

JURISPRUDÊNCIA
CATARINENSE

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

Ano XXXV II – 2º e 3º trimestres de 2010 – N. 121 – Florianópolis – SC – 2010

JURISPRUDÊNCIA CATARINENSE

Publicação trimestral do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, sob responsabilidade gerencial da Divisão de Documentação da Diretoria de Documentação e Informações, com circulação nacional. Os colaboradores da revista Jurisprudência Catarinense, conforme dispositivo constitucional, gozam de liberdade de opinião e de crítica, e somente a eles pode ser atribuída qualquer responsabilidade civil ou criminal pelo raciocínio expendido em seus trabalhos. Todos os acórdãos do Tribunal de Justiça de Santa Catarina são cópia fiel do original que está nos respectivos autos. Os trabalhos publicados nesta revista foram selecionados pela Comissão de Jurisprudência.

Comissão de Jurisprudência (Portaria n. 240/2006)

Diretor

Des. Cláudio Barreto Dutra

Comissão Permanente de Jurisprudência (Portaria n. 89/2012-GP)

Des. Sérgio Torres Paladino – Presidente

Des. Jaime Ramos

Des. Sérgio Izidoro Heil

Diretor de Documentação e Informações

Alberto Pizzolatti Remor

Jurisprudência Catarinense/Tribunal de Justiça – v. 1,
n. 1 (jul./set. 1973)–.– Florianópolis: TJ/SC, 1973.–
21cm

Trimestral

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

STJ

ISSN: 1981-402X

COMPOSIÇÃO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA

COMPOSIÇÃO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA

(julho de 2012)

Presidente

Des. CLÁUDIO BARRETO DUTRA

Primeiro Vice-Presidente

Des. SÉRGIO Torres PALADINO

Segundo Vice-Presidente

Des. SÉRGIO Roberto BAASCH LUZ

Terceiro Vice-Presidente

Des. RUI Francisco Barreiros FORTES

Corregedor-Geral da Justiça

Des. VANDERLEI ROMER

Vice-Corregedora-Geral da Justiça

Desa. SALETE SILVA SOMMARIVA

Des. CARLOS PRUDÊNCIO

Des. José GASPAR RUBICK

Des. PEDRO MANOEL ABREU

Des. José TRINDADE DOS SANTOS

Des. NEWTON TRISOTTO

Des. LUIZ CÉZAR MEDEIROS

Des. ELÁDIO TORRET ROCHA

Des. NELSON Juliano SCHAEFER MARTINS

Des. JOSÉ VOLPATO DE SOUZA

Des. Antonio do Rêgo MONTEIRO ROCHA

Des. FERNANDO CARIONI

Des. José Antônio TORRES MARQUES

Des. LUIZ CARLOS FREYESLEBEN

Des. MARCUS TULIO SARTORATO

Des. CESAR Augusto Mimoso Ruiz ABREU

Des. RICARDO Orofino da Luz FONTES

Des. SALIM SCHEAD DOS SANTOS

Desa. MARIA DO ROCIO LUZ SANTA RITTA
Des. CID José GOULART Junior
Des. JAIME RAMOS
Des. ALEXANDRE d'IVANENKO
Des. LÉDIO ROSA DE ANDRADE
Des. MOACYR DE MORAES LIMA FILHO
Des. JORGE Henrique SCHAEFER MARTINS
Desa. MARLI MOSIMANN VARGAS
Des. SÉRGIO IZIDORO HEIL
Des. José Carlos CARSTENS KÖHLER
Des. JOÃO HENRIQUE BLASI
Des. JORGE LUIZ DE BORBA
Des. VICTOR José Sebem FERREIRA
Desa. REJANE ANDERSEN
Des. JOEL Dias FIGUEIRA JÚNIOR
Des. CLÁUDIO VALDYR HELFENSTEIN
Des. RODRIGO ANTÔNIO da Cunha
Des. JÂNIO de Souza MACHADO
Desa. SORAYA NUNES LINS
Desa. SÔNIA MARIA SCHMITZ
Des. PAULO ROBERTO CAMARGO COSTA
Des. HENRY Goy PETRY JUNIOR
Des. RAULINO JACÓ BRÜNING
Des. ROBERTO LUCAS PACHECO
Des. JAIRO FERNANDES GONÇALVES
Des. JAIME LUIZ VICARI
Des. JOSÉ INÁCIO SCHAEFER
Des. JOÃO BATISTA GÓES ULYSSÉA
Des. RONEI DANIELLI
Des. LUIZ FERNANDO BOLLER
Des. PAULO ROBERTO SARTORATO
Des. TULIO José Moura PINHEIRO
Des. CARLOS ALBERTO CIVINSKI
Des. RONALDO MORITZ MARTINS DA SILVA
Des. RICARDO José ROESLER
Des. ROBSON LUZ VARELLA

Juiz de Direito de Segundo Grau DOMINGOS PALUDO
Juiz de Direito de Segundo Grau PAULO HENRIQUE MORITZ MARTINS DA SILVA
Juiz de Direito de Segundo Grau RODRIGO Tolentino de Carvalho COLLAÇO
Juíza de Direito de Segundo Grau DENISE VOLPATO
Juiz de Direito de Segundo Grau CARLOS ADILSON SILVA
Juiz de Direito de Segundo Grau STANLEY DA SILVA BRAGA
Juiz de Direito de Segundo Grau NEWTON VARELLA JÚNIOR
Juiz de Direito de Segundo Grau ALTAMIRO DE OLIVEIRA
Juiz de Direito de Segundo Grau SAUL STEIL
Juiz de Direito de Segundo Grau GILBERTO GOMES DE OLIVEIRA
Juiz de Direito de Segundo Grau RODOLFO Cezar Ribeiro da Silva TRIDAPALLI
Juiz de Direito de Segundo Grau ODSOSON CARDOSO FILHO
Juiz de Direito de Segundo Grau JOSÉ EVERALDO SILVA
Juiz de Direito de Segundo Grau VOLNEI CELSO TOMAZINI
Juiz de Direito de Segundo Grau LEOPOLDO AUGUSTO BRÜGGEMANN
Juiz de Direito de Segundo Grau JÚLIO CÉSAR KNOLL
Juíza de Direito de Segundo Grau JANICE GOULART GARCIA UBIALLI
Juíza de Direito de Segundo Grau CLÁUDIA LAMBERT DE FARIA
Juiz de Direito de Segundo Grau FRANCISCO JOSÉ RODRIGUES DE OLIVEIRA NETO
Juíza de Direito de Segundo Grau CINTHIA BEATRIZ DA SILVA BITTENCOURT SCHAEFER
Juiz de Direito de Segundo Grau JORGE LUIS COSTA BEBER
Juiz de Direito de Segundo Grau GUILHERME NUNES BORN
Juiz de Direito de Segundo Grau EDUARDO MATTOS GALLO JÚNIOR
Juiz de Direito de Segundo Grau LUIZ ZANELATO
Juiz de Direito de Segundo Grau DINART FRANCISCO MACHADO
Juiz de Direito de Segundo Grau GERSON CHEREM II

ÓRGÃOS JULGADORES

TRIBUNAL PLENO

Des. CLÁUDIO BARRETO DUTRA - Presidente

Des. CARLOS PRUDÊNCIO

Des. José GASPARETTO RUBICK

Des. PEDRO MANOEL ABREU

Des. José TRINDADE DOS SANTOS

Des. NEWTON TRISOTTO
Des. SÉRGIO Torres PALADINO
Des. LUIZ CÉZAR MEDEIROS
Des. VANDERLEI ROMER
Des. ELÁDIO TORRET ROCHA
Des. NELSON Juliano SCHAEFER MARTINS
Des. JOSÉ VOLPATO DE SOUZA
Des. SÉRGIO Roberto BAASCH LUZ
Des. Antonio do Rêgo MONTEIRO ROCHA
Des. FERNANDO CARIONI
Des. José Antônio TORRES MARQUES
Des. LUIZ CARLOS FREYESLEBEN
Des. RUI Francisco Barreiros FORTES
Des. MARCUS TULIO SARTORATO
Des. CESAR Augusto Mimoso Ruiz ABREU
Desa. SALETE SILVA SOMMARIVA
Des. RICARDO Orofino da Luz FONTES
Des. SALIM SCHEAD DOS SANTOS
Desa. MARIA DO ROCIO LUZ SANTA RITTA
Des. CID José GOULART Junior
Des. JAIME RAMOS
Des. ALEXANDRE d'IVANENKO
Des. LÉDIO ROSA DE ANDRADE
Des. MOACYR DE MORAES LIMA FILHO
Des. JORGE Henrique SCHAEFER MARTINS
Desa. MARLI MOSIMANN VARGAS
Des. SÉRGIO IZIDORO HEIL
Des. José Carlos CARSTENS KÖHLER
Des. JOÃO HENRIQUE BLASI
Des. JORGE LUIZ DE BORBA
Des. VICTOR José Sebem FERREIRA
Desa. REJANE ANDERSEN
Des. JOEL Dias FIGUEIRA JÚNIOR
Des. CLÁUDIO VALDYR HELFENSTEIN
Des. RODRIGO ANTÔNIO Da Cunha
Des. JÂNIO de Souza MACHADO
Desa. SORAYA NUNES LINS

Desa. SÔNIA MARIA SCHMITZ
Des. PAULO ROBERTO CAMARGO COSTA
Des. HENRY Goy PETRY JUNIOR
Des. RAULINO JACÓ BRÜNING
Des. ROBERTO LUCAS PACHECO
Des. JAIRO FERNANDES GONÇALVES
Des. JAIME LUIZ VICARI
Des. JOSÉ INÁCIO SCHAEFER
Des. JOÃO BATISTA GÓES ULYSSÉA
Des. RONEI DANIELLI
Des. LUIZ FERNANDO BOLLER
Des. PAULO ROBERTO SARTORATO
Des. TULIO José Moura PINHEIRO
Des. CARLOS ALBERTO CIVINSKI
Des. RONALDO MORITZ MARTINS DA SILVA
Des. RICARDO José ROESLER
Des. ROBSON LUZ VARELLA

ÓRGÃO ESPECIAL

Des. CLÁUDIO BARRETO DUTRA - Presidente
Des. CARLOS PRUDÊNCIO
Des. José GASPAR RUBICK
Des. PEDRO MANOEL ABREU
Des. NEWTON TRISOTTO
Des. SÉRGIO Torres PALADINO
Des. VANDERLEI ROMER
Des. NELSON Juliano SCHAEFER MARTINS
Des. JOSÉ VOLPATO DE SOUZA
Des. SÉRGIO Roberto BAASCH LUZ
Des. FERNANDO CARIONI
Des. José Antônio TORRES MARQUES (Substituindo o Des. José TRINDADE DOS SANTOS)
Des. LUIZ CARLOS FREYESLEBEN (Substituindo o Des. LUIZ CÉZAR MEDEIROS)
Des. RUI Francisco Barreiros FORTES (Substituindo o Des. ELÁDIO TORRET ROCHA)
Des. MARCUS TULIO SARTORATO
Des. RICARDO Orofino da Luz FONTES

Des. SALIM SCHEAD DOS SANTOS
Des. JAIME RAMOS
Des. LÉDIO ROSA DE ANDRADE
Des. SÉRGIO IZIDORO HEIL
Des. JOÃO HENRIQUE BLASI
Des. JÂNIO de Souza MACHADO
Des. PAULO ROBERTO CAMARGO COSTA (Substituindo o Des. JOSÉ INÁCIO SCHAEFER)
Des. RAULINO JACÓ BRÜNING
Des. JAIME LUIZ VICARI

CONSELHO DA MAGISTRATURA

Des. CLÁUDIO BARRETO DUTRA – Presidente
Des. SÉRGIO Torres PALADINO – 1º Vice-Presidente
Des. VANDERLEI ROMER – Corregedor-Geral da Justiça
Des. SÉRGIO Roberto Baasch LUZ – 2º Vice-Presidente
Des. RUI Francisco Barreiros FORTES – 3º Vice-Presidente
Desa. SALETE SILVA SOMMARIVA – Vice-Corregedora -Geral da Justiça
Des. JOSÉ VOLPATO DE SOUZA
Des. JORGE HENRIQUE SCHAEFER MARTINS
Desa. SORAYA NUNES LINS
Des. HENRY Goy PETRY JUNIOR
Des. ROBERTO LUCAS PACHECO
Des. JOÃO BATISTA GÓES ULYSSÉA

GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO CIVIL

Des. CARLOS PRUDÊNCIO – Presidente
Des. NELSON Juliano SCHAEFER MARTINS
Des. FERNANDO CARIONI
Des. LUIZ CARLOS FREYESLEBEN
Des. MARCUS TULIO SARTORATO
Desa. MARIA DO ROCIO LUZ SANTA RITTA
Des. VICTOR José Sebem FERREIRA
Des. SÉRGIO IZIDORO HEIL
Des. JOEL DIAS FIGUEIRA JÚNIOR
Desa. SÔNIA MARIA SCHMITZ
Des. JAIRO FERNANDES GONÇALVES
Des. JAIME LUIZ VICARI

Des. LUIZ FERNANDO BOLLER

Juiz de Direito de Segundo Grau PAULO HENRIQUE MORITZ MARTINS DA SILVA
(Substituindo o Des. RONEI DANIELLI)

Juíza de Direito de Segundo Grau DENISE VOLPATO (Substituindo o Des. José
TRINDADE DOS SANTOS)

Juiz de Direito de Segundo Grau STANLEY DA SILVA BRAGA

Juiz de Direito de Segundo Grau SAUL STEIL (Substituindo o Des. HENRY Goy
PETRY JUNIOR)

Juiz de Direito de Segundo Grau ODSON CARDOSO FILHO (Substituindo o Des.
Antonio do Rêgo MONTEIRO ROCHA)

Juíza de Direito de Segundo Grau CINTHIA BEATRIZ DA SILVA BITTENCOURT
SCHAEFER (Substituindo o Des. JOEL Dias FIGUEIRA JÚNIOR)

Juiz de Direito de Segundo Grau JORGE LUIS COSTA BEBER (Substituindo o Des.
ELÁDIO TORRET ROCHA)

GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO COMERCIAL

Des. RICARDO Orofino da Luz FONTES – Presidente

Des. SALIM SCHEAD DOS SANTOS

Des. LÉDIO ROSA DE ANDRADE

Des. José Carlos CARSTENS KÖHLER

Des. CLÁUDIO VALDYR HELFENSTEIN

Desa. REJANE ANDERSEN

Des. RODRIGO ANTÔNIO da Cunha

Des. JÂNIO de Souza MACHADO

Desa. SORAYA NUNES LINS

Des. PAULO ROBERTO CAMARGO COSTA

Des. RAULINO JACÓ BRÜNING

Des. JOSÉ INÁCIO SCHAEFER

Des. TULIO José Moura PINHEIRO

Des. RONALDO MORITZ MARTINS DA SILVA

Des. ROBSON Luz VARELLA

GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO PÚBLICO

Des. José GASPAR RUBICK – Presidente

Des. PEDRO Manoel ABREU

Des. NEWTON TRISOTTO

Des. NELSON Juliano SCHAEFER MARTINS

Des. JOSÉ VOLPATO DE SOUZA

Des. CID José GOULART Junior

Des. JAIME RAMOS

Des. JOÃO HENRIQUE BLASI

Des. JORGE LUIZ DE BORBA

Desa SÔNIA MARIA SCHMITZ

Juiz de Direito de Segundo Grau CARLOS ADILSON SILVA (Substituindo o Des. CESAR Augusto Mimoso Ruiz ABREU)

Juíza de Direito de Segundo Grau JANICE GOULART GARCIA UBIALLI (Substituindo o Des. LUIZ CÉZAR MEDEIROS)

PRIMEIRA CÂMARA DE DIREITO CIVIL

Des. CARLOS PRUDÊNCIO – Presidente

Juíza de Direito de Segundo Grau DENISE VOLPATO (Substituindo o Des. 3º Membro)

Juíza de Direito de Segundo Grau CINTHIA BEATRIZ DA SILVA BITTENCOURT SCHAEFER (Substituindo o Des. JOEL DIASFIGUEIRA JÚNIOR)

Juíza de Direito de Segundo Grau DENISE VOLPATO (Cooperadora)

SEGUNDA CÂMARA DE DIREITO CIVIL

Des. LUIZ CARLOS FREYESLEBEN – Presidente

Des. JOÃO BATISTA GÓES ULYSSÉA

Juíza de Direito de Segundo Grau DENISE VOLPATO (Substituindo o Des. José TRINDADE DOS SANTOS)

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

TERCEIRA CÂMARA DE DIREITO CIVIL

Des. FERNANDO CARIONI – Presidente

Des. MARCUS TULIO SARTORATO

Desa. MARIA DO ROCIO LUZ SANTA RITTA

Juiz de Direito de Segundo Grau SAUL STEIL (Cooperador)

QUARTA CÂMARA DE DIREITO CIVIL

Des. ELÁDIO TORRET ROCHA – Presidente

Des. VICTOR José Sebem FERREIRA

Des. LUIZ FERNANDO BOLLER

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

QUINTA CÂMARA DE DIREITO CIVIL

Des. Antonio do Rêgo MONTEIRO ROCHA – Presidente

Des. JAIRO FERNANDES GONÇALVES

Juiz de Direito de Segundo Grau SAUL STEIL (Substituindo o Des. HENRY Goy PETRY JUNIOR)

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

SEXTA CÂMARA DE DIREITO CIVIL

Des. JAIME LUIZ VICARI – Presidente

Des. RONEI DANIELLI

Juiz de Direito de Segundo Grau STANLEY DA SILVA BRAGA

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

PRIMEIRA CÂMARA DE DIREITO COMERCIAL

Des. RICARDO Orofino da Luz FONTES – Presidente

Des. SALIM SCHEAD DOS SANTOS

Juíza de Direito de Segundo Grau JANICE GOULART GARCIA UBIALLI (substituindo o Des. RODRIGO ANTÔNIO da Cunha)

Juíza de Direito de Segundo Grau JANICE GOULART GARCIA UBIALLI (Cooperadora)

SEGUNDA CÂMARA DE DIREITO COMERCIAL

Desa. REJANE ANDERSEN – Presidente

Des. RAULINO JACÓ BRÜNING

Des. ROBSON Luz VARELLA

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

TERCEIRA CÂMARA DE DIREITO COMERCIAL

Des. PAULO ROBERTO CAMARGO COSTA – Presidente

Des. TULIO José Moura PINHEIRO

Des. RONALDO MORITZ MARTINS DA SILVA

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

QUARTA CÂMARA DE DIREITO COMERCIAL

Des. LÉDIO ROSA DE ANDRADE – Presidente

Des. José Carlos CARSTENS KÖHLER

Des. JOSÉ INÁCIO SCHAEFER

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

QUINTA CÂMARA DE DIREITO COMERCIAL

Des. CLÁUDIO VALDYR HELFENSTEIN – Presidente

Des. JÂNIO de Souza MACHADO

Desa. SORAYA NUNES LINS

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

PRIMEIRA CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO

Des. José GASPAR RUBICK – Presidente

Des. NEWTON TRISOTTO

Des. JORGE LUIZ DE BORBA

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

SEGUNDA CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO

Des. JOÃO HENRIQUE BLASI – Presidente

Des. NELSON Juliano SCHAEFER MARTINS

Des. CID José GOULART Junior

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

TERCEIRA CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO

Des. PEDRO MANOEL ABREU – Presidente

Juiz de Direito de Segundo Grau CARLOS ADILSON SILVA (Substituindo o Des. CESAR Augusto Mimoso Ruiz ABREU)

Juíza de Direito de Segundo Grau JANICE GOULART GARCIA UBIALLI (Substituindo o Des. LUIZ CÉZAR MEDEIROS)

Juiz de Direito de Segundo Grau CARLOS ADILSON SILVA (Cooperador)

QUARTA CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO

Des. JOSÉ VOLPATO DE SOUZA – Presidente

Des. JAIME RAMOS

Desa. SÔNIA MARIA SCHMITZ

Juiz de Direito de Segundo Grau RODRIGO Tolentino de Carvalho COLLAÇO (Cooperador)

CÂMARA CIVIL ESPECIAL

Des. RUI Francisco Barreiros FORTES – Presidente

Juiz de Direito de Segundo Grau DOMINGOS PALUDO

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

Juíza de Direito de Segundo Grau CLÁUDIA LAMBERT DE FARIA

Juiz de Direito de Segundo Grau JORGE LUIS COSTA BEBER

SEÇÃO CRIMINAL

Des. José Antônio TORRES MARQUES – Presidente

Des. ALEXANDRE d'IVANENKO

Des. MOACYR DE MORAES LIMA FILHO

Des. JORGE Henrique SCHAEFER MARTINS

Desa. MARLI MOSIMANN VARGAS

Des. SÉRGIO IZIDORO HEIL

Des. CARLOS ALBERTO CIVINSKI

Des. RICARDO José ROESLER

Juiz de Direito de Segundo Grau NEWTON VARELLA JÚNIOR (Substituindo o Des. PAULO ROBERTO SARTORATO)

Juiz de Direito de Segundo Grau JOSÉ EVERALDO SILVA

Juiz de Direito de Segundo Grau FRANCISCO JOSÉ RODRIGUES DE OLIVEIRA NETO (Substituindo a Desa. SALETE SILVA SOMMARIVA)

Juíza de Direito de Segundo Grau CINTHIA BEATRIZ DA SILVA BITTENCOURT SCHAEFER (Substituindo o Des. ROBERTO LUCAS PACHECO)

PRIMEIRA CÂMARA CRIMINAL

Desa. MARLI MOSIMANN VARGAS – Presidente

Des. CARLOS ALBERTO CIVINSKI

Juiz de Direito de Segundo Grau NEWTON VARELLA JÚNIOR (Substituindo o Des. PAULO ROBERTO SARTORATO)

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

SEGUNDA CÂMARA CRIMINAL

Des. SÉRGIO IZIDORO HEIL – Presidente

Des. RICARDO José ROESLER

Juiz de Direito de Segundo Grau FRANCISCO JOSÉ RODRIGUES DE OLIVEIRA NETO (Substituindo a Desa. SALETE SILVA SOMMARIVA)

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

TERCEIRA CÂMARA CRIMINAL

Des. José Antônio TORRES MARQUES – Presidente

Des. ALEXANDRE d'IVANENKO

Des. MOACYR DE MORAES LIMA FILHO

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

QUARTA CÂMARA CRIMINAL

Des. JORGE Henrique SCHAEFER MARTINS – Presidente

Juiz de Direito de Segundo Grau JOSÉ EVERALDO SILVA

Juíza de Direito de Segundo Grau CINTHIA BEATRIZ DA SILVA BITTENCOURT
SCHAEFER (Substituindo o Des. ROBERTO LUCAS PACHECO)

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

JUÍZES CORREGEDORES

Juiz-Corregedor VITORALDO BRIDI

Juiz-Corregedor ANTÔNIO ZOLDAN DA VEIGA

Juiz-Corregedor LUIZ CESAR SCHWEITZER

Juiz-Corregedor DAVIDSON JAHN MELLO

Juiz-Corregedor ALEXANDRE KARAZAWA TAKASCHIMA

COORDENADORIA DE MAGISTRADOS

Juiz MARCELO PIZOLATI

CHEFE DE GABINETE DA PRESIDÊNCIA

RICARDO ALBINO FRANÇA

DIRETORIA-GERAL ADMINISTRATIVA

CLEVERSON OLIVEIRA

DIRETORIA-GERAL JUDICIÁRIA

MAURÍCIO WALENDOWSKY SPRÍCIGO

SUMÁRIO

5 COMPOSIÇÃO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA

DOCTRINA

- 25 A trama recursal no processo civil brasileiro e a crise da jurisdição estatal – Joel Dias Figueira Júnior.
- 40 Sociedade e justiça: Aspectos desta relação no Brasil e no Canadá – Sérgio Luiz Junkes.

NOTICIÁRIO

- 59 Discurso de posse do Dr. Jânio de Souza Machado no Cargo de Desembargador do Tribunal de Justiça de Santa Catarina.
- 64 20 anos do Estatuto da Criança e do Adolescente: Reflexões. Luiz Felipe Siegert Schuch.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

- 75 Ação Direta de Inconstitucionalidade
- 87 Agravo Regimental em Recurso Extraordinário
- 90 *Habeas Corpus*

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

- 103 *Habeas Corpus*
- 126 Recurso Especial

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SANTA CATARINA

GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO CIVIL

- 149 Embargos Infringentes

GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO PÚBLICO

- 170 Embargos Infringentes

SEGUNDA CÂMARA DE DIREITO CIVIL

- 177 Apelações Cíveis

TERCEIRA CÂMARA DE DIREITO CIVIL
205 Apelação Cível

QUARTA CÂMARA DE DIREITO CIVIL
214 Apelações Cíveis

TERCEIRA CÂMARA DE DIREITO COMERCIAL
228 Apelações Cíveis

QUARTA CÂMARA DE DIREITO COMERCIAL
283 Apelações Cíveis

PRIMEIRA CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO
403 Agravo de Instrumento
419 Apelações Cíveis

SEGUNDA CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO
475 Agravos de Instrumento
495 Apelação Cível

CÂMARA ESPECIAL DE CHAPECÓ
504 Apelações Cíveis

SEÇÃO CRIMINAL
586 Embargos Infringentes

PRIMEIRA CÂMARA CRIMINAL
623 Apelações Criminais

SEGUNDA CÂMARA CRIMINAL
641 Apelações Criminais

TERCEIRA CÂMARA CRIMINAL
659 Apelações Criminais

SEGUNDA TURMA DE RECURSOS
783 Apelação Cível

QUINTA TURMA DE RECURSOS
797 Recurso Inominado

PRIMEIRA INSTÂNCIA

SENTENÇA

815 Comarca de Joinville

827 **RELAÇÃO DAS COMARCAS DO ESTADO SANTA CATARINA**

845 **ÍNDICE NUMÉRICO**

851 **ÍNDICE POR ASSUNTO**

875 **ÍNDICE ONOMÁSTICO**

DOUTRINA

A TRAMA RECURSAL NO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO E A CRISE DA JURISDIÇÃO ESTATAL *

Joel Dias Figueira Júnior **

SUMÁRIO

1 Introdução. 2 Meios de impugnação em geral. 2.1 Dos recursos. 2.2 Sucedâneos recursais. 2.3 Ações impugnativas autônomas. 3 Dados estatísticos. 4 Algumas sugestões. 5 Conclusão. 6 Referências.

1 INTRODUÇÃO

Quando pensamos em *conflito*¹ seja ele social, político, econômico, amoroso, familiar, jurídico etc. – logo nos vem a ideia de sofrimento, angústia, ausência de paz... Da compreensão do conflito, naturalmente, surge o sentimento acerca do problema posto e, conseqüentemente, a necessidade de busca e encontro de sua solução.

Pois bem: se matemática fosse, a equação seria facilmente exposta e resolvida de maneira elementar, podendo-se concluir que todo “conflito” exige solução, porquanto inimaginável perenizar qualquer espécie de embate, até porque a paz não só é estado sublime de espírito, assim como é valor e bem maior universalmente aceito e perseguido por toda a humanidade desde os primórdios mesmo que, não raramente, através de caminhos tortuosos e com resultados duvidosos.

* Conferência proferida no XXII Encontro Pan-americano de Direito Processual, em Goiás–GO, ocorrido de 26 a 28 de agosto de 2009.

** Desembargador do Tribunal de Justiça de Santa Catarina.

1 “Conflito”: Percebam bem o significado e a força de representação histórica, social, política e jurídica dessa palavra, que tem origem no latim *conflictus*: “luta, embate, guerra, choque, colisão”.

Visto o *conflito* pelo prisma sociológico, ou seja, a *lide* ainda não jurisdicionalizada, assim como qualquer outra espécie de “luta”, ele está a exigir *solução*, e, o que mais importa, em plano superior, a exigir *pacificação* entre as pessoas (naturais ou jurídicas) envolvidas diretamente no embate e, em escala secundária, porém, não menos importante, reflexamente, de todos os membros do grupo social, político e econômico a que pertencem os litigantes.

É assente que há muito se banuiu a possibilidade de autotutela (ressalvadas as hipóteses de desforço e legítima defesa), surgindo, então, o fortalecimento paulatino e sempre crescente da jurisdição (pública ou privada) que é, em síntese, o poder conferido a terceiro imparcial, de dizer o direito e, se necessário, fazer exercê-lo (*ius imperii*), de maneira à resolução da lide pendente – desta feita jurisdicionalizada – satisfazendo o titular do direito reconhecido, no plano jurídico e factual.

Assim, afigura-se elementar que a busca da satisfação de pretensões, quando violado ou ameaçado um direito, passa, inexoravelmente, pelo crivo da jurisdição (caso não haja composição amigável), que, por sua vez, para realizar seus fins constitucionalmente delineados, haverá de utilizar-se de um instrumento imaginário denominado *processo*.

O processo, como instrumento de realização do direito material, e, portanto, de satisfação *inter partes* e de pacificação social, funda-se em regras e princípios que podem ser sintetizados na expressão *due process of law*, diga-se de passagem, expressão emblemática, quase mitológica.

Destarte, o conflito que pode ou não permanecer em estado de latência durante algum período, haverá de, em certo momento, eclodir e, dali em diante, passa a exigir *solução definitiva*. Por certo, não basta para os contendores solução provisória, pois o provisório definitivo não é; se hoje satisfaz, poderá não mais satisfazer amanhã, sem contar com a instabilidade e desdobramentos decorrentes de tudo aquilo que não é permanente.

A demanda, por conseguinte e por óbvio, não poderá eternizar-se e, como bem define o próprio texto da Lei Maior, “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação” (CF, art. 5º, inciso LXXVIII, incluído pela Emenda Constitucional n. 45, de 8-12-2004).

A grande dúvida, e, igualmente, o grande problema e desafio dos estudiosos do processo civil contemporâneo, ao nosso modesto entender, residem na tentativa de equacionamento harmonioso do trinômio valorativo fundado em *celeridade* (tempo), *segurança* (devido processo legal) e *justiça da decisão* (aplicação equânime do direito ao caso concreto).

Convivemos diuturnamente com os citados valores processuais que, ao serem confrontados, aparentam ser antagônicos, ou, pelo menos de equacionamento duvidoso, espécie de tentativa insana de acendimento de uma vela a Deus e outra a Satanás.

Atormenta-nos o problema que ora apresentamos, assim, como atormenta-nos, ainda mais, o sistema recursal brasileiro, verdadeira trama draconiana e incompreensível, colocada a desserviço dos litigantes que agonizam às barras dos tribunais pátrios, em escala sucessiva interminável de recursos praticamente incontáveis, que fazem crer, aos olhos de todos, menos do legislador, que o processo é um feitiço maléfico a eternizar-se.

Tantos são os *recursos*, e, ainda, somam-se a eles os ditos *sucedâneos recursais* os *meios de impugnação em geral* e as *ações impugnativas autônomas* que chego a recear em enumerá-los, porque fatalmente incidirei em erro, por omissão...

Contudo, se esses números assustam-nos (e os veremos mais adiante), ainda mais assustadores são os requisitos recursais, denominados *intrínsecos* (cabimento, legitimidade e interesse, inexistência de fato extintivo ou impeditivo do direito de recorrer) e *extrínsecos* (tempestividade, regularidade formal, preparo) e os *efeitos* a eles conferidos ou inerentes (devolutivo,

suspensivo/obstativo, interruptivo, regressivo, expansivo, substitutivo e translativo).

Curioso é que verificamos a preocupação do legislador brasileiro em modificar o nosso sistema recursal desde o início da década de 1990, pois dos setenta artigos atinentes ao tema insculpidos no Código de 1973, apenas vinte e três permanecem inalterados, ou seja, 67% dos dispositivos foram modificados, sem que resultados eficazes fossem verdadeiramente colhidos. Melhorou-se, sim, mas não se resolveu ou minimizou sensivelmente o problema...

Certa feita, conversando com o saudoso mestre Ovídio Baptista da Silva, confessou-me estar desanimado e até desapontado com as reformas implementadas no processo civil brasileiro, especialmente em sede recursal. Disse-me então: “Veja só, Joel: estão lá em Brasília, em comissão, estudando meios para melhorar os recursos, quando eles, na verdade, precisam ser piorados...” E o mestre gaúcho estava coberto de razão, pois “piorar” os recursos significava, em outras palavras, reduzi-los em número e espectro de abrangência, e ressistematizá-los, o que ainda não se fez de maneira cabal.

É bom dizer desde já que não estamos aqui a desqualificar a importância e validade do movimento reformista, no que concerne ao tema proposto nesta fala acerca dos *meios de impugnação*. Inegável que as reformas implementadas no sistema instrumental civil brasileiro, em relação a recursos e meios de impugnação em geral significaram avanços legislativos dignos de nota, com resultados qualitativo e quantitativo muito superiores àquele que nos foi oferecido em 1973.

Ademais, são os recursos, sem sombra de qualquer dúvida, um dos elementos basilares integrantes do chamado *devido processo legal*, merecedores, inclusive, de previsão constitucional no título “direitos e garantias fundamentais”, segundo se infere do disposto no art. 5º, inciso LV, da Constituição Federal, *in verbis*: “aos litigantes, em processo judicial ou

administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, *com os meios e recursos a ela inerentes*” (grifo nosso).

