suas atividades profissionais” (fls. 1727/1744).

José Fábio Costa de Jesus requer a absolvição do crime de estelionato, ao argumento de que houve *bis in idem*, em razão da sua condenação pelo delito de exercício ilegal da medicina, devendo ser aplicado ao caso o princípio da consunção. Subsidiariamente, almeja a exclusão da prestação pecuniária, fixada em 5 (cinco) salários mínimos, “por não dispor de meios financeiros para arcar com tal valor” (fls. 1747/1752).

Karin Finato de Rezende (fls. 1848/1876), em preliminar, suscita a nulidade do feito, com base na inépcia da denúncia, ante a ausência de descrição da ação por ela praticada, assim como da “indicação do montante da vantagem indevida e do consequente prejuízo em decorrência da imputação do estelionato”.

No mérito, busca a absolvição, alegando a atipicidade da conduta. Para tanto, afirma que inexistente nos autos “a identificação do prejuízo sofrido pela suposta vítima, a Administração Pública Municipal”. No

mais, sustenta a inexistência de provas quanto à sua participação no delito em tela, pois é advogada estabelecida em Curitiba/PR e “não tinha qualquer envolvimento na administração e muito menos na condução das atividades específicas da MED KOS”. Pontua, outrossim, que, embora os corrêus Rosimar Barrozo Braga, Clayton Douglas Mota e José Fábio Costa de Jesus não estivessem devidamente “inscritos em seu Conselho de Classe, não só tinham formalmente conduta médica, quanto sua atividade concretamente desenvolvida [...] demonstra que há uma distância abissal em atuação irregular e a condição de ‘falso médico’”. Ademais, alega que não “tinha domínio na atividade criminosa”, ou seja, não possuía “qualquer conhecimento a respeito de eventual contratação de profissionais formados em medicina sem a devida inscrição no CRM”. Ao final, de maneira subsidiária, pede “o sobrestamento dos efeitos da sentença e remessa dos autos ao representante do Ministério Público, para exame sobre a oferta, ou não, da suspensão condicional do processo” (fls. 1848/1876).

Por meio de procuradores comuns aos de Karin, mas em peças separadas, Anderson de Rezende, preliminarmente, busca a nulidade do processo, com fulcro na inépcia da denúncia, que se mostrou genérica. Argumenta, em síntese, que “a mera indicação de quais fatos teriam sido praticados, sem a pormenorização das condutas de cada um, não é suficiente para a imputação penal”, havendo, portanto, ofensa aos princípios do contraditório e da ampla defesa. Nesse viés, pondera que a peça póstica “não apontou (nem se comprovou na instrução processual) que [...] conhecia a situação dos corrêus (irregularidade administrativa por não estarem habilitados no CRM), não restando demonstrado qual teria sido a forma de atuação individual de cada um dos agentes para lesar o Município”. Diz, também, que “não foi demonstrado qual foi o benefício ilícito obtido [...] em decorrência da contratação dos corrêus” e nem “qual teria sido o prejuízo material efetivamente sofrido pelo Município de Papanduva”, o qual “deve ser real, quantificável”.

No que se refere à matéria de fundo, pretende a absolvição, uma vez que a prova judicial não demonstrou a existência dos elementos caracterizadores do crime de estelionato. Assevera que não resultou comprovado que “quis fraudar e/ou fraudou, de alguma forma, alguma cláusula do contrato firmado e teve sucesso nessa empreitada, obtendo vantagem ilícita”, assim como de que contratou os médicos “com o conhecimento de que utilizavam os registros no CRM de outros médicos”, pagando-lhes um valor menor do que era pago aos profissionais regularizados, enganando, portanto, o Município. Além disso, afirma “que todos os profissionais fornecidos pela empresa MED KOS tinham a habilidade técnica e o conhecimento necessários” para realizarem os atendimentos com qualidade, “apenas não estavam regularizados perante o órgão de classe”.

Por último, “requer sejam sobrestados os efeitos da sentença, com remessa dos autos ao representante do Ministério Público, para oportunizar [...] a suspensão condicional do processo, nos termos do art. 89 da Lei n. 9.099/95” (fls. 1878/1928).

Fábio Rogério de Oliveira, por sua vez, invoca o princípio *in dubio pro reo* e pugna pela absolvição por insuficiência de provas. Defende, ainda, a ausência do “elemento subjetivo do tipo penal, qual seja, induzir alguém ao erro para obter ganhos ilícitos”. Argumenta que “exercia funções meramente administrativas”, que “jamais realizou contratações ou efetuou pagamentos” e apenas “realizava a escala nos plantões”. Declara que seu contato “com os profissionais era apenas por telefone” e sua participação no tocante aos fatos “se deu unicamente enquanto contratado da empresa MED KOS, atendendo a ordens e cumprindo tarefas determinadas por seus superiores e que entendia perfeitamente lícitas” (fls. 1933/1947).

Contrarrazões ofertadas (fls. 1825/1842 e 1950/1974), os autos ascenderam a esta Corte e a douta Procuradoria-Geral de Justiça, por

intermédio do Dr. Paulo Roberto de Carvalho Roberge, manifesta-se pelo conhecimento e não provimento dos reclamos (fls. 1976/1998).

VOTO

Os recursos preenchem os pressupostos objetivos e subjetivos de admissibilidade, razão pela qual devem ser conhecidos.

1 Os acusados Karin Finato de Rezende e Anderson de Rezende suscitam a nulidade do feito ante a inépcia da denúncia, porquanto a narrativa dos fatos levada a efeito pelo órgão do Ministério Público não teria individualizado as condutas praticadas por cada acusado.

Salienta-se, entretanto, que a higidez da denúncia e o seu recebimento estão adstritos apenas ao cumprimento dos requisitos expostos no art. 41 do Código de Processo Penal e à existência de elementos seguros que demonstrem a ocorrência do crime e a presença dos indícios suficientes da autoria.

No caso dos autos, a exordial acusatória trouxe satisfatoriamente os fatos criminosos, embasada em robusto inquérito policial, indicando as capitulações em que os réus incidiram e as suas qualificações, possibilitando a plenitude de defesa.

Sobre o assunto, José Antônio Paganella Boschi observa:

Desde que a inicial forneça indicações suficientes para que o réu conheça todos os contornos fáticos em que se estriba a pretensão acusatória para poder, se quiser, exercer plenamente sua defesa, não haverá razão para que a inicial seja rejeitada por inépcia, embora eventualmente esteja redigida com economia de palavras. (Ação penal. São Paulo: Aide, 1997. p. 183)

De outra parte, entendimento diverso conduziria, sem dúvida alguma, à impossibilidade de apuração de crimes, especialmente quando praticados em concurso de agentes.

Vale lembrar que “o Supremo Tribunal Federal já decidiu que

‘nos crimes de autoria coletiva, a denúncia pode narrar genericamente a participação de cada agente, cuja conduta específica é apurada no curso da ação penal’ (STF, Habeas Corpus n. 75.868/RJ, rel. Min. Maurício Correa, j. em 25/2/1998, DJU de 6/6/2003).

O Superior Tribunal de Justiça, por sua vez, não destoa:

Não pode ser acimada de inepta a denúncia formulada em obediência aos requisitos traçados no artigo 41 do Código de Processo Penal, descrevendo perfeitamente as condutas típicas, cuja autoria é atribuída ao recorrente devidamente qualificado, circunstâncias que permitem o exercício da ampla defesa no seio da persecução penal, na qual se observará o devido processo legal.

[...] Nos chamados crimes de autoria coletiva, embora a vestibular acusatória não possa ser de todo genérica, é válida quando, apesar de não descrever minuciosamente as atuações individuais dos acusados, demonstra um liame entre o seu agir e a suposta prática delituosa, estabelecendo a plausibilidade da imputação e possibilitando o exercício da ampla defesa [...]. (HC n. 394.225/ES, rel. Min. Jorge Mussi, j. em 17/8/2017, DJUe de 24/8/2017)

E este Tribunal de Justiça, sistematicamente, tem se manifestado no mesmo sentido, vide: Apelação Criminal n. 2010.066434-8, de Blumenau, deste Relator, j. em 7/12/2010; Apelação Criminal n. 2013.066160-2, de Herval D’Oeste, rel. Des. Leopoldo Augusto Brüggemann, j. em 26/8/2014; Apelação n. 0002252-60.2014.8.24.0189, de Santa Rosa do Sul, rel. Des. Getúlio Corrêa, j. em 3/5/2016; e Apelação n. 0012470-72.2012.8.24.0075, de Tubarão, rel. Des. Jorge Schaefer Martins, j. em 23/6/2016.

No mais, não prospera a alegação de que a peça inaugural está eivada de nulidade, uma vez que não indicou o montante exato do prejuízo efetivamente suportado pelo Município de Papanduva. Acerca do tema, decidiu a Corte Superior:

O fato de a denúncia não especificar a quantia ou vantagem indevida

que os recorrentes supostamente teriam recebido como mediadores do esquema delituoso não tem o condão de obstar a continuidade da ação penal [...] Assim, ainda que a denúncia não especifique a vantagem indevida que os recorrentes possivelmente tenham recebido em favor próprio, há clara indicação da vantagem pecuniária indevida obtida para outrem [...]”. (RHC n. 62.255/SP, Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, j. em 22/11/2016, DJUe de 30/11/2016, grifou-se)

Não há falar, portanto, em ofensa aos princípios do contraditório e da ampla defesa.

Sendo assim, afasta-se a prefacial.

2 Passa-se à aferição da matéria de fundo.

Considerando que as provas estão ligadas entre si, os recursos serão analisados conjuntamente.

2.1 Do crime de exercício ilegal da medicina

Em que pese a irresignação das defesas, a materialidade e autoria delitivas estão comprovadas por meio do boletim de ocorrência (fl. 6), da notificação extrajudicial (fls. 14/15), dos documentos (fls. 8, 19/20, 26/29, 39/40 e 42/44), das emissões de comprovantes de pagamentos/transferências efetuados pelo Município de Papanduva em favor da empresa MED KOS (fls. 48/59), da relação dos médicos que trabalharam no Pronto Atendimento Municipal de Papanduva, no período entre 1º/1/2013 a 20/11/2013 (fl. 73), do contrato social da MED KOS (fls. 116/120), dos registros de atendimentos efetuados no Hospital São Sebastião (fls. 459/512, 514/538 e 540/598), do Contrato n. 071/2013 firmado entre o Fundo Municipal de Saúde de Papanduva e a empresa MED KOS (fls. 204/207 dos autos apensos n. 047.14.000706-3), bem como da prova oral produzida nos autos.

De início, colaciona-se o depoimento judicial do Delegado de Polícia Gustavo Muniz Siqueira, responsável pela investigação (gravação audiovisual à fl. 1101):

[...] o escândalo iniciou com uma vistoria que o CRM fez no hospital de Canoinhas, onde tinha uma denúncia que um médico que atuava lá não era médico; pelo fato da empresa atuar em Papanduva instaurou inquérito para apurar, pois já sabia que esse falso médico já havia atuado em Papanduva [3'00"]; José Fábio da Costa era o falso Eduardo; diante disso solicitou a listagem dos médicos ao Hospital de Papanduva, os contatos deles, como não poderia confiar nas informações da empresa [MED KOS], obteve informações junto ao CRM, Facebook, para verificar se havia mais falsário [3'55"]; através de informações do corpo hospitalar, foi direcionada a suspeita a Rosimar e Clayton, diante das informações repassadas pelos funcionários de que eram médicos fracos de conteúdo [4'22"]; as suspeitas se confirmaram; no total foram identificados três médicos falsos, ou seja, pessoas que se faziam passar por médicos [4'42"]. (transcrição extraída das alegações finais do Ministério Público, fl. 1435, com inserção do tempo em que o trecho ocorreu, conforme § 7º do art. 297 do Código de Normas da Corregedoria-Geral da Justiça de Santa Catarina – CNCGJSC).

Gustavo acrescentou que foi solicitada, inicialmente, a prisão de Rosimar – localizada e presa no Acre. Rosimar confirmou que “realmente o Anderson e a Karin Finato tinham ciência de que ela não tinha possibilidade de atuar, por não ter o diploma homologado no Brasil”. Rosimar afirmou que não conhecia os demais médicos falsos, mas que a empresa tinha conhecimento da sua situação irregular. “Ficou bem claro que a empresa lucrava com isso porque pagava menos para ela do que para o médico regularizado” (4'55”). Disse que, a partir do interrogatório de Rosimar, foi possível que fossem decretadas as prisões dos outros envolvidos. Fábio Rogério foi localizado em Curitiba. Anderson desconfiou da investigação e evadiu-se (5'32”). Pontuou que, após o depoimento de Fábio Rogério, “que era enfermeiro e responsável pelas escalas de plantão da MED KOS, foi possível fazer o link com a participação também da Karin [...] ela seria responsável por documentar, por fazer a parte jurídica (até por ser advogada) dos funcionários e dos médicos que a empresa contratava” (5'57”). Aduziu que os acusados

Rosimar, Clayton e José Fábio utilizavam carimbos e receituários preenchidos em nome de outros médicos (7'58"). Informou que há um inquérito em andamento, no qual se apura a morte de um paciente, envolvendo dois desses três falsos médicos (14'17").

Consignou que o prejuízo é o valor pago pela Prefeitura de Papanduva por um serviço que não correspondia ao contratado. **“Fornecer um falso médico ao preço de um verdadeiro” (14'36”).** Os falsos médicos eram formados no exterior. **“Todos eles tinham inscrições em ‘Revalida’ em diversas universidades do país, não aprovados, obviamente, senão estariam regularizados” (14'55”).** Registrou que a ré Karin, por ocasião do interrogatório de Fábio Rogério – que estava acompanhado de seu defensor –, chegou a solicitar que ele não falasse nada, sem antes conversar com o advogado dela (17'58"). **Segundo informações fornecidas pela médica Roselane e por Fábio Rogério, funcionário da MED KOS, por um plantão de doze horas, era pago ao médico regularmente inscrito no CRM, em torno de R\$ 850,00 (oitocentos e cinquenta reais). Já ao médico não regularizado, pagava-se cerca de R\$ 600,00 (seiscentos reais) (21'06”).** A ré Rosimar afirmou que fez o carimbo no nome de outra médica (Roselane) por conta própria, mas não indicou o local, apenas que tinha sido orientada a fazê-lo (22'47").

Por fim, o Delegado Gustavo contou, que, durante uma ligação telefônica com Anderson, dono da empresa MED KOS, ele afirmou que Karin era a pessoa responsável pelos cheques (23'32" – gravação audiovisual à fl. 79 dos autos digitais).

Nesse ponto, cabe ressaltar que, consoante entendimento desta Corte, “os depoimentos prestados por Policiais, quando suas declarações forem coerentes, merecem acolhimento, uma vez que não infirmadas por outras provas. Porque não faria sentido o Estado credenciar agentes para exercer o serviço público de repressão ao crime e garantir a segurança

da sociedade e depois lhes negar crédito quando fossem prestar contas acerca de suas tarefas no exercício da função” (TJSC, AC n. 2009.006293-5, Des. Rui Fortes, j. em 4/5/2010).

Na esfera administrativa, a acusada Rosimar Barbosa Braga detalhou:

É formada em medicina no exterior; Que iniciou a faculdade em Cuba e terminou no Paraguai, no ano em 2006, sendo seu diploma expedido por este país; Que chegou a fazer o exame de revalidação de diploma, o chamado “REVALIDA”, duas vezes, porém não conseguiu obtenção da nota exigida; Que, no ano passado, 2013, conseguiu inscrição na faculdade UNIVALI, situada no município de Itajaí-SC, local este onde faria complementação de estudos, ou seja, horas-aula extras, para depois fazer a revalidação do diploma; **Que como a faculdade era muito cara, o valor de R\$ 3650,00/mês, e para pagar tal valor e se manter naquele estado, ficou sabendo que o médico, conhecido por Dr. Anderson, poderia conseguir que a interrogada prestasse alguns plantões médicos; que Anderson é proprietário de uma empresa, de nome MEDKOS, que presta serviços médicos a algumas prefeituras de Santa Catarina; que disse a Anderson que apesar de formada ainda não tinha conseguido a revalidação do diploma; que Anderson disse que na cidade de Papanduva- SC havia plantões para serem cumpridos, no Hospital municipal, ocasião em aceitara; Que logo em seguida recebeu ligação telefônica de Fábio, responsável pela escala de plantão do hospital; que não sabe dizer se Fábio é enfermeiro ou sócio da empresa; Que começou a trabalhar por volta de julho de 2013, em Papanduva/SC, e lá, em escalas, inicialmente de 12 horas, e depois de 24 horas; que Fábio era quem pagava a interrogada, em cheques depositados em sua conta pessoal, no valor de R\$ 600,00 o plantão de 12 horas; que sabia que outros médicos, com CRM, ganhavam bem mais, ou seja, cerca de R\$ 1200,00 ou R\$ 1800,00 por plantão de 12 horas, mas como não tinha CRM, não podia exigir o mesmo valor; que usava o número de CRM de um médico de Criciúma – SC, Roselaine Sturião; que essa médica não sabe disso, pois conseguira essa informação do sítio eletrônico do CREMESC (Conselho Regional de Medicina de Santa Catarina), até porque o nome inicial era parecido;**

que Anderson disse que a interrogada deveria ter um número de CRM, e por isso usou o da médica Roselaine, cujo número não se recorda; que trabalhou de Julho até Outubro de 2013. (fls. 93/94, grifou-se)

Em Juízo, alterou, em parte, a versão anterior:

[...] confessou parte dos fatos da denúncia, relatando que efetivamente utilizou o nome de outra pessoa (mandou fazer um carimbo), sendo que o diploma de seu curso feito no exterior estava em processo de validação [1'26"]. Disse que ligou para Anderson pedindo plantão, momento em que ele ofereceu sem que ela apresentasse qualquer documento, ressaltando que achavam que ela tinha registro [2'58" e 6'51"]. Disse, ainda, que conseguiu o número de telefone da empresa por meio de informações passadas por um Secretário de Saúde de Papanduva [9'19" e 12'50"]. Fez plantões em Canoinhas e Papanduva, sendo que era o corréu Fábio quem fazia as escalas' [4'25"]. **Recebia R\$ 600,00 por um plantão de 12 horas**, desconhecendo quanto ganhava um médico com registro no CRM, terminando de trabalhar em Papanduva em novembro de 2013 [5'36" e 11'05"]. O pagamento [feito uma única vez] era **por meio de cheque nominal [depósito em conta]** e desconhecia os demais médicos sem registro [7'07"]. Consignou, também, que trabalhou por "estado de necessidade", visto que precisava de dinheiro para pagar a complementação para revalidação [12'07"]. Hoje já possui CRM do Acre [14'46"]. Disse não lembrar o número de plantões realizadas, mas em cada plantão atendia cerca de 40 pessoas, mais emergências e internações, ressaltando que o serviço foi efetivamente prestado nas mais diversas ocorrências (acidente, hipertensão, trauma) [15'26" e 18'50"]. Esclareceu, por fim, não ter recebido por todo o serviço prestado [16'04"]. (transcrição extraída da sentença, fls. 1643/1644, com inserção do tempo em que o trecho ocorreu, conforme § 7º do art. 297 do CNCGJSC, grifou-se).

Rosimar consignou, ainda, que, na Delegacia, disse que sabia que os médicos regularmente inscritos no CRM ganhavam entre R\$ 1.200,00 (mil e duzentos reais) e R\$ 1.800,00 (mil e oitocentos reais), por orientação do próprio Delegado (11'30" – gravação audiovisual à fl. 1424).

Na etapa judicial (gravação audiovisual à fl. 1424), o réu Clayton

Douglas Mota, declarou:

[...] ser parcialmente verdadeiros os fatos descritos na denúncia, não tendo CRM (seu diploma estava em processo de validação) [1'37"]. Disse que foi indicado por uma pessoa que ligou, identificou-se como Carla e mandou-o vir até Papanduva fazer o plantão (esclareceu, depois, que foi a empresa que entrou em contato com ele) [2'04", 7'53" e 8'46"]. Ao chegar no hospital não tinha médico sendo que, inicialmente, cobriu um plantão e depois foi ficando [2'32" e 3'34"]. A pessoa de nome Carla que dizia a forma e dia de pagamento, realizando-o [em dinheiro]. **O valor do plantão eram R\$ 600,00 [5'20"]**. Disse que mandou fazer o carimbo com o nome de um outro médico chamado Clayton e nunca levou sua documentação pois sabia de sua situação [6'12"]. Aduziu, ainda, que se formou em medicina na Bolívia em 2011, mas para praticar a medicina no Brasil precisa fazer uma prova (revalida) e ampliar sua carga-horária. Iniciou este processo em 2012, o qual era dividido em três etapas: a) documental; b) prova e c) verificação da compatibilidade da carga horária com a faculdade em que buscou revalidar o diploma. Fez 2000 horas complementares na Univali, praticamente esgotando o tempo necessário para validação até ser preso [9'47"]. Disse, ainda, que em Papanduva fez de 22 a 28 plantões (não havia folha de frequência no Hospital), atendendo no pronto-socorro diversos casos, sendo que os pacientes gostavam de seu atendimento. Chegou, inclusive, a fazer um diagnóstico complexo de uma criança, salvando sua vida [13'52" e 20'09"]. Prestou o serviço e foi pago por isto [21'20"]. (transcrição extraída da sentença, fls. 1644/1645, com inserção do tempo em que o trecho ocorreu, conforme § 7º do art. 297 do CNCGJSC).

O acusado José Fábio Costa de Jesus, sob o crivo do contraditório, aduziu:

[...] que sabia trabalhar sem registro, usando o carimbo de outro médico (Dr. Eduardo) [1'10"]. Formado na Bolívia, disse que não conseguiu revalidar seu diploma (estava em processo de validação) e precisava do dinheiro para iniciar o processo. Sabia que não podia trabalhar, mas fazia isto pois precisava de dinheiro para a revalidação de seu diploma [3'00" e 13'00"]. Alguns médicos falaram que estavam precisando de plantão, razão pela qual ligou oferecendo seu trabalho para Anderson. Um dia

Anderson ligou e ele deu o nome de Eduardo e, no dia combinado, prestou o serviço [3'30"]. Apenas disse que tinha registro, nunca sendo dele exigido qualquer documento (o contrato era verbal e por telefone) e era Fábio quem passava o plantão [4'49"]. **O valor do plantão era de aproximadamente R\$ 45,00 a R\$ 50,00 a hora, recebendo por cheque nominal**, botando [ele próprio] seu nome (pedia para deixar o cheque na portaria para enrolar e não entrar em contato com as pessoas que pagavam) [5'58"]. Ressaltou, também, não saber o número de plantões feitos, prestando o serviço em Canoinhas e em Papanduva [8'32"]. Os procedimentos médicos por ele realizados eram variados (baleados, abdômen agudo, trauma) [10'50"]. (transcrição extraída da sentença, fl. 1645, com inserção do tempo em que o trecho ocorreu, conforme § 7º do art. 297 do CNCGJSC).

Por sua vez, a médica Roselaine Sturião, perante a autoridade judicial (gravação audiovisual à fl. 1269), disse “que ficou sabendo que estavam usando seu registro do CRM pela televisão [1'25”]. A ré Rosimar usava, além do seu CRM, carimbo e CPF [2'56”]. Por fim, esclareceu que Rosimar era formada no Paraguai e não tinha conseguido, ao tempo dos fatos, o revalida por insuficiência de nota [5'58” e 6'40”]” (transcrição extraída da sentença, fl. 1646, com inserção do tempo em que o trecho ocorreu, conforme § 7º do art. 297 do CNCGJSC).

Consignou, outrossim, que o réu Fábio Rogério é de sua cidade natal e primo de um colega que cursou Medicina com ela. Pontuou que, após a formatura, esse amigo chegou a lhe oferecer um emprego em Curitiba, que seria intermediado pela empresa MED KOS (2'21” – gravação audiovisual à fl. 1269).

Da mesma forma, o médico Eduardo Magrin Barros confirmou “que trabalhou um tempo no hospital maternidade de São José dos Pinhais e acabou conhecendo José Fábio, estagiário de medicina conveniado com a universidade em que cursava [...] na Bolívia. Posteriormente, ficou sabendo que José Fábio usava seu CRM, RG, CPF e carimbo” (transcrição extraída da sentença, fl. 1646, com inserção do tempo em que o trecho

ocorreu, conforme § 7º do art. 297 do CNCGJSC).

Ouvido apenas na etapa administrativa, o também médico Clayton Moura Belo afirmou:

QUE após contato telefônico da Autoridade Policial de Papanduva, soube que seu nome e CRM estariam sendo utilizados por uma pessoa, que se passou por médico nesta cidade; QUE nunca sequer esteve em Papanduva, tampouco aqui prestou serviços médicos; QUE nesta data, voluntariamente compareceu nesta Unidade Policial para esclarecer tais fatos; QUE nunca ouviu falar da Empresa MED KOS, tampouco de Anderson Rezende; QUE exerce suas atividades em Francisco Beltrão, Paraná e no município vizinho, Salgado Hospital; QUE não tem ideia de como seus documentos pessoais (cópias) possam ter ido parar em poder da Empresa ou do suspeito; QUE trabalhou para as empresas INSTITUTO CONFIANCE e SODHEBRÁS, ambas de Curitiba, Paraná, mas não sabe se os suspeitos trabalharam ou pertenceram a estas empresas, possibilitando o acesso a seus documentos. (fl. 41)

Irmã do réu Clayton, Karina Aparecida Mota confirmou que ele “prestou serviços de médico no Município de Papanduva quando já estava formado e inscrito no revalida, mas ainda não tinha obtido a inscrição no CRM [fl. 1221]” (transcrição extraída da sentença, fl. 1646) – fato que foi corroborado pelo depoimento judicial de Maria Zanelato Martins (gravação audiovisual à fl. 1332).

Fábio José Padilha, Secretário da Administração do Município de Papanduva à época, discorreu, perante o Magistrado a quo (gravação audiovisual à fl. 1247), que o contrato realizado com a MED KOS estabelecia que a empresa deveria fornecer médicos todos os dias, vinte e quatro horas por dia, para atuarem no pronto atendimento. Em contrapartida, o Município pagava um valor estipulado – por hora médica – para a empresa (3’25”). Disse que tomou conhecimento da existência de “falsos médicos” pela imprensa de Canoinhas, fato que chamou atenção, uma vez que a MED KOS também prestava serviços àquele Município (5’20”). Relatou que notificaram extrajudicialmente a empresa, pedindo a

cópia da carteira de registro no CRM e os documentos de Eduardo Magrin Barros. A firma encaminhou, por e-mail, a documentação (5'35"). Ocorre que, mais tarde, descobriram que, efetivamente, Eduardo era médico, mas que alguém havia se passado por ele para poder trabalhar (6'03"). Declarou que, em seguida, foi apresentada "denúncia" na Polícia Civil, que instaurou o respectivo inquérito (6'33"). Notificou mais uma vez a empresa para que se manifestasse, mas não obteve resposta. Foi aberto, também, um procedimento administrativo, mas todas as correspondências remetidas a MED KOS voltaram. Contou que referido processo foi concluído e está com o Procurador Jurídico para que sejam tomadas as medidas cabíveis. **É bem possível que o Município ingresse com ação pedindo a devolução dos valores pagos à empresa que, porventura, sejam considerados indevidos (6'48").** No mais, ressaltou que, após tomarem conhecimento da existência dos "falsos médicos" foi realizada uma reunião, em que a empresa MED KOS foi representada por sua advogada, Dra. Karin, esposa do Dr. Anderson (25'10", grifou-se).

Angelita Maria Matioski, técnica de enfermagem do hospital São Sebastião, de Papanduva, em Juízo (gravação audiovisual à fl. 1274) confirmou que chegou a trabalhar com Eduardo, Clayton e Rosi (1'06"). Esses eram os nomes pelos quais eles se apresentavam. Em nenhum momento desconfiou que eram "falsos médicos". Todos tinham números de CRM, carimbos com números e nomes (1'40"). O representante da empresa MED KOS era o Dr. Anderson (3'30").

Na mesma esteira, na presença do Togado singular (gravação audiovisual à fl. 1274), Alzira Povaluk, que trabalhava como voluntária na administração do hospital São Sebastião de Papanduva, dissertou que, diante da falta de médicos, foi a Canoinhas, oportunidade em que a Secretária de Saúde falou sobre a MED KOS, que prestava serviços para esse Município (1'35"). **Deslocou-se até Curitiba, onde conheceu a esposa do proprietário dessa empresa, a qual deu toda a explicação, apresentou o trabalho desenvolvido e indicou o serviço como uma**

facilidade aos hospitais, pois ofereciam médicos plantonistas (2'15" e 32'49"). Falou que viu o proprietário da firma, Dr. Anderson, por duas vezes. **Chegou a conhecer Rosimar, José Fábio e Clayton. Esses eram os nomes pelos quais eles se apresentavam (3'26"). Os três possuíam carimbo com número de CRM, realizavam consultas e prescreviam medicamentos.** Nunca desconfiou de nenhuma irregularidade (5'20", grifou-se).

Pois bem.

O art. 282 do Código Penal preceitua:

Art. 282. Exercer, ainda que a título gratuito, a profissão de médico, dentista ou farmacêutico, sem autorização leal ou excedendo-lhe os limites:

Pena – detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos.

Parágrafo único. Se o crime é praticado com o fim de lucro, aplica-se também multa.

Sobre o tipo penal em tela, Guilherme de Souza Nucci ensina:

[...] exercer implica desempenhar algo habitualmente. Significa, pois, que o agente necessita atuar com regularidade e frequência, uma vez que a punição se volta ao estilo de vida, e não a um comportamento isolado. O caráter habitual é fornecido não somente pelo verbo, mas também pelo complemento, que é a profissão (atividade remuneratória que se pratica com habitualidade). O objeto é a profissão de médico, dentista ou farmacêutico. Sobre o caráter habitual da infração penal, ver nota 39 ao art. 229.

[...]

Gratuita ou onerosamente: o agente pode exigir contraprestação pelos seus serviços profissionais, embora possa exercer a atividade gratuitamente por mero capricho ou desejo.

[...] Elemento normativo do tipo: a autorização legal é peculiar ao campo da ilicitude, embora tenha sido colada no tipo penal, integrando-o. Assim,

quando o agente atuar com autorização da lei, configura-se atipicidade da conduta. Sabe-se, pois, que esses profissionais precisam de registro do título e licença para exercer a atividade, não bastando a diplomação.

[...] Objetos material e jurídico: o objeto material é a profissão de médico, dentista ou farmacêutico. O objeto jurídico é a saúde pública. (Código penal comentado, 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 1285/1286)

Nesse rumo, a Lei n. 3.268/57, que dispõe sobre os Conselhos de Medicina, e dá outras providências, em seu art. 17, considera autorização legal para o exercício da profissão, *verbis*: “Os médicos só poderão exercer legalmente a medicina, em qualquer de seus ramos ou especialidades, **após o prévio registro de seus títulos, diplomas, certificados ou cartas no Ministério da Educação e Cultura e de sua inscrição no Conselho Regional de Medicina**, sob cuja jurisdição se achar o local de sua atividade” (grifou-se).

Na hipótese, como visto, o conjunto probatório é farto em demonstrar que Rosimar, Clayton e José Fábio exerceram ilegalmente a medicina, uma vez que não estavam regularmente inscritos no respectivo Conselho Regional.

Em suas razões, a defesa de Clayton argumenta que ele agiu “por extrema necessidade”, devendo, portanto, ser absolvido.

O pleito não merece prosperar.

Segundo o art. 24 do Código Penal, “considera-se em estado de necessidade quem pratica o fato para salvar-se de perigo atual, que não provocou por sua vontade, nem podia de outro modo evitar, direito próprio ou alheio, cujo sacrifício, nas circunstâncias, não era razoável exigir-se”.

Colhe-se da doutrina de Guilherme de Souza Nucci:

A Exposição de Motivos da Parte Geral do Código Penal de 1940, nessa parte não alterada pela atual Exposição de Motivos [pós reforma de 1984],

mencionou: “[...] O estado de necessidade não é um conceito absoluto: deve ser reconhecido desde que ao indivíduo era ‘extraordinariamente’ difícil um procedimento diverso do que teve. O crime é um ato ‘reprovável’, por ser a violação de um dever de conduta, do ponto de vista da disciplina social ou da ordem jurídica. Ora, essa reprovação deixa de existir e não há crime a punir, quando, em face das circunstâncias em que se encontrou o agente, uma conduta diversa da que teve não podia ser exigida do *homo medius*, do comum dos homens”. (Código penal comentado. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 269)

Em atenção aos princípios da presunção de inocência e, principalmente, *in dubio pro reo*, com o advento da Lei n. 11.690/08, o art. 386, VI, do Código de Processo Penal passou a dispor que o juiz absolverá o réu quando “existirem circunstâncias que excluam o crime ou isentem o réu de pena (arts. 20, 21, 22, 23, 26 e § 1º do art. 28, todos do Código Penal), ou mesmo se houver fundada dúvida sobre sua existência”.

Com isso, deixou claro o legislador que o reconhecimento das causas excludentes de ilicitude e exculpantes prescinde da certeza, bastando que remanesça, depois do exame das provas, fundada dúvida.

Sobre a modificação da lei, preleciona o mencionado autor:

Se estiver provada a excludente de ilicitude ou culpabilidade, cabe a absolvição do réu. Por outro lado, caso esteja evidenciada a dúvida razoável, resolve-se esta em benefício do acusado, impondo-se a absolvição (*in dubio pro reo*). [...] A ressalva introduzida, portanto, consagra o princípio do favor rei, deixando consignado que é causa de absolvição tanto a prova certa de que houve alguma das excludentes mencionadas no inciso VI, como também se alguma delas estiver apontada nas provas, mas de duvidosa assimilação. Resolve-se a dúvida em favor da absolvição do acusado. (Código de processo penal comentado. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 857)

Na espécie, nenhum elemento colhido ao longo da persecução respalda a pretensão. Ressalta-se que a dificuldade do processo de

revalidação do diploma de Medicina no Brasil – no que diz respeito à documentação, carga horária, prova e alto custo –, por certo, não tem o condão de caracterizar situação excepcional.

Desse modo, a defesa não se desincumbiu do ônus que lhe competia a teor do art. 156, *caput*, do Código de Processo Penal, nem sequer para incutir dúvida sobre a existência de causas excludentes de ilicitude e/ou de culpabilidade.

Ademais, o argumento de que “atuou no intuito de salvar vidas, o bem maior tutelado pelo Estado” também não prospera.

Embora algumas testemunhas, como Telma Regina Bley, Giseli Kerpinski, Angelita Maria Matioski, Alzira Povaluk, Valéria Panigada, Raimunda Duarta, Saulo Ruthes, Humberto Jair Damaso Ribas, tenham dito que em nenhum momento suspeitaram que Clayton, Rosimar e José Fábio atuavam de forma ilegal e que não tinham reclamações a fazer sobre os atendimentos prestados aos pacientes, tal circunstância não afasta o caráter ilícito da conduta por eles praticadas.

A propósito, *mutatis mutandis*, decidiu o Superior Tribunal de Justiça:

CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. PROGRAMA “MAIS MÉDICOS PARA O BRASIL”. MP 621/2013. IMPETRAÇÃO VOLTADA CONTRA ATO DO MINISTRO DA SAÚDE QUE INDEFERIU A INSCRIÇÃO DO DEMANDANTE. PRINCÍPIO IN DUBIO POR SALUTE.

1. Cuida-se de Mandado de Segurança contra ato do Ministro da Saúde que indeferiu a inscrição do demandante no programa “Mais Médicos para o Brasil”, criado pela MP 621/2013. No caso, o requerente aduz que é médico formado pela Universidad de La Integración de Las Américas Unida, em Assunção, no Paraguai, e que não conseguiu fazer sua inscrição diante de pendência acusada pelo sítio eletrônico do Ministério da Saúde, que exhibe a mensagem “dados profissionais CRM inválido”.

2. Duas faces da mesma moeda, vida e saúde corporificam, na

Constituição e na sistema infraconstitucional brasileiros, valores éticos, políticos e jurídicos primordiais e preeminentes do nosso Estado Social de Direito, cuja compreensão e respeito, por todos, espelham a imagem mais acabada daquilo que chamamos de civilização.

Por isso mesmo, a atividade do legislador, administrador e juiz deve orientar-se pelo princípio *in dubio pro salute*.

3. De que existe grave crise no sistema de saúde pública ninguém duvida. Que as suas maiores vítimas são os pobres, sobretudo os das regiões mais longínquas e abandonadas do País, também ninguém ousará negar. Que, sem médico, a minuciosa proteção constitucional e legal da vida e saúde não passará de garantia retórica, de tão óbvio, impossível questionar. E, finalmente, que o enfrentamento da histórica omissão do Estado diante dessa catástrofe coletiva – que há de nos envergonhar, particularmente perante nossa consciência – não deveria despertar objeção alguma. É sob esse pano de fundo que se põe o exame judicial do Programa “Mais Médicos para o Brasil”.

4. O livre exercício de qualquer profissão constitui direito fundamental assegurado pela Constituição da República nos termos do seu art. 5º, XIII, estando sujeito, todavia, as qualificações profissionais que a lei determinar. Regulamentando esse dispositivo, o art. 17 da Lei 3.268/1957 prescreveu que os médicos só poderão exercer legalmente a medicina após o prévio registro de seus títulos, diplomas, certificados ou cartas no Ministério da Educação e Cultura e de sua inscrição no Conselho Regional de Medicina. Logo, o exercício da profissão é privativo dos inscritos no Conselho Regional de Medicina (art. 6º da Lei 12.842/2013), para o que deverão ser atendidos todos os requisitos constantes do art. 1º, § 1º, do Decreto 44.045/1958, além de outros que os Conselhos Regionais julgarem necessários (§ 3º).

[...]

7. Embora o requerente indique causa externa como responsável pelo indeferimento de sua inscrição – “ato arbitrário” do Poder Público –, em realidade, o óbice que impede seu ingresso no programa situa-se exclusivamente em sua órbita pessoal, já que não reúne as condições próprias reclamadas pela legislação para o exercício lícito da medicina

no País.

[...]

10. Segurança denegada. (STJ, MS n. 20.457/DF, rel. Min. Herman Benjamin, j. em 25/9/2013, DJUe de 24/10/2016)

Dessa feita, a manutenção da condenação de Clayton Douglas Mota e José Fábio Costa pela prática do crime descrito no art. 282, parágrafo único, do Código Penal é medida que se impõe.

3 Do crime de estelionato

A materialidade e autoria delitivas estão demonstradas pelo boletim de ocorrência (fl. 6), pela notificação extrajudicial (fls. 14/15), pelos documentos (fls. 8, 19/20, 26/29, 39/40 e 42/44), pelas emissões de comprovantes de pagamentos/transferências efetuados pelo Município de Papanduva em favor da empresa MED KOS (fls. 48/59), pela relação dos médicos que trabalharam no Pronto Atendimento Municipal de Papanduva, no período entre 1º/1/2013 a 20/11/2013 (fl. 73), pelo contrato social da MED KOS (fls. 116/120), pelos registros de atendimentos efetuados no Hospital São Sebastião (fls. 459/512, 514/538 e 540/598), pelo Contrato n. 071/2013 firmado entre o Fundo Municipal de Saúde de Papanduva e a empresa MED KOS (fls. 204/207 dos autos apensos n. 047.14.000706-3), assim como pela prova oral colhida no curso do processo.

Anderson de Rezende, perante o Juiz singular (gravação audiovisual à fl. 1247), negou os fatos que lhe são imputados (0'58"). É sócio da MED KOS (1'21"). Afirmou que a empresa não estabelecia contratos com os médicos (1'38"). Eles entravam em contato por meio de um anúncio no site do CRM ou por indicação (1'55"). O requisito era ser médico (2'17"). Consignou que não havia necessidade de o profissional ir pessoalmente à empresa (3'25"). Geralmente o contato era via telefone, oportunidade em que era solicitado ao médico que mandasse cópia da documentação por e-mail. Disse que trabalhavam com a boa-fé (5'13").

Acredita ter sido “enganado” pelos coacusados Rosimar, José Fábio e Clayton, pois não estavam devidamente inscritos no CRM (6’20”). Relatou que era solicitado ao profissional que trouxesse os documentos e entregasse no pronto atendimento do hospital (6’33”). Declarou que o médico precisa fazer um cadastro para poder trabalhar e que o diretor técnico do hospital tem que ter esse cadastro. Falou que a sua empresa possuía apenas alguns documentos, que eram encaminhados ao contador (7’36”). Ressaltou que não lembra se chegou a ter contato com Rosimar e José Fábio, apenas fez uma “troca de plantão” com Clayton (8’00”). O corréu Fábio Rogério auxiliava na formatação e no fechamento das escalas de plantão (8’40”). Assinalou que o pagamento aos médicos era feito de acordo com a preferência de cada profissional (9’30”). Todos eles recebiam o mesmo valor (10’05”). Explicou que os documentos originais eram solicitados apenas quando o médico tinha a intenção de entrar no contrato social da empresa (10’57”). Nenhum dos três profissionais irregulares entraram no contrato social, uma vez que, apesar de terem sido solicitados, os documentos não foram entregues. Não tinha controle sobre isso porque era uma assistente administrativa que fazia a captação. “Eu não sabia quem tinha entregado o documento ou não” (11’15”). Argumentou que teve prejuízo financeiro com o contrato firmado com a Prefeitura de Papanduva, por falta ou atraso de pagamento. O lucro era pífio (12’09”). Relatou que, durante um plantão de doze horas, são realizados cerca de sessenta atendimentos (14’00”). Nunca deixou de pagar nenhum plantonista. Chegou a fazer empréstimos para cumprir com sua obrigação (15’22”). Disse que Fábio Rogério não tinha competência para firmar contratos e que ele não conhecia pessoalmente os médicos, pois mantinha contato com eles apenas via telefone. Aduziu, ainda, que não era função desse corréu receber e analisar documentos, e nem fazer pagamentos (16’47”). Nunca recebeu queixas com relação ao trabalho de Rosimar, José Fábio e Clayton (21’00”). Sua esposa Karin não exercia atividades na MED KOS e não tinha poder de decisão na empresa (22’17”).

Karin Finato de Rezende, esposa de Anderson, judicialmente (gravação audiovisual à fl. 1247) também negou a prática da conduta delituosa (1'00''). Argumentou que apenas faz parte do contrato social e que nunca teve atuação na MED KOS (1'13''). Aduziu que, após os fatos terem sido noticiados, participou de uma reunião com a Prefeitura de Papanduva, representando o seu marido, pois ele estava de plantão (1'35''). Contou que, na ocasião, falaram sobre determinado profissional que não estaria inscrito regularmente no CRM, contudo não possuía conhecimento sobre o assunto (2'17''). Ficou sabendo dos demais médicos que estavam irregulares pelas notícias veiculadas no jornal (2'43''). Asseverou que não fazia parte da estrutura da empresa e que não possui conhecimento técnico para exercer tal atividade (3'02''). Não tinha participação, sequer, na análise jurídica de contratos da firma (3'17''). Consignou que, à época, atuava como advogada e possuía um escritório (3'36''). Nunca teve contato com nenhum médico vinculado à MED KOS (4'12'').

Por sua vez, o coacusado Fábio Rogério de Oliveira, na Delegacia (fls. 121/126), afirmou:

[...] Que, passou a elaborar escalas, trabalho este que desempenhou com excelente qualidade, poucas vezes havia falta de médicos para alguma data de plantão, situação esta que sempre passou para o médico Anderson e quando não conseguia ninguém, ele próprio era quem fazia o plantão médico onde fosse necessário [...] **Que, por vezes, alguns profissionais que trabalhavam, mantinham contato por telefone com o interrogando e informavam sobre atrasos no pagamento, diziam não ter recebido pelos serviços ou recebidos valores a menor**, assim, por não ser de sua área ou de seu conhecimento por não fazer pagamentos, **o interrogando repassava a informação para Karin, esposa do médico Anderson, a qual também fazia parte da empresa, sendo de conhecimento do interrogando que era Karin a responsável pelo fechamento dos contratos com municípios e também pagamento dos profissionais médicos que prestassem os serviços; Que, o interrogando tem conhecimento que a Karin era a responsável pela inclusão ou não de**

novos profissionais, bem como por toda aparte jurídica de qualquer contratação de profissionais médicos ou prestação de serviços a entes públicos [...] Que, ao interrogando, cabia apenas a formulação da escala, os contatos posteriores eram diretamente com o médico Anderson ou com a Karin, esclarece que, por vezes, alguns profissionais encaminhavam via e-mail dados bancários e pessoais para o pagamento, mas como ao interrogando não cabia tal função, apenas reencaminhava o e-mail diretamente para Karin, que era responsável por tais trabalhos [...] Que, com relação aos três profissionais, o interrogando esclarece que não conhece tais pessoas, jamais os viu, nunca recebeu ou pediu a eles qualquer documento de identificação pois cabia a Karin o pagamento, bem como a correta identificação dos profissionais médicos; Que, o interrogando apenas achou estranho com relação a tais profissionais, o desejo de fazer grande número de plantões, porém o encaminhamento das escalas e cômputo de horas cabia a Karin, portanto para o interrogando não lhe cabia qualquer questionamento [...]. (grifou-se)

Sob o crivo do contraditório (gravação audiovisual à fl. 1247), negou a conduta delituosa e tentou, de maneira atabalhoada, esquivar-se da imputação. Alegou que não era funcionário da MED KOS, apenas prestava serviço à empresa (1'30"). Sua função consistia em organizar as escalas de plantão e substituições, conforme a disponibilidade dos médicos (1'42"). No caso de atraso, também era sua função telefonar para o profissional (2'00"). Aduziu que os médicos interessados em fazer plantões geralmente chegavam por indicação da Secretaria de Saúde. Eram eles próprios que entravam em contato com a firma (3'02"). Negou saber como funcionava o trâmite dos documentos. Disse que nunca conheceu nenhum médico pessoalmente (3'45"). Nada sabe acerca dos valores e da forma de pagamento dos plantonistas (5'29"). Afirmou que, quando a pessoa telefonava, só lhe passava o nome e o CRM (6'30"). Nunca entregou cheque a nenhum médico (10'30"). Negou ter orientado José Fabio a usar o nome do médico Eduardo (12'12"). Argumentou que não era o responsável por fazer contratos, nem por receber, analisar documentos e selecionar currículos. Nunca foi na sede

da empresa, era tudo feito por telefone (12'47"). Falou que em nenhum momento recebeu reclamação acerca da qualidade dos atendimentos prestados pelos médicos. A demanda do pronto atendimento era muito alta (16'15"). Ao final, alegou que nunca recebeu solicitação/ordem para contratar profissionais que não fossem regularmente inscritos no Conselho de Medicina (18'14"). O pagamento dos plantonistas era feito por Anderson (21'30").