A problemática, portanto, ao nosso entender, reside, como dissemos, no elevado número de meios de impugnação colocados à disposição dos litigantes que, como consequência lógica, abarrotam os tribunais e eternizam os processos, sem que os litigantes atinjam as pretensões perseguidas e a tão decantada paz social em tempo razoável, somando-se a deficiente sistematização em que se encontram inseridos, a começar, por exemplo, pela manutenção da regra ultrapassada contida no art. 520 do CPC, ao definir o duplo efeito como padrão de recebimento das apelações.

Quando o legislador cultiva, cria e recria um invejável rol de meios de impugnação em nosso ordenamento jurídico, fico eu a pensar: parecem-nos que o legislador quer acenar dizendo, ingenuamente, que o maior número de recursos disponibilizados permite aos litigantes chegar a uma decisão ainda mais justa do que aquela precedentemente proferida, quando, na verdade, o número desmedido de meios de impugnação faz gerar tão somente insegurança jurídica, insatisfação daquele que teve o seu direito ameaçado ou violado e litispêndia eterna.

Mais do que assustadora, é estarrecedora a quantidade desses meios impugnativos de decisões judiciais que, de toda a ordem aportam em tribunais estaduais, federais e instâncias superiores, e, o que é mais grave, convivem num estado de letargia como se o patológico fosse naturalmente saudável. Perdemos o senso crítico e a responsabilidade em prestar jurisdição estatal, pois vivemos num mundo de faz de conta, tal qual “Alice no país das maravilhas”.

A crise na prestação da tutela jurisdicional que, ao nosso sentir, é subproduto da crise do Direito Instrumental (lembramos que o Direito Material jamais entra em crise!), é, na verdade,

uma espécie de vírus que contamina nossas regras de vida em sociedade, está presente no seu processo de produção, projeta-se mais tarde sobre sua vigência, envolve e compromete de modo direto e constante todos os seus operadores, não só os juízes. Quando o Direito ganha em volume o que perde em qualidade, mais parece nos asfixiar do que trazer alguma ordem à nossa vida. Um produto que alardeia prevenir e resolver problemas acaba por criá-los. A frustração coletiva leva ao protesto, mesmo numa cultura pródiga em tolerância; até os mais conformistas já se perguntam para que serve tudo isso.

Há no Direito brasileiro dois vícios graves pedindo, já faz tempo, remédio urgente. Nossas regras de processo, antes de tudo, parecem não querer que o processo termine. Os recursos possíveis são muitos (creio não haver trama recursal tão grande e complicada), e pouca gente hoje crê que isso ajude mesmo a apurar melhor a verdade para melhor fazer justiça.

Quando a Constituição garante, em qualquer processo, “ampla defesa, com todos os recursos a ela inerentes”, o leitor de boa-fé supõe que isso é para que ninguém deixe de provar sua inocência por falta de instrumentos adequados. Não se dá conta de que, em número muito maior de casos, o que essa regra favorece é a eternização do processo civil, quase sempre em favor da parte mais forte (eventualmente o Estado), e o comprometimento do desfecho, ainda que justo, pela sua demora (REZEK, 1998).

Como se não bastasse, convive-se no Brasil do século XXI ainda com o ranço de cultura colonial forjada no descaso, na inércia, no descumprimento de decisões judiciais de todas as ordens e instâncias. Criaram-se, inclusive, alguns adágios populares em face dessa infeliz postura, que refletem muito bem o descrédito para com o Judiciário, a ineficácia das leis e dos julgados: “vai reclamar pro bispo”; “mais vale um mau acordo do que uma boa demanda”; “ganhou mas não levou” dentre tantos outros.

Veja-se, por exemplo, o instituto jurídico anglo-saxônico do *contempt of court* que, somente em 2001, foi recepcionado em nosso sistema norma-

tivo instrumental, através da Lei n.10.358, a qual, entre outras incursões, finalmente, delineou o que se denomina de *prática de ato atentatório ao exercício da jurisdição*, ao inserir o inciso V e parágrafo único ao art. 14 do Código de Processo Civil, instituto este, diga-se de passagem, ainda timidamente usado e pouco prestigiado pelos nossos juízes e tribunais, o que é lamentável...

2 MEIOS DE IMPUGNAÇÃO EM GERAL

2.1 Dos recursos

Os recursos, assim considerados em sua essência ou natureza, também denominados de *recursos em espécie*, são os seguintes, enumerados no Código de Processo Civil:

- Apeção e adesivo (arts. 515 a 521)
- Agravo de instrumento (art. 522)
- Agravo retido (art. 522)
- Agravo interno (art. 557, § 1º)
- Agravo interno (art. 532 - embargos infringentes)
- Agravo interno (art. 545 em recurso extraordinário ou especial – decisão do relator que não admite agravo de instrumento)
- Embargos infringentes (arts. 530 a 534)
- Embargos de declaração (arts. 535 a 538)
- Recursos ordinários (arts. 539 e 540)
- Recurso especial (arts. 541 a 546)
- Recurso extraordinário (arts. 541 a 546)

Embargos de divergência em recursos extraordinário e especial (art. 496, VIII, e art. 546)

2.2 Sucedâneos recursais

Reexame necessário (art. 475)

Pedido de reconsideração (art. 527, parágrafo único, e hipóteses diversas não previstas em lei)

Suspensão de segurança (art. 4º da Lei n. 4.348/1964)

Agravo regimental (previsto em regimentos internos de tribunais)

2.3 Ações impugnativas autônomas

Ação rescisória (arts. 485 a 495)

Ação desconstitutiva (anulatória) (art. 486)

Reclamação (cf. regimentos internos de tribunais ou art. 102, I, “I”, CF)²

Mandado de segurança (Lei n.12.016, de 7-8-2009)

Ação declaratória de inexistência de ato jurisdicional

3 DADOS ESTATÍSTICOS

São assustadoras as informações colhidas dos bancos de dados estatísticos dos tribunais pátrios, notadamente do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, seja pelo elevadíssimo número de recursos que aportam diuturnamente nos protocolos de distribuição, assim como o número de processos julgados e acórdãos publicados.

² Competência do STF para julgar a reclamação para a preservação de sua competência e garantia da autoridade de suas decisões.

Vejamos, então, alguns dados para reflexão, a começar pelo Supremo Tribunal Federal.

Segundo os indicativos oficiais extraídos do Portal de Informações Gerenciais da citada Corte, em 5 de agosto do corrente ano em 2008, foram protocolados 100.781 recursos, julgados 130.747 e publicados 19.377 acórdãos.

Por sua vez, de janeiro a julho deste ano, já foram protocolados 51.180 recursos, distribuídos 27.647, julgados 48.304 (consideram-se para julgamentos as decisões monocráticas e colegiadas) e publicados 10.566 acórdãos.

Pois bem partindo da informação de que o Presidente da Corte Constitucional não recebe distribuição (art. 67 RISTF), podemos afirmar que, nos primeiros sete meses de 2009, cada ministro (10 membros) recebeu 2.764,70 recursos e julgou 4.830,40, assim como publicou 1.056,60 decisões.

Entre janeiro e julho temos 210 dias e, subtraindo-se 60 dias de férias coletivas, e 54 entre feriados, sábados e domingos, restam, em média, 96 dias úteis, significando dizer que *cada ministro julgou, por dia, 50,31 processos* (5,03 processos por hora – considerando-se 10 horas diárias de trabalho), *251,55 por semana* (considerando-se 5 dias úteis), *ou, ainda, 1.150 por mês* (considerando-se 23 dias úteis).

Agora, vejamos o Superior Tribunal de Justiça³:

Em 2008, foram distribuídos 271.521 processos, julgados, 354.042 feitos e, acórdãos publicados, 94.611, sendo, em média, distribuídos para cada relator 9.497 processos, e, julgados, 12.383.

3 Observamos que até agosto de 2009 não havia qualquer estatística publicada contendo dados processuais do ano em curso.

Considerando-se 60 dias de férias e 110 dias entre feriados, sábados e domingos, restam aproximadamente 195 dias úteis, o que corresponde, aproximadamente a 63,5 processos julgados por dia (= 2,64 processos por hora), ou seja, 317 feitos julgados por semana, representando a 1.270 processos ao mês.

Lembro ainda, *en passant*, que ainda existem os dias da semana destinados às sessões de julgamento, somando-se aos tempos destinados aos atendimentos dos advogados, prolação de despachos, reuniões administrativas informais, solenidades etc.

Pergunto aos senhores: É crível que, os ministros de nossas Cortes Superiores tenham, efetivamente, lido e estudado cada um desses processos e lavrado os seus respectivos acórdãos, após acurado exame dos respectivos feitos?

Esses dados demonstram, ao nosso modesto entender, nada menos do que a falência absoluta em que se encontra mergulhado o sistema recursal brasileiro e, por conseguinte, a deficiência da prestação da tutela jurisdicional, exigindo a tomada de providências emergenciais para a reversão desse quadro dantesco.

O curioso é que convivemos com uma inversão de valores no tocante à produção dos nossos magistrados, em todas as instâncias. Premia-se o que mais produz... e não aquele que melhor julga e, muito menos, aquele que mais e melhor decide.

O que importa, parece-nos, nesta era enlouquecida de velocidade de *chip* de computador, é prestigiar a quantidade, produzindo-se *decisões em série*, ou melhor, em grande escala – assim, por exemplo, como as indústrias definem metas de produção de automóveis ou eletroeletrônicos – em desalentador desprestígio à qualidade do julgado e do próprio jurisdicionado (destinatário final da jurisdição).

Nessa toada, o Conselho Nacional de Justiça passou a controlar a produtividade dos magistrados de primeiro e segundo graus e, sem fornecer qualquer instrumento novo de apoio, também passou a definir metas com prazos de produção... !!! ???

Não divergem desse entendimento, em regra, as corregedorias dos nossos tribunais, que avaliam seus juízes para fins de promoção, pela quantidade de decisões proferidas, audiências realizadas etc., sem verificar, na quase totalidade dos casos, as particularidades de cada comarca, o atendimento prestado aos advogados, aos peritos e as partes, as situações específicas dos cartórios e secretarias, quadro de pessoal, assessoramento em gabinete, questões de ordem pessoal ou familiar, a qualidade de seus julgados, a complexidade das demandas decididas, dentre outras tantas variáveis que não poderiam simplesmente ser desconsideradas, pois refletem, sim, todas elas, direta ou indiretamente nos mapas de produtividade de cada juiz.

Por certo, essas circunstâncias poderiam ser levadas em conta pelos tribunais se, efetivamente, dessem importância aos fatores ora indicados. A solução é simples: basta a confecção de um *software* com esse perfil e a alimentação dos dados que serão colhidos em tempo e forma oportunos pelos órgãos correccionais.

Portanto, parece faltar o que se denomina de *vontade política*, até porque, somar alguns números e dar o resultado final apontando para o “melhor juiz” – leia-se: “o que mais produz” - não passa de elementar operação matemática.

E o que dizer então de sentenças proferidas em regime de mutirão??? !!! Fico imaginando cirurgias feitas em regime de mutirão... De fato, o que importa nos dias de hoje, lamentavelmente, são os “números”, prevalecendo o critério quantitativo sobre o qualitativo.

4 ALGUMAS SUGESTÕES

Apontados os problemas, trazemos a lume algumas possíveis sugestões para minimizá-los, com tendências de solução (total ou parcial) a curto, médio e longo prazo:

redução da competência constitucional dos Tribunais Superiores, prestigiando-se o sistema federativo;

aumento de “filtros” para o conhecimento de recursos especial e extraordinário;

eliminar os embargos infringentes do rol de recursos do CPC;

modificar o art. 520 do CPC (PL 3.605/2004), tornando o efeito devolutivo a regra para o recebimento do recurso de apelação, o que irá propiciar a execução provisória dos julgados⁴;

prestigiar e criar programas nacionais de resolução de conflitos não adversariais;

municipalizar a justiça, notadamente a informal (juizados especiais e de conciliação, com a participação popular efetiva — o que Capelletti e Bryan Gart denominaram de *justiça participativa e coexistencial*);

incrementar a infraestrutura da justiça de primeiro grau;

restringir, na prática, o uso do mandado de segurança aos casos de comprovada ilegalidade ou abuso de poder contra direito líquido e certo;

consolidar o instituto da súmula vinculante e da repercussão geral;

fomentar a criação de súmulas em tribunais estaduais e federais;

4 Essa sugestão legislativa já foi apresentada pela Comissão Reformadora do CPC durante a década de 90, sendo que terminou por ser rejeitada. A proposta foi em 2004 reapresentada ao Parlamento, sendo que desde 11 de abril de 2007 encontra-se paralisada a sua tramitação, na Comissão de Constituição e Justiça e Cidadania (informações colhidas do *site* do Congresso Nacional em 20 de agosto de 2009).

maior rigor dos tribunais no reconhecimento da litigância de má-fé em face de recursos manifestamente protelatórios;

incremento do uso do instituto da prática de ato atentatório ao exercício da jurisdição;

banir o reexame necessário do ordenamento jurídico;

suprimir os recursos criados em regimentos internos, por violarem a competência privativa da União para legislar em sede processual (art. 22, I, CF) e retardarem a prestação da tutela jurisdicional definitiva;

ressistematização de todo o Código de Processo Civil, de maneira a harmonizá-lo após as inúmeras modificações implementadas nas últimas duas décadas.

5 CONCLUSÃO

Não sou o primeiro, nem serei o último estudioso do processo civil a fazer as observações e críticas ora formuladas. Todavia, parece-nos necessário trazê-las para uma reflexão mais profunda, especialmente em conclave científico dessa envergadura, em face da crise em que se encontram mergulhados o sistema recursal brasileiro e a prestação da tutela jurisdicional do Estado-juiz.

Afigura-se-nos urgente e imprescindível a ressistematização dos recursos e meios de impugnação, sem perder de vista a necessidade de reestruturação do Poder Judiciário.

Contudo, não se olvide que as reformas já implementadas trouxeram evoluções satisfatórias aos recursos, meios de impugnação e ações impugnativas autônomas, sobretudo se confrontarmos com a retrógrada proposta insculpida no Código de 1973, que nos deixou agonizando por aproximadamente vinte anos.

Os resultados positivos já aparecem, como por exemplo, com a reformulação do recurso de agravo, a “repercussão geral” (art. 543-B – Lei n. 11.418/2006), a súmula vinculante (Lei n. 11.417/2006 que regulamenta o art. 103-A da CF e altera a Lei n. 9.784/1999, disciplinando a edição, a revisão e o cancelamento de enunciado de súmula vinculante pelo STF), a arguição de descumprimento de preceito fundamental (art. 102, § 1º, da CF e Lei n. 9.882/1999) o freio aos recursos repetitivos (art. 543-C — Lei n. 11.672/2008), dentre outras novidades alvissareiras, dando conta de que existe, sim, luz no fim deste longo túnel.

Destarte, a crise da prestação da tutela jurisdicional que, sabidamente, não é apenas brasileira, ressoa de maneira intensa nos tribunais pátrios não é propriamente do Poder Judiciário, como instituição, ou de seus ilustres membros, como agentes políticos, missionários incansáveis de distribuição da justiça, mas sim um subproduto da norma jurídica, que termina por cancelar um problema que é estrutural, e não funcional.

Somam-se, a tudo isso, a crise dos profissionais do direito (ética e de formação científica) e a falta de conhecimento mais profundo acerca da importância sociopolítica das formas alternativas de resolução de controvérsias, sobremaneira as não adversariais, pois ainda encontramos profissionais forjados na superada filosofia do século XIX da “Luta pelo Direito”, de Rudolf von Jhering, pois, lutar, significa, também, recorrer de tudo e por tudo, em nome de um pseudodireito de “ampla defesa” e de busca de justiça — quiçá mais injusta. Confunde-se, infelizmente, “ampla defesa”, com “defesa ilimitada” ou recursos intermináveis que beiram o jogo do sem-fim.

Faço minha as palavras de Rezek (1998): “A situação que vivemos é patológica, e é puro cinismo pretender vendê-la ao público como normal, saudável, quem sabe como prova da vitalidade da democracia pluralista”.

Digo mais: “O Direito que atormenta” não é Direito, mas sim arremedo de norma jurídica imprestável...

A quem interessa, verdadeiramente, esse rol invejável de meios de impugnação que o legislador presenteou-nos? Penso eu que a eternização dos processos interessa apenas aos descumpridores da lei, não raramente contumazes.

Não sou pessimista, creiam-me, até porque, como dizem os filósofos, “os pessimistas são os otimistas esclarecidos”.

6 REFERÊNCIAS

REZEK, Francisco. O direito que atormenta. *Folha de São Paulo*, São Paulo, 15 nov. 1998. Caderno 1, p. 3.

SOCIEDADE E JUSTIÇA: ASPECTOS DESSA RELAÇÃO NO BRASIL E NO CANADÁ

Sérgio Luiz Junkes *

SUMÁRIO

1 Introdução. 2 Canadá: um breve panorama geral. 3 Desenvolvimento econômico-social no Canadá e no Brasil. 4 A relação sociedade e Justiça. 5 A Justiça nas sociedades canadense e brasileira. 6 Considerações finais. 7 Referências.

RESUMO

O objeto deste artigo, desenvolvido sob o método indutivo, diz respeito ao estudo de aspectos teóricos da relação sociedade e Justiça e de como esta se observa na prática no Brasil e no Canadá.

ABSTRACT

The object of this article, developed according with the inductive method, concerns the study of theoretical aspects about the relationship between society and justice and how it is observed in practice in Brazil and Canada.

1 INTRODUÇÃO

O Canadá, tal como o Brasil, possui um vasto território e uma imensa diversidade cultural. Além disso, ambos são detentores de imensas riquezas naturais e apresentam economias extremamente vigorosas e

* Juiz da Infância e Juventude em Joinville (SC). Mestre em Ciência Jurídica pela Univali e doutorando em Direito na UFSC.

dinâmicas. Todavia, a sociedade brasileira está, ainda, infelizmente, muito longe de desfrutar o mesmo grau de bem-estar dos canadenses. Mas qual a razão disso? É uma questão extremamente complexa, e certamente não se encontrarão respostas minimamente satisfatórias no estreito âmbito deste artigo¹. No entanto, investigando como se organiza aquela sociedade, é possível buscar pistas dos caminhos que o Brasil deve percorrer se quiser tornar-se – como lá – uma nação plenamente desenvolvida. Com esse desiderato, propõe-se aqui investigar aspectos da relação entre a sociedade e a Justiça com base em ilustrações comparativas entre o Brasil e o Canadá. A fim de delimitar o universo de observação do funcionamento da Justiça e o seu papel nesse contexto, centrar-se-á, por opção metodológica, na área da infância e juventude, em algumas anotações de caráter mais específico dentro dessa abordagem.

O presente estudo é fruto da experiência obtida no I Congresso Internacional da Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB) realizado no Canadá, nas cidades de Toronto, Montreal e Ottawa, no período de 7 a 17 de setembro de 2010. Além de assistir a palestras proferidas por magistrados, advogados e professores daquele país, teve-se a oportunidade de interagir com aqueles profissionais e de conhecer inúmeras cortes, das mais variadas instâncias e competências, o que possibilitou tecer um retrato geral do funcionamento da Justiça no Canadá no contexto da sua sociedade. O presente artigo, redigido sob o método indutivo², está fundado em anotações pessoais feitas em solo canadense, bem como em breve pesquisa.

1 Conforme Barral (2006,p. 30), ainda inexistente uma teoria científica que explique com exatidão a relação entre direito e desenvolvimento, o que dificulta a transformação dos enunciados em políticas públicas efetivas.

2 As comparações realizadas ao longo do texto entre Brasil e Canadá seguem um caráter exemplificativo e não são fruto do método comparativo.

2 CANADÁ: UM BREVE PANORAMA GERAL

O Canadá é o segundo maior país do mundo em extensão, perdendo apenas para a Rússia. Apesar disso, conta com uma população equivalente a menos de um sexto da brasileira, ou seja, 31,6 milhões de habitantes³. Ou seja, abriga menos habitantes que o Estado de São Paulo. Toronto, com cerca de 5,1 milhões de pessoas em sua área metropolitana, é a maior cidade, seguida de Montreal, com 3,6 milhões, Vancouver, com 2,1 milhões, e Ottawa, com 812 mil⁴. Um traço marcante do Canadá é o fato de possuir dois idiomas oficiais: o inglês e o francês. Essa peculiaridade é resultado das duas culturas com as quais o país foi fundado e se desenvolveu. Todo canadense é alfabetizado em inglês e francês, tornando-se bilíngue desde cedo. Muito embora existam regiões em que se mostram evidentes, tanto na arquitetura como nos hábitos, ora traços da herança inglesa, como na província de Ontário (onde se situa Toronto), ora da herança francesa, como na de Quebec (onde se situam Montreal e a cidade de Quebec), é possível visualizar todas as placas de sinalização, bem como as de propaganda, sempre nos dois idiomas. A sociedade canadense, atualmente, porém, é multicultural. Hoje ela é composta por cerca de 200 outros grupos étnicos, o que representa 16,1% da população, ou 5,1 milhões de habitantes. Há décadas, o Canadá é a nação que continuamente apresenta o maior fluxo migratório do mundo. Em cada região do Canadá, nota-se claramente o predomínio de minorias étnicas distintas. Para se ter uma ideia do que isso representa, é possível utilizar ilustrativamente como se dá essa distribuição nas duas maiores cidades canadenses. Em Toronto, por ordem crescente de população, são visíveis as presenças dos seguintes grupos étnicos: sudoeste-asiáticos, latino-americanos, filipinos, africanos e chineses. Já em Montreal, essa ordem se altera: latino-americanos, sudoeste-asiáticos, sul-asiáticos, chineses e africanos (KITELEY; MARROCO,

3 Dados do censo de 2007.

4 A propósito, Montreal é a segunda maior cidade francófona do mundo, perdendo apenas para Paris.

2010). A origem dessa cultura de coexistência tolerante remonta aos primórdios da fundação do Canadá. Os ingleses, em 1763, venceram os franceses na batalha sobre o domínio da região canadense. “Temerosos de serem atacados pelos EUA independentes no fim do século 18, os ingleses preservaram as instituições religiosas e cívicas dos franco-canadenses, na esperança de que não se aliassem aos americanos” (GOMES; LEAL, p. 26). Foi assim que a estratégia de tolerância surtiu efeitos e se estende até hoje. No Canadá, ao contrário do que ocorre nos outros lugares, como, por exemplo, no seu vizinho Estados Unidos, não há a preocupação de que os imigrantes venham a se fundir à cultura do país, incorporando seu idioma, sua religião e seus costumes, entre outras coisas. Ao contrário, lá se emprega a estratégia do chamado “mosaico canadense”, baseado “na aceitação da diversidade em lugar da assimilação (embora também haja mistura, claro)” (GOMES; LEAL, p. 26). Outro dado importante que reforça a noção do multiculturalismo canadense é o fato de que 47% da sua população é formada por descendentes de imigrantes.

Politicamente, o Canadá é um Estado Federal, monárquico, parlamentarista, que conta com dez províncias e três territórios. Ottawa é a sua capital federal. A chefia de governo canadense é exercida pelo primeiro ministro e seu gabinete. Muito embora exista um governo central, as províncias, a ele subordinadas, ostentam certo grau de autonomia administrativa e legislativa, tal qual preconizam as regras do federalismo clássico. O Canadá integra o Reino Unido, e, em razão disso, o Chefe de Estado é o monarca britânico, representado pelo governador-geral por ele indicado. Nos dias atuais, os partidos políticos apresentam dificuldade em obter o apoio da maioria em todo o país. Há uma tendência dominante do regionalismo político, de descentralização, em que as províncias esforçam-se em obter poder. Exemplo mais contundente a esse respeito tem sido o incessante movimento separatista de Quebec, província de origem francesa. Referendos nesse sentido foram realizados, porém sem sucesso. Todavia, os

resultados foram “apertados”, com pouca diferença entre os votos favoráveis e os contrários à ideia. Com relação à separação de Quebec do restante do Canadá, ainda se evidencia um certo conflito latente, contudo, incapaz de afetar a sua relação integrada e harmônica com as demais províncias e de abalar o valor basilar da tolerância multicultural presente em todas elas (GOMES; LEAL, 2009, p. 20).

Sob a perspectiva jurídica, o Canadá é o único país do mundo que conta com a utilização simultânea de dois sistemas jurídicos: o *common law*, de origem inglesa (privilegia os costumes e os precedentes) e o *civil law*, de origem francesa (privilegia a lei e os códigos). É o chamado “bijuralismo”. Ambos os sistemas coexistem desde a fundação do Canadá, em 1867. Cada província é autônoma para se organizar preponderantemente de acordo com um desses dois sistemas, dentro da esfera concedida pelo governo central. Isso inclui não só o que se refere ao poder legislativo, mas também ao Poder Judiciário, inclusive as normas que regem o processo judicial.

3 DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO-SOCIAL NO CANADÁ E NO BRASIL

Sob o prisma eminentemente econômico, o Canadá, segundo classificação do Fundo Monetário Internacional, integra a lista das 34 economias “avançadas” do mundo, da qual, aliás, o Brasil não faz parte. Dentre essas, ocupa posição de destaque e integra o seletivo grupo das 7 economias consideradas “muito avançadas” (G7) (FUNDO MONETÁRIO INTERNACIONAL, 2009). O Canadá possui uma renda *per capita* elevada⁵, equivalente a US\$ 39.600,00. É a 29ª maior do mundo, segundo relatório da CIA. O Brasil, a propósito, ocupa a 105ª posição, com uma renda *per capita* de US\$ 10.900,00 (CENTRAL INTELLIGENCE AGENCY, 2004). Esses indicadores explicam porque o Canadá é considerado um “país

5 Resultado da divisão da renda nacional (produto nacional bruto menos os gastos de depreciação do capital e os impostos indiretos) pela sua população.

desenvolvido”, enquanto o Brasil não. Efetivamente, há muitas críticas e controvérsias acerca do emprego de critérios essencialmente econômicos para se definir uma classificação de tal envergadura e complexidade. Isso porque estão sujeitos a encobrir uma série de disparidades concernentes à distribuição de renda. Nesse jaez, um país pode ostentar, de um lado, uma boa renda *per capita*, mas, de outro, um alto índice de concentração de renda e grande desigualdade social.

Por isso, mais recentemente, um outro instrumento de medição, denominado Índice de Desenvolvimento Humano (IDH), passou a ser utilizado. O IDH mensura três dimensões: riqueza, educação e esperança média de vida; e constitui um modo padronizado de avaliação e mensuração do bem-estar de uma determinada população. Os países desenvolvidos apresentam IDH elevado. Aqueles que não entram em tais definições são classificados como países em desenvolvimento ou subdesenvolvidos (WIKIPEDIA, 2011). Baseado nesses indicadores econômicos e também sociais, o Canadá continua a ostentar posição de destaque entre todas as nações do mundo, enquanto o Brasil segue muito distante. Enquanto o Canadá, com o 8º maior IDH do mundo, é considerado um país desenvolvido, o Brasil, também por este índice, ocupa o modesto 73º lugar, e figura como país em desenvolvimento, ou subdesenvolvido (RELATÓRIO DE DESENVOLVIMENTO HUMANO, 2010).

O IDH é um importante instrumento orientador na formulação de políticas públicas e na execução de mudanças institucionais hábeis a propiciar o desenvolvimento. O sistema legal-judicial inclui-se nesse quadro, como se abordará no próximo item. Por outro lado, o Canadá, como país muito rico e desenvolvido, com alta renda *per capita*, analfabetismo inexistente e baixíssimo índice de mortalidade infantil, pode ser um modelo inspirador para o Brasil.

4 A RELAÇÃO SOCIEDADE E JUSTIÇA

A sociedade brasileira, tal como qualquer outra, anseia por mais riqueza. Todavia, sobre esse cenário, o economista indiano ganhador do prêmio Nobel de Economia Amartya Sen lança uma questão pontual: “Se temos razões para querer mais riqueza, precisamos indagar: quais são exatamente essas razões, como elas funcionam ou de que elas dependem, e que coisas podemos ‘fazer’ com mais riqueza?” (SEN, 2000, p. 28). Diante disso, acrescenta-se: qual o papel da Justiça nessa abordagem?

Adam Smith, em sua obra *Riqueza das nações*, já deixava evidente a importância da Justiça para a prosperidade de uma sociedade: “Pouco mais é requerido para conduzir [uma nação] do mais baixo barbarismo até o mais elevado grau de opulência do que paz, impostos razoáveis e uma administração tolerável da Justiça; tudo o mais sendo trazido pelo curso natural das coisas” (SMITH, 1996, p. 120). A Justiça, segundo Smith, seria a viga mestra que sustenta todo o edifício social. Não consistiria apenas no arcabouço legal do mercado, mas também em condição mínima da ordem social, responsável, dentre outras coisas, por: prevenir os membros da comunidade contra o uso da fraude, da força e de práticas anticompetitivas por parte daqueles que postulam obter vantagens sobre os demais; garantir a execução de contratos livremente acordados; e defender os direitos de propriedade adquiridos de forma legítima (GIANETTI, 1993, p. 124-125).

Weber também situa o papel fundamental da Justiça na evolução do capitalismo, em razão da sua função de garantidora dos contratos e dos direitos de propriedade e de ordenadora social⁶. Para Weber, inclusive, o funcionamento regular da Justiça, detentora, como braço do Estado, do

6 “Também historicamente o ‘progresso’ em direção ao Estado burocrático, que sentencia e administra na base de um direito racionalmente estatuído e de regulamentos racionalmente concebidos, encontra-se em conexão muito íntima com o desenvolvimento capitalista moderno. A empresa capitalista moderna fundamenta-se internamente, sobretudo, no cálculo. Para sua existência, ela requer uma justiça e uma administração, cujo funcionamento, pelo menos em princípio possa ser racionalmente calculado por normas gerais fixas, do mesmo modo que se calcula o rendimento provável de uma máquina” (WEBER, 1999, p. 310-311).

monopólio da violência legítima (WEBER, 1999, p. 525), foi determinante para que o capitalismo se desenvolvesse muito mais rapidamente em alguns países do que em outros⁷

Sob o enfoque da filosofia política, mas sem desconsiderar a economia, Rawls tece uma outra relação entre Justiça e sociedade. Para o professor americano, a Justiça tem como objeto primário a estrutura básica da sociedade (RAWLS, 1997, p. 7), qual seja, aquela que reúne as principais instituições sociais – aí se incluindo, dentre outros, a constituição e os regimes jurídico e econômico – e a maneira pela qual se articulam num único sistema. Esse arranjo da estrutura básica, por sua vez, deve proporcionar um sistema autossuficiente de cooperação social, hábil à concretização dos fins essenciais da vida humana (RAWLS, 2000a, p. 157). Para atingir esse desiderato, Rawls acentua a importância do papel das instituições, as quais têm a incumbência de garantir condições justas para o contexto social. Isso porque, se, através delas, a estrutura não for apropriadamente regulada e ajustada, por mais equitativas e justas que possam parecer as relações particulares, consideradas isoladamente, o processo social não conseguirá efetivamente se manter justo (RAWLS, 2000a, p. 13-14). Assim é que a justiça, para Rawls, deve ser a primeira virtude das instituições sociais (RAWLS, 1997, p. 3). A existência destas, em resumo, é condicionada à realização e manutenção da justiça. Em outro sentido, tendo como premissa a liberdade e a igualdade dos cidadãos, Rawls assinala que o quadro institucional tem ligação direta não só com a formação das aspirações, esperanças das pessoas, mas com a concretização daquelas e com o desenvolvimento e aproveitamento das capacidades e talentos individuais

7 “O capitalismo industrial precisa poder contar com a continuidade, segurança e objetividade do funcionamento da ordem jurídica, com o caráter racional, em princípio calculável, da jurisdição e da administração. De outro modo, faltam aquelas garantias da calculabilidade que são indispensáveis para o grande empreendimento industrial capitalista. Estas existem em grau mínimo em Estados patrimoniais pouco estereotipados, e em grau máximo, ao contrário, dentro do burocratismo moderno. Não foi o islã como religião dos indivíduos que impediu a industrialização: os tártaros do Cáucaso russo são muitas vezes empresários bastante modernos. O que a impediu foi a estrutura religiosamente condicionada das formações estatais islâmicas, de seu funcionalismo e de sua jurisdição” (WEBER, 1999, p. 310-311).

(RAWLS, 2000a, p. 18). Isso se deve, segundo Rawls, ao fato de que as perspectivas individuais dependem em parte da ideia que as pessoas têm de si. Além disso, elas apresentam ligação com a posição social e com os meios e as oportunidades com os quais cada um pode racionalmente contar (RAWLS, 2000a, p. 18). Rawls não descarta as desigualdades econômicas e sociais dos cidadãos, seja em razão dos dons naturais de cada um, seja em função da origem social, contingências etc. (RAWLS, 2000a, p.19). Pretendendo conciliar essas desigualdades de perspectivas de vida dos cidadãos, Rawls denomina a sua teoria de “justiça como equidade”. Essa teoria parte da premissa de que as instituições sociais, a estrutura básica, podem ser qualificadas de justas desde que satisfaçam os princípios que as pessoas morais, livres e iguais, equitativamente situadas, adotariam com o objetivo de reger essa estrutura (RAWLS, 2000a, p. 20). Sublinha Rawls a necessidade de formulação de princípios e do desenho dos contornos de uma concepção de justiça⁸. Essa concepção de justiça deve prestar-se à orientação geral da ação política e servir de base racional para um contínuo ajuste de um processo social de manutenção daquela no âmbito social (RAWLS, 2000a, p. 37).

Segundo Rawls, as instituições sociais da estrutura básica devem organizar a cooperação social de modo a favorecer os esforços construtivos (RAWLS, 2000a, p. 35), ou seja, aqueles voltados para a melhoria das condições de vida de todos os membros da sociedade de uma forma geral. De acordo com o entendimento de Rawls, o sistema judicial exerce um papel fundamental nesse sentido.

Nesse mesmo jaez, Sen (2000, p. 52) pondera que normalmente se identifica o desenvolvimento ao aumento dos rendimentos pessoais, aos

8 Eis os princípios da sua teoria da justiça social: “a. toda pessoa tem um direito igual a um sistema plenamente adequado de liberdades fundamentais iguais que seja compatível com um sistema similar de liberdade para todos. b. as desigualdades sociais e econômicas devem satisfazer duas condições. A primeira é que devem estar vinculadas a cargos e posições abertos a todos em condições de igualdade equitativa de oportunidades; e a segunda é que devem redundar no maior benefício possível para os membros menos privilegiados da sociedade” (RAWLS, 2000b, p. 345).

avanços tecnológicos e à própria industrialização. Contudo, muito mais do que isso, desenvolvimento é um verdadeiro processo de expansão das liberdades reais que as pessoas podem desfrutar.

De acordo com Sen (2000, p. 52), a expansão da liberdade é considerada tanto o fim como o meio principal do desenvolvimento. Como fim, ela exerce um papel constitutivo, no sentido de a pessoa ostentar capacidades elementares de modo a evitar privações (por exemplo, a fome e a morte prematura) e outras capacidades associadas, como saber ler, ter participação política e liberdade de expressão etc. Como meio, ela complementa e reforça o conjunto encadeado das mais variadas expressões de liberdade. Por exemplo, o crescimento econômico propiciado pelo direito às transações econômicas favorece não só a elevação das rendas privadas como enseja ao Estado ampliar e melhorar os seus serviços sociais. Da mesma forma, a melhoria da educação pública, dos serviços de saúde e a obtenção de uma imprensa livre e ativa tendem a possibilitar o crescimento econômico e reduzir significativamente as taxas de mortalidade e, por sua vez, de natalidade (SEN, 2000, p. 57).

São cinco os tipos dessas liberdades instrumentais: 1) liberdades políticas, 2) liberdades econômicas, 3) oportunidades sociais, 4) garantias de transparência e 5) segurança protetora. As *liberdades políticas* abrangem o direito de votar e ser votado, a possibilidade de fiscalizar e criticar as autoridades e de ter uma imprensa sem censura, a liberdade de expressão etc. (SEN, 2000, p. 55). As *facilidades econômicas* identificam-se com as oportunidades de utilização dos recursos econômicos para fins de consumo, produção ou troca. Isso implica não só os funcionamentos dos mercados, no acesso ao crédito, como também o partilhamento social das riquezas agregativas. As *oportunidades sociais* referem-se às disposições sociais nas áreas de educação, saúde etc., que possibilitam ao indivíduo viver melhor. São importantes na condução da vida privada (vida saudável) e na participação política e econômica efetiva. A título de ilustração, o analfabetismo, além

de constituir-se em uma barreira a certos empregos, também prejudica a participação política, pois tolhe o indivíduo de ler jornais e de comunicar-se com outros sujeitos envolvidos. As garantias de transparência vinculam-se à necessidade de uma presunção básica de confiança no meio social. A existência de mecanismos nesse sentido, decalcados no dessegredo e na clareza, é vital para coibir a corrupção, a irresponsabilidade financeira e as transações ilícitas. Por fim, a *segurança protetora* diz respeito à criação de uma rede de segurança social, de modo a salvaguardar os interesses daqueles que se encontram no limiar da vulnerabilidade e da sucumbência, para que não sejam reduzidos à miséria abjeta, à fome e à morte (SEN, 2000, p. 57). As interrelações entre essas liberdades instrumentais influenciam de modo crucial o processo de desenvolvimento. Por isso, é necessário incrementar e sustentar uma série de instituições, que perpassam desde os sistemas democráticos e legais até as estruturas de mercado e provisão de serviços de educação e de saúde, afora o favorecimento da atuação da imprensa (SEN, 2000, p. 71).

Por fim, Gianetti, com base nas lições de Smith, e alicerçado no pensamento de Lucrecio, Hobbes e Montesquieu, e, ainda, sem destoar da abordagem de Rawls e Sen, bem sintetiza a relação sociedade e Justiça: “Sem justiça, em suma, não há ordem social na qual se possa existir, ganhar a vida ou tentar amar, criar e ser bom” (GIANETTI, 1993, p. 125).

5 A JUSTIÇA NAS SOCIEDADES CANADENSE E BRASILEIRA

A Justiça canadense desfruta de grande prestígio e credibilidade na sociedade. Eficiência, agilidade e modernidade são qualidades que ajudam a explicar esse seu reconhecimento. Várias razões podem ser apontadas para isso. O Canadá, diferentemente do Brasil, conta com um número adequado de juízes em relação à demanda, os quais exercem as suas funções em meio a uma ótima estrutura física e humana de trabalho. A Justiça canadense prioriza a previsibilidade das suas decisões de modo a dar solidez às relações

econômicas e sociais. O juiz Michel Robert, ao explicar sobre o papel da Corte de Apelação de Quebec, foi enfático neste sentido: “O cidadão tem que esperar regras claras e justas, para que possam prever a penalidade para cada caso. Temos muito investimento estrangeiro no Canadá. [...] Em outras palavras, queremos garantir que naqueles campos com maior importância para o país, haja previsibilidade” (REVISTA AMB, p. 14). A mediação é um instituto amplamente difundido em todos os seus três graus de jurisdição, o que contribui para soluções rápidas, baratas e duradouras, além de desafogar sobremaneira o número de processos. Apesar do elevado número de diferentes etnias que compõem a sociedade canadense, o Judiciário está aparelhado com tradutores para atender a todos. Além disso, qualquer cidadão pode exigir que um processo seja vertido para o inglês ou para o francês. A constatação que lá se faz é de que a Justiça exerce um papel central em prol da estabilização das relações sociais, em favor da preservação e aprimoramento da herança multicultural de cada etnia, na efetivação dos direitos civis e no desenvolvimento daquele país como um todo.

A fim de ilustrar, de modo mais específico, alguns aspectos do funcionamento da Justiça canadense, passo, por opção metodológica, a tecer algumas notas relacionadas à área da infância e juventude. O sistema canadense é muito similar ao brasileiro. Lá vigora, também, o princípio da proteção integral. Tal qual ocorre no Brasil, considera-se criança quem tem até 12 anos incompletos e adolescente aquele que apresenta idade entre 12 e 18 anos. Os adolescentes são, via de regra, inimputáveis, e a eles, em último caso, pode ser aplicada uma medida de segregação de liberdade em local apropriado equivalente à internação. A diferença é que a internação do adolescente infrator no Canadá pode durar até cinco anos, enquanto no Brasil este limite é de três. Também lá é possível que o adolescente cumpra a medida de segregação na própria casa, dela só podendo sair para ir à escola ou praticar alguma atividade extracurricular. A inimputabilidade dos ado-

lescentes não é absoluta como aqui. Isso porque, dependendo da gravidade do ato infracional – por exemplo, um homicídio –, é possível requerer ao juiz que o adolescente seja julgado como adulto, ou seja, como imputável, de modo que receba, portanto, uma pena igual a de um adulto. No Canadá, a autoridade policial também pode conceder a remissão no caso de atos infracionais leves. Estima-se que metade de todos os casos que envolvam atos infracionais seja resolvida imediatamente dessa forma. No tocante à adoção, existe um cadastro de pretendentes tal como no Brasil. Todavia, é possível a adoção *intuitu personae*, em que uma mãe entrega diretamente a outra pessoa o seu filho para ser adotado. Existe um trabalho muito forte e muito bem sucedido por parte da Justiça da Infância e Juventude canadense nas seguintes áreas: Justiça Terapêutica, Justiça Restaurativa e Mediação. Apesar de atender demandas sociais oriundas das classes mais humildes, as instalações da corte que visitamos, em Montreal, são luxuosas, amplas, e contam com equipes interprofissionais completas, as quais atuam de forma conjunta e articulada com diversos outros órgãos públicos. Ou seja, há um grande respeito e preocupação para que os usuários do sistema de Justiça da Infância e Juventude sejam bem atendidos, e com todo o conforto. Em resumo, apesar de pequenas diferenças legais, constata-se que a efetivação dos direitos da infância e juventude é uma realidade no Canadá, ao contrário do Brasil. Falta a este a estrutura necessária para cumprir a legislação.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O alto grau de desenvolvimento da sociedade canadense decorre de muitos fatores. Entre eles, seguramente, está em certa medida a imprescindível contribuição da eficiente Justiça do seu país. De um lado percebe-se que ela é a retaguarda de uma economia extremamente dinâmica e vigorosa, ao dar segurança aos investidores e contratantes em relação ao cumprimento dos compromissos assumidos e pactuados. De outro, ela é a retaguarda das minorias, das crianças e dos adolescentes, enfim, de

todo cidadão que indistintamente dela necessite. Uma atendente de loja bem definiu o sentimento que marca cada canadense: “Uma sociedade de iguais! Todos frequentam as mesmas escolas, utilizam os mesmos meios de transporte, vestem-se do mesmo jeito, de modo que não é possível saber quem tem 100 mil dólares na conta ou deve 10 mil para o banco”. Todo canadense nasce com a certeza de que terá condições e oportunidades para desenvolver e explorar as suas potencialidades, e a Justiça, sem dúvida, faz parte desse contexto virtuoso. O Canadá constitui-se, sem dúvida, em um exemplo inspirador.

No Canadá, o sistema judicial funciona, na prática, tanto como instituição expansora das liberdades como instituição promotora da justiça social tal qual preconizado, respectivamente, por Sen e Rawls. Há, sem dúvida, um longo caminho para que o Brasil consiga atingir semelhantes resultados. Normas avançadas não faltam, como, exemplificativamente, é o caso, dentre outros, do Estatuto da Criança e do Adolescente e da própria Constituição Federal⁹. O que falta ao País, sem dúvida, é a mesma estrutura¹⁰. É necessário que existam magistrados em número proporcional à demanda, instalações adequadas e funcionários e assessores em quantidades suficientes. O Canadá mostra que isso não só é necessário, mas também viável. Por fim, não se pode perder de vista que no Brasil contemporâneo, em face dos imensos contrastes sociais, o Judiciário é chamado a exercer um protagonismo muito maior que no Canadá, na medida em que a ele, como intérprete do justo na prática social, é conferido “um poder estratégico, capaz de assegurar que as políticas públicas garantam a democracia e os direitos fundamentais e não interesses homogêneos específicos” (RISTER, 2007, p. 466).

9 Consta do preâmbulo da Constituição Federal brasileira que a justiça é um dos valores supremos da sociedade, tal qual a harmonia social e a liberdade. A liberdade, a igualdade e a justiça são objetivos fundantes do Estado brasileiro, conforme estabelece o primeiro inciso do artigo 3º do texto magno. A justiça social, por sua vez, está expressamente estatuída como base da atividade econômica e da ordem social nos seus artigos 170 e 193.

10 O problema brasileiro, como sempre, não é a validade formal das normas jurídicas mas a sua eficácia, no plano da realidade, dos direitos declarados. Nesse sentido: Barral (2006, p. 32).

7 REFERÊNCIAS

BARRAL, Welber. Desenvolvimento e sistema jurídico: a busca de um modelo teórico. In: PIMENTEL, Luiz Otávio (Org.). *Teoria jurídica e desenvolvimento*. Brasília: Boiteux, 2006. p.11-35.

CENTRAL INTELLIGENCE AGENCY (CIA). The World Factbook. Country Comparison: GDP – *per capita* (PPP). Disponível em <<https://www.cia.gov/library/publications/the-world-factbook/rankorder/2004rank.html>>. Acesso em 23-1-2011.

FUNDO MONETÁRIO INTERNACIONAL. World Economic and Financial Surveys. Disponível em <<http://www.imf.org/external/pubs/ft/weo/2009/01/weodata/groups.htm#ae>>. Acesso em 24-1-2011.

GIANETTI, Eduardo. *Vícios Privados, benefícios públicos?: a ética na riqueza das nações*. São Paulo: Companhia das Letras, 1993. 244 p.

GOMES, Adriana; LEAL, Fernando. *Guia visual Folha de São Paulo: Canadá*. p. 26.

País desenvolvido. Disponível em <http://pt.wikipedia.org/wiki/Pa%C3%ADs_developido>. Acesso em 23-1-2011.

KITELEY, Frances; MARROCCO, Frank. Julgando numa sociedade multiétnica. In: I CONGRESSO INTERNACIONAL DA AMB. Toronto (Canadá), 8-9-2010. Disponível em <www.amb.com.br/congressointernacional/agenda>. Acesso em 11-1-2011.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). Relatório de Desenvolvimento Humano 2010 — Edição do 20º Aniversário. Disponível em <<http://hdr.undp.org/en/reports/global/hdr2010/chapters/pt/>>. Acesso em 23-1-2011.

Prioridade dos tribunais é manter previsão das decisões. *Revista AMB*, Brasília, Ano I, n. 1, p. 14-15, nov. 2010.

RAWLS, John. *Justiça e democracia*. Tradução de Irene A. Paternot. Seleção, apresentação e glossário Catherine Audard. São Paulo: Martins Fontes, 2000a. 406 p.

_____. *O liberalismo político*. Tradução de Dinah de Abreu Azevedo. 2. ed. São Paulo: Ática, 2000b. 430 p.

_____. *Uma teoria da justiça*. Tradução de Almiro Pisetta e Lenita M. R. Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 1997. 708 p.

RISTER, Carla Abrantkoski. *Direito ao Desenvolvimento: antecedentes, significados e consequências*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. Tradução de Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2000. 409 p.

SMITH, Adam. *A riqueza das nações: investigação sobre sua natureza e suas causas*. 2. v. Tradução de Luiz João Baraúna. São Paulo: Nova Cultural, 1996 (Os economistas).

WEBER, Max. *Economia e sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva*. 2. v. Tradução de Regis Barbosa e Karen Elisabe Barbosa. Brasília: Universidade de Brasília, 1999; São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 1999. 586 p.

NOTICIÁRIO

DISCURSO DE POSSE DO DOUTOR JÂNIO DE SOUZA MACHADO NO CARGO DE DESEMBARGADOR DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SANTA CATARINA

Excelentíssimo Senhor Desembargador José Trindade dos Santos, Digno Presidente do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, em nome de quem saúdo os demais integrantes da mesa de trabalho, Excelentíssimos Senhores Desembargadores, Excelentíssimos Senhores Juízes de Direito, Excelentíssimos Senhores Membros do Ministério Público, Excelentíssimos Senhores Advogados, meus amigos e diletos familiares.

Viver o momento presente ainda é a melhor forma de se alcançar a felicidade plena. Não se pode ser feliz tendo os olhos voltados apenas para o passado ou somente para o futuro. Viver o momento presente, eis a chave da vida. O passado não deveria ser a única mola a nos impulsionar para a caminhada. Como, porém, viver o presente ignorando o passado se, justamente, sou, hoje, o resultado do que fui ontem, do que ontem foram meus pais e esses, dos meus avós...?!

Não há como fugir do passado!

Com ele temos de conviver o dia a dia.

E é nesse contexto que o pensamento acaba se soltando. E voa para bem longe para o passado...

Voa para o momento em que ingressei, pela primeira vez, na sala de aula do Grupo Escolar Castro Alves da minha querida Araranguá, ali iniciando meus estudos primários. Uma escola pública, uma excelente escola pública, como eram as escolas públicas daquele tempo.

Retorno para o momento em que ingressei, pela primeira vez, na sala de aula do Centro Básico da Universidade Federal de Santa Catarina,

na Cidade Universitária, e ali dava por iniciado o Curso de Direito. E era numa universidade pública, uma excelente universidade pública, como eram as universidades públicas daquele tempo.

Retorno para o momento em que, na sala da Presidência desta Casa, então localizada no 9º andar do prédio que hoje é denominado Torre I, os 11 aprovados em concurso público de ingresso à magistratura tomavam posse perante o Desembargador May Filho. Éramos, então, Almiro Zago, Bóris Miguel Moreira da Silva, Felício Söethe, Felipe César da Cunha, Janice Goulart Garcia Ubialli, José Antônio Torres Marques, José Carlos Carstens Köhler, Luiz Antônio Brito de Oliveira, Maria Eloísa Neves May e Marisa Cardoso de Medeiros.

Como esquecer momento tão marcante, tão sublime, tão emocionante? E como não lembrar do rosto de cada um. Da alegria demonstrada por aqueles que acabavam de assinalar, num termo de posse, o marco profissional tão desejado.

Aquele guri ali postado, irrequieto, inquieto, falante, sagaz, portador de um raciocínio instigante e instigador, e de uma memória privilegiada, é o Zeca. O Desembargador José Carlos Carstens Köhler. O tempo não fez desaparecer características próprias de quem sabe que o tempo urge e necessita de decisões constantes. O seu desejo incontido de contribuir para a busca de soluções dos problemas que acometem o Judiciário catarinense já se fazia presente naquele instante. E, ainda hoje, a mesma inquietude é constatada, o mesmo desejo ardente de contribuir para as boas causas da Justiça faz-se presente, pois o tempo não retira do guerreiro a bravura e a coragem para o bom combate.

O bom combate nós travamos nesses mais de 27 anos de judicatura, percorrendo o Estado Barriga-Verde de norte a sul, de oeste a leste, de centro para o litoral e do litoral para a fronteira. Conhecemos, hoje, a realidade catarinense. Conhecemos o povo que habita este que é um dos mais produtivos e laboriosos estados da federação. Conhecemos a

realidade de nossa gente e com ela nos identificamos, o que nos autoriza, agora secundados pela experiência, a bem administrar as coisas da justiça.

O tempo deixa marcas em nossos corações e em nossos semblantes. As marcas são mais visíveis em nós, homens... Não é somente a silhueta esguia que desaparece, dando lugar aos quilos a mais, adquiridos em atividade essencialmente sedentária. São os cabelos que tomam caminhos ignorados. São as olheiras que insistem em sombrear os olhos. Isso, todavia, só acontece com os homens. Eu já não compreendo a natureza. Por que a beleza jovial, a elegância e a simpatia insistem em acompanhar a Janice, a Marisa e a Maria Eloísa? Por que tais atributos nos são negados peremptoriamente?

Decididamente, eu não compreendo a mãe natureza...

Compreendo, porém, a necessidade de, num momento especial como é este, reconhecer que uma caminhada não se faz sozinho. Se aqui estamos é porque, ao nosso lado, sempre estiveram os amigos a nos dar o impulso necessário naquele momento de desânimo, quando o fardo se mostrara mais pesado e as forças pareciam faltar.

Tenho dificuldades de segurar o pensamento...

Estou agora sentado na sala do apartamento localizado no centro de Biguaçu. Corria o ano de 1992. E ali recebo as visitas ilustres do Zeca e do Saulo de Lima. Vêm dar o conforto tão necessitado... Vêm trazer alento... Vêm me dizer que o bom combate precisa continuar e que muito ainda há para ser feito...

Os amigos! O que seria de nós sem a presença deles...!?

Ainda na pré-adolescência, tive acesso à magnífica obra de Saint-Exupéry. Naquele momento, nada compreendi dos seus escritos, o que consegui apenas na juventude quando, apaixonado e pelas mãos da namorada, hoje esposa, pude retirar um ensinamento que tem marcado minha

caminhada. Refiro-me à passagem em que o pequeno príncipe trava um diálogo com a raposa. Conversam eles sobre amigos, como criar laços e como cativar as pessoas. E, então, diz o pequeno príncipe uma frase que se tornou famosa, correu o mundo e, sempre que a leio, sinto-me profundamente tocado: “Tu te tornas eternamente responsável por aquilo que cativas”. Vocês, meus amigos, me cativaram. Vocês são eternamente responsáveis por mim.

Vejo ali, mais adiante, os amigos que não permitem que eu esmoreça nas crenças religiosas, todos representados pelo Padre Chico e pelo Frei Gunther. E também aqueles outros que me impedem de esquecer o juramento feito na sala da presidência desta Casa: exercer, honrada e lealmente, as funções próprias do juiz de direito. São eles os queridos servidores do Poder Judiciário catarinense, presença sempre constante na labuta diária, todos muito bem representados pela minha Secretária Jurídica, Claci dos Santos Soares.

Não poderia permitir que, em uma oportunidade especial, ficasse para o esquecimento o meu profundo agradecimento ao Desembargador Amaral e Silva pela oportunidade de, na Coordenadoria dos Magistrados, obter um conhecimento privilegiado da Administração, dos problemas que afligem os nossos juízes e, mais especialmente, pela insuperável demonstração de respeito e paciência para com os mais jovens, sempre disposto a mostrar o caminho certo e a cultivar a amizade como valor maior nas relações humanas. Com Sua Excelência, não me cansarei de repetir, redescobri o orgulho de ser juiz, a vontade de continuar a caminhada iniciada há 27 anos, o desejo de servir à comunidade catarinense e a acreditar que Justiça é um valor real e concreto, não uma mera palavra de efeito. E foi justamente nessa mesma função que pude desfrutar da convivência harmoniosa, pautada pelo extremo respeito, com os juízes Odson Cardoso Filho e Romano José Enzweiler, amigos diletos, a quem reservo um lugar especial no coração.

O tempo de convivência nesta Corte, na condição de “pinguim”, me fez um juiz mais preparado, capaz de melhor compreender a dinâmica de um julgamento em colegiado, quando a convicção pessoal cede diante da pressão legítima exercida pela maioria. Foram anos de extenuante, mas prazerosa atividade, porque marcada pelo grande respeito recebido daqueles que, mais experientes e mais aptos, pacientemente me escutavam e, com extrema sabedoria, mostravam-me o caminho certo a ser trilhado. O exercício das atividades sob a presidência dos Desembargadores Ricardo Fontes, Cláudio Dutra e César Medeiros ficou muito mais simplificado devido à dinâmica por eles adotada.

Vejo, ali sentada, na eterna jovialidade e graça de seus 74 anos de idade, a minha querida mãe. Já não vejo o meu pai, porque o bom Deus o quis a seu lado prematuramente. As minhas crenças religiosas não permitem compreender que possa com ele me comunicar neste momento. Ele, por suas crenças pessoais, está aqui presente. E porque ele acreditou que as portas do céu não se fecham aos novos viajantes, eu também acredito que ele esteja aí sentado, cuidando e curando os seus filhos, os meus amados irmãos.

E o que dizer da esposa? Companheira próxima e constante, cumprindo fielmente o juramento feito na capela da Santíssima Trindade, naquela tarde-noite de 28 de julho de 1979: “Na tristeza e na alegria. Na saúde e na doença...”.

E os filhos Natália e Marcos, a quem Deus lhes concedeu muito mais do que a vida? Deu-lhes o poder divino de dirigir meus passos, de guiar minhas condutas, de me levar aos pontos mais extremos da alegria e da tristeza. Deu-lhes o poder de me tornar um homem mais feliz...

A todos, o meu profundo agradecimento.

E a certeza, agora testemunhada, de que da vida recebi muito mais do que mereço: a demonstração forte da bondade de Deus.

Muito obrigado.

20 ANOS DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE: REFLEXÕES*

Luiz Felipe Siegert Schuch**

Senhora Presidente da Associação Catarinense de Conselheiros Tutelares, permita-me, em seu nome, cumprimentar as autoridades que hoje compõem esta seleta mesa de trabalhos.

Cumprimento, ainda, com carinho especial, cada um dos participantes deste memorável evento, porque a presença de plateia tão interessada e expressiva renova a minha crença de que é sempre possível avançar, crescer, criar, inovar, enfim, perseverar em busca de melhores dias para as crianças e adolescentes deste País.

Minhas senhoras e meus senhores.

Gostaria de registrar, de início, a minha mais completa satisfação pelo generoso (e indevido!) convite que me foi formulado para participar deste conclave.

A proposta se deu no VIII Seminário Estadual de Formação para Operadores do Sistema de Garantias de Direitos da Criança e do Adolescente, ocorrido na cidade de Blumenau-SC em maio do ano em curso.

Naquela ocasião, tivemos a oportunidade de discorrer um pouco sobre o tema “A efetividade do sistema de garantia de direitos infantojuvenis em Santa Catarina: avanços e desafios”.

* Conferência proferida no IX Encontro Estadual de Conselheiros Tutelares, ocorrido em Concórdia-SC, nos dias 13,14 e 15 de julho de 2010.

** Juiz de Direito; Assessor Especial da Presidência do Tribunal de Justiça de Santa Catarina.

Recordo que, ao término dos trabalhos, surpreendeu-me a intimação imediata para a presente Conferência, porquanto em nosso Estado temos nomes muito mais respeitados e conhecidos no trato das questões que envolvem o tema Infância e Juventude. Mas, como bom combatente, e a despeito das inúmeras atribuições exercidas na Presidência do Tribunal de Justiça, resolvi aceitar o desafio, não sem prevenir os responsáveis pelo sério risco assumido!

Assim, e como a proposta se deu em caráter irrevogável, irretratável e irrecusável, estamos aqui, nesta noite extremamente agradável, não com a pretensão de ensinar alguém sobre direitos e garantias fundamentais, mas com o propósito de trazer algumas modestas reflexões sobre os “20 anos do Estatuto da Criança e do Adolescente”.

Pois bem. Se me fosse autorizado apontar as origens do nosso Estatuto, ou melhor, a gênese das ideias de proteção que permeiam os seus inúmeros artigos, não me reportaria de imediato à Constituição Federal de 1988. Retroagiria mais. Muito mais.

Em Aristóteles, filósofo grego da Antiguidade (300a.C.), encontraremos conclusões simplesmente fantásticas sobre formas de proteção a crianças e jovens, verdadeiros embriões do atual sistema de garantias.

Na obra “A Política”, observamos as seguintes passagens, as quais, logicamente, devem ser entendidas devidamente contextualizadas com a época em que foram produzidas:

“a união de esposos jovens não é favorável à boa constituição dos filhos”

“importa, também, no interesse dos bons costumes, esperar uma idade mais preparada para casar as moças”

“é necessário, ainda, que as mulheres grávidas tenham cuidado com a sua saúde, sem definhar na inação e sem contentar-se com uma alimentação pouco substancial”

“após o nascimento dos filhos, deve-se compreender que o regime de alimentação produz uma grande diferença para o vigor dos seus corpos”

“vê-se que a alimentação mais favorável ao corpo é o leite tomado em abundância”

“também é útil dar aos movimentos toda a liberdade que se possa permitir às crianças dessa idade”

“a idade que se segue até os cinco anos não deve ainda ser aplicada ao estudo nem aos trabalhos penosos, a fim de não interromper o crescimento”

“é preciso apenas bastante movimento para impedir o entorpecimento do corpo e o melhor meio para isso é a ação e o exercício. Mas é preciso que esses exercícios não sejam indignos de uma condição livre, nem fatigantes, nem de uma facilidade exagerada”

“é erro proibir em nome da lei os gritos e o choro das crianças; porque esse é um meio de desenvolvimento, e um exercício para os órgãos”

“é razoável, pois, afastar das crianças desta idade todas as coisas grosseiras que possam ferir os olhos e os ouvidos. Em uma palavra, o legislador deverá banir da cidade a indecência proposital como qualquer outro vício”

“já que condenamos as palavras indecentes, é claro que da mesma forma condenaremos as pinturas e representações obscenas”

“o legislador deve também proibir àqueles que são demasiado jovens, assistirem às representações satíricas e às comédias, antes que tenham atingido a idade em que poderão ser admitidos aos repastos comuns e fazer uso do vinho puro; então a educação se porá ao abrigo desses perigos”

“de resto, há dois períodos nos quais se pode dividir a educação das crianças: a partir do sétimo ano, até a adolescência, e desde a adolescência até vinte e um anos”.

As citações, perdoem-me pela extensão, são impressionantes pela atualidade das preocupações de civilização tão antiga.

Em cada passagem podemos observar o cuidado com a formação e proteção da criança e do adolescente, desde a gestação (direitos do nascituro), passando pelo direito à alimentação saudável, direito à liberdade de movimentos, choro, exercícios, educação, preservação da formação moral, etc.

É bem verdade que os gregos admitiam, com absoluta normalidade, a escravidão. Um absurdo nos tempos de hoje.

Todavia, ao mesmo tempo possuíam a clara noção da importância da família para a integridade do Estado.

Com essa noção e convicção perfeitamente delineadas, cunhou Aristóteles as seguintes máximas: “cada família é uma porção do Estado” e “as crianças são o viveiro do Estado”.

Ou seja, já na Antiguidade se sabia que sem crianças bem formadas o Estado não sobrevive!

Infelizmente, todo esse conhecimento se perdeu por longo tempo, tráfegando moribundo pelos mares revoltos da história da humanidade. Alternaram-se tempos de trevas e de luzes.

O que causa espanto, todavia, é que muitas dessas ideias nos são apresentadas hoje como se fossem algo novo.

Pensamos ter inovado com o Estatuto da Criança e do Adolescente.

Inovamos mesmo? Estamos realmente fazendo efetivamente algo de novo, ou apenas requentamos preocupações antigas com novas roupas?

Segundo Edmundo Oliveira, na obra “O futuro alternativo das prisões”,

no século XX a tecnologia, que levou o homem a conquistar o mundo, não deu solução aos grandes problemas que afligem

o espírito humano. E jamais dará, porque eles transcendem de suas rasteiras possibilidades. O homem de hoje sabe muito do universo, mas pouco avançou no conhecimento de suas origens e de seu destino, embora possa dispor das maravilhas da ciência e de seus limites inatingíveis. Sabe-se que a natureza humana é complexa e opulenta, polimorfa e impossível de ser enquadrada num sistema de coordenadas ou em esquemas invariáveis. Ainda não apareceu um gênio para ensinar como se determina a abscessa da dor ou em que proporção o sofrimento, a paixão, a fé, a ambição, o medo, o amor e o ódio penetram no mais íntimo da alma. Ainda não se inventou o processo físico de fazer sorrir ou a lágrima brotando da composição química de um laboratório.

E acrescenta:

a técnica deu aos países do Primeiro Mundo o conforto, o bem-estar e a abundância. Tudo isso é bom, mas não basta, até porque nada como uma vicissitude para se dar valor às coisas simples da vida. A tecnologia não evitou o aumento da violência, o choque de raças, o genocídio, a proliferação do narcotráfico, a engrenagem da corrupção, o desemprego, o gangsterismo, a miséria maior dos pobres, a mortalidade infantil e tantos outros males, com o desencadeamento de uma violência e de uma insegurança nunca dantes conhecidas.

Em suma, continuamos com as mesmas mazelas de outrora.

Aqui reside, a meu sentir, o nosso grande desafio.

Sabemos todos que a Constituição Federal de 1988, em seu artigo 227, estabeleceu como direitos fundamentais da criança e do adolescente o direito à vida, à saúde, à educação, à alimentação, ao lazer, à profissionalização, à liberdade, à cultura, à dignidade, ao respeito, à convivência familiar e comunitária.

E mais, expressou a Carta Política que a concretização desses direitos fundamentais deve se dar com “prioridade absoluta”.

Os artigos 3º e 4º do Estatuto da Criança e do Adolescente reproduzem essa obrigação do Estado, da família e da Sociedade, e não deixam

nenhuma dúvida sobre a vontade do legislador constituinte de ver a realização prioritária dessa política pública.

O artigo 100, inciso III, do ECA, estabeleceu a responsabilidade primária e solidária do poder público, das três esferas de governo, na efetivação dos direitos assegurados às crianças e aos adolescentes.

Portanto, quanto ao sistema normativo, não nos faltam normas, seja no plano constitucional, seja no plano da legislação ordinária, para implementar ações voltadas ao atendimento das inúmeras necessidades desses pequenos cidadãos desassistidos.

O que parece faltar, salvo melhor juízo, é vontade política de cumprir aquilo que a Constituição determinou como prioridade!

Como já dizia Norberto Bobbio, em “A era dos direitos”, antes de discutir a natureza ou o fundamento dos Direitos do Homem, já é tempo de descobrir qual o modo mais seguro para garanti-los, a fim de impedir que, apesar de solenes declarações, continuem a ser violados.

O momento, portanto, está a exigir de cada um de nós postura proativa.

A retórica, os discursos devem servir tão somente como combustível, incentivo, motivação e encorajamento, e dar lugar a ações efetivas, planejadas e direcionadas ao atendimento das inúmeras carências estruturais das entidades responsáveis pelo atendimento das crianças e adolescentes, especialmente aqueles em situação de risco, como tantos que conduzi ao longo da carreira na condição de Juiz da Infância.

Vivemos um novo momento, de esperança, de fé; estamos ingressando, definitiva, e finalmente, em um período de realizações.

Nessa perspectiva, o Poder Judiciário tem-se mostrado cada vez mais receptivo ao clamor social.

O Conselho Nacional de Justiça, por exemplo, em parceria com o Instituto de Pesquisas Econômicas Aplicadas - IPEA, desenvolveu pesquisa e traçou um diagnóstico da situação da Justiça Infantojuvenil no Brasil, com o objetivo de subsidiar ações nas regiões com maior dificuldade de atendimento.