Pontua-se que os elementos informativos, malgrado não se prestem, por si sós, para embasar a condenação (art. 155, *caput*, do Código de Processo Penal), quando concatenados com as provas coligidas, como no caso, contribuem para a formação do juízo de certeza.

Odair José Leandro Dias, ex-Secretário de Saúde de Papanduva, dissertou na fase processual (gravação audiovisual à fl. 1274) que a comunicação com a MED KOS era feita por meio de Anderson e Fábio (1'24"). **Como Secretário, teve contato com Clayton, José Fábio e Rosi, que sempre se apresentaram como médicos (3'08"). Após os fatos virem à tona, participou de uma reunião em que Karin estava presente, representando a empresa (5'27"). "Nós fomos lesados como Município, como cidadão, como qualquer paciente" (12'05"). "A confiança estava em cima de uma licitação" (16'29").** Consignou que nunca recebeu reclamação formal dos atendimentos realizados por aqueles médicos (17'37"). Fábio, possivelmente, fazia as escalas de plantões (18'59"). Relatou que, nos dois últimos meses do ano de 2013 não houve pagamento à MED KOS pela Prefeitura (28'30"). Relatou, ainda, que, no dia seguinte à descoberta do suposto falso médico (que se apresentava como Dr. Eduardo), ninguém apareceu para trabalhar. Por essa razão, ligou para o Dr. Anderson, que foi cobrir o plantão (30'26", grifou-se).

A corroborar, Telma Regina Bley, Assistente Social e Secretária de Saúde de Canoinhas, contou, sob o crivo do contraditório (gravação

audiovisual à fl. 1207), que a MED KOS foi contratada pela Prefeitura daquele Município por meio de processo licitatório para prestação de serviços médicos de emergência no pronto atendimento (2'00"). **O proprietário da empresa era o Dr. Anderson de Rezende, a procuradora (quando se tratava de notificações) era a Dra. Karin. Já os assuntos relacionados à escala de plantão eram tratados com Fábio Rogério e Carla (2'50").** Narrou que quando havia algum médico interessado em fazer plantão, passava o telefone de Fábio. “Ele tratava dessas contratações” (4'12"). Ao chegar no pronto atendimento, a enfermeira chefe ou outro funcionário designado tinham a incumbência de verificar a carteira profissional (4'58"). **Muitas vezes o Fábio digitalizava os documentos do médico e lhe enviava por e-mail (5'37").** Pontuou que no site do CRM encontram-se todos os dados do profissional registrado, exceto foto (6'27"). Esclareceu que, **com a acusada Karin, discutia mais a parte jurídica e administrativa.** Por exemplo, quando algum médico chegava atrasado ou sofria algum tipo de acidente, a notificação era direcionada a ela (19'02"). **Fábio Rogério cuidava da captação de médicos e das escalas de plantão (20'37").** Ao arrematar, **reprisou que quem fazia a contratação dos médicos dentro da empresa era Fábio.** Posteriormente, ele começou a receber ajuda da Carla. Disse ter certeza de que era ele que contratava as pessoas diretamente. **“Os médicos diziam: eu falei com o Fábio, mandei meus documentos pra ele [...] de tudo, ele que cuidava [sic]” (33'06", grifou-se).**

Giseli Kerpinski, Secretária Municipal de Saúde de Irineópolis, destacou que “a empresa [MED KOS] deveria fornecer o médico regularizado, que é o que está no contrato” (5'22") – gravação audiovisual à fl. 1250).

Ouvido como informante pelo Juízo de Primeiro Grau (gravação audiovisual à fl. 1147), o médico Thiago Lemos **“disse que após uma semana de sua contratação, Fábio pediu que enviasse a**

documentação (currículo, diploma e registro no CRM [1'35" e 23'28"]” (transcrição extraída da sentença, fl. 1654, com inserção do tempo em que o trecho ocorreu, conforme § 7º do art. 297 do CNCGJSC, grifou-se). Além disso,

[...] consignou ouvir comentários de que **Rosimar era insegura [16'50"]**. Sobre José Fábio da Costa, **presenciou o dia em que o delegado foi até o atendimento para falar com o médico “Eduardo”, ocasião em que José Fábio da Costa disse que iria até o carro para pegar seu documento de registro, não voltando mais [4'55"]**. Disse, ainda, que em Papanduva José Fábio usava CRM de outro médico e que, dias depois, os médicos Rosilane (Rosimar) e Clayton também fugiram [5'55" e 10'27"]”. (transcrição extraída da sentença, fl. 1645, com inserção do tempo em que o trecho ocorreu, conforme § 7º do art. 297 do CNCGJSC, grifou-se).

Acrescentou que prestou serviços para a MED KOS. Um amigo, que também é médico, passou o seu contato para o Fábio, que fazia as escalas dos plantonistas. O Fábio entrou em contato e combinaram os dias de plantão (0'35”). **Afirmou que o pagamento era feito por depósito em conta ou transferência eletrônica (2'45”)**. Disse que, quando estava trabalhando em Papanduva, ouviu de algumas pessoas que trabalhavam no hospital: **“tem médico aí que não é médico”**, mas ninguém falava com certeza (4'02”). **Karin transferia os pagamentos. Anderson fazia parte da contabilidade, mas também realizava alguns plantões quando necessário (7'36”)**. **Todas as tratativas foram feitas com Fábio pelo telefone (12'11”)**. Asseverou que conhece as pessoas de Fábio Rogério, Anderson, Karin, Carla e Sandra, que é mãe da Karin (14'08”). Parou de fazer plantões em virtude de atraso nos pagamentos (19'30”). Respondeu que, em Papanduva, o valor do plantão de 12 (doze) horas era por volta de R\$ 740,00 (setecentos e quarenta) e R\$ 750,00 (setecentos e cinquenta reais), independentemente de ser diurno ou noturno e de ser fim de semana ou não (21'22” – gravação audiovisual à fl. 1147, grifou-se).

Raimunda Duarte, médica que também prestou serviços por intermédio da MED KOS, **“consignou que trabalhou vários plantões com ‘Eduardo Magrin Barros’ ficando sabendo, posteriormente, que se tratava de José Fábio [1’48”]. Disse, também, que trabalhou com Rosimar, a qual se apresentava como Ro[si] e assinava como Rosilaine Esturião [13’05”]”**. Afora isso, **“esclareceu que quando chegou em Canoinhas foi recebida no hospital por Anderson, depois entregou sua documentação [autenticada] (RG, CRM e comprovante de residência,) para então iniciar o trabalho [1’25”, 3’38” e 10’53”]. Disse, ainda, que os pagamentos eram realizados por depósito bancário e os dados foram informados para Anderson e sua esposa Karin [6’20”]”** (transcrição extraída da sentença, fls. 1645/1646 e 1654) com inserção do tempo em que o trecho ocorreu, conforme § 7º do art. 297 do CNCGJSC, grifou-se).

No mais, falou que quem organizava e repassava as escalas de plantão era Fábio (7’00”). **Com a Karin conversou apenas por telefone, geralmente por questões financeiras, já que ela cuidava dos pagamentos. “Alguma coisa sobre contratação, sobre algum documento, alguma coisa que eu precisasse” (15’54”)**. Por fim, esclareceu que se formou em Medicina na Bolívia e obteve o Revalida pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte. **Quando foi contratada pela MED KOS, toda essa documentação foi exigida (16’12” – gravação audiovisual à fl. 1207, grifou-se)**.

Na mesma linha, o médico Saulo Ruthes (fl. 1207) afirmou que **prestou serviço para empresa Med Kos e a documentação exigida foi o RG, CPF e carteira de médico e diploma [1’21”]**. Disse, também, que a escala de plantões era realizada por Fábio e que **enviou a documentação para Karin, inclusive por duas vezes e com a exigência de que todos os documentos fossem autenticados em Cartório [1’58” e 3’20”]** (transcrição extraída da sentença, fls. 1655) com inserção do tempo em que o trecho ocorreu, conforme § 7º do art.

297 do CNCGJSC, grifou-se).

Já a médica Valéria Panigada, em Juízo (gravação audiovisual à fl. 1373), aduziu que, quando se mudou para Papanduva, entrou em contato com a Secretaria de Saúde para saber sobre oportunidades de trabalho. Que lhe foi passado o telefone da MED KOS, empresa pela qual foi contratada (1'04"). Fábio Rogério era quem lhe mandava as escalas de plantão. Que à época, não lhe foi exigido nenhum documento (1'45"). **O pagamento era feito por depósito em conta (2'30")**. A empresa não lhe exigiu nenhuma documentação (20'58", grifou-se).

Tem-se, ainda, a narrativa firme de Guilherme Westphal Kirchner. Sob o crivo do contraditório (gravação audiovisual à fl. 1370), afirmou que é médico e trabalhou por vários anos no hospital de Papanduva (2'32"). **Já manteve contato com a MED KOS, inclusive deixou de trabalhar no pronto atendimento de Mafra porque “não concordava que profissionais, supostamente médicos, trabalhassem ali, sem apresentar seus diplomas” (3'52")**. Chegou a receber telefonemas de Fábio Rogério pedindo para fazer plantões, mas recusou. “O procedimento deles era muito irregular” (4'47"). Explicou que, para atuarem, os médicos deveriam ter, além do diploma, inscrição do CRM de Santa Catarina (8'00"). Que no final do ano de 2012 soube que a Prefeitura de Papanduva dispensaria todos os médicos conhecidos da região e contrataria a MED KOS. “Eu avisei: olha, essa empresa é inidônea, é administrada por pessoas inescrupulosas e não vai dar certo” (12'35"). Que chegou a denunciar a conduta dessa empresa no Conselho Regional de Medicina (21'07", grifou-se).

De outra banda, os testigos Anderson Lovato, Nívia Pereira de Souza, Jaques Couto e Stefânio Tenório Dantas prestaram declarações meramente abonatórias e nada souberam acrescentar sobre os fatos.

Na espécie, fácil perceber que a negativa dos réus não encontra respaldo no conjunto probatório.

O delito em exame, nos termos do art. 171, *caput*, do Código Penal, constitui-se na conduta de “obter, para si ou para outrem, vantagem ilícita, em prejuízo alheio, induzindo ou mantendo alguém em erro, mediante artifício, ardil, ou qualquer outro meio fraudulento”.

De acordo com Fernando Capez, o estelionato “trata-se de crime em que, em vez da violência ou grave ameaça, o agente emprega um estratagema para induzir em erro a vítima, levando-a a ter uma errônea percepção dos fatos, ou para mantê-la em erro, utilizando-se de manobras para impedir que ela perceba o equívoco em que labora” (Curso de direito penal. v. 2. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 571).

Sobre os requisitos fundamentais do tipo penal, Cezar Roberto Bitencourt elenca: “1) emprego de artifício, ardil ou qualquer outro meio fraudulento; 2) induzimento ou manutenção da vítima em erro; 3) obtenção de vantagem patrimonial ilícita em prejuízo alheio (do enganado ou de terceiro)” (Código penal comentado. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 836).

Guilherme de Souza Nucci acrescenta que o “elemento subjetivo: é o dolo. Inexiste a forma culposa. Além disso, existe o elemento subjetivo do tipo específico (ou dolo específico), que é a vontade de obter lucro indevido, destinando-o para si ou para outrem” (Código penal comentado. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 1003).

In casu, é evidente que as frágeis versões apresentadas pelos réus não passam de tentativa infundada de eximirem-se da responsabilidade penal.

De mais a mais, o dolo na conduta dos acusados está plenamente configurado, uma vez que, após induzirem em erro o Município de Papanduva, mediante ardil, obtiveram vantagens ilícitas.

Conforme bem ponderado pelo ilustre Procurador de Justiça, Dr. Paulo Roberto de Carvalho Roberge:

[...] com a satisfatória demonstração do elemento subjetivo doloso por

parte dos apelantes Anderson, Karin e Fábio, não há como ignorar as elementares do crime de estelionato, pois as vantagens ilícitas percebidas por estes mesmos agentes eram resultantes do produto decorrente dos valores ordinariamente ajustados para pagamento dos plantões aos médicos habilitados e a quantia a menor repassada aos médicos graduados em outros países e sem título para atuar no Brasil.

Por sua vez, as vantagens ilícitas auferidas pelos apelantes Clayton e José Fábio equivalem aos próprios valores, na íntegra, recebidos como pagamento para o exercício de profissão à qual, à época, não se encontravam habilitados a desempenhar.

Em outro ponto, o prejuízo suportado pela vítima – de forma direta, o município de Papanduva, e, indiretamente, aos profissionais habilitados que, por evidente, sentiam a concorrência desleal – constitui-se na parcela dos valores por esta empregados, mês a mês, para honrar o contrato com a “Med Kos” no decorrer do ano de 2013 (vide extratos bancários de fls. 48/59), mais especificamente nas quantias direcionadas pela empresa à contratação de não-médicos para realização de plantões no Hospital São Sebastião.

Nessa via, a cada vez que Rosimar, Clayton e José Fábio compuseram a escala de plantões e receberam as respectivas contraprestações por parte da “Med Kos”, o município de Papanduva amargou um prejuízo equivalente à importância ajustada com os falsários, pois efetivamente o Hospital São Sebastião não contou em tais períodos com profissional médico habilitado, embora o município viesse adimplindo suas prestações contratuais. (fl. 1994)

A defesa do réu Fábio Rogério alega que sua participação no tocante aos fatos “se deu unicamente enquanto contratado da empresa MED KOS, atendendo a ordens e cumprindo tarefas determinadas por seus superiores e que entendia perfeitamente lícitas”. O argumento não procede, já que os depoimentos *supra* dão conta de seu efetivo envolvimento na firma e na contratação de médicos plantonistas. Além do mais, não há que se falar em bis in idem, conforme alegado nas razões recursais.

Julio Fabbrini Mirabete e Renato N. Fabbrini ensinam:

No exercício ilegal da medicina, pode ocorrer concurso com outros crimes, como o aborto, o estelionato etc. Não há que se falar em continuidade delitiva no exercício ilegal da medicina, arte dentária ou farmacêutica, constituindo o conjunto dos atos isolados apenas um crime [...] Jurisprudência: Concurso material com estelionato – TAGRSP: “**É perfeitamente admissível o concurso material dos crimes de exercício ilegal da medicina (art. 282, CP) e de estelionato (171, caput, CP) incorrendo o alegado bis in idem**” (DPIJ, 6, ed., p. 3.297). (Código penal interpretado. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 1756 – grifou-se).

Em caso semelhante, esta Câmara já decidiu em julgado deste relator:

EXERCÍCIO ILEGAL DA MEDICINA - ART. 282 DO CÓDIGO PENAL - PRISÃO EM FLAGRANTE - ACUSADO QUE SE APRESENTAVA COMO CLÍNICO GERAL, MAS NÃO POSSUÍA REGISTRO EM NENHUM CONSELHO DE MEDICINA, FEDERAL OU ESTADUAL - APLICABILIDADE DOS ARTS. 17 E 20 DA LEI N. 3.268/57 - HABITUALIDADE EM PRESCREVER SUBSTÂNCIAS QUE SÓ PODEM SER VENDIDAS COM RECEITUÁRIO MÉDICO - CONJUNTO PROBATÓRIO FIRME E SUBSTANCIAL À MANUTENÇÃO DA DECISÃO COMBALIDA.

“Os médicos só poderão exercer legalmente a medicina, em qualquer de seus ramos ou especialidades, após o prévio registro de seus títulos, diplomas, certificados ou cartas no Ministério da Educação e Cultura e de sua inscrição no Conselho Regional de Medicina, sob cuja jurisdição se achar o local de sua atividade” (art. 17 da Lei n. 3.268/57).

ESTELIONATOS EM CONTINUIDADE DELITIVA - CRIME AUTÔNOMO - APELANTE QUE, SIMULANDO A CONDIÇÃO DE MÉDICO, OBTÉM PAGAMENTOS POR SUPOSTAS CONSULTAS - ELEMENTOS CONFIGURADORES E CONSTITUTIVOS DO CRIME ATESTADOS - AUTORIA E MATERIALIDADE SOBEJAMENTE COMPROVADAS.

O agente que, simulando a condição de médico, obtém pagamentos em dinheiro pelas supostas consultas e prestações de serviços realizadas,

comete o crime de estelionato.

PLEITO QUE VISA À ABSORÇÃO DO CRIME DE ESTELIONATO PELO CRIME DE EXERCÍCIO ILEGAL DA MEDICINA - IMPOSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA CONSUNÇÃO - INFRAÇÕES DISTINTAS - CONCURSO MATERIAL VERIFICADO.

1 “Não há se falar em absorção dos crimes de estelionato pelo exercício ilegal da medicina, tendo em vista a comprovação da existência dos delitos cometidos com diferentes desígnios (TJMG, Desembargador Walter Pinto da Rocha).

2 “É perfeitamente admissível o concurso material dos crimes de exercício ilegal da medicina (art. 282, CP) e de estelionato (art. 171, *caput*, CP) incorrendo o alegado ‘bis in idem’ (TACSP, CPIJ, 6ª ed. P. 3.297)”.

DOSIMETRIA - PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL - CULPABILIDADE, ENTENDIDA COMO GRAU DE CENSURABILIDADE DA CONDUTA, QUE SE MOSTRA GRAVE - CONTINUIDADE DELITIVA QUE OBSERVOU O CRITÉRIO OBJETIVO À SUA MAJORAÇÃO - PENA DE MULTA APLICADA DE ACORDO COM AS CONDIÇÕES SÓCIO-ECONÔMICAS DO APELANTE - SENTENÇA MANTIDA - RECURSO NÃO PROVIDO.

1 “Se a pena mínima existe para ser usada aos primários, de bons antecedentes, sem qualquer especial circunstância que agrave a reprimenda, é natural que a pena máxima deva ser utilizada quando o caso o recomende”, pois, “se não fosse assim, seria inútil individualizar a reprimenda, já que a pena máxima nunca seria aplicada” (TJSP, Desembargador Jarbas Mazzolini).

2 “Tratando-se de crime continuado, o critério para o aumento punitivo depende do número de infrações: três, um quinto; quatro, um quarto; cinco, um terço; seis, a metade; sete ou mais, dois terços”. (Desembargador Amaral e Silva). (Apelação Criminal n. 2006.024867-7, de São Domingos, j. em 27/5/2008)

E mais: TJSC, Apelação Criminal n. 2012.025781-9, de Tangará, rela.

Desa. Cinthia Beatriz da Silva Bittencourt Schaefer, j. em 20/11/2012.

Em que pese a tentativa defensiva de afastar a efetiva participação de Karin na MED KOS, as declarações apresentadas mostram o contrário, pois confirmam seu envolvimento na empresa, no que diz respeito à contratação e ao pagamento de médicos e “falsos médicos” para atuarem como plantonistas no Hospital São Sebastião.

Mantém-se, pois, a condenação de todos os acusados por infração ao art. 171, *caput*, na forma do art. 71 (por mais de seis vezes), ambos do Código Penal.

3 Da dosimetria das penas

3.1 Conquanto não haja insurgência específica a respeito, ressalta-se que as reprimendas aplicadas aos réus Rosimar Barrozo Braga, Karin Finato de Rezende, Anderson de Rezende e Fábio Rogério de Oliveira não merecem reparos, uma vez que foram fixadas com atenção às operadoras alinhadas no art. 59 do Código Penal e aos demais parâmetros legais, que garantem a sua individualização e contribuem para a efetivação dos seus objetivos, quais sejam: retribuição, prevenção e ressocialização dos apenados.

3.1.2 As defesas de Karin e Anderson pedem o sobrestamento dos efeitos da sentença condenatória e a consequente remessa dos autos ao representante do Ministério Público, a fim de que seja analisada a possibilidade de oferta da suspensão condicional do processo.

Razão não lhes assiste.

Conforme os ensinamentos de Guilherme de Souza Nucci, “para a consideração da pena mínima – igual ou inferior a um ano – deve-se levar em consideração o preceito secundário dos tipos penais, onde se encontra a sanção abstratamente prevista, entre os patamares mínimo e máximo”. Acrescenta o autor que, “quando se tratar de crime formal ou crime continuado, toma-se a pena do mais grave dos delitos imputados

ao réu, acrescentando-se, igualmente, o mínimo possível, para que se obtenha a pena efetivamente mínima. Se ultrapassar um ano, não cabe a suspensão condicional do processo” (Leis penais e processuais penais comentadas. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 859/860).

Com efeito, preconiza a Súmula 337 do Superior Tribunal de Justiça, “é cabível a suspensão condicional do processo na desclassificação do crime e na procedência parcial da pretensão punitiva”.

Todavia, nos termos da Súmula 723 do Supremo Tribunal Federal, “não se admite a suspensão condicional do processo por crime continuado, se a soma da pena mínima da infração mais grave com o aumento mínimo de 1/6 (um sexto) for superior a 1 (um) ano”.

Na mesma esteira está o enunciado sumular 243 do Superior Tribunal de Justiça: “o benefício da suspensão do processo não é aplicável em relação às infrações penais cometidas em concurso material, concurso formal ou continuidade delitiva, quando a pena mínima cominada, seja pelo somatório, seja pela incidência da majorante, ultrapassar o limite de um (01) ano”.

Sabe-se que a pena mínima prevista para o delito de estelionato é de 1 (um) ano. Na espécie, acertadamente, o Magistrado singular aplicou a fração decorrente da continuidade delitiva em 2/3 (dois terços) – tendo em vista o cometimento de mais de seis condutas ilícitas por cada um dos acusados, resultando a reprimenda de cada um deles em 1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão. Assim, ainda que aplicada a fração mínima (1/6), a sanção ultrapassaria o requisito exigido para o oferecimento da benesse em tela.

Acerca do assunto:

APELAÇÃO CRIMINAL - ESTELIONATOS EM CONTINUIDADE DELITIVA (CP, ART. 171 C/C ART. 71) - SENTENÇA CONDENATÓRIA - PRELIMINAR - REQUERIMENTO DE SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO (LEI N. 9.099/95,

ART. 89) - REQUISITOS NÃO PREENCHIDOS - INTELIGÊNCIA DASSÚMULASN.723DOSTFE243DOSTJ-PREFACIALAFASTADA - MÉRITO - MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS - CONFISSÃO JUDICIAL - ALMEJADA ABSOLVIÇÃO POR AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DO DOLO E DO PREJUÍZO ALHEIO - INVIABILIDADE - RÉU QUE VENDE SEGUROS E NÃO REPASSA À SEGURADORA O VALOR REFERENTE AO PRÊMIO - PREJUÍZO CONFIGURADO - DESCLASSIFICAÇÃO PARA O CRIME DE EXERCÍCIO ARBITRÁRIO DAS PRÓPRIAS RAZÕES (CP, ART. 345) - IMPOSSIBILIDADE - INTENÇÃO DE REALIZAR PRETENSÃO LEGÍTIMA NÃO DEMONSTRADA - CONDENAÇÃO MANTIDA - DOSIMETRIA - PLEITO DE AFASTAMENTO DA REINCIDÊNCIA - IMPROCEDÊNCIA - PENA ANTERIOR EXTINTA HÁ MENOS DE CINCO ANOS DOS FATOS - RECURSO DESPROVIDO. (TJSC, Apelação Criminal n. 2015.027808-7, de Ituporanga, rela. Desa. Salete Silva Sommariva, j. em 24/11/2015)

3.2 Clayton Douglas Mota

A defesa de Clayton busca a fixação da pena no piso legal, a redução da prestação pecuniária para 3 (três) salários-mínimos, bem como a diminuição da carga horária da prestação de serviços à comunidade, “uma vez que, 1 hora de tarefa por dia de condenação, se mostra inconciliável com suas atividades profissionais”.

3.2.1 Do crime de exercício ilegal da medicina

Infere-se dos autos que a reprimenda basilar foi fixada no patamar mínimo, qual seja, 6 (seis) meses de detenção e pagamento de 10 (dez) dias-multa – montante que se tornou definitivo em razão da ausência de agravantes e atenuantes, bem como de causas especiais de aumento e diminuição de pena.

3.2.2 Do crime de estelionato

O Sentenciante fixou a pena-base, para cada delito de estelionato,

no mínimo legal – 1 (um) ano de reclusão e pagamento de 10 (dez) dias-multa.

Ausentes agravantes e atenuantes, bem como causas especiais de aumento e diminuição de pena.

Ao final, reconhecida a continuidade delitiva, diante do cometimento de mais de 6 (seis) crimes de estelionato, a sanção, de maneira escorregia, foi aumentada em 2/3 (dois terços), totalizando 1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão e pagamento de 16 (dezesesseis) dias-multa.

Aplicado o concurso material entre os delitos de espécies distintas, a sanção resultou definitiva em 1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão e 6 (seis) meses de detenção, em regime inicial aberto, substituída por duas medidas restritivas de direitos, consistentes em prestação pecuniária, na importância de 10 (dez) salários-mínimos – vigentes à época da condenação – e prestação de serviços à comunidade, além do pagamento de 26 (vinte e seis) dias-multa, no valor unitário de 1/10 (um décimo) do salário-mínimo em vigência ao tempo dos fatos, devidamente corrigido até a data da efetiva quitação, por infração ao art. 171, *caput*, c/c o art. 71 (por mais de seis vezes), e art. 282, parágrafo único, na forma do art. 69, todos do Código Penal.

A despeito do inconformismo, não é devida a modificação do montante infligido, porquanto adequada ao caso concreto.

Salienta-se, desde já, que o Superior Tribunal de Justiça assentou que não fere o princípio *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).

Com efeito, como cabe a este Sodalício o exame de todas as particularidades do caso, desde que debatidas anteriormente e não

ocasionem agravamento da reprimenda, é possível a reapreciação da matéria.

Por ocasião de seu interrogatório judicial (gravação audiovisual à fl. 1424), Clayton afirmou que possui remuneração, em média, de R\$ 16.000,00 (dezesesseis mil reais) mensais. Afora isso, não é necessário maior esforço para que se perceba a gravidade dos crimes perpetrados pelo apelante, na medida em que colocou em risco a vida de terceiros, ao atender inúmeros pacientes no pronto atendimento do Hospital São Sebastião, sem o devido registro no Conselho Regional de Medicina.

No que se refere ao pedido de redução do tempo de cumprimento da prestação de serviços à comunidade, melhor sorte não lhe assiste.

É de se ressaltar que incumbe ao juiz, dentro dos parâmetros estabelecidos por lei e das características do caso concreto, aplicar a pena, substituí-la e, dentre as reprimendas substitutivas, selecionar aquela(s) que melhor alcance(m) os objetivos da sanção, quais sejam: retribuição, prevenção e ressocialização dos apenados. A substituição não se subordina, de forma alguma, à vontade ou conveniência da parte, motivo pelo qual a pretensão recursal é inviável.

Nesse sentido, colhe-se de julgado desta Corte: Apelação Criminal n. 2009.032673-6, de Araranguá, rel. Des. Sérgio Paladino, j. em 16/11/2010.

Não fosse isso, o apelante sequer trouxe aos autos elementos de prova que corroborem a alegada impossibilidade de cumprimento da medida substitutiva em questão.

Denota-se que a prestação de serviços à comunidade foi fixada no mesmo patamar estabelecido para a pena substituída, de acordo com a norma inscrita no art. 55 do Código Penal, que prevê idêntica duração para ambas.

No entanto, ressalva-se que é facultado ao acusado o cumprimento da medida em menor tempo, nunca inferior à metade da pena privativa, a

teor do art. 46, § 4º, do mencionado Diploma Legal.

A respeito do tema, disserta Julio Fabbrini Mirabete:

O juiz procederá ao desdobramento dos horários, a fim de não ser prejudicada a atividade laborativa ou educacional do condenado, não havendo limitação do número mínimo ou máximo de horas por dia de trabalho, desde que respeitado, em princípio, o tempo de duração da pena privativa de liberdade fixada inicialmente. Permite a lei, porém, que o condenado à pena superior a um ano, por sua iniciativa, cumpra a pena em menor tempo, ou seja, prestando serviços por mais de uma hora diária ou mais de sete horas semanais. Não poderá, entretanto, fazê-lo de forma que o tempo se reduza a menos da metade da pena privativa de liberdade fixada. (Código penal interpretado. 8. ed. atual. São Paulo: Atlas, 2013. p. 293)

Nessa senda, consulte-se desta Corte: Apelação Criminal n. 2014.049896-1, de Chapecó, rel. Des. Ernani Guetten de Almeida, j. em 4/11/2014.

Ressalta-se, por fim, que segundo dispõe o art. 148 da Lei de Execução Penal, “em qualquer fase da execução, poderá o Juiz, motivadamente, alterar a forma de cumprimento das penas de prestação de serviço à comunidade e de limitação de fim de semana, ajustando-as às condições pessoais do condenado e às características do estabelecimento, da entidade ou do programa comunitário estatal”.

Sobre o tema, vide: TJSC, Apelação Criminal n. 2011.034660-1, de São José, rel. Des. Sérgio Izidoro Heil, j. em 25/9/2012.

Portanto, preserva-se a medida substitutiva nos exatos termos da sentença, ressaltando que eventual necessidade de ajuste poderá ser avaliada pelo Juízo da Execução.

Assim, constata-se que a pena não comporta reparos, pois não foi exacerbada, tampouco injusta, mas sim suficiente à reprovação e prevenção do crime.

3.3 José Fábio Costa de Jesus

A defesa de Fábio almeja a exclusão da prestação pecuniária, fixada em 5 (cinco) salários-mínimos, “por não dispor de meios financeiros para arcar com tal valor”.

3.3.1 Do crime de exercício ilegal da medicina

Inferre-se dos autos que a reprimenda basilar foi fixada no patamar mínimo, qual seja, 6 (seis) meses de detenção e pagamento de 10 (dez) dias-multa – montante que se tornou definitivo em razão da ausência de agravantes e atenuantes, bem como de causas especiais de aumento e diminuição de pena.

3.3.2 Do crime de estelionato

O Sentenciante fixou a pena-base, para cada delito de estelionato, no mínimo legal – 1 (um) ano de reclusão e pagamento de 10 (dez) dias-multa.

Ausentes agravantes e atenuantes, bem como causas especiais de aumento e diminuição de pena.

Ao final, reconhecida a continuidade delitiva, diante do cometimento de mais de 6 (seis) crimes de estelionato, a sanção, de maneira escorreita, foi aumentada em 2/3 (dois terços), totalizando 1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão e pagamento de 16 (dezesesseis) dias-multa.

Aplicado o concurso material entre os delitos de espécies distintas, a sanção resultou definitiva em 1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão e 6 (seis) meses de detenção, em regime inicial aberto, substituída por duas medidas restritivas de direitos, consistentes em prestação pecuniária, na importância de 5 (cinco) salários-mínimos – vigentes à época da condenação – e prestação de serviços à comunidade, além do pagamento de 26 (vinte e seis) dias-multa, no valor unitário de 1/20 (um vinte avos) do salário-mínimo em vigência ao tempo dos fatos, devidamente corrigido até a data da efetiva quitação, por infração ao art. 171, *caput*,

c/c o art. 71 (mais de seis vezes), e art. 282, parágrafo único, na forma do art. 69, todos do Código Penal.

Na espécie, a despeito do inconformismo, não é devida a modificação do montante infligido, porquanto adequada ao caso concreto.

Conforme fundamentado alhures, cabe a este Sodalício o exame de todas as particularidades do caso, desde que debatidas anteriormente e não ocasionem agravamento da reprimenda, é possível a reapreciação da matéria.

Por ocasião de seu interrogatório judicial (gravação audiovisual à fl. 1424), Fábio afirmou que possui remuneração, pois trabalha com os seus pais no comércio. Afora isso – como já pontuado com relação ao acusado Clayton – não é necessário maior esforço para que se perceba a gravidade dos crimes perpetrados pelo apelante, na medida em que colocou em risco a vida de terceiros, ao atender inúmeros pacientes no pronto atendimento do Hospital São Sebastião sem o devido registro no Conselho Regional de Medicina.

Dessa feita, preserva-se a medida substitutiva nos moldes da decisão combatida, frisando, novamente, que eventual necessidade de ajuste poderá ser avaliada pelo Juízo da Execução.

4 Logo, mantém-se incólume a decisão de Primeiro Grau.

5 Determina-se que o Juízo de origem intime os réus para que iniciem a execução provisória das penas, nos termos do atual posicionamento do Supremo Tribunal Federal (HC n. 126.292/SP, rel. Min. Teori Zavascki, DJUe de 17/5/2016).

6 Ante o exposto, o voto é no sentido de afastar a preliminar e, no mérito, negar provimento aos recursos e determinar que o Juízo de origem intime os acusados para que iniciem a execução provisória das penas.

7 Ao Sr. Secretário para que proceda às anotações no Cadastro Nacional de Condenados por Ato de Improbidade Administrativa e por Ato que Implique Inelegibilidade, nos termos da Resolução n. 44/07, com as alterações das Resoluções ns. 50/08 e 172/13, todas do Conselho Nacional de Justiça, do Provimento n. 29/13 da Corregedoria Nacional de Justiça e do art. 87, § 5º, do Regimento Interno desta Corte, que foi acrescentado pelo Ato Regimental n. 126/13.

Agravo de Execução Penal n. 0005494-09.2017.8.24.0064, de Blumenau

Relator: Desembargador Rui Fortes

RECURSO DE AGRAVO. EXECUÇÃO PENAL. DECISÃO HOMOLOGATÓRIA DE PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR QUE RECONHECEU A PRÁTICA DE FALTA GRAVE (POSSUIR, UTILIZAR OU FORNECER APARELHO TELEFÔNICO NO INTERIOR DA UNIDADE PRISIONAL), COM A IMPOSIÇÃO DAS SANÇÕES DE REGRESSÃO DE REGIME, PERDA DE PARTE DOS DIAS REMIDOS E FIXAÇÃO DE NOVA DATA-BASE. INSURGÊNCIA DA DEFESA.

ALEGADA INSUFICIÊNCIA DE PROVAS. ACOLHIMENTO. DECISÃO QUE RECONHECEU A PRÁTICA DE FALTA GRAVE DISSOCIADA DO CONTEXTO PROBATÓRIO. APENADO QUE NEGOU A POSSE DO CELULAR E ALEGOU QUE O MESMO FOI ENCONTRADO EM CELA HABITADA POR 22 (VINTE E DOIS) PRESOS. DEPOIMENTO DO AGENTE PRISIONAL QUE, ALÉM DE NÃO TER SIDO COLHIDO NA PRESENÇA DO ADVOGADO DO REEDUCANDO, EM OFENSA AOS PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA, SEGUIU ISOLADO NOS AUTOS. DÚVIDAS SOBRE A PROPRIEDADE DO APARELHO TELEFÔNICO APREENDIDO. CELA COLETIVA. ESPAÇO OCUPADO POR OUTROS DETENTOS. INCERTEZA QUANTO À AUTORIA DA FALTA GRAVE. DECISÃO REFORMADA. BENEFÍCIOS DA EXECUÇÃO PENAL RESTABELECIDOS. RECURSO PROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Execução Penal n. 0005494-09.2017.8.24.0064, da comarca de Blumenau (3ª Vara Criminal), em que é Agravante Anderson André Franco, e Agravado o

Ministério Público do Estado de Santa Catarina.

A Terceira Câmara Criminal decidiu, por votação unânime, dar provimento ao recurso, para reformar a decisão que reconheceu a prática de falta grave, devendo o agravante retornar ao *status quo ante*, ressalvadas eventuais punições sofridas e/ou benefícios já alcançados. Custas legais.

Participaram do julgamento, realizado nesta data, os Exmos. Srs. Des. Moacyr de Moraes Lima Filho e Ernani Guetten de Almeida.

Funcionou como representante da Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Rogério Antônio da Luz Bertoncini.

Florianópolis, 15 de dezembro de 2017.

Desembargador Rui Fortes

Presidente e Relator

RELATÓRIO

Anderson André Franco interpôs recurso de agravo contra a decisão (fls. 352 a 354 do PEC) proferida pelo MM. Juiz da Vara Regional de Execuções Penais da comarca de São José, que, nos autos da Execução Penal n. 0017889-46.2013.8.24.0008, homologou o Procedimento Administrativo Disciplinar instaurado pela Portaria n. 233/2016, o qual reconheceu o cometimento de falta grave pelo reeducando (possuir, utilizar ou fornecer aparelho telefônico que permita a comunicação entre presos ou com o ambiente externo), e, conseqüentemente, determinou a regressão do regime prisional (semiaberto para o fechado), decretou a perda de 1/5 (um quinto) dos dias remidos, bem como fixou o dia da infração disciplinar como nova data-base para futuros benefícios (21-12-2016).

Sustentou, em síntese, a ausência de provas suficientes acerca da autoria da falta grave, razão pela qual requereu a reforma da decisão impugnada. Nesses termos, rogou pelo provimento do recurso (fls. 1 a 5).

Apresentadas as contrarrazões (fls. 10 a 12) e mantida a decisão agravada (fl. 13), a Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer da lavra do Exmo. Sr. Dr. Genivaldo da Silva, opinou pelo conhecimento e desprovimento do recurso (fls. 20 a 26).

VOTO

O recurso merece provimento.

Com efeito, o art. 50 da Lei de Execução Penal dispõe sobre as faltas graves que podem ser praticadas pelo condenado à pena privativa de liberdade, *in verbis*:

Art. 50. Comete falta grave o condenado à pena privativa de liberdade que:

I - incitar ou participar de movimento para subverter a ordem ou a disciplina;

II - fugir;

III - possuir, indevidamente, instrumento capaz de ofender a integridade física de outrem;

IV - provocar acidente de trabalho;

V - descumprir, no regime aberto, as condições impostas;

VI - inobservar os deveres previstos nos incisos II e V, do artigo 39, desta Lei.

VII – tiver em sua posse, utilizar ou fornecer aparelho telefônico, de rádio ou similar, que permita a comunicação com outros presos ou com o ambiente externo. (grifou-se)

Pois bem, “para o reconhecimento da prática de falta disciplinar no

âmbito da execução penal, é imprescindível a instauração de procedimento administrativo pelo diretor do estabelecimento prisional, assegurado o direito de defesa, a ser realizado por advogado constituído ou defensor público nomeado” (Súmula 533 do STJ – grifou-se).

Referida súmula baseou-se no julgamento do Representativo de Controvérsia REsp n. 1.378.557/RS, da relatoria do Ministro Marco Aurélio Bellizze, do qual se extraem os seguintes fundamentos:

[...] o diretor do presídio deve apurar a conduta do detento, identificá-la como falta leve, média ou grave, aplicar as medidas sancionatórias que lhe compete, no exercício de seu poder disciplinar, e, somente após esse procedimento, quando ficar constatada a prática de falta disciplinar de natureza grave, comunicar ao juiz da Vara de Execuções Penais para que decida a respeito das referidas sanções de sua competência, sem prejuízo daquelas já aplicadas pela autoridade administrativa. [...] Somente se for reconhecida a prática de falta disciplinar de natureza grave pelo diretor do estabelecimento prisional, é que será comunicado ao juiz da execução penal para que aplique determinadas sanções, que o legislador, excepcionando a regra, entendeu por bem conferir caráter jurisdicional. Portanto, a competência do magistrado na execução da pena, em matéria disciplinar, revela-se limitada à aplicação de algumas sanções, podendo, ainda, quando provocado, efetuar apenas controle de legalidade dos atos e decisões proferidas pelo diretor do presídio, em conformidade com o princípio constitucional da inafastabilidade da jurisdição (CF/1988, art. 5º, inciso XXXV). (REsp 1378557/RS, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Seção, julgado em 23/10/2013, DJe 21/03/2014 - (grifou-se)

Nesse contexto, concluído o Procedimento Administrativo Disciplinar nos casos em que foi reconhecida a prática de falta grave, o Diretor do estabelecimento prisional, após aplicar as sanções de sua competência, deve remeter o referido procedimento para o Juiz da Execução Penal, ao qual competirá a homologação do PAD (salvo se reconhecida alguma ilegalidade) e a aplicação das penalidades previstas na Lei de Execução Penal (ex.: regressão de regime, perda de dias remidos,

e alteração da data-base).

Contudo, “Embora o entendimento desta Câmara seja no sentido de que a análise judicial se restringe ao exame da legalidade do ato administrativo, é possível mitigá-lo no caso de anemia de provas, em atenção ao princípio da inafastabilidade do Poder Judiciário (art. 5º, XXXV, da CF/88).” (TJSC, Agravo de Execução Penal n. 0012571-75.2015.8.24.0020, de Criciúma, rel. Des. Moacyr de Moraes Lima Filho, j. 05-04-2016, grifou-se).

No presente caso, o Procedimento Administrativo Disciplinar, instaurado pela Portaria n. 233/2016 (fls. 302 a 327 do PEC), concluiu que o agravante, em 21-12-2016, praticou a falta grave prevista nos art. 50, inciso VII, da LEP (possuir/utilizar/fornecer aparelho telefônico que permita a comunicação entre presos ou com o ambiente externo).

Todavia, a decisão proferida no PAD está dissociada das provas existentes nos autos.

O apenado, devidamente acompanhado de defensor constituído, negou veementemente a autoria dos fatos, dizendo: “que não é proprietário do celular; que o Alojamento fica aberto o dia inteiro; que moram no alojamento 22 internos; que o celular foi encontrado no meio da galeria e a cama em que ficava encontrava-se no final do alojamento; que nega ter manuseado o aparelho de celular; que não sabia da existência do mesmo” (fl. 318 do PEC, grifou-se).

O agente penitenciário Valdemar Machado da Conceição por sua vez, disse que, durante uma inspeção no alojamento “B”, flagrou o apenado Luiz Carlos Martins manuseando um aparelho celular no interior da cela, vindo a entregar referido aparelho telefônico para o ora agravante, que o escondia num vão existente entre o beliche de alvenaria e a parede do alojamento (fl. 311 do PEC).

Ocorre que, além do depoimento do agente prisional não ter

sido colhido na presença do advogado do reeducando, em ofensa aos princípios do contraditório e da ampla defesa, seguiu isolado nos autos, não sendo confirmado por nenhum outro elemento probatório.

Como se vê, *in casu*, não há provas capazes de conferir a certeza necessária de que o aparelho celular pertencia ao agravante, ou que teria sido usado/fornecido por ele no interior da unidade prisional.

“Ressalta-se que o incidente disciplinar instaurado poderia ter sido instruído com outros elementos para se apurar a verdade real dos fatos, como a oitiva dos agentes citados no boletim de ocorrência ou de outros detentos, informações sobre o local onde os objetos estavam escondidos ou sobre as chamadas efetuadas e recebidas pelo aparelho, o que não foi realizado” (TJSC, Recurso de Agravado n. 2014.005353-0, de Curitiba, rel. Des. Moacyr de Moraes Lima Filho, j. 25-03-2014).

Nessa toada, registra-se que o apenado Luiz Carlos Martins, que, em tese, também teria feito uso do aparelho celular apreendido (conforme depoimento do agente prisional Valdemar), bem como os demais detentos que resgatavam pena no alojamento em que o telefone foi encontrado, sequer foram ouvidos a fim de elucidar os fatos.

Além do mais, não foi realizada perícia técnica no aparelho celular para identificar as chamadas e mensagens efetuadas/recebidas, bem como extrair outros dados armazenados (como fotografias e vídeos), capazes de identificar o usuário do telefone.

Cumpra destacar, portanto, que o apenado estava ocupando cela coletiva, ou seja, habitada por diversos apenados, de modo que qualquer um poderia ser o responsável pelo celular.

Destarte, diante da insuficiência de provas capazes de demonstrar a prática da infração disciplinar pelo agravante, a melhor solução é julgar improcedente o incidente de apuração de falta grave, referente ao Procedimento Administrativo Disciplinar instaurado pela Portaria n.

233/2016, aplicando-se ao presente caso o princípio do in dubio pro reo.

Nesse sentido, já decidiu este Sodalício:

RECURSO DE AGRAVO EM EXECUÇÃO PENAL. RECONHECIMENTO DE FALTA GRAVE COM A CONSEQUENTE PERDA DOS DIAS REMIDOS E ALTERAÇÃO DA DATA-BASE PARA NOVOS BENEFÍCIOS. IRRESIGNAÇÃO DEFENSIVA. PRETENDIDA REFORMA DA DECISÃO EM RAZÃO DA AUSÊNCIA DE PROVAS, PRODUZIDAS SOB A ÉGIDE DO CONTRADITÓRIO, APTAS A COMPROVAR A SUPOSTA FALTA GRAVE, CONSISTENTE NA UTILIZAÇÃO DE APARELHO CELULAR NO INTERIOR DO PRESÍDIO. CABIMENTO. PROVAS INSUFICIENTES. DÚVIDA QUE DEVE SER REVERTIDA EM FAVOR DO REEDUCANDO. PRINCÍPIO DO IN DUBIO PRO REO. DECISÃO REFORMADA. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. (TJSC, Recurso de Agravo n. 2014.081509-5, de Biguaçu, rel. Des. Leopoldo Augusto Brüggemann, j. 10-02-2015).

Outro:

RECURSO DE AGRAVO. REGRESSÃO DE REGIME E PERDA DOS DIAS REMIDOS. POSSE DE APARELHO CELULAR. FALTA GRAVE. DÚVIDAS SOBRE A PROPRIEDADE DO OBJETO APREENDIDO NO INTERIOR DE CUBÍCULO, QUE ABRIGAVA DOZE DETENTOS. DECISÃO CASSADA. RECURSO PROVIDO. (TJSC, Recurso de Agravo n. 2014.005353-0, de Curitiba, rel. Des. Moacyr de Moraes Lima Filho, j. 25-03-2014).