Segundo o resultado apurado, na Região Sul, o Estado de Santa Catarina, apesar de razoavelmente estruturado, apresenta elevado volume de casos novos por magistrado (acima de 2.000 em 2008), de forma que necessita de novas unidades judiciárias especializadas, mormente em razão da existência de municípios em situação crítica e que não dispõem de Varas da Infância e Juventude ou não podem aproveitar estruturas de comarcas já estabelecidas.

Aponta ainda a pesquisa, como boa experiência, prática adotada pelo vizinho Estado do Rio Grande do Sul, de regionalização das Varas da Infância e Juventude, especialmente aquelas responsáveis pela execução de medidas socioeducativas, o que se transformou inclusive em diretriz do Conanda em uma de suas resoluções (art. 9º, Resolução n. 113/2006).

Em Santa Catarina, o Tribunal de Justiça e o Ministério Público, através de ações coordenadas de seus integrantes, têm buscado melhorar a eficiência de suas unidades, incentivando um trabalho equilibrado e comprometido de Juízes e Promotores de Justiça. A promoção de profissionais vocacionados para a área deve ser preocupação presente nessas instituições.

A criação de mais varas especializadas é medida anunciada pelo Tribunal, e é realidade a Coordenadoria de Execução Penal e da Infância e Juventude – Cepij (Resolução n. 4/2010-TJ), responsável pelo direcionamento de ações voltadas ao cumprimento das diretrizes do ECA nas unidades jurisdicionais.

A Corregedoria-Geral da Justiça da Corte catarinense, de igual forma, criou grupo operacional formado por Juízes da área da Infância e

Juventude para atuação concentrada em unidades com maior dificuldade, objetivando acelerar e dinamizar os trabalhos e o atendimento.

Concursos públicos para a contratação de mais servidores, dentre eles Assistentes Sociais e Oficiais de Justiça da Infância e Juventude, assim como Juízes, estão em andamento.

A Academia Judicial do Tribunal de Justiça tem oferecido cursos de capacitação direcionados à área da Infância, bem como incentivado a pesquisa para fomentar novas práticas.

O Supremo Tribunal Federal, recentemente, em precedente que constituiu vitória importante e é resultado do esforço e ação coordenada dos atores da área da Infância e Juventude, decidiu pela legitimidade do Poder Judiciário para o controle das omissões estatais no âmbito do descumprimento do dever de proteção integral, proibindo, nesta seara, a invocação da cláusula da reserva do possível (AI n. 583476/SC, j. em 6-5-2010, DJe 24-5-2010).

Os administradores públicos, a partir desse julgamento, deverão de se conter nos limites da Constituição da República, priorizando o que deve ser priorizado na gestão dos sempre insuficientes recursos financeiros.

Enfim, é tempo de vivificar os princípios constitucionais fundantes da Sociedade nacional, através de posturas ativas daqueles que detêm o poder político, social e econômico. O momento exige a demonstração de “vontade de Constituição”, para que a Carta Magna possa expressar na sua plenitude a “força normativa” de cada um de seus preceitos, usando aqui as valiosas expressões de Konrad Hesse (“A força normativa da constituição”).

Novos ventos, pois, agitam nossas bandeiras. Não podemos esmorecer jamais!

A Sociedade subsiste para que tenhamos uma vida feliz, e, como disse no livro “A arte da felicidade” o décimo quarto Dalai-Lama, vencedor do

Prêmio Nobel da Paz, seja qual for a filosofia de vida, é imprescindível a adoção de uma postura aberta e disposta a enfrentar a dureza das mudanças, já que nada se faz da noite para o dia, mas, sim, através de longo período de disciplina e dedicação. A felicidade está em nós mesmos, e, para alcançá-la, precisamos agir construtivamente, com espírito reconciliador, com o coração e a mente.

Vamos construir uma Sociedade mais feliz, forte e solidária.

Como disse Augusto Cury, na obra “O futuro da humanidade”, “no meu mundo os mais fortes trabalham para ajudar os mais fracos; no seu, os mais fracos trabalham para atender aos mais fortes. *Qual o mais justo?*”.

Unidos nós somos muito fortes. Temos o dever de trabalhar para ajudar as nossas crianças e adolescentes.

Muito obrigado.

**SUPREMO TRIBUNAL
FEDERAL**

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE

Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2.730, de Santa Catarina

Relatora: Ministra Cármen Lúcia

Requerente: Governador do Estado de Santa Catarina

Advogado: PGE/SC Walter Zigelli

Requerida: Assembleia Legislativa do Estado de Santa Catarina

EMENTA

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI N. 12.385/2002, DO ESTADO DE SANTA CATARINA QUE CRIA O PROGRAMA DE ASSISTÊNCIA ÀS PESSOAS PORTADORAS DA DOENÇA CELÍACA E ALTERA AS ATRIBUIÇÕES DE SECRETARIAS ESTADUAIS. VÍCIO FORMAL. AÇÃO JULGADA PARCIALMENTE PROCEDENTE.

1. Iniciativa privativa do Chefe do Poder Executivo estadual para legislar sobre a organização administrativa do Estado. Art. 61, § 1º, inc. II, alínea *e*, da Constituição da República. Princípio da simetria. Precedentes.

2. A natureza das disposições concernentes a incentivos fiscais e determinação para que os supermercados e hipermercados concentrem em um mesmo local ou gôndola todos os produtos alimentícios elaborados sem a utilização de glúten não interferem na função administrativa do Poder Executivo local.

3. A forma de apresentação dos produtos elaborados sem a utilização de glúten está relacionada com a competência concorrente do Estado para legislar sobre consumo, proteção e defesa

da saúde. Art. 24, inc. V e XII, da Constituição da República. Precedentes.

4. Ação julgada parcialmente procedente.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em sessão Plenária, sob a Presidência do Ministro Cezar Peluso, na conformidade da ata de julgamento e das notas taquigráficas, à unanimidade, em julgar parcialmente procedente a Ação Direta de Inconstitucionalidade, nos termos do voto da Relatora. Votou o Ministro Cezar Peluso (Presidente). Ausente, licenciado, o Ministro Joaquim Barbosa.

Brasília, 5 de maio de 2010.

Ministra Cármen Lúcia, Relatora

RELATÓRIO

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (Relatora): 1. O Governador do Estado de Santa Catarina propõe ação direta de inconstitucionalidade, com pedido de medida liminar, contra a Lei Estadual n. 12.385, de 16.8.2002, que institui, no Estado de Santa Catarina, o Programa de Assistência às Pessoas Portadoras da Doença Celíaca e adota outras providências.

2. Este o texto da lei impugnada:

Institui no Estado de Santa Catarina o Programa de Assistência às Pessoas Portadoras da Doença Celíaca e adota outras providências.

(...)

Art. 1º Fica instituído o Programa de Assistência às Pessoas Portadoras da Doença Celíaca.

Art. 2º Fica assegurada a realização de exames sorológico anticorpo anti-gliadina e anticorpo anti-endomísio e a biópsia do intestino delgado, por endoscopia digestiva e/ou cápsula para biópsia intestinal a todos os cidadãos e cidadãs que desejarem realizá-los, de acordo com as prescrições médicas.

Art. 3º A Secretaria de Estado do Desenvolvimento Social e da Família garantirá mensalmente cesta básica com produtos que não contenham glúten, aos portadores de doença celíaca economicamente carentes.

§ 1º A Secretaria de Estado do Desenvolvimento Social e da Família concederá as cestas básicas segundo critérios objetivos de carência e número de doentes por família.

§ 2º O direito à cesta básica implica em comprovação por diagnóstico de especialista Gastroenterologista.

§ 3º A cesta básica referida no *caput* deste artigo será composta de macarrão de arroz ou milho, farinha de arroz, fécula de batata e biscoito sem glúten dentre outros produtos integrantes de listagem elaborada pela Secretaria de Estado da Saúde.

Art. 4º O Estado deverá desenvolver esforços no sentido de conceder incentivo fiscal, às empresas produtoras de alimentos derivados de trigo, aveia, cevada e centeio que passarem a produzir alimentos que não contenham glúten.

Parágrafo único. Fica determinado que as empresas que produzem ou vierem a produzir alimentos sem glúten terão que fazer constar no rótulo de seus produtos a inscrição ‘não contém glúten’.

Art. 5º Os incentivos fiscais referidos no *caput* do artigo anterior deverão ser estendidos aos bares, lanchonetes e restaurantes que comercializam produtos especialmente elaborados para os portadores da doença celíaca.

Art. 6º Os supermercados e hipermercados deverão expor aos consumidores, em um mesmo local ou gôndola, todos os produtos alimentícios especialmente elaborados sem a utilização de glúten.

Art. 7º A Secretaria de Estado da Saúde desenvolverá um sistema de informação e acompanhamento das pessoas que apresentarem a doença celíaca em parceria com a Associação dos Celíacos de Santa Catarina – ACELBRA/SC.

Art. 8º A Secretaria de Estado da Educação e do Desporto deverá providenciar merenda escolar especial para os estudantes da rede pública estadual portadores da doença celíaca.

Art. 9º A Secretaria de Estado da Saúde realizará ações educativas visando esclarecer as características, sintomas e tratamento da doença celíaca.

Parágrafo único. Deverão constar das ações educativas:

I – campanhas educativas de massa;

II – elaboração de cadernos técnicos para profissionais das redes públicas da Saúde e da Educação;

III – elaboração de cartilhas e folhetos explicativos para bares, hotéis, restaurantes e similares, e população em geral;

IV – campanhas específicas para crianças e adolescentes da rede escolar; e

V – organização de seminários, cursos e treinamento com vistas à capacitação dos profissionais de saúde.

Art. 10. Esta Lei será regulamentada no prazo de sessenta dias após a sua publicação.

Art. 11. Esta Lei entra em vigor a partir de 1º de janeiro de 2003.

Art. 12. Revogam-se as disposições em contrário (fl. 14).

3. O Autor relata que o seu veto integral ao projeto de lei de origem parlamentar foi rejeitado pela Assembleia Legislativa de Santa Catarina, tendo sido a lei promulgada pelo Presidente daquela Casa Legislativa.

4. Assevera ele ser *“fácil verificar que a lei em comento, de origem parlamentar, ao criar novas atividades para os órgãos da Administração Pública Direta, determinando a execução de diversas ações a serem executadas especialmente pelas Secretarias de Estado da Saúde, da Educação e do Desenvolvimento Social e da Família, aumentando as despesas, se afigura inconstitucional, na medida em que viola os artigos 2º e 61, parágrafo 1º, II, ‘e’, c/c 84, II e VI, da Constituição Federal (com a redação dada pela EC n. 32, de 11 de setembro de 2001)”* (fl. 4).

Sustenta, ainda, que *“a criação de benefícios e serviços de seguridade social sem a indicação da respectiva fonte de custeio afronta o art. 195, da Constituição Federal”* (fls. 4), pelo que a lei questionada, especialmente no tocante aos artigos 2º, 3º e 8º, também contrariaria *“as disposições da Lei Complementar n. 101, de 2000”* (fl. 9).

5. Para justificar o seu pedido de medida liminar para suspender a eficácia do diploma legal atacado, o Requerente argumenta que, *“... ao entrar em vigência, a lei acarretará aumento imediato e permanente de despesa pública, retirando dos cofres públicos verbas que deveriam ser destinadas ao custeio das políticas criadas pela autoridade competente”* (fls. 11-12).

6. No mérito, pede seja julgada procedente a ação e declarada a inconstitucionalidade total da Lei Estadual n. 12.385/2002.

7. A Ministra Ellen Gracie, a quem os autos foram distribuídos em 25.9.2002, aplicou o procedimento previsto no art. 12 da Lei n. 9.868/99 (fl. 85).

8. Em suas informações, a Assembleia Legislativa do Estado de Santa Catarina realça o que disposto na justificativa que instruiu o Projeto de lei, no sentido de que a doença celíaca, caracterizada pela intolerância ao glúten (proteína presente em alimentos produzidos a partir de trigo, aveia, cevada e centeio), não tem cura ou tratamento, sendo a retirada total deste elemento da dieta dos portadores da doença (estimados em cerca de 300 mil brasileiros) a única alternativa para amenizar os seus efeitos (distúrbios gastrointestinais, fadiga, anemia e déficit de crescimento em crianças). (fls. 89-101).

Observa, então, que *“... a proposição culminou no atendimento da necessidade de ser criado no ordenamento [daquela] unidade Federativa sistemática para possibilitar o tratamento precoce, bem como o acompanhamento dos portadores da Doença Celíaca, auxiliando no suprimento do mercado como produtos alimentícios de uso obrigatório pelos enfermos”* (fl. 92).

O Poder Legislativo catarinense ainda discorre sobre o tratamento constitucional da saúde e o dever do Estado em garanti-la (arts. 6º; 23, II; 24, XII; 153, *caput* e parágrafo único, II; 154; 196; 197 e 227, todos da Constituição da República), para concluir que “... *não se pode visualizar inconstitucional um diploma legislativo que reconhece um direito plenamente acolhido pela Normatização Máxima, que objetiva proporcionar maior conforto aqueles catarinenses que se encontram na desconfortável situação de enfermidade e com dificuldades sociais*” (fl. 96).

Ressalta que o art. 4º da lei impugnada, “... *cujos parâmetros são seguidos pelos dispositivos seguintes...*” (fl. 96), não impõe compulsoriedade na concessão de incentivos fiscais às empresas produtoras de alimentos derivados de trigo, aveia, cevada e centeio que não contenham glúten.

Quanto à alegada ingerência no Poder Executivo, sustenta:

Em avaliação à própria estrutura administrativa do Estado de Santa Catarina, especialmente do Poder Executivo, podemos verificar a divisão do seu primeiro escalão em Pastas, cada qual possui um determinado objeto de ação.

Dentre os dados previstos no regramento em evidência não existe um sequer que não tenha referência com alguma Secretaria de Estado em atividade em Santa Catarina, nem tampouco, que não possa ser executado com a atual estruturação administrativa. Dessa forma, não se verifica a criação de novas atribuições, conforme externado na exordial, mas somente a necessidade de serem desenvolvidas ações em atenção com as atribuições derivadas da ordem constitucional. Sem dúvida, não urge a necessidade de ser criado órgão na estrutura organizacional do Poder executivo para a observância da Lei (fl. 99).

Nesses termos, pede a improcedência da ação.

9. No mesmo sentido, a manifestação do Advogado-Geral da União (fls. 181-186).

10. Por sua vez, o Procurador-Geral da República opina seja julgado procedente o pedido e declarada a inconstitucionalidade da Lei n. 12.385/02, do Estado de Santa Catarina, em sua totalidade (fls. 190-194) .

11. Em 24.6.2006, vieram-me os autos conclusos em virtude do que disposto no art. 38 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal (fl. 195) .

12. É o relatório, cuja cópia deverá ser encaminhada a cada um dos eminentes Ministros do Supremo Tribunal Federal (art. 9º da Lei n. 9.868/1999 *c/c* o art. 87, inc. I, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal).

VOTO

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (Relatora): 1. A questão da inserção, na esfera de exclusiva iniciativa do Chefe do Poder Executivo local, da iniciativa de lei para disciplinar criação, estruturação e definição das atribuições dos órgãos e entidades integrantes da Administração Pública estadual já foi, algumas vezes, objeto de apreciação do Supremo Tribunal Federal.

Assim, ressaltada a absorção compulsória pelos Estados membros da cláusula de reserva constitucional de iniciativa de lei, inscrita no art. 61, § 10, II, *e*, da Constituição da República, o Supremo Tribunal Federal, deferindo a medida liminar requerida em ações diretas de inconstitucionalidade, suspendeu, por exemplo, a eficácia de lei alagoana que dispõe sobre a composição do Conselho Estadual de Educação (ADI 2.654-MC, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 23.8.2002); de lei paulista que cuida das atribuições dos Conselhos de Escola (ADI 2.239-MC, Rel. Min. Ilmar Galvão, DJ 15.12.2000); e de lei gaúcha que altera disposição sobre a eleição de representante dos empregados na diretoria da empresa pública

(ADI 2.296-MC, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 23.2.2001). Todas elas, por óbvio, de iniciativa parlamentar.

E para não me referir apenas a ações com julgamento de mérito ainda pendente, cito a declaração de inconstitucionalidade, por vício formal, de lei paulista que criou o Conselho de Transporte da Região Metropolitana de São Paulo (ADI 1.391, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 7.6.2002); de lei capixaba que criou novas circunscrições regionais de trânsito (ADI 2.720, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 25.4.2003); de lei paulista que cuidou da organização da Polícia Militar do Estado (ADI 2.646, Rel. Min. Maurício Corrêa, DJ 23.5.2003); de lei capixaba que atribuiu tarefas ao Detran do Estado do Espírito Santo (ADI 2.719, Rel. Min. Carlos Velloso, DJ 25.4.2003); e de lei gaúcha que instituiu o programa estadual de iluminação pública (ADI 1.144, Rel. Min. Eros Grau, DJ 8.9.2006).

2. Nem se alegue que a intenção de dar maior efetividade ao direito fundamental à saúde, ou, ainda, a derrubada do veto aposto pelo Governador, convalidaria o vício formal observado na lei de iniciativa parlamentar que dita comando à Administração Pública estadual, extrapolando os seus e inserindo-se no âmbito de atribuições do Governador.

A regra da reserva de iniciativa legislativa constante do art. 61, § 10, II, *e*, da Constituição da República, resguarda o Poder Executivo, em qualquer nível de governo (de acordo com o princípio da simetria), de ingerências do Poder Legislativo na sua função administrativa de qualificar-se e organizar-se para prestar o serviço público propriamente dito.

Nesse sentido, este Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade de lei do Estado de São Paulo, de iniciativa parlamentar, que, também sob o pretexto de dar maior efetividade a outro direito social fundamental, o direito à educação, alterou a denominação e as atribuições de delegacia de ensino daquele Estado, em acórdão que tem a seguinte ementa:

EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI ESTADUAL 10539/00. DELEGACIA DE ENSINO. DENOMINAÇÃO E ATRIBUIÇÕES. ALTERAÇÃO. COMPETÊNCIA. CONSTITUIÇÃO FEDERAL. SIMETRIA. OBSERVÂNCIA OBRIGATÓRIA PELOS ESTADOS-MEMBROS. VETO. REJEIÇÃO E PROMULGAÇÃO DA LEI. VÍCIO FORMAL: MATÉRIA RESERVADA À INICIATIVA DO PODER EXECUTIVO. 1. Delegacia de ensino. Alteração da denominação e das atribuições da entidade. Iniciativa de lei pela Assembleia Legislativa. Impossibilidade. Competência privativa do Chefe do Poder Executivo para deflagrar o processo legislativo sobre matérias pertinentes à Administração Pública (CF/88, artigo 61, § 1º, II, 'e'). Observância pelos estados-membros às disposições da Constituição Federal, em razão da simetria. Vício de iniciativa. 2. Alteração da denominação e das atribuições do órgão da Administração Pública. Lei oriunda de projeto da Assembleia Legislativa. Veto do Governador do Estado, sua rejeição e a promulgação da lei. Subsistência do atentado à competência reservada ao Chefe do Poder Executivo para dispor sobre a matéria. Vício formal insanável, que não se convalida. Ação julgada procedente para declarar a inconstitucionalidade da Lei 10539, de 13 de abril de 2000, do Estado de São Paulo (ADI 2.417, Rel. Min. Maurício Corrêa, DJ 5.12.2003).

3. O entendimento firmado nesses precedentes não foi alterado pela Emenda Constitucional n. 32, de 11.9.2001, que, modificando a alínea *e* do inc. II do § 1º do art. 61 da Constituição da República, retirou da norma originária o termo 'atribuições'. E que foi então acrescentada a necessidade de observância ao que disposto no art. 84, VI, da Constituição da República, que reza:

Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República:

(...)

VI - dispor, mediante decreto, sobre:

- a) organização e funcionamento da administração federal, quando não implicar aumento de despesa nem criação ou extinção de órgãos públicos;
- b) extinção de funções ou cargos públicos, quando vagos.

Daí a precisa manifestação do ilustre Procurador-Geral da República, ao expor:

11. E não se queira atribuir à nova redação dessa norma constitucional, emprestada pela Emenda Constitucional n. 32, de 11 de setembro de 2001, o efeito de retirar do Poder Executivo a ação de encetar o processo legislativo respeitante a estruturação e atribuições dos Ministérios e órgãos da administração pública, eventos presentes no texto revogado. Pelo contrário, tais medidas podem, agora, ser tomadas mediante simples decreto, a teor do mencionado art. 84, inciso VI, quando não implicarem aumento de despesa (nem criação ou extinção de órgãos públicos). 12. Mister esclarecer: alterar a organização e funcionamento da administração pública, com aumento de despesas, como se deu na espécie, continua a demandar a iniciativa do Presidente da República, que, aí, deverá observar o princípio da colaboração dos demais Poderes - sinergia essa não redundante, pois, em decreto, senão em lei. 13. Cânon nesses termos concebido - acentue-se, para prevenir a antevista controversia - decorre, sim, das normas específicas aqui alvitradas, mas já da própria separação dos Poderes (art. 2º, CF-1988), dito princípio fundamental da República Federativa do Brasil (fl. 193).

4. Contudo, nem todos os dispositivos da lei questionada se enquadram na reserva de iniciativa referida. Assim, a natureza das disposições concernentes a incentivos fiscais (arts. 4º e 5º) e a determinação para que supermercados e hipermercados concentrem em um mesmo local ou gôndola *“todos os produtos alimentícios especialmente elaborados sem a utilização de glúten”* (art. 6º) não resultam, é fácil perceber, em interferência do Legislativo na função administrativa do Poder Executivo local.

5. É certo que os incentivos fiscais somente poderiam incidir sobre tributo da competência do Estado-membro, sendo correta, ainda, a ponderação da Procuradoria-Geral da República no sentido de que a implementação de benefício no tocante ao ICMS estaria condicionada à deliberação dos demais Estados e do Distrito Federal, tudo conforme os termos da lei complementar mencionada no art. 155, § 2º, inc. XII, alínea g, da Constituição da República.

Não há, entretanto, como antecipar eventuais vícios de inconstitucionalidade ou de ilegalidade sem a edição da lei instituidora do incentivo fiscal, da qual não há notícia nos autos.

6. Cumpre realçar, no ponto, que os artigos 4º e 5º não estão sujeitos ao prazo estipulado pelo artigo 10 para a regulamentação da lei questionada.

É que esses dispositivos apenas enunciam o comprometimento do Estado em se esforçar para que o incentivo fiscal às entidades que enumera se concretize, donde se conclui que a efetivação dessa vontade não depende somente dos Poderes Executivo e Legislativo do Estado de Santa Catarina, mas também, conforme já realçado, da deliberação dos demais estados-membros e do Distrito Federal.

7. De resto, a forma de apresentação dos produtos elaborados sem a utilização de glúten está relacionada com a competência concorrente do Estado para legislar sobre consumo e proteção e defesa da saúde (art. 24, incisos V e XII, da Constituição da República), sendo que o § 1º do art. 55 do Código de Defesa do Consumidor também atribui aos Estados o controle da publicidade de produtos e do mercado de *consumo no interesse da preservação da saúde*.

A propósito da determinação para que os produtores de alimentos sem glúten façam constar no rótulo de seus produtos a inscrição 'não contém glúten' (parágrafo único do art. 4º da Lei Estadual n. 12.385/02), rememoro o que assentado no julgamento da ADIn n. 2.832 (Rel. Min. Ricardo Lewandowsky, DJe 19.6.08), no sentido de considerar legítima a competência legislativa suplementar do Estado-membro para assegurar ao consumidor o direito de obter informações sobre os produtos que adquire, estando o acórdão assim ementado:

EMENTA: DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. ADI CONTRA LEI PARANAENSE 13.519, DE 8 DE ABRIL DE 2002, QUE ESTABELECE OBRIGATORIEDADE DE INFORMAÇÃO, CONFORME ESPECIFICA, NOS RÓTULOS DE

EMBALAGENS DE CAFÉ COMERCIALIZADO NO PARANÁ. ALEGAÇÃO DE OFENSA AOS ARTS. 22, I e VIII, 170, *CAPUT*, IV, E PARÁGRAFO ÚNICO, E 174, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. PROTEÇÃO AO CONSUMIDOR. OFENSA ÍNDIRETA. AÇÃO JULGADA PARCIALMENTE PROCEDENTE. I - Não há usurpação de competência da União para legislar sobre direito comercial e comércio interestadual porque o ato normativo impugnado buscou, tão-somente, assegurar a proteção ao consumidor. II - Precedente deste Tribunal (ADI 1.980, Rel. Min. Sydney Sanches) no sentido de que não invade esfera de competência da União, para legislar sobre normas gerais, lei paranaense que assegura ao consumidor o direito de obter informações sobre produtos combustíveis. III - Afronta ao texto constitucional indireta na medida em que se mostra indispensável o exame de conteúdo de outras normas infraconstitucionais, no caso, o Código do Consumidor. IV - Inocorre delegação de poder de fiscalização a particulares quando se verifica que a norma impugnada estabelece que os selos de qualidade serão emitidos por entidade vinculadas à Administração Pública estadual. V - Ação julgada parcialmente procedente apenas no ponto em que a lei impugnada estende os seus efeitos a outras unidades da Federação.

8. Pelo exposto, voto no sentido de julgar parcialmente procedente a presente Ação Direta de Inconstitucionalidade para declarar inconstitucionais tão somente os artigos 2º, 3º e seus parágrafos, 7º, 8º, 9º, parágrafo único e seus incisos, da Lei do Estado de Santa Catarina n. 12.385, de 16 de agosto de 2002.

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO

Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n. 361.855, de Santa Catarina

Relator: Ministro Joaquim Barbosa

Agravante: Maria Tomazia Gomes dos Santos

Advogado: Luiz Darci da Rocha

Agravado: Estado de Santa Catarina

Procurador: Procurador-Geral do Estado de Santa Catarina

EMENTA

Santa Catarina. Estabilidade Financeira. Gratificação de Produtividade. Inexistência de direito adquirido a regime jurídico. Precedentes: RE 226.462, RE 230.881, RE 311.898, entre outros.

Agravo regimental a que se nega provimento.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os ministros do Supremo Tribunal Federal, em Segunda Turma, sob a presidência do ministro Gilmar Mendes, na conformidade da ata de julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso de agravo, nos termos do voto do relator.

Brasília, 14 de setembro de 2010.

Joaquim Barbosa, Relator

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA (Relator): Trata-se de agravo regimental interposto de decisão em que dei provimento ao recurso extraordinário do Estado de Santa Catarina.

É este o teor da decisão agravada (fls. 198-199):

Trata-se de recurso extraordinário (art. 102, III, a, da Constituição Federal) interposto de acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça de Santa Catarina, que, nos autos de mandado de segurança impetrado por servidores públicos estaduais, lhes garantiu a incidência da “gratificação de produtividade” sobre a parcela incorporada a título de agregação. No caso, os servidores exerceram, durante certo período, cargos comissionados, tendo, por isso, agregado o direito à estabilidade financeira.

Ao analisar o RE 303.673, rel. min. Moreira Alves (DJ de 14.06.2002), a Primeira Turma desta Corte entendeu o seguinte:

‘Recurso extraordinário. Agregação. Gratificação de produtividade.

– Esta Corte já firmou o entendimento de que a estabilidade financeira – que é o que ocorre no caso – não se confunde com o instituto da agregação e não viola o princípio constitucional da vedação de vinculação ou equiparação de vencimentos (art. 37, XIII, da Constituição em sua redação originária), porquanto não há nele vinculação entre dois cargos distintos, mas, sim, a percepção de vencimentos, a título de vantagem pessoal, no mesmo cargo.

– No tocante à alegação de ofensa ao artigo 37, XIV, da Constituição em sua redação originária, não há, por parte do recorrente, qualquer demonstração de que ocorra, no caso, gratificação sobre gratificação, sob o mesmo título ou idêntico fundamento, em se tratando de gratificação de produtividade sobre vencimentos em que se leve em conta a incorporação da agregação.

– Falta de prequestionamento das demais questões constitucionais invocadas no recurso extraordinário, com exceção à relativa ao artigo 5º, XXXVI, da Carta Magna.

– Tem razão, porém, o recorrente no que concerne à ofensa ao artigo 5º, XXXVI, da Carta Magna, porquanto esta Corte já firmou o entendimento de que não há direito adquirido a regime jurídico, em contraposição, portanto, à orientação seguida pelo acórdão recorrido que nele se fundou para

sustentar que a lei nova não poderia ferir o direito adquirido à incorporação da agregação. Recurso extraordinário conhecido e provido’.

Nesse sentido, menciono ainda: RE 344.970, rel. min. Gilmar Mendes, DJ 15.09.2006; RE 229.849, rel. min. Ellen Grade, DJ de 11.10.2001 e RE 238.063, rel. min. Ilmar Galvão, DJ de 18.02.2003.

Do exposto, nos termos do art. 557, § 1º-A, do Código de Processo Civil, dou provimento ao recurso. Sem honorários (Súmula 512 do Supremo Tribunal Federal).

No agravo regimental, alega-se desrespeito à segurança jurídica e à situação consolidada pela passagem do tempo – 13 anos desde a concessão da segurança.

Mantenho a decisão e trago o agravo à apreciação da Turma .

É o relatório.

VOTO

O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA (Relator): Em relação à gratificação de produtividade paga aos servidores do Estado de Santa Catarina, esta Corte reconheceu a inexistência de direito adquirido a determinada forma de cálculo. Referendou-se, assim, a opção legislativa de garantir a continuidade do pagamento do valor do cargo em comissão – valor fixado à época em que apostilado, “*estabilidade financeira*”, cf. RE 226.462, rel. min. Sepúlveda Pertence, Pleno, DJ 25.05.2001 – e, ao mesmo tempo, permitir que as parcelas instituídas posteriormente tomassem por base o vencimento do cargo efetivo, não o da apostila. Veja-se, a respeito, o RE 311.898, rel. min. Ellen Gracie, Primeira Turma, DJ 11.10.2001, cuja ementa transcrevo:

Gratificação de Produtividade. Cálculo incidente sobre a remuneração do cargo efetivo acrescido da vantagem incorporada. Inexistência de direito adquirido. Precedente (RE 230.881, Rel. Min. Moreira Alves). Recurso extraordinário provido.

Do exposto, nego provimento ao agravo regimental.

HABEAS CORPUS

***Habeas Corpus* n. 99.114, de Santa Catarina**

Relator: Min. Ricardo Lewandowski

Paciente: Saulo Wenitt de Castro

Impetrante: Defensoria Pública da União

Coator: Superior Tribunal de Justiça

EMENTA

HABEAS CORPUS. PENAL. TRÊS ROUBOS SUJEITOS À COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA COMUM E UM ROUBO DE COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL. CONTINUIDADE DELITIVA ENTRE TODOS ELES. QUESTÃO NÃO EXAMINADA PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA PORQUE NÃO FOI SUBMETIDA AO TRIBUNAL DE JUSTIÇA LOCAL. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL NÃO CONFIGURADA. ORDEM DENEGADA.

I – Impossibilidade de o Superior Tribunal de Justiça analisar a questão relativa à continuidade delitiva entre todos os crimes de roubo praticados pelo paciente (quatro), tanto os de competência da justiça estadual quanto o da justiça federal, sob pena de supressão de instância.

II – O fato de o *writ* ter sido impetrado, no STJ, simultaneamente, contra os acórdãos proferidos pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região e pelo Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, que julgaram as respectivas apelações, não exime o impetrante de suscitar a questão, antes, nas instâncias inferiores.

III – Embora a matéria tenha sido discutida no julgamento da apelação interposta no TJ/SC, o mesmo não ocorreu no âmbito da justiça federal, porque, nesse caso, tratava-se de roubo único e de formação de quadrilha.

IV – Não foi por outro motivo que o acórdão ora atacado limitou-se a apreciar a continuidade delitiva em relação aos roubos julgados pela justiça comum.

V – O pedido de continuidade delitiva dos quatro crimes de roubo somente foi examinado, posteriormente, pelo juízo da execução, que o indeferiu sob o argumento de que teriam sido cometidos de maneira autônoma e não continuada, não sendo interposto qualquer recurso contra essa decisão.

VI – Não configurada a negativa de prestação jurisdicional por parte do Superior Tribunal de Justiça.

VII – Ordem denegada.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, sob a Presidência do Senhor Ministro Ricardo Lewandowski, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por maioria de votos, indeferir o pedido de *habeas corpus*, nos termos do voto do Relator, vencido o Ministro Marco Aurélio.

Brasília, 21 de setembro de 2010.

Ricardo Lewandowski, Presidente e Relator

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (Relator): Trata-se de *habeas corpus* impetrado pelo Defensor Público da União Paulo Henrique de Menezes Bastos em favor de SAULO WENITT DE CASTRO, contra acórdão da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, que denegou a ordem no HC 73.758/SC, Rel. Min. Felix Fischer.

A inicial narra que o paciente foi condenado, pela Justiça estadual, à pena total de vinte e dois anos, nove meses e quinze dias de reclusão, em regime fechado, pela prática dos crimes previstos no art. 157, § 2º, I e II (três vezes), e no art. 288, parágrafo único, combinado com o art. 69, todos do Código Penal, em razão de roubos praticados contra agências do Banco do Estado de Santa Catarina e do Banco do Brasil.