E:

RECURSO DE AGRAVO - EXECUÇÃO PENAL - DECISÃO QUE RECONHECEU FALTA GRAVE (ART. 50, VII, DA LEI DE EXECUÇÃO PENAL), DETERMINOU A PERDA DOS DIAS REMIDOS E ESTABELECEU DATA-BASE PARA FUTUROS BENEFÍCIOS - APREENSÃO DE DOIS CHIPS DE CELULAR NA CELA OCUPADA PELO APENADO E OUTROS PRESOS - MATERIALIDADE COMPROVADA, PORÉM AUTORIA

DUVIDOSA - AUSÊNCIA DE ELEMENTOS QUE CONFIRMEM A PROPRIEDADE DOS OBJETOS - FALTA GRAVE NÃO CONFIGURADA - DECISÃO CASSADA. (TJSC, Recurso de Agravo n. 2013.017033-8, de Criciúma, rel. Des. Moacyr de Moraes Lima Filho, j. 30-04-2013).

Ante o exposto, voto no sentido de dar provimento ao recurso, para revogar a decisão que reconheceu a prática de falta grave, devendo o agravante retornar ao status quo ante, ressalvadas eventuais punições sofridas e/ou benefícios já alcançados.

QUARTA CÂMARA CRIMINAL

Apelação Criminal n. 0000143-46.2017.8.24.0067, de São Miguel do Oeste

Relator: Desembargador José Everaldo Silva

APELAÇÃO CRIMINAL. TRIBUNAL DO JÚRI. CRIME CONTRA A VIDA. DUPLO HOMICÍDIO QUALIFICADO PELO RECURSO QUE IMPOSSIBILITOU A DEFESA DA VÍTIMA E HOMICÍDIO DUPLAMENTE QUALIFICADO PELO MOTIVO TORPE E POR RECURSO QUE IMPOSSIBILITOU A DEFESA DA VÍTIMA (ART. 121, §2º, IV, DO CP, POR DUAS VEZES E ART. 121, §2º, I E IV, DO CP). SENTENÇA CONDENATÓRIA. RECURSO DO REU.

DANO MORAL. PLEITO DE AFASTAMENTO. ACOLHIMENTO. PEDIDO FORMULADO PELO MINISTÉRIO PÚBLICO NA DENÚNCIA QUE NÃO APRESENTOU A DESCRIÇÃO FÁTICA DO DANO SUPORTADO PELA VÍTIMA NEM INDICOU O QUANTUM MÍNIMO A SER INDENIZADO. AUSÊNCIA DE INSTRUÇÃO ESPECÍFICA. PARTES QUE NÃO FORAM INTIMADAS PARA INDICAR AS PROVAS QUE PRETENDEM PRODUZIR. VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA. ADEMAIS, IMPOSSIBILIDADE DE FIXAÇÃO DE DANO MORAL POR MEIO DE AÇÃO PENAL. AUSÊNCIA DE PREVISÃO NO ART. 387, IV, DO CPP. MATÉRIA AFETA À ESFERA CÍVEL. PRECEDENTES DA CÂMARA. FIXAÇÃO INDEVIDA.

IRRESIGNAÇÃO DA DEFESA QUANTO À DOSIMETRIA DA PENA. PLEITO DE DIMINUIÇÃO DA REPRIMENDA. PRIMEIRA FASE. CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL ARBITRADA EM MONTANTE EXACERBADO.

RESPEITO À FIXAÇÃO DA QUANTIDADE DE ACORDO COM A DISCRICIONARIEDADE DO MAGISTRADO, PORÉM COM OBSERVÂNCIA DOS PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E DA PROPORCIONALIDADE. *QUANTUM* READEQUADO.

SEGUNDA FASE. CONSELHO DE SENTENÇA QUE AFASTOU A QUALIFICADORA DO FEMINICÍDIO ENVOLVENDO VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER. MAGISTRADO RECONHECE A AGRAVANTE PREVISTA NO ART. 61, II, “F” DO CP. IMPOSSIBILIDADE NO CASO CONCRETO. AGRAVANTE SEMELHANTE A QUALIFICADORA AFASTADA PELOS JURADOS. VIOLAÇÃO À SOBERANIA DOS VEREDICTOS E USURPAÇÃO DA COMPETÊNCIA DO CONSELHO DE SENTENÇA.

“Nesse diapasão, o mesmo raciocínio, relativo às agravantes similares às qualificadoras de homicídio, aplica-se às circunstâncias judiciais, porquanto haveria verdadeira usurpação da competência funcional do conselho de sentença de decidir acerca das qualificadoras, escamoteadas de agravantes ou circunstâncias judiciais, bem como flagrante violação ao procedimento especial do Tribunal do Júri” (Habeas Corpus n. 290.013/SP, rel. Min. Ribeiro Dantas, j. 3-8-2017).

CONCURSO DE CRIMES. RECURSO QUE VISA APLICAÇÃO DA CONTINUIDADE DELITIVA ESPECÍFICA. ART. 71, PARÁGRAFO ÚNICO DO CP. IMPOSSIBILIDADE. AGENTE QUE, MEDIANTE AÇÕES DOLOSAS HOMICIDAS, COM O INTUITO DE CEIFAR A VIDA DOS OFENDIDOS, MEDIANTE IMPULSOS VOLITIVOS AUTÔNOMOS, DESFERIU DIVERSOS GOLPES DE ARMA BRANCA, CAUSANDO A MORTE DAS TRÊS VÍTIMAS. ACÚMULO MATERIAL DAS REPRIMENDAS MANTIDOS. PRECEDENTES.

“Para a caracterização da continuidade delitiva, é imprescindível o preenchimento de requisitos de ordem objetiva - mesmas

condições de tempo, lugar e forma de execução - e subjetiva - unidade de desígnios ou vínculo subjetivo entre os eventos (art. 71 do CP) (Teoria Mista ou Objetivo-subjetiva)” (STJ. Habeas Corpus n. 139592/RJ, rel. Min. Jorge Mussi, j. 22-3-2011).

“Evidenciado que os homicídios foram praticados com desígnios autônomos, configura-se o concurso material, e não a continuidade delitiva”. (STJ. Habeas Corpus n. 278.673/RS, rel. Min. Jorge Mussi, j. 20-5-2014)

RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n. 0000143-46.2017.8.24.0067, da comarca de São Miguel do Oeste Vara Criminal em que é/são Apelante(s) F. G. e Apelado(s) M. P. do E. de S. C.

A Quarta Câmara Criminal decidiu, por votação unânime, conhecer do recurso e dar-lhe parcial provimento para reduzir a pena privativa de liberdade para 50 (cinquenta) anos e 8 (oito) meses de reclusão e afastar a condenação ao pagamento de indenização por danos morais. Custas legais

O julgamento, realizado nesta data, foi presidido pelo Exmo. Sr. Desembargador Roberto Lucas Pacheco, com voto, e dele participou o Exmo. Sr. Desembargador Rodrigo Collaço.

Funcionou como membro do Ministério Público o Exmo. Sr. Dr. Procurador de Justiça Paulo de Tarso Brandão.

Florianópolis, 7 de dezembro de 2017.

[assinado digitalmente]

Desembargador José Everaldo Silva
Relator

RELATÓRIO

O Ministério Público do Estado ofereceu denúncia contra Félix Guaragni pelo cometimento, em tese, do crime de triplo homicídio qualificado, nos termos do artigo 121, § 2º, incisos I e IV, do Código Penal (vítima Rodrigo), artigo 121, § 2º, incisos I, IV e VI c/c § 2º-A, inciso I, do Código Penal (vítima Margarida) e artigo 121, § 2º, incisos IV e V, do Código Penal (vítima Zelia), em razão dos fatos assim narrados na peça acusatória:

Fato 1

Na tarde do dia 22 de janeiro de 2017, por volta das 13h45min, no interior da residência de Margarida Moraes, localizada na Linha Jataí, interior do município de Barra Bonita, o denunciado Félix Guaragni, com evidente animus necandi, utilizando-se de uma faca de aproximadamente 20 (vinte) centímetros de lâmina, matou Rodrigo Mulinari ao desferir 8 (oito) golpes contra seu corpo, causando-lhe as lesões descritas no laudo pericial cadavérico de fl. 141, que foram a causa eficiente de sua morte.

Consta nos autos que o denunciado dirigiu-se até a residência de sua ex-companheira Margarida Moraes com a intenção de matar Margarida e Rodrigo. Lá chegando, constatou a presença de Rodrigo, ocasião em que, inconformado com o fim do relacionamento e motivado por ciúme, utilizando, ainda, de recurso que dificultou a defesa do ofendido, sem que ele pudesse esperar ou esboçar qualquer reação, passou a desferir golpes de faca contra a vítima, atingindo-a com golpes na região cervical esquerda (com secção de veia jugular), região da fúrcula esternal, na região omoplata esquerda e antebraço direito, além de quatro golpes na região do hemitórax, tendo um deles atingido o coração e a aorta torácica.

O crime foi praticado por motivo torpe, em razão do ciúme do envolvimento de Margarida com a vítima Rodrigo, bem como pelo inconformismo com o fim de seu relacionamento com ela e, ainda, mediante recurso que dificultou a defesa da vítima, que não esperava pela repentina agressão quando fora surpreendido nas adjacências do imóvel, e, ato contínuo, atingido com vários golpes de faca, não podendo imaginar que seria atacado naquele momento.

Fato 2

Nas mesmas condições de tempo e local, o denunciado Félix Guaragni, com evidente animus necandi, prevalecendo-se da relação íntima de afeto, valendo-se de violência doméstica contra a mulher e utilizando-se de uma faca de aproximadamente 20 (vinte) centímetros de lâmina, matou sua ex-companheira Margarida Moraes ao desferir 3 (três) golpes contra seu corpo, causando-lhe as lesões descritas no laudo pericial cadavérico de fl. 142, que foram a causa eficiente de sua morte.

Segundo consta nos autos, o denunciado e a vítima mantiveram relacionamento afetivo conturbado, sendo que, por diversas vezes, envolveram-se em ocorrências policiais, muitas delas abarcando violência doméstica contra a mulher, razão pela qual, dias antes dos fatos, a ofendida rompeu a relação conjugal mantida com Félix.

Foi assim que, na tarde do dia 22 de janeiro de 2017, o denunciado, imbuído da intenção de matar, dirigiu-se até a residência de sua ex-companheira Margarida, oportunidade em que após atacar o ofendido Rodrigo, ingressou na moradia mencionada e mediante recurso que dificultou a defesa da vítima, sem que ela pudesse esperar ou esboçar qualquer reação, passou a desferir golpes de faca contra Margarida, atingindo-a com dois golpes na região do hemitórax direito e um golpe na região lombar esquerda, tendo este atingido o rim esquerdo.

A dinâmica dos fatos mostra que o crime foi praticado por motivo torpe, em razão de ciúme do envolvimento atual de Margarida com o ofendido Rodrigo, bem como pelo inconformismo com o fim do relacionamento que mantivera com a vítima; também foi praticado contra a mulher por razões da condição de sexo feminino, por envolver violência doméstica e familiar, pois denunciado e ofendida mantiveram relacionamento afetivo; e ainda mediante recurso que dificultou a defesa de Margarida, que não esperava pela repentina agressão quando fora surpreendida no quarto do imóvel, e, ato contínuo, atingida com golpes de faca, não podendo imaginar que seria atacada naquele momento.

Fato 3

Ainda nas mesmas condições de tempo e local, o denunciado Félix Guaragni, com evidente animus necandi, utilizando-se de uma faca de

aproximadamente 20 (vinte) centímetros de lâmina, matou Zelia Tavares Santana ao desferir 8 (oito) golpes contra seu corpo, causando-lhe as lesões descritas no laudo pericial cadavérico de fl. 143, que foram a causa eficiente de sua morte.

Consta nos autos que, após ter perpetrado as condutas descritas nos fatos 1 e 2, o denunciado deslocou-se até o quarto em que a vítima se encontrava, objetivando a impunidade dos crimes que acabara de cometer, arrombou a porta e, mediante recurso que dificultou a defesa da vítima, sem que ela pudesse esperar ou esboçar qualquer reação, passou a desferir golpes de faca contra ela, atingindo-a na região fronto-parietal direita, mão direita e punho esquerdo, e ainda cinco golpes na região cervical, tendo um deles atingido a artéria carótida interna direita.

Infere-se pelos elementos informativos amealhados que o delito foi praticado para assegurar a impunidade de outros crimes, tendo em vista que seria Zelia relevante testemunha dos homicídios anteriormente praticados contra as vítimas Rodrigo e Margarida, e ainda mediante recurso que dificultou a defesa da vítima, que não esperava pela repentina agressão quando fora surpreendida no quarto do imóvel, e, ato contínuo, atingida com vários golpes de faca, não podendo imaginar que seria atacada naquele momento.

Após atingir fatalmente as vítimas, deixou-as no local, sangrando e gravemente feridas, e, com intenção de ceifar a própria vida a fim de não ser punido, tendo em vista o emprego de forças para capturá-lo, cortou o próprio pescoço.

Encerrada a instrução e apresentadas alegações finais, sobreveio a decisão de pronúncia nos seguintes termos:

Ante o exposto, admito, em parte, o pedido formulado na denúncia e, nos termos do art. 413 do Código de Processo Penal, submeto Félix Guaragni, devidamente qualificado, a julgamento perante o Tribunal do Júri, pela suposta prática dos crimes de homicídio contra a vítima Rodrigo, tipificado no artigo 121, § 2º, incisos I e IV, do Código Penal; contra a vítima Margarida, tipificado no artigo 121, § 2º, incisos I, IV e VI c/c § 2º-A, inciso I, do Código Penal; e contra a vítima Zélia, tipificado no artigo 121, § 2º, incisos IV e V, do Código Penal. Nega-se o réu o

direito de recorrer em liberdade. Publique-se, registre-se e intimem-se.

Submetido a julgamento, o Juiz presidente, acolhendo a deliberação do Conselho de Sentença, julgou procedente a denúncia e condenou o réu Félix Guaragni à pena de 78 (setenta e oito anos) de reclusão, em regime fechado, como incurso nas sanções dos artigos 121, §2º, IV, do CP, por duas vezes (fato 1 e 3) e art. 121, §2º, I e IV, do CP (fato 2), além do pagamento de R\$ 150.000,00 (cento e cinquenta mil reais) a título de danos morais, em favor de cada uma das famílias das vítimas, em prol dos seus herdeiros.

Contra esse pronunciamento a defesa interpôs recurso de apelação (fls. 539-572), sustentando, em síntese, equívoco na dosimetria da pena, fundamentando que: a) na primeira fase, a majoração da pena em 6 (seis) anos para cada circunstância judicial negativa é desproporcional e exacerbada; b) na segunda fase é vedado ao magistrado agravar a pena com fundamento na agravante prevista no art. 61, II, “f”, do CP, pois o Conselho de Sentença afastou a qualificadora do feminicídio; c) na terceira fase, aduz que deve ser aplicada a continuidade delitiva específica, prevista no parágrafo único do art. 71, do CP. Aduz, ainda, ilegalidade da condenação ao pagamento de danos morais e, alternativamente, busca a redução do quantum arbitrado.

Contrarrazões do Ministério Público às fls. 575-593.

O Excelentíssimo Procurador de Justiça Sr. Dr. Pedro Sérgio Steil emitiu parecer pelo conhecimento e parcial provimento do apelo (fls. 601-605).

Este é o relatório.

VOTO

Trata-se de recurso de apelação criminal interposto por Félix Guaragni contra a decisão da Autoridade Judiciária que o condenou à

pena de 78 (setenta e oito) anos de reclusão, em regime fechado, por infração ao disposto no art. 121, §2º, IV, do CP, por duas vezes (fato 1 e 3) e art. 121, §2º, I e IV, do CP (fato 2), além do pagamento de R\$ 150.000,00 (cento e cinquenta mil reais) a título de danos morais, em favor de cada uma das famílias das vítimas, em prol dos seus herdeiros.

Busca a defesa a retificação da dosimetria, fundamentando que: a) na primeira fase, a majoração da pena em 6 (seis) anos para cada circunstância judicial negativa é desproporcional e exacerbada; b) na segunda fase é vedado ao magistrado agravar a pena com fundamento na agravante prevista no art. 61, II, “f”, do CP, pois o Conselho de Sentença afastou a qualificadora do feminicídio; c) na terceira fase, aduz que deve ser aplicada a continuidade delitiva específica, prevista no parágrafo único do art. 71, do CP. Aduz, ainda, ilegalidade da condenação ao pagamento de danos morais e, alternativamente, requer a redução do quantum arbitrado.

Inicialmente, tocante ao pleito de afastamento da condenação por danos morais, razão assiste à defesa.

É verdade que o Código de Processo Penal, em seu art. 387, IV, prevê a possibilidade do magistrado fixar o mínimo para a reparação dos danos causados pela infração ao ofendido.

Todavia, entende-se que para condenação em reparação de dano no âmbito criminal além do pedido expresso, deve haver a descrição fática do dano suportado pela vítima, com a devida fundamentação; a indicação do valor mínimo a ser reparado, bem como a instrução processual específica para apurar o quantum indenizável, sob pena de violação ao princípio do contraditório de da ampla defesa.

Quanto aos procedimentos para fixação de indenização cível, colhe-se o ensinamento de Nucci:

Admitindo-se que o magistrado possa fixar o valor mínimo para a

reparação dos danos causados pela infração penal, é fundamental haver, durante a instrução criminal, um pedido formal para que se apure o montante civilmente devido. Esse pedido deve partir do ofendido, por seu advogado (assistente de acusação), ou do Ministério Público. A parte que o fizer precisa indicar valores e provas suficientes a sustentá-los. A partir daí, deve-se proporcionar ao réu a possibilidade de se defender e produzir contraprova, de modo a indicar valor diverso ou mesmo a apontar que inexistiu prejuízo material ou moral a ser reparado. Se não houver pedido e instrução específica para apurar o valor mínimo para o dano, é defeso ao julgador optar por qualquer cifra, pois seria nítida infringência ao princípio da ampla defesa (NUCCI, Guilherme de Souza. Código de Processo Penal Comentado. 12º ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013).

No mesmo sentido é o entendimento desta Corte.

PLEITO DE AFASTAMENTO DA CONDENAÇÃO À REPARAÇÃO MÍNIMA PREVISTA NO ART. 387, IV, DO CPP. ACOLHIMENTO. PEDIDO FORMULADO PELO MINISTÉRIO PÚBLICO NA DENÚNCIA, SEM INDICAÇÃO, CONTUDO, DO RESPECTIVO VALOR. FIXAÇÃO OPERADA PELA MAGISTRADA SEM A DEVIDA FUNDAMENTAÇÃO E INDICAÇÃO DOS CRITÉRIOS DE ARBITRAMENTO. AUSÊNCIA DE CONTRADITÓRIO NA ESTIPULAÇÃO DO *QUANTUM* DE INDENIZAÇÃO. FIXAÇÃO INDEVIDA. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO (Apelação Criminal n. 2014.070909-1, de Chapecó, rel. Des. Rui Fortes, j. 31-3-2015).

Compulsando os autos, verifica-se que a denúncia apresentou pedido expresso para condenação em reparar o dano, entretanto deixou de apresentar a descrição fática que ensejaria a reparação, nem mesmo o valor mínimo que entende devido.

Ademais, não houve instrução específica e não foi oportunizado as partes indicarem as provas que pretendem produzir.

Merece destaque que o crime sub judice não possui natureza patrimonial, logo qualquer indenização pelos danos emocionais

eventualmente suportados pela vítima, por seus familiares ou por terceiros deve ser buscada na esfera cível. É este o entendimento deste Órgão Fracionário.

APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL. ESTUPRO PRATICADO CONTRA VÍTIMA MENOR DE 18 E MAIOR DE 14 ANOS DE IDADE. CÓDIGO PENAL, ART. 213, § 1.º. CONDENAÇÃO. RECURSOS MINISTERIAL E DEFENSIVO. RECURSO MINISTERIAL. CONDENAÇÃO DO RÉU AO PAGAMENTO DE VALOR MÍNIMO A TÍTULO DE REPARAÇÃO DE DANOS. CÓDIGO DE PROCESSO PENAL, ART. 387, IV. IMPOSSIBILIDADE. VERBA INDENIZATÓRIA QUE DEVE SER AFERIDA NO JUÍZO CÍVEL. PRECEDENTES DESTA CORTE. “REQUERIDO AFASTAMENTO DA INDENIZAÇÃO FIXADA NA SENTENÇA A TÍTULO DE DANO MORAL. PROCEDÊNCIA. ART 387, INC. IV, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL QUE NÃO CONTEMPLA HIPÓTESE DE INDENIZAÇÃO PELO ABALO EMOCIONAL HAVIDO. PREJUÍZO QUE DEVE SER BUSCADO NA ESFERA CÍVEL.” [...] (Apelação Criminal n. 2015.048597-4, de São Miguel do Oeste, rel. Des. Rodrigo Collaço, j. em 19.11.2015). [...] (TJSC, Apelação Criminal n. 0002096-02.2016.8.24.0028, de Içara, rel. Des. Roberto Lucas Pacheco, j. 5-10-2017).

APELAÇÕES CRIMINAIS. CRIMES CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL EM CONTINUIDADE DELITIVA E EM CONCURSO MATERIAL COM ATO OBSCENO. SENTENÇA CONDENATÓRIA. RECURSO DEFENSIVO TIO-AVÔ QUE CONSTRANGE CRIANÇA, POR CERCA DE DOIS ANOS, À PRÁTICA DE REITERADOS ATOS LIBIDINOSOS. PRETENDIDA ABSOLVIÇÃO POR INSUFICIÊNCIA PROBATÓRIA. INVIABILIDADE. [...] REQUERIDO AFASTAMENTO DA INDENIZAÇÃO FIXADA NA SENTENÇA A TÍTULO DE DANO MORAL. PROCEDÊNCIA. ART 387, INC. IV, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL QUE NÃO CONTEMPLA HIPÓTESE DE INDENIZAÇÃO PELO ABALO EMOCIONAL HAVIDO. PREJUÍZO QUE DEVE SER BUSCADO NA ESFERA

CÍVEL. [...] (TJSC, Apelação Criminal (Réu Preso) n. 2015.048597-4, de São Miguel do Oeste, rel. Des. Rodrigo Collaço, j. 19-11-2015).

Logo, por todo o exposto inviável a condenação ao pagamento de danos morais.

Em relação à dosimetria, o Magistrado singular assim valorou e aplicou a reprimenda, *in verbis*:

Acerca dos critérios para elevação da pena, Guilherme de Souza Nucci leciona:

[...]

E o Egrégio Tribunal de Justiça de Santa Catarina tem entendimento sedimentado segundo o qual “O aumento de 1/6 (um sexto) sobre a pena-base a cada circunstância-judicial desfavorável, malgrado amplamente aceito, não pode servir de parâmetro em todos os casos, sob pena de violação do princípio da individualização da pena (artigo 5º, XLVI, da Constituição Federal). Na hipótese, em que pese não ser possível aplicar tal fração, mostra-se necessária a modificação da pena-base fixada em primeiro grau, de modo a dar resposta penal adequada à gravidade do delito”. (Apelação Criminal (Réu Preso) n. 2011.006975-4, de Lages, rel. Des. Jorge Schaefer Martins).

No caso presente, extrai-se dos autos que as circunstâncias concretas dos crimes (três homicídios, seis circunstâncias judiciais negativas, três agravantes e quatro qualificadoras) e, principalmente, o disposto na parte final do art. 59 do Código Penal (que estabelece que juiz, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime, fixará as penas a serem aplicadas) recomendam a adoção de fração superior àquela normalmente adotada pelos Tribunais.

E como dito, no caso em análise, diante do modo perverso e cruel como os crimes foram praticados, o elevadíssimo número de vetores negativos, tenho para mim, como necessário para reprovação e prevenção do delito, a elevação da fração da pena para cada circunstância judicial/agravante/qualificadora em 6 anos.

Registro que o próprio Tribunal de Justiça de Santa Catarina, quando

chamado a confirmar sentenças proferidas por este juízo, já referendou entendimento de que é possível elevar a fração da pena para além do tradicional 1/6 (2 anos) para cada qualificadora e circunstância nos casos de homicídios com diversas qualificadoras.

Confirma-se, neste sentido, acórdãos proferidos nos autos 0003975-58.2015.8.24.0067 (3 anos), 0002090-77.2013.8.24.0067, 0003467-49.2013.8.24.0067 e 0003012-50.8.24.0067.

Além do mais, em havendo duas ou mais qualificadoras, uma delas deve ser utilizada para qualificar o crime e as demais podem ser usadas como circunstâncias ou agravantes genéricas.

Nesse sentido:

[...]

A qualificadora do recurso que dificultou a defesa da vítima será utilizada para qualificar o delito, e as demais como circunstâncias agravantes.

Da dosimetria para vítima Rodrigo:

A culpabilidade do acusado desponta do processado. Mentalmente são, maior de 18 anos, logo imputável, tinha ou deveria ter a consciência de que ao praticar o ato narrado na denúncia estava agindo contrariamente ao direito, sendo possível e exigível que agisse de outro modo, devendo ser aplicado o juízo de reprovabilidade.

O fato de ser pessoa tranquila quando não bebia e trabalhadora não afasta o agravamento da pena por conta do fato praticado. Afasto a tese defensiva de que a embriaguez seria patológica; pelo contrário, está se reconhecendo, na segunda fase, a embriaguez preordenada.

Digo isso porque não foi produzido laudo pericial ou documentação médica que atestasse que a parte possuía tal patologia. O fato de ter sido internada em período pretérito igualmente não justifica o afastamento de sua responsabilidade penal ou ainda o reconhecimento de alguma atenuante.

A intensidade dolosa foi elevadíssima. Isso porque a parte denunciada, embriagada, conduziu seu veículo por diversas ruas da pacata cidade Barra Bonita (menos de 2000 habitantes); na casa de Margarida matou 3

pessoas; jogou seu veículo, por duas vezes e de maneira proposital, contra o veículo de um sobrinho de Margarida; quase adentrou no bar da cidade com seu veículo; saiu e foi em direção à residência de sua ex-esposa e, não fosse interferência de familiares, teria matado a quarta vítima naquela fatídica tarde de domingo. O seu comportamento, além das três mortes provocadas, colocou em risco dezenas de pessoas com sua condução irresponsável do veículo, com a faca que portava e, principalmente, tomado por sua pretensão carnificina. O laudo pericial do local dos fatos bem descreve a quantidade de sangue produzida pela parte denunciada.

O réu não registra maus antecedentes, assim consideradas as sentenças com trânsito em julgado que não mais servem para reincidência.

De outro lado, não há elementos contra a conduta social do agente. Não há laudo pericial aferindo a personalidade do acusado. O motivo torpe será utilizado na segunda fase da aplicação da pena.

As circunstâncias são altamente reprováveis. O laudo pericial da fl. 141 indica que a vítima foi morta com quase uma dezena de facadas. O laudo indica as seguintes lesões: 1 - múltiplas escoriações na região frontal direita, hemiface direita e região cervical direita; 2 - ferimento perfuro-cortante na região cervical esquerda com secção da veia jugular; 3- escoriação região cervical esquerda, próximo a fúrcula esternal; 4 - ferimento cortante com 5cm abaixo da fúrcula esternal; 5- ferimento perfuro-cortante com 6cm no hemitórax esquerdo próximo ao mamilo, atingindo coração e aorta torácica; 6-ferimento cortante com 8cm no hemitórax lateral esquerdo;7- ferimento cortante com 5cm no hemitórax lateral esquerdo;8- ferimento cortante com 3cm no hemitórax lateral esquerdo; 9- ferimento cortante com 9cm na omoplata esquerda; 10 - ferimento cortante no terço interior do antebraço direito com 2,5 cm 11 - escoriações punho esquerdo e região dorsal na mão esquerda; 12 - hematoma joelho esquerdo. A maioria dos golpes, como se vê, foram todos direcionados para regiões vitais da vítima (pescoço e peito), havendo, ainda, registro de lesões indicativas de que vítima, antes da morte, tentou, desesperadamente, se defender. E, evidentemente, que a quantidade de facadas e ferimentos produzidos merecem ser valorados negativamente.

As consequências extrapenais do crime são inerente ao tipo.

Não há comprovação de que a vítima, com seu comportamento, concorreu para a conduta do acusado.

Tendo presente o princípio da individualização da pena (e a fundamentação anteriormente esposada) e as circunstâncias negativas (culpabilidade e circunstâncias propriamente ditas x 6), fixo a pena base em 24 anos de reclusão.

Reconheço a existência da embriaguez preordenada (art. 61, inciso II, alínea “I” do Código Penal. Relembre-se aqui o depoimento dos policiais militares da testemunha Rudinei. O réu esteve na casa de Margarida no sábado à noite danificando o pneu da motocicleta de Rodrigo. Houve registro da ocorrência perante a autoridade policial. No domingo de manhã, sabedor de que Margarida passara a noite com Rodrigo, passou por três bares, embriagando-se e anunciando, aos quatro ventos, de que mataria quem encontrasse na residência. Tais ameaçadas, convém destacar, eram proferidas reiteradamente para a população de Barra Bonita. O caso dos autos indica que o réu embriagou-se para, criando coragem, alcançar o seu intento criminoso.

Está presente, de outro lado, a atenuante da confissão, prevista no art. 65, inciso III, alínea “d”, do Código Penal. Esta atenuante será compensada com a agravante da embriaguez preordenada.

Afasto a pretensão defensiva de aplicação da atenuante do art. 65, inciso II, alínea “c”, do Código Penal porque não houve nenhuma provocação por parte da vítima.

Em razão disso, fixo a reprimenda em 24 anos de reclusão.

Da dosimetria para vítima Margarida:

A culpabilidade do acusado desponta do processado. Mentalmente são, maior de 18 anos, logo imputável, tinha ou deveria ter a consciência de que ao praticar o ato narrado na denúncia estava agindo contrariamente ao direito, sendo possível e exigível que agisse de outro modo, devendo ser aplicado o juízo de reprovabilidade. E este juízo deve ser de reprovabilidade intensa diante da forma como os fatos se sucederam.

A intensidade dolosa foi elevadíssima. Isso porque a parte denunciada, embriagada, conduziu seu veículo por diversas ruas da pacata cidade

Barra Bonita (menos de 2000 habitantes); na casa de Margarida matou 3 pessoas; jogou seu veículo, por duas vezes e de maneira proposital, contra o veículo de um sobrinho de Margarida; quase adentrou no bar da cidade; saiu e foi em direção à residência de sua ex-esposa e, não fosse interferência de familiares, teria matado a quarta vítima naquela fatídica tarde de domingo. O seu comportamento, além das três mortes provocadas, colocou em risco dezenas de pessoas com sua condução irresponsável do veículo, com a faca que portava e, principalmente, tomado por sua pretensão carnificina. O laudo pericial do local dos fatos bem descreve a quantidade de sangue produzida pela parte denunciada.

O réu não registra maus antecedentes, assim consideradas as sentenças com trânsito em julgado que não mais servem para reincidência.

De outro lado, não há elementos contra a conduta social do agente. Não há laudo pericial aferindo a personalidade do acusado. O motivo torpe será utilizado na segunda fase da aplicação da pena.

As circunstâncias são altamente reprováveis. O laudo pericial da fl. 142 indica que a vítima foi morta com diversas facadas. O laudo indica as seguintes lesões: 1 - grande hematoma região frontal; 2 - hematoma na face; 3- fratura de nariz; 4- ferimento pérfuro-cortante no hemitórax direito medindo 4cm, com penetração em cavidade torácica atingindo pulmão e aorta torácica; 5 - ferimento cortante com 3cm no hemitórax direito; 6 hematoma dorso da mão direita (reação de defesa); 7 ferimento pérfuro-cortante com 5 cm na região lombar esquerda com penetração no retro-peritoneo atingindo o rim esquerdo. Embora não tenham transitado, o réu já foi preso 3 vezes; uma por porte de arma de fogo e 2 por violência doméstica. 2 condenações já foram proferidas neste juízo. A vítima convivia diariamente com violência dentro de sua. A testemunha Dejanira bem demonstrava a intensidade de medo que a vítima ostentava de sua algóz.

As consequências extrapenais do crime são inerente ao tipo.

Embora jamais justifique a conduta perpetrada, é de se reconhecer que a vítima, com seu comportamento anterior (embriaguez e traição), concorreu para a conduta do acusado.

Tendo presente o princípio da individualização da pena (e a fundamentação

anteriormente esposada) e as circunstâncias negativas (culpabilidade e circunstâncias propriamente ditas - comportamento da vítima x 6), fixo a pena base em 18 anos de reclusão.

Quanto às circunstâncias legais, estão presentes três agravantes: a do motivo torpe (art. 61, inciso II, alínea “a” do Código Penal); a da violência doméstica (art. 61, inciso II, alínea “f” e a da embriaguez preordenada (art. 61, inciso II, alínea “l”, do Código Penal).

A motivação torpe foi reconhecida pelos senhores jurados como qualificadora, a qual foi deslocada para esta segunda fase, conforme fundamentação anteriormente apresentada.

Embora os senhores jurados tenham afastado a qualificadora do feminicídio, é de se reconhecer a agravante genérica prevista no art. 61, inciso II, alínea ‘f’, do Código Penal, que diz respeito à prática do crime prevalecendo-se o agente de relações domésticas e com violência contra a mulher. Convém destacar que o art. 5º, inciso III, da Lei n. 11.340/2006, conhecida por Lei Maria da Penha, qualifica a violência contra a mulher como qualquer conduta que gere morte por quem, em qualquer relação íntima de afeto, na qual o agressor conviva ou tenha convivido com a ofendida, independentemente de coabitação. E a relação íntima de afeto é fato incontroverso nos autos, haja vista que réu e vítima convivam em união estável (o próprio réu confessou tais circunstâncias em todas as fases processuais).

Além do mais, não se alegue que, com o afastamento da qualificadora do feminicídio estaria automaticamente afastada a possibilidade de aplicação da agravante porque, salvo melhor juízo, me parece que a primeira tem elementares mais específicas, enquanto a segunda é mais ampla.

Tal entendimento, inclusive, foi referendado pelo Tribunal de Justiça de Santa Catarina no julgamento da apelação criminal n. 0003975-58.2015.8.24.0067, de São Miguel do Oeste, de relatoria do Desembargador Sérgio Rizelo:

APELAÇÃO CRIMINAL. TRIBUNAL DO JÚRI. ACUSADO CONDENADO POR HOMICÍDIO QUADRUPLAMENTE QUALIFICADO (CP, ART. 121, § 2º, INCS. II, III, IV E VI). RECURSO

DEFENSÓRIO. 1. PRETENSÃO DE DESCONSTITUIÇÃO DA DECISÃO POR SER MANIFESTAMENTE CONTRÁRIA À PROVA DOS AUTOS. LIVRE APRECIÇÃO DA PROVA. JURADOS QUE OPTARAM POR UMA DAS VERSÕES DEDUZIDAS EM PLENÁRIO, QUE ENCONTRA SUBSTRATO NO CONJUNTO PROBATÓRIO CARREADO AO FEITO. MEIO CRUEL. QUALIFICADORA QUE ENCONTRA AMPARO NA PROVA DOS AUTOS. JULGAMENTO ARBITRÁRIO NÃO CARACTERIZADO. SOBERANIA DOS VEREDICTOS, DEFINIDA NO ART. 5º, INC. XXXVIII, ALÍNEAS “C” E “D”, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. 2. FIXAÇÃO DE DANO MORAL. AÇÃO PENAL. POSSIBILIDADE. VALOR MÍNIMO. QUANTUM REDUZIDO. 3. DOSIMETRIA. PENA MAJORADA EM 6 ANOS PARA CADA CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL E LEGAL. CRITÉRIO ARBITRÁRIO. DIMINUIÇÃO DO PATAMAR DE AUMENTO DE PENA. FIXAÇÃO DE 1/4 PARA CADA CIRCUNSTÂNCIA EM RAZÃO DAS PECULIARIDADES DO CASO. PENA MINORADA EX OFFICIO.

1 Se lastro probatório há, ainda que mínimo, em favor da tese acolhida pelos Jurados, não é permitido ao Tribunal de Justiça determinar que a outro julgamento o Acusado seja submetido, visto que a decisão dos Juízes Leigos só pode ser desconstituída quando arbitrária e totalmente divorciada do contexto probatório carreado ao feito.

2. “Considerando que a norma não limitou e nem regulamentou como será quantificado o valor mínimo para a indenização e considerando que a legislação penal sempre priorizou o ressarcimento da vítima em relação aos prejuízos sofridos, o juiz que se sentir apto, diante de um caso concreto, a quantificar, ao menos o mínimo, o valor do dano moral sofrido pela vítima, não poderá ser impedido de fazê-lo” (STJ, REsp 1585684, Relª. Minª. Maria Thereza de Assis Moura, j. 9.8.16).

3. Inexistindo motivo para tanto, é exacerbado utilizar, como patamar de aumento de pena, na primeira e segunda fases dosimétricas, a fração de 1/2 (6 anos) ao fixar a pena pelo crime de homicídio qualificado.

RECURSO CONHECIDO, PARCIALMENTE PROVIDO PARA REDUZIR O QUANTUM INDENIZATÓRIO ARBITRADO E, DE OFÍCIO, REDUZIDA A PENA IMPOSTA AO ACUSADO.

(TJSC, Apelação Criminal 0003975-58.2015.8.24.0067, de São Miguel do Oeste. Relator Desembargador Sérgio Rizelo, Julgamento em 12/04/2017).

Além do mais, reconheço a existência da embriaguez preordenada. Relembre-se aqui o depoimento dos policiais militares da testemunha Rudinei. O réu esteve na casa de Margarida no sábado à noite danificando o pneu da motocicleta de Rodrigo. Houve registro da ocorrência perante a autoridade policial. No domingo de manhã, sabedor de que Margarida passara a noite com Rodrigo, passou por três bares, embriagando-se e anunciando, aos quatro ventos, de que mataria quem encontrasse na residência. Tais ameaçadas, convém destacar, eram proferidas reiteradamente para a população de Barra Bonita. O caso dos autos indica que o réu embriagou-se para, criando coragem, alcançar o seu intento criminoso.

Está presente, de outro lado, a atenuante da confissão, prevista no art. 65, inciso III, alínea “d”, do Código Penal. Esta atenuante será compensada com a agravante da embriaguez preordenada.

Restam duas agravantes (torpeza e violência doméstica contra mulher). Em razão disso, acresço mais 12 anos à pena provisória, e fixo a reprimenda em 30 anos de reclusão.

Inexistem causas de especial aumento ou diminuição da pena.

Da dosimetria para vítima Zélia:

A culpabilidade do acusado desponta do processado. Mentalmente são, maior de 18 anos, logo imputável, tinha ou deveria ter a consciência de que ao praticar o ato narrado na denúncia estava agindo contrariamente ao direito, sendo possível e exigível que agisse de outro modo, devendo ser aplicado o juízo de reprovabilidade. E este juízo deve ser de reprovabilidade intensa diante da forma como os fatos se sucederam.

A intensidade dolosa foi elevadíssima. Isso porque a parte denunciada, embriagada, conduziu seu veículo por diversas ruas da pacata cidade Barra Bonita (menos de 2000 habitantes); na casa de Margarida matou 3 pessoas; jogou seu veículo, por duas vezes e de maneira proposital, contra o veículo de um sobrinho de Margarida; quase adentrou no bar

da cidade; saiu e foi em direção à residência de sua ex-esposa e, não fosse interferência de familiares, teria matado a quarta vítima naquela fatídica tarde de domingo. O seu comportamento, além das três mortes provocadas, colocou em risco dezenas de pessoas com sua condução irresponsável do veículo, com a faca que portava e, principalmente, tomado por sua pretensão carnificina. O laudo pericial do local dos fatos bem descreve a quantidade de sangue produzida pela parte denunciada.

O réu não registra maus antecedentes, assim consideradas as sentenças com trânsito em julgado que não mais servem para reincidência.

De outro lado, não há elementos contra a conduta social do agente. Não há laudo pericial aferindo a personalidade do acusado. O motivo torpe será utilizado na segunda fase da aplicação da pena.

As circunstâncias são altamente reprováveis. O laudo pericial da fl. 143 indica que a vítima foi morta com quase uma dezena de facadas. O laudo indica as seguintes lesões: 1 - ferimento cortante com 6cm na região fronto-parietal direita; 2 - ferimento cortante com 4cm na região cervical direita; 3 - ferimento cortante com 6 cm na região cervical inferior direita; 4 ferimento cortante com 2 cm na região cervical lateral direita; 5 - ferimento perfuro-cortante com 5 cm na região cervical lateral direita, atingindo artéria carótida interna direita; 6 - ferimento cortante no polegar da mão direita e indicador da mão direita (reação de defesa); 7 - ferimento cortante com 1cm no punho esquerdo (reação de defesa); 8 - ferimento cortante na região cervical posterior com 0,5 cm.

A maioria dos golpes, como se vê, foram todos direcionados para regiões vitais da vítima (pescoço e peito), havendo, ainda, registro de lesões indicativas de que vítima, antes da morte, tentou, desesperadamente, se defender. E, evidentemente, que a quantidade de facadas e ferimentos produzidos merecem ser valorados negativamente.

Além do mais, as provas produzidas indicam que a vítima estava em seu quarto, ouvindo música em seu celular; o réu arrombou a tramela da porta e, de forma violenta e perversa, desferiu dezenas de facadas contra a vítima.

As consequências extrapenais do crime são inerente ao tipo.

Não há comprovação de que a vítima, com seu comportamento, concorreu para a conduta do acusado.

Tendo presente o princípio da individualização da pena (e a fundamentação anteriormente esposada) e as circunstâncias negativas (culpabilidade e circunstâncias propriamente ditas x 6), fixo a pena base em 24 anos de reclusão.

Reconheço a existência da embriaguez preordenada. Relembre-se aqui o depoimento dos policiais militares da testemunha Rudinei. O réu esteve na casa de Margarida no sábado à noite danificando o pneu da motocicleta de Rodrigo. Houve registro da ocorrência perante a autoridade policial. No domingo de manhã, sabedor de que Margarida passara a noite com Rodrigo, passou por três bares, embriagando-se e anunciando, aos quatro ventos, de que mataria quem encontrasse na residência. Tais ameaçadas, convém destacar, eram proferidas reiteradamente para a população de Barra Bonita. O caso dos autos indica que o réu embriagou-se para, criando coragem, alcançar o seu intento criminoso.

Está presente, de outro lado, a atenuante da confissão, prevista no art. 65, inciso III, alínea “d”, do Código Penal. Esta atenuante será compensada com a agravante da embriaguez Preordenada.

Inexistem causas de especial aumento ou diminuição da pena; a pena resta fixada em 24 anos de reclusão.

Nos termos do art. 69 do Código Penal, reconheço a existência de concurso material de crimes; somadas as penas, chega-se a 78 anos de reclusão (fls. 470-481).

Não obstante a existência de opiniões em sentido contrário, esta relatoria filia-se à corrente que defende o respeito ao poder discricionário concedido ao magistrado para a determinação qualitativa e quantitativa da pena, afastando-se portanto o preestabelecimento de aumentos e reduções de pena.

Como cediço, a aplicação da pena impõe ao julgador que, utilizando-se da discricionariedade que lhe é conferida por lei, seja explícito em

sua motivação, devendo portanto demonstrar de forma clara não só as razões como também o “quanto” deva ser majorado ou deduzido da pena. Deste modo, a leitura da dosimetria permitirá que tenha-se conhecimento explícito de aspectos do cálculo elaborado, sob pena de afronta ao princípio da ampla defesa.

Consoante se extrai da doutrina de Guilherme de Souza Nucci, o conceito de fixação da pena consiste em “um processo judicial de discricionariedade juridicamente vinculada visando à suficiência para prevenção e reprovação da infração penal. O juiz, dentro dos limites estabelecidos pelo legislador (mínimo e máximo, abstratamente fixados para a pena), deve eleger o quantum ideal, valendo-se do seu livre convencimento (discricionariedade), embora com fundamentada exposição de seu raciocínio (juridicamente vinculada). [...] Diz a Exposição de Motivos do Código de Processo Penal: ‘A sentença deve ser motivada. Com o sistema do relativo arbítrio judicial na aplicação da pena, consagrado pelo novo Código Penal, e o do livre convencimento do juiz, adotado pelo presente projeto, é a motivação da sentença que oferece garantia contra os excessos, os erros de apreciação, as falhas de raciocínio ou de lógica ou os demais vícios de julgamento’” (Código Penal Comentado. 10. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Ed. RT, 2010, p. 393/394).

No entanto, esta discricionariedade não é ilimitada e esbarra em dois dos princípios norteadores do direito que são a razoabilidade e a proporcionalidade.

No caso concreto, insta observar que a pena abstrata para o crime de homicídio qualificado é de 12 (doze) anos de reclusão, tendo o Sentenciante fixado a pena-base, para cada um dos três fatos, em 24 (vinte e quatro) anos, pela negatização de duas circunstâncias judiciais (culpabilidade e circunstâncias), o que por si só já denota o flagrante exagero na quantidade de reprimenda aplicada.

Ademais, em que pese a gravidade do delito e o impacto social causado, não se revela lúdima a exasperação da pena pela metade, porquanto afigura evidente afronta aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade.

Logo, têm-se como correta a exasperação em 2 (dois) anos para cada circunstância judicial valorada negativamente e, com isto, fixa-se a pena base em 16 (dezesesseis) anos de reclusão, para um dos crimes de homicídio praticado.

Tocante à segunda etapa de aplicação da pena, aduz a defesa que é vedado ao magistrado agravar a pena com fundamento na agravante prevista no art. 61, II, “f”, do CP, pois o Conselho de Sentença afastou a qualificadora do feminicídio.