O impetrante informa, ainda, que o paciente também foi condenado, pela Justiça Federal, à pena total de dezoito anos de reclusão, em regime fechado, por um roubo praticado contra agência da Caixa Econômica Federal, bem como pelo crime de quadrilha ou bando.

Inconformada com as sentenças condenatórias, a defesa apelou ao Tribunal Regional Federal da 4ª Região e ao Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. A Corte Regional acolheu parcialmente o recurso para afastar a condenação pelo crime do art. 288, parágrafo único, do Código Penal (quadrilha ou bando), ao argumento de que o réu já havia sido condenado pelo mesmo fato na justiça estadual, reduzindo a pena para doze anos de reclusão. O Tribunal catarinense, por sua vez, manteve a sentença de primeiro grau.

Daí porque, segundo o impetrante, o paciente encontra-se, atualmente, recolhido na Penitenciária de Florianópolis/SC, cumprindo a pena de vinte e dois anos, nove meses e quinze dias de reclusão.

Irresignada, a Defensoria Pública da União manejou no Superior Tribunal de Justiça o HC 73.758/SC, no qual constaram como impetrados o TRF da 4ª Região e a Corte estadual, oportunidade em que o Min. Relator, ao analisar a petição inicial, determinou a extração de cópia integral dos autos para formação de novo processo, no qual deveria constar como autoridade coatora apenas o Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, o que resultou na autuação do HC 83.400/SC.

Na sequência, a Quinta Turma daquele Tribunal Superior conheceu parcialmente do HC 73.758/SC e, nessa parte, concedeu a ordem apenas para reduzir as penas aplicadas ao paciente, tanto na justiça estadual quanto na justiça federal. Não conheceu, contudo, da questão relativa à continuidade delitiva.

O STJ também deixou de conhecer do HC 83.400/SC, ao argumento de que a controvérsia suscitada já teria sido apreciada no julgamento do HC 73.758/SC.

A defesa manejou, então, nesta Suprema Corte, o HC 92.861/SC, de minha relatoria, no qual esta Primeira Turma concedeu a ordem para determinar que o STJ apreciasse o *habeas corpus* lá impetrado, quanto ao aspecto da continuidade delitiva.

Em novo julgamento do HC 73.758/SC, o Superior Tribunal denegou a ordem.

É contra essa decisão que ora se insurge o impetrante.

Sustenta, em síntese, que, ao julgar novamente o HC 73.758/SC, o STJ, mais uma vez, não conheceu da questão relativa à continuidade delitiva sob o argumento de que o tema não teria sido tratado pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região.

Afirma, portanto, que, ao assim proceder, o Superior Tribunal de Justiça incorreu em *“flagrante e injustificável negativa de jurisdição por parte daquela corte”* (fl. 9).

Ao final, requer *“seja determinado ao egrégio Superior Tribunal de Justiça que aprecie a matéria relativa à continuidade delitiva, no que tange a todas as condutas julgadas pelo Tribunal de Justiça de Santa Catarina e a conduta julgada pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região”* (fl. 9 – grifos no original).

Não havendo pedido de liminar a ser apreciado e estando bem instruídos os autos, em 19/5/2009, determinei fosse ouvido o Procurador-Geral da República (fls. 254-255).

O Ministério Público Federal, em parecer de lavra do Subprocurador-Geral da República Edson Oliveira de Almeida, manifestou-se pela denegação da ordem (fls. 257-260).

É o relatório.

VOTO

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (Relator):
Bem examinados os autos, tenho que o caso é de denegação da ordem.

Consta dos autos que o paciente, com outros dez corrêus, foi condenado pelo Juízo da 1ª Vara Criminal da Comarca de Florianópolis/SC, pela prática de três crimes de roubo qualificado e formação de quadrilha, em concurso material, à pena total de vinte e dois anos, nove meses e quinze dias de reclusão¹, em regime inicial fechado (fls. 167-228), em virtude dos assaltos a três agências bancárias (uma do BESC e duas do BB).

¹ Para cada roubo, foi fixada a pena de seis anos, dez meses e quinze dias de reclusão, que, somadas, totalizam vinte anos, sete meses e quinze dias (fl. 224). Para o crime de quadrilha, foi fixada a pena de dois anos e quatro meses de reclusão (fl. 223). Apenas para registro, verifico que a soma de todas as penas (roubos e quadrilha) totalizam vinte e dois anos, onze meses e quinze dias, e não vinte e dois anos, nove meses e quinze dias, como constou da sentença (fl. 224). Todavia, esse erro material não foi observado pelas partes nem pelo TJ/SC, de ofício.

Também foi condenado, com outros três corréus, na Justiça Federal de Florianópolis/SC, pela prática de roubo qualificado e formação de quadrilha, em concurso material, à pena total de dezoito anos de reclusão², em regime fechado, por ter subtraído, mediante ameaça com o emprego de arma de fogo, quantia em dinheiro de uma agência da Caixa Econômica Federal em Florianópolis (fls. 137-151).

No entanto, o Tribunal Regional Federal da 4ª Região, ao julgar a apelação interposta pela defesa, anulou a condenação do paciente relativa ao crime de formação de quadrilha, tendo em vista condenação anterior, pelo mesmo crime, na esfera estadual (fls. 122-123).

Neste *writ*, pretende-se, em suma, seja determinado ao Superior Tribunal de Justiça que analise a questão relativa à continuidade delitiva entre todos os crimes de roubo praticados pelo paciente (quatro), tanto os de competência da justiça estadual quanto o da justiça federal, ao argumento de que, embora suscitada, aquela Corte Superior deixou de apreciar a matéria, em flagrante negativa de prestação jurisdicional.

Sem razão o impetrante.

Pela leitura da petição inicial do *habeas corpus* dirigido ao STJ, verifica-se que, de fato, o impetrante abordou o tema, reproduzindo as circunstâncias em que se deram os roubos praticados contra o Banco do Estado de Santa Catarina, o Banco do Brasil e a Caixa Econômica Federal, bem como o *modus operandi* da quadrilha em cada um dos eventos criminosos (fls. 110-113).

Em seguida, fez referências a excertos doutrinários sobre a natureza jurídica do crime continuado, bem como às circunstâncias, condições e demais pressupostos que caracterizam a continuidade delitiva, além de citar alguns julgados do STJ e desta Suprema Corte sobre o tema (fls. 114-118).

2 Para o crime de *roubo*, foi fixada a pena de doze anos de reclusão. Para o de *quadrilha*, a pena foi fixada em seis anos de reclusão (fl. 150).

O acórdão ora questionado (HC 73.758/SC), por sua vez, decidiu a questão da seguinte forma:

PENAL. *HABEAS CORPUS*. ART. 157, § 2º, INCISOS I E II, (QUATRO VEZES) DO CP. UNIFICAÇÃO DAS PENAS. PEDIDO DE RECONHECIMENTO DE CONTINUIDADE DELITIVA ENTRE TRÊS ROUBOS JULGADOS PELA JUSTIÇA COMUM E O OUTRO PELA JUSTIÇA FEDERAL. MATÉRIA NÃO APRESENTADA AO E. TRIBUNAL A QUO. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. CONTINUIDADE DELITIVA ENTRE OS DELITOS DE ROUBO JULGADOS PELA JUSTIÇA COMUM. REITERAÇÃO CRIMINOSA. NÃO PREENCHIMENTO REQUISITOS LEGAIS.

I – *Se o pedido de reconhecimento de continuidade delitiva entre os delitos de roubo julgados pela Justiça Estadual e Federal não foi apresentado em segundo grau de jurisdição (tendo sido apresentado tão somente em relação aos crimes de roubo julgados pela Justiça Comum), esta Corte fica impedida de examinar a questão em relação ao delito julgado pela Justiça Federal sob pena de indevida supressão de instância (Precedentes).*

II – *Na hipótese dos autos, comprovado que o paciente faz da prática criminosa uma habitualidade, não há como reconhecer a continuidade delitiva entre os delitos de roubo julgados pela Justiça Comum. Qualquer entendimento em sentido contrário, demandaria o revolvimento de matéria fático-probatória, inviável na via eleita (Precedentes).*

III – ‘O entendimento desta Corte é no sentido de que a reiteração criminosa indicadora de delinquência habitual ou profissional é suficiente para descaracterizar o crime continuado’ (STF - RHC 93144/SP, 1ª Turma, Rel. Ministro Menezes de Direito, DJU de 09/05/2008). Ordem denegada” (fl. 13 – grifos meus).

Veja-se, a propósito, trechos do voto do Ministro Felix Fischer, Relator, que muito bem elucidam a questão:

Em cumprimento a decisão proferida pela c. Primeira Turma do Pretório Excelso, no julgamento do HC na 92.861-7/SC, no qual restou reconhecida a negativa de prestação jurisdicional desta Corte, ao rejeitar o exame da tese defensiva concernente à continuidade delitiva entre os delitos de roubo praticados pelo paciente, passo à análise da matéria.

Inicialmente, impende ressaltar que, neste *writ* será analisado, apenas, o pedido de continuidade delitiva entre *os três roubos julgados pela Justiça Comum*, quais sejam, o primeiro praticado no BESC, agência da cidade de Alfredo Wagner e os outros dois cometidos no Banco do Brasil, nas agências Beira-Mar e Lagoa da Conceição, ambas no município de Florianópolis.

Isso porque, o pedido de reconhecimento de continuidade delitiva entre os delitos de roubo julgados pela Justiça Estadual e Federal não foram apreciados em segundo grau de jurisdição. Dessa forma, tal questão não pode ser conhecida por esta Corte sob pena de indevida supressão de instância. Conforme consta dos autos, o aludido pedido foi examinado tão somente pelo Juízo da Execução, que o indeferiu sob o argumento de que os roubos teriam sido cometidos de maneira autônoma e não continuada, caracterizando mera reiteração delitiva (fl. 59).

Destarte, se não houve impugnação dessa decisão no e. Tribunal a quo não há como esta Corte conhecer a matéria.

Feita as considerações iniciais, passo a apreciar o objeto do mandamus, nos termos da decisão proferida pela Suprema Corte.

(...)

Como se vê, na hipótese dos autos, não está caracterizada a continuidade delitiva, mas sim a mera reiteração criminosa do paciente. Cumpre ressaltar que, para o reconhecimento do crime continuado faz-se necessário que o agente preencha os requisitos legais, dispostos no art. 71 do CP, e possua unidade de desígnios em suas ações.

Dessa forma, para que seja aplicada a regra da continuidade delitiva entre os delitos de roubo praticados, é indispensável que o paciente tenha praticado as condutas delituosas em idênticas condições de tempo, lugar, maneira de execução e outras semelhantes, e exista entre elas um liame a indicar a unidade de desígnios do agente.

Na hipótese, segundo se extrai dos autos, o paciente, de maneira altamente organizada, associou-se a uma quadrilha com o específico fim de praticar diversos assaltos a bancos na Região da Grande Florianópolis e municípios próximos, mediante o emprego de armamento pesado e farta munição. Consta, ainda, que o paciente já foi condenado em outros processos por crime da mesma espécie.

Destarte, diante de tais fatos, resta evidente que o paciente faz da prática criminosa uma habitualidade, não sendo possível reconhecer

a continuidade nos delitos de roubo, mas sim a mera reiteração criminosa. Qualquer entendimento em sentido contrário demandaria o revolvimento de matéria fático-probatória inviável na via eleita (fls. 17-20 – grifos meus e no original).

O fato de o *writ* ter sido impetrado, no STJ, simultaneamente, contra os acórdãos proferidos pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região e pelo Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, que julgaram as respectivas apelações, não exime o impetrante de suscitar a questão, antes, nas instâncias antecedentes.

É que a matéria, realmente, chegou a ser discutida no julgamento da apelação interposta no TJ/SC. Todavia, aquele Tribunal se restringiu a analisar a pluralidade de crimes afetos a sua competência.

Por outro lado, o mesmo não ocorreu no âmbito da justiça federal, tendo o TRF examinado somente as questões relativas à ausência de fundamentação da sentença condenatória, à autoria e à dosimetria da pena, porque, naquele caso, tratava-se de um único roubo e de formação de quadrilha.

Não foi por outro motivo, aliás, que o acórdão ora atacado limitou-se a apreciar a continuidade delitiva em relação aos roubos julgados pela Justiça comum.

Importante registrar, por fim, conforme fez o Ministro Felix Fischer, em seu voto, que o pedido de continuidade delitiva dos quatro crimes de roubo somente foi examinado, posteriormente, pelo juízo da execução, que o indeferiu sob o argumento de que teriam sido cometidos de maneira autônoma e não continuada. Contudo, não foi interposto qualquer recurso ao Tribunal de Justiça catarinense contra essa decisão.

Vê-se, pois, que o Superior Tribunal de Justiça enfrentou a matéria, de forma satisfatória, não podendo ir além do que decidiu, sob pena de

juízo *per saltum* de matéria não analisada pelo Tribunal de Justiça estadual.

Com essas observações, denego a ordem de *habeas corpus*.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (Presidente): Vou pedir vênias para conceder a ordem, a fim de que se aprecie, afastado o óbice, se há ou não a continuidade delitiva.

O fato de ter-se a prática de vários delitos e apontar-se que o réu seria uma pessoa voltada à prática criminosa não é obstáculo ao exame da continuidade. A continuidade parte da premissa de que a pessoa cometeu crimes da mesma espécie.

Por isso, peço vênias para conceder a ordem.

**SUPERIOR TRIBUNAL
DE JUSTIÇA**

HABEAS CORPUS

Habeas Corpus n. 108.184, de Santa Catarina (2008/0125782-4)

Relator: Ministro Og Fernandes

Impetrantes: Leonardo P. de Oliveira Pinto e outro

Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina

Paciente: Rodrigo Voter (Preso)

EMENTA

HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO TRIPLAMENTE QUALIFICADO. PRISÃO PREVENTIVA. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA.

1. A jurisprudência desta Corte tem proclamado que a prisão cautelar é medida de caráter excepcional, devendo ser imposta apenas quando atendidas, mediante decisão judicial fundamentada (art. 93, IX, da Constituição Federal), as exigências do art. 312 do Código de Processo Penal.

2. Conquanto o clamor público, por si só, não constitua fundamento suficiente para a determinação de segregação cautelar, certo é, no caso, que a prisão está devidamente justificada na garantia da ordem pública, circunstância evidenciada pelo *modus operandi* da infração.

3. O paciente é acusado de homicídio triplamente qualificado (motivo fútil, meio cruel e recurso que dificultou a defesa da vítima) por participar, em concurso com outras quatro pessoas, de um espancamento, mediante chutes, socos, pauladas e pedradas, que resultou na morte da vítima, remarcando o magistrado de primeiro grau que os acusados já são conhecidos por provocarem

brigas e confusões em bailes na localidade, tudo a evidenciar a presença de periculosidade social justificadora da prisão processual.

4. Não há como enfrentar a alegação de que paciente não teve envolvimento no crime por demandar nítido revolvimento probatório, inviável de ser operado na via eleita, somando-se a isso o fato de que a sentença de pronúncia fora confirmada pelo Tribunal de Justiça de Santa Catarina.

5. Ordem denegada.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, denegar a ordem de *habeas corpus*, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Celso Limongi (Desembargador convocado do TJ/SP), Haroldo Rodrigues (Desembargador convocado do TJ/CE) e Maria Thereza de Assis Moura votaram com o Sr. Ministro Relator.

Presidiu o julgamento a Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura.

Brasília (DF), 20 de maio de 2010 (data do julgamento).

Ministro Og Fernandes, Relator

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO OG FERNANDES (Relator): A hipótese é de *habeas corpus* impetrado em benefício de Rodrigo Voter contra acórdão do Tribunal de Justiça de Santa Catarina que denegou o *writ* lá formulado.

Consta dos autos que o paciente foi denunciado, juntamente com outras pessoas, pela prática de homicídio triplamente qualificado, buscan-

do a impetração a revogação da prisão preventiva ao argumento de que *“o decreto constritor, albergado pelo acórdão estadual, contraria por completo o ditame previsto no art. 93, IX, da CF, e o art. 315, do CPP. Redigido de forma franciscana, não se vislumbra na decisão atacada dados reais, concretos e objetivos correlatos às hipóteses do art. 312 do CPP”*.

Acrescenta que *“o paciente não é citado pelos outros corréus e por algumas testemunhas de acusação, na fase judicial, como um dos autores do crime”*.

Indeferida a liminar, a Subprocuradoria-Geral da República opinou pela denegação da ordem.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR MINISTRO OG FERNANDES (Relator): Confira-se, de início, o teor da peça acusatória, atribuindo ao paciente o envolvimento no homicídio triplamente qualificado da vítima Daniel Lisboa:

Consta do incluso Auto de Prisão em Flagrante que no dia 17 de fevereiro de 2008, por volta das 3h30min, o denunciado Adair Plotecker se dirigiu ao encontro da vítima Daniel Lisboa, a qual se encontrava nas imediações do estabelecimento conhecido por Bailão do Souza, situado na Rua Urbano Senenn, nesta cidade e comarca, ocasião em que, por um motivo fútil - discussão acerca de uma carteira de cigarros - passou a agredir a vítima Daniel Lisboa.

Ato contínuo, os denunciados André Ricardo Senenn, Carlos Alexandre Plotecker, Claudinei Salvador e Rodrigo Voter, que naquelas redondezas permaneciam, ao perceberem a contenda iniciada pelo denunciado Adair, decidiram dela também tomar parte, aderindo à conduta deste, passando todos a agir em comunhão de esforços e com união de desígnios, partiram em direção à vítima Daniel Lisboa, ocasião em que, passaram a agredi-lo covardemente, desferindo-lhe vários socos, chutes, pauladas e pedradas, provocando-lhe, em decorrência, as lesões descritas no Laudo Pericial de fls. 89, *usque* 91, dos presentes autos, que foram a causa eficiente de sua morte.

Como dito anteriormente, o delito foi cometido por motivo fútil – discussão acerca de uma carteira de cigarros –, tendo os denunciados Adair, André Ricardo, Carlos Alexandre, Claudinei e Rodrigo ainda se utilizado, para a prática do crime, de recurso que dificultou a defesa da vítima, pois além de agirem em concurso de pessoas, aproveitaram-se do fato de a vítima estar caída ao chão para desferir-lhe os golpes que causaram os ferimentos que foram a causa de sua morte.

De se destacar, ainda, que o crime foi cometido mediante meio cruel, pois os vários golpes desferidos pelos acusados causaram intenso sofrimento à vítima, que, postada ao chão, foi espancada até a morte.

Dessa forma, os denunciados Adair Plotecker, André Ricardo Senenn, Carlos Alexandre Plotecker, Claudinei Salvador e Rodrigo Voter, agindo dolosamente, pois com suas condutas assumiram o risco de produzir o resultado lesivo verificado, incorreram nas sanções descritas no artigo 121, § 2º, II e III e IV, do Código Penal, razão pela qual requer o Ministério Público que contra eles seja instaurado o competente processo-crime, citando-os para interrogatório e demais termos, prosseguindo na instrução criminal com a oitiva das testemunhas adiante arroladas, para que seja julgada a presente ação integralmente procedente, a fim de que sejam os denunciados PRONUNCIADOS nos termos da denúncia, para que sejam submetidos a julgamento perante o egrégio Tribunal do Júri desta comarca.

A prisão preventiva, de 19/2/2008, foi decretada em provimento assim vazado:

1. O Dr. Delegado da Polícia Civil da Comarca de Ituporanga/SC representou pela prisão preventiva de André Ricardo Senenn, Carlos Alexandre Plotecker, Claudinei Salvador, Ricardo Voter e Odair Plotecker, sob o fundamento de que foi aberto inquérito policial para investigar a suposta prática do crime de homicídio qualificado contra a vítima Daniel Lisboa, a qual veio a falecer em virtude dos golpes recebidos. A autoridade policial descreveu com detalhes todos os dados colhidos até agora a respeito do caso e finalizou sustentando que estão presentes os requisitos legais da segregação cautelar, a teor dos arts. 311 e 312 do CPP.

O Ministério Público foi favorável ao pleito.

É o breve relatório.

2. Com efeito, por atingir o *status libertatis* do indivíduo, a prisão cautelar é vista com reservas, exigindo análise cuidadosa da hipótese concreta tanto para a sua manutenção como para a sua decretação.

Ela é, por assim dizer, instituto jurídico cuja natureza é de exceção ao sistema de liberdades individuais e sua aplicação exige do juiz exame parcimonioso das provas, caso a caso.

A prisão preventiva é cabível para garantir a ordem pública, por conveniência da instrução criminal e para assegurar a aplicação da lei penal (CPP, 312).

Na hipótese concreta, os elementos já existentes nos autos deste processo-crime provam a materialidade do fato e dão seguros indícios da autoria. E afirmo isso porque, durante as investigações realizadas pela digna autoridade policial, foram colhidos diversos elementos indicativos de que os representados efetivamente participaram, de alguma forma, da empreitada criminosa (homicídio qualificado) e se evadiram da cena do crime para dificultar a ação da polícia. As declarações de policiais e de testemunhas oculares da briga demonstram com muita clareza, por si só, como sucederam os fatos criminosos e também como foi o envolvimento de cada um dos indiciados (vide APF nº 009/2008 em anexo à representação).

É de bom alvitre ressaltar que em crimes de tal jaez, contra a vítima, o depoimento de testemunhas oculares e de policiais, consolidado por fortes e coerentes indícios, faz prova tanto do crime como também da autoria, haja vista a circunstância de serem tais delitos, via de regra, praticados na calada da madrugada, sem a presença de muitas pessoas, à vista unicamente de seus protagonistas.

Ademais, os representados estão foragidos e precisam ser localizados com máxima urgência para viabilizar a boa e regular instrução do futuro processo-crime e bem ainda a aplicação da lei penal.

Para arrematar, cumpre também frisar que o crime em questão provocou profunda comoção e revolta nesta pequena comarca da região do Alto Vale do Itajaí, sobretudo pela brutalidade empregada para matar a vítima, a qual estava sozinha e desarmada caminhando à noite.

Por tudo isso, ainda que os representados demonstrassem residência fixa no distrito da culpa e trabalho lícito, é tanto possível como recomendável a decretação da prisão processual deles neste momento preambular

da investigação policial, máxime para garantir a ordem pública (crime brutal) e por conveniência da instrução criminal (indiciados foragidos), a teor do art. 312 do CPP.

É da jurisprudência catarinense:

“BONS ANTECEDENTES, EMPREGO CERTO E RESIDÊNCIA FIXA. CIRCUNSTÂNCIAS QUE NÃO OBSTAM À DECRETAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA. ORDEM DENEGADA.

Não obstam à decretação da prisão preventiva ter o réu bons antecedentes, emprego certo e residência fixa, desde que se configure qualquer das hipóteses previstas no art. 312 do Código de Processo Penal” (HC nº 2004.010198-8, de Chapecó, Rel. Des. Sérgio Paladino, j. 25/05/2004).

Assim, estando presentes a um só tempo os pressupostos e os fundamentos legais que autorizam a medida prisional cautelar, a segregação dos indiciados mostra-se amplamente imprescindível.

3. Ante o exposto, DECRETO A PRISÃO PREVENTIVA de André Ricardo Senenn, Carlos Alexandre Plotecker, Claudinei Salvador, Rodrigo Voter e Odair Plotecker, com fundamento nos artigos 311 e seguintes de CPP.

O paciente ainda requereu a revogação da custódia cautelar, pleito indeferido pelo Juízo de piso aos seguintes fundamentos:

2. Com efeito, por atingir *status libertatis* do indivíduo, as prisões processuais são vistas com reservas, exigindo análise cuidadosa da hipótese concreta tanto para sua decretação como para sua manutenção. Elas são, por assim dizer, institutos jurídicos cuja natureza é de exceção ao sistema de liberdades individuais, daí porque a aplicação delas exige do juiz exame parcimonioso das provas, caso a caso.

Na espécie em exame, por se tratar (em princípio e em tese) de homicídio triplamente qualificado, delito tido como crime hediondo, há expresse óbice legal à concessão de liberdade provisória, com ou sem fiança, de acordo com a melhor exegese do art. 5º, LXVI, da Constituição Federal e do comando especial engastado no art. 2º, II, da Lei nº 8.072/90, com a nova redação dada pela Lei nº 11.464/07.

Esta norma, não obstante críticas isoladas, está em vigor e é agasalhada pela Constituição Federal, consoante reiterados arestos do Supremo

Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça e do Tribunal de Justiça de Santa Catarina.

(...)

Em decorrência disso, este magistrado indeferiu, nesta data, o pedido de liberdade provisória formulado em favor do corréu André Ricardo Sennen (autos nº 035.08.001070-3).

Ocorre que o réu Rodrigo Voter fugiu do local do crime justamente para não ser preso em flagrante delito e assim dificultar a ação policial, mas ele foi detido dois dias depois por força de decisão por mim proferida, a qual acolheu a representação feita pelo Dr. Delegado de Polícia decretando a prisão preventiva do referido agente com base nos elementos probatórios e indiciários até então apurados (autos nº 035.08.000906-3).

Agora, neste momento processual já avançado, é preciso ressaltar mais uma vez que os elementos existentes nos autos da ação penal provam a materialidade do delito e dão seguros indícios da autoria. E afirmo isso porque, durante a audiência de inquirição das testemunhas de acusação, os policiais militares Claudemir Klaumann e Marcos José Amâncio, bem como as testemunhas José de Souza, Adir Souza e Mário César Corrêa foram uníssonos no sentido de que o réu Rodrigo Voter efetivamente participou, de forma ativa, da briga e das agressões físicas contra a vítima Daniel Lisboa, que não resistiu aos graves ferimentos sofridos e faleceu no próprio local dos fatos.

De mais a mais, o caso *sub examine* constituiu crime gravíssimo sob vários aspectos e, de tal modo, teve grande repercussão no meio social, causando profunda comoção entre as pessoas desta pequena cidade catarinense, seja pela covardia dos agressores, seja pela violência animalésca a que a vítima foi submetida. Por conta disso, exsurge absolutamente necessário manter a segregação cautelar de todos os réus, a fim de garantir a ordem pública e resguardar a credibilidade da Justiça

Outro ponto a ser ressaltado com especial ênfase é o fato de que os dois proprietários do Bailão do Souza, local onde começou a peleja, afirmaram categoricamente que conheciam muito bem todos os cinco denunciados e que eles sempre provocavam brigas e confusões quando participavam de bailes. Essas circunstâncias demonstram, de maneira inequívoca, a alta periculosidade dos réus e a necessidade de se acautelar a ordem pública. Tanto isso é verdade que a própria autoridade policial,

durante a fase de investigação, foi obrigada a lançar mão do Provimento nº 14/03 da Corregedoria-Geral da Justiça do Estado de Santa Catarina para ouvir uma testemunha ocular do homicídio atribuído aos réus. Por isso, a despeito de demonstrar bons antecedentes, residência fixa em Ituporanga/SC e trabalho lícito, é tanto possível como recomendável manter-se, ao menos por ora, a prisão do requerente Rodrigo Voter.

(...)

Por fim, nunca é demais lembrar que o juiz, ao decidir sobre a custódia provisória, deve aplicar o princípio *in dubio pro societate* em relação à autoria imputada do crime, ou seja, a dúvida milita em favor da sociedade e não do réu.

(...)

Assim, estando presentes a um só tempo os requisitos e os fundamentos legais que autorizam a medida prisional cautelar, a segregação do requerente Rodrigo Voter mostra-se amplamente imprescindível.

É a decisão.

3. Ante o exposto, INDEFIRO o pedido de revogação da prisão preventiva formulado em favor do acusado Rodrigo Voter, qualificado nos autos principais, o que faço com fundamento especialmente no art. 312 do Código de Processo Penal.

Registre-se, conforme noticiado no parecer da Subprocuradoria-Geral da República, que o paciente e demais acusados foram pronunciados em 3/6/2008, sendo mantida a custódia, exceto no tocante a um dos corréus, à seguinte motivação:

Nego aos réus Adair Plotecker, Carlos Alexandre Plotecker e Rodrigo Voter o direito de recorrerem em liberdade, pois eles permaneceram presos durante toda a instrução criminal e também, ao que tudo indica, foram apenas eles que agrediram violentamente a vítima até a sua morte. Por outro lado, com relação ao réu André Ricardo Senenn, concedo a ele o direito de recorrer em liberdade porque sempre colaborou efetivamente com as autoridades públicas na elucidação do caso, e bem ainda porque, ao que tudo indica, ele desferiu somente o primeiro soco na vítima e não mais participou do restante da briga.

Interposto recurso em sentido estrito por todos os réus, a Corte de origem lhe negou provimento, em acórdão de 12/5/2009, mantendo os termos da pronúncia. Contra o acórdão foi manejado recursos especial e extraordinário pela defesa do ora paciente, aos quais se negou seguimento, encontrando-se pendente atualmente o processamento dos agravos de instrumento que objetivam o destrancamento dos apelos extremos.

A jurisprudência desta Corte tem proclamado que a prisão cautelar é medida de caráter excepcional, devendo ser imposta apenas quando atendidas, mediante decisão judicial fundamentada (art. 93, inciso IX, da Constituição Federal), as exigências do art. 312 do Código de Processo Penal.

Conquanto o clamor público, por si só, não constitua fundamento suficiente para a determinação de segregação cautelar, certo é, no caso, que a prisão está devidamente justificada na garantia da ordem pública, circunstância evidenciada pelo *modus operandi* da infração.

Com efeito, o paciente é acusado de homicídio triplamente qualificado (*motivo fútil, meio cruel e recurso que dificultou a defesa da vítima*) por participar, em concurso com outras quatro pessoas, de um espancamento, mediante chutes, socos, pauladas e pedradas, que resultou na morte da vítima, remarcando o magistrado de primeiro grau que os acusados já são conhecidos por provocarem brigas e confusões em bailes na localidade, tudo a evidenciar a presença de periculosidade social justificadora da prisão processual.

É da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. CRIME DE LATROCÍNIO. PRISÃO PREVENTIVA DEVIDAMENTE FUNDAMENTADA NA GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA E APLICAÇÃO DA LEI PENAL. GRAVIDADE CONCRETA DEMONSTRADA PELO MODUS OPERANDI. PERICULOSIDADE DO PACIENTE. PERSONALIDADE VOLTADA À

DELINQUÊNCIA. FUGA DO ESTABELECIMENTO PRISIONAL.

1. Com base em elementos concretos existentes na ação penal foi demonstrada a presença dos pressupostos para a segregação preventiva do ora Paciente, demonstrando claramente a sua necessidade.
2. A sentença condenatória negou ao Paciente o direito de apelar em liberdade, com fundamento na sua periculosidade ante as circunstâncias e a extrema violência que foi aplicada na consumação do crime - espancamento até a morte de uma idosa de 93 anos de idade, bem como na sua personalidade voltada para o crime, tendo vista seus antecedentes e reincidência. Ademais, o acusado fugiu da cadeia pública local em 04 de julho de 2005, tendo sido recapturado no dia 09 do mesmo mês e ano, demonstrando a clara intenção de furtar-se ao cumprimento da condenação.
3. Precedentes desta Corte Superior.
4. Ordem denegada.

(HC nº 68.509/MG, Relatora a Ministra Laurita Vaz, DJ de 4/6/2007)

HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. CRIME DE HOMICÍDIO QUALIFICADO E OCULTAÇÃO DE CADÁVER. PRISÃO PREVENTIVA. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA E APLICAÇÃO DA LEI PENAL. GRAVIDADE DEMONSTRADA PELO MÓDUS OPERANDI. PERICULOSIDADE CONCRETA DOS PACIENTES. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA QUE RECOMENDA A MEDIDA CONSTRITIVA. CONDIÇÕES PESSOAIS FAVORÁVEIS. IRRELEVÂNCIA.

1. A imposição da custódia preventiva encontra-se suficientemente fundamentada, em face das circunstâncias do caso que, pelas características delineadas, retratam, *in concreto*, a periculosidade dos agentes, a indicar a necessidade de sua segregação para a garantia da ordem pública, em se considerando, sobretudo, o *modus operandi* do delito. Precedentes.
2. Na hipótese, consta dos autos que a vítima foi sequestrada e submetida à tortura, mediante estrangulamento, e posteriormente atingida por disparo de arma de fogo, quando se encontrava com as mãos atadas, sem possibilidade de oferecer nenhuma resistência, o que evidencia a especial gravidade do crime.

3. Condições pessoais favoráveis dos agentes não são aptas a revogar a prisão preventiva, se esta encontra respaldo em outros elementos dos autos.

4. *Habeas corpus* parcialmente conhecido e denegado.

(HC nº 121.609/BA, Relatora a Ministra Laurita Vaz, DJe de 3/11/2009)

HABEAS CORPUS LIBERATÓRIO. HOMICÍDIO QUALIFICADO (ART. 121, § 2º, I E IV DO CPB). PRISÃO PREVENTIVA EM 19.11.2008. CUSTÓDIA CAUTELAR FUNDAMENTADA. PERICULOSIDADE DO PACIENTE. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA E CONVENIÊNCIA DA INSTRUÇÃO CRIMINAL. AMEAÇA À TESTEMUNHA. ALEGAÇÃO DE EXCESSO DE PRAZO (10 MESES) SUPERADA. INSTRUÇÃO ENCERRADA. SENTENÇA DE PRONÚNCIA PROFERIDA. SÚMULA 21/STJ. PARECER MINISTERIAL PELA DENEGACÃO DO *WRIT*. ORDEM DENEGADA.