O feminicídio, enquanto qualificadora prevista no inciso VI, do §2º, do art. 121, do Código Penal, se consuma quando o agente pratica o crime “contra a mulher por razão da condição do sexo feminino”, conforme alteração promovida pela Lei n. 13.104/2015

Todavia, o §m2º-A do mesmo dispositivo legal se incumbiu de conceituar a “condição do sexo feminino” em duas hipóteses, *in verbis*:

Art. 121, § 2º-A: Considera-se que há razões de condição de sexo feminino quando o crime envolve:

I - violência doméstica e familiar;

II - menosprezo ou discriminação à condição de mulher.

Com isto, verifica-se que há duas possibilidades de ocorrência do feminicídio, seja por questões que envolvem violência doméstica e familiar contra a mulher, seja por menosprezo ou discriminação da mulher enquanto questão de gênero.

No presente caso, o Ministério Público ao fundamentar o feminicídio foi categórico ao imputar ao réu a prática do crime motivado por

violência doméstica e familiar, notadamente em razão do relacionamento afetivo conturbado que a vítima e o réu mantiveram, bem como pelo inconformismo do réu com o término do relacionamento amoroso.

Não restam dúvidas que o réu efetivamente se defendeu da capitulação prevista no art. 121, § 2º, VI, c/c § 2º-A, I, do Código Penal e não ao inciso II da referida norma legal e, por consequência, o Conselho de Sentença analisou o feminicídio sob o prisma da violência doméstica e familiar contra a mulher.

A violência doméstica e familiar contra a mulher está conceituada no art. 5º da Lei 11.340/2006, também denominada Lei Maria da Penha, *in verbis*:

Art. 5º Para os efeitos desta Lei, configura violência doméstica e familiar contra a mulher qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial:http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/LCP/Lcp150.htm - art27vii

I - no âmbito da unidade doméstica, compreendida como o espaço de convívio permanente de pessoas, com ou sem vínculo familiar, inclusive as esporadicamente agregadas;

II - no âmbito da família, compreendida como a comunidade formada por indivíduos que são ou se consideram aparentados, unidos por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa;

III - em qualquer relação íntima de afeto, na qual o agressor conviva ou tenha convivido com a ofendida, independentemente de coabitação.

Parágrafo único. As relações pessoais enunciadas neste artigo independem de orientação sexual.

A agravante genérica prevista no art. 61, II, “f” do Código Penal dispõe: “Art. 61 - São circunstâncias que sempre agravam a pena, quando não constituem ou qualificam o crime: [...] II - ter o agente cometido o crime: [...] f) com abuso de autoridade ou prevalecendo-se de relações

domésticas, de coabitação ou de hospitalidade, ou com violência contra a mulher na forma da lei específica”.

Sabe-se que a alteração legislativa promovida pela Lei n. 11.689/2008 retirou da competência dos jurados a deliberação sobre agravantes e atenuantes, delegando ao juiz-presidente decidir pela incidência ou não.

Entretanto é vedado ao magistrado, ao aplicar a pena, reconhecer a existência de agravante semelhante à qualificadora afastada pelo Conselho de Sentença, sob pena de violação à soberania dos veredictos, em evidente usurpação da competência constitucionalmente conferida ao Tribunal do Júri.

A propósito decidiu recentemente o Superior Tribunal de Justiça:

PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. HOMICÍDIO QUALIFICADO. DOSIMETRIA. DISCRICIONARIEDADE RELATIVA. PENABASE. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA PARA AUMENTO DA REPRIMENDA PELO VETOR PERSONALIDADE. MAUS ANTECEDENTES. RÉU REINCIDENTE. VALORAÇÃO EQUIVOCADA NA PRIMEIRA FASE. MANUTENÇÃO. NON REFORMATIO IN PEJUS. **CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL OU AGRAVANTE ENQUADRADA COMO QUALIFICADORA DO CRIME DE HOMICÍDIO. USURPAÇÃO DA COMPETÊNCIA FUNCIONAL DO CONSELHO DE SENTENÇA E VIOLAÇÃO DO PROCEDIMENTO DO DO JÚRI.** CORREÇÃO DE ERRO MATERIAL PELO TRIBUNAL. RECURSO EXCLUSIVO DA DEFESA. POSSIBILIDADE, DESDE QUE NÃO IMPLIQUE PREJUÍZO AO RÉU. AGRAVANTE DO ART. 61, II, “E”, DO CÓDIGO PENAL SOPESSADA NA PRIMEIRA FASE DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA. IMPOSSIBILIDADE DE CONSIDERÁ-LA NA SEGUNDA FASE SEM RECURSO DO PARQUET. NON REFORMATIO IN PEJUS. REDUÇÃO DA PENA. WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO. [...] É, pois, vedado ao órgão acusador suscitar na sessão de julgamento agravante correspondente à figura de qualificadora, como se constituísse

fato diverso, sob pena de violação do art. 483, V, e § 3º, II, do Código de Processo Penal. **Nesse diapasão, o mesmo raciocínio, relativo às agravantes similares às qualificadoras de homicídio, aplica-se às circunstâncias judiciais, porquanto haveria verdadeira usurpação da competência funcional do conselho de sentença de decidir acerca das qualificadoras, escamoteadas de agravantes ou circunstâncias judiciais, bem como flagrante violação ao procedimento especial do Tribunal do Júri.** [...] *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida de ofício, apenas para reduzir a pena definitiva para 25 (vinte e cinco) anos de reclusão, mantendo o regime inicial fechado para o cumprimento da reprimenda (*Habeas Corpus* n. 290.013/SP, rel. Min. Ribeiro Dantas, j. 3-8-2017) (grifou-se).

É verdade que o acervo probatório permite concluir que o homicídio praticado contra Margarida foi movido por violência doméstica. No entanto, tendo os jurados rejeitado a incidência da qualificadora, incumbiria à acusação se insurgir por meio do recurso cabível, sendo inviável ao magistrado efetuar a transmutação para a agravante prevista no art. 61, II, “f”, motivo pelo qual dá-se provimento ao recurso no ponto.

Assim, na segunda fase da dosimetria, em relação aos “fatos 1 e 3” foi reconhecida a agravante prevista no art. 61, II, “f”, do CP (embriagues preordenada), mas compensada com a atuante da confissão espontânea (art. 65, III, “d”, do CP), logo mantém-se a pena em 16 (dezesesseis) anos de reclusão.

Já em relação ao “fato 2” foi reconhecida a agravante prevista no art. 61, II, “f”, do CP (embriagues preordenada) e a prevista no art. 61, II, “a”, do CP (motivo torpe) – decorrente da migração da qualificadora reconhecida pelo Conselho de Sentença. Restou compensada a agravante da embriagues preordenada com a atuante da confissão espontânea (art. 65, III, “d”, do CP), fixando-se a pena, nesta segunda etapa da dosimetria, em 18 (dezoito) anos e 8 (oito) meses de reclusão.

No que concerne ao concurso de crimes, busca a defesa o

reconhecimento da continuidade delitiva.

Analisando o caso, verifica-se que, agiu com acerto o juízo a quo, vez que o agente praticou os delitos de homicídio imbuído de desígnios autônomos, objetivando atingir cada uma das vítimas individualmente, aplicando as regras do concurso material, mediante a soma das penas do delito perpetrado contra cada uma das vítimas.

Ademais, o fato de terem sido praticados num mesmo contexto não autoriza a incidência do disposto no art. 71 do Código Penal, pois como ensina Fernando Capez, não restou preenchido o requisito temporal, uma vez que os crimes foram praticados contemporaneamente:

Não se deve confundir a continuidade de tempo com a “contemporaneidade”, que ocorre quando o bem jurídico é lesado repetidamente no mesmo contexto de ação, ou num só processo de atividade. Lembra José Frederico Marques, fazendo referência ao ensinamento de Asúa, que “certa descontinuidade no tempo é essencial ao delito continuado” (CAPEZ, Fernando. *Curso de direito penal*, vol. 1: parte geral, 15. ed., São Paulo: Saraiva, 2011, p. 557).

Na hipótese, a prova é clara no sentido de que o requerente agiu com desígnios autônomos ao ceifar a vida de Rodrigo, Margarida e Zélia, vez que tinha plena consciência que cometeria mais de um crime, mediante mais de uma ação, tendo agido com dolo direto ou genérico, conforme o disposto no art. 69 do Código Penal, ao descrever o concurso material.

Sobre a questão, a sessão criminal, quando instada a manifestar-se acerca do assunto, em recente julgamento – proferido em 25-5-2016 –, na Revisão Criminal n. 4001492-57.2016.8.24.0000, de relatoria da Exma. Desembargadora Marli Mosimann Vargas, entendeu da seguinte forma:

REVISÃO CRIMINAL (ART. 621, I, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL). CONDENAÇÃO POR HOMICÍDIO QUALIFICADO CONSUMADO E HOMICÍDIO QUALIFICADO TENTADO, EM CONCURSO MATERIAL (ART. 121, § 2º, II E IV, E ART. 121, § 2º, II E IV, C/C ART. 14, NA FORMA DO ART. 69, TODOS DO

CÓDIGO PENAL). PRETENZA REFORMA DA DOSIMETRIA (PRIMEIRA FASE E CONCURSO DE CRIMES). EXCLUSÃO DA ANÁLISE DESFAVORÁVEL DA CULPABILIDADE NO CÔMPUTO DAS PENAS-BASE. CIRCUNSTÂNCIA NÃO VALORADA NEGATIVAMENTE PELO MAGISTRADO *A QUO*. INDEFERIMENTO NO PONTO. **RECONHECIMENTO DO CONCURSO FORMAL ENTRE OS DELITOS E CONSEQUENTE REDUÇÃO DA PENA. IMPOSSIBILIDADE. AGENTE QUE PRATICOU DUAS CONDUTAS DISTINTAS. DISPARO DE TIROS DE ARMA DE FOGO, DUAS VEZES, CONTRA DUAS VÍTIMAS, COM O OBJETIVO DE CEIFAR A VIDA DESTAS. APLICAÇÃO, NO CASO, DE CONCURSO MATERIAL (ART. 69 DO CÓDIGO PENAL). QUANTUM DA PENA MANTIDO. REVISIONAL CONHECIDA E INDEFERIDA (grifou-se).**

No mesmo sentido é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO QUALIFICADO CONSUMADO E TENTADO. CONCURSO DE CRIMES. ALMEJADO RECONHECIMENTO DA CONTINUIDADE DELITIVA. DESÍGNIOS AUTÔNOMOS. HIPÓTESE DE CONCURSO MATERIAL. COAÇÃO ILEGAL NÃO DEMONSTRADA. **Evidenciado que os homicídios foram praticados com desígnios autônomos, configura-se o concurso material, e não a continuidade delitiva.** (Habeas Corpus n. 278.673/RS, rel. Min. Jorge Mussi, j. 20-5-2014) (grifou-se).

Com o reconhecimento e aplicação de tal instituto jurídico, torna-se inviável a aplicação de somente uma pena aumentada de um sexto até metade, estando acertada a soma das penas imputadas a cada fato.

Contudo, considerando a redução da pena base e a exclusão de uma agravante em relação ao “fato 2”, nos termos da fundamentação supra, a pena final do requerente deve sofrer os reflexos. Logo torna-se definitiva a pena para cada condenação, nos seguintes termos:

- Em relação ao “fato 1”, que teve como vítima Rodrigo Mulinari,

em 16 (dezesesseis) anos de reclusão.

- Referente ao “fato 2”, que teve como vítima Margarida Morais, em 18 (dezoito) anos e 8 (oito) meses de reclusão.

- Relativamente ao “fato 3”, que teve como vítima Zélia Tavares Santana, em 16 (dezesesseis) anos de reclusão.

Ao fim, aplicando-se as regras do concurso material, torna-se definitiva a reprimenda em 50 (cinquenta) anos e 8 (oito) meses de reclusão, em regime inicialmente fechado.

Ante o exposto, vota-se no sentido de conhecer do recurso e dar-lhe parcial provimento para reduzir a pena aplicada para 50 (cinquenta) anos e 8 (oito) meses de reclusão e afastar a condenação ao pagamento de indenização por danos morais.

Como resultado da condenação penal confirmada em colegiado nesta instância por crime referido no art. 1º, I, “e”, da LC 64/90, proceda o Secretário de Câmara à inclusão dos dados dos réus no CNCIAI.

Intime-se a Defensora Pública, pessoalmente, nos moldes do inciso I do artigo 46 da Lei Complementar Estadual n. 575/2012.

Este é o voto.

Reclamação Criminal n. 8000073-94.2017.8.24.0000, de Araranguá
Relator: Desembargador José Everaldo Silva

RECLAMAÇÃO CRIMINAL. CRIME CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL (ART. 217-A, CP). RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. IRRESIGNAÇÃO CONTRA DECISÃO QUE INDEFERIU A OITIVA DA VÍTIMA. DEPOIMENTO INDISPENSÁVEL PARA O DESLINDE DO FEITO. CRIANÇA QUE DEVERÁ SER OUVIDA NA MODALIDADE DO “DEPOIMENTO SEM DANO”. RECOMENDAÇÃO 33/2010 DO CNJ. PRECEDENTES DO STJ E DESTES TRIBUNAL.

Conquanto a oitiva das vítimas antes mesmo de deflagrada a persecução penal caracterize situação excepcional, o certo é que a suspeita da prática de crime sexual contra criança e adolescente justifica a sua inquirição na modalidade do “depoimento sem dano”, respeitando-se a sua condição especial de pessoa em desenvolvimento, em ambiente diferenciado e por profissional especializado (Habeas Corpus n. 226.179/RS, rel. Min. Jorge Mussi, j. 8-10-2013).

RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Reclamação Criminal n. 8000073-94.2017.8.24.0000, da comarca de Araranguá 2ª Vara Criminal em que é/são Reclamante(s) M. P. do E. de S. C. e Reclamado(s) J. de D. da 2 V. C. da C. de A.

A Quarta Câmara Criminal decidiu, por votação unânime, conhecer da Reclamação Criminal e dar-lhe provimento.

O julgamento, realizado nesta data, foi presidido pelo Exmo. Sr. Desembargador Roberto Lucas Pacheco, com voto, e dele participou o Exmo. Sr. Desembargador Rodrigo Collaço.

Funcionou como membro do Ministério Público o Exmo. Sr. Dr.

Procurador de Justiça Fábio Strecker Schmidt.

Florianópolis, 28 de setembro de 2017.

[assinado digitalmente]

Desembargador José Everaldo Silva
Relator

RELATÓRIO

Trata-se de reclamação apresentada pelo representante do Ministério Público da Comarca de Araranguá com atuação na 2ª Vara Criminal daquele juízo, com fundamento no art. 243 do Regimento Interno do Tribunal de Justiça de Santa Catarina – RITJSC, contra decisão proferida pela Juíza de Direito titular que, nos autos n. 0004821-70.2015.8.24.0004, indeferiu a oitiva da vítima na audiência de instrução e julgamento designada para o próximo dia 22 de março de 2017 às 16:00 horas, fundamentando a negativa na tenra idade da vítima, no atendimento especializado a que teria sido submetida e no tempo decorrido desde a ocorrência do fato.

Alega o reclamante que o ato jurisdicional reclamado é desprovido de qualquer legalidade pois incorreu a Magistrada em *error in procedendo*, vez que a norma processual penal prevê a necessidade de ouvir-se o ofendido, sempre que possível (arts. 201 e 400 do CPP), e que no caso concreto, por se tratar de delito que não deixa vestígios, o relato da infante assume extrema relevância à comprovação da ocorrência do abuso. Aduz que a vítima sequer foi ouvida perante a autoridade policial e que não há notícia nos autos de existência de acompanhamento ou relatório psicológico da infante, que teriam sido solicitados no decorrer do ano de 2015 (13 de julho).

Fulcrado nestes argumentos, pleiteia a concessão da liminar, para suspender parte da decisão, que indeferiu a oitiva da vítima no dia 22 de março, possibilitando, assim, a tomada de suas declarações no ato, pugnando, no mérito, pela anulação da referida decisão no tocante ao indeferimento da oitiva da vítima.

Deferida a liminar em parte, para determinar a suspensão da audiência de instrução e julgamento, até análise do mérito por este Órgão Colegiado (fls. 116-119). Solicitadas as informações, foram prestadas à fl. 121.

Lavrou parecer pela Douta Procuradoria-Geral de Justiça o Exmo. Sr. Dr. Francisco Bissoli Filho, opinando pelo deferimento da reclamação criminal (fls. 135-140).

Este é o relatório.

VOTO

Trata-se de reclamação apresentada pelo representante do Ministério Público da Comarca de Araranguá com atuação na 2ª Vara Criminal daquele juízo, com fundamento no art. 243 do Regimento Interno do Tribunal de Justiça de Santa Catarina – RITJSC, contra decisão proferida pela Juíza de Direito titular que, nos autos n. 0004821-70.2015.8.24.0004, indeferiu a oitiva da vítima na audiência de instrução e julgamento designada para o dia 22 de março de 2017 às 16:00 horas, fundamentando a negativa na tenra idade da vítima, no atendimento especializado a que teria sido submetida e no tempo decorrido desde a ocorrência do fato.

Tem-se que o reclamo apresentado mostra-se adequado, pois “o recurso da reclamação ou correição parcial, como é conhecido em outros Estados da Federação, está previsto no art. 243 do Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, servindo para casos que

contenham erro ou abuso que importem na inversão da ordem legal do processo e não haja recurso específico. Tal reclamo tem por finalidade permitir a correção de erros in procedendo que possam trazer prejuízo ao bom andamento processual” (Reclamação n. 2007.053500-9, de Lages, rel. Des. Torres Marques, j. 12-11-2007).

Razão assiste ao recorrente, pois é certo que da letra da lei processual penal se extrai que a oitiva do ofendido deve ser realizada sempre que possível:

Art. 201. Sempre que possível, o ofendido será qualificado e perguntado sobre as circunstâncias da infração, quem seja ou presuma ser o seu autor, as provas que possa indicar, tomando-se por termo as suas declarações.

Art. 400. Na audiência de instrução e julgamento, a ser realizada no prazo máximo de 60 (sessenta) dias, proceder-se-á à tomada de declarações do ofendido, à inquirição das testemunhas arroladas pela acusação e pela defesa, nesta ordem, ressalvado o disposto no art. 222 deste Código, bem como aos esclarecimentos dos peritos, às acareações e ao reconhecimento de pessoas e coisas, interrogando-se, em seguida, o acusado.

Nesse sentido também:

RECLAMAÇÃO - FURTO QUALIFICADO (CP, ART. 155, § 4º, I)
- INDEFERIMENTO DA OITIVA DA VÍTIMA - IRRESIGNAÇÃO
MINISTERIAL - VIABILIDADE - RELEVÂNCIA DA PROVA -
RECLAMAÇÃO ACOLHIDA.

Nos termos do art. 155 do Código de Processo Penal, “o juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas” (grifou-se). Dessa forma, o depoimento da vítima mostra-se não apenas recomendável como, em muitos casos, imprescindível, notadamente em se tratando de crime contra o patrimônio, comumente praticado às escondidas e na qual somente a vítima possuiria condições de descrever detalhes acerca da

dinâmica dos fatos.

Outrossim, conquanto o magistrado esteja autorizado a indeferir as provas que entender irrelevantes (CPP, art. 400, § 1º), deve fazê-lo calcado em fundamentos substanciosos, o que não é o caso dos autos, haja vista não ser possível desde logo deduzir qual será o teor das declarações da vítima quando do seu novo depoimento. (TJSC, Reclamação n. 2010.009081-1, de Herval D'Oeste, rel. Des. Salete Silva Sommariva, j. 25-05-2010).

Não bastasse isto, o decreto n. 99.710/90 promulgou a Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança, a qual em seu art. 12, assegura à criança o direito de expressar suas opiniões livremente, além de ser ouvida em todo processo judicial lhe afete.

Ocorre que a situação merece especial atenção, pois refere-se à criança supostamente vítima de violência sexual, cuja função do Estado é garantir sua integridade psicológica, sob pena de re revitimizá-la.

Com escopo de criar mecanismos na busca da verdade em processos penais que envolvam menores vítimas de violência sexual, o Conselho Nacional de Justiça emitiu a Recomendação 33/2010, que instituiu o denominado “depoimento sem dano”, que consiste na oitiva das crianças e adolescentes por meio de profissional habilitado, em sala reservada, sem as formalidades inerentes às audiências de instrução processual criminal, de forma menos hostil ao ofendido, garantindo-se um depoimento mais fidedigno.

Referida recomendação orienta aos Tribunais a “implantação de sistema de depoimento videogravado para as crianças e os adolescentes, o qual deverá ser realizado em ambiente separado da sala de audiências, com a participação de profissional especializado para atuar nessa prática”, com as seguintes características:

- a) os sistemas de videogravação deverão preferencialmente ser assegurados com a instalação de equipamentos eletrônicos, tela de imagem, painel remoto de controle, mesa de gravação em CD e DVD para registro

de áudio e imagem, cabeamento, controle manual para zoom, ar-condicionado para manutenção dos equipamentos eletrônicos e apoio técnico qualificado para uso dos equipamentos tecnológicos instalados nas salas de audiência e de depoimento especial;

b) o ambiente deverá ser adequado ao depoimento da criança e do adolescente assegurando-lhes segurança, privacidade, conforto e condições de acolhimento.

II – os participantes de escuta judicial deverão ser especificamente capacitados para o emprego da técnica do depoimento especial, usando os princípios básicos da entrevista cognitiva.

III – o acolhimento deve contemplar o esclarecimento à criança ou adolescente a respeito do motivo e efeito de sua participação no depoimento especial, com ênfase à sua condição de sujeito em desenvolvimento e do consequente direito de proteção, preferencialmente com o emprego de cartilha previamente preparada para esta finalidade.

IV – os serviços técnicos do sistema de justiça devem estar aptos a promover o apoio, orientação e encaminhamento de assistência à saúde física e emocional da vítima ou testemunha e seus familiares, quando necessários, durante e após o procedimento judicial.

V – devem ser tomadas medidas de controle de tramitação processual que promovam a garantia do princípio da atualidade, garantindo a diminuição do tempo entre o conhecimento do fato investigado e a audiência de depoimento especial.

Embora a recomendação do Conselho Nacional de Justiça não possua caráter normativo, estabelece importante diretriz na garantia da instrução criminal, em consonância com o reconhecimento da criança e do adolescente em sua peculiar condição de sujeito em desenvolvimento psíquico e emocional.

A partir disto, os tribunais começaram a reconhecer e aplicar o “depoimento sem dano”, veja-se como entende o STJ:

HABEAS CORPUS. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. WRIT SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. FALTA DE

CABIMENTO. PRETENSÃO DE QUE SE DETERMINE A OITIVA DAS VÍTIMAS EM AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO. SUPERVENIÊNCIA DE SENTENÇA CONDENATÓRIA E DE ACÓRDÃO DECORRENTE DO JULGAMENTO DO RECURSO DE APELAÇÃO, NA QUAL A TESE FOI REBATIDA PELO TRIBUNAL ESTADUAL. PERDA DO OBJETO. INEXISTÊNCIA, ADEMAIS, DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. OITIVA DAS VÍTIMAS POR MEIO DE PROFISSIONAL HABILITADO E EM LOCAL DIFERENCIADO. HIPÓTESE DE “DEPOIMENTO SEM DANO”, ADMITIDA PELA JURISPRUDÊNCIA DESTE SUPERIOR TRIBUNAL. PROTEÇÃO DA VÍTIMA MENOR, EM CONDIÇÃO PECULIAR DE PESSOA EM DESENVOLVIMENTO. PONDERAÇÃO. PREVALÊNCIA SOBRE A PUBLICIDADE. [...] 4. Ainda que assim não fosse, este Superior Tribunal, na linha do entendimento externado pelo Tribunal a quo, tem reiteradamente decidido que, nos crimes sexuais praticados, em tese, contra crianças e adolescentes, **a inquirição da vítima por meio de profissional preparado e em ambiente diferenciado, denominado “depoimento sem dano”, não configura nulidade ou constrangimento ilegal à liberdade de locomoção do acusado. Precedentes.** 5. **Trata-se de medida excepcional, destinada a evitar que as vítimas sejam submetidas aos traumas da violência sexual, em tese, perpetrada pelo agressor, devendo prevalecer sobre a publicidade do ato processual, considerando-se, sobretudo, a condição peculiar das vítimas, de pessoas em desenvolvimento, nos termos do art. 227 da Constituição da República, c/c o art. 3º, parágrafo único, do Estatuto da Criança e do Adolescente.** 6. Writ não conhecido. (Habeas Corpus n. 244.559/DF, rel. Min. Sebastião Reis Júnior, j. em 7-4-2016).

HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO ORIGINÁRIA. SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO ORDINÁRIO. IMPOSSIBILIDADE. RESPEITO AO SISTEMA RECURSAL PREVISTO NA CARTA MAGNA. NÃO CONHECIMENTO. [...] ESTUPRO DE VULNERÁVEL (ARTIGO 217-A DO CÓDIGO PENAL). PRODUÇÃO ANTECIPADA DA PROVA. ARTIGO 156, INCISO I, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. MEDIDA PLEITEADA ANTES DE DEFLAGRADA A

ÇÃO PENAL. INDICAÇÃO DE ELEMENTOS CONCRETOS QUE JUSTIFICAM A MEDIDA. DEMONSTRAÇÃO DA EFETIVA URGÊNCIA DA OITIVA ANTECIPADA DAS VÍTIMAS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. [...]

3. Conquanto a oitiva das vítimas antes mesmo de deflagrada a persecução penal caracterize situação excepcional, o certo é que a suspeita da prática de crime sexual contra criança e adolescente justifica a sua inquirição na modalidade do “depoimento sem dano”, respeitando-se a sua condição especial de pessoa em desenvolvimento, em ambiente diferenciado e por profissional especializado. 4. A colheita antecipada das declarações de menores suspeitos de serem vítimas de abuso sexual, nos moldes como propostos na hipótese, evita que revivam os traumas da violência supostamente sofrida cada vez que tiverem que ser inquiridos durante a persecução criminal. 5. Habeas corpus não conhecido. (Habeas Corpus n. 226.179/RS, rel. Min. Jorge Mussi, j. Em 8-10-2013).

No mesmo sentido entendeu recentemente esta Câmara:

HABEAS CORPUS. ESTUPRO DE VULNERÁVEL (ART. 217-A DO CP). PLEITO DE PRODUÇÃO DE PROVA PERICIAL, CONSISTENTE NA OITIVA DAS VÍTIMAS POR PSQUIÁTRICA OU PSICÓLOGO PARA AVALIAÇÃO DAS NARRATIVAS E POSSIBILIDADE DE TEREM SIDO SUGESTIONADAS POR TERCEIROS OU FANTASIADO OS FATOS DESCRITOS NA DENÚNCIA. DESCABIMENTO. EXAME REALIZADO NO CURSO DO INQUÉRITO POLICIAL POR PSICÓLOGA DA POLÍCIA CIVIL. CONTRADITÓRIO DIFERIDO. AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO ACERCA DAS CONCLUSÕES. INDEFERIMENTO DO PEDIDO QUE BUSCA RESGUARDAR AS VÍTIMAS DE NOVO TRAUMA. PRECEDENTE DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. ORDEM DENEGADA. “Esta Corte tem entendido justificada, nos crimes sexuais contra a criança e adolescente, a inquirição da vítima na modalidade do ‘depoimento sem dano’, em respeito à sua condição especial de pessoa em desenvolvimento, procedimento admitido, inclusive, antes da deflagração da persecução penal, mediante prova antecipada” (RHC n. 45.589, Rel. Min. Gurgel de Faria, j. 24.2.2015).

(TJSC, Habeas Corpus (Criminal) n. 4016573-46.2016.8.24.0000, de São Miguel do Oeste, rel. Des. Rodrigo Collaço, j. 15-12-2016).

Vale frisar que o “depoimento sem dano” foi regulamentado pela Lei 13.431/2017, sancionada em 4 de abril de 2017, ainda em *vacatio legis*, estabelece o sistema de garantia dos direitos da criança e do adolescente vítima ou testemunha de violência, dentre as garantias inclui o chamado “depoimento especial”.

O “depoimento especial” introduzido pelo art. 12, da Lei 13.431/2017, em síntese, representa a positivação da Recomendação 33/2010 do Conselho Nacional de Justiça, determinando ao magistrado que verifique os procedimentos estabelecidos ao ouvir crianças e adolescentes vítimas ou testemunhas de violência, veja-se:

Art. 12. O depoimento especial será colhido conforme o seguinte procedimento:

I - os profissionais especializados esclarecerão a criança ou o adolescente sobre a tomada do depoimento especial, informando-lhe os seus direitos e os procedimentos a serem adotados e planejando sua participação, sendo vedada a leitura da denúncia ou de outras peças processuais;

II - é assegurada à criança ou ao adolescente a livre narrativa sobre a situação de violência, podendo o profissional especializado intervir quando necessário, utilizando técnicas que permitam a elucidação dos fatos;

III - no curso do processo judicial, o depoimento especial será transmitido em tempo real para a sala de audiência, preservado o sigilo;

IV - findo o procedimento previsto no inciso II deste artigo, o juiz, após consultar o Ministério Público, o defensor e os assistentes técnicos, avaliará a pertinência de perguntas complementares, organizadas em bloco;

V - o profissional especializado poderá adaptar as perguntas à linguagem de melhor compreensão da criança ou do adolescente;

VI - o depoimento especial será gravado em áudio e vídeo.

§ 1º À vítima ou testemunha de violência é garantido o direito de prestar depoimento diretamente ao juiz, se assim o entender.

§ 2º O juiz tomará todas as medidas apropriadas para a preservação da intimidade e da privacidade da vítima ou testemunha.

§ 3º O profissional especializado comunicará ao juiz se verificar que a presença, na sala de audiência, do autor da violência pode prejudicar o depoimento especial ou colocar o depoente em situação de risco, caso em que, fazendo constar em termo, será autorizado o afastamento do imputado.

§ 4º Nas hipóteses em que houver risco à vida ou à integridade física da vítima ou testemunha, o juiz tomará as medidas de proteção cabíveis, inclusive a restrição do disposto nos incisos III e VI deste artigo.

§ 5º As condições de preservação e de segurança da mídia relativa ao depoimento da criança ou do adolescente serão objeto de regulamentação, de forma a garantir o direito à intimidade e à privacidade da vítima ou testemunha.

§ 6º O depoimento especial tramitará em segredo de justiça.

Por fim, o caso concreto revela que a oitiva da vítima é imprescindível para a comprovação de eventual materialidade e autoria delitiva, pois o Laudo Pericial de Abuso Sexual n. 0737635/14 (fl. 6 – autos principais) indicou que a vítima A. J. de S. da S é virgem, com hímen e ânus íntegros e sem lesões. Além disto, o parecer psicológico realizado pela Secretaria Municipal de Saúde do Município de Arrio do Silva (fls. 122-125 – autos principais), juntado após a interposição do recurso, não obteve dados conclusivos sobre a violência narrada na exordial.

Ante o exposto, vota-se por conhecer do recurso, e dar-lhe provimento para determinar a oitiva judicial de A. J. de S. da S., nos moldes da Recomendação 33/2010 do Conselho Nacional de Justiça.

Este é o voto.

QUINTA CÂMARA CRIMINAL

Apelação Criminal n. 0005022-21.2013.8.24.0008, de Blumenau

Relatora: Desembargadora Cinthia Beatriz da S. Bittencourt Schaefer

APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME DE INJÚRIA RACIAL (ART. 140, § 3º, DO CÓDIGO PENAL). ABSOLVIÇÃO EM PRIMEIRO GRAU. RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. PLEITO PARA CONDENAÇÃO PELA EXISTÊNCIA DE PROVAS DA AUTORIA E MATERIALIDADE. PALAVRAS DAS TESTEMUNHAS E DO INFORMANTE FIRMES E COERENTES EM AMBAS AS FASES DO PROCESSO, CORROBORADA PELAS DEMAIS PROVAS DOS AUTOS. ELEMENTO SUBJETIVO PRESENTE. REFORMA QUE SE IMPÕE. INJÚRIA RACIAL CARACTERIZADA NAS OFENSAS PROFERIDAS PELO RÉU. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA DO ESTADO RECONHECIDA DE OFÍCIO. TRANSCURSO DO LAPSO TEMPORAL SUPERIOR A QUATRO ANOS ENTRE A DATA DO RECEBIMENTO DA DENÚNCIA E DO JULGAMENTO DO RECURSO. INTELIGÊNCIA DOS ARTS. 107, IV E 109, V, AMBOS DO CÓDIGO PENAL. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE QUE SE IMPÕE. RECURSO DA DEFESA. PEDIDO DE FIXAÇÃO DOS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS PELA ATUAÇÃO EM PRIMEIRA INSTÂNCIA E NA FASE RECURSAL. VERBA NÃO FIXADA NA SENTENÇA. DEFENSOR NOMEADO PARA REPRESENTAR OS INTERESSES DO RÉU ANTES NO INÍCIO DA INSTRUÇÃO. VERBA HONORÁRIA DEVIDA. OMISSÃO SUPRIDA NESTA INSTÂNCIA. MAJORAÇÃO DOS HONORÁRIOS AO DEFENSOR PELA ATUAÇÃO NA FASE RECURSAL. ART. 85, § 11, DO CPC DE 2015. DECISÃO POSTERIOR A ENTRADA EM VIGOR DO NOVO CPC. PEDIDO DE FIXAÇÃO DOS HONORÁRIOS DE ACORDO COM A TABELA DA OAB/SC. IMPOSSIBILIDADE. VALOR

FIXADO NOS TERMOS DO ENTENDIMENTO DA SEÇÃO
CRIMINAL DESTA EGRÉGIA CORTE E NO ART. 85, §§2º
e 8º, DO CPC. RECURSO DA ACUSAÇÃO CONHECIDO E
PROVIDO E DA DEFESA CONHECIDO E DESPROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n. 0005022-21.2013.8.24.0008, da comarca de Blumenau 2ª Vara Criminal em que é Apte/ Apdo Ministério Público do Estado de Santa Catarina e Apdo/Apte Antônio Barcellos.

A Quinta Câmara Criminal decidiu, por votação unânime, conhecer do recurso da acusação e dar-lhe provimento para condenar o réu ao cumprimento da pena de 1 (um) ano e 2 (dois) meses de reclusão, no regime aberto, e o pagamento de 11 (onze) dias-multa, suspenso seu cumprimento pelo prazo de 02 (dois) anos, nos termos do artigo 77 do Código Penal, por infração ao delito do art. 140, § 3º, do Código Penal; de ofício, reconhecer a prescrição da pretensão punitiva do Estado e decretar a extinção da punibilidade do acusado; conhecer do recurso da defesa e negar-lhe parcial provimento, e, por fim, fixar os honorários ao defensor nomeado pela atuação em primeiro grau e majorar a verba honorária pela atuação esfera recursal. Custas legais.

Participaram do julgamento, realizado na data de 7 de dezembro de 2017, o Exmo. Sr. Desembargador Luiz César Schweitzer e o Exmo. Sr. Desembargador Luiz Neri Oliveira de Souza.

O conteúdo do presente acórdão, nos termos do § 2º, do artigo 201, do Código de Processo Penal, deverá ser comunicado pelo juízo de origem.

Florianópolis, 11 de dezembro de 2017.

Cynthia Beatriz da S. Bittencourt Schaefer
Relatora

RELATÓRIO

O Ministério Público de Santa Catarina ofereceu denúncia em face de Antonio Barcellos, pelo cometimento, em tese, do delito disposto no art. 140, § 3º, do Código Penal, com incidência dos arts. 5º, III, e 7º, II e V, da Lei 11.340/2006, conforme os seguintes fatos narrados na exordial acusatória:

Consta do incluso caderno indiciário que o denunciado Antonio Barcellos é casado com a vítima Cleusa Maria Sestrem Barcellos há aproximadamente sete anos. Assim, aproveitando-se desta relação doméstica de convivência que mantém com a vítima, no dia 4 de março de 2013, por volta das 13h:00min, o denunciado dirigiu-se até o local de trabalho dela, na Rua Norberto Seara Heusi, 950, Bairro Escola Agrícola, em Blumenau, e deu início a uma discussão, oportunidade em que passou a ofender a dignidade e o decoro da vítima, injuriando-a com o uso de expressões referentes à sua cor, chamando-a de “negra vagabunda”, “negra porca”, “negra imunda” e “nega suja”.

Concluída a instrução processual, sobreveio a sentença (fls. 196/199) com o seguinte dispositivo:

Diante do exposto, JULGO IMPROCEDENTE a denúncia de fls. II/III, para ABSOLVER o réu Antonio Barcellos, qualificado nos autos, da imputação que lhe foi atribuída, o que faço com fundamento no art. 386, inciso III, do Código de Processo Penal.

O Ministério Público interpôs recurso de apelação (fls. 203/209) pugnando pela condenação do acusado, fundamentando que há nos autos provas da materialidade e autoria do delito denunciado.

O réu interpôs recurso de apelação (fls. 211/215) pugnando pela fixação dos honorários advocatícios nos valores impostos pela OAB/SC.

Com as contrarrazões (fls. 230/234 e 236/245), os autos ascenderam a este egrégio Tribunal de Justiça.

Lavrou parecer pela Douta Procuradoria-Geral de Justiça o

Exmo. Sr. Dr. Heloísa Crescenti Abdalla Freire, manifestando-se pelo provimento do recurso do Ministério Público e parcial provimento do recurso do réu (fls. 270/275). Este é o relatório.

VOTO

Os recursos devem ser conhecidos, visto que presentes os requisitos de admissibilidade.

1. Do recurso do Ministério Público

O representante do Ministério Público se insurge quanto à absolvição do réu da prática do crime de injúria racial, fundamentando que há nos autos provas da materialidade e autoria do delito denunciado.

O delito do art. 140, § 3º, do Código Penal, não deixa vestígios, razão pela qual a materialidade está comprovada por meio do boletim de ocorrência e principalmente pela prova testemunhal.

O doutrinador Victor Eduardo Rios Gonçalves discorre acerca deste crime dizendo:

A injúria difere totalmente dos outros crimes contra a honra porque é o único deles em que o agente não atribui um fato determinado ao ofendido. Na injúria, o agente não faz uma narrativa, mas atribui uma qualidade negativa a outrem. Consiste, portanto, em um xingamento, no uso de expressão desairosa ou insultuosa para se referir a alguém. [...] A primeira parte do dispositivo, que trata da ofensa referente à raça, cor, etnia, religião ou origem, conhecida como injúria “racial”, merece esclarecimento no sentido de ser diferenciada do crime de racismo do art. 20 da Lei n. 7.716/89, também introduzido pela Lei nº 9.459/97. Com efeito, o crime de injúria, como os demais crimes contra a honra, pressupõe que a ofensa seja endereçada a pessoa determinada ou, ao menos, a um grupo determinado de indivíduos. Assim, quando o agente se dirige a uma outra pessoa e a ofende fazendo referência à sua cor ou religião, configura-se a injúria qualificada. O crime de racismo, por meio da manifestação de opinião, estará presente quando o agente se referir

de forma preconceituosa indistintamente a todos os integrantes de certa raça, cor, religião, etc. (Direito Penal Esquemático: Parte Especial, 2ª ed. - São Paulo: Saraiva, 2012, pág. 252 e 258) - grifei.

Guilherme de Souza Nucci não discrepa:

Esta figura foi introduzida pela Lei 9.459/97 com a finalidade de evitar as constantes absolvições que vinham ocorrendo de pessoas que ofendiam outras, através de insultos com forte conteúdo racial ou discriminatório, e escapavam da Lei 7.716/89 (discriminação racial) porque não estavam praticando atos de segregação. Acabam, quando muito, respondendo por injúria - a figura do *caput* deste artigo - quando eram absolvidas por dizerem que estava apenas expondo sua opinião acerca de determinado assunto. Assim, aquele que, atualmente, dirige-se a uma pessoa de determinada raça, insultando-a com argumentos ou palavras de conteúdo pejorativo, responderá por injúria racial, não podendo alegar que houve uma injúria simples, nem tampouco uma mera exposição do pensamento (como dizer que todo “judeu é corrupto” ou que “negros são desonestos”), uma vez que há limite para tal liberdade. Não se pode acolher a liberdade que fira direito alheio, que é, no caso, o direito à honra subjetiva. Do mesmo modo, quem simplesmente dirigir a terceiro palavras referentes a “raça”, “cor”, “etnia”, “religião”, ou “origem”, com o intuito de ofender, responderá por injúria racial ou qualificada. (Código Penal comentado. 11ª ed. rev., atual. e ampl. - São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, pág. 714) - grifei.

A autoria, por sua vez, está devidamente caracterizada nos autos.

A vítima C. M. S. B. na fase policial disse que:

[...] estava trabalhando em sua empresa de biscoitos, quando, por volta das 13h, seu marido chegou ao local embriagado, muito alterado, e agrediu fisicamente seu sobrinho, mas sem causar lesão aparente; que em seguida passou a injuriá-la mediante os seguintes dizeres: “negra suja”, “negra imunda”, “negra porca” e “negra vagabunda”; que um funcionário acionou a polícia militar, que quando os policiais chegaram lá, o acusado disse que não poderiam entrar sem mandado; que então autorizou a entrada dos milicianos; que os milicianos entraram e conversaram com o acusado que se recusava a sair do escritório, razão pela qual deram

voz de prisão a ele e conduziram até a Delegacia; que o réu é usuário de drogas (maconha, crack e cocaína) e também ingere bebida alcoólica com frequência, quando fica muito agressivo; que já registrou outros boletins de ocorrência contra seu marido, todos por injúria; que o funcionário Fernando presenciou os fatos (fl. 6).

A vítima não foi encontrada para prestar depoimento na fase judicial, porém as testemunhas e o informante confirmam sua versão.

O informante Fernando Rodrigues de Souza, em juízo (mídia da fl. 184), relatou que o acusado chegou ao local alcoolizado e já ofendendo a vítima; que ouviu ele proferindo as expressões narradas na denúncia, tais como “negra suja”, “negra porca”; que o réu repetiu várias vezes essas expressões.

Na fase policial (fl. 3), o miliciano Marcelo Cavilha narrou que foram acionados para atender ocorrência de violência doméstica e chegando ao local sua entrada foi autorizada pela vítima; que a vítima relatou que o acusado, seu marido, havia chegado ao local bêbado, desferido um tapa no rosto de seu sobrinho e passado a injuriá-la ao proferir os impropérios “negra suja, negra imunda, negra porca e filha da puta...”; que diante dos fatos foi dada voz de prisão ao réu, que resistiu.

Em juízo, Marcelo Cavilha (mídia da fl. 120) confirmou a versão da fase policial e relatou que o réu proferiu de injúrias em frente à guarnição, tais como negra porca, negra fedida, razão pela qual o réu foi preso em flagrante.

O policial militar Claudinei Descastanher, em juízo (mídia da fl. 142), também confirmou a sua versão da fase policial e contou que se recorda que a vítima relatou as injúrias, mas não que presenciou essas injúrias sendo proferidas, somente o acusado a chamando de “minha nega”, sem *animus injuriandi*; que diante dos fatos foi dada voz de prisão ao acusado.

Ressalta-se que a utilização de expressão carinhosa pelo acusado após a chegada da polícia militar não descaracteriza o dolo no momento em que proferiu os impropérios em face da vítima, até porque neste momento havia a presença da polícia e o receio de ser preso.

As provas dos autos, acima citadas, demonstram que o réu-apelante, após adentrar ao estabelecimento onde estava a vítima, discutiu com esta e, com *animus injuriandi*, proferiu palavras injuriosas como “negra vagabunda”, “negra porca”, “negra imunda”, “negra suja”.

Sobre o assunto, já decidiu este Egrégio Tribunal de Justiça:

APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME CONTRA A HONRA. INJÚRIA QUALIFICADA EM DECORRÊNCIA DE DISCRIMINAÇÃO RACIAL CONTRA FUNCIONÁRIO PÚBLICO NO EXERCÍCIO DE SUAS FUNÇÕES (ART. 140, § 3º, C/C ART. 141, II, AMBOS DO CÓDIGO PENAL). SENTENÇA CONDENATÓRIA. PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO POR AUSÊNCIA PROBATÓRIA. IMPOSSIBILIDADE. MATERIALIDADE E AUTORIA DEMONSTRADAS. DEPOIMENTO DA VÍTIMA E DE TESTEMUNHAS QUE COMPROVA OS FATOS. ABSOLVIÇÃO INVIÁVEL. DOSIMETRIA DA PENA. INEXISTÊNCIA DE DIREITO SUBJETIVO À PENA MÍNIMA. PENA-BASE MAJORADA EM DECORRÊNCIA DA PERSONALIDADE, MOTIVOS, CIRCUNSTÂNCIAS E CONSEQUÊNCIAS NEGATIVAS. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA NO QUE TANGE AOS DOIS PRIMEIROS VETORES. AJUSTE QUE SE IMPÕE. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA DO ESTADO, EM SUA FORMA SUPERVENIENTE. PRAZO PRESCRICIONAL QUE SE REGULA PELA PENA APLICADA. LAPSO TEMPORAL SUPERIOR A QUATRO ANOS ENTRE O RECEBIMENTO DA DENÚNCIA E A PUBLICAÇÃO DA SENTENÇA CONDENATÓRIA. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE. RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO. (TJSC, Apelação n. 0001418-94.2007.8.24.0159, de Armazém, rel. Des. Cinthia Beatriz da Silva Bittencourt Schaefer, Quarta Câmara Criminal, j. 14-01-2016).

APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME DE INJÚRIA QUALIFICADA POR PRECONCEITO CONTRA RAÇA E COR (ART. 140, § 3º, DO CP). MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS. DEPOIMENTO DA VÍTIMA QUE ENCONTRA SUPORTE NO DEPOIMENTO DE TESTEMUNHA PRESENCIAL. USO DE PALAVRAS DEPRECIATIVAS PARA OFENDER A HONRA SUBJETIVA DA VÍTIMA. CIRCUNSTÂNCIAS DO FATO QUE INDICAM QUE A RÉ AGIU COM DOLO. ALEGAÇÃO DA EXISTÊNCIA DE RETRATAÇÃO, A QUAL NÃO É ADMITIDA NOS CRIMES DE INJÚRIA (ART. 143 DO CP). CONDENAÇÃO MANTIDA. DOSIMETRIA. PENA ELEVADA NA FASE DO ART. 59 DO CP (CULPABILIDADE, MOTIVOS E CONSEQUÊNCIAS DO CRIME). MOTIVAÇÃO INIDÔNEA. REDUÇÃO DA PENA QUE SE IMPÕE. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO PARCIALMENTE. (Apelação Criminal n. 2014.046378-6, rel. Des. Volnei Celso Tomazini, j. 14.10.2014).

APELAÇÃO CRIMINAL. RECURSO SOMENTE DO RÉU CONDENADO PELO CRIME DE INJÚRIA QUALIFICADA POR PRECONCEITO DE RAÇA E COR, PRATICADO COM VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA MULHER (ART. 140, § 3º DO CÓDIGO PENAL C/C LEI N. 11.340/2006). SENTENÇA CONDENATÓRIA. RECURSO DEFENSIVO. ABSOLVIÇÃO POR INSUFICIÊNCIA DE PROVAS. INVIABILIDADE. MATERIALIDADE E AUTORIA DELITIVAS DEVIDAMENTE COMPROVADAS POR MEIO DE DEPOIMENTOS COERENTES E UNÍSSONOS DA VÍTIMA E DA INFORMANTE. COMPROVAÇÃO DE QUE O RÉU PROFERIU EXPRESSÃO INJURIOSA E COM CONTEÚDO DISCRIMINATÓRIO CONTRA A VÍTIMA. DOLO DEMONSTRADO. MANUTENÇÃO DA CONDENAÇÃO QUE SE IMPÕE. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. (TJSC, Apelação Criminal n. 2012.040070-2, de Criciúma, rel. Des. Marli Mosimann Vargas, j. 18-12-2012).

Diante de todos estes elementos há que se acolher a tese do representante do Ministério Público, não havendo que se falar em ausência de dolo por ter sido proferidas no calor de discussão, pois plenamente demonstrados a autoria e o dolo na prática do injusto penal, razão pela qual a reforma da sentença e condenação do acusado é medida que se impõe.

Passa-se a dosimetria penal:

Analisando os vetores descritos no art. 59 do Código Penal, destaca-se que a culpabilidade do réu é normal à espécie; o réu não registra antecedentes; a conduta pessoal e a personalidade do agente não foram apuradas; os motivos são inerentes ao tipo penal; as circunstâncias e as consequências do crime também são normais à espécie; e o comportamento da vítima em nada contribuiu para a prática do ilícito.

Diante disso, a pena-base deve ser fixada em seu mínimo legal de 1 (um) ano de reclusão e o pagamento de 10 (dez) dias-multa.

Pertinente a segunda fase dosimétrica, incide a agravante do art. 61, II, “e”, do Código Penal, majorando-se a pena de 1 (um) ano e 2 (dois) meses de reclusão e o pagamento de 11 (onze) dias-multa.

Na derradeira etapa, ausentes causas de aumento ou de diminuição, razão pela qual a pena é definitivamente fixada em 1 (um) ano e 2 (dois) meses de reclusão e o pagamento de 11 (onze) dias-multa, com o valor do dia-multa fixado no mínimo legal.

Assim, a pena privativa de liberdade deve ser cumprida no regime aberto, nos termos do artigo 33, § 2º, “c”, do Código Penal.

No tocante a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, a Lei 11.340/06, nominada como Lei Maria da Penha, que trata sobre os delitos praticados com violência familiar e/ou doméstica contra a mulher, é taxativa ao proibir a substituição de pena que implique o pagamento de cesta básica, outras de prestação pecuniária ou multa:

É o que determina o art. 17 da Lei n. 11.340/06:

É vedada a aplicação, nos casos de violência doméstica e familiar contra a mulher, de penas de cesta básica ou outras de prestação pecuniária, bem como a substituição de pena que implique o pagamento isolado de multa.

O legislador teve o objetivo de vedar que qualquer pena de caráter pecuniário substituísse a pena privativa de liberdade, a fim de não estimular o pensamento de que haveria a troca da agressão pelo pagamento de determinado valor ou a doação de cestas básicas.

Esta é a doutrina de Guilherme de Souza Nucci:

Prestação pecuniária: é a pena restritiva de direito prevista no art. 45 § 1º, do Código Penal. Consiste em pagar uma quantia em dinheiro à vítima ou seus dependentes, ou na falta, a entidades assistenciais, variável de 1 a 360 salários-mínimos. Esta é vedada – e corretamente – a fixação desse tipo de pena, quando houver agressão à mulher. Não se pode estimular o pagamento em dinheiro em troca de agressões de toda ordem contra a mulher em casos de violência doméstica ou familiar (Leis Penais e Processuais Penais Comentadas. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2010, p. 1275).

Este é o entendimento deste Tribunal:

LESÃO CORPORAL QUALIFICADA (ART. 129, § 9º, CÓDIGO PENAL). PRELIMINAR. ARGUIDA NULIDADE ABSOLUTA, AO ARGUMENTO DE INAPLICABILIDADE DA LEI N. 11.340/06. RELAÇÕES DE PARENTESCO E DE CONVIVÊNCIA INEQUÍVOCAS. DESNECESSIDADE DE COABITAÇÃO PARA INCIDÊNCIA DA LEI MARIA DA PENHA. MÉRITO. MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS. AGENTE QUE, COM VONTADE LIVRE E CONSCIENTE, AGRIDE IRMÃ. VERSÃO DA VÍTIMA CORROBORADA POR ROBUSTOS INDÍCIOS. DESCLASSIFICAÇÃO PARA LESÕES CORPORAIS CULPOSAS INVIÁVEL. CONDENAÇÃO MANTIDA. INADMISSIBILIDADE DE FIXAÇÃO DE PENA DE MULTA OU PRESTAÇÃO PECUNIÁRIA EM SEDE DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA OU FAMILIAR, CONSOANTE ART. 17 DA LEI N.

11.340/06. MODIFICAÇÃO, DE OFÍCIO, DA PENA RESTRITIVA DE DIREITO PARA LIMITAÇÃO DE FIM DE SEMANA. (Apelação Criminal n. 2011.038586-1, de Balneário Camboriú, rel. Des. Irineu João da Silva).

APELAÇÃO CRIMINAL. LESÃO CORPORAL. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA. PLEITO ABSOLUTÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. MATERIALIDADE E AUTORIA PLENAMENTE EVIDENCIADAS PELAS PALAVRAS DA VÍTIMA E TESTEMUNHA, EM PERFEITA CONSONÂNCIA COM OS DEMAIS ELEMENTOS PROBATÓRIOS. DESCLASSIFICAÇÃO PARA LESÃO CORPORAL CULPOSA. AFASTAMENTO. DOLO EVIDENCIADO. SUBSTITUIÇÃO DA REPRIMENDA POR PENA DE MULTA. INVIABILIDADE. VEDAÇÃO LEGAL. RECURSO DESPROVIDO. (Apelação Criminal n. 2011.049255-1, de São João Batista, rel. Des. José Everaldo Silva).

Assim, entende esta Magistrada que, em havendo violência doméstica e/ou familiar contra a mulher, ainda que moral, não há possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

No entanto, estão presentes os requisitos necessários à suspensão da execução da pena prevista no artigo 77 do Código Penal, razão pela qual mostra-se plausível a suspensão da pena pelo prazo de 2 anos:

Art. 77 - A execução da pena privativa de liberdade, não superior a 2 (dois) anos, poderá ser suspensa, por 2 (dois) a 4 (quatro) anos, desde que: I - o condenado não seja reincidente em crime doloso; II - a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias autorizem a concessão do benefício; III - Não seja indicada ou cabível a substituição prevista no art. 44 deste Código.

Estes são os precedentes deste Tribunal:

APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME DE AMEAÇA, COM VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E/OU FAMILIAR, NA FORMA CONTINUADA

[ART. 147, C/C ART. 71, AMBOS DO CÓDIGO PENAL]. CONDENAÇÃO EM PRIMEIRO GRAU. [...]. SUBSTITUIÇÃO DA PENA POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. DELITO PRATICADO COM VIOLÊNCIA E GRAVE AMEAÇA. SUSPENSÃO CONDICIONAL DA PENA, ENTRETANTO, POSSÍVEL. REQUISITOS DO ART. 77 DO CÓDIGO PENAL PRESENTES. BENEFÍCIO CONCEDIDO DE OFÍCIO. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. (TJSC, Apelação Criminal n. 2013.054022-9, de Itajaí, rel. Des. Cinthia Beatriz da Silva Bittencourt Schaefer, j. 12-11-2013).

APELAÇÃO CRIMINAL. LESÕES CORPORAIS MEDIANTE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA (CP, ART. 129, § 9º) E AMEAÇA (CP, ART. 147). SENTENÇA CONDENATÓRIA. RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO RESTRITO À DOSIMETRIA DA PENA. PRIMEIRA FASE DA DOSIMETRIA. MAJORAÇÃO DAS PENAS DE AMBOS OS CRIMES. CONDUTA DESFAVORÁVEL DO APELADO E GRAVES CONSEQUÊNCIAS DOS DELITOS. AFASTADA A SUBSTITUIÇÃO DA PENA POR RESTRITIVA DE DIREITOS. VEDAÇÃO LEGAL (CP, ART. 44, I). CONCESSÃO DO SURSIS (CP, ART. 77), PELO PRAZO DE 2 (DOIS) ANOS, MEDIANTE DETERMINADAS CONDIÇÕES. MEDIDA MAIS RIGOROSA E SUBSIDIÁRIA À SUBSTITUIÇÃO DA PENA. EXTENSÃO DO PRAZO DE VIGÊNCIA DAS MEDIDAS PROTETIVAS DE URGÊNCIA DEFERIDAS NA SENTENÇA PELO PERÍODO DA SUSPENSÃO CONDICIONAL DA PENA. PREDISPOSIÇÃO DO APELADO À DESOBEDIÊNCIA. SENTENÇA PARCIALMENTE REFORMADA. - [...]. - É vedada a substituição da pena nos crimes praticados com violência ou grave ameaça à pessoa (CP, art. 44, I). - A doutrina e jurisprudência reconhecem que a suspensão condicional da pena é medida mais rigorosa e subsidiária à substituição da pena por restritiva de direitos. Assim, não sendo cabível a substituição da pena, impõe-se a análise da concessão do *sursis*. - Considerando que o apelado já descumpriu anterior decisão judicial de proibição de manter contato com a vítima, demonstrando sua predisposição à desobediência, impõe-se a extensão do prazo de vigência das medidas protetivas de urgência

deferidas na sentença pelo período da suspensão condicional da pena.
- Parecer da PGJ pelo conhecimento e parcial provimento do recurso. -
Recurso conhecido e parcialmente provido. (TJSC, Apelação Criminal
n. 2011.092632-0, de Coronel Freitas, rel. Des. Carlos Alberto Civinski,
j. 25-09-2012).

Observando a pena aplicada, constata-se que ocorreu o lapso necessário para caracterização da prescrição da pretensão punitiva do Estado, impondo-se a extinção da punibilidade do réu.

Ressalta-se que, operada a prescrição e sendo ela matéria de ordem pública, imperioso seu reconhecimento de ofício como estabelece o artigo 61 do Código de Processo Penal: “Art. 61. Em qualquer fase do processo, o juiz, se reconhecer extinta a punibilidade, deverá declará-lo de ofício.”

Assim, considerando-se a pena foi fixada em 01 (um) ano e 02 (dois) meses de reclusão, o prazo prescricional é de 04 (quatro) anos, nos termos do que dispõe o artigo 109, inciso V, do Código Penal:

Art. 109. A prescrição, antes de transitar em julgado a sentença final, salvo o disposto no § 1º do art. 110 deste Código, regula-se pelo máximo da pena privativa de liberdade cominada ao crime, verificando-se: [...] V - em quatro anos, se o máximo da pena é igual a um ano ou, sendo superior, não excede a dois.

Observa-se que, entre o recebimento da denúncia [12/03/2013] e a presente data, transcorreram mais de quatro anos, lembrando que a sentença absolutória de primeiro grau não interrompe a prescrição.

Assim, não há dúvidas de que há necessidade da declaração da extinção da punibilidade do réu apelado.

Esta é a jurisprudência deste egrégio Tribunal:

APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME CONTRA A ASSISTÊNCIA FAMILIAR. ABANDONO MATERIAL. ART. 244, “CAPUT”,

DO CÓDIGO PENAL. RÉU QUE DEIXA DE QUITAR INTEGRALMENTE AS PRESTAÇÕES DA PENSÃO ALIMENTÍCIA DEVIDAS AO FILHO MENOR. SENTENÇA ABSOLUTÓRIA. RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. PRESCRIÇÃO IN ABSTRATO LEVANTADA PELA DEFESA NÃO EFETIVADA. MÉRITO. PLEITO PELA CONDENAÇÃO DO RÉU. POSSIBILIDADE. MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. RÉU QUE DEVE COMPROVAR A JUSTA CAUSA PARA DEIXAR DE PAGAR OS ALIMENTOS. AUSÊNCIA DESTA COMPROVAÇÃO. DOLO ESPECÍFICO QUE SE VERIFICA PRESENTE. CONDENAÇÃO QUE SE IMPÕE. DOSIMETRIA REALIZADA. QUANTUM APLICADO EM UM ANO E DOIS MESES DE DETENÇÃO E PAGAMENTO DA MULTA NO VALOR DE UM SALÁRIO MÍNIMO. FIXAÇÃO DO REGIME INICIAL ABERTO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. DECRETAÇÃO, DE OFÍCIO, DA EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE DO RÉU, FACE O RECONHECIMENTO DA PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA DO ESTADO, EM SUA FORMA RETROATIVA. LAPSO TEMPORAL QUE ULTRAPASSOU QUATRO ANOS DESDE O RECEBIMENTO DA DENÚNCIA ATÉ A DATA DESTA JULGAMENTO. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. (TJSC, Apelação Criminal n. 2015.030909-0, de Itá, rel. Des. Cinthia Beatriz da S. Bittencourt Schaefer, Quarta Câmara Criminal, j. 10-12-2015) – grifei.

2. Do recurso da defesa

Por fim, a defesa requer a fixação da verba honorária ao defensor dativo, pela atuação em todo o processo, inclusive na fase recursal, visto que a verba não foi fixada em sentença de primeiro grau.

Assiste razão a defesa.

Isso porque o defensor foi nomeado à fl. 102 para defender os interesses do acusado a partir da resposta à acusação, mas a sentença de primeiro grau não fixou a devida remuneração.

A omissão da sentença a quo deve ser corrigida por este Tribunal.

No tocante ao valor, a Seção Criminal do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, na sessão realizada no dia 27-3-2013, discutiu sobre os honorários advocatícios dos defensores e a declaração de inconstitucionalidade da Lei Complementar 155/97, e chegou à seguinte conclusão:

Sendo assim, considerando (a) a mencionada decisão do Supremo Tribunal Federal, que declarou inconstitucional o art. 104 da Constituição do Estado de Santa Catarina e a Lei Complementar Estadual n. 155/97, (b) a superação do interstício estabelecido para a produção de efeitos, (c) a incapacidade momentânea de a Defensoria Pública de Santa Catarina de suprir a demanda por defensores dativos, (d) a obrigação dos advogados de prestar assistência judiciária aos necessitados, (e) o seu direito a justa remuneração, e (f) o caráter meramente orientador da Tabela de honorários da OAB/SC, entende-se pertinente, enquanto não for possível o atendimento pela Defensoria Pública de Santa Catarina, a nomeação de advogado para atuar como defensor dativo, cuja verba honorária deverá ser fixada de forma equitativa, nos moldes do art. 20, §4º, do Código de Processo Civil c/c o art. 3º do Código de Processo Penal.

Portanto, a fixação dos honorários ao defensor nomeado não deve necessariamente coincidir com a tabela de honorários divulgada pela OAB/SC, isto é, não há o Judiciário, ao assentar em prol do profissional nomeado a remuneração a ser custeada pelo Estado, de se ater aos exatos valores dispostos nas Resoluções do Conselho Seccional, até porque são eles destinados a contratações de serviços advocatícios.

No mesmo sentido são os demais precedentes dos órgãos colegiados desta Corte:

APELAÇÃO CRIMINAL. FURTO TENTADO. MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS. CONDENAÇÃO ACERTADA. TENTATIVA. ATENÇÃO AO ITER CRIMINIS PERCORRIDO E À PROXIMIDADE DA CONSUMAÇÃO. FRAÇÃO DE 1/3 (UM TERÇO) ADEQUADA À HIPÓTESE. [...] PRETENDIDA A

FIXAÇÃO DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS DE ACORDO COM A TABELA DA OAB. NÃO CABIMENTO. ARBITRAMENTO QUE DEVE SER FEITO DE ACORDO COM O PARÂMETRO FIXADO PELA JURISPRUDÊNCIA DESTA CORTE. VERBA, ADEMAIS, JÁ CONCEDIDA NA SENTENÇA EM MONTANTE ADEQUADO. PEDIDO INDEFERIDO. Considerando o caráter orientador da tabela de honorários da OAB/SC e duvidosa a capacidade do Estado de suportá-los, a remuneração do defensor dativo deve ser fixada de forma equitativa, nos moldes do art. 20, §§ 3º e 4º, do Código de Processo Civil. NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO. (TJSC, Apelação Criminal (Réu Preso) n. 2015.070980-5, de Balneário Camboriú, rel. Des. Moacyr de Moraes Lima Filho, j. 17-11-2015). - grifei.

PENAL. PROCESSUAL PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME CONTRA O PATRIMÔNIO. RECEPÇÃO (CP, ART. 180, *CAPUT*). SENTENÇA CONDENATÓRIA. RECURSO DA DEFESA. PEDIDO DE COMPENSAÇÃO ENTRE A AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA E AS ATENUANTES DA MENORIDADE RELATIVA E CONFISSÃO ESPONTÂNEA. PREPONDERÂNCIA DA MENORIDADE RELATIVA SOBRE A REINCIDÊNCIA. INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 67 DO CÓDIGO PENAL. INCIDÊNCIA, AINDA, DA ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA. ADEQUAÇÃO DA PENAPARA O MÍNIMO LEGAL. PEDIDO DE FIXAÇÃO DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS EM CONSONÂNCIA COM A TABELA BÁSICA DE HONORÁRIOS DA OAB/SC. IMPOSSIBILIDADE. APLICAÇÃO DO DISPOSTO NA LEI COMPLEMENTAR ESTADUAL 155/1997. VERBA FIXADA ADEQUADAMENTE. PREQUESTIONAMENTO DA LEI 8.906/1994. DESNECESSIDADE. SENTENÇA PARCIALMENTE REFORMADA. [...] - A tabela de honorários advocatícios da OAB disciplina, de modo apenas sugestivo, e não obrigatório, os honorários a serem cobrados pelo advogado contratado pela parte. A referida tabela não possui o condão de vincular o Juízo na delimitação da verba honorária a ser arbitrada para o caso de nomeação de defensor dativo. [...] (TJSC, Apelação Criminal n. 2015.051489-7, de Araranguá, rel. Des. Carlos

Alberto Civinski, j. 06-10-2015). - grifei.

APELAÇÃO CRIMINAL. ROUBO CIRCUNSTANCIADO PELO CONCURSO DE PESSOAS (ARTIGO 157, § 2º, INCISO II, DO CÓDIGO PENAL). CORRUPÇÃO DE MENORES (ART. 244-B DA LEI N. 8.069/90). RÉU E ADOLESCENTE QUE, MEDIANTE GRAVE AMEAÇA E EMPREGO DE VIOLÊNCIA, SUBTRAÍRAM UM NOTEBOOK E R\$ 500,00 (QUINHENTOS REAIS) DE ESTABELECIMENTO COMERCIAL. SENTENÇA CONDENATÓRIA. RECURSO DEFENSIVO. [...] SENTENÇA MANTIDA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS DO DEFENSOR DATIVO. IMPOSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DA TABELA DA OAB. FIXAÇÃO DE HONORÁRIOS EM CONSONÂNCIA COM A MAIS RECENTE MANIFESTAÇÃO DA SEÇÃO CRIMINAL DESTA CORTE. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. (TJSC, Apelação Criminal (Réu Preso) n. 2015.042269-7, de Tangará, rel. Des. Volnei Celso Tomazini, j. 29-09-2015).

Nestes termos, nos moldes do artigo 85, §§ 2º e 8º, do CPC c/c artigo 3º do CPP e a Deliberação n. 01/2013 da Seção Criminal desta egrégia Corte, considerado o tempo e trabalho presumivelmente despendido pelo profissional, os honorários devem ser fixados ao defensor nomeado pela atuação em primeiro grau no valor de R\$ 1.500,00 (um mil e quinhentos reais).

No tocante aos honorários da fase recursal, o artigo 85, § 11º, do CPC de 2015 disciplina que:

[...] O tribunal, ao julgar recurso, majorará os honorários fixados anteriormente levando em conta o trabalho adicional realizado em grau recursal, observando, conforme o caso, o disposto nos §§ 2º a 6º, sendo vedado ao tribunal, no cômputo geral da fixação de honorários devidos ao advogado do vencedor, ultrapassar os respectivos limites estabelecidos nos §§ 2º e 3º para a fase de conhecimento.

No caso, é possível a aplicação deste dispositivo, porquanto o

recurso interposto pelo acusado decorre de decisão com data posterior à entrada em vigência da referida norma [18-3-2016], nos termos da orientação do Superior Tribunal de Justiça, que em seu Enunciado Administrativo n. 7, disciplinou:

Somente nos recursos interpostos contra decisão publicada a partir de 18 de março de 2016, será possível o arbitramento de honorários sucumbenciais recursais, na forma do art. 85, § 11º, do novo CPC.

Nesses termos, nos termos dos critérios estabelecidos pelo art. 85 do CPC de 2015, majora-se a verba honorária pela atuação esfera recursal em R\$ 626,00 (seiscentos e vinte e seis reais), montante que se mostra adequado considerando a atuação concreta do causídico.

3 – Do dispositivo

Ante o exposto, voto no sentido de:

a) conhecer do recurso da acusação e dar-lhe provimento para condenar o réu ao cumprimento da pena de 1 (um) ano e 2 (dois) meses de reclusão, no regime aberto, e o pagamento de 11 (onze) dias-multa, suspenso seu cumprimento pelo prazo de 02 (dois) anos, nos termos do artigo 77 do Código Penal, por infração ao delito do art. 140, § 3º, do Código Penal;

b) de ofício, reconhecer a prescrição da pretensão punitiva do Estado e decretar a extinção da punibilidade do acusado;

c) conhecer do recurso da defesa e negar-lhe provimento;

d) fixar os honorários ao defensor nomeado pela atuação em primeiro grau no valor de R\$ 1.500,00 (um mil e quinhentos reais) e majorar a verba honorária pela atuação esfera recursal em R\$ 626,00 (seiscentos e vinte e seis reais).

Este é o voto.

Apelação Criminal n. 0001608-53.2016.8.24.0026, de Guaramirim

Relator: Desembargador Luiz Neri Oliveira de Souza

APELAÇÃO CRIMINAL. CRIMES DE ROUBO TENTADO QUALIFICADO PELO EMPREGO DE ARMA, CONCURSO DE AGENTES E RESTRIÇÃO À LIBERDADE DA VÍTIMA (ART. 157, §2º, INCS. I, II E V C/C ART. 14, INC. II, DO CÓDIGO PENAL) E RECEPÇÃO DOLOSA (ART. 180, *CAPUT*, DO CÓDIGO PENAL). SENTENÇA CONDENATÓRIA. RECURSO DA DEFESA. PLEITO QUE VISA À ABSOLVIÇÃO DO CRIME DE RECEPÇÃO DOLOSA. IMPOSSIBILIDADE. MATERIALIDADE E AUTORIA DEVIDAMENTE COMPROVADAS. ACERVO PROBATÓRIO NO SENTIDO QUE O APELANTE CONDUZIU VEÍCULO COM REGISTRO DE FURTO/ROUBO. APREENSÃO DO AUTOMÓVEL EM PODER DO ACUSADO APÓS PERPETRAÇÃO DE NOVO CRIME. VERSÃO APRESENTADA POR ESTE ACERCA DA POSSE DO BEM QUE NÃO ENCONTRA RESPALDO NO ACERVO PROBATÓRIO. ENCARGO QUE LHE INCUMBIA DIANTE DA INVERSÃO DO ÔNUS PROBATÓRIO. CIRCUNSTÂNCIAS QUE EVIDENCIAM A CIÊNCIA DA ORIGEM ILÍCITA. DOLO EVIDENCIADO. TIPICIDADE CARACTERIZADA. RECURSO NÃO PROVIDO.

Resulta devidamente configurado o dolo do crime de receptação quando o agente é flagrado na posse de veículo oriundo de crime e às circunstâncias da apreensão demonstram a ciência inequívoca deste acerca da origem espúria do bem.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n. 0001608-53.2016.8.24.0026, da comarca de Guaramirim 2ª Vara em que é Apelante Marcelo de Novais e Apelado Ministério Público do Estado de Santa Catarina.

A Quinta Câmara Criminal decidiu, por unanimidade, negar

provimento ao recurso.

O julgamento, realizado nesta data, foi presidido pela Exma. Sra. Desembargadora Cinthia Beatriz da Silva B. Schaefer, com voto, e dele participou o Exmo. Sr. Desembargador Luiz César Schweitzer.

Florianópolis, 07 de dezembro de 2017.

Luiz Neri Oliveira de Souza
Relator

RELATÓRIO

Marcelo de Novais interpôs apelação criminal por intermédio de defensor constituído (fls. 340 e 345/348) inconformado com a sentença penal condenatória proferida pela Juíza de Direito da 2ª Vara Criminal da Comarca de Guaramirim à qual julgou parcialmente procedente a denúncia de fls. 1/3 condenando-o à pena de 05 (cinco) anos, 04 (quatro) meses e 26 (vinte e seis) dias de reclusão, em regime inicialmente semiaberto, além do pagamento de 20 (vinte) dias-multa, no valor, cada qual, de 1/30 do salário-mínimo vigente ao tempo do fato, por infração ao disposto no art. 157, §2º, incs. I, II e V c/c art. 14, inc. II, e art. 65, inc. III, alínea “d”, bem como no art. 180, *caput*, todos do Código Penal (fls. 313/327).

Em suas razões recursais o apelante postula a absolvição quando ao crime de receptação imputado, argumentando que não tinha conhecimento acerca da procedência ilícita do veículo, assim como não há prova que o tenha transportado para ensejar a sua condenação (fls. 345/348).

Em contrarrazões, o Ministério Público manifestou-se pela manutenção da decisão atacada (fls. 352/360).

A Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer lavrado pela

Excelentíssima Procuradora de Justiça Dra. Sonia Maria Demeda Groisman Piardi manifestou-se pelo conhecimento e desprovemento do recurso (fls. 365/370).

Este é o relatório.

VOTO

Busca o apelante a parcial reforma do decreto condenatório, a fim de ser absolvido da conduta de receptação dolosa, tipificada no art. 180, *caput*, do Código Penal, argumentando que não tinha conhecimento acerca da procedência ilícita do veículo e que inexistem provas de que o tenha transportado.

Sem razões, porém.

Em análise minuciosa dos autos, verifico que a prática do crime de receptação foi imputada ao apelante pela prática do ato de transportar, em proveito próprio ou alheio, coisa que sabe ser produto de crime.

A materialidade delitativa fica comprovada através do auto de exibição e apreensão de fls. 16/17, boletim de ocorrência de fls. 6/13, Laudo Pericial de fls. 92/97, documentos de fls. 99/101 e relatórios de diligências da Polícia Militar de fls. 112/137.

A autoria, de igual forma, deflui das provas constantes nos autos, especialmente pela prova oral angariada ainda na fase inquisitiva e corroborada no transcurso do processo.

O apelante, inicialmente perante a autoridade policial (fl. 30) e posteriormente em Juízo (interrogatório audiovisual de fls. 266/267), negou ter conhecimento acerca da origem ilícita do bem, relatando, em síntese:

[...] que no dia dos fatos, Gildemar foi até a sua residência e solicitou que realizasse um trabalho como motorista de uma Van, pela quantia

de R\$ 500,00 (1'33"). Por volta das 5h40 da manhã saíram da casa dele e se deslocaram até uma residência em Joinville para pegar uma Van (1'40"). Em dado momento, quando se deslocavam no sentido Jaraguá do Sul, Gildemar pediu para parar perto de uma mercearia e Gildemar passou para a parte de trás da Van, abrindo uma mochila contendo um bloqueador de sinal e uma arma de fogo (2'19" – 5'24"). A princípio, se negou a fazer o roubo, mas aderiu a conduta de Gildemar em decorrência da ameaça que sofreu (2'30"); que parou próximo a uma outra Van e Gildemar desceu do carro e foi até a vítima para aborla-la (2'50"). Em seguida, foi seguindo a Van que estava na frente com a vítima e Gildemar, parando em um local ermo. Afirmou que ficou aguardando dentro da Van enquanto Gildemar dava sequência ao assalto na Van de cigarros (4'00"). Quando a Polícia Militar chegou, correu em direção ao mato com medo (4'46"); que nunca fez esse tipo de serviço antes, tanto que não sabia a procedência do veículo (5'45"); que foi procurado por Gildemar somente porque ele é motorista profissional e tem habilitação para dirigir esse tipo de carro (7'26"); que foi ele quem conduziu essa Van de Joinville até Guaramirim, enquanto Gildemar estava no banco do carona (8'56") [...].

Segundo o que consta no auto de apreensão de fls. 16/17, foi apreendido na ocasião dos fatos, dentre outros instrumentos dos crimes, 01 (veículo) Renault/Master Fur L1H1, cor branca, placa EWJ-1462, de Pinhais/PR.

Após realização de exame pericial no veículo acima descrito, o senhor perito concluiu:

Trata-se de um veículo da marca de fabricação RENAULT, modelo MÁSTER, cor BRANCA, apresentando-se, por ocasião dos exames periciais, com as placas de licenciamento EWJ-1462, de PINHAIS/PR. Verificou-se que a placa apresentava a numeração de produção "067PA14" e possuía seu lacre de fixação rompido. Numeração do chassi: [...] examinando-se a área de suporte da referida gravação foram verificados sinais de adulteração fraudulenta por debaste de superfície. [...] Numeração dos vidros: Supressão da gravação original e posterior gravação da sequência fraudulenta "FJ664379" [...] Em consulta ao sistema integrado de veículos do DETRANNET (DETRAN/RENAVAM/

BIN), verificou-se o seguinte: As placas de licenciamento montadas no veículo, de expressão alfanumérica “EWJ-1462” de PINHAIS/PR, estavam cadastradas para o veículo RENAULT MÁSTER de chassi nº 93YMAEJ589471, tratando-se, portanto, de placas frias/falsas (anexo nº 02); A numeração de chassi fraudulenta regravada no veículo, de expressão alfanumérica “93YMAF4L4FJ66379” não possuía registro junto à base de dados / veículo inexistente (anexo nº 03); A numeração de chassi revelada, de expressão alfanumérica “93YMAF4LAFJ664383” era compatível com a numeração de motor do veículo e ambos estavam cadastrados para o automóvel RENAULT MÁSTER de placas QHC-0048, de BLUMENAU/SC, constando no sistema com registro de furto/roubo (anexo nº 04) [...] (fls. 91/101).

Note-se que o apelante Marcelo e o corréu Gilmar, utilizaram o veículo Renault/Máster, modelo Fur L1H1, de cor branca, placa EWJ-1462, de Pinhais/PR na tentativa de roubo de carga ocorrida no dia 10 de agosto de 2016 contra a vítima Carlos Alexandre Proença, no município de Guaramirim.

Dispõe o art. 180, *caput*, do Código Penal, *in verbis*:

Art. 180 - Adquirir, receber, transportar, conduzir ou ocultar, em proveito próprio ou alheio, coisa que sabe ser produto de crime, ou influir para que terceiro, de boa-fé, a adquira, receba ou oculte: Pena - reclusão, de um a quatro anos, e multa.

Na época, Marcelo inicialmente transportou o veículo acima descrito entre as cidades de Joinville e Guaramirim, tendo posteriormente aderido a nova conduta delitiva e participado ativamente do assalto, fatos inclusive confirmados por este nas oportunidades em que foi ouvido.

Nesse ponto, malgrado a negativa do apelante acerca da ciência de ilicitude do veículo em questão, tenho que às provas constantes nos autos comprovam a elementar do tipo penal. Explico.

Sabe-se que a condenação pela prática do crime tipificado no art. 180, *caput*, do Código Penal exige que o agente tenha prévia ciência da

origem criminosa do bem adquirido, recebido, transportado, conduzido ou ocultado, todavia “essa ciência, porque estágio meramente subjetivo do comportamento, é de sutil e difícil comprovação, razão pela qual deve ela ser inferida das demais circunstâncias que lindaram o fato infracional e da própria conduta do Acusado” (Alberto Silva Franco, Código penal e sua interpretação jurisprudencial. 7. ed., Rio de Janeiro: RT, 2001. v. 2, p. 2.960).

No caso, como bem asseverado pelo juízo a quo: “em momento algum o denunciado prestou esclarecimentos concretos acerca do local em que a van se encontrava na cidade de Joinville, também não indicando o possível proprietário do bem, simplesmente se limitando a negar que tinha conhecimento da origem ilegal deste, o que não convence” (fl. 320).

Ora, neste cenário, leia-se, com a comprovação inequívoca da condução de veículo de origem ilícita e apreensão deste após perpetração de nova empreitada criminosa praticada pelo apelante, consoante entendimento jurisprudencial dominante, o ônus da prova se inverte, nos moldes do art. 156 do Código de Processo Penal.

Assim, deve a defesa justificar a ausência de ciência acerca da origem ilícita do bem, o que, *in casu*, buscou-se sustentar tão somente com as declarações do apelante, circunstância que não possui o condão de afastar a responsabilidade criminal pela prática do crime anotado no art. 180, *caput*, do Código Penal.

Nesse sentido, cito precedentes deste Tribunal:

APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO DE DROGAS E RECEPÇÃO (LEI 11.343/06, ART. 33, *CAPUT*, E CP, ART. 180, *CAPUT*). SENTENÇA CONDENATÓRIA. RECURSO DO ACUSADO. [...] 2. **APREENSÃO DE AUTOMÓVEL COM REGISTRO DE ROUBO EM PODER DO ACUSADO. CIRCUNSTÂNCIAS DO TRANSPORTE QUE EVIDENCIAM A CIÊNCIA DA ORIGEM ILÍCITA. TIPICIDADE CARACTERIZADA.** [...] 2. O recebimento de automóvel proveniente de roubo, desacompanhado de documento

comprobatório e de explicações verossímeis sobre suas circunstâncias e quem o entregara, é evidência da ciência do agente acerca da sua origem ilícita e caracteriza a prática delitiva de receptação dolosa. [...] RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO. (Apelação Criminal n. 0006186-09.2016.8.24.0075, de Tubarão, rel. Des. Sérgio Rizelo, Segunda Câmara Criminal, j. 27-06-2017 - grifado).

PENAL. PROCESSUAL PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. CRIMES CONTRA O PATRIMÔNIO E CONTRA A FÉ PÚBLICA. RECEPTAÇÃO SIMPLES (CP, ART. 180, *CAPUT*) E ADULTERAÇÃO DE SINAL IDENTIFICADOR DE VEÍCULO AUTOMOTOR (CP, ART. 311). SENTENÇA CONDENATÓRIA. RECURSO DA DEFESA. [...] **RECEPTAÇÃO SIMPLES. MATERIALIDADE NÃO IMPUGNADA. PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO EM VIRTUDE DA INSUFICIÊNCIA PROBATÓRIA NO QUE TANGE À AUTORIA DELITIVA E AO ELEMENTO SUBJETIVO DO TIPO. INVIABILIDADE. DEPOIMENTOS DOS POLICIAIS RESPONSÁVEIS PELO ATENDIMENTO DA OCORRÊNCIA QUE COMPROVAM A PRÁTICA DO ILÍCITO PELO APELANTE. VERSÃO APRESENTADA POR ESTE ACERCA DA POSSE DO BEM RECEPTADO QUE NÃO ENCONTRA RESPALDO NO ACERVO PROBATÓRIO. ENCARGO QUE LHE INCUMBIA DIANTE DA INVERSÃO DO ÔNUS PROBATÓRIO. DOLO EVIDENCIADO. PLENA CIÊNCIA DA ORIGEM ESPÚRIA DO BEM.** ADULTERAÇÃO DE SINAL IDENTIFICADOR DE VEÍCULO AUTOMOTOR. MATERIALIDADE NÃO IMPUGNADA. PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO POR INSUFICIÊNCIA PROBATÓRIA PERTINENTE À AUTORIA DELITIVA. INVIABILIDADE. APELANTE ENCONTRADO NA POSSE DO VEÍCULO COM O EMPLACAMENTO ADULTERADO SEM NENHUMA JUSTIFICATIVA EXIMENTE PARA TANTO. [...] SENTENÇA PARCIALMENTE REFORMADA. [...] Resulta devidamente caracterizado o dolo no crime de receptação quando o agente é flagrado na posse de veículo automotor oriundo de crime contra o patrimônio perpetrado anteriormente, bem como pelo fato deste encontrar-se com as placas de identificação adulteradas, sem nenhuma prova que esta decorreu de forma lícita, encargo que lhe incumbia, diante

da inversão do ônus probatório. [...] (Apelação Criminal n. 0002454-13.2016.8.24.0045, de Palhoça, rel. Des. Carlos Alberto Civinski, Primeira Câmara Criminal, j. 22-11-2016 - grifado).

APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME CONTRA O PATRIMÔNIO. RECEPÇÃO DOLOSA (ART. 180, CAPUT, DO CÓDIGO PENAL). RECURSO DA DEFESA. PLEITO QUE VISA À ABSOLVIÇÃO OU À DESCLASSIFICAÇÃO PARA A MODALIDADE CULPOSA. INSUBSISTÊNCIA. MATERIALIDADE E AUTORIA DEVIDAMENTE COMPROVADAS. DEPOIMENTOS UNÍSSONOS NO SENTIDO DE QUE O RÉU, RESPONSÁVEL PELO TRANSPORTE DO OBJETO DE ORIGEM ESPÚRIA, FORA FLAGRADO NA POSSE DO BEM. PARTICIPAÇÃO DO ACUSADO NA EMPREITADA CRIMINOSA INCONTESTE. DOLO EVIDENCIADO. ERRO DE TIPO INAPLICÁVEL NA HIPÓTESE. CONDENAÇÃO MANTIDA. [...] RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. 1. Impossível a absolvição ou a desclassificação do ilícito para a modalidade culposa, quando os elementos contidos nos autos, corroborados pelas declarações firmes e coerentes das testemunhas arroladas nos autos, demonstram que o réu, ciente da origem ilícita do objeto, realiza o transporte do mesmo. [...] (Apelação Criminal n. 2014.022287-4, de Brusque, rel. Des. Paulo Roberto Sartorato, Primeira Câmara Criminal, j. 24-06-2014 – grifo nosso).

Não bastasse isso, ciente do cenário em que os fatos ocorreram – acusado que em concurso com outro agente desloca-se, durante o início da madrugada, da cidade de Joinville para Guaramirim, em um veículo oriundo de furto, com placa, chassi e demais sinais identificadores adulterados, e lá chegando iniciam a prática de crime de roubo qualificado pelo emprego de arma, visando subtrair carga de cigarros da empresa “Souza Cruz” – mostra-se temerário crer na versão apresentada pelo acusado (auto de apreensão de fls. 16/17, laudo pericial de fls. 91/101 e depoimento judicial da vítima Gildemar Sérgio Gil de fl. 277).

Deste modo, voto pelo conhecimento e desprovimento do apelo.

Este é o voto.

PRIMEIRO GRAU

SENTENÇAS

Autos nº 0322185.40.2016.8.24.0038

Vistos etc.

JOMELF ADMINISTRAÇÃO, PARTICIPAÇÃO E ASSESSORIA LTDA, pessoa jurídica de direito privado, estabelecida na rua Rua Marechal Floriano, 276, bairro América, em Joinville – SC, impetrou **MANDADO DE SEGURANÇA** contra ato do **SECRETÁRIO DO MEIO AMBIENTE DO MUNICÍPIO DE JOINVILLE**, que implicou na exigência do resguardo, como área não edificável em terreno, localizado à margem do rio Cachoeira, de faixa de 30 metros em relação à borda da galeria hídrica existente no local.

Explicou que, em meados de 2009, requereu à indicada autoridade coatora a ampliação e regularização das construções existentes num imóvel de sua propriedade. Todavia, ainda na pendência duma resposta, precipitou o início das obras, sendo, então, lavrado o respectivo auto de embargo e imposta multa. Em 2016, para viabilizar a continuidade da análise do procedimento administrativo e a emissão do buscado alvará, sobreveio parecer técnico Municipal exigindo o afastamento em relação a ambos os lados dum afluente do rio Cachoeira.

Asseverou que a exigência baseou-se em dispositivos da Lei nº 12.651/12, não aplicáveis ao caso, uma vez que o afluente foi canalizado há mais de 30 anos e que a primeira obra que executou no imóvel foi autorizada em 1984, com a expedição de alvará de construção e certificado de conclusão de obra pelo Município de Joinville. Em 2009 havia sido emitido parecer público pela aplicação, ao caso, das disposições do Código

Municipal do Meio Ambiente porquanto a região onde atua é densamente povoada, num quadro de urbanização tido por irreversível.

Finalizou requerendo a concessão de ordem mandamental para ver determinado à autoridade coatora que se abstenha de exigir certificado de conclusão de obra para obtenção do licenciamento ambiental, bem como de condicionar a concessão de alvará de construção à observância do recuo de 30 metros.

Em sua manifestação, a autoridade apontada coatora prestou informações defendendo a legalidade do ato questionado pela impetrante, demonizando a pretensão deduzida neste *writ*.

Auscultado, a representante do Ministério Público opinou pela denegação da segurança por compreender que o impetrante não é detentor de direito líquido e certo a ser amparado.

É o relatório.

DECIDO.

O “mandado de segurança é o meio constitucional posto à disposição de toda pessoa física ou jurídica, órgão com capacidade processual ou universalidade reconhecida por lei para a proteção de direito individual ou coletivo, líquido e certo, lesado ou ameaçado de lesão por ato de autoridade, não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data*, seja de que categoria for e sejam quais forem as funções que exerça [CF, art. 5º, LXIX e LXX; art. 1º da Lei nº 12.016, de 7.8.2009]” (HELY LOPES MEIRELLES, ARNOLDO WALD E GILMAR FERREIRA MENDES, “Mandado de Segurança e Ações Constitucionais”, 34ª ed., São Paulo: Malheiros, ano 2012, págs. 27/29).

No caso, a impetrante, proprietária de imóvel situado em área urbana de Joinville (rua Dr. João Colin, nº 2200, bairro América), acoimou de desarrazoado e ilegal o ato da autoridade dita coatora,

que condicionou a concessão de alvará de construção ao resguardo de pelo menos 30 metros (em relação à margem do rio Cachoeira) de área não edificável. No anúncio formal do indeferimento do requerimento administrativo, a autoridade dita coatora invocou o disposto no artigo 4º, inciso I, alínea ‘a’, da nova Lei nº 12.651/12, que preconiza o seguinte:

“Art. 4º Considera-se Área de Preservação Permanente, em zonas rurais ou urbanas, para os efeitos desta Lei:

“I - as faixas marginais de qualquer curso d’água natural perene e intermitente, excluídos os efêmeros, desde a borda da calha do leito regular, em largura mínima de: (...)

“b) 30 (trinta) metros, para os cursos d’água de 10 (dez) metros de largura; (...)”

Considerando os principais cursos d’água que percorrem a área do Município de Joinville, foram estabelecidas sete bacias hidrográficas:

1. Bacia Hidrográfica do Rio Palmital;
2. Bacia Hidrográfica do Rio Cubatão (Norte);
3. Bacia Hidrográfica do Rio Pirai;
4. Bacia Hidrográfica do Rio Itapocuzinho;
5. Bacia Hidrográfica do Rio Cachoeira;
6. Bacias Hidrográficas Independentes da Vertente Leste;
7. Bacias Hidrográficas Independentes da Vertente Sul.

Na real, o recuo exigido em relação ao bordo do prefalado corpo hídrico, a essa altura, não traria, como se dirá a seguir, qualquer benefício ambiental a Joinville, que, não por acaso, acabou sendo alcunhada de “Manchester Catarinense”, dada a sua vocação para o desenvolvimento industrial. Mas isso que faz os joinvilenses, orgulhosos, estufarem o peito não veio sem cobrar sua fatura. Ao deter-se num estudo conjunto sobre

a bacia hidrográfica do rio Cachoeira, as equipes do Comitê das Bacias Hidrográficas dos rios Cubatão (Norte) e Cachoeira e da Universidade da Região de Joinville – Univille, por meio de seu Programa de Extensão, que assessora técnica e cientificamente o Comitê, e os profissionais e estudantes dos cursos de Engenharia Ambiental e Sanitária, Geografia e Biologia, constataram *“que ao longo da história da cidade ocorreu intensa alteração dos cursos d’água, especialmente na área central, em virtude da antropização do ambiente natural, com a construção de galerias, retificação dos cursos naturais, tubulação dos cursos, aterros e ocupação das margens”* (www.cubataojoinville.org.br).

Nasci em Joinville há pouco mais de cinco décadas. Quando menino, lembro-me que, na região central ou mesmo no entorno da região nuclear da cidade, não faltavam terrenos onde construíamos improvisadas pistas de bicicross e campos de futebol com traves feitas com troncos de bracatinga teimosamente cortados a facão. Esses espaços de diversão infanto-juvenil quase que invariavelmente tinham como uma das divisas algum curso d’água. Fazíamos até revezamento para escalar quem entraria no rio para pegar a bola que lá teimava em cair após ser chutada por um dos vários pouco talentosos jogadores mirins. Já naquela época a cor da água desses riachos, bem estou lembrado, variava de acordo com as tendências ditadas no mundo da moda, uma vez que as indústrias têxteis, sem remorso algum, neles despejavam, sem prévio tratamento, todo resíduo da sua produção, que, naqueles tempos, também abarcava o processo de tingimento. Alguns córregos, que invariavelmente serviam para o escoamento do esgoto doméstico, eram repletos de coloridos lebistes, que, além de servirem de petiscos para bem-te-vis, prestavam-se ainda para a garotada povoar aquários improvisados em vidros de conserva, montados para serem orgulhosamente exibidos aos amigos, que, logicamente, também tinham lá os seus, e, tal e qual, replicavam esse mesmo comportamento. Felizes reminiscências que ainda me são muito presentes.

Daqueles idos tempos de meados da década de mil novecentos e setenta – em **que** John Travolta a todos imantava às discotecas, **que** Batman e Robin, de Adam West e Burt Ward, o Dr. Spock, de Leonard Nimoy, e o projeto do governo norte-americano que levou os cientistas Tony Newman (James Darren) e Doug Phillips (Robert Colbert) a embaçarem, em plena viagem, na única jornada do Titanic (“Túnel do Tempo”, da 20th Century Fox), manietavam nossa atenção com suas eletrizantes séries dos anos mil novecentos e sessenta, aqui reprisados com as irrepetíveis dublagens do estúdio Herbert Richers S/A, em televisores em branco e preto quase que invariavelmente com palha de aço nas pontas das antenas internas, e em **que** Passat, Opala e Corcel II polarizavam os sonhos de consumo da sempre desafiada classe média dita em ascensão – para cá muita coisa mudou. E Joinville também. Tornou-se uma cidade cosmopolita, sem a passividade de outrora. Belas construções se ergueram no lugar de antigos casarios, muitas delas plantadas à beira ou mesmo sobre os rios que riscam o espaço urbano. Hoje é possível ver ainda alguns prédios, em sua maioria carcomidos pela irrefreável ação das intempéries da natureza, sedimentados justamente sobre os muros erguidos para a contenção desses tantos cursos d’água. Isso é bem presente, por exemplo, no bordo dos rios Mirandinha, Bom Retiro, Jaguarão, Bucarein, Morro Alto e **Mathias**, este último totalmente canalizado, que, inclusive, passa sob o Shopping Müller e o terminal central de ônibus e que só consegue ver céu aberto quando deságua no Cachoeira, coincidentemente num ponto onde o Prefeito do município tem vista panorâmica da janela do seu gabinete. O rio **Morro Alto**, por outro lado, teve grande parte da sua extensão redirecionada, num bem executado trabalho de macrodrenagem, em galeria construída sob a rua Timbó, que, junto com a rua Max Colin, forma um importante binário viário oeste-leste da cidade. Nessa extensão, o traçado original desse rio, quase que invariavelmente tomado pelo mato, serve hoje de mero escoadouro de águas pluviais em épocas de precipitação intensa.

Outra não é a realidade da galeria hídrica que segue seu curso cortando o imóvel da impetrante para, logo depois, desaguar no rio Cachoeira, mais precisamente a 90 metros a leste. Segundo o contido no parecer nº 0559/09, exarado por técnicos da Fundação Municipal do Meio Ambiente de Joinville, segundo levantamentos aerofotogramétricos realizados em 1989 e, mais tarde, em 2007, observou-se que área onde está situado o imóvel da interessada é densamente povoada e seu quadro de urbanização considerado irreversível.

Prossigo.

A Lei nº 12.651/12 está em vigor? A resposta é afirmativa. É constitucional? O Supremo Tribunal Federal não deverá tardar a enfrentar essa problemática para o qual já foi provocado em, pelo menos, quatro demandas (ADIs nºs 4.901, 4.902, 4.903 e 4.937). Deve a Lei, então, ser respeitada? Por certo, inclusive na perspectiva do princípio da presunção de constitucionalidade das leis. Em caráter irrestrito? Entendo que isso comporta modulação na perspectiva do que se revela razoável (Direito *Anglo-Saxônico*) ou se apresenta proporcional (Direito Alemão). E a jurisprudência, como se verá, caminha ao encontro do que digo. Não quero nem devo pregar a desidratação ou o descarrilamento do louvável e contemporâneo espírito da bem pensada Lei agora focada. Contudo, sem embargo dos que defendem o contrário, penso que, a despeito da recomendável vigilância ambiental exercida pela Administração municipal, o foco da autoridade pública deva ser as regiões menos povoadas, caso do meio rural, cuja exploração ainda pode ocorrer de forma inteligente, com amarras voltadas inclusive à preservação do piscoso e ainda bem preservado manancial hídrico, que, aliás, nos serve de fonte de abastecimento de água potável. Não é preciso andar muito em Joinville para encontrar-se abundantes área de natureza quase virgem, que, como disse certa vez CARLOS AYRES BRITTO, enquanto ainda atuava como Ministro do Supremo Tribunal Federal, num bem sacado

trocadilho, sempre “*é a mais fecunda*”.

A exigência da autoridade impetrada, a essa altura, não é razoável nem proporcional, nem trará, vinco nisso, qualquer benefício à coletividade. Está em desalinho com o que está aí aos olhos de todos. Em áreas urbanas consolidadas, que também é o caso de Blumenau, Florianópolis e Balneário Camboriú, para ficar só nessas, as limitações devem ser relativizadas para que se amoldem a essa realidade que não pode ser escamoteada, muito diferente daquela vivenciada pelos nossos antepassados, que, aliás, colonizaram essas terras justamente a partir das margens dos rios e, justamente pela mobilidade que isso representava, numa cultura extrativista amoldada à realidade da época, nelas ergueram suas primeiras moradias e ambientes fabris e comerciais.

Também antevejo no comportamento da autoridade impetrada o estabelecimento de um injusto imbróglio tributário sem solução. Os proprietários dos imóveis, sejam eles residenciais ou comerciais, devem recolher, anualmente, o Imposto Predial e Territorial Urbano. O Município de Joinville dispõe de Plano Diretor Municipal, elaborado em 2008 e que teve seu zoneamento aprovado pela Lei Municipal nº 1.255/2008, que, dentre outras, prevê as zonas urbanas de baixa densidade (Z1), de média densidade (Z2) e de alta densidade (Z3). Pois bem, no caso dos imóveis situados nas denominadas zonas Z1, Z2 e Z3, as alíquotas para imóveis residenciais oscilam entre 0,5% e 0,8% de acordo com a área construída. Nos espaços sem construção e, além disso, não dotadas de passeio de pedestres, essa alíquota pode alcançar expressivos 9% (7%, no caso da Zona Z3 + 2% para a falta de calçada, que pode até dobrar nos casos de imóveis não residenciais). Ora, a prevalecer a ideia de que as construções, nesses lotes urbanos (que, em média, são de 15x30 metros), deva guardar a distância preconizada no novíço Código Florestal, aos alijados proprietários só restaria o potencializado fardo tributário, sem a contrapartida de fruirm livremente do que lhes pertence. Contrassenso total.

Além disso, negativas como a combatida neste *writ* têm tendo sido sistematicamente refutadas pelo Tribunal de Justiça do Estado, inclusive na perspectiva da regência da Lei nº 12.651/12.

A Terceira Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça do Estado, por exemplo, decidiu, a uma só voz, que “[...] **muito embora a Lei n. 4.771/1965 tenha sido revogada quando da entrada em vigor da Lei n. 12.651/2012, que instituiu o novo Código Florestal (e passou a contemplar como Áreas de Preservação Permanente (APP) aquelas erigidas em zonas urbanas), a aplicação desta deve ser temperada, considerando a realidade fática do local, bem como os primados da razoabilidade e da proporcionalidade**” (Reexame Necessário nº 0303468-97.2014.8.24.0054, de Rio do Sul, unânime, rel. Des. RICARDO JOSÉ ROESLER, j. em 28.03.2017).

De fato, “**considerada a antinomia reinante da legislação federal com a estadual e a municipal acerca das faixas não edificáveis em áreas de preservação permanente ao longo dos cursos d’água situados em região urbana, deve-se interpretar com base nos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade para que a edificação, além de preservar razoavelmente o meio ambiente, seja adequada a uma boa ordenação da cidade e cumpra a função social da propriedade sob o pálio do desenvolvimento sustentável, da precaução e da cautela**’ (Apelação Cível em Mandado de Segurança n. 2009.002367-2, de Joinville, relator Des. Jaime Ramos).

“**Não se pode perder de vista que a legislação ambiental brasileira, na esteira da normatização ambiental em todo o mundo, foi erigida e necessariamente há de ser interpretada como suporte jurídico para o desenvolvimento sustentável, não se admitindo que dos textos legais sejam extraídas estéreis conclusões que, em última instância, prejudiquem o bem-estar social, no caso, das**

comunidades urbanas que necessitam de obras de infra-estrutura, de construção de novas moradias e de centros comerciais.

“A organização de áreas urbanas deve seguir regras próprias e adequadas à realidade urbana, o que, muitas vezes, no que concerne à proteção ao meio ambiente, serão distintas daquelas normas aplicáveis ao meio rural. Desse modo, urge a flexibilização da tutela dos recursos naturais nas cidades, de modo a conciliá-la com o crescimento econômico e com o interesse social’ (<http://jus2.uol.com.br/doutrina/tex-to.asp?id=8762>)” (TJSC – Agravo de Instrumento nº 2010.027473-0, de Joinville, Primeira Câmara de Direito Público, unânime, rel. Des. VANDERLEI ROMER, j. em 28.09.2010).

Vale ainda a menção a outros acórdãos assim ementados:

“AMBIENTAL. EXPEDIÇÃO DE ALVARÁ PARA REGULARIZAÇÃO DE OBRA. INAPLICABILIDADE DO CÓDIGO FLORESTAL E DA LEI DE PARCELAMENTO DO SOLO. IMÓVEL INSERIDO EM REGIÃO URBANA E CONSOLIDADA. INCIDÊNCIA DA NORMA AMBIENTAL MUNICIPAL. DESPROVIMENTO DOS RECURSOS, CONFIRMADA A SENTENÇA EM REEXAME NECESSÁRIO.

“1 A lei que trata do uso do solo nas áreas urbanas assinala diferenças em relação ao Código Florestal, mas sem quebra da ordem jurídica, uma vez que este é aplicável na área rural e a Lei de Parcelamento do Solo Urbano no perímetro das cidades, conforme autorizado pelo art. 2º, parágrafo único, da Lei n. 4.771/1965. Em razão do disposto na Constituição Federal (art. 24) e no Código Florestal (art. 2º, parágrafo único), não se verifica incompatibilidade de normas, nem a necessidade de declaração de inconstitucionalidade para que se aplique a Lei n. 6.766/1979 na área urbana.

“2 ‘No caso concreto, porém, inaplicável as limitações

previstas nas Leis ns. 4.771/1965 e 6.766/1979 por se tratar de região bastante povoada e edificada, sob a qual há anos, no interesse da coletividade e a fim de possibilitar o desenvolvimento urbano, foram suprimidas toda a vegetação ciliar e construídas galerias e canalização por onde fluem córregos. [...]’ (ACMS n. 2013.057136-5, de Joinville, rel. Des. Luiz César Medeiros, j. 10-12-2013)” (TJSC – Apelação Cível em Mandado de Segurança nº 2013.079592-7, de Joinville, Primeira Câmara de Direito Público, rel. Des. PAULO HENRIQUE MORITZ MARTINS DA SILVA, j. em 26.08.2014).

Ou então:

“AGRAVO POR INSTRUMENTO. INSURGÊNCIA EM FACE DA DECISÃO DETERMINANDO A SUSPENSÃO DA EXIGÊNCIA DE OBSERVÂNCIA DA FAIXA NÃO EDIFICÁVEL DE 32 METROS E DO RECUO DE 30 METROS, DECORRENTES DA ÁREA DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE, PARA FINS DE APROVAÇÃO DE PROJETO DE CONSTRUÇÃO E POSTERIOR EXPEDIÇÃO DO RESPECTIVO ALVARÁ. IMÓVEL LOCALIZADO EM ÁREA CENTRAL DO MUNICÍPIO DE JOINVILLE, EXTREMANDO, AO SUL, COM A MARGEM ESQUERDA DO RIBEIRÃO DO MORRO ALTO. EDIFICAÇÃO DE CASA, SEM LICENCIAMENTO DO PODER PÚBLICO. REFORMA DO INTERLOCUTÓRIO INARREDÁVEL. DEFESA DO INTERESSE DA COLETIVIDADE. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PRECAUÇÃO. RISCO DE *PERICULUM IN MORA* INVERSO. RECURSO PROVIDO.

“Em tema de meio ambiente, a cautela deve pender a favor dos interesses da sociedade que estão em discussão. Demonstrado o perigo de dano, a medida que se impõe é o imediato afastamento da causa que está gerando o risco, ou seja, *in casu*, a paralisação

de toda e qualquer atividade potencialmente lesiva [...] (Agravo de Instrumento n. 2008.033525-1, de Santo Amaro da Imperatriz, rel. Des. Luiz César Medeiros, Terceira Câmara de Direito Público, j. 9-2-2009)”.

“Como a construção é atividade sujeita a licenciamento pelo Poder Público, a ausência de licenciamento para construir faz presumir um dano potencial à Administração e à coletividade, consistente na privação do exame do projeto e na possibilidade de insegurança e inadequação da obra às exigências técnicas e urbanísticas.” (MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito de Construir*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 3ª ed., pag. 185)” (TJSC – Agravo de Instrumento nº 2011.010607-6, de Joinville, Terceira Câmara de Direito Público rel. Des. CARLOS ADILSON SILVA, j. em 02.10.2012).

Para não me alongar nessas explanações ditadas pela moderna jurisprudência, vale transcrever o voto proferido pelo também Eminentíssimo Desembargador LUIZ FERNANDO BOLLER por ocasião do julgamento da Apelação Cível em Mandado de Segurança nº 0057841-73.2012.8.24.0038, de Joinville:

“Obtempera-se [...] que a existência de julgados nesse sentido não significa a introdução no mundo jurídico de uma regra genérica permissiva à ocupação indiscriminada das margens de curso d’água situadas em áreas urbanas consolidadas, sem a observância dos recuos de trinta ou quinze metros exigidos pelo regramento geral estabelecido nas leis federais. Isso porque o caráter genérico é inerente à lei, enquanto as decisões judiciais são regras de aplicação específica ao caso concreto, embora também sejam regidas pelo princípio da isonomia. Por isso, a análise da proporcionalidade da regra de afastamento de trinta metros em face do direito à moradia ou de propriedade deve ser realizada caso a caso.

“Neste norte, dessume-se que o reconhecimento da inaplicabilidade da regra disposta na legislação ambiental prevendo a conservação das faixas marginais dos cursos d’água ocorre apenas em circunstâncias especiais, exigindo a conjunção dos seguintes pressupostos fáticos:

“- ocupação urbana consolidada à margem de curso d’água sem a observância do afastamento legal;

“- consequente perda das funções ecológicas inerentes às faixas marginais de curso d’água;

“- irreversibilidade da situação, por se mostrar inviável, na prática, a recuperação da faixa marginal;

“- irrelevância, nesse contexto, dos efeitos positivos que poderiam ser gerados com a observância do recuo em relação às novas obras;

“- ausência de alternativa técnica ou locacional para a execução da obra (via de regra, em virtude da extensão reduzida dos lotes);

“- por fim, a prevalência do princípio da isonomia de tratamento concernente ao exercício do direito de propriedade sobre a proteção da inteira extensão da faixa marginal do curso d’água.

“Verificados esses pressupostos, é prescindível a declaração de inconstitucionalidade das normas federais em exame para se afastar sua aplicação no caso concreto, consoante se dessume dos julgados desta Corte (vide: (TJSC, Apelação Cível em Mandado de Segurança n. 2013.057136-5, de Joinville, rel. Des. Luiz César Medeiros, j. 10-12-2013). Pelo contrário, reforça-se a validade

constitucional de referidas normas, enquanto se reconhece a necessidade de conter sua incidência nas hipóteses em que provocaria intervenção indesejável - pelo próprio legislador, embora omissa - e desproporcional em direito fundamental de igual importância normativa”.

Enfim, *mutatis mutandis*, “diante do contexto inequivocadamente urbano e consolidado em que o imóvel está inserido, pode-se afirmar que, ao exigir o recuo de 30 metros estabelecido pelo Código Florestal, o impetrado afrontou o princípio da razoabilidade e proporcionalidade, que deve sempre nortear toda ação administrativa, impondo ao administrador não só proclamar decisões revestidas de regularidade formal, mas também que sejam substancialmente razoáveis e corretas, justificando-se com dados objetivos de modo a balancear o meio utilizado ao fim pretendido pela lei” (TJSC – Apelação Cível em Mandado de Segurança nº 2015.045210-2, de Criciúma, Terceira Câmara de Direito Público, unânime, rel. Des. CÉSAR ABREU, j. em 17.11.2015).

Tollitur quaestio!

Diante do exposto, **concedo, em parte**, a segurança pleiteada para determinar à autoridade impetrada que examine o requerimento de autorização/licença de construção e edificação no imóvel aludido na inicial sem exigir recuo em relação à margem do rio Cachoeira.

A concessão do alvará de construção dependerá, por óbvio, do atendimento aos demais requisitos à época exigidos da impetrante, vedada a inovação nessas exigências formuladas pela autoridade impetrada sob pena de, a um só tempo, quebrantar-se o direito à segurança jurídica (Lei nº 9.784/99, art. 2º, inc. XIII) e, ainda, punir-se quem questionou a(s) providência(s) adotada(s) pela autoridade impetrada, em franca infringência ao princípio geral do *non reformatio in pejus*.

Arcará o Município de Joinville com o pagamento das custas

processuais devidas à Sra. Distribuidora e ao Sr. Contador desta comarca (TJSC – Apelação Cível nº 2009.033676-8, de Joinville, Quarta Câmara de Direito Público, un., rel. Des. JAIME RAMOS, j. em 16.07.2009; no mesmo sentido: STJ – Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1.180.324/PR, Primeira Turma, un., rel. Min. LUIZ FUX, j. em 22.06.2010), bem como ao valor relativo às despesas postais, impressos, diligência do Oficial de Justiça etc., ou, melhor dizendo, tudo o que não está compreendido no conceito de custas judiciais *stricto sensu* (Circular CGJ/SC nº 23/2011).

“Conforme remansosa jurisprudência, inclusive Súmulas do STF e do STJ (n. 512 e 105), no mandado de segurança não são devidos honorários advocatícios” (TJSC – Mandado de Segurança nº 1988.072022-9, da Capital, Segundo Grupo de Câmaras, unânime, rel. Des. NEWTON TRISOTTO, j. em 13.02.1995).

Sentença sujeita ao reexame necessário (LMS, art. 14, § 1º).

Publique-se. Registre-se. Intimem-se.

Joinville, 31 de julho de 2017

Roberto Lepper
Juiz de Direito da 2ª Vara da Fazenda Pública

Autos 0301756-72.2015.8.24.0075

Ação: Procedimento Ordinário/PROC

Autor: Tubarão Saneamento S/A

Réu: Município de Tubarão e outro

Vistos etc.

I – Tubarão Saneamento S/A ajuizou “ação declaratória c/c anulatória de ato administrativo c/c pretensão inibitória com pedido de antecipação de tutela” em desfavor do Município de Tubarão e da Agência Reguladora de Saneamento de Tubarão – AGR.

Sustentou a autora que é concessionária do serviço público de abastecimento de água e esgoto sanitário no município de Tubarão e que, conforme previsão contratual, apresentou à agência reguladora relatório das atividades desenvolvidas no primeiro ano do contrato.

Afirmou que a segunda demandada, mediante relatório anual de regulação, concluiu que as metas de qualidade e adequação dos serviços prestados foram atingidas, mas que alguns investimentos deixaram de ser realizados, pelo que a agência apontou a ocorrência de ilícito contratual e aplicou multa à demandante.

Salientou que sua defesa escrita da atuação foi rejeitada pela agência reguladora, o que motivou a interposição de recurso administrativo contra essa decisão, indeferido pelo concedente.

Por isso, alegando questões de ordem técnica e a inexistência de falta contratual, pleiteou a autora, em tutela provisória, a suspensão da exigibilidade da multa imposta, para que os demandados fossem proibidos de praticar qualquer ato tendente a exigir a multa ou instar a cobrança pelo concedente do seguro-garantia contratado, até decisão definitiva. Pugnou também pela fixação de multa cominatória para reforçar a eficácia da medida provisória.

A tutela emergencial foi deferida (fls. 871-873).

Regularmente intimados e citados (fl. 876), os demandados interpuseram agravo (fls. 887-1.121/1.122-1.132) e apresentaram contestação. Enquanto a Agência Reguladora de Saneamento de Tubarão – AGR apenas rebateu os termos da ação, o Município de Tubarão arguiu, preliminarmente, a ilegitimidade passiva, e, no mérito, igualmente refutou os pedidos (fls. 1.137-1.551/1.552-1.564).

Houve réplica (fls. 1.569-1.579).

Instado, o Ministério Público permaneceu inerte (fls. 1.584-1.585).

Vieram-se então conclusos os autos.

II – O julgamento do mérito depende da análise de prova exclusivamente documental, mais especificamente da alegada inexistência de obrigação contratual da postulante no atendimento dos investimentos decorrentes de cronograma de obras predeterminado e da regularidade das multas aplicadas.

Nessa senda, o pedido é de ser conhecido nos moldes do art. 355, I, do Código de Processo Civil, o qual torna dispensável a dilação probatória e impõe o imediato julgamento da causa.

Como se infere, a legitimidade de parte é uma das condições da ação, consoante o art. 17 do Código de Processo Civil. Refere-se à aptidão atribuída a um sujeito para fazer parte do processo em que se discute uma determinada relação jurídica.

Na hipótese em apreço, denota-se que tanto a Agência Reguladora de Saneamento quanto o Município de Tubarão são legitimados a figurarem no polo passivo desta ação. A primeira pelo fato de que a fiscalização direta das atividades da concessionária é de sua responsabilidade e o segundo por ser o próprio poder concedente, que, apesar das atribuições delegadas à agência, mantém a condição de ente público garantidor dos

serviços como signatário do contrato.

Além disso, há a circunstância de que os bens móveis e imóveis disponibilizados à empresa demandante por força contratual pertencem ao Município de Tubarão, os que devem ser implementados pela concessionária inclusive, uma vez que, embora tenha cedido a prestação de serviços, não lhes perdeu o domínio, com retomada da posse pela municipalidade ao final do contrato.

Não tem lugar, pois, a preliminar de ilegitimidade passiva suscitada pelo Município de Tubarão.

A autora firmou contrato de concessão para exploração do serviço público de abastecimento de água e esgoto no município de Tubarão, em 14-2-2012, com prazo de validade de 30 (trinta) anos, conforme se infere da cláusula 8ª do instrumento (fl. 50).

Nesse contrato, composto também por vários anexos amplamente citados pelas partes, consta, segundo a agência reguladora, a obrigação de promoção de obras específicas e melhoramentos de serviços ao longo do período de concessão (anexo IV – fl. 1.203).

É precisamente contra esse tópico que se insurge a demandante, ao argumento de que o cronograma de investimentos apresentado em sua proposta comercial, na fase preliminar do processo licitatório que originou o contrato, não representa obrigação contratual passível de descumprimento e, conseqüentemente, de imposição de sanção administrativa pela agência reguladora demandada.

Assevera a postulante que deve envidar esforços tão somente para atendimento satisfatório das metas da prestação do serviço, sem qualquer obrigação de realizar os investimentos previstos durante o procedimento de licitação, o que acarretaria a nulidade do auto de infração emitido com base no relatório anual de regulação.

A demandante até reconhece que possui obrigações decorrentes

do contrato celebrado e que não implementou certos investimentos, mas sustenta que as cláusulas pactuadas, mormente a necessidade de realização de obras e serviços durante a concessão, segundo cronograma previamente estipulado, não podem ser interpretadas de maneira “inflexível” (fls. 23-24).

Não obstante o e. Tribunal de Justiça tenha negado provimento aos agravos de instrumento interpostos pelos réus com o fito de reverter a decisão do juiz, que concedeu a antecipação ainda sob a ótica do Código de Processo Civil de 1973 (fls. 17-20), não só o fez conforme o então estado da causa como a nova realidade desnudada pelas peças de defesa e documentos colacionados permite concluir que é completamente improcedente o pleito autoral.

É que na atual etapa de instrução, amealhados outros elementos de convicção, diga-se, também verificados nos autos 0303070-82.2017.8.24.0075 – cuja tutela de urgência foi negada –, com pedidos e causa de pedir que guardam estreita relação, porém relativos ao segundo ano da concessão, emerge cristalina a confirmação de que não foram realizados, já no primeiro ano, serviços previstos expressamente no contrato. A própria concessionária assume que deixou de realizar investimentos sem prévia consulta aos entes demandados, fato este, portanto, incontroverso.

Disso se conclui que, na verdade, a autora pretende obter provimento judicial que a desobrigue do que pactuou, de concretizar melhoramentos considerados essenciais para o sistema de abastecimento de água e tratamento de esgoto pelo concedente, e isso sem sequer comprovar na seara administrativa, a tempo e modo, que não se mostravam necessários para a manutenção dos serviços. E, com isso, esquivar-se das multas impostas pela agência reguladora.

No ponto, é importante salientar que a empresa não observou, no primeiro ano da concessão, a necessidade contratual de informar à agência

reguladora e ao concedente a respeito dos atrasos e/ou discrepâncias referentes à execução das obras delineadas em sua proposta (cláusula 31.10 – fl. 71), o que, *de per si*, denota ofensa ao princípio cardinal *pacta sunt servanda* e, conseqüentemente, ao próprio princípio da boa-fé.

Diante do panorama fático-jurídico apresentado, mostra-se temerário e sem fundamento assegurar à demandante o adimplemento contratual com o alegado cumprimento das “metas” de prestação dos serviços de abastecimento de água e tratamento do esgoto (fls. 1.266-1.269), sem que se atente também para os investimentos estipulados no contrato assinado pelas partes a partir do art. 31 da Lei 8.987/1995, que, por certo, foram objeto de análise por todos, especialmente para assegurar a plena e adequada continuidade dos serviços no decorrer de todo o período do contrato.

O atendimento do serviço a contento no primeiro ano da concessão, em que a concessionária recebeu boa parte da estrutura utilizada em pleno funcionamento, senão toda ela, não importa na desnecessidade de melhorar os equipamentos e instalações, com a construção de novas unidades inclusive, segundo estabelecido nas cláusulas 5ª e 27 do Contrato 38/2012 (fls. 49/66).

Além do mais, a cláusula 3ª traz expressa menção aos anexos do contrato de concessão, dentre os quais o de número IV, que prevê os investimentos futuros, descritos de maneira detalhada no documento de fl. 1.258 quanto ao sistema de abastecimento de água, cuja cópia do original foi juntada em meio físico pela demandante e atualmente está acondicionada na “pasta 1” do cartório desta unidade, referente a documentos de processos digitais.

Não é preciso deter conhecimentos técnicos para deduzir que o incremento populacional é apenas um dos fatores que exige o aperfeiçoamento constante das redes, construção de novas estações de abastecimento e tratamento de esgoto, sendo inviável delegar

tais decisões ao arbítrio da autora, empresa privada, mesmo porque implicarão dispêndio de valores e, por corolário, diminuição dos lucros. Não se verifica a autonomia sustentada pela contratada.

De fato, o edital e o contrato de concessão em tela não estabelecem valores mínimos a serem desembolsados pela empresa, porém há sim previsão da necessidade de obras e serviços bem específicos, a fim de manter os padrões de qualidade exigidos, só afastáveis com justificativa técnica submetida a prévia deliberação. Inexiste aqui, como já consignado, a plena autonomia da empresa na escolha das áreas que serão objeto de investimentos.

Ao longo dos anos certamente deve haver adequações no contrato, com a verificação da imprescindibilidade das obras previstas, como reconhece a própria agência reguladora em sua peça de defesa, mas isso obviamente não pode ser feito sem prévia anuência ou sequer conhecimento do órgão de controle e do concedente (cláusula 31.10 – fl. 71), tanto mais sob a justificativa, aliás infundada, de que tudo não passa de uma obrigação de resultado da concessionária na prestação do serviço.

A previsão contratual, não bastasse a regra do *pacta sunt servanda*, consagra preceito fundamental do regime jurídico-administrativo, que é a supremacia do interesse público, princípio norteador de todos os serviços delegados, para que o bem público seja resguardado em relação a interesses individuais, notadamente aqueles de cunho meramente econômico-financeiro. Assim, independentemente de cláusula específica sobre os investimentos, exsurge nítida a obrigação da autora de manter a agência e o concedente a par de qualquer alteração no calendário de execução das obras.

Também não é demais ressaltar que a ausência desses investimentos conforme cronograma, que incluem implementação das obras de reforço da rede do Bairro Bom Pastor – de consideráveis dimensões – e de outras localidades, instalação de vários *boosters* e serviços diversos (fls. 1.258),

ferre em evidente medida a expectativa do concedente de agregar tais bens ao patrimônio reversível.

Insustentável, no mais, a alegação proposta pela concessionária de que o concedente contribuiu para a inexecução dos serviços ao prestar informações insuficientes, fato que não foi minimamente comprovado. De igual forma, não merece prosperar a assertiva que sustenta a ausência de motivação do ato administrativo sancionador, tanto no que diz respeito à regularidade formal do auto de autuação, quanto no aspecto quantitativo das multas.

Estabelece o Contrato 038/2012:

CLÁUSULA 34 – SANÇÕES ADMINISTRATIVAS

34.1. A falta de cumprimento, por parte da concessionária, de qualquer cláusula ou condição desta CONTRATO e demais normas técnicas pertinentes, sem prejuízo do disposto nas demais cláusulas do CONTRATO, ensejará a aplicação das seguintes penalidades, isolada ou cumulativamente, nos termos da legislação aplicável:

- a) advertência, a ser aplicada formalmente por escrito;
- b) multa, a ser aplicada segundo os percentuais de 0,5% (meio por cento) para falta leve, 1% (um por cento) para falta média e 2% (dois por cento) para falta definida como grave, incidente sobre o valor da receita do mês em que ocorreu a falta;
- c) suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração Pública por prazo não superior a 2 (dois) anos;
- d) declaração de inidoneidade para licitar e contratar com a Administração Pública enquanto perdurarem os motivos determinantes da punição ou até que seja promovida a reabilitação, na forma da lei, perante a própria autoridade que aplicou a penalidade; e
- e) caducidade do CONTRATO.

34.2. A graduação das sanções observará as seguintes escalas:

a) a infração será considerada leve, quando decorrer de condutas involuntárias escusáveis da CONCESSIONÁRIA e da qual ela não se beneficie;

b) a infração será considerada de média gravidade quando decorrer de conduta inescusável, mas que não traga para a CONCESSIONÁRIA qualquer benefício ou proveito;

c) a infração será considerada grave, podendo ser aplicada a penalidade pelo seu valor máximo previsto, quando constatar presente um dos seguintes fatores:

c.1) ter a CONCESSIONÁRIA agido de má-fé;

c.2) da infração decorrer benefício direto ou indireto para a CONCESSIONÁRIA;

c.3) a CONCESSIONÁRIA for reincidente na infração.

[...].

34.4. Sem prejuízo das demais sanções de multa ou parâmetros para tais sanções estabelecidos na regulamentação, a CONCESSIONÁRIA se sujeitará às seguintes sanções pecuniárias:

a) por atraso no início ou na conclusão das obras, multa, por infração, de 0,3% das TARIFAS arrecadadas no mês de ocorrência da infração;

[...].

Conquanto a autuação tenha sido confeccionada com objetividade pela agência (fls. 1.260-1.261), infere-se que foi amparada no relatório anual de regulação em que são narradas, à sociedade, as omissões verificadas no cronograma de obras e serviços, as quais, claramente, trouxeram benefício direto à empresa concessionária, na medida em que deixou de aportar recursos financeiros expressivos, sendo as infrações, logicamente, consideradas de natureza grave, circunstância que vem

expressa no auto de infração.

Os percentuais das multas aplicadas observaram as disposições estipuladas nas cláusulas 34.1, *b*, 34.2, *c*, e 34.5, *a*, do contrato de concessão (fls. 73-74). A demandante, por sua vez, não logrou demonstrar, consoante ônus estabelecido pelo art. 373, I, do Código de Processo Civil, no que se afastam as multas, em termos de valores, das cláusulas alhures transcritas, que estipulam exatamente o montante adotado de 2% e 0,3% para as falhas apontadas, incidentes respectivamente sobre o valor da receita do mês em que apurada a falta e sobre o valor das tarifas arrecadas no mês da ocorrência.

Registre-se que a simples alegação de que não é possível verificar os elementos que serviram de parâmetro para a obtenção da soma das sanções administrativas não se presta a tanto, mormente porque as omissões são indicadas com detalhes no relatório de regulação e se amoldam razoavelmente às previsões do contrato.

Ademais, é crucial ressaltar que os atos administrativos possuem presunção de legitimidade, reputando-se verdadeiros os fatos alegados pela Administração Pública, cabendo ao administrado interessado desconstituir tal presunção (TJSC, Agravo de Instrumento 2009.027090-3, rel. Des. Luiz César Medeiros, j. 1º-12-2009; Apelação Cível 2011.004802-8, rel. Des. Júlio César Knoll, j. 24-7-2014; Agravo de instrumento 1000799-27.2016.8.24.0000, rel. Des. Sérgio Roberto Baasch Luz, j. 9-5-2017), o que a toda evidência não ocorreu.

Percebe-se, pois, que as penalidades administrativas no caso concreto foram aplicadas pela agência reguladora sem vício formal nem nenhuma outra nódoa passível de correção, de modo que outra solução não resta senão a improcedência do aqui pleiteado.

III – Ante o exposto, julgo improcedentes os pedidos formulados nesta ação, o que faço com fundamento no art. 487, I, do Código de

Processo Civil, e, por consequência, revogo a tutela provisória concedida às fls. 871-873.

Condeno a parte autora ao pagamento das despesas processuais e dos honorários advocatícios, os quais fixo em 10% (dez por cento) do valor atribuído à causa atualizado, nos termos do art. 85, § 2º c/c § 3º, I, do Código de Processo Civil.

Publique-se. Registre-se. Intimem-se.

Com o trânsito em julgado, certifique-se e arquivem-se os autos, com anotações e baixa.

Tubarão, 8 de setembro de 2017

Márcio Schiefler Fontes
Juiz de Direito

ARTIGO

A TUTELA CONSTITUCIONAL DO MEIO AMBIENTE:

BREVE ANÁLISE COMPARATIVA, SOB O VIÉS DA CONSCIÊNCIA SOCIOAMBIENTAL, ENTRE O DIREITO FUNDAMENTAL BRASILEIRO E O PRINCÍPIO REITOR DA POLÍTICA SOCIAL E ECONÔMICA ESPANHOLA

Iolmar Alves Baltazar¹

O presente artigo foi elaborado como parte integrante da disciplina *Constitución y Medio Ambiente*, ministrada pelo professor doutor Germán Valencia Martín, do Curso Máster em Derecho Ambiental y de la Sostenibilidad da Universidad de Alicante, Espanha.

O objetivo do texto é fazer breve análise comparativa entre o artigo 225 da Constituição do Brasil de 1988 (enquanto Direito Fundamental) e o artigo 45 da Constituição da Espanha de 1978 (enquanto Princípio Reitor da Política Social e Econômica).

A justificativa reside na percepção de que, malgrado distintos tratamentos constitucionais em relação ao meio ambiente, no Brasil como Direito Fundamental e na Espanha como Princípio Reitor, uma efetiva

¹ Juiz de Direito em Santa Catarina. Mestrando em Sustentabilidade e Transnacionalidade pela Universidade do Vale do Itajaí - UNIVALI, em dupla titulação com a Universidade de ALICANTE - Espanha. Especialista em Gestão Judiciária pela Universidade Federal de Santa Catarina - UFSC. E-mail: iolmar@bol.com.br

proteção socioambiental depende, rigorosamente, muito mais de atitudes ecopedagógicas em geral e de uma vontade política da governança voltada para a Sustentabilidade do que da topografia ou da qualidade normativa no texto constitucional, como adiante se procurará demonstrar.

Para tanto, o primeiro item explora o meio ambiente ecologicamente equilibrado como Direito Fundamental (o caso brasileiro). O segundo tópico aborda o meio ambiente adequado ao desenvolvimento da pessoa como Princípio Reitor da Política Social e Econômica (o caso espanhol). Por fim, a terceira parte do texto explicita que o sistema espanhol apresenta um relativo rebaixamento do nível de proteção jurídica, em comparação com o modelo brasileiro, mas que esforços atuais da doutrina e da jurisprudência, atentas ao atual quadro de crise socioambiental, têm procurado modular e atualizar referidos preceitos com base na força normativa da Constituição. Além disso, trabalha a ideia de que um país considerar a proteção do meio ambiente como Direito Fundamental não quer dizer que será mais eficaz e eficiente do que outro que positivizar a questão socioambiental como um Princípio Reitor, porquanto o diferencial está na vontade política de concreção da norma, na conscientização e educação ambiental, no compromisso de todos com os ditames constitucionais.

Quanto à metodologia empregada, foi utilizado o método indutivo e brevemente o método comparativo, acompanhado das técnicas do referente, da categoria, do conceito operacional, do fichamento e da pesquisa bibliográfica, finalizando maior rigor científico à pesquisa.

1. O MEIO AMBIENTE ECOLOGICAMENTE EQUILIBRADO COMO DIREITO FUNDAMENTAL (O CASO BRASILEIRO)

No modelo constitucional brasileiro, o Estado Democrático de Direito está sedimentado sobre os fundamentos da soberania, da cidadania, da dignidade da pessoa humana e dos valores sociais do trabalho

e da livre iniciativa (artigo 1º da Constituição de 1988), sendo que todo o poder emana do povo que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente (opção por uma Democracia semidireta tomada no parágrafo único do artigo 1º, combinado com o artigo 14, ambos da Constituição de 1988). Adota, ainda, a tripartição dos poderes, Legislativo, Executivo e Judiciário, estes independentes e harmônicos entre si (artigo 2º da Constituição de 1988). Ademais, expressa a Constituição que constitui objetivo republicano construir uma sociedade livre, justa e solidária, sem preconceitos e sem quaisquer outras formas de discriminação, com erradicação da pobreza e da marginalização, além da redução das desigualdades sociais (artigo 3º da Constituição de 1988).

Os Direitos Fundamentais individuais e coletivos, dentre eles o direito à vida, à liberdade, à igualdade, à legalidade, à livre manifestação do pensamento, à intimidade, à honra e à imagem das pessoas, à função social da propriedade, à proteção do consumidor, ao acesso à justiça e ao devido processo legal com ampla defesa em contraditório, bem como às garantias penais e processuais penais, estão estampados no artigo 5º da Constituição de 1988.

Por sua vez, os Direitos Fundamentais sociais, aqueles prestacionais e de segunda geração, atinentes à educação, à saúde, à alimentação, ao trabalho, à moradia, ao lazer, à segurança, à previdência social, à proteção da infância, estão previstos no artigo 6º da Constituição de 1988.

Em acréscimo, importante salientar, nos termos dos parágrafos 1º e 2º do artigo 5º da Constituição de 1988, que as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata e que os direitos e garantias expressos na Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados ou dos tratados internacionais (cláusula materialmente aberta de previsão de direitos fundamentais).

Não podemos perder de vista, outrossim, que a ordem econômica e financeira, no Brasil, está fundada na valorização do trabalho humano

e tem por finalidade assegurar a todos uma existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os princípios da defesa do consumidor, da defesa do meio ambiente, da busca pelo pleno emprego e da redução das desigualdades sociais, nos termos do artigo 170 da Constituição de 1988. Ainda, que constituem objetivos da Ordem Social o bem-estar e a justiça social, nos termos do artigo 193 da Constituição de 1988, e que até mesmo o Sistema Único de Saúde deve colaborar na proteção do meio ambiente, a teor do inciso VIII do artigo 200 da Constituição de 1988.

Aliado a tudo isso, nos termos do artigo 225 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, cumpre destacar que todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e de preservá-lo para as presentes e futuras gerações (o que revela um compromisso de equidade intergeracional, um exercício de alteridade ecológica).

O Constitucionalismo, fundado em normas rígidas para alteração pelo Poder Reformador, hierarquicamente superiores à legislação ordinária e passíveis de controle jurisdicional de constitucionalidade e convencionalidade, possui afirmação, do ponto de vista do plano de validade das leis em geral, após a Segunda Guerra Mundial. As bombas atômicas de Hiroshima e Nagasaki são exemplos eloquentes da necessidade de estabelecimento de uma dimensão moral como pressuposto de validade da ordem jurídica.

A partir de então, sobretudo por meio dos Direitos Fundamentais, passou a ser reestruturado o Direito com uma dimensão substancial ou de conteúdo normativo valorativo, para além do mero positivismo jurídico (que se contentava apenas com o preenchimento das formas e com a observância dos procedimentos relativos à produção normativa), resgatando uma percepção de certa forma jusnaturalista, segundo a qual,

princípios éticos de justiça estabelecem uma conexão entre direito e moral.

Logo, os Direitos Fundamentais consagrados na Constituição brasileira constituem as bases éticas de todo o sistema jurídico nacional, servindo de veículos aos princípios e às regras de justiça.

De acordo com Vidal Serrano Nunes Júnior:

Podemos conceituar direitos fundamentais como o sistema aberto de princípios e regras que, ora conferindo direitos subjetivos a seus destinatários, ora conformando a forma de ser e de atuar do Estado que os reconhece, tem por objetivo a proteção do ser humano em suas diversas dimensões, a saber: em sua liberdade (direitos e garantias individuais), em suas necessidades (direitos sociais, econômicos e culturais) e em relação à sua preservação (solidariedade).²

Os direitos fundamentais, como o próprio nome está a revelar, fundamentam todo o sistema jurídico (característica da fundamentalidade) e são vinculantes para os entes públicos e setores privados (característica da vinculatividade). Ademais, são regidos pelos vetores da universalidade, da historicidade e da inalienabilidade, além de constitucionalmente protegidos e petrificados contra propostas legislativas tendentes à abolição, as quais sequer poderão ser objeto de deliberação (parágrafo 4º do artigo 60 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988).

Essa noção de direitos fundamentais também forma verdadeira cláusula aberta de tutela jurídica, no Brasil, pois não excluem outros direitos ainda que implicitamente decorrentes do regime e dos princípios adotados pela Constituição e pelos Tratados Internacionais (parágrafo 2º do artigo 5º da Constituição de 1988), possuindo aplicabilidade imediata

2 NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **A Cidadania Social na Constituição de 1988: estratégias de positivação e exigibilidade judicial dos direitos sociais**. São Paulo: Verbatim, 2009, p. 15.

(parágrafo 1º do artigo 5º da Constituição de 1988).

Os Direitos Fundamentais, sob a ótica do magistrado gaúcho Ingo Wolfgang Sarlet, integram a essência do Estado Constitucional, ao lado da definição da forma de Estado, do sistema de Governo e da organização de Poder, constituindo não apenas parte da Constituição formal, mas elemento nuclear da Constituição material, de sorte que

a dimensão valorativa dos direitos fundamentais constitui noção intimamente agregada à compreensão de suas funções e importância num Estado de Direito que efetivamente mereça ostentar este título [...] Além da íntima vinculação entre as noções de Estado de Direito, Constituição e Direitos Fundamentais, estes, sob o aspecto de concretização do princípio da dignidade da pessoa humana, bem como dos valores da igualdade, liberdade e justiça, constituem condição de existência e medida de legitimidade de um autêntico Estado Democrático e Social de Direito.³

A dimensão substancial da Democracia, garantida e petrificada através da fundamentalidade dos direitos, deve vincular até mesmo, eventuais poderes circunstancialmente majoritários, não comportando restrição (dever de não violação) e impondo satisfação (dever de prestação).

Da construção democrática consubstanciada na cláusula Estado Democrático de Direito Social (nesta contida as dimensões progressivas dos direitos políticos, dos direitos civis, dos direitos de liberdade ou liberais e dos direitos sociais), máxime a partir dos dispositivos insertos nos artigos 170, inciso VI, 186, inciso II, e 225, todos da Constituição de 1988, fica evidente o estabelecimento de um projeto político perfeitamente ajustado ao Princípio do Desenvolvimento Sustentável.

O Estado de Direito, então, por meio de seu processo evolutivo e dialético, passando pelas dimensões do Estado Constitucional, do Estado Democrático e do Estado Social, avançou e passou a agregar o horizonte

3 SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 64 e 66.

valorativo do Estado Socioambiental, incluindo valores relacionados à Solidariedade, para as presentes e futuras gerações.

A fundamentalidade do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e com equidade intergeracional (para as futuras gerações), portanto, decorre da concepção materialmente aberta de tutela dos direitos fundamentais constantes no parágrafo 2º do artigo 5º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, embora não esteja expressamente catalogado no Título II.

Como ressalta Tiago Fensterseifer:

É, portanto, a partir de uma leitura material do seu conteúdo e das relações que mantém com os demais valores constitucionais fundamentais que o direito ao ambiente alcança o status de direito fundamental. A configuração de sua fundamentalidade resulta da sua identificação com os valores que compõem o conteúdo essencial do princípio da dignidade humana e do Estado de Direito brasileiro.⁴

Ademais, no sistema constitucional brasileiro, até porque indispensável à sadia qualidade de vida (com vistas ao vetor da dignidade humana), nos termos do artigo 225 da Constituição de 1988, o direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, para as presentes e futuras gerações, também se encontra indene a reformas pelo Poder Constituinte Derivado, por força do inciso IV do parágrafo 4º do artigo 60 da Carta Política (cláusula pétrea).