1. Provada a materialidade do delito e presentes fortes indícios de autoria, a real periculosidade do réu, evidenciada pelo *modus operandi* da conduta (atentar contra a vida da vítima simplesmente por ter essa mantido relacionamento amoroso com sua ex-namorada), bem como por ameaçar de morte uma das testemunhas, são razões suficientes para a decretação da prisão preventiva, garantindo a ordem pública e a conveniência da instrução criminal. Precedentes do STJ.

2. Proferida a sentença de pronúncia, resta prejudicado o argumento da impetração relativo ao excesso de prazo, pois aplica-se, na espécie, a Súmula 21 desta Corte, segundo a qual, pronunciado o réu, fica superada a alegação do constrangimento ilegal da prisão por excesso de prazo na instrução.

3. Parecer do MPF pela denegação da ordem.

4. Ordem denegada.

(HC nº 139.748/DF, Relator o Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, DJe de 3/11/2009)

HABEAS CORPUS. DUPLO HOMICÍDIO TRIPLAMENTE QUALIFICADO E DUPLO CRIME DE ROUBO CIRCUNSTANCIADO. PRISÃO PREVENTIVA. AMEAÇA A TESTEMUNHAS. DELITOS SUPOSTAMENTE COMETIDOS POR MOTIVO DE VINGANÇA, CONTRA ADOLESCENTES DE TENRA IDADE. EMPREGO DE DESMEDIDA VIOLÊNCIA,

COM REQUINTES DE CRUELDADE. MODUS OPERANDI QUE EVIDENCIA A PERICULOSIDADE CONCRETA DOS ENVOLVIDOS E JUSTIFICA A NECESSIDADE DE MANUTENÇÃO DA MEDIDA EXTREMA. PRESENÇA DE CONDIÇÕES PESSOAIS FAVORÁVEIS. CIRCUNSTÂNCIAS QUE, ISOLADAMENTE, NÃO ASSEGURAM A LIBERDADE.

1. Por força do princípio constitucional da presunção de inocência, as prisões de natureza cautelar – assim entendidas as que antecedem o trânsito em julgado da decisão condenatória – são medidas de índole excepcional, as quais somente podem ser decretadas (ou mantidas) caso venham acompanhadas de efetiva fundamentação.

2. No caso, a sua segregação foi mantida pelas instâncias ordinárias com base na informação de ameaça a testemunhas e, principalmente, no *modus operandi* em que praticado o delito, circunstância que evidencia a periculosidade concreta do paciente, justificando a restrição ao direito de liberdade.

3. Os elementos constantes nos autos aludem à existência de dois roubos duplamente circunstanciados e dois homicídios triplamente qualificados, cometidos em represália a adolescentes em tenra idade que teriam roubado um aparelho celular. Some-se a isso a brutalidade que cerca os acontecimentos (espancamento, asfixia etc), de acordo com os laudos periciais.

4. Condições pessoais favoráveis (primariedade, residência fixa e ocupação lícita), isoladamente, não asseguram ao acusado o direito de responder em liberdade.

5. Ordem denegada

(HC nº 120.471/ES, de minha relatoria, DJe de 26/10/2009)

Por fim, não há como enfrentar a alegação de que paciente não teve envolvimento no crime por demandar nítido revolvimento probatório, inviável de ser operado na via eleita, somando-se a isto que a sentença de pronúncia fora confirmada pelo Tribunal de Justiça de Santa Catarina.

Diante do exposto, não vislumbrando o alegado constrangimento, denego o *habeas corpus*.

É o voto.

***Habeas Corpus* n. 162.782, de Santa Catarina (2010/0028605-4)**

Relatora: Ministra Maria Thereza de Assis Moura

Impetrantes: Alexandre Reis de Freitas e outro

Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina

Paciente: Ademir Bell

EMENTA

HABEAS CORPUS. NULIDADE DAS INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS. MATÉRIA NÃO ENFRENTADA PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. *WRIT* NÃO CONHECIDO PELA SUPOSTA REITERAÇÃO. ACÓRDÃO EQUIVOCADO. MATÉRIAS DIVERSAS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. ORDEM DE OFÍCIO.

1. A matéria que não foi examinada pela Corte de origem não pode ser enfrentada pelo Superior Tribunal de Justiça, sob pena de indevida supressão de instância.

2. Hipótese em que o Tribunal de origem não conheceu do *writ* originário por entender que se tratava de mera reiteração do *mandamus* anterior. Contudo, o primeiro *habeas corpus* tratou da questão do poder investigatório do Ministério Público e da prisão cautelar do paciente; no segundo, a alegação é de nulidade das interceptações telefônicas. Assim, é de rigor que se conceda a ordem de ofício para determinar o julgamento do mérito do *habeas corpus* formulado perante a Corte de origem.

3. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida de ofício para determinar que o Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina examine o mérito do pedido formulado no *writ*.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça: “A Turma, por unanimidade, não conheceu do *habeas corpus*, mas, de ofício, concedeu a ordem, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora.” Os Srs. Ministros Og Fernandes e Celso Limongi (Desembargador convocado do TJ/SP) votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Haroldo Rodrigues (Desembargador convocado do TJ/CE).

Presidiu o julgamento a Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura.

Brasília, 30 de junho de 2010 (Data do Julgamento)

Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Relatora

RELATÓRIO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA (Relatora): Trata-se de *habeas corpus* impetrado em favor de ADEMIR BELL, apontando-se como autoridade coatora a Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina (HC nº 2009.051656-2).

Consta dos autos que o paciente foi denunciado pela suposta prática dos delitos tipificados nos artigos 288, 333, parágrafo único (6 vezes), ambos do Código Penal, no artigo 58, § 1º, “a”, do Decreto Lei nº 6.259/44, no artigo 2º, inc. IX, da Lei nº 1.521/51 e no art. 1º, incisos V e VII, da Lei nº 9.613/98.

Informam os impetrantes que a denúncia baseou-se em investigações oriundas da denominada “Operação Game Over”, realizadas pelo Ministério Público através do Procedimento de Investigação Criminal – PIC – nº 02/2008.

Esclarecem que o PIC nº 02/2008 foi instaurado em razão de diálogos telefônicos monitorados nos autos do PIC nº 01/2007.

Sublinham que, no decorrer das investigações, o Ministério Público formulou pedido de interceptação telefônica do terminal utilizado pelo paciente, e posteriores pedidos de prorrogação – 15 (quinze) no total –, todos deferidos pelo Juízo de primeiro grau, cujas decisões são destituídas de fundamentação.

A defesa, entendendo que “o paciente está sofrendo constrangimento ilegal, em razão de nulidade insanável no processo, porquanto amparado em interceptações telefônicas que entende clandestinas e ilegais” (fl. 414), impetrou prévio *writ*, que não foi conhecido pelo Tribunal *a quo*, sob o seguinte fundamento (fl. 415):

Verifica-se, de pronto, que o fundamento do pedido já foi submetido à apreciação desta Corte, nos autos do HC n. 2008.073318-9, do qual foi relator o ilustre Des. Torres Marques, em 13.1.2008, com a seguinte ementa:

HABEAS CORPUS. INVESTIGAÇÃO PROMOVIDA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO VISANDO A DESMANTELAR GRUPOS CRIMINOSOS RELACIONADOS AO JOGO DO BICHO E À UTILIZAÇÃO DE MÁQUINAS CAÇA-NÍQUEIS NA REGIÃO DE JARAGUÁ DO SUL.

ALEGAÇÃO DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL DIANTE DA CONDUÇÃO DA INVESTIGAÇÃO PELO ÓRGÃO ACUSADOR. PRÉRROGATIVA ASSEGURADA PELA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. PRESCINDIBILIDADE, ADEMAIS, DA EXISTÊNCIA DE INQUÉRITO CRIMINAL PARA A DEFLAGRAÇÃO DA PERSECUÇÃO PENAL. ALEGAÇÃO DE INEXISTÊNCIA DE ELEMENTOS INDICIÁRIOS DA PARTICIPAÇÃO DO PACIENTE EM CRIMES DERIVADOS DO EXERCÍCIO DESSAS ATIVIDADES ILÍCITAS. PACIENTE QUE, SEGUNDO INDÍCIOS E EVIDÊNCIAS, COMPÕE GRUPO ORGANIZADO E ESTRUTURADO QUE EXPLORA MÁQUINAS CAÇA-NÍQUEIS E JOGO DO BICHO. AÇÕES QUE NÃO SE RESUMEM AO EXERCÍCIO DOS JOGOS DE AZAR. ELEMENTOS PRIMÁ-

RIOS A INDICAR QUE O PACIENTE BUSCAVA IMPEDIR A AÇÃO POLICIAL REPRESSIVA MEDIANTE A PRÁTICA DE ATOS DE CORRUPÇÃO ATIVA E FORMAÇÃO DE QUADRI-LHA. NECESSIDADE DE MANUTENÇÃO DA SEGREGAÇÃO PARA A GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA COM O FIM DE EVITAR QUE SE COMETAM NOVOS DELITOS, ALÉM DE ACAUTELAR O MEIO SOCIAL E A CREDIBILIDADE DA JUSTIÇA.

ORDEM DENEGADA .

E, nesse caso, o presente remédio constitucional revela-se mera reite-
ração, não ensejando seu conhecimento.

DECISÃO

Diante do exposto, decidiu a Segunda Câmara Criminal, por votação
unânime, não conhecer do “writ”.

Daí o presente *mandamus*, no qual os impetrantes alegam que a interceptação telefônica, renovada sucessivamente, é ilegal, por ofensa aos artigos 2º e 5º da Lei nº 9.296/96 e aos artigos 5º, XII, e 93, IX, ambos da Constituição Federal. Neste ponto, destacam as seguintes irregularidades: “ofensa ao art. 2º, I e II, da Lei nº 9.296/96 (falta de fundamentação das decisões concessivas da interceptação telefônica originária, posteriores re-
novações e inclusão de novos terminais a serem interceptados); prorrogação de interceptação deferida após o término do prazo de 15 (quinze) dias da data da prorrogação (4º período – 30.11.2007 a 15.12.2007 – 5º período – deferido pelo Juízo de forma irregular – de 17.12.2007 a 01.01.2008); (...) trataram-se de prorrogações desarrazoadas e desproporcionais, em relação ao prazo de duração das interceptações” (fl.12).

Sustentam que, por derivação, todos os atos da Ação Penal nº 036.08.011257-4 desde o recebimento da denúncia, inclusive, são nulos.

Defendem, ainda, que se violou o princípio da razoabilidade, “pois trataram-se de prorrogações desarrazoadas e desproporcionais, em relação ao prazo de duração das interceptações” (fl. 12).

Salientam que o pedido de interceptação telefônica foi embasado tão somente em uma declaração de policial civil que sentia-se perseguido por colegas policiais, concluindo que tal procedimento foi utilizado como forma de investigação inicial sem que qualquer outra fosse sequer ventilada pelo Ministério Público.

Ressaltam que o Juízo de primeiro grau, na decisão que deferiu o pedido de interceptação, não se pronunciou “sobre o porque seriam necessárias a interceptação e do porque a prova não poderia ser obtida por outro meio” (fl. 22), não se preocupando em justificar a indispensabilidade do meio de prova.

Colacionam precedentes para reforçar suas teses (fls. 44/72).

Pretendem seja declarada a nulidade da interceptação telefônica, determinando o desentranhamento da prova ilicitamente produzida e sua subsequente inutilização e, sucessivamente, a nulidade *ab initio* da Ação Penal nº 036.08.011257-4.

A liminar foi indeferida às fls. 632/634.

Foram prestadas informações às fls. 658/673.

O Ministério Público Federal opina pelo não conhecimento do *writ* e concessão da ordem de ofício “para determinar que o TJSC aprecie o mérito do *writ* ali impetrado” (fls. 677/678).

Em consulta à página eletrônica do Tribunal de origem, constata-se que os autos da ação penal estão conclusos para sentença desde 09.12.09.

É o relatório.

VOTO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA (Relatora): Sustenta-se, no presente *habeas corpus*, a nulidade das interceptações telefônicas que originaram a ação penal a que responde o paciente.

Constata-se, desde logo, que a pretensão ora deduzida não pode ser enfrentada por esta Corte, pois não foi examinada pelo Tribunal de origem, que não conheceu do *writ* originário por entender que se tratava de mera reiteração do *mandamus* anterior. Vedada, assim, a análise da matéria pelo Superior Tribunal de Justiça, sob pena de supressão de instância. Nesse sentido:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/2006. MATÉRIA NÃO EXAMINADA PELA CORTE ESTADUAL. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. APELAÇÃO JULGADA APÓS A VIGÊNCIA DA NORMA. ACÓRDÃO ÔMISSO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL.

1. O tema que não foi examinado pelo Tribunal de origem não pode ser apreciado, agora, por esta Corte Superior de Justiça, sob pena de indevida supressão de instância.

2. Se a apelação da Defesa foi julgada quando já estava em vigor a Lei nº 11.343/2006, a Corte de origem deveria ter examinado a aplicabilidade da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, daquele diploma legal. A omissão do aresto atacado configura manifesto constrangimento ilegal, que deve ser sanado de ofício, para que o Tribunal de origem enfrente a matéria.

3. *Writ* não conhecido. Ordem concedida de ofício para determinar que o Tribunal de origem manifeste-se sobre a aplicação da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006.

(HC 106.887/MG, minha Relatoria, SEXTA TURMA, julgado em 20/04/2010, DJe 10/05/2010)

PROCESSO PENAL E PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. ESTELIONATO. ART. 171, § 2º, I, DO CP. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. REGIME

INICIAL DE CUMPRIMENTO DA SANÇÃO. QUESTÕES NÃO APRECIADAS NO *WRIT* ORIGINÁRIO. IMPOSSIBILIDADE DE ANÁLISE. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. DOSIMETRIA. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. OBSERVÂNCIA DOS CRITÉRIOS LEGAIS QUE REGEM A MATÉRIA. FUNDAMENTAÇÃO EM DADOS CONCRETOS. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. AFERIÇÃO DO *QUANTUM* ARBITRADO. IMPOSSIBILIDADE. VALORAÇÃO DO CONJUNTO PROBATÓRIO. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. DECRETO DE PRISÃO PREVENTIVA CARENTE DE FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. AUSÊNCIA DE DADOS CONCRETOS A EMBASARA CUSTÓDIA CAUTELAR. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CONFIGURADO. ORDEM PARCIALMENTE CONHECIDA E, NESSA EXTENSÃO, DEFERIDA EM PARTE.

1. Não tendo as matérias relativas à possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos e quanto à fixação do regime inicial de cumprimento da pena sido apreciadas pelo Tribunal de origem no julgamento do *habeas corpus* originário, a análise da controvérsia pelo Superior Tribunal de Justiça acarretaria indevida supressão de instância. Precedentes.
2. Eventual constrangimento ilegal na aplicação da pena, passível de ser sanado por meio de *habeas corpus*, depende, necessariamente, da demonstração inequívoca de ofensa aos critérios legais que regem a dosimetria da resposta penal, de ausência de fundamentação ou de flagrante injustiça.
3. Não se observa violação à regra legal contida nos arts. 59 e 68 do Código Penal, porque houve adequada fundamentação para a fixação da pena-base acima do mínimo legal diante da existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis com base em dados concretos.
4. Vale consignar que a legislação penal brasileira não prevê um percentual para o aumento da reprimenda básica, cabendo ao julgador, dentro de seu livre convencimento, sopesar o *quantum* a ser aumentado, levando em conta o valor estipulado no preceito secundário da norma penal.
5. A prisão preventiva é medida excepcional e deve ser decretada apenas quando devidamente amparada em fatos concretos que demonstrem a presença dos requisitos legais, em observância ao princípio constitu-

cional da presunção de inocência, sob pena de antecipar reprimenda a ser cumprida no caso de eventual condenação.

6. Não se presta a justificar a prisão preventiva a simples referência à necessidade de se resguardar a futura aplicação da lei penal desvinculada de dados concretos.

7. Embora o acórdão impugnado tenha feito referência à “contumácia do agente na empreitada delitiva”, o que, nos termos da jurisprudência do STJ, justificaria a imposição da cautela para garantia da ordem pública, não cabe ao Tribunal *a quo*, no julgamento de *habeas corpus* originário, suprir a deficiência ou ausência de fundamentação do decreto prisional.

8. Ordem parcialmente conhecida e, nessa extensão, deferida em parte para desconstituir o decreto prisional cautelar, determinando a expedição de alvará de soltura, caso o paciente não esteja preso por outro motivo, sem prejuízo de que venha a ser novamente decretada, com demonstração inequívoca de sua necessidade.

(HC 155.462/SP, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, QUINTA TURMA, julgado em 15/04/2010, DJe 10/05/2010)

RECURSO ORDINÁRIO EM *HABEAS CORPUS*. PROCESSUAL PENAL. CRIME DE ROUBO CIRCUNSTANCIADO. ALEGAÇÃO DE NULIDADE DECORRENTE DE CERCEAMENTO DE DEFESA E DE ILEGALIDADE NA DOSIMETRIA DA PENA. *HABEAS CORPUS* NÃO EXAMINADO PELO TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *WRIT* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. O pedido de nulidade por falta de intimação da defesa para oitiva de testemunhas e de ilegalidade da dosimetria da pena, ora deduzidos, não foram apreciados pelo Tribunal *a quo*, que negou conhecimento à ordem originária por entender que era inviável a análise da referida matéria, em sede de *habeas corpus*.

2. Em sendo assim, como a matéria não foi debatida na instância originária, não há como ser conhecida a impetração, diante da flagrante incompetência desta Corte Superior Tribunal de Justiça para apreciar originariamente a matéria, sob pena de supressão de instância.

3. Contudo, não há óbice ao manejo do *habeas corpus* quando a análise da legalidade do ato coator prescindir do exame aprofundado de provas, como no caso.

4. Recurso não conhecido. Concedida a ordem, de ofício, para determinar que o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo aprecie o mérito da impetração originária.

(RHC 23.194/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 15/04/2010, DJe 10/05/2010)

HABEAS CORPUS . ROUBO CIRCUNSTANCIADO. PRISÃO EM FLAGRANTE. CONDENAÇÃO. PROIBIÇÃO DE APELAR EM LIBERDADE. ALEGADA AUSÊNCIA DE FUNDAMENTOS PARA A CUSTÓDIA. MATÉRIA NÃO DEBATIDA PERANTE O TRIBUNAL DE ORIGEM. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. NÃO CONHECIMENTO.

1. A questão acerca de suposta ausência de idônea fundamentação para a subsistência da custódia provisória do paciente não merece conhecimento eis que não posta sob análise do Tribunal *a quo*, evitando-se, assim, indevida supressão de instância (Precedentes).

EXCESSO DE PRAZO. JULGAMENTO DA APELAÇÃO CONVERTIDO EM DILIGÊNCIA. AUTOS QUE JÁ RETORNARAM DA ORIGEM. CONCLUSÃO AO RELATOR. AUSÊNCIA DE LESÃO À RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO. CONSTRANGIMENTO NÃO EVIDENCIADO.

1. Não se vislumbra constrangimento por excesso de prazo tendo em vista que a prisão do paciente – autuado em flagrante no cometimento do crime de roubo circunstanciado – decorre de sentença condenatória que lhe impôs a pena de 6 anos de reclusão, já tendo os autos da apelação criminal retornado da Comarca de origem para seu reinterrogatório, encontrando-se conclusos ao Relator há dois meses.

2. Ordem parcialmente conhecida e, nesta parte, denegada.

(HC 136.704/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 06/04/2010, DJe 19/04/2010)

PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. ROUBO CIRCUNSTANCIADO E TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. PRISÃO EM

FLAGRANTE. EXCESSO DE PRAZO NA FORMAÇÃO DA CULPA. PREJUDICIALIDADE. SUPERVENIÊNCIA DE SENTENÇA CONDENATÓRIA. CERCEAMENTO DE DEFESA. ADITAMENTO. MATÉRIA NÃO ANALISADA PELA INSTÂNCIA ORDINÁRIA. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. CUSTÓDIA CAUTELAR. MATÉRIA SUPERADA PELO TRÂNSITO EM JULGADO DA CONDENAÇÃO. ORDEM PARCIALMENTE CONHECIDA E, NESSA EXTENSÃO CONCEDIDA.

1. A alegação de excesso de prazo na formação da culpa resta prejudicada em face da superveniência da sentença condenatória.
2. O trânsito em julgado da condenação prejudica o pedido de revogação da custódia cautelar.
3. A ausência de análise de matéria pela instância ordinária impede o conhecimento pelo Superior Tribunal de Justiça, sob pena de indevida supressão de instância.
4. Atendidos os requisitos do art. 33, § 2º, *b*, do CP, faz jus o paciente à fixação do regime semiaberto para início de cumprimento de pena.
5. Ordem parcialmente conhecida e, nessa extensão, concedida apenas para fixar o regime semiaberto para cumprimento de pena.

(HC 104.162/SP, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, QUINTA TURMA, julgado em 06/04/2010, DJe 03/05/2010)

Constata-se, todavia, a existência de constrangimento ilegal a ser sanado de ofício, tal como sugerido no parecer do *parquet* federal, pois, ao contrário do que constou do aresto atacado, o pedido ali formulado (HC nº 2009.051.1656-2) não é idêntico ao deduzido no HC nº 2008.073318-9.

Na verdade, o primeiro *habeas corpus* tratou da questão do poder investigatório do Ministério Público e da prisão cautelar do paciente (HC nº 2008.073318-9), matéria que deu origem, nesta Corte, ao HC nº 127.075/SC, no qual indeferi a liminar em 10.02.09, estando pendente o julgamento do mérito.

No segundo *writ* (HC nº 2009.051.1656-2), a alegação é de nulidade decorrente da interceptação telefônica, razão pela qual deveria a Corte estadual ter apreciado o seu mérito.

Assim, é de rigor que se conceda a ordem de ofício para determinar o julgamento do mérito do *habeas corpus* formulado perante a Corte de origem.

Diante do exposto, não conheço do *habeas corpus*, mas concedo a ordem de ofício para determinar que o Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina examine o mérito do pedido formulado no HC nº 2009.051.1656-2.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL

Recurso Especial n. 1.149.427, de Santa Catarina (2009/0136058-2)

Relator: Ministro Luiz Fux

Recorrente: Paulo Afonso Evangelista Vieira

Advogados: Murilo Rezende Salgado e outro

Recorrido: Ministério Público do Estado de Santa Catarina

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. LEI 8.429/92. RESSARCIMENTO DE DANO ERÁRIO. AUSÊNCIA DE DANO E DE MÁ-FÉ (DOLO). APLICAÇÃO DAS PENALIDADES. PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL NÃO DEMONSTRADA. VIOLAÇÃO AO ART. 535 DO CPC. INOCORRÊNCIA.

1. O caráter sancionador da Lei 8.429/92 é aplicável aos agentes públicos que, por ação ou omissão, violem os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade e lealdade às instituições e notadamente: a) importem em enriquecimento ilícito (*art. 9º*); b) causem prejuízo ao erário público (*art. 10*); c) atentem contra os princípios da Administração Pública (*art. 11*) compreendida nesse tópico a lesão à moralidade administrativa.

2. A exegese das regras insertas no art. 11 da Lei 8.429/92, considerada a gravidade das sanções e restrições impostas ao agente público, deve ser realizada *cum granu salis*, máxime porque uma interpretação ampliativa poderá acoimar de ímprobas condutas

meramente irregulares, suscetíveis de correção administrativa, posto ausente a má-fé do administrador público, preservada a moralidade administrativa e, *a fortiori*, ir além de que o legislador pretendeu.

3. A *má-fé*, consoante cediço, é premissa do ato ilegal e ímprobo e a ilegalidade só adquire o *status* de improbidade, quando a conduta antijurídica fere os princípios constitucionais da Administração Pública, coadjuvados pela *má-intenção* do administrador.

4. Destarte, o elemento subjetivo é essencial à caracterização da improbidade administrativa, à luz da natureza sancionatória da Lei de Improbidade Administrativa, o que afasta, dentro do nosso ordenamento jurídico, a responsabilidade objetiva. Precedentes: Resp 654.721/MT, Primeira Turma, julgado em 23/06/2009, Dje 01/07/2009; REsp 604.151/RS, Primeira Turma, DJ de 08/06/2006.

5. In casu, a ausência de dano ao patrimônio público e de enriquecimento ilícito do demandado, consoante assentado pelo tribunal local à luz do contexto fático encartado nos autos, revelam a desproporcionalidade da sanção imposta à parte, ora recorrente, *máxime porque não restou afirmada a má-fé do agente público*.

6. Deveras, o fato objeto da ação operou-se por via normativa, tendo como escopo reorganização administrativa. É que trata-se de Ação Civil Pública ajuizada pelo Ministério Público do Estado de Santa Catarina contra o ex-governador do Estado, sob a acusação de prática de improbidade administrativa durante o mandato. Alegou o *parquet*, em suma, que o réu remanejara e transformara cargos da antiga estrutura administrativa do Estado por meio de Decretos. Ressaltou que o ex-governador do Estado de Santa Catarina, visando reformar a estrutura administrativa do

Poder Executivo e dos entes da Administração Indireta, elaborou projeto de lei, através do qual propôs *profundas transformações na concepção dos cargos e funções, inclusive em relação aos cargos comissionados* (fl. 9).

7. A ausência da categorização do dolo está em que, o recorrente, seguindo orientação da Secretaria de Administração do Estado, remanejou cargos, e, se o fez equivocadamente, agiu com inépcia. É o que se colhe das razões do acórdão recorrido e do voto vencido.

8. Deveras, é cediço que não se enquadra nas espécies de improbidade o administrador inepto. Precedente: REsp 734984/SP, Rel. Ministro JOSÉ DELGADO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 18/12/2008, Dje 16/06/2008.

9. A admissão do recurso especial pela alínea “c” exige a comprovação do dissídio na forma prevista pelo RISTJ, com a demonstração das circunstâncias que assemelham os casos confrontados, não bastando, para tanto, a simples transcrição das ementas dos paradigmas. Precedente desta Corte: AgRg nos EREsp 554.402/RS, CORTE ESPECIAL, DJ 01.08.2006 .

10. O artigo 535 do CPC resta incólume quando o tribunal de origem, embora sucintamente, pronuncia-se de forma clara e suficiente sobre a questão posta nos autos. Ademais, o magistrado não está obrigado a rebater, um a um, os argumentos trazidos pela parte, desde que os fundamentos utilizados tenham sido suficientes para embasar a decisão.

11. Recurso especial provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, os Ministros da PRIMEIRA TURMA do Superior Tribunal de Justiça acordam, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, dar provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Teori Albino Zavascki, Arnaldo Esteves Lima, Benedito Gonçalves e Hamilton Carvalhido votaram com o Sr. Ministro Relator.

Assistiu ao julgamento o Dr. MÁRCIO LUIZ FOGAÇA VICARI, pela parte RECORRENTE: PAULO AFONSO EVANGELISTA VIEIRA.

Brasília (DF), 17 de agosto de 2010 (Data do Julgamento)

MINISTRO LUIZ FUX, Relator

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO LUIZ FUX (Relator): Trata-se de recurso especial interposto por PAULO AFONSO EVANGELISTA VIEIRA, com fulcro no artigo 105, III, alíneas “a” e “c”, do permissivo constitucional, em face do acórdão prolatado pelo Tribunal de Justiça de Santa Catarina, assim ementado:

ADMINISTRATIVO – IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – EX-GOVERNADOR – VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DA LEGALIDADE, MORALIDADE E IMPESSOALIDADE

1 “Violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma qualquer. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra” (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo . 16 ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 818).

2 A transformação de cargos mediante decreto do Poder Executivo Estadual, com vistas a remanejar e realocar servidores públicos ocupantes de cargos comissionados, se não implica enriquecimento ilícito ou danos ao erário, sem sombra de dúvidas afronta os princípios da legalidade, moralidade e impessoalidade que devem nortear os atos de todo administrador público.

IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – GRADUÇÃO DAS SANÇÕES – PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE.

1 Na aplicação das sanções inscritas na Lei n. 8.429/92 o juiz deve louvar-se no princípio da proporcionalidade, evitando punições desarrazoadas, que não guardem relação com a gravidade e a lesividade do ato praticado, sem descuidar, contudo, dos imperativos constitucionais que apontam para a necessidade de rigor no combate aos atos de improbidade administrativa.

Essa orientação se amolda aos princípios de justiça e permite uma adequação das reprimendas às circunstâncias subjetivas do agente e ao dano – material ou moral – efetivamente causado, sem que descambe para a impunidade ou o descrédito do diploma de repressão da imoralidade e improbidade administrativa.

2 Ao decidir pela aplicação isolada ou conjunta das penalidades estabelecidas na Lei 8.492/92, art. 12, I, II e III, o juiz independentemente da estima pecuniária, deve

estar atento à intensidade da ofensa aos valores sociais protegidos pela ordem jurídica e às circunstâncias peculiares do caso concreto, dentre elas, o grau de dolo ou culpa com o que se houve o agente, seus antecedentes funcionais e sociais e as condições especiais que possam ensejar a redução da reprovabilidade social, tais como, aspectos culturais, regionais e políticos, contexto social, necessidade orçamentária, priorização de determinados atos, clamor da população, conseqüências do fato, etc.

Cuidam os autos, originariamente, de Ação Civil Pública ajuizada pelo Ministério Público do Estado de Santa Catarina contra o ex-governador do Estado, sob a acusação de prática de improbidade administrativa durante o mandato. Alegou o *parquet*, em suma, que o réu remanejara e transformara cargos da antiga estrutura administrativa do Estado por meio de Decretos.

Em sua petição inicial, o Ministério Público ressalta que o ex-governador do Estado de Santa Catarina, visando reformar a estrutura administrativa do Poder Executivo e dos entes da Administração Indireta, elaborou projeto de lei, através do qual propôs *profundas transformações na concepção dos cargos e funções, inclusive em relação aos cargos comissionados* (fl. 9). Segundo consta da peça inicial, a Lei 9.831/95, resultado da proposta acima mencionada, criou uma nova estrutura administrativa para cada órgão e para cada ente da Administração Direta e Indireta. Para o autor da Ação Civil Pública, *a mens legis era, portanto, extinguir todos os demais cargos existentes, exceto as funções de confiança relacionadas nos Anexos III, X-A, X-C e X-E da Lei nº 8.240/91* (que anteriormente regulava a matéria). Ainda de acordo com *parquet*, o réu, PAULO AFONSO EVANGELISTA VIEIRA, após a aprovação e implantação de referida reforma, passou a remanejar e transformar cargos comissionados extintos pela reforma administrativa, por meio de decretos. Confira-se trecho da petição inicial da Ação Civil:

Assim, além de todos os cargos em comissão criados pela Lei estadual nº 9.831/95, o demandado, tentando brindar os seus apaniguados com cargos no seio da Administração Estadual a despeito das regras de ingresso no serviço público, proveu cargos comissionados que não mais existiam no organograma do Estado Catarinense. (fl. 10)

(...)

Impossível não se considerar extintos os cargos comissionados da estrutura anterior indevidamente pelo réu. Como se vê, a Lei nº 9.831/95 desenhou uma nova estrutura para cada um dos órgãos da Administração Estadual, entre eles o DEOH. Não sendo crível que o legislador objetivava manter duas estruturas de cargos comissionados para uma mesma entidade, inclusive cargos com a mesma denominação (...) (fl. 15)

Sobreveio sentença de procedência da ação, em que se considerou ter a Lei 9.831 reorganizado *de modo inteiramente diverso a estrutura de cargos do Poder Executivo do estado, deitando abaixo o quanto existisse até então e que expressamente não tivesse excepcionado* (fl. 1372). Concluiu o

sentenciante o seguinte: *Em ambos os pontos – do aproveitamento de cargos extintos, porque integrantes de estrutura administrativa que o réu desejou alterar e alterou, efetivamente, por lei de sua iniciativa, bem como da transformação e provimento de cargos via decreto –, pois, se vê que o réu esbarrou na Lei de Improbidade, como sustenta o autor, porque efetivamente praticou a conduta descrita no art. 10, caput, da Lei de Improbidade (fl. 1377).* Houve condenação do réu ao ressarcimento do dano causado; ao pagamento de multa civil de valor igual ao dano; à perda da função pública que exercia; suspensão de direitos políticos por cinco (5) anos e proibindo-o de contratar com o Poder Público ou dele receber benefícios, também pelo prazo de cinco (5) anos.

Irresignado, o réu interpôs recurso de apelação alegando, em síntese, a ilegitimidade ativa do Ministério Público para Ação Civil visando o ressarcimento de danos e cerceamento de defesa. Salientou ser nulo o processo, uma vez que o contraditório e ampla defesa foram respeitados tão somente em relação ao autor da ação, não tendo sido aberta oportunidade para manifestar-se acerca da petição e de documentos juntados pelo Estado na qualidade de litisconsorte. No mérito, asseverou que os Decretos não criaram cargos, mas simplesmente adequaram sua nomenclatura ao disposto na Lei 9.831/95. Defendeu a inexistência de dano ao erário e dolo em suas ações.

Parecer da Procuradoria-Geral de Justiça do Estado de Santa Catarina pelo desprovimento da apelação e manutenção da sentença de procedência.