Então, o direito ao ambiente ecologicamente equilibrado e o decorrente dever fundamental de proteção ambiental integram a esfera

4 FENSTERSEIFER, Tiago. **Direitos Fundamentais e Proteção do Ambiente: a dimensão ecológica da dignidade humana no marco jurídico-constitucional do Estado Socioambiental de Direito**, p. 167.

dos valores de justiça indisponíveis da sociedade brasileira, na condição de normas fundamentais, demandando dos poderes públicos e da sociedade em geral não só a sua observância e guarda (postura defensiva), mas também a sua promoção (postura prestacional).

Sobre a proteção ambiental como direito fundamental de terceira dimensão, afeto ao postulado da Solidariedade, leia-se o seguinte julgado do Supremo Tribunal Federal:

MEIO AMBIENTE – DIREITO À PRESERVAÇÃO DE SUA INTEGRIDADE (CF, ART. 225) - PRERROGATIVA QUALIFICADA POR SEU CARÁTER DE METAINDIVIDUALIDADE- DIREITO DE TERCEIRA GERAÇÃO (OU DE NOVÍSSIMA DIMENSÃO) QUE CONSAGRA O POSTULADO DA SOLIDARIEDADE - NECESSIDADE DE IMPEDIR QUE A TRANSGRESSÃO A ESSE DIREITO FAÇA IRROMPER, NO SEIO DA COLETIVIDADE, CONFLITOS INTERGENERACIONAIS - ESPAÇOS TERRITORIAIS ESPECIALMENTE PROTEGIDOS (CF, ART. 225, § 1º, III) - ALTERAÇÃO E SUPRESSÃO DO REGIME JURÍDICO A ELES PERTINENTE - MEDIDAS SUJEITAS AO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA RESERVA DE LEI - SUPRESSÃO DE VEGETAÇÃO EM ÁREA DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE - POSSIBILIDADE DE A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA, CUMPRIDAS AS EXIGÊNCIAS LEGAIS, AUTORIZAR, LICENCIAR OU PERMITIR OBRAS E/OU ATIVIDADES NOS ESPAÇOS TERRITORIAIS PROTEGIDOS, DESDE QUE RESPEITADA, QUANTO A ESTES, A INTEGRIDADE DOS ATRIBUTOS JUSTIFICADORES DO REGIME DE PROTEÇÃO ESPECIAL - RELAÇÕES ENTRE ECONOMIA (CF, ART. 3º, II, C/C O ART. 170, VI) E ECOLOGIA (CF, ART. 225) - COLISÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS- CRITÉRIOS DE SUPERAÇÃO DESSE ESTADO DE TENSÃO ENTRE VALORES CONSTITUCIONAIS RELEVANTES – OS DIREITOS BÁSICOS DA PESSOA HUMANA E AS SUCESSIVAS GERAÇÕES (FASES OU DIMENSÕES) DE DIREITOS (RTJ 164/158, 160-161) - A QUESTÃO

DA PRECEDÊNCIA DO DIREITO À PRESERVAÇÃO DO MEIO AMBIENTE: UMA LIMITAÇÃO CONSTITUCIONAL EXPLÍCITA À ATIVIDADE ECONÔMICA (CF, ART. 170, VI) - DECISÃO NÃO REFERENDADA - CONSEQUENTE INDEFERIMENTO DO PEDIDO DE MEDIDA CAUTELAR. A PRESERVAÇÃO DA INTEGRIDADE DO MEIO AMBIENTE: EXPRESSÃO CONSTITUCIONAL DE UM DIREITO FUNDAMENTAL QUE ASSISTE À GENERALIDADE DAS PESSOAS.

Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. Trata-se de um típico direito de terceira geração (ou de novíssima dimensão), que assiste a todo o gênero humano (RTJ 158/205-206). Incumbe, ao Estado e à própria coletividade, a especial obrigação de defender e preservar, em benefício das presentes e futuras gerações, esse direito de titularidade coletiva e de caráter transindividual (RTJ 164/158-161). O adimplemento desse encargo, que é irrenunciável, representa a garantia de que não se instaurarão, no seio da coletividade, os graves conflitos intergeracionais marcados pelo desrespeito ao dever de solidariedade, que a todos se impõe, na proteção desse bem essencial de uso comum das pessoas em geral. Doutrina.

A ATIVIDADE ECONÔMICA NÃO PODE SER EXERCIDA EM DESARMONIA COM OS PRINCÍPIOS DESTINADOS A TORNAR EFETIVA A PROTEÇÃO AO MEIO AMBIENTE.

A incolumidade do meio ambiente não pode ser comprometida por interesses empresariais nem ficar dependente de motivações de índole meramente econômica, ainda mais se se tiver presente que a atividade econômica, considerada a disciplina constitucional que a rege, está subordinada, dentre outros princípios gerais, àquele que privilegia a “defesa do meio ambiente” (CF, art. 170, VI), que traduz conceito amplo e abrangente das noções de meio ambiente natural, de meio ambiente cultural, de meio ambiente artificial (espaço urbano) e de meio ambiente laboral. Doutrina. Os instrumentos jurídicos de caráter legal e de natureza constitucional objetivam viabilizar a tutela efetiva do meio ambiente, para que não se alterem as propriedades e os atributos que lhe são inerentes, o que provocaria inaceitável comprometimento da saúde, segurança, cultura, trabalho e bem-estar da população, além de causar

graves danos ecológicos ao patrimônio ambiental, considerado este em seu aspecto físico ou natural.

A QUESTÃO DO DESENVOLVIMENTO NACIONAL (CF, ART. 3º, II) E A NECESSIDADE DE PRESERVAÇÃO DA INTEGRIDADE DO MEIO AMBIENTE (CF, ART. 225): O PRINCÍPIO DO DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL COMO FATOR DE OBTENÇÃO DO JUSTO EQUILÍBRIO ENTRE AS EXIGÊNCIAS DA ECONOMIA E AS DA ECOLOGIA.

O princípio do desenvolvimento sustentável, além de impregnado de caráter eminentemente constitucional, encontra suporte legitimador em compromissos internacionais assumidos pelo Estado brasileiro e representa fator de obtenção do justo equilíbrio entre as exigências da economia e as da ecologia, subordinada, no entanto, a invocação desse postulado, quando ocorrente situação de conflito entre valores constitucionais relevantes, a uma condição inafastável, cuja observância não comprometa nem esvazie o conteúdo essencial de um dos mais significativos direitos fundamentais: o direito à preservação do meio ambiente, que traduz bem de uso comum da generalidade das pessoas, a ser resguardado em favor das presentes e futuras gerações.

O ART. 4º DO CÓDIGO FLORESTAL E A MEDIDA PROVISÓRIA Nº 2.166-67/2001: UM AVANÇO EXPRESSIVO NA TUTELA DAS ÁREAS DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE.

A Medida Provisória nº 2.166-67, de 24/08/2001, na parte em que introduziu significativas alterações no art. 4º do Código Florestal, longe de comprometer os valores constitucionais consagrados no art. 225 da Lei Fundamental, estabeleceu, ao contrário, mecanismos que permitem um real controle, pelo Estado, das atividades desenvolvidas no âmbito das áreas de preservação permanente, em ordem a impedir ações predatórias e lesivas ao patrimônio ambiental, cuja situação de maior vulnerabilidade reclama proteção mais intensa, agora propiciada, de modo adequado e compatível com o texto constitucional, pelo diploma normativo em questão. - Somente a alteração e a supressão do regime jurídico pertinente aos espaços territoriais especialmente protegidos qualificam-se, por efeito da cláusula inscrita no art. 225, § 1º, III, da Constituição, como matérias sujeitas ao princípio da reserva legal. - É lícito ao Poder

Público - qualquer que seja a dimensão institucional em que se posicione na estrutura federativa (União, Estados-membros, Distrito Federal e Municípios) - autorizar, licenciar ou permitir a execução de obras e/ou a realização de serviços no âmbito dos espaços territoriais especialmente protegidos, desde que, além de observadas as restrições, limitações e exigências abstratamente estabelecidas em lei, não resulte comprometida a integridade dos atributos que justificaram, quanto a tais territórios, a instituição de regime jurídico de proteção especial (CF, art. 225, § 1º, III).

(STF, Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade 3540, Relator Ministro Celso de Mello)

Com isso, forçosa a conclusão de que a Constituição da República Federal do Brasil traz em seu bojo verdadeiro pacto social-democrático, o Estado Democrático de Direito Socioambiental, por meio de disposição de desenvolvimento econômico sustentável e de direitos sociais mínimos, a exemplo da saúde, da educação, da moradia, do trabalho e dos direitos previdenciários, pacto este que constitui a essência republicana brasileira com vistas a se construir uma sociedade justa, livre e solidária, com erradicação da pobreza e da marginalização, além da redução das desigualdades sociais (consoante leitura integrada dos artigos 1º e 3º da Constituição de 1988), estando o Poder Reformador implicitamente limitado a alterações ou a supressões de direitos fundamentais ou do orçamento mínimo para atendimento das demandas socioambientais da população, ainda que por Emendas Constitucionais, sob pena de insustentável retrocesso ecológico e social.

O princípio da vedação do retrocesso socioambiental está intimamente ligado à ideia de progressividade imanente à noção de justiça intergeracional contida no artigo 225 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, de sorte que

[...] se faz parte do compromisso da República brasileira proteger o meio ambiente no interesse das futuras gerações, deve-se reconhecer que o imperativo de sua proteção impõe claramente aos poderes públicos e a

toda a coletividade um dever de não diminuir, um imperativo de não retorno nos níveis de proteção ambiental.⁵

De acordo com Patryck de Araújo Ayala:

O princípio aponta para uma proibição da reversão no desenvolvimento dos direitos fundamentais e para uma garantia de não retorno a graus de proteção que já tenham sido ultrapassados [...] A proibição de retrocesso não se impõe enquanto um princípio geral que veda a revisão de escolhas sobre a concretização dos direitos fundamentais, mas se impõe estritamente sobre a garantia de revisão e de retorno na concretização de um mínimo, cujo conteúdo está materialmente associado à dignidade humana.⁶

O custeio adequado dos direitos relativos ao atendimento das necessidades vitais, na expressão do mínimo existencial, constitui faceta do vetor que proscreve uma proteção deficiente a Direitos Fundamentais, bem como dever de progressividade na efetivação desses direitos, tal como assumido pelo Brasil no Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (promulgado pelo Decreto nº 591/1992) e no Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (Protocolo de São Salvador, promulgado pelo Decreto nº 3.321/1999).

Logo, o custeio adequado e progressivo dos direitos ligados ao mínimo existencial não se encontra ao alvedrio do legislador, estando vinculado ao alcance das metas emancipatórias fixadas constitucionalmente. Foi o que decidiu, em 31 de agosto de 2017, o Ministro Ricardo Lewandowski, do Supremo Tribunal Federal, nos autos da Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.595, ajuizada pela Procuradoria-Geral da República contra os artigos 2º e 3º

5 MORATO LEITE, José Rubens et al. **Manual de Direito Ambiental**. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 116.

6 AYALA, Patryck de Araújo et al. **Direito Fundamental ao Ambiente e a Proibição de Regresso nos Níveis de Proteção Ambiental na Constituição Brasileira**. In: *Direito Ambiental e Sustentabilidade*. Curitiba: Juruá, 2012, p. 29 a 30.

da Emenda Constitucional nº 86, de 17 de março de 2015, que mascara grave redução do custeio do sistema de saúde pública da nação brasileira.⁷

Para a tutela efetiva ambiental, a Constituição de 1988 prevê, no inciso LXXIII do artigo 5º, que qualquer cidadão é parte legítima para propor Ação Popular que vise a anular ato lesivo ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, consoante a Lei nº 4.717, de 29 de junho de 1965, bem como atribui ao Ministério Público, em seu artigo 129, a função institucional de promover Ação Civil Pública para proteção do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos, nos termos da lei.

A Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, a propósito, que disciplina a Ação Civil Pública de responsabilidade por danos causados ao meio ambiente, dispõe que têm legitimidade para propor a ação coletiva, além do Ministério Público, a Defensoria Pública, a União, os Estados e os Municípios, bem como Autarquia, Empresa Pública, Fundação ou Sociedade de Economia Mista que albergue a proteção ambiental entre seus objetivos, além da Associação que, concomitantemente, esteja constituída há, pelo menos, um ano e inclua, entre suas finalidades institucionais, a proteção ambiental, restando com isso assaz reforçado o sistema processual para a proteção ecológica.

Vale mencionar, outrossim, a Ação Civil por Improbidade Administrativa, prevista no inciso 4º do artigo 37 da Constituição de 1988 e disciplinada na Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992. Também merece destaque a possibilidade de responsabilização criminal até mesmo de pessoa jurídica em caso de violação de tipos penais ambientais (parágrafo 3º do artigo 255 da Constituição de 1988 e Lei nº 9.605, de 12

⁷ Conforme excerto da decisão do Ministro Ricardo Lewandowski acima referida, “a ocorrência de reforma constitucional que vise ao aprimoramento dos direitos e garantias fundamentais é medida desejável de atualização dos fins e preceitos da CF, mas alterações que impliquem retrocesso no estágio de proteção por eles alcançado não são admissíveis, ainda que a pretexto de limites orçamentário-financeiros”.

de fevereiro de 1998).

Ainda como expressão de garantia da fundamentalidade do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, importante mencionar o Mandado de Segurança Coletivo, a ser manejado contra qualquer autoridade, para proteção de direito líquido e certo (inciso LXX do artigo 5º da Constituição de 1988 e Lei nº 12.016, de 7 de agosto de 2009).

E, por fim, a possibilidade de ingresso, pelos legitimados, de Ação Direta de Inconstitucionalidade de lei ou ato normativo (artigo 103 da Constituição de 1988 e Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999), com viabilidade de a matéria ambiental, portanto, ser diretamente questionada na Suprema Corte brasileira, inclusive com requerimento de suspensão cautelar de eficácia de lei lesiva ao meio ambiente considerado, a exemplo da ADI nº 1.856, do Estado do Rio de Janeiro, Relator Ministro Carlos Velloso, que suspendeu a eficácia de regra que autorizava competições entre galos de combate, por submeter tais animais a tratamento cruel.

Assim, nos termos do artigo 225, combinado com o parágrafo 2º do artigo 5º, ambos da Constituição de 1988, a proteção ao meio ambiente constitui Direito e Dever Fundamental, opção do Constituinte brasileiro para reforçar todo o sistema jurídico de tutela ecológica, mercê da aplicabilidade imediata (independentemente de desenvolvimento legislativo ulterior para ser exigido) e da imunidade à atuação do legislador quanto ao conteúdo normativo essencial.

2. O MEIO AMBIENTE ADEQUADO AO DESENVOLVIMENTO DA PESSOA COMO PRINCÍPIO REITOR DA POLÍTICA SOCIAL E ECONÔMICA (O CASO ESPANHOL)

No âmbito da Espanha, o artigo 1º da Constituição de 1978 prevê um Estado Social e Democrático de Direito que propugna como valores superiores de seu ordenamento jurídico a liberdade, a justiça, a igualdade e o pluralismo político. Ainda dispõe que a Soberania Nacional reside

com o povo espanhol, de onde emanam os Poderes do Estado. Adota a Monarquia Parlamentária como forma política.

A nação espanhola está fundamentada na sua união indissolúvel, pátria comum e indivisível de todos os espanhóis, embora expressamente reconhecida e garantida a autonomia das regiões que a integram e a solidariedade entre todas as comunidades, nos termos do artigo 2º da Constituição de 1978.

O pluralismo político também encontra previsão na Constituição Espanhola, concorrendo os partidos com a formação e manifestação da vontade popular, instrumento fundamental para a participação política. A criação e o exercício das atividades partidárias são livres, respeitados os ditames constitucionais e legais. Sua estrutura interna e funcionamento devem ser democráticos, conforme disposto no artigo 6º da Constituição de 1978.

Conforme disposição do artigo 9º da Constituição de 1978, os cidadãos e as autoridades públicas estão sujeitos à Constituição e ao resto do sistema legal. Cabe às autoridades públicas promover as condições para que a liberdade e a igualdade do indivíduo e dos grupos sejam reais e eficazes, bem como eliminar os obstáculos que impedem ou dificultam a plenitude da participação de todos os cidadãos na vida política, econômica, cultural e social. A Constituição espanhola ainda garante o princípio da legalidade, a hierarquia normativa, a publicidade das normas, a não retroatividade de sanções que não sejam favoráveis ou restritivas aos direitos individuais, à segurança jurídica, à responsabilidade e à proibição de poderes públicos arbitrários.

O Título I da Constituição Espanhola é que dispõe sobre os Direitos e Deveres Fundamentais. O Capítulo 1º trata dos Espanhóis e dos Estrangeiros. O Capítulo 2º prevê Direitos e Liberdades, sendo que **a Seção 1ª estabelece os Direitos Fundamentais** e as Liberdades Públicas e a Seção 2ª estabelece os Direitos e Deveres dos Cidadãos.

O Capítulo 3º, por seu turno, expressa os Princípios Reitores da Política Social e Econômica, estando compreendida a proteção ambiental (nos termos do artigo 45 da Constituição de 1978), cujo reconhecimento, respeito e proteção informam ou orientam a legislação positiva, a atividade judicial e toda a atuação dos Poderes Públicos, mas sua concreção imediata depende de ulterior legislação ordinária (diferentemente dos Direitos Fundamentais que possuem aplicabilidade imediata, vale dizer, independem de desenvolvimento legislativo para serem aplicados).

Assim, diferentemente do Brasil, a proteção ao meio ambiente na Espanha não está prevista na Constituição como um Direito Fundamental, mas sim como um Princípio Reitor da Política Social e Econômica.

Nos termos do artigo 45 da Constituição Espanhola de 1978:

1. Todos tienen el derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona, así como el deber de conservarlo.
2. Los poderes públicos velarán por la utilización racional de todos los recursos naturales, con el fin de proteger y mejorar la calidad de la vida y defender y restaurar el medio ambiente, apoyándose en la indispensable solidaridad colectiva.
3. Para quienes violen lo dispuesto en el apartado anterior, en los términos que la ley fije se establecerán sanciones penales o, en su caso, administrativas, así como la obligación de reparar el daño causado.

Na configuração constitucional da Espanha, princípios reitores estabelecem verdadeiros mandamentos de otimização para a máxima concreção da norma, independentemente do programa político do partido governista. Essas diretrizes, rigorosamente, orientam a atividade pública e determinam o conteúdo das políticas estatais, autônomas e locais quanto às questões sociais e econômicas. Tais princípios estão albergados pela rigidez constitucional, de sorte que somente por reforma constitucional é que podem ser modificados (ainda que via procedimento

simples, para caso de princípios reitores).

A proteção ao meio ambiente na Constituição como sendo um Princípio Reitor não o torna algo de somenos importância, havendo força normativa bastante para dirigir a atuação das pessoas em geral e dos órgãos públicos, bem como para ponderação frente a outros bens jurídicos constitucionais de igual ou maior alcance (STC 73/2000). Em sendo reitor da política social e econômica, tal princípio impõe um dever finalista de ampla proteção ao meio ambiente (STC 126/2002).

Para Miguel A. Aparicio Pérez e Mercè Barceló Serramalera,

[...] ello no obsta a su naturaleza de preceptos con carácter normativo, no meramente programático, que gozan de la más alta jerarquía jurídica y vinculan a todos los poderes públicos y particulares, de forma que constituyen también parámetro de constitucionalidad de las leyes para el Tribunal Constitucional (STC 45/1989).⁸

O termo “velarão” inserto no artigo 45 da Constituição de 1978 está a indicar que existe um dever de atuação positiva em favor do meio ambiente em todas as esferas (administrativa, legislativa e judicial), tanto que, nos Juízos e Tribunais, tal princípio tem servido de cânon hermenêutico, impondo uma interpretação do direito positivo num sentido mais favorável ao meio ambiente.⁹ A “qualidade de vida” também está proclamada no Preâmbulo da Constituição como objetivo do progresso econômico, para estabelecimento de uma justa ordem social, bem como no artigo 129, referente à Economia e Fazenda, este diretamente imbricado com a norma do artigo 130 da Constituição de 1978, que cuida da modernização e desenvolvimento de todos os setores econômicos, no que consiste a expressão constitucional espanhola da

8 PÉREZ, Miguel Aparicio e SERRAMALERA, Mercè Barceló. **Manual de Derecho Constitucional**. Barcelona: Atelier Libros Jurídicos, 2016, p. 714.

9 Nesse sentido ver CABALLERO, Francisco Velasco. **Comentarios a la Constitución Española**. Directores Maria Emilia Casas Baamonde e Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer. Madrid: Fundación Wolters Kluwer, 2008, p. 45.

noção de Desenvolvimento Sustentável.

De qualquer sorte, independentemente de reconhecimento positivo em textos constitucionais, um meio ambiente adequado ao desenvolvimento da pessoa vem a ser, no fundo, um Direito Humano, vale dizer, um Direito Natural que precede e independe de textos normativos e de declarações internacionais de direitos. Atualmente, diante do grave quadro de crise socioambiental em que vivemos, forçosa a compreensão de ser a Sustentabilidade (com suas dimensões ambientais, econômicas e sociais) verdadeiro metaprincípio, expressão maior do Princípio da Dignidade Humana, ou seja, um valor fundamental, um conceito geral que deve ser aplicado do mesmo modo que outros conceitos de direitos fundamentais, como o da Liberdade, o da Igualdade e o da Justiça.¹⁰ Talvez num futuro breve o Direito Ambiental até mesmo desapareça como ramo próprio do Direito, na sua feição monopolista de proteção socioambiental, passando a figurar imbricado no embasamento de todo o Direito e de todas as Ciências e, ao mesmo tempo, no objetivo a ser perseguido pelo ordenamento em seu conjunto (numa visão sistêmica e transnacional).

Não obstante, superada a problemática da eficácia constitucional, **a distinção entre Direito Fundamental e Princípio Reitor assume especial relevância e permite certa crítica do ponto de vista**

10 “A Sustentabilidade tem características históricas, conceituais e éticas de um princípio jurídico. Como os ideais e justiça e direitos humanos, a Sustentabilidade pode ser vista como um ideal para a civilização tanto no nível nacional como internacional. Quando aceita como princípio jurídico, a Sustentabilidade confirma todo o sistema legal [...] Lowe considera o desenvolvimento sustentável como um Metaprincípio, agindo em outras regras e princípios jurídicos, um conceito jurídico que exerce uma espécie de normatividade intersticial, empurrando e puxando as fronteiras das verdadeiras normas primárias, quando eles ameaçam sobrepor-se ou entrar em conflito entre si” (BOSELNANN, Klaus. **O Princípio da Sustentabilidade**: transformando direito e governança. Tradução de Phillip Gil França. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 21 e 74).

acadêmico, haja vista que o próprio texto constitucional espanhol diferencia o tratamento processual dos respectivos bens jurídicos, permitindo Recurso de Amparo diretamente no Tribunal Constitucional e procedimento sumário junto a Tribunais Ordinários para casos de violação de Direitos Fundamentais (Seção 1ª do Capítulo 2º) e restringindo a alegação de malferimento a Princípios Reitores exclusivamente à Jurisdição Ordinária, conforme consta no artigo 53 da Constituição de 1978, nestes termos:

1. Los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo segundo del presente Título vinculan a todos los poderes públicos. Sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades, que se tutelarán de acuerdo con lo previsto en el artículo 161, 1, a).
2. Cualquier ciudadano podrá recabar la tutela de las libertades y derechos reconocidos en el artículo 14 y la Sección primera del Capítulo segundo ante los Tribunales ordinarios por un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad y, en su caso, a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. Este último recurso será aplicable a la objeción de conciencia reconocida en el artículo 30.
3. El reconocimiento, el respeto y la protección de los principios reconocidos en el Capítulo tercero informarán la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos. Sólo podrán ser alegados ante la Jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen.

Ora, bem analisados os dispositivos constitucionais em questão, não se verifica discrimen bastante para se atribuir um regime de garantias de menor intensidade em relação aos Princípios Reitores da Política Social e Econômica, dificultando sobremaneira a declaração de inconstitucionalidade de uma legislação ambiental, máxime dada a importância e relevância social dos vetores positivados no Capítulo 3º do

Título I da Constituição de 1978.¹¹

Se a intenção do Constituinte espanhol foi a de excluir os Princípios Reitores da condição de direitos subjetivos é de se ver que, do ponto de vista da eficácia constitucional, tal conclusão comporta certa revisão e atualização, principalmente diante do panorama de ecocrise de que nos ocupa e preocupa e que, no fundo, revela de forma indissociável uma crise de valores, culturais e espirituais, uma verdadeira crise civilizatória, amparada num modelo econômico sem base sustentável que acaba atingindo as estruturas democráticas.¹²

No entender de Francisco Velasco Caballero:

De aquí ha concluido frecuentemente la doctrina que no estamos ante un derecho subjetivo (Serrano, 1988, p. 79, Martín Mateo, 1991, pp. 108 y 150). Pero esa doctrina puede ser revisada. Se ha dicho, en este sentido, que el derecho al ambiente es un derecho subjetivo de naturaleza constitucional. A mi juicio, el art. 45.1 CE reconoce un verdadero derecho (público subjetivo) al libre desarrollo de la persona en un entorno (medio ambiente) adecuado. Y está garantizado mediante acción de defensa: recurso contencioso-administrativo ordinario (similar: Jordano Fraga, 1995, p. 472). Del art. 45.1 CE se deriva, primeramente, una esfera individual de poder jurídico (libertad) inmediatamente delimitada por la Constitución. El derecho subjetivo del art. 45.1 protege un círculo

11 A Constituição Espanhola prevê como Princípios Reitores (artigos 39 a 52), além do Meio Ambiente, a proteção da Família, da Filiação, os Direitos Trabalhistas, a Seguridade Social e a Saúde Pública, a Conservação dos Espaços Culturais e do Patrimônio Histórico e Artístico, o Direito à Moradia, além da proteção aos Idosos, Incapazes e Consumidores.

12 Sobre o momento de crise e a necessidade de concretização democrática da Constituição, remetemos o leitor para um outro artigo que escrevemos. BALTAZAR, Iolmar Alves e MATZENBACHER, Márcia Krischke. O papel do Poder Judiciário em época de crisis: uma análise voltada para a concretização democrática da Constituição. Disponível em: <http://emporiododireito.com.br/backup/o-papel-do-poder-judiciario-em-epoca-de-krisis-por-iolmar-alves-baltazar-e-marcia-krischke-matzenbacher>. Acesso em: 28 dez. 2017.

vital adecuado (medio ambiente adecuado) en tanto determinante para el desarrollo (libre) de la persona. Protege contra intervenciones públicas en partes del medio ambiente estrechamente conectadas con el individuo: el círculo de vida del individuo [...].¹³

Conforme sustenta Valeriano Bermúdez Palomar:

Sin embargo, tal y como ha señalado Lopez Ramón, apesar de que en este precepto era clara la ausencia de un compromiso constitucional en la tutela judicial de los principios económicos e sociales, ello no significaba la inexistencia de garantías suficientes para hacer efectiva la vinculación de los poderes públicos a los principios. De hecho, el artículo 53.3 sólo impide su alegación ante la jurisdicción ordinaria, pero no ante el Tribunal Constitucional, que a través de la declaración de inconstitucionalidad puede garantizar la efectiva vinculación de todos los poderes públicos del Estado a la protección del medio ambiente.¹⁴

Assim, a necessidade de desenvolvimento legislativo relacionado à realização de um meio ambiente sadio para o desenvolvimento da pessoa deve ser considerada mais ao conteúdo substantivo propriamente dito do que em relação aos requisitos de legitimação para subjetivização do direito à efetiva proteção ambiental.

Como doutrinam Miguel A. Aparicio Pérez e Mercè Barceló Serramalera:

Ciertas interpretaciones doctrinales han considerado, en base a este precepto, que los principios rectores constituyen disposiciones sin eficacia jurídica, por cuanto non gozam de aplicación directa desde la Constitución ante los tribunales. No obstante, este argumento presenta diversos problemas: no tiene en cuenta la complejidad del concepto de eficacia jurídica de las normas constitucionales y se basa en una noción garantista muy limitada, que únicamente tiene en cuenta la exigibilidad

13 CABALLERO, Francisco Velasco. **Comentarios a la Constitución Española**, p. 45.

14 PALOMAR, Valeriano Bermúdez. **El Proceso de Subjetivización del Derecho a Disfrutar un Medio Ambiente Adecuado em el Artículo 45 de la Constitución Española**. Madri: Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente, 2011, p. 184.

jurisdiccional de estas normas, sin considerar otras posibles garantías [...] la consideración de los principios rectores como enunciados que no tienen eficacia directa debe ser notablemente modulada. Si es cierto que su eficacia concreta se halla limitada en su sentido positivo por efecto del artículo 53.3 CE, ello no excluye su eficacia negativa e interpretativa en el caso concreto, ni impide su eficacia normativa abstracta frente a todos los poderes públicos [...] La falta de concreción legislativa de los principios rectores no impide, sin embargo, su alegación ante los tribunales como elementos que contribuyen a la interpretación de otras normas del ordenamiento jurídico, ni impide su alegación en procesos que tengan lugar ante la Administración [...] No obstante, tanto el Parlamento español como las asambleas legislativas autonómicas han realizado una importante labor de concreción de los principios rectores, desarrollando efectivamente su papel de garantes de la Constitución.¹⁵

Para contornar essa diferenciação processual, aliás, o Tribunal Constitucional espanhol tem reconhecido conteúdos ambientais em certos Direitos Fundamentais, a exemplo do direito à inviolabilidade de domicílio quanto ao agente ruído excessivo.

De acordo com Valeriano Bermúdez Palomar:

La formidable evolución tecnológica de la sociedad postindustrial y el aumento de nuestra capacidad contaminante y destructiva del medio que nos rodea, unido al ecologismo y la reacción social ante el deterioro que experimenta nuestro entorno han situado al medio ambiente en el centro de las agendas políticas y sociales. Desde el punto de vista estrictamente jurídico, doctrina e jurisprudencia han iniciado, desde distintos ángulos, un proceso evolutivo sin retorno, tendente a la consagración de la protección medioambiental al máximo nivel normativo, bien identificando contenidos ambientales en derechos subjetivos típicos como el derecho a la vida, a la propiedad, a la intimidad del domicilio o a la información, bien señalando un carácter bifronte en la protección al medio ambiente como principio rector de la política social y económica y

15 PÉREZ, Miguel Aparicio e SERRAMALERA, Mercè Barceló. **Manual de Derecho Constitucional**. Barcelona: Atelier Libros Jurídicos, 2016, p. 716 a 718.

como derecho subjetivo en el marco de un Estado ambiental.¹⁶

A Constituição espanhola, ao estabelecer o direito a desfrutar de um meio ambiente adequado para o desenvolvimento da pessoa, assim como o dever de conservá-lo, firma uma dupla natureza jurídica, como bem ressaltam Miguel A. Aparicio Pérez e Mercè Barceló Serramalera:

Por un lado se reconoce un derecho subjetivo que consiste en el disfrute de un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona. Por otro lado, se establece un deber de conservación del mismo. Como ya se ha visto, la ubicación de este precepto en el capítulo III del título I de la Constitución no afecta a su naturaleza de derecho, que se deriva de su estructura normativa como relación entre un sujeto titular, el objeto del derecho (el disfrute del medio ambiente adecuado) y un sujeto obligado [...] Se trata, por su finalidad, de un derecho social, un derecho de solidaridad, la satisfacción del derecho exigirá de los poderes públicos ciertas actividades positivas (no únicamente de abstención).¹⁷

A proteção ambiental como Princípio Reitor, em vista disso, pode servir até mesmo para limitar certos Direitos Fundamentais, como a liberdade empresarial e a propriedade privada, nos termos da jurisprudência espanhola atual, atendido a critérios de proporcionalidade e a um fim constitucionalmente legítimo, numa interpretação expansiva do artigo 45 da Constituição de 1978.

Logo, com espeque na força normatiza da Constituição (enquanto norma fundante e de conformação de toda a ordem jurídica) e com vistas a um Estado de Direito Socioambiental, na busca da Sustentabilidade, numa evolução do paradigma afeto ao Princípio Reitor da tutela ecológica, imperativa a conclusão no sentido de que o artigo 45 da Constituição da Espanha de 1978 não impede de forma absoluta o reconhecimento

16 PALOMAR, Valeriano Bermúdez. **El Proceso de Subjetivación del Derecho a Disfrutar un Medio Ambiente Adecuado em el Artículo 45 de la Constitución Española**, p. 196.

17 PÉREZ, Miguel Aparicio e SERRAMALERA, Mercè Barceló. **Manual de Derecho Constitucional**. Barcelona: Atelier Libros Jurídicos, 2016, p. 745.

de uma certa subjetivização do direito ao meio ambiente adequado ao desenvolvimento da pessoa e, ao mesmo tempo, um dever de conservação do sistema que garante a vida humana na Terra.

3. A VONTADE POLÍTICA DE CONCREÇÃO CONSTITUCIONAL E A CONSCIENTIZAÇÃO AMBIENTAL PARA UMA EFETIVA TUTELA DO MEIO AMBIENTE

Vistas as diferentes configurações jurídicas da tutela constitucional do meio ambiente, no Brasil como Direito Fundamental e na Espanha como Princípio Reitor da Política Social e Econômica, evidenciado fica que o sistema espanhol apresenta um relativo rebaixamento do nível de proteção jurídica, em comparação com o modelo brasileiro.

Isso porque os Princípios Reitores não são reconhecidos propriamente como direitos subjetivos, somente passíveis de alegação ante a Jurisdição Ordinária e de acordo com o disposto nas leis que os regulamentam, restando subtraída, em vista disso, a possibilidade de utilização de um procedimento sumário e do manejo do Recurso de Amparo perante o Tribunal Constitucional, nos termos do artigo 53 da Constituição de 1978.

Sem embargo, esforços atuais da doutrina e da jurisprudência, como se viu no tópico acima, atentos ao atual quadro de crise socioambiental, têm procurado modular e atualizar referidos preceitos com base na força normativa da Constituição e também porque alguns vetores da ordem econômica e social, no fundo, contêm proposições normativas em forma de verdadeiros direitos, a exemplo da proteção ao meio ambiente adequado para o desenvolvimento da pessoa (artigo 45) e do direito à proteção da saúde (artigo 43).

Malgrado distintos tratamentos constitucionais em relação ao meio

ambiente, no Brasil como Direito Fundamental e na Espanha como Princípio Reitor, acreditamos que uma efetiva proteção socioambiental depende, rigorosamente, muito mais de conscientização socioambiental em geral e de uma vontade política da governança voltada para a Sustentabilidade do que da topografia ou da qualidade normativa no texto constitucional.

Na Espanha, a partir do princípio reitor do artigo 45 da Constituição de 1978 e como reflexo da crescente sensibilidade em torno das questões socioambientais, vários diplomas legislativos têm surgido impulsionados em grande medida por acordos internacionais e por disposições da União Europeia, a exemplo da Lei nº 34/2007, que cuida da qualidade do ar e da proteção da atmosfera, da Lei nº 22/1988, de proteção das costas, da Lei nº 4/1989, que trata da conservação dos espaços naturais e da flora e fauna silvestres, da Lei nº 22/2011, que dispõe acerca dos resíduos e solos contaminados, da Lei nº 21/2013, referente à avaliação de impacto ambiental, do Real Decreto Legislativo 1/2001, que aprova o texto refundido da Lei de Águas, da Lei nº 16/2002, de prevenção e controle integrado da contaminação, da Lei nº 37/2003, que trata do ruído, e da Lei nº 1/2005, que regula o regime do comércio de direitos de emissão de gases de efeito estufa.

Os Poderes Constituídos espanhóis, então, têm realizado importante trabalho para a concreção dos princípios reitores ambientais insertos no texto constitucional, desenvolvendo efetivamente seu papel de garantes da Constituição.

Isso não quer dizer que, no Brasil, não haja uma produção legislativa em defesa do meio ambiente.

A questão que se coloca como mote deste trabalho é que em países com níveis educacionais desenvolvidos basta a disposição de meros princípios reitores para a fiel observação, respeito e cumprimento de seus preceitos.

Poderíamos exemplificar com a reciclagem dos resíduos domésticos, algo simples, básico mesmo, que serve para retratar bem o nível de conscientização e educação ambiental.

Reportagem veiculada no jornal eletrônico El País dá conta de que a Espanha recicla algo em torno de 74,8 por cento dos resíduos domésticos, o que materializa um total aproximado de 1.300.339 toneladas de resíduos reutilizados. Esses dados, segundo a matéria jornalística, representam economia de 4,6 milhões de megawatts/hora, a energia necessária para 47,5 por cento dos celulares na Espanha.¹⁸

No Brasil, reportagem apresentada no jornal eletrônico G1 informa que dados do Sistema Nacional de Informações sobre Saneamento, referentes a 2012, apontam que só 3,1 por cento do lixo gerado no país naquele ano foi destinado à coleta seletiva e que 1,5 por cento dos resíduos domiciliares foram recuperados. Menciona, ainda, que o aumento da geração de lixo no país foi muito maior do que o crescimento populacional. De 2003 a 2014, a geração de lixo cresceu 29 por cento, enquanto a taxa de crescimento populacional foi de 6 por cento.¹⁹

Claro que tais dados apenas servem para ilustrar o que é passível de constatação pessoal a qualquer cidadão brasileiro que passar a morar e a conviver na Espanha ainda que por breve período de tempo. Há contenedores nas ruas a cada 100 metros, aproximadamente, inclusive para coleta de óleo de cozinha e vidros. É possível notar que a maioria dos seus vizinhos os utilizam diariamente, descartando seus resíduos domésticos apropriadamente.

18 ROSILLO, Carlos. **Espanña Recicla el 74,8% de los Envases domésticos.** El País. Disponível em: https://elpais.com/economia/2016/05/13/actualidad/1463133365_188185.html. Acesso em: 28 dez. 2017.

19 LENHARO, Mariana. **Mesmo com Política de Resíduos, 41,6% do Lixo tem Destino Inadequado.** Globo G1. Disponível em: <http://g1.globo.com/natureza/noticia/2015/07/mesmo-com-politica-de-residuos-416-do-lixo-tem-destino-inadequado.html>. Acesso em: 28 dez. 2017.

Logo, o fato de um país considerar a proteção do meio ambiente como Direito Fundamental não quer dizer que será mais eficaz e eficiente do que outro que positivar a questão socioambiental como um Princípio Reitor, porquanto o diferencial está na vontade política de concreção da norma, na conscientização e educação ambiental, no compromisso de todos com os ditames constitucionais, a partir de atitudes sustentáveis²⁰, valores éticos e responsividade, mediante solidariedade e alteridade intergeracional.

A efetividade comportamental da ética ambiental somente será atingida por meio do estímulo à conscientização, sendo muito importante, portanto, fortes ações ecopedagógicas.²¹

O melhor dos instrumentos para assegurar um meio ambiente ecologicamente equilibrado, portanto, desborda da positivação e da qualidade ou topografia normativa constitucional, vindo a ser a educação ecológica (numa visão holística e interdisciplinar), entendida está como um processo pelo qual se constroem valores sociais, conhecimentos, habilidades, atitudes e competências voltadas para a conservação do meio ambiente, não direcionada para uma pedagogia meramente comportamental, mas sim orientada para uma ética de solidariedade que leve em conta o aspecto globalizante do meio ambiente (natural, artificial, tecnológico, social, econômico, político, cultural, moral e estético).

20 Sustentabilidade é o “princípio constitucional que determina, independentemente de regulação legal, com eficácia direta e imediata, a responsabilidade do Estado e da sociedade pela concretização solidária do desenvolvimento material e imaterial, socialmente inclusivo, durável e equânime, ambientalmente limpo, inovador, ético e eficiente, no intuito de assegurar, preferencialmente de modo preventivo e precavido, no presente e no futuro, o direito ao bem-estar físico, psíquico e espiritual, em consonância homeostática com o bem de todos” (FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade**: direito ao futuro. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 40-41).

21 Práticas educacionais desenvolvidas como um processo que objetivam a consciência ética ambiental e que estão voltadas à prevenção de danos e à proteção ao meio ambiente.

Para Miguel Martínez Martín, professor da Universidade de Barcelona:

La educación ambiental no puede abordarse como un conjunto de contenidos informativos, conceptuales, procedimentales y actitudinales. La educación ambiental debe abordarse como una propuesta formativa de carácter integral con intencionalidad pedagógica de afectar a la globalidad de la persona. La necesidad de plantearmos la educación ambiental como un reto pedagógico esta motivada por la problemática ambiental que caracteriza nuestro contexto sociocultural y natural y que es fruto de un inadecuado sistema de relaciones entre cada uno de nosotros y nuestro entorno. Es necesario pensar y construir conocimiento sobre como abordar propuestas pedagógicas de educación ambiental de carácter global y como evaluar sus efectos. Es necesaria una propuesta pedagógica en sentido amplio que suponga un cambio de mirada y de practicas en las maneras como nos relacionamos con nuestro entorno.²²

Afinal, como disse o educador brasileiro Paulo Freire, a educação não é a salvação, mas não há salvação sem ela.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Este trabalho teve o propósito de oferecer, de forma sintética e objetiva, em relação à proteção constitucional do meio ambiente, um panorama e breve análise comparativa entre o artigo 225 da Constituição do Brasil de 1988 (enquanto Direito Fundamental) e o artigo 45 da Constituição da Espanha de 1978 (enquanto Princípio Reitor da Política Social e Econômica).

Salientou que a fundamentalidade do direito ao meio ambiente

22 MARTÍN, Miguel Martínez. **Una Propuesta de Aprendizaje Ético para la Educación Ambiental**. In: Educación Ambiental y Sostenibilidad. Víctor-Javier Mangas Martín (Coordinador). Universidad de Alicante, Murcia: Compobell, 2003, p. 29.

ecologicamente equilibrado e com equidade intergeracional decorre da concepção materialmente aberta de tutela dos Direitos Fundamentais, constante no parágrafo 2º do artigo 5º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Que o direito ao ambiente ecologicamente equilibrado e o decorrente dever fundamental de proteção ambiental integram a esfera dos valores de Justiça indisponíveis da sociedade brasileira, na condição de normas fundamentais, com aplicabilidade imediata, demandando dos Poderes Públicos e da Sociedade em geral não só a sua observância e guarda (postura defensiva), mas também a sua promoção (postura positiva ou prestacional).

Ademais, abordou a distinção, na Constituição Espanhola de 1978, entre os Direitos Fundamentais e os Princípios Reitores da Política Social e Econômica, cujo reconhecimento, respeito e proteção informam ou orientam a legislação positiva, a atividade judicial e toda a atuação dos Poderes Públicos, mas sua concreção imediata depende de ulterior legislação ordinária. Esclareceu que, diferentemente do Brasil, a proteção ao meio ambiente na Espanha não está prevista na Constituição como um Direito Fundamental, mas sim como um Princípio Reitor da Política Social e Econômica.

Evidenciou que o sistema espanhol apresenta um relativo rebaixamento do nível de proteção jurídica, em comparação com o modelo brasileiro, haja vista que os Princípios Reitores não são reconhecidos propriamente como direitos subjetivos, somente passíveis de alegação ante a Jurisdição Ordinária e de acordo com o disposto nas leis que os regulamentam, restando subtraída, em vista disso, a possibilidade de utilização de um procedimento sumário e do manejo do Recurso de Amparo perante o Tribunal Constitucional. Sem embargo, apontou os esforços da doutrina e da jurisprudência, atentos ao atual quadro de crise socioambiental, no sentido de modular e atualizar referidos preceitos com base na força normativa da Constituição e também porque alguns vetores da ordem econômica e social, no fundo, contêm proposições

normativas em forma de verdadeiros direitos.

Por fim, sustentou que uma efetiva proteção socioambiental depende, rigorosamente, muito mais da conscientização em geral e de uma vontade política da governança voltada para a Sustentabilidade do que da topografia ou da qualidade normativa no texto constitucional, sendo a educação o melhor dos instrumentos para se assegurar um meio ambiente ecologicamente equilibrado.

REFERÊNCIAS

AYALA, Patryck de Araújo et al. **Direito Fundamental ao Ambiente e a Proibição de Regresso nos Níveis de Proteção Ambiental na Constituição Brasileira**. In: Direito Ambiental e Sustentabilidade. Curitiba: Juruá, 2012.

BALTAZAR, Iolmar Alves e MATZENBACHER, Márcia Krischke. **O Papel do Poder Judiciário em Época de Krisis: uma análise voltada para a concretização democrática da Constituição**. Disponível em: <http://emporiododireito.com.br/backup/o-papel-do-poder-judiciario-em-epoca-de-krisis-por-iolmar-alves-baltazar-e-marcia-krischke-matzenbacher>. Acesso em: 28 dez. 2017.

BOSELTMANN, Klaus. **O Princípio da Sustentabilidade: transformando direito e governança**. Tradução de Phillip Gil França. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

CABALLERO, Francisco Velasco. **Comentários a la Constitución Española**. Directores Maria Emilia Casas Baamonde e Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer. Madrid: Fundación Wolters Kluwer, 2008.

FENSTERSEIFER, Tiago. **Direitos Fundamentais e Proteção do Ambiente: a dimensão ecológica da dignidade humana no marco jurídico-constitucional do Estado Socioambiental de Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade: direito ao futuro**. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

LENHARO, Mariana. **Mesmo com Política de Resíduos, 41,6% do Lixo tem Destino Inadequado**. Globo G1. Disponível em: g1.globo.com/natureza/noticia/2015/07/mesmo-com-politica-de-residuos-416-do-lixo-tem-destino-inadequado.html. Acesso em: 28 dez. 2017

MARTÍN, Miguel Martínez. **Una Propuesta de Aprendizaje Ético para la Educación Ambiental.** In: Educación Ambiental y Sostenibilidad. Víctor-Javier Mangas Martín (Coordinador). Universidad de Alicante, Murcia: Compobell, 2003.

MORATO LEITE, José Rubens et al. **Manual de Direito Ambiental.** São Paulo: Saraiva, 2015.

NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **A Cidadania Social na Constituição de 1988: estratégias de positivação e exigibilidade judicial dos direitos sociais.** São Paulo: Verbatim, 2009.

PALOMAR, Valeriano Bermúdez. **El Proceso de Subjetivización del Derecho a Disfrutar um Medio Ambiente Adecuado em el Artículo 45 de la Constitución Española.** Madrid: Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente, 2011.

PÉREZ, Miguel Aparicio e SERRAMALERA, Mercè Barceló. **Manual de Derecho Constitucional.** Barcelona: Atelier Libros Jurídicos, 2016.

ROSILLO, Carlos. **España Recicla el 74,8% de los Envases domésticos.** El País. Disponível: elpais.com/economia/2016/05/13/actualidad/1463133365_188185.html. Acesso em: 28 dez. 2017.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais.** 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

DISCURSOS

DISCURSO PROFERIDO PELO PRESIDENTE DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA, DESEMBARGADOR TORRES MARQUES, PARA SAUDAR OS NOVOS DESEMBARGADORES EMPOSSADOS

Na solenidade desta noite, o Tribunal de Justiça de Santa Catarina celebra mais uma conquista para a composição deste plenário e acolhe sete novos desembargadores. É com destacada honra que me dirijo a tão exclusiva plateia nesta ocasião notável para memória desta Corte.

O aporte de novos membros representa a concretização de um projeto crucial de aprimoramento da prestação jurisdicional. A estrutura deste Poder precisa corresponder à dimensão da responsabilidade que sobre ele recai.

As instituições judiciárias vivem tempos de protagonismo em nosso país. Não apenas pelos eventos históricos que se descortinam no presente, mas também pela ampliação da consciência de cidadania que vem se sedimentando nas últimas décadas.

As modificações sociais, econômicas e culturais, que se sucederam em ritmo vertiginoso, impõem a reorganização estrutural das funções essenciais do Estado, de modo a corresponder às expectativas e aos direitos dos cidadãos.

O Judiciário dos dias de hoje atua além da prática jurídica e técnica, pois exerce papel ativo na manutenção da ordem social, visto que é chamado a contribuir para a efetivação dos direitos fundamentais, a fim de lhes conferir sua real concretude.

O desafio é grande, mas não representa razão para recuar no propósito de realizar a prestação jurisdicional como instrumento de pacificação e afirmação da cidadania. Essa é a razão primordial da existência deste Poder, o desígnio que historicamente lhe é reservado.

A realização efetiva da jurisdição passa pelo engrandecimento do

componente humano desta Casa. Afinal, não é a justiça que é desafiada a cada dia, mas sim quem a exerce, uma vez que as instituições constituem o retrato de quem as compõe.

Recursos tecnológicos reconhecidamente contribuem para otimizar procedimentos, mas o julgar é ato exclusivo e intransferível do magistrado, representante legitimado do Estado-Juiz, a quem tecnologia alguma é capaz de substituir.

Por conseguinte, é providencial o aporte de novos desembargadores para dar continuidade ao legado deste Tribunal de Justiça. Talhados por décadas de proficiente magistratura, representam valiosos participantes do projeto audacioso de promover a paz social, dirimindo conflitos sem negligenciar direitos, em observância ao juramento prestado perante este Pretório, quando da assunção do cargo de juiz substituto e hoje de desembargador.

A expansão do âmbito de atuação deste Poder, notadamente nos últimos anos, exige uma criteriosa apreciação. O Judiciário não governa. Entretanto, uma vez provocado, busca evitar o desgoverno. Não legisla, todavia, soluciona omissões legislativas para viabilizar o exercício de direitos fundamentais.

Conscientes da responsabilidade que decorre desse contexto, os membros do Poder Judiciário têm o encargo de trabalhar como instrumentos de uma efetiva justiça, socialmente comprometida e igualitária, apta a ampliar os espaços de real democracia.

Importante observar que o país passa por um momento sociopolítico em que a atenção popular se volta para a atuação dos magistrados e o cidadão debate decisões judiciais. Hodiernamente, o julgador tem nome e rosto aos olhos da população. Os indivíduos que se interessam pelas controvérsias em pauta dos tribunais e acompanham seu desenrolar.

Vivemos na era da transparência, que, aliada à velocidade que a

tecnologia confere ao tráfego de informações, faz com que as notícias adquiram dimensão imprevisível em questão de minutos.

Ademais, a magistratura brasileira enfrenta um momento controvertido, potencializado pela ampliação de sua atuação e de seu papel social e político na atualidade.

Aliado a essa realidade, cabe a constatação de que o Poder Judiciário vive, no presente, uma circunstância atípica, inserido no epicentro de polêmicas de ordem ética e moral. Faz-se imperioso, nessa hora, não esmorecer ante as adversidades.

Nesse sentido, cabe alusão ao fato de que este Tribunal de Justiça, nos últimos tempos, tem sido alvo de ataques que repercutiram de forma lamentável em todo país.

O momento é de união dos membros desta Casa, de permanecermos juntos e firmes no propósito de superar com serenidade este período de atribulações.

Esta Corte, reputada nacionalmente uma instituição escorreita, saberá enfrentar e transpor as intercorrências, sobressaindo-se, ao fim, fortalecida.

Destarte, pertine consignar que não somente o Direito, mas também a ética deve ser e é, norma de conduta nesta Casa. Compomos um sodalício com 125 anos de história, cuja atuação precisa ser, antes de tudo, no sentido de resguardá-lo de qualquer crise de legitimidade.

Por isso, convido-os a praticar o ofício de julgar como um ato de reverência à própria magistratura, proferindo cada decisão como sendo um passo para futuro que queremos construir.

Registro aqui meu entusiasmo e convicção de que, com o engrandecimento deste Plenário, nos qualificamos ainda mais para realizar esse propósito. Acredito que os protagonistas deste ato solene

estão preparados para acrescentar no enfrentamento dos embates que vêm sendo deliberados pelos desembargadores desta Corte.

Na pessoa do procurador de justiça Norival Acácio Engel, agora desembargador deste Tribunal, saúdo o Ministério Público de Santa Catarina, o qual compartilha com este Poder da tradição do compromisso público e da urbanidade entre as instituições, no cumprimento de suas funções constitucionais.

Saúdo também os experientes juízes que aqui chegam após passarem por diversas regiões deste estado, das quais trazem vivências que serão valiosas para o nosso Tribunal.

Artur Jenichen Filho, por considerável período, atuou no Vale do Itajaí.

Denise de Souza Luiz Francoski, Luiz César Schweitzer e Wilson Fontana contam com longa atuação nesta região da Grande Florianópolis.

Luiz Neri Oliveira de Souza, com vasto exercício no Planalto Serrano.

E Paulo Ricardo Bruschi, que carrega consigo as experiências vivenciadas no sul.

Parabenizo os novos empossados pela magnitude da conquista, pois o esforço pessoal e a experiência adquirida são elementos-chave para a realização de objetivos e de sonhos.

Em nome do Poder Judiciário, afirmo que esta Casa se congratula com o triunfo de seus novos membros, que hoje colhem fruto de uma obra há muito iniciada.

A todos os presentes, muito obrigado!

DISCURSO PROFERIDO PELO JUIZ DE DIREITO HELIO DAVID VIEIRA FIGUEIRA DOS SANTOS POR OCASIÃO DA SUA POSSE COMO DESEMBARGADOR

Excelentíssimo Senhor Desembargador Torres Marques

Na pessoa de Vossa Excelência, por brevidade, cumprimento a todas as autoridades que compõem a mesa, ao colegiado pleno deste Tribunal e ao público presente.

A homenagem do meu coração eu destino à minha mulher, Rosane, aos meus dois filhos, Victor e Samuel, ao meu netinho, o Vicente, e a todos os membros da minha pequena família. Reverencio a memória de meus pais e também saúdo os amigos que me acompanharam ao longo da vida, tanto os presentes quanto a saudade daqueles que já partiram.

Estendo esse cumprimento afetivo a todos os familiares e amigos dos demais desembargadores que comigo partilham este mesmo momento especial e em nome dos quais, por ser o mais antigo, tenho a responsabilidade de falar.

Peço escusas por não usar meu tempo fazendo um discurso sobre a importância e a honra de ser alçado ao cargo de desembargador, porque isso é evidente por si só, como demonstra a cerimônia e dispensa louvações.

Ao invés disso, prefiro utilizar do privilégio de estar na tribuna para abordar este momento sob um prisma diferente.

Todos nós aqui, que integramos esse colegiado, representamos a memória viva das experiências que, ao longo de décadas, testemunhamos nos nossos gabinetes, nas salas de audiências e corredores dos fóruns: o desfile interminável da grandeza e da miséria da condição humana, especialmente da miséria. Toda essa memória não tem paralelo em nenhum outro âmbito da administração pública. Nós, os homens e as mulheres

da justiça, somos os depositários dessa vivência única. Essas experiências acabam, por força, a nos fazer refletir sobre a fragilidade de nossa própria condição, e quando acontece de alguma delas nos tocar em especial, isso funciona como uma epifania, ou uma revelação. Lamentavelmente, não costumamos registrá-las e elas tendem a desaparecer conosco, o que é uma pena, pois o seu valor é atemporal e transcendente.

Eu tenho uma história dessas e gostaria de compartilhá-la.

Eu assumi a magistratura em janeiro de 1990 e pouco depois fui lotado numa comarca do nosso litoral. Lá, deparei com uma pilha de processos sobre uma cadeira, todos aguardando sentença. Escolhi um deles, ao acaso. Tratava-se de uma ação ajuizada fazia exatamente dez anos! Dez anos! Um operário havia sofrido uma marretada acidental no trabalho e isso havia deformado a sua mão direita. Havia uma fotografia dessa mão deformada no processo e uma cópia da carteira do trabalho do operário, com a sua fotografia. O acidente ocorreu em 1978 e o INSS não reconheceu sua invalidez. O homem pretendia que o juiz declarasse o seu direito à aposentadoria, pois o trauma havia lhe provocado uma psicose que o tornou incapaz de trabalhar.

Esse processo ficou sendo jogado de um escaninho ao outro do cartório, sem nenhuma solução. Um simples despacho demandava meses. Permaneceu na fase de perícia por 3 anos. Depois ficou 2 anos no gabinete do promotor de justiça, mais de 1 ano com o advogado do autor e, finalmente, estava aguardando sentença há mais de 2 anos. Ao todo haviam se passado 10 anos.

Não havia nada naquela comarca que justificasse aquele estado de coisas e essa era a grande questão.

Coube, então, a mim, por acaso, prolatar a sentença, na qual reconheci a existência do direito que o cidadão reclamava.

Como eu era juiz substituto, fui removido para uma comarca

próxima dali e uns seis meses depois, presidi uma audiência na área de família. De um lado da mesa sentou-se uma senhora e, do outro, um velho apoiado numa bengala, surdo, alheio ao que se passava e acompanhado da filha, que me explicou que estava ali para ajudar o pai a entender o que ocorreria na audiência.

Quando aquele homem sentou e largou a bengala na ponta da mesa, a mão direita dele ficou bem próxima de mim, e eu imediatamente reconheci a mão deformada daquele operário, cujo processo eu havia julgado.

Então compreendi, naquele momento, que a minha sentença não fazia nenhum sentido e tinha até mesmo um gosto amargo de ultraje. Quando aquele homem precisou do Estado, o Estado lhe virou as costas. Quando ele precisou da sua aposentadoria para manter a sua unidade familiar e tratar de sua saúde, todos lhe viraram as costas. Agora, uma década depois, nada mais se podia fazer por ele, que não tinha sequer condições de manifestar sua indignação. Nós falhamos miseravelmente com aquele cidadão, essa é que é a verdade.

O que eu aprendi com aquela experiência chocante foi que nós, juízes, temos os mesmos defeitos e qualidades de nossos semelhantes, mas há um pecado em que não podemos incorrer, que é a indiferença com as nossas obrigações e responsabilidades. Um homem indiferente, de certa forma, é um homem armado, é um homem que pode fazer mas não faz, é um homem que não se dá conta do seu lugar no mundo e a ele se deve negar legitimidade para reclamar da falta de justiça. A indiferença nada mais é do que uma forma de degeneração moral. E nós não estamos aqui para ser indiferentes, mas para fazer a diferença.

Por isso, é importante fazer uma última referência. Todos nós aqui fizemos o mesmo juramento, de servir fiel e honradamente à Lei e à Justiça. Esse é o nosso mantra. A nós, portanto, cabe dar o exemplo, em primeiro lugar, porque o nosso compromisso com a justiça envolve

nosso comprometimento com os valores acolhidos pelo Estado Democrático de Direito. Mas como podemos cumprir esse juramento, se, no momento em que se aproximam as eleições para os cargos diretivos de nosso tribunal, começarmos a desrespeitar a soberania dos atos que são aprovados por unanimidade por este colegiado, colocando-nos à frente dos avanços da ampliação das garantias democráticas que todos, sem exceção, referendaram? Existe um limite para tudo e ainda há tempo para refletir e preservar a dignidade desta Casa da esperteza de manobras. Eu faço um apelo nesse sentido. Toda a magistratura está olhando para nós. Não vamos atravessar essa linha. Vamos nos lembrar do que diziam os romanos, pais do nosso direito: quaisquer que sejam as batalhas que travemos na vida, é preferível guardar a honra na derrota do que se envergonhar da vitória.

Viva a Justiça e viva a Democracia.

Muito obrigado.

RELAÇÃO DAS COMARCAS

DO ESTADO DE SANTA CATARINA

Fórum da Comarca de Abelardo Luz

Av. Padre João Smedt, 1667 – Centro

CEP: 89830-000 – Abelardo Luz

Telefone: (49) 3445-8100

Fórum da Comarca de Anchieta

Av. Anchieta, 722 – Centro

CEP: 89970-000 – Anchieta

Telefone: (49) 3653-3000

Fórum da Comarca de Anita Garibaldi

Rua Vidal Ramos Júnior, s/n – Centro

CEP: 88590-000 – Anita Garibaldi

Telefone: (49) 3543-5300

Fórum da Comarca de Araquari

Rua Antonio Ramos Alvim, 500 – Centro

CEP: 89245-000 – Araquari

Telefone: (47) 3447-7500

Fórum da Comarca de Araranguá

Rua Cel. João Fernandes, 195 – Centro

CEP: 88900-000 – Araranguá

Telefone: (48) 3521-6000

Fórum da Comarca de Armazém

Rua Luiz Gonzaga Westrupp, 85 – Centro

CEP: 88740-000 – Armazém

Telefone: (48) 3645-4200

Fórum da Comarca de Ascurra

Rua Benjamin Constant, 1097 – Centro

CEP: 89138-000 – Ascurra

Telefone: (47) 3383-3300

Fórum da Comarca de Balneário Camboriú

Av. das Flores, s/n – Bairro dos Estados

CEP: 88339-900 – Balneário Camboriú

Telefone: (47) 3261-1700

Fórum da Comarca de Balneário Piçarras

Rua Eulálio da Trindade, 26 – Centro

CEP: 88380-000 – Balneário Piçarras

Telefone: (47) 3347-4000

Fórum da Comarca de Barra Velha

Rua Vice-Prefeito José do Patrocínio de Oliveira, 1003 – Centro

CEP: 88390-000 – Barra Velha

Telefone: (47) 3446-7501

Fórum da Comarca de Biguaçu

Rua Rio Branco, 29 – Centro

CEP: 88160-000 – Biguaçu

Telefone: (48) 3279-9200

Fórum da Comarca de Blumenau

Rua Zenaide Santos de Souza, 363 – Bairro da Velha

CEP: 89036-260 – Blumenau

Telefone: (47) 3321-9200

Fórum Universitário da Comarca de Blumenau

Praça Victor Konder, 01 – Centro

CEP: 89010-150 – Blumenau

Telefone: (47) 3321-7217

Fórum da Comarca de Bom Retiro

Rua 14 de Janeiro, 165 – Centro

CEP: 88680-000 – Bom Retiro

Telefone: (49) 3277-3000

Fórum da Comarca de Braço do Norte

Praça Padre Roer, 118 – Centro

CEP: 88750-000 – Braço do Norte

Telefone: (48) 3658-9200

Fórum da Comarca de Brusque

Praça das Bandeiras, 55 – Centro

CEP: 88350-051 – Brusque

Telefone: (47) 3251-1500

Fórum da Comarca de Caçador

Rua Conselheiro Mafra, 790 – Centro

CEP: 89500-000 – Caçador

Telefone: (49) 3561-2540

Fórum da Comarca de Camboriú

Rua São Paulo, 1271 – Areias

CEP: 88345-662 – Camboriú

Telefone: (47) 3365-9300

Fórum da Comarca de Campo Belo do Sul

Rua Major Teodósio Furtado, 30 – Centro

CEP: 88580-000 – Campo Belo do Sul

Telefone: (49) 3249-3300

Fórum da Comarca de Campo Erê

Rua Maranhão, 865 – Centro

CEP: 89980-000 – Campo Erê

Telefone: (49) 3655-3500

Fórum da Comarca de Campos Novos

Praça Lauro Müller, 121 – Centro

CEP: 89620-000 – Campos Novos

Telefone: (49) 3541-6400

Fórum da Comarca de Canoinhas

Rua Vidal Ramos, 650 – Centro

CEP: 89460-000 – Canoinhas

Telefone: (47) 3621-5600

Fórum da Comarca de Capinzal

Rua Carmelo Zoccoli, 133 – Centro

CEP: 89665-000 – Capinzal

Telefone: (49) 3555-8000

Fórum da Comarca da Capital (Foro Central)

Av. Governador Gustavo Richard, 434 – Centro

CEP: 88010-290 – Florianópolis

Telefone: (48) 3287-6500

Fórum Bancário da Comarca da Capital

Rua Anita Garibaldi, 365, Ed. Artur Silveira – Centro

CEP: 88020-120 – Florianópolis

Telefone: (48) 3287-5700

Fórum Desembargador Eduardo Luz

Rua José da Costa Moellmann, 197 – Centro

CEP: 88020-170 – Florianópolis

Telefone: (48) 3287-6900

Fórum Distrital do Continente

Rua São José, 300 – Balneário/Estreito

CEP: 88075-310 – Florianópolis

Telefone: (48) 3287-5100

Fórum Distrital do Norte da Ilha

Rua Desembargador Vitor Lima, 183 – UFSC

CEP: 88040-400 – Florianópolis

Telefone: (48) 3287-5000

Fórum da Comarca de Capivari de Baixo

Rua Engenheiro Márcio Portela, 36 – Centro

CEP: 88745-000 – Capivari de Baixo

Telefone: (48) 3621-4800

Fórum da Comarca de Catanduvas

Rua Almirante Tamandaré, 2776 – Centro

CEP: 89670-000 – Catanduvas

Telefone: (49) 3525-6400

Fórum da Comarca de Chapecó

Rua Augusta Müller Bohner, 300-D – Passo dos Fortes

CEP: 89805-900 – Chapecó

Telefone: (49) 3321-4000

Fórum da Comarca de Concórdia

Rua Travessa Silvio Roman, 45 – Nossa Senhora da Salete

CEP: 89700-316 – Concórdia

Telefone: (49) 3441-1500

Fórum da Comarca de Coronel Freitas

Rua Minas Gerais, 586 – Centro

CEP: 89840-000 – Coronel Freitas

Telefone: (49) 3347-3300

Fórum da Comarca de Correia Pinto

Av. Vitória Régia, 254 – Pro-Flor

CEP: 88535-000 – Correia Pinto

Telefone: (49) 3243-6300

Fórum da Comarca de Criciúma

Av. Santos Dumont, s/n – Milanesi

CEP: 88804-578 – Criciúma

Telefone: (48) 3431-5200

Fórum da Comarca de Cunha Porá

Rua Benjamin Constant, 832 – Centro

CEP: 89890-000 – Cunha Porá

Telefone: (49) 3646-3000

Fórum da Comarca de Curitiba

Rua Antônio Rossa, 241 – Centro

CEP: 89520-000 – Curitiba

Telefone: (49) 3245-4500

Fórum da Comarca de Descanso

Rua Thomaz Koproski, 615 – Centro

CEP: 89910-000 – Descanso

Telefone: (49) 3623-6400

Fórum da Comarca de Dionísio Cerqueira

Av. Washington Luís, 670 – Centro

CEP: 89950-000 – Dionísio Cerqueira

Telefone: (49) 3644-6200

Fórum da Comarca de Forquilha

Rua Ivo Manoel Menezzi, 44 – Centro

CEP: 88850-000 – Forquilha

Telefone: (48) 3463-8300

Fórum da Comarca de Fraiburgo

Av. Curitiba, 375 – Centro

CEP: 89580-000 – Fraiburgo

Telefone: (49) 3256-2100

Fórum da Comarca de Garopaba

Rua Santa Rita, 100 – Centro

CEP: 88495-000 – Garopaba

Telefone: (48) 3254-8300

Fórum da Comarca de Garuva

Av. Celso Ramos, 1226 – Rio da Onça

CEP: 89248-000 – Garuva

Telefone: (47) 3445-8000

Fórum da Comarca de Gaspar

Av. Deputado Francisco Mastella, s/n – Sete de Setembro

CEP: 89110-000 – Gaspar

Telefone: (47) 3331-6100

Fórum da Comarca de Guaramirim

Rua João Sotter Correa, 300 – Amizade

CEP: 89270-000 – Guaramirim

Telefone: (47) 3373-9500

Fórum da Comarca de Herval d'Oeste

Rua Nereu Ramos, 388 – Centro

CEP: 89610-000 – Herval d'Oeste

Telefone: (49) 3551-4400

Fórum da Comarca de Ibirama

Rua Dr. Getúlio Vargas, 800 – Centro

CEP: 89140-000 – Ibirama

Telefone: (47) 3357-8000

Fórum da Comarca de Içara

Rua Salete Scotti dos Santos, 150 – Jardim Elizabete

CEP: 88820-000 – Içara

Telefone: (48) 3467-1100

Fórum da Comarca de Imaruí

Av. Governador Celso Ramos, 388 – Centro

CEP: 88770-000 – Imaruí

Telefone: (48) 3643-8000

Fórum da Comarca de Imbituba

Rua Ernani Contrin, 643 – Centro

CEP: 88780-000 – Imbituba

Telefone: (48) 3355-8000

Fórum da Comarca de Indaial

Rua Tiradentes, 111 – Centro

CEP: 89130-000 – Indaial

Telefone: (47) 3281-5400

Fórum da Comarca de Ipumirim

Rua Bento Gonçalves, 143 – Centro

CEP: 89790-000 – Ipumirim

Telefone: (49) 3438-3300

Fórum da Comarca de Itá

Rua 11, Q. 13-A, Praça dos Expedicionários, 500 – Pioneiros

CEP: 89760-000 – Itá

Telefone: (49) 3458-9600

Fórum da Comarca de Itaiópolis

Rua Alfredo Fernandes Luiz, 130 – Centro

CEP: 89340-000 – Itaiópolis

Telefone: (47) 3652-6000

Fórum da Comarca de Itajaí

Rua Uruguai, 222 – Centro

CEP: 88302-200 – Itajaí

Telefone: (47) 3341-9300

Fórum da Comarca de Itapema

Rua 700, 270 – Casa Branca

CEP: 88220-000 – Itapema

Telefone: (47) 3268-8800

Fórum da Comarca de Itapiranga

Rua São José, 10 – Centro

CEP: 89896-000 – Itapiranga

Telefone: (49) 3678-8400

Fórum da Comarca de Itapoá

Rua Mariana Michels Borges, 776 – Paese

CEP: 89249-000 – Itapoá

Telefone: (47) 3443-8000

Fórum da Comarca de Ituporanga

Rua Vereador Joaquim Boing, s/n – Centro

CEP: 88400-000 – Ituporanga

Telefone: (47) 3533-8100

Fórum da Comarca de Jaguaruna

Rua Nestor Horácio Luiz, s/n – Cristo Rei

CEP: 88715-000 – Jaguaruna

Telefone: (48) 3624-8000

Fórum da Comarca de Jaraguá do Sul

Rua Guilherme Cristiano Wackerhagen, 87 – Vila Nova

CEP: 89259-300 – Jaraguá do Sul

Telefone: (47) 3275-7200

Fórum da Comarca de Joaçaba

Rua Salgado Filho, 160 – Centro

CEP: 89600-000 – Joaçaba

Telefone: (49) 3551-4100

Fórum da Comarca de Joinville

Rua Hermann August Lepper, 980 – Saguauçu

CEP: 89221-902 – Joinville

Telefone: (47) 3461-8500

Fórum da Comarca de Lages

Rua Belisário Ramos, 3650 – Sagrado Coração de Jesus

CEP: 88502-905 – Lages

Telefone: (49) 3221-3500

Fórum da Comarca de Laguna

Rua Arcângelo Bianchini, 69 – Progresso

CEP: 88790-000 – Laguna

Telefone: (48) 3644-8300

Fórum da Comarca de Lauro Müller

Rua Pedro Raimundo, 15 – Centro

CEP: 88880-000 – Lauro Müller

Telefone: (48) 3464-8600

Fórum da Comarca de Lebon Régis

Rua Valdir Ortiga, 45 – Centro
CEP: 89515-000 – Lebon Régis
Telefone: (49) 3247-6000

Fórum da Comarca de Mafra

Av. Cel. José Severiano Maia, 863 – Buenos Aires
CEP: 89300-000 – Mafra
Telefone: (47) 3641-4200

Fórum da Comarca de Maravilha

Av. Anita Garibaldi, 1181 – Centro
CEP: 89874-000 – Maravilha
Telefone: (49) 3664-8800

Fórum da Comarca de Meleiro

Rua José Mezari, 281 – Jardim Itália
CEP: 88920-000 – Meleiro
Telefone: (48) 3537-8300

Fórum da Comarca de Modelo

Rua Presidente Vargas, 20 – Centro
CEP: 89872-000 – Modelo
Telefone: (49) 3365-2500

Fórum da Comarca de Mondai

Rua Waldemar Ernesto Glufke, 71 – Centro
CEP: 89893-000 – Mondai
Telefone: (49) 3674-3000

Fórum da Comarca de Navegantes

Av. Prefeito José Juvenal Mafra, 498 – Centro

CEP: 88370-112 – Navegantes

Telefone: (47) 3342-9100

Fórum da Comarca de Orleans

Rua Rui Barbosa, 320 – Centro

CEP: 88870-000 – Orleans

Telefone: (48) 3466-6100

Fórum da Comarca de Otacílio Costa

Rua Balduino Westphal, 444 – Poco Rico

CEP: 88540-000 – Otacílio Costa

Telefone: (49) 3275-8000

Fórum da Comarca de Palhoça

Rua Hilza Terezinha Pagani, 409 – Pagani

CEP: 88132-256 – Palhoça

Telefone: (48) 3287-5500

Fórum da Comarca de Palmitos

Rua Padre Manoel da Nóbrega, 67 – Centro

CEP: 89887-000 – Palmitos

Telefone: (49) 3647-9400

Fórum da Comarca de Papanduva

Rua Simeão Alves de Almeida, 411 – Centro

CEP: 89370-000 – Papanduva

Telefone: (47) 3653-6000

Fórum da Comarca de Pinhalzinho

Av. Recife, 1700 – Santo Antônio

CEP: 89870-000 – Pinhalzinho

Telefone: (49) 3366-6100

Fórum da Comarca de Pomerode

Rua XV de Novembro, 700 – Centro

CEP: 89107-000 – Pomerode

Telefone: (47) 3387-7400

Fórum da Comarca de Ponte Serrada

Rua 3 de Maio, 460 – Centro

CEP: 89683-000 – Ponte Serrada

Telefone: (49) 3435-6500

Fórum da Comarca de Porto Belo

Rua Maurílio Manoel da Silva, 252 – Perequê

CEP: 88210-000 – Porto Belo

Telefone: (47) 3369-7100

Fórum da Comarca de Porto União

Rua Voluntários da Pátria, 365 – Centro

CEP: 89400-000 – Porto União

Telefone: (42) 3521-3700

Fórum da Comarca de Presidente Getúlio

Rua Curt Hering, 19 – Centro

CEP: 89150-000 – Presidente Getúlio

Telefone: (47) 3352-5000

Fórum da Comarca de Quilombo

Rua Presidente Juscelino, 703 – Centro

CEP: 89850-000 – Quilombo

Telefone: (49) 3346-2000

Fórum da Comarca de Rio do Campo

Rua 29 de Dezembro, 70 – Centro

CEP: 89198-000 – Rio do Campo

Telefone: (47) 3564-8900

Fórum da Comarca de Rio do Oeste

Rua XV de Novembro, 1570 – Centro

CEP: 89180-000 – Rio do Oeste

Telefone: (47) 3543-9300

Fórum da Comarca de Rio do Sul

Rua Dom Bosco, 820 – Jardim América

CEP: 89160-000 – Rio do Sul

Telefone: (47) 3531-4700

Fórum da Comarca de Rio Negrinho

Rua Carlos Hantschel, 425 – Bela Vista

CEP: 89295-000 – Rio Negrinho

Telefone: (47) 3646-1700

Fórum da Comarca de Santa Cecília

Avenida XV de Novembro, s/n – Centro

CEP: 89540-000 – Santa Cecília

Telefone: (49) 3244-6505

Fórum da Comarca de Santa Rosa do Sul

Rua Raul José dos Santos, 120 – Centro

CEP: 88965-000 – Santa Rosa do Sul

Telefone: (48) 3534-8200

Fórum da Comarca de Santo Amaro da Imperatriz

Rua Frei Fidêncio Feldmann, 425 – Centro

CEP: 88140-000 – Santo Amaro da Imperatriz

Telefone: (48) 3245-4000

Fórum da Comarca de São Bento do Sul

Av. São Bento, 401 – Rio Negro

CEP: 89290-000 – São Bento do Sul

Telefone: (47) 3631-1900

Fórum da Comarca de São Carlos

Rua La Salle, 243 – Centro

CEP: 89885-000 – São Carlos

Telefone: (49) 3325-1000

Fórum da Comarca de São Domingos

Rua Brasil, 285 – Centro

CEP: 89835-000 – São Domingos

Telefone: (49) 3443-6800

Fórum da Comarca de São Francisco do Sul

Rua Coronel Oliveira, 289 – Centro

CEP: 89240-000 – São Francisco do Sul

Telefone: (47) 3471-1500

Fórum da Comarca de São João Batista

Rua Otaviano Dadam, 201 – Centro

CEP: 88240-000 – São João Batista

Telefone: (48) 3265-6300

Fórum da Comarca de São Joaquim

Rua Domingos Martorano, 302 – Centro

CEP: 88600-000 – São Joaquim

Telefone: (49) 3233-6000

Fórum da Comarca de São José

Rua Domingos André Zanini, 380 – Barreiros

CEP: 88117-905 – São José

Telefone: (48) 3287-5200

Fórum da Comarca de São José do Cedro

Rua Padre Aurélio, 235 – Centro

CEP: 89930-000 – São José do Cedro

Telefone: (49) 3643-6600

Fórum da Comarca de São Lourenço do Oeste

Rua Rui Barbosa, 446 – Perpétuo Socorro

CEP: 89990-000 – São Lourenço do Oeste

Telefone: (49) 3344-8200

Fórum da Comarca de São Miguel do Oeste

Rua Marcílio Dias, 2070 – Centro

CEP: 89900-000 – São Miguel do Oeste

Telefone: (49) 3631-1500

Fórum da Comarca de Seara

Rua do Comércio, 171 – Centro

CEP: 89770-000 – Seara

Telefone: (49) 3452-8700

Fórum da Comarca de Sombrio

Rua Edílio Antônio da Rosa, 974 – Centro

CEP: 88960-000 – Sombrio

Telefone: (48) 3533-6700

Fórum da Comarca de Taió

Rua Expedicionário Rafael Busarello, 484 – Centro

CEP: 89190-000 – Taió

Telefone: (47) 3562-8000

Fórum da Comarca de Tangará

Rua Luís Menoncin, 10 – Centro

CEP: 89642-000 – Tangará

Telefone: (49) 3532-7500

Fórum da Comarca de Tijucas

Rua Florianópolis, 130 – Centro

CEP: 88200-000 – Tijucas

Telefone: (48) 3263-8000

Fórum da Comarca de Timbó

Av. Getúlio Vargas, 736 – Centro

CEP: 89120-000 – Timbó

Telefone: (47) 3281-1700

Fórum da Comarca de Trombudo Central

Rua Emílio Graubner, 300 – Vila Nova

CEP: 89176-000 – Trombudo Central

Telefone: (47) 3544-8100

Fórum da Comarca de Tubarão

Rua Wenceslau Braz, 560 – Vila Moema

CEP: 88705-069 – Tubarão

Telefone: (48) 3621-1500

Fórum da Comarca de Turvo

Rua Nereu Ramos, 609 – Centro

CEP: 88930-000 – Turvo

Telefone: (48) 3525-8000

Fórum da Comarca de Urubici

Rua Nereu Ramos, 200 – Centro

CEP: 88650-000 – Urubici

Telefone: (49) 3278-6900

Fórum da Comarca de Urussanga

Rua Barão do Rio Branco, 115 – Centro

CEP: 88840-000 – Urussanga

Telefone: (48) 3441-1300

Fórum da Comarca de Videira

Av. Manoel Roque, 268 – Alvorada

CEP: 89560-000 – Videira

Telefone: (49) 3533-4700

Fórum da Comarca de Xanxerê

Rua Victor Konder, 898 – Centro

CEP: 89820-000 – Xanxerê

Telefone: (49) 3441-7100

Fórum da Comarca de Xaxim

Rua Rui Barbosa, 385 – Centro

CEP: 89825-000 – Xaxim

Telefone: (49) 3353-9600

ÍNDICE NUMÉRICO

AÇÕES DIRETAS DE INCONSTITUCIONALIDADE

8000280-30.2016.8.24.0000, Chapecó.....	91
0000068-48.2016.8.24.0000, Santo Amaro da Imperatriz.....	105

AÇÃO RESCISÓRIA

0151205-82.2013.8.24.0000, Capinzal.....	375
--	-----

AGRAVO EM EXECUÇÃO PENAL

0005494-09.2017.8.24.0064, Blumenau.....	574
--	-----

AGRAVO INTERNO

4011872-42.2016.8.24.0000/50001, Balneário Camboriú.....	110
4013819-97.2017.8.24.0000/50000, São Miguel do Oeste.....	144
0300833-66.2016.8.24.0057/50000, Santo Amaro da Imperatriz.....	301
32.164 (STJ), Santa Catarina.....	49
1.430.760 (STJ), Santa Catarina.....	61
363.005 (STJ), Santa Catarina.....	66

AGRAVOS DE INSTRUMENTO

4014064-45.2016.8.24.0000, Blumenau.....	171
0132497-47.2014.8.24.0000, Blumenau.....	321
4017586-80.2016.8.24.0000, Itajaí.....	343
0020428-04.2016.8.24.0000, Jaraguá do Sul.....	410

AGRAVOS REGIMENTAIS

1054 (STF), Santa Catarina.....34
 653.543 (STF), Santa Catarina.....41

APELAÇÕES CÍVEIS

0003945-49.2013.8.24.0081, Xaxim.....119
 0301487-46.2014.8.24.0082, Capital.....185
 0300916-50.2014.8.24.0058, São Bento do Sul.....200
 0300466-12.2015.8.24.0143, Rio do Campo.....289
 0000098-87.2008.8.24.0057, Santo Amaro da Imperatriz.....311
 0302431-46.2015.8.24.0039, Lages.....336
 0003573-80.2011.8.24.0078, Urussanga.....363
 0002879-57.2007.8.24.0012, Caçador.....390
 0002079-48.2012.8.24.0046, Palmitos.....402
 0003386-23.2013.8.24.0007, Biguaçu.....430
 0006341-02.2013.8.24.0080, Xanxerê.....441

APELAÇÕES CRIMINAIS

0005534-03.2015.8.24.0018, Chapecó.....460
 0003414-50.2016.8.24.0018, Chapecó.....484
 0000618-67.2014.8.24.0047, Papanduva.....523
 0000143-46.2017.8.24.0067, São Miguel do Oeste.....582
 0005022-21.2013.8.24.0008, Blumenau.....620

0001608-53.2016.8.24.0026, Guaramirim.....638

CONFLITO DE COMPETÊNCIA

0000172-06.2017.8.24.0000, Capital.....85

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO

861.823 (STF). Santa Catarina.....27

HABEAS CORPUS

0001520-59.2017.8.24.0000, Sombrio.....160

RECLAMAÇÃO CRIMINAL

8000073-94.2017.8.24.0000, Araranguá.....610

RECURSO ADMINISTRATIVO

2017.900078-5, Descanso.....79

REVISÃO CRIMINAL

4020792-68.2017.8.24.0000, Joinville.....447

SENTENÇAS

0322185.40.2016.8.24.0038, Joinville.....646

0301756.72.2015.8.24.0075.....660

SUSPENSÃO DE LIMINAR

4029433-45.2017.8.24.0000, Gaspar.....75

ÍNDICE POR ASSUNTO

AÇÃO ANULATÓRIA DE ESCRITURA PÚBLICA DE COMPRA E VENDA, 0300916-50.2014.8.24.0058, São Bento do Sul.....	200
AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA, 0003386-23.2013.8.24.0007, Biguaçu.....	430
AÇÃO COLETIVA DO CONSUMIDOR COM PEDIDO DE TUTELA INIBITÓRIA DE URGÊNCIA DETONADA PELO AÇÃO COMINATÓRIA, 0301487-46.2014.8.24.0082, Capital.....	185
AÇÃO DECLARATÓRIA C/C ANULATÓRIA DE ATO ADMINISTRATIVO C/C PRETENSÃO INIBITÓRIA COM PEDIDO DE ANTECIPAÇÃO DE TUTELA, 0301756-72.2015.8.24.0075.....	660
AÇÃO DE DISSOLUÇÃO PARCIAL DE SOCIEDADE COM APURAÇÃO DE HAVERES, 0003573-80.2011.8.24.0078, Urussanga.....	363
AÇÃO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE DE BEM, OBJETO DE CONTRATO DE ARRENDAMENTO MERCANTIL, 0000172-06.2017.8.24.0000, Capital.....	85
AÇÃO ORDINÁRIA, 4017586-80.2016.8.24.0000, Itajaí.....	343
AÇÃO PROPOSTA PELO BRDE OBJETIVANDO A RESCISÃO DE CONTRATO DE COMPROMISSO DE COMPRA E VENDA DE IMÓVEL, A REINTEGRAÇÃO NA POSSE DO BEM E INDENIZAÇÃO POR PERDAS E DANOS, 0002879-57.2007.8.24.0012, Caçador.....	390
ACIDENTE DE TRÂNSITO, 0002079-48.2012.8.24.0046, Palmitos.....	402
ALEGAÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE JULGADO DO STJ, 32.164, Santa Catarina.....	49
APURAÇÃO DA CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA PATRONAL, 1.054.182, Santa Catarina.....	34
ARTIGO	
A TUTELA CONSTITUCIONAL DO MEIO AMBIENTE	673

CAUTELAR DE EXIBIÇÃO DE DOCUMENTOS , 0302431-46.2015.8.24.0039, Lages.....	336
COBRANÇA , 4013819-97.2017.8.24.0000/50000, São Miguel do Oeste.....	144
CRIME CONTRA A INCOLUMIDADE PÚBLICA , 0005534-03.2015.8.24.0018, Chapecó.....	460
CRIME CONTRA A VIDA , 0000143-46.2017.8.24.0067, São Miguel do Oeste.....	582
CRIME DE INJÚRIA RACIAL , 0005022-21.2013.8.24.0008, Blumenau.....	620
CRIME SEXUAL , 4020792-68.2017.8.24.0000, Joinville.....	447
CRIMES DE EXERCÍCIO ILEGAL DA MEDICINA E ESTELIONATO , 0000618-67.2014.8.24.0047, Papanduva.....	523
CRIMES DE ROUBO TENTADO QUALIFICADO E RECEPÇÃO DOLOSA , 0001608-53.2016.8.24.0026, Guaramirim.....	638
CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL/ 2015	
Art. 1015, 4011872-42.2016.8.24.0000/50001, Balneário Camboriú.....	110
CONCURSO PÚBLICO , 1.430.760, Santa Catarina.....	61
CONTROVÉRSIA QUANTO À INCIDÊNCIA DO ICMS OU DO ISQN , 653.543, Santa Catarina.....	41
CUSTEIO DE TRATAMENTO FISIOTERÁPICO , 0020428-04.2016.8.24.0000, Jaraguá do Sul.....	410
DANO MORAL , 0300466-12.2015.8.24.0143, Rio do Campo.....	289
DECISÃO HOMOLOGATÓRIA DE PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR QUE RECONHECEU A PRÁTICA DE FALTA GRAVE , 0005494-09.2017.8.24.0064, Blumenau.....	574

DISCURSOS

DISCURSO PROFERIDO PELO JUIZ DE DIREITO HELIO DAVID VIEIRA FIGUEIRA DOS SANTOS, POR OCASIÃO DA SUA POSSE COMO DESEMBARGADOR.....713

DISCURSO PROFERIDO PELO PRESIDENTE DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA, DESEMBARGADOR TORRES MARQUES, PARA SAUDAR OS NOVOS DESEMBARGADORES EMPOSSADOS.....709

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO RECEBIDOS COMO AGRAVO INTERNO, 861.823, Santa Catarina.....35

EMBARGOS DE TERCEIROS, 0000098-87.2008.8.24.0057, Santo Amaro da Imperatriz.....311

ESTUPRO DE VULNERÁVEL, 8000073-94.2017.8.24.0000, Araranguá.....610

ESTUPRO EM CONCURSO DE PESSOAS EM CONTINUIDADE DELITIVA, 0003414-50.2016.8.24.0018, Chapecó.....484

EXECUÇÃO DE ALIMENTOS

0001520-59.2017.8.24.0000, Sombrio.....160

EXECUÇÃO POR QUANTIA CERTA CONTRA DEVEDOR SOLVENTE, 0132497-47.2014.8.24.0000, Blumenau.....321

LEI COMPLEMENTAR N. 415/2008

Art. 95, 861.823, Santa Catarina27

LEI FEDERAL N. 8.038/1990

Art. 25, 4029433-45.2017.8.24.0000.....75

LEI FEDERAL N. 8.666/1993, 4029433-45.2017.8.24.0000.....75

LEI FEDERAL N. 10.192/2001, 4029433-45.2017.8.24.0000.....75

LEI N. 8.935/1994, 861.823, Santa Catarina.....27

LEI N. 12.546/2011

Art. 8º, 1.054.182, Santa Catarina.....	34
LEI DO MUNICÍPIO QUE PROÍBE O CONSUMO DE BEBIDAS ALCOÓLICAS EM LOGRADOUROS PÚBLICOS MUNICIPAIS, 800028030.2016.8.24.0000, Chapecó.....	91
MANDADO DE SEGURANÇA CONTRA ATO DO SECRETÁRIO DO MEIO AMBIENTE, 0322185.40.2016.8.24.0038, Joinville.....	646
NOMEAÇÃO DE OFICIAL INTERINO, 2017.900078-5, Corregedoria-Geral da Justiça.....	79
OBRIGAÇÃO DE FAZER, 4014064-45.2016.8.24.0000, Blumenau.....	171
PENSÃO POR MORTE, 0151205-82.2013.8.24.0000, Capinzal....	375
POSSE DO BEM E INDENIZAÇÃO POR PERDAS E DANOS, 0002879-57.2007.8.24.0012, Caçador.....	390
PRESTAÇÃO DE CONTAS, 0003945-49.2013.8.24.0081, Xaxim.....	119
RECONHECIMENTO E DISSOLUÇÃO DE UNIÃO ESTÁVEL C/C PARTILHA DE BENS E ALIMENTOS, 0300833-66.2016.8.24.0057/50000, Santo Amaro da Imperatriz.....	301
RESPONSABILIDADE CIVIL	
SERVIDORES, 0000068-48.2016.8.24.0000, Santo Amaro da Imperatriz.....	105
SERVIDOR PÚBLICO, 0006341-02.2013.8.24.0080, Xanxerê.....	441
SÚMULAS DO STF	
N. 284, 1.054.182, Santa Catarina.....	34
N. 279, 861.823, Santa Catarina.....	27
TEMPESTIVIDADE DE RECURSO INTERPOSTO POR MEIO DE PROTOCOLO POSTAL INTEGRADO, 363.005, Santa Catarina.....	66

ÍNDICE ONOMÁSTICO

Alexandre d'Ivanenko.....	75
Alexandre de Moraes.....	27
Benedito Gonçalves.....	61
Carlos Adilson Silva.....	390
Cinthia Beatriz da Silva Bittencourt Schaefer.....	620
Denise Volpato.....	301
Fernando Carioni.....	185
Gerson Cherem II.....	110
Helio David Vieira Figueira dos Santos.....	713
Hélio do Valle Pereira.....	371 e 441
Iolmar Alves Baltazar.....	673
Jânio de Souza Machado.....	363
João Henrique Blasi.....	402
Joel Dias Figueira Júnior.....	144 e 200
José Antônio Torres Marques.....	709
José Carlos Carstens Köhler.....	343
José Everaldo Silva.....	582 e 610
Luiz César Medeiros.....	289
Luiz Felipe Schuch.....	119
Luiz Fux.....	41
Luiz Neri Oliveira de Souza.....	638
Márcio Schiefler Fontes.....	660
Maria Isabel Gallotti.....	66
Mariano do Nascimento.....	311
Moacyr de Moraes Lima Filho.....	523
Norival Acácio Engel.....	460
Raulino Jacó Brüning.....	85 e 160
Ricardo José Roesler.....	105 e 410
Roberto Lepper.....	646
Robson Luz Varella.....	321
Ronei Danielli.....	91

Rosa Weber.....	34
Rui Francisco Barreiros Fortes.....	574
Sebastião César Evangelista.....	171
Sérgio Antônio Rizelo.....	79, 447 e 484
Sérgio Kukina.....	49
Tulio José Moura Pinheiro.....	336
Vera Copetti.....	430

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