Em julgamento da apelação, o Tribunal de Justiça, por maioria, deu parcial provimento ao recurso, nos termos da ementa acima transcrita. Conclui o acórdão pela legitimidade do Ministério Público para Ação Civil que visa o ressarcimento de prejuízo ao erário (fl. 1489). Afastou a alegação de violação ao contraditório e ampla defesa, ressaltando que a falta de manifestação sobre o ingresso do Estado de Santa Catarina no feito

não causara prejuízo ao réu/apelante (fl. 1490). No mérito, aduziu, em suma, que *se a Lei n. 9.831/95 entrou em vigor para empreender a reforma administrativa no Poder Executivo Estadual, seria lógico concluir que o legislador pretendia a implantação de uma estrutura organizacional inteiramente nova, de modo a reformular totalmente o organograma da Administração do Estado* (fl. 1493). Acrescentou que *a transformação e o provimento dos cargos via decreto extrapolou a competência do ex-governador, violando o disposto na Constituição Estadual e Federal e princípios que devem reger a Administração Pública, pouco importando a indagação acerca dos danos ao erário* (fl. 1494). Decidiu o acórdão pelo afastamento da condenação de ressarcimento integral do dano; reduziu o valor da multa civil e o prazo de suspensão dos direitos políticos imposta; reduziu, ainda, o prazo da proibição de contratação com o Poder Público e de recebimento de benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios.

Foram interpostos embargos de declaração pelo apelante, que restaram desacolhidos. Ementa:

PROCESSUAL CIVIL – CONTRADIÇÃO – INOCORRÊNCIA – REDISCUSSÃO.

Os embargos de declaração não têm a finalidade de restaurar a discussão da matéria decidida com o propósito de ajustar o decisum ao entendimento sustentado pelo embargante. A essência desse procedimento recursal é a correção de obscuridade, contradição ou omissão do julgado, não se prestando à nova análise do acerto ou justiça deste, mesmo que a pretexto de prequestionamento.

Por meio do recurso especial sob julgamento alega-se violação ao artigo 535, II do Código de Processo Civil, por ter o acórdão se negado a responder os prequestionamentos formulados em sede de embargos de declaração. Após, o recorrente assevera que *a questão fundamental, objeto do presente Recurso Especial é a exigibilidade, ou não, de dolo ou culpa para configurar ilícito de improbidade enquadrável no art. 11, da Lei 8.426/92.*

Alega violação ao artigo 11 da Lei 8.429/92. Sustenta a existência de divergência jurisprudencial.

Contrarrazões às fls. 1563/1569.

Parecer do Ministério Público Federal pelo desprovimento do recurso especial.

RECURSO ESPECIAL. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS QUE REGEM A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. SANÇÕES DA LEI DE IMPROBIDADE. DESPROVIMENTO DO RECURSO.

- Parecer pelo improvimento.

Ressaltou o MPF, quanto ao mérito, *que há nos autos prova cabal da ilegalidade imputada ao réu, sendo incontroversa, consoante delimitado pela análise fática soberanamente realizada pela Corte de origem (fl. 1448)*. Acrescentou que *o art. 21, da Lei de Improbidade admite a aplicação das sanções independente de dano material, ou seja, da efetiva ocorrência de dano ao patrimônio público, pois prevalece a regra que autoriza a responsabilização do agente pelas conseqüências de lesão à moralidade administrativa*.

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO LUIZ FUX (Relator): Prima facie, o recurso não reúne condições de admissibilidade, com base na alínea “c”, ante a ausência de cumprimento dos requisitos insertos no artigo 255, do RISTJ. Isso, porque a admissão do recurso especial pela alínea “c” exige a comprovação do dissídio na forma prevista pelo RISTJ, com a demonstração das circunstâncias que assemelham os casos confrontados, não bastando, para tanto, a simples transcrição das ementas dos paradigmas. Sob esse enfoque manifestou-se a Corte Especial, verbis:

PROCESSUAL CIVIL. RESP. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. AGRAVO REGIMENTAL. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL NÃO DEMONSTRADO. AUSÊNCIA DE SIMILITUDE FÁTICA.

1. Divergência não demonstrada na forma preconizada pelo art. 266, § 1º, c/c o art. 255, § 2º, do RISTJ. Ausência do cotejo analítico dos arestos confrontados de forma a caracterizar o dissídio jurisprudencial.
2. “Não há divergência de tese jurídica quando os arestos decidem questões distintas” (ERESP n. 123.660/PR, relatora Ministra Eliana Calmon).
3. Agravo regimental improvido. (AgRg nos EREsp 554.402/RS, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, CORTE ESPECIAL, julgado em 07.06.2006, DJ 01.08.2006 p. 331)

Nada obstante, o recurso reúne condições de admissibilidade pela alínea “a”, do permissivo constitucional, uma vez que os dispositivos legais resultaram efetivamente prequestionados.

No que tange à alegação de violação ao artigo 535 do CPC, não merece prosperar o recurso.

Deveras, verifica-se que não restou configurada afronta ao mencionado artigo, uma vez que o tribunal de origem, embora sucintamente, pronunciou-se de forma satisfatória sobre a questão posta nos autos. Houve, de fato, suficiente fundamentação das decisões consignadas no acórdão, ainda que tenham sido contrárias aos pedidos do recorrente.

Saliente-se, ademais, que o magistrado não está obrigado a rebater, um a um, os argumentos trazidos pela parte, desde que os fundamentos utilizados tenham sido bastante para embasar a decisão, como de fato ocorreu na hipótese dos autos.

Neste sentido, o seguinte precedente desta Corte:

AÇÃO DE DEPÓSITO. BENS FUNGÍVEIS. ARMAZÉM GERAL. GUARDA E CONSERVAÇÃO. ADMISSIBILIDADE DA AÇÃO. PRISÃO CIVIL. CABIMENTO. ORIENTAÇÃO DA TURMA. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. INOCORRÊN-

CIA. RECURSO ESPECIAL. ENUNCIADO N. 7 DA SÚMULA/STJ. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. PROCESSO EXTINTO SEM JULGAMENTO DE MÉRITO. APLICAÇÃO DO § 4º DO ART. 20, CPC. EQÜIDADE. RECURSO DO BANCO PROVIDO. RECURSO DO RÉU DESACOLHIDO.

(...)

III - Não padece de fundamentação o acórdão que examina suficientemente todos os pontos suscitados pela parte interessada em seu recurso. E não viola o art. 535-II o aresto que rejeita os embargos de declaração quando a matéria tida como omissa já foi objeto de exame no acórdão embargado.

(...)

(REsp 396.699/RS, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJ 15/04/2002).

Como de sabença, não é função dos embargos declaratórios rediscutir a demanda, cuja função é tão somente corrigir eventuais omissões essenciais à solução da lide, contradições ou obscuridades.

Assim, constata-se que não houve vulneração ao artigo 535 do Código de Processo Civil, mas tão somente decisão contrária aos interesses do recorrente, o que de forma alguma significa *error in iudicando*.

Noutro giro, é de sabença o carácter sancionador da Lei 8.429/92 aplicável aos agentes públicos que, por ação ou omissão, violem os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, lealdade às instituições e notadamente: a) importem em enriquecimento ilícito (*art. 9º*); b) causem prejuízo ao erário público (*art. 10*); c) atentem contra os princípios da Administração Pública (*art. 11*) compreendida nesse tópico a lesão à moralidade administrativa.

A exegese das regras insertas no artigo 11 da Lei 8.429/92, considerada a gravidade das sanções e restrições impostas ao agente público, deve ser realizada *cum granu salis*, máxime porque uma interpretação ampliativa poderá acoimar de ímprobas condutas meramente irregulares, suscetíveis de

correção administrativa, posto ausente a má-fé do administrador público e preservada a moralidade administrativa e, *a fortiori*, ir além do que o legislador pretendeu.

A má-fé, consoante cediço, é premissa do ato ilegal e ímprobo e a ilegalidade só adquire o *status* de improbidade quando a conduta antijurídica fere os princípios constitucionais da Administração Pública *coadjuvados pela má-intenção do administrador*.

Sob o *thema*, doutrina José Afonso da Silva, *in* Curso de Direito Constitucional Positivo, 24 ed., São Paulo, Malheiros Editores, 2005, p-669, *litteris*:

A probidade administrativa é uma forma de moralidade administrativa que mereceu consideração especial da Constituição, que pune o ímprobo com a suspensão de direitos políticos (art. 37, §4º). A probidade administrativa consiste no dever de o “funcionário servir a Administração com honestidade, procedendo no exercício das suas funções, sem aproveitar os poderes ou facilidades delas decorrentes em proveito pessoal ou de outrem a quem queira favorecer”. O desrespeito a esse dever é que caracteriza a improbidade administrativa. Cuida-se de uma imoralidade administrativa qualificada. A improbidade administrativa é uma imoralidade qualificada pelo dano ao erário e correspondente vantagem ao ímprobo ou a outrem.

(...)

A improbidade é tratada ainda com mais rigor, porque entra no ordenamento constitucional como causa de suspensão dos direitos políticos do ímprobo (art. 15, V, que já comentamos), conforme estatui o art. 37, § 4º, *in verbis*: “Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível (...)”. p. 669

In casu, o Juiz de Direito da Vara da Fazenda Pública da Capital, em Florianópolis / SC, julgou procedente o pedido para condenar o ora recor-

rente nas seguintes sanções: ressarcimento do dano causado; pagamento de multa civil de valor igual ao dano; perda da função pública; suspensão dos direitos políticos por 5 (cinco) anos e proibição de contratar com o Poder Público ou receber dele benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de cinco anos (sentença de fls. 1371/1381).

O Tribunal local, revisitando os fatos que nortearam o ato acoimado de improbidade, deu *parcial provimento* ao recurso de apelação, para *afastar* a condenação de ressarcimento do dano causado; *reduzir* o valor da multa civil para duas vezes o subsídio por ele percebido à época dos fatos; *reduzir* a suspensão dos direitos políticos para o prazo de três anos; *reduzir* a proibição de contratar com o Poder Público ou receber dele benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios para o prazo de três anos consoante se infere do voto condutor (fls. 1476/1520).

O acórdão reformador, por maioria, concluiu pela prática da improbidade, não esclarecendo, a contento, acerca da existência do elemento subjetivo, dolo ou má-fé. Confira-se trecho do voto sobre o assunto:

O acusado afirma que não houve dolo de sua parte ou prejuízo ao erário, a uma porque não descumpriu a legislação aplicável à espécie, e a duas porque ainda que se considerassem irregulares os provimentos dos referidos cargos, os servidores trabalharam normalmente, contribuindo, pois, para o funcionamento da máquina pública.

(...)

Por fim, no que concerne à alegação de falta de dolo na conduta do acusado, não lhe assiste razão.

Ora, é inconcebível que aquele que foi eleito pela população para bem administrar o Estado e que tinha o dever de atuar segundo os princípios da moralidade, legalidade e eficiência, não tivesse conhecimento da ilicitude ou ao menos da imoralidade dos atos que estava praticando. Noutros termos, ao se valer de decretos para remanejar os servidores comissionados, transformando e renomeando os cargos por eles ocupa-

dos, que tinham sido extintos pela Lei n. 9.831/95, o réu, sem sombra de dúvidas, tinha ciência da irregularidade que estava praticando.

Ainda que assim não fosse, há abalizado entendimento jurisprudencial no sentido de que *a prova inequívoca do dolo é dispensável para configurar a improbidade administrativa*, notadamente quando o ato praticado se enquadra na tipificação do art. 11 da Lei n. 8.429/92, ou seja, quando há ofensa clara aos princípios que devem reger a Administração Pública.

Mais adiante, ao tratar da fixação e gradação das penas pela prática da improbidade, o acórdão recorrido se manifesta da seguinte maneira, confirmando, uma vez mais, a falta de clareza no que diz respeito à má-fé do agente na prática dos atos em questão:

É possível, ante a multifária atividade do agente público, ocorrer fato enquadrável como improbidade administrativa sem, contudo, trazer repercussão social que possa reclamar uma resposta do Estado com a gravidade, por exemplo, da perda de função ou suspensão dos direitos políticos. Não raras vezes, mais que desonesto, o agente público é disidioso, incauto, ou simplesmente teimoso.

Nessa linha de raciocínio, é factível de ocorrência a hipótese em que o dano ao erário é mínimo ou até inexistente e, do mesmo modo, a ilegalidade ou a afetação à moralidade administrativa não configura ofensa grave aos valores sociais protegidos pela ordem jurídica. Isso pode se dar por vários fatores. Dentre eles, podem ser destacados a intensidade do dolo ou culpa com que se houve o agente e as circunstâncias especiais que possam ensejar a redução da reprovabilidade social, tais como, aspectos culturais, regionais e políticos, contexto social, necessidade orçamentária, priorização de determinados atos, clamor da população, intempéries, conseqüências do fato, etc. (fl. 1506).

Por sua vez, do voto vencido, colhe-se as seguintes declarações (fls. 1521/1523):

Divergi da douta maioria, por não vislumbrar na conduta do então Governador Paulo Afonso Evangelista Vieira o necessário dolo, exigência para o enquadramento no tipo do art. 11 da Lei. n. 8.429/92 (Resp n. 658.415, Min. Eliana Calmon).

Aliás, não se pode presumir o dolo objetivamente.

Assim, não posso compartilhar do entendimento da douta maioria no sentido de que “aquele que foi eleito pela população para bem administrar o Estado e que tinha o dever de atuar segundo os princípios da moralidade, legalidade e eficiência, não tivesse conhecimento da ilicitude ou ao menos da imoralidade dos atos que estava praticando. Noutros termos, ao se valer de decretos para remanejar os servidores comissionados, transformando e renomeando os cargos por eles ocupados, que tinham sido extintos pela Lei n. 9.831/95, o réu, sem sombra de dúvidas, tinha ciência da irregularidade que estava praticando” (pag.19 do acórdão).

É que os autos revelam que os Decretos impugnados não foram concebidos do nada.

Houve, por parte da administração da época, minucioso estudo sobre a matéria, concluindo pela existência de cargos comissionados disponíveis, consideradas as diversas leis de criação e extinção. Tanto é assim, que em resposta à diligência do TCU, os Gerentes da GEORC e GEIMP, o Analista Técnico Adm. II, a Diretora de Administração de Recursos Humanos e o Secretário de Estado da Administração do Governo do Estado, reafirmaram que foi detectada administrativamente a disponibilidade de cargos, o que justificou a expedição dos decretos ora censurados (fls. 200/2005).

Aliás, a decisão do Tribunal de Contas esposando orientação contrária é fruto de interpretação e não de constatação objetiva. Diz o Tribunal de Contas, em auditoria especial (fls. 220/234): “Segundo argumenta a Secretaria de Estado de Administração, nem todas as Leis acima referidas inseriram os cargos comissionados providos nos anexos da Lei n. 8.240/91, como é o caso das Leis n. 8.504/91; LC n. 62/92; LC n.70/92; n. 8.540/92; LC n. 91/93; n. 9.131/93; n. 9.429/94; n. 9.496/94; n. 9.499/94; n. 9.500/94 e 9.645/94, permanecendo, em função disto, intacta a criação dos respectivos cargos e consecutiva existência.

“Acerca deste arazoamento descrito pela referida Secretaria, entendemos que muito embora o legislador não tenha empregado literalmente nas Leis n. 8.504/91 (art. 1º); LC n. 62/92 (art. 11); n. 8540/92 (art. 3º); LC n. 91/93 (art. 4º); 9.429/94 (art. 5º); n. 9.496/94 (art. 1º); n. 9.499/94 (art. 2º); n. 9.500/94 (art. 1º) e n. 9.645/94 (art. 1º) a expressão: ‘criados e incluídos nos anexos constantes da Lei n. 8.240/91’, era

esse o seu intuito quando mencionou que os cargos criados deveriam ser inseridos na estrutura organizacional do órgão.

Ora, se os cargos comissionados criados foram inseridos na estrutura organizacional do órgão e se esta estrutura está discriminada nos anexos do art. 24 da Lei n. 8.240/91, fica caracterizado que os mesmos foram extintos por força do art. 116, §1º, da Lei n. 9.831 de 17 de fevereiro de 1995 [...]” (fls. 221).

O próprio Ministério Público, em parecer lançado às fls. 301/303, deixa assentado: “Em reexame, a Corte de Contas do Estado discordou das conclusões da Secretaria sustentando que, embora vários cargos tenham sido extintos e criados pelas diversas leis que menciona, sem fazer referência expressa de sua inclusão dos respectivos cargos nos anexos da Lei n. 8.240/91, à evidência que era essa a intenção do legislador ao mencionar que os cargos criados deveriam ser inseridos na estrutura organizacional do órgão.

“Sustenta, por igual, que alguns cargos apontados como remanescentes se referem a Secretarias extintas pelo art. 109 da Lei n. 9.821/95”.

“Conclui o relatório que o preenchimento dos cargos comissionados ‘ditos remanescentes’ implicou descumprimento da legislação vigente, caracterizando contratação direta de mão-de-obra, em contradição com a Constituição Federal (fls. 145), relacionando os 152 cargos irregulares” (fl. 302).

A toda evidência que o Governador não poderia ser responsabilizado pelo simples fato de acatar a orientação do corpo técnico administrativo da Secretaria da Administração que, ademais, reafirma a existência desses cargos comissionados, considerados pelo TCE como extintos.

Ausente o dolo, aliás, seguindo o Governador, que não é e nem pode ser onipresente, a orientação da Secretaria da Administração, não há como responsabilizá-lo como mentor de ato de improbidade.

A ação, ao meu sentir, improcede.

Oportuna a colação de trechos da manifestação apresentada pela Procuradoria do Estado do Paraná, quando chamada ao feito, acerca *da devolução da verba recebida pelos ocupantes dos cargos em comissão* objeto da ação (fls. 669/671):

Contudo, em relação às conseqüências da anulação, em nada serão afetados os interesses dos ex-ocupantes dos cargos em questão. Estes, por não ocuparem mais o cargo, não terão que deixá-lo e, portanto, nenhuma conseqüência lhes advirá da anulação.

E, como não há na presente data - ao menos essa prova não consta dos autos - sequer um servidor que ocupe vaga oriunda dos alegados cargos remanescentes da antiga estrutura ou daqueles que foram alterados pelos Decretos de que se busca a invalidação, lógica pura, pode-se afirmar, com segurança, não haverá prejudicados, e, não os havendo, também não há interessados em co-litigarem como sujeitos passivos da demanda.

É que, segundo acórdão do Superior Tribunal de Justiça, informado pelo próprio réu, não há razão para a devolução das quantias recebidas pelos servidores que ocuparam tais cargos. Os servidores são terceiros de boa-fé e prestaram o serviço para o qual foram admitidos. Colhe-se: (...)

Em suma: A considerar, em tese, o entendimento exposto no citado acórdão, se nem o réu estaria obrigado a devolver as quantias gastas com vencimentos de tais servidores, muito menos estes, estariam a tal obrigados. E isto pela singela razão de que houve a prestação dos serviços.

Deveras, in casu, a ausência de dano ao patrimônio público e de enriquecimento ilícito do demandado, consoante assentado pelo tribunal local à luz do contexto fático encartado nos autos, revelam a desproporcionalidade da sanção imposta à parte, ora recorrente, máxime porque não restou afirmada com clareza a má-fé do agente público, ora recorrente.

O elemento subjetivo se mostra essencial à caracterização da improbidade administrativa, à luz da natureza sancionatória da Lei de Improbidade Administrativa, o que afasta, dentro do nosso ordenamento jurídico, a responsabilidade objetiva.

Sob esse enfoque, confirmam-se, à guisa de exemplo, julgados desta Corte:

ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. RECURSOS ESPECIAIS. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. LEI 8.429/92. CONTRATAÇÃO E MANUTENÇÃO DE PESSOAL SEM A REALIZAÇÃO DE CONCURSO PÚBLICO. AUSÊNCIA DE

DOLO E DE PREJUÍZO AO ERÁRIO. ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA NÃO CONFIGURADO.

RECURSOS PROVIDOS.

1. “A improbidade administrativa consiste na ação ou omissão intencionalmente violadora do dever constitucional de moralidade no exercício da função pública, tal como definido por lei” (Marçal Justen Filho in Curso de Direito Administrativo, 3ª ed. rev. e atual., São Paulo: Saraiva, 2008, p. 828).
2. Para que se configure a improbidade, devem estar presentes os seguintes elementos: o enriquecimento ilícito, o prejuízo ao erário e o atentado contra os princípios fundamentais (legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência).
3. O ato de improbidade, na sua caracterização, como de regra, exige elemento subjetivo doloso, à luz da natureza sancionatória da Lei 8.429/92.
4. No caso dos autos, as instâncias ordinárias afastaram a existência de dolo, bem como de prejuízo ao erário, razão por que não há falar em ocorrência de ato de improbidade administrativa.
5. Recursos especiais providos.

(REsp 654721/MT, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 23/06/2009, DJe 01/07/2009)

ADMINISTRATIVO. IMPROBIDADE. LEI 9.429/92, ART. 11. DESNECESSIDADE DE OCORRÊNCIA DE PREJUÍZO AO ERÁRIO. EXIGÊNCIA DE CONDUTA DOLOSA.

1. A classificação dos atos de improbidade administrativa em atos que importam enriquecimento ilícito (art. 9º), atos que causam prejuízo ao erário (art. 10) e atos que atentam contra os princípios da Administração Pública (art. 11) evidencia não ser o dano aos cofres públicos elemento essencial das condutas ímprobadas descritas nos incisos dos arts. 9º e 11 da Lei 9.429/92. Reforçam a assertiva as normas constantes dos arts. 7º, caput, 12, I e III, e 21, I, da citada Lei.
2. Tanto a doutrina quanto a jurisprudência do STJ associam a improbidade administrativa à noção de desonestidade, de má-fé do agente público. Somente em hipóteses excepcionais, por força de inequívoca disposição legal, é que se admite a configuração de improbidade por

ato culposo (Lei 8.429/92, art. 10). O enquadramento nas previsões dos arts. 9º e 11 da Lei de Improbidade, portanto, não pode prescindir do reconhecimento de conduta dolosa.

3. Recurso especial provido.

(REsp 604151/RS, Rel. Ministro JOSÉ DELGADO, Rel. p/ Acórdão Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA TURMA, julgado em 25/04/2006, DJ 08/06/2006 p. 121)

Destarte, a ausência da categorização do dolo está em que, o recorrente, seguindo orientação da Secretaria de Administração do Estado, remanejou cargos, e, se o fez equivocadamente, agiu com inépcia. É o que se colhe das razões do acórdão recorrido e do voto vencido.

Deveras, é cediço que não se enquadra nas espécies de improbidade o administrador inepto. Neste sentido precedente da Primeira Turma deste Tribunal:

RECURSO ESPECIAL. ADMINISTRATIVO. AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. LEI 8.429/92. AUSÊNCIA DE DOLO. IMPROCEDÊNCIA DA AÇÃO.

1. O ato de improbidade, na sua caracterização, como de regra, exige elemento subjetivo doloso, à luz da natureza sancionatória da Lei de Improbidade Administrativa.
2. A legitimidade do negócio jurídico e a ausência objetiva de formalização contratual, reconhecida pela instância local, conjura a improbidade.
3. É que “o objetivo da Lei de Improbidade é punir o administrador público desonesto, não o inábil. Ou, em outras palavras, para que se enquadre o agente público na Lei de Improbidade é necessário que haja o dolo, a culpa e o prejuízo ao ente público, caracterizado pela ação ou omissão do administrador público.”

(Mauro Roberto Gomes de Mattos, em “O Limite da Improbidade Administrativa”, Edit. América Jurídica, 2ª ed. pp. 7 e 8). “A finalidade da lei de improbidade administrativa é punir o administrador desonesto” (Alexandre de Moraes, in “Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional”, Atlas, 2002, p. 2.611).” De fato, a lei alcança o administrador desonesto, não o inábil, despreparado, incompetente e

desastrado” (REsp 213.994-0/MG, 1ª Turma, Rel. Min. Garcia Vieira, DOU de 27.9.1999).” (REsp 758.639/PB, Rel. Min. José Delgado, 1.ª Turma, DJ 15.5.2006)

4. A Lei 8.429/92 da Ação de Improbidade Administrativa, que explicitou o cânone do art. 37, § 4º da Constituição Federal, teve como escopo impor sanções aos agentes públicos incursos em atos de improbidade nos casos em que: a) importem em enriquecimento ilícito (art. 9º); b) que causem prejuízo ao erário público (art. 10); c) que atentem contra os princípios da Administração Pública (art. 11), aqui também compreendida a lesão à moralidade administrativa.

5. Recurso especial provido.

(REsp 734984/SP, Rel. Ministro JOSÉ DELGADO, Rel. p/ Acórdão Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 18/12/2007, DJe 16/06/2008)

Ex positis, DOU PROVIMENTO ao recurso especial.

É como voto.

**TRIBUNAL DE JUSTIÇA
DE SANTA CATARINA**

GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO CIVIL

EMBARGOS INFRINGENTES

Embargos Infringentes n. 2010.007299-2, de Concórdia

Relatora: Desa. Maria do Rocio Luz Santa Ritta

RESPONSABILIDADE CIVIL. CONTRATO VERBAL DE PARCERIA SUNÍCOLA. CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. NÃO INCIDÊNCIA. MÉRITO: CAUSA DE PEDIR QUE NARRA A ENTREGA, PELA EMBARGANTE (SADIA S/A), DE SUÍNOS INFECTADOS PELA “DOENÇA DE AUJESZKY”, COM A CONSEQUENTE CONTAMINAÇÃO E EXTINÇÃO DO REBANHO DOS EMBARGADOS, ENTÃO ACIONANTES. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA REFORMADA PELA CORTE POR MAIORIA DE VOTOS. AUSÊNCIA, PORÉM, DE PROVA DOS FATOS CONSTITUTIVOS DO DIREITO AFIRMADO NA INICIAL. CIRCUNSTÂNCIA QUE EVIDENCIA O ACERTO DA CONCLUSÃO POSTA NA SENTENÇA E NO VOTO VENCIDO. INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 333, I, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. CONSIDERAÇÕES SOBRE A TEORIA DA ‘REDUÇÃO DO MÓDULO DA PROVA’, CONTEMPLADA NO VOTO VENCEDOR, MAS CUJO TRÂNSITO DEVE SER COARCTADO NA ESPÉCIE. EMBARGOS INFRINGENTES ACOLHIDOS PARA FAZER PREVALECER A CONCLUSÃO EXTERNADA NO VOTO VENCIDO, QUE NEGAVA PROVIMENTO AO APELO INTERPOSTO PELOS EMBARGADOS.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Embargos Infringentes n. 2010.007299-2, da comarca de Concórdia (1ª Vara Cível), em que é embargante Sadia S/A, e embargados Achilles Bonassi e Cecilia Perin Bonassi:

ACORDAM, em Grupo de Câmaras de Direito Civil, por maioria, dar provimento aos embargos infringentes para fazer prevalecer a conclusão do voto vencido, condenando-se os embargados ao pagamento de custas e honorários advocatícios, fixados em R\$ 1.000,00, suspensa a cobrança for força do deferimento da justiça gratuita. Custas legais.

RELATÓRIO

Perante a Comarca de Concórdia, Achilles Bonassi e Cecilia Perin Bonassi ajuizaram ação contra Sadia S/A com o objetivo de condená-la ao pagamento de indenização por danos materiais e morais.

Suinocultores, então proprietários da Granja Três Marias, narraram que, por força de contrato verbal de parceria firmado com a ré, vendiam a essa, com exclusividade, suínos provenientes de “machos e fêmeas ancestrais” fornecidos tão somente por ela.

Afirmam que a 22 de outubro de 1999, no ambiente da execução desse contrato de parceria, ela lhes forneceu reprodutores machos (mossas 106, 232, 424, 1390 e 1425) infectados com o Mal de Aujeszky, os quais transmitiram a doença para a totalidade do rebanho, posteriormente sacrificado em embargo sanitário levado a efeito pelo Governo do Estado.

Atribuíram à ré a responsabilidade do evento por conta das seguintes circunstâncias: (I) a granja respeitava as regras sanitárias em vigor e (II) vendia suínos somente à ré; (III) animais esses provenientes de reprodutores entregues exclusivamente por ela; (IV) em 22/10/99 a ré efetuou o recolhimento das mossas 232, 424 e 1390; (V) a CIDASC, em abril de 2000, diagnosticou as mossas 106, 232, 424 e 1425 com Doença de Aujeszky.

Alegando que não haveria outra forma de contágio que não a colocação na granja, pela ré, de suínos infectados, postularam a condenação dela ao pagamento de indenização por danos materiais e morais.

Contestado (fls. 300/327) e replicado (fls. 368/376) o feito, produzida prova documental e oral (fls. 418/428), e apresentadas alegações finais (fls. 432/437 e fls. 438/459), sobreveio sentença de improcedência, fundamentada na possibilidade, estimada em dez por cento, de que a contaminação dos animais tenha se dado por outra causa que não a “reposição de suínos” (fls. 470/478).

Opostos (fls. 481/486) e rejeitados (fls. 487/490) embargos de declaração, os vencidos interpuseram apelação cível (fls. 494/511).

Na ocasião, sustentaram que: (I) o recolhimento dos três reprodutores (mossas 232, 424 e 1390) representa prova cabal de que a ré lhes entregou suínos infectados pela Doença de Aujeszky; (II) a testemunha Dirceu Biondo atestou que a granja respeitava as normas sanitárias, o que demonstra a impossibilidade de que a doença tenha surgido de outra forma que não a entrada dos animais entregues pela ré; (III) se existe 90% de chance de a ré ter causado o dano, então não poderia o magistrado deixar de acolher o pedido inicial, sob pena de preferir o improvável ao provável (fls. 494/511).

Apresentadas as contrarrazões (fls. 554/582), a Quarta Câmara de Direito Civil decidiu, por maioria de votos, Relator Designado o Desembargador Victor Ferreira, dar provimento parcial ao recurso, nos termos da seguinte ementa:

APELAÇÃO CÍVEL. PRELIMINAR. SENTENÇA PROFERIDA EM REGIME DE MUTIRÃO. PRINCÍPIO DA DURAÇÃO RAZOÁVEL DO PROCESSO. AUSÊNCIA DE NULIDADE. PRECEDENTES.

Consoante firme jurisprudência desta Corte, a realização dos mutirões de sentença não ofende o princípio da identidade física do Juiz,

mas se presta a dar efetividade ao princípio da duração razoável do processo (art. 5º, LXXVIII, da Constituição da República).

MÉRITO. CONTÁGIO DA GRANJA DOS APELANTES PELO MAL DE AUJESZKY. CAUSA. ENTREGA DE REPRODUTORES DOENTES. PROVA SUFICIENTE. OBRIGAÇÃO DE REPARAR OS PREJUÍZOS MATERIAIS. DANOS MORAIS INDIRETOS NÃO COMPENSÁVEIS.

Quando a certeza absoluta não pode ser obtida, é possível o julgamento com base na alta probabilidade. Afinal, o objetivo maior do processo é atingir a justiça substancial, não impedido pelo rigor matemático ou estatístico. A prova não pode ser exaustiva a ponto de impossibilitar o exercício do direito.

São passíveis de ressarcimento os danos, patrimoniais ou morais, diretos e imediatos, nos moldes dos artigos 1.060 do Código Civil de 1916 e 403 do vigente.

RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO (TJSC - ACv 2008.022628-2, Relator Designado Desembargador Victor Ferreira, sem destaque no original).

Opostos embargos de declaração por ambos os litigantes (fls. 632/636 e 638/642), a ré manejou embargos infringentes ainda antes do julgamento dos declaratórios (fls. 646/659 e fl. 690).

Posteriormente, após a resolução dos declaratórios, os infringentes foram reiterados (fl. 690).

Os acionantes apresentaram contrarrazões, ocasião em que postularam o não conhecimento dos infringentes, por terem sido opostos antes da resolução dos declaratórios e, por isso, de forma intempestiva e em infringência ao princípio da unicidade recursal (fls. 691/708).

Admitido o recurso (fl. 711), vieram os autos.

VOTO

1. Afasto a prefacial de não conhecimento dos infringentes, já que reiterados (9/12/2010, fl. 688) após a intimação (3/12/2010, fl. 690) do julgamento dos embargos de declaração de folhas 663/761.

Com as adaptações de estilo:

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. INTERPOSIÇÃO ANTERIOR AOS EMBARGOS INFRINGENTES. RATIFICAÇÃO. NECESSIDADE. INOCORRÊNCIA.

1. Quando interposto o recurso especial antes do julgamento dos embargos infringentes, deve a parte reiterar as razões de apelo, sob pena de ser considerado intempestivo. Precedentes desta Corte.
2. Agravo regimental improvido (STJ - AgRg no Ag 1121957, Rel. Min. Jorge Mussi).

A preliminar suscitada pelos acionantes consubstancia - para utilizar precedente expressão de Barbosa Moreira - 'restrição ilegítima ao conhecimento do recurso'.

Se incabível o segundo recurso (infringentes) por força do manejo do primeiro (declaratórios), tudo à conta de preclusão consumativa resultante do princípio da unicidade, a reiteração como que purifica eventual afronta à legislação processual, valendo aqui a aplicação da regra da motivação *per relationem*, que permite fazer das razões dos primeiros infringentes, já então desconsiderados, tal qual um nada jurídico, a motivação dos segundos (art. 150 do RITJSC; STF - HC 69438, Rel. Min. Celso de Mello; STJ - Resp 1219, Rel. Min. Vicente Cernicchiaro).

Além disso, opostos embargos de declaração e interrompido o prazo para o manejo de qualquer outro recurso, a reiteração faz-se tempestiva se vem a lume no espaço de 15 dias contados da publicação do acórdão resolutivo dos declaratórios, caso dos autos.

Conheço, pois, dos infringentes.

2. No mérito, penso deva prevalecer a conclusão externada no voto vencido, no sentido de que “o pedido formulado pelos autores não procede porque não extrai dos autos a certeza de que os animais entregues pela requerida estavam contaminados com o Mal de Aujeszky”.

De fato, não há prova ligando a conduta da embargante ao surgimento da doença na granja que pertenceu aos embargados.

Antes pelo contrário, vários indícios demonstram que os animais entregues não estavam contaminados.

Com clareza, o voto vencido esmiúça o raciocínio:

Apesar das bem lançadas argumentações dos autores em seu recurso, encampadas pela douta maioria, o máximo que extrai dos autos foram conjecturas ou probabilidades que não dão a certeza necessária à condenação.

Com efeito, a prova testemunhal, embora insegura, confirma a tese da inicial no sentido de que os autores só adquiriram matrizes e machos da empresa Sadia S/A.

Contudo, esse fato não é suficiente para concluir que foram os animais entregues pela requerida os vetores da endemia verificada no rebanho dos autores, até porque muitos são os agentes transmissores da doença, como se vê de artigo disponível em <http://www.scielo.br/pdf/abmvz/v59n6/05.pdf>:

‘Em qualquer situação, o suíno é o principal responsável pela disseminação do VDA e a curtas distâncias, os vetores clássicos de contaminação como visitas, banhos, caminhões, moscas e dejetos, representam papel importante na disseminação do VDA (Vannier, 1984). Ademais, em regiões de alta densidade de suínos, onde a infecção pelo VDA é elevada, o vento pode ser o responsável pela passagem da infecção de um rebanho para outro (Vannier, 1984). Entretanto, Buenfil et al. (2002) verificaram que a quarentena de animais de reposição, a existência de cerca periférica, de chuveiro com troca de roupa e calçados pelos trabalhadores e visitantes não estavam associados à presença de anticorpos para o VDA’ (Disseminação do vírus da doença de Aujeszky, envolvendo o comércio

de reprodutores suínos de reposição, escrito por N. Mores, A. L. Amaral, L. Ventura, J.R.C. Zanella, A. Mori, J.A. Dambrós).

Neste contexto, as argumentações de inicial e apelação são apenas conjecturas e probabilidades que, em meu sentir, não se sobrepõem à certeza emanada dos certificados de fls. 330/346, emitidos e subscritos pelo Serviço de Sanidade Animal do Ministério da Agricultura e do Abastecimento (Governo Federal) e pela CIDASC.

As conjecturas e probabilidades mencionadas pelos autores também cedem diante dos exames de fls. 347 e 363 realizados pelo Centro de Diagnóstico em Saúde Animal – CEDISA, em convênio com a EMBRAPA.

A propósito, os certificados e exames mencionados, lavrados por órgãos governamentais de política sanitária, indicam que os animais entregues pela requerida estavam sadios quando saíram de suas granjas, conforme se deduz do raciocínio esposado às fls. 330/346 e 347 e 363.

E arremata:

Por outro lado, o Mal de Aujeszky, segundo as inúmeras informações constantes nos autos e pesquisadas na rede mundial de computadores, alastra-se com certa facilidade e dizima plantéis inteiros, indicando que, se os animais oferecidos pela empresa Sadia S/A estavam doentes, certamente o plantel das ‘granjas núcleo’ de onde saiu estaria também contaminado.

Neste sentido, folheto elaborado pela Embrapa explica que ‘uma vez que o rebanho é infectado, a erradicação do vírus só é possível pela eliminação total do rebanho e repovoamento com animais livres ou através de um programa de vacinação e sorologia com eliminação dos positivos’ (Doença de Aujeszky, disponível em www.cnpsa.embrapa.br).

Aliás, não se pode conceber que, diante de um quadro ‘agudo’ de contaminação pelo Mal da Aujeszky, os órgãos governamentais emitissem certificados de sanidade contemporâneos, com informação inverídica a esse respeito.

Outrossim, entendo que um fato dessa magnitude – contaminação de ‘granjas núcleo’ da empresa Sadia S/A pelo Mal de Aujeszky, com impactos econômicos inclusive nas exportações do Estado de

Santa Catarina –, seria noticiado pela imprensa. O surto do Mal de Aujeszky mobilizou autoridades vinculadas à criação de suínos em Santa Catarina, mas não há, ao menos na rede mundial de computadores, qualquer notícia a respeito da contaminação de ‘granjas núcleos’ da Sadia pela pseudo-raiva.

Tem razão sua Excelência. Na linha de precedente da Corte, o CDC não incide em contrato de “parceria sunícola” (TJSC - Câmara Especial Regional de Chapecó, ACv 2006.017029-5, Rel. Des. Saul Steil), razão do empenço a que se aplique ao caso a regra inscrita no artigo 6º, VIII, do CDC.

Além disso, é noção de difundido conhecimento que a prova do fato constitutivo do direito posto na inicial fica a cargo do acionante (art. 333, I, CPC).

A única hipótese que excepciona essa regra ocorre quando o réu admite o fato em que se funda ação mas lhe opõe um outro suscetível de impedir, modificar ou extinguir o direito que daquele naturalmente resulta (defesa indireta, art. 333, II, CPC).

Transcrevo, no ponto, o magistério de Humberto Theodoro Júnior:

O art. 333, fiel ao princípio dispositivo, reparte o ônus entre os litigantes da seguinte maneira:

I - [...].

II - [...].

Cada parte, portanto, tem o ônus de provar os pressupostos fáticos do direito que pretende seja aplicado pelo juiz na solução do litígio.

Quando o réu contesta apenas negando o fato em que se baseia a pretensão do autor, todo o ônus probatório recai sobre este. Mesmo sem nenhuma iniciativa de prova, o réu ganhará a causa, se o autor não demonstrar a veracidade do fato constitutivo do seu pretenso direito.

Quando, todavia, o réu se defende através de defesa indireta, invocando fato capaz de alterar ou eliminar as consequências jurídicas daquele outro fato invocado pelo autor, a regra inverte-se. É que,

ao se basear em fato modificativo, extintivo ou impeditivo do direito do autor, o réu implicitamente admitiu como verídico o fato básico da petição inicial, ou seja aquele que causou o aparecimento do direito que, posteriormente, veio a sofrer as consequências do evento a que alude a contestação.

O fato constitutivo do direito do autor tornou-se, destarte, incontroverso, dispensando, por isso mesmo, a respectiva prova (art. 334, III).

A controvérsia deslocou-se para o fato trazido pela resposta do réu. A este, pois, tocará o ônus de prová-lo (*in* Curso de Direito Processual Civil. Rio de Janeiro: Forense, 41ª ed., v. 1, 2004, p. 388).

A contestação ao pedido inicial formulado na ação originária fundamenta-se na negativa cabal de que os animais estivessem doentes quando chegaram à granja dos embargados.

Esse o quadro, vale reproduzir o entendimento à luz do qual o substrato fático que atrai a incidência do dever de indenizar é constituído por quatro elementos, a saber, conduta antijurídica, nexos de imputação (seja pela culpa, seja pelo risco), nexos de causalidade e dano, tudo a ser demonstrado pelo acionante no curso do procedimento, sob pena de improcedência do pedido inicial.

3. Na verdade, esquadrihados os fundamentos que estão à base do voto vencedor, vê-se que também ele não se afastou da regra que concentra no autor o encargo de provar o fato constitutivo do seu direito (art. 333, I, CPC).

Com efeito, a leitura do voto vencedor revela que o êxito na demanda fincou-se na constatação de que o direito material discutido em juízo, por difícilíssimo de ser provado, permite a emissão de julgamento com base em presunções e verossimilhança (“alta probabilidade”), e que essa e aquelas militam em favor dos fatos postos na inicial.

Daí o registro na ementa de que “Quando a certeza absoluta não pode ser obtida, é possível o julgamento com base na alta probabilidade. Afinal, o objetivo maior do processo é atingir a justiça substancial, não impedido pelo rigor matemático ou estatístico. A prova não pode ser exaustiva a ponto de impossibilitar o exercício do direito” (fl. 608).

Ou seja, sem acomodar no raio de atribuições da embargante qualquer encargo probatório, a d. maioria autorizou o acolhimento do pedido com base em juízo de probabilidade, quando, normalmente, tal mister não dispensa juízo de certeza.

4. Não está dito expressamente no voto vencedor, mas é perceptível que nele se inscreveu os insumos doutrinários que predicam a possibilidade de ‘redução do módulo da prova’ (Gerhard Walter). Por meio dela, permite-se ao magistrado, presentes tais e quais circunstâncias, julgar a causa por meio de *juízo de probabilidade*, no plano vertical (Cf: MARINONI, Luiz Guilherme. A questão do convencimento judicial . Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n. 503, 22 nov. 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5966>>. Acesso em: 09 abr. 2010).

Mas essa doutrina, de inegável correção interna, e da qual eu já me vali nos autos da ACv. 2005.020996-4, de que fui relatora, não se aplica todavia à espécie.

Inaplicabilidade que decorre da ausência de fato a partir do qual seja lícito formular juízo de probabilidade a favor dos embargados (Cf: ACv 2005.020996-4, minha relatoria) e, mais, da constatação da inverdade de vários pontos sublevados pelos embargados como baluartes da conclusão que apresentaram ao juízo singular e à Corte.

Passo a desenvolver o raciocínio. A teoria da redução do módulo da prova permite a vindicação em juízo de direitos (na verdade os fatos que lhe estão à base) que não podem ser demonstrados mediante a aplicação ortodoxa das regras de direito processual.

Imagine-se, por exemplo, uma empresa que deposite num rio material teoricamente passível de causar específica doença na população ribeirinha.

Doença que, em linha de princípio, também poderia ser causada por fatores outros (concausas), mas que nunca se fizera presente até o início das atividades.

Ainda que, por suposição, não houvesse, por absoluta impossibilidade técnica, laudo pericial ligando com “cem por cento de certeza” a eclosão da doença em determinada pessoa às emissões, mesmo assim não agrediria a lógica do razoável pensar numa sentença que mediante a técnica da redução do módulo da prova emitisse provimento condenatório; desde que, frise-se bem, ela, sentença, viesse amparada por um conjunto de fatos antecedentes hábeis a estabelecer um elo entre a atividade e o surgimento daquela doença e, ao mesmo tempo, eliminar a influência de outras concausas.

Na hipótese figurada, esse conjunto deveria abranger não apenas a prova do potencial maligno da atividade, só em si insuficiente ao julgamento positivo, por não excluir as outras concausas, mas também a demonstração da inexistência de registro de outros casos da doença antes da instalação da empresa, apesar da presença cotidiana daquelas concausas.

Nesse caso, seria lícito, a meu ver, pensar na redução do módulo da prova para a partir daí justificar-se o permissivo à emissão de uma sentença positiva mesmo à falta de prova demonstrativa de que o resíduo da atividade empresarial causara a doença.

5. A espécie, insisto, não autoriza o raciocínio.

Como frisado, a instrução da causa demonstrou a inverdade dos pontos de fato levantados pelos embargados como demonstrativos da

impossibilidade de que o contágio do plantel deles se desse por outra via que não o ingresso dos animais da embargante.

Veja-se, por exemplo, que a prova documental revelou que eles inseminavam as matrizes (fêmeas) com sêmen proveniente de reprodutores de outros fornecedores, como a ACCS – Associação Catarinense de Criadores de Suínos (fls. 193/225).

O documento de folha 202 comprova que, em setembro de 1999, antes, portanto, do desembarque dos animais supostamente contaminados da embargante, a fêmea de moosa 475 fora “coberta” por sêmen de reprodutor da ACCS, fato admitido na réplica (fls. 369/370).

Diferentemente do que ficou registrado no d. voto vencedor (fl. 615), a Instrução Normativa 8/2007, do Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento, que aprovou as “Normas para o Controle e a Erradicação da Doença Aujeszky (DA) em suínos domésticos”, **atesta que “sêmen contaminado utilizado para inseminação artificial” é sim fonte de transmissão da doença.**

No mesmo sentido, o estudo de folhas 86/91, juntado aos autos pelos embargados, informa que “É proibida a comercialização de animais oriundos de granjas infectadas, mas eles podem ser enviados para o abate e sua carne pode ser consumida. **Animais ou sêmen importados e os destinados a feiras e exportações devem se originar de plantéis livres de DA, portando certificado do MAA**” (fl. 90, sem destaque no original).

Retomando o fio do raciocínio, de acordo com os documentos de folhas 108/110, a fêmea de moosa 475, que foi, como dito, “coberta” por sêmen de reprodutor da ACCS, apresentou sorologia positiva em 25 de abril de 2000, mesma data em que as mossas 106, 232, 424 e 1425 (entregues pela embargante) foram detectadas com a doença pela CIDASC.

A pergunta que acode à ideia então é a seguinte: quem contaminou a mossa 475? Os animais provenientes da embargante ou material genético adquirido da ACCS?

A dúvida, invencível, não se resolve em favor dos embargados. Não somente porque o ônus da prova a eles pertence, como também porque aqui é impossível falar-se em redução do módulo da prova, à falta da demonstração de um fato antecedente que a um só tempo ligue a conduta da ré ao dano e o exclua do raio de atuação de uma concausa independente igualmente apta a desencadeá-lo.

A constatação de que os animais dos embargados foram expostos a sêmen de outro fornecedor solapa argumento chave do raciocínio empreendido na inicial, qual, o de que se noventa por cento dos casos de contágio dá-se pela aproximação de suíno infectado com suíno sadio, **e se os animais da Granja só tinham contato com animais da embargante**, então a causa do surto só poderia advir de suínos adrede infectados distribuídos por ela.

E, com o perdão da extensão do voto, peço vênia para abrir um parêntese: como que surpreendidos com a “entrada” da ACCS na causa, a justificativa dada pelos embargados não deixa de causar espécie: “Nem se diga que a epidemia possa ser oriunda do sêmen, pois como será comprovado no momento oportuno, a ACCS é órgão sério, que realiza em seus animais exames periódicos de sanidade (fl. 370).

Data vênia, esse argumento, para além de não negar a aptidão da mistura de sêmen para transmitir a doença, também aproveita à embargante, sociedade empresária de indiscutível seriedade e igualmente fornida de atestados, emitidos por órgãos oficiais, da sanidade das granjas centrais de onde vieram os animais apontados como causadores da doença (fls. 330/346 e 347 e 363), Como se vê, cuida-se de argumento que, provando muito, não prova absolutamente nada, e novamente o impasse se resolve mediante a aplicação da regra posta no artigo 333, I, CPC.

Fechando o parêntese, e indo a outro ponto, convém agora por em relevo que, além da constatação de que os suínos dos embargados estabeleciam contato com material genético proveniente de animais forâneos, e que isso é causa apta à transmissão da doença, também não há prova, por outro lado, de que a Granja Três Marias se via livre da Doença de Aujeszky em lapso anterior à entrada das mossas supostamente infectadas da embargante (Cf: depoimento pessoal de fl. 419).

Não se justifica que uma “granja modelo” (Cf: contrarrazões aos infringentes, fl. 701) se veja despojada de atestado de sanidade dos seus animais, a tanto não se prestando a declaração de folha 134, que certifica apenas a pureza genealógica do plantel de reprodução. Ora, se a embargante, acusada de entregar mossas contaminadas na propriedade dos embargados, dispõe de declarações oficiais atestando a higidez dos seus animais, era de rigor que eles comparecessem aos autos munidos com documento similar.

Do contrário não somente cai por terra outro fato cuja demonstração poderia contribuir para a redução do módulo da prova, como também se esvai a relevância dos exames de folhas 108/113, que se limitam a demonstrar, *passados seis meses da entrega na granja*, que as mossas 106, 232, 424 e 1425 estavam infectadas, sem, no entanto, informar a data do contágio.

Novamente: à falta de atestado de sanidade pretérito do plantel, tais exames, provando muito, acabam por não provar nada, e permitem um outro questionamento: a infecção das mossas 106, 232, 424 e 1425 deu-se como, quando, e por qual vetor?

Noutro giro, também não procede a assertiva, posta no apelo de folhas 493/511, de que o recolhimento (22/10/99), pela embargante, de três reprodutores (mossas 232, 424 e 1390), representa confissão de que ela entregou aos embargados animais infectados pela Doença de Aujeszky.

Novamente é oportuno, no ponto, rememorar excerto da fundamentação do voto vencido: “Não houve no caso concreto qualquer hipótese

de confissão tácita ou expressa, quer porque não se pode afirmar que o problema mencionado pelos autores tenha sido a pseudo-raiva [Doença de Aujeszky] transportada através dos suínos para sua propriedade, como também pelo fato de que o depoimento em que se basearam os requerentes nada traz aos autos sobre a doença aludida” (fl. 626).

O asserto, de fato, está em consonância com a prova testemunhal:

que a Sadia por norma repunha animais que apresentassem problemas de ordem reprodutiva ou outras doenças que interferissem no processo reprodutivo da granja; que foi o depoente quem emitiu os documentos de fls. 104/106, mas as anotações ‘morreu’ em tal época e aquelas efetuadas na parte inferior do documento não são de seu cunho; **que pode afirmar com certeza que a reposição relativa aos documentos citados não decorreu de doença de Aujeszky, mas de outros fatores; (...) que a informação ‘causa da reposição’ aposta nos documentos de fls. 104/106 era fornecida pelo funcionário da granja; que a falta de libido não é um dos sintomas da doença;** que em nenhum caso identificou-se sorologia para doença em animais antes do fornecimento (Ricardo Luís Pierozan , fl. 425).

No mesmo sentido é o depoimento de Odacir Fardin (fl. 428):

que ao menos na época em que atendeu pode afirmar que nunca houve reposições em razão de Aujeszky; que reafirma não ter conhecimento de nenhuma reposição por Aujeszky; que também já fez laudos de reposição; que nem sempre efetuava inspeção visual para fazer reposições, confiando nas informações dos funcionários da granja; **que acha que animais com seis ou sete meses não podem morrer de Aujeszky; que falta de libido não é sintoma da doença.**

Como demonstram os documentos de folhas 115/117, juntados aos autos pelos próprios embargados, a moessa 1390 morreu sem etiologia definida, a moessa 424 foi reposta por conta de “úlceras gástricas” e a moessa 232 foi enjeitada por “falta de libido”.

De acordo com o testemunho prestado por Odacir Fardin (fl. 428), não chamado inverídico nas alegações finais, a causa da reposição era aposta pelos próprios funcionários da granja, situação que afasta imputação de

qualquer sorte de fraude no sentido da adulteração dos reais motivos da devolução.

Além disso, ao apontarem que a falta de libido não integra a sintomatologia da doença, os testemunhos transcritos não se afastam da prova documental (fls. 86/88), nem do teor da Instrução Normativa 8/2007 do Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento.

Correta, portanto, a conclusão externada no voto vencido, a cuja luz a devolução dos tais animais não comprova nem constitui indício da existência do direito afirmado na inicial.

6. Em resumo: os embargados não provam a sanidade pretérita do rebanho deles, não demonstram que os suínos da embargante estavam doentes quando da entrega, fogem aos fatos quando afirmam que seus animais não eram expostos a risco de contaminação proveniente de suínos de outros fornecedores e se equivocam ao ver na devolução das mossas 212, 424 e 1390 prova segura do direito que alegam possuir.

A teoria da redução do módulo da prova poderia ser aplicada ao caso somente se todos esses fatos – com exceção, claro, da prova da doença dos animais da embargante - tivessem sido demonstrados.

Havendo, por suposição, apenas uma causa etiológica de transmissão da doença (contato entre os suínos), possuindo a granja atestado de sanidade dos seus animais, existindo distribuição exclusiva por parte da embargante e aparecendo a doença posteriormente a esse quadro, então aí sim seria lícito cogitar de julgamento com base em probabilidade, de modo a retirar dos atestados de sanidade dos suínos da Sadia/SA qualquer sorte de aptidão para infirmar eventual arsenal de evidências contra eles.

Fosse esse o quadro, seria exigir demais dos embargados vincular a sorte da causa à comprovação cabal da contaminação dos reprodutores da

embargante quando da entrega na granja deles, em clara e despropositada opção pelo improvável em detrimento do probabilíssimo. Não é o caso.

De tudo quanto ficou dito é possível assentar a conclusão de que os supostos (listados pela inicial e pela minuta do apelo de folhas 494/511) que autorizariam a redução do módulo da prova, para a partir daí lograr-se a dispensa da demonstração de que os suínos da embargante estavam doentes quando entregues, permitindo assim a resolução do mérito com base em probabilidade, foram, um a um, infirmados pela instrução da causa.

Aliás, indo ao repertório da jurisprudência da Corte, vale trazer à colação caso parecidíssimo com o presente, julgado pela Câmara Especial Regional de Chapecó a 28 de agosto de 2009, no qual se assentou que, em tema de contrato de parceria suinícola, a prova da entrega de plantel contaminado cabe, como de ordinário, a quem afirma:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS. CONTRATO DE PARCERIA SUINÍCOLA. INTEGRAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE DE APLICAR O CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. AUSÊNCIA DE RELAÇÃO DE CONSUMO. PLANTEL CONTAMINADO. ALEGAÇÃO DE QUE HOUVE CONTAMINAÇÃO POR INTERMÉDIO DOS ANIMAIS FORNECIDOS POR PARTE DOS APELADOS. INEXISTÊNCIA DE PROVAS CABAIS. ÔNUS DO APELANTE. ART. 333, I, DO CPC. AUSÊNCIA DO NEXO DE CAUSALIDADE. DEVER DE INDENIZAR AFASTADO. SENTENÇA MANTIDA. RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO.

“Para que se dê a proteção do CDC, não basta simplesmente adquirir bens e serviços no mercado. Esta proteção só vai ser acionada se ocorrer a chamada relação de consumo”. (KHOURI, Paulo Roberto Roque Antonio. Direito do Consumidor: contratos, responsabilidade civil e defesa do consumidor em juízo. 4ª edição. São Paulo: Atlas, 2009. p. 33)

O ônus da prova é de quem afirma e não de quem nega existência de um fato.

Inexistindo relação entre o ato ilícito e o dano suportado, não há falar em dever de indenizar, ante a ausência do nexo de causalidade (TJSC - ACv 2006.017029-5, Relator: Saul Steil, Órgão Julgador: Câmara Especial Regional de Chapecó Apelação Cível n. 2006.017029-5, de Concórdia Relator: Juiz Saul Steil).

7. Por tais fundamentos, pedindo vênias à maioria então formada na Quarta Câmara Cível nos autos do julgamento da ACv 2008.022628-2, voto pelo acolhimento dos embargos infringentes para fazer prevalecer a conclusão externada pelo voto vencido, no sentido de negar provimento ao apelo manejado pelos embargados, então acionantes, com a consequente alteração da responsabilidade pelo pagamento das custas e honorários advocatícios.

DECISÃO

Ante o exposto, o Grupo de Câmaras de Direito Civil decide, por maioria, dar provimento aos embargos infringentes. Ficam os embargados condenados ao pagamento de custas e honorários advocatícios, arbitrados em R\$ 1.000,00 (art. 20, § 4º, CPC, sentença fl. 478), suspensa a cobrança por força da concessão dos benefícios da justiça gratuita (fl. 293).

O julgamento, realizado nesta data, foi presidido pelo Exmo. Sr. Des. Carlos Prudêncio, com voto vencido, e dele participaram, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Fernando Carioni, Luiz Carlos Freyesleben, Marcus Tulio Sartorato, Edson Ubaldo e Joel Figueira Junior, e com votos vencidos os Des. Eládio Torret Rocha, Sérgio Izidoro Heil, Victor Ferreira e Ronaldo Moritz Martins da Silva.

Florianópolis, 14 de julho de 2010.

MARIA DO ROCIO LUZ SANTA RITTA
RELATORA

Declaração de voto vencido do Exmo. Sr. Des. Carlos Prudêncio

Peço vênia à douta maioria para discordar, adotando como razões para decidir os fundamentos ventilados no voto vencido do Exmo. Sr. Desembargador Victor Ferreira.

Florianópolis, 10 de agosto de 2010.

Des. CARLOS PRUDÊNCIO

Declaração de voto vencido do Exmo. Sr. Des. Eládio Torret Rocha

Ousei divergir da maioria, firme nos mesmos fundamentos esposados pelo eminente Desembargador Victor Ferreira, aos quais adiro.

Florianópolis, 06 de agosto de 2010.

Des. Eládio Torret Rocha

Declaração de voto vencido do Exmo. Sr. Des. Sérgio Izidoro Heil

Ousei divergir da d. maioria pelos mesmos fundamentos lançados pelo e. Des. Victor Ferreira em seu voto vencido, ao qual me filio.

Florianópolis, 06 de agosto de 2010

Des. Sérgio Izidoro Heil

Declaração de voto vencido do Exmo. Sr. Des. Victor Ferreira

Divergi da douta maioria por entender que os embargos infringentes não mereciam provimento, tendo em vista os fundamentos explicitados no acórdão proferido pela Colenda Quarta Câmara de Direito Civil (fls. 608

a 619), de minha Relatoria, aos quais faço remissão, diante da brevidade que o número de processos em trâmite recomenda.

De fato, não há nos autos absoluta certeza, com rigor matemático de 100%, da causa de contaminação da granja dos Embargados.

Não obstante, estão presentes fortíssimos indícios: a forma de contaminação da doença, em mais de 90% dos casos pelo fornecimento de novos animais e durante o transporte, ambos de responsabilidade da Embargante; a falta de certeza científica da possibilidade de contaminação pelo sêmen; a circunstância de um dos porcos logo apresentar sintomas da doença, antes mesmo da primeira monta, indicando contaminação anterior à sua chegada, em razão do período necessário entre a infecção e o aparecimento dos referidos sintomas; a falta de cuidados da Embargante, que mesmo após a infecção da granja dos Embargados continuou distribuindo porcos lá nascidos para outros produtores; e a reposição dos porcos doentes pela Embargante, caracterizando a confissão de culpa, além de todo o exposto no referido acórdão embargado.

Todos esses fatos, considerados conjuntamente, são suficientes para comprovar a culpa da Embargante.

Aproveito a oportunidade para, mais uma vez, salientar que a alta probabilidade, presente neste caso, é suficiente para ensejar condenação. Afinal, o que se busca, antes do rigorismo de vetustas fórmulas processuais, é que prevaleça a justiça substancial.

Por tais razões divergi da douta maioria – frise-se, de 6 votos contra 5 – negando provimento aos embargos infringentes, para manter a condenação de Sadia S/A a indenizar os prejuízos causados a Achilles Bonassi e Cecília Perin Bonassi.

Florianópolis, 26 de julho de 2010.

Victor Ferreira

Declaração de voto vencido do Des. Ronaldo Moritz Martins da Silva:

A minha divergência, *data venia*, se assenta nos mesmos fundamentos constantes na declaração de voto vencido do insigne Desembargador Victor Ferreira.

Florianópolis, 30 de agosto de 2010.

Ronaldo Moritz Martins da Silva
Des. Substituto

GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO PÚBLICO

EMBARGOS INFRINGENTES

Embargos Infringentes n. 2010.029337-6, da Capital

Relator: Des. Sérgio Roberto Baasch Luz

EMBARGOS INFRINGENTES – VOTO VENCIDO O QUAL APLICAVA O *DIES A QUO* DE INCIDÊNCIA DOS JUROS MORATÓRIOS, TRATANDO-SE DE AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS, COMO DA DATA DO ILÍCITO – VOTOS MAJORITÁRIOS QUE O FAZIAM INCIDIR DESDE A DATA DO ARBITRAMENTO – PREVALÊNCIA DESTES DEVIDA – DATA ESTA A QUAL A OBRIGAÇÃO SE TORNOU LÍQUIDA E CERTA – VOTOS MAJORITÁRIOS MANTIDOS – RECURSO IMPROVIDO.

- “Em tema de indenização por danos morais, tanto a correção monetária quanto os juros de mora devem incidir a partir da data da decisão judicial que fixa o valor da reparação, pois que somente nesse momento temporal a obrigação tornou-se líquida e certa, não se podendo cogitar da existência de mora do réu-devedor antes de verificadas estas duas condições, sendo inadequado aplicar-se à espécie a Súmula 54, do Superior Tribunal de Justiça.” (AC n. 2009.018696-7, rel. Des. *Newton Janke*, de Capinzal).

Assim considerando, caso confirmada a sentença em sede recursal, os juros moratórios e a correção monetária são devidos desde a data da publicação da sentença. Diversamente, caso majorado, minorado ou fixado o valor do dano moral em sede recursal,

deverão estes encargos incidir a partir da data do arbitramento operado pelo novo julgamento.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Embargos Infringentes n. 2010.029337-6, da comarca da Capital (2ª Vara da Fazenda), em que é embargante Loreni Maria Roberto e outros, e embargado Estado de Santa Catarina:

ACORDAM, em Grupo de Câmaras de Direito Público, por votação unânime, negar-se provimento aos embargos infringentes. Custas na forma da lei.

RELATÓRIO

Trata-se de embargos infringentes interpostos por Loreni Maria Roberto e outros contra o Estado de Santa Catarina, pugnando pela prevalência do voto vencido proferido pelo Exmo. Sr. Des. João Henrique Blasi o qual, em liquidação de sentença de indenização por danos morais contra o embargado, aplicou o *dies a quo* de incidência dos juros moratórios como o sendo nos termos da Súmula 54 do STJ, ou seja, deve incidir desde o evento danoso.

Aduziu o embargante que não pode ser aplicado o entendimento externado pela douta maioria, segundo o qual os juros moratórios devem incidir desde a data do arbitramento, sob pena de afronta aos ditames do art. 398 do CC, para o qual nas obrigações decorrentes de ato ilícito computam-se os juros de mora desde o evento danoso.

Por fim, pugnou pela prevalência do voto vencido, com a modificação do *dies a quo* de incidência dos juros moratórios. (fls. 177/183).

Devidamente intimado (fl. 187), a douta Procuradoria-Geral do Estado deixou transcorrer *in albis* o prazo para apresentação de contrarrazões. (fl. 189).

Admitidos os embargos infringentes (fl. 190), o mesmo restou distribuído a este relator.

É o relatório.

VOTO

O dissenso externado pelo voto vencido realmente é novo neste Sodalício, dada a recente alteração de entendimento dos membros das Câmaras Isoladas que compõem este Grupo de Câmaras de Direito Público.

Até pouquíssimo tempo o entendimento pacífico adotado era o de se aplicar as disposições da Súmula 56 do STJ, para a qual o *dies a quo* dos juros moratórios, em se tratando de obrigações decorrentes de atos ilícitos, deveria ser contados desde o evento danoso.

Todavia, alterou-se este entendimento, passando-se a considerar que *“Em tema de indenização por danos morais, tanto a correção monetária quanto os juros de mora devem incidir a partir da data da decisão judicial que fixa o valor da reparação, pois que somente nesse momento temporal a obrigação tornou-se líquida e certa, não se podendo cogitar da existência de mora do réu-devedor antes de verificadas estas duas condições, sendo inadequado aplicar-se à espécie a Súmula 54, do Superior Tribunal de Justiça.”* (AC n. 2009.018696-7, rel. Des. Newton Janke, de Capinzal, j. em 08.09.09).

Por certo que em se tratando a lide de indenização por danos morais, como bem fixou o voto proferido pela douta maioria, os juros de mora devem incidir a partir da data da decisão judicial que fixa o valor da reparação, pois que somente nesse momento temporal a obrigação tornou-se líquida e certa, não se podendo cogitar da existência de mora do réu-devedor antes

de verificadas estas duas condições, sendo, *data venia*, incorreto aplicar-se à espécie a Súmula 54, do Superior Tribunal de Justiça.

Note-se que tal critério harmoniza-se com o disposto no art. 407, do novo Código Civil, segundo o qual “*os juros da mora se contarão assim às dívidas em dinheiro, como às prestações de outra natureza, uma vez que lhes esteja fixado o valor pecuniário por sentença judicial, arbitramento, ou acordo entre as partes*” (grifou-se).

A propósito dessa matéria, colaciona-se, em reforço, trecho de estudioso voto do eminente Des. *Mazoni Ferreira*, voto este o qual passa a fazer parte integrante da presente fundamentação:

“Ao tratar dos juros, o Código Civil estabelece que:

Art. 407. Ainda que se não alegue prejuízo, é obrigado o devedor aos juros da mora que se contarão assim às dívidas de valor, como as prestações de outra natureza, uma vez que lhes esteja fixado o valor pecuniário por sentença judicial ou arbitramento.

“Por sua vez, o art. 394 dispõe que:

Art. 394. Considera-se em mora o devedor que não efetuar o pagamento e o credor que não quiser recebê-lo no tempo, lugar e forma que a lei ou a convenção estabelecer.

“Portanto, do cotejo de ambos os dispositivos, exsurge que, em se tratando de danos morais, apenas com o arbitramento definitivo do *quantum* indenizatório é que se pode aventar de mora do devedor, até mesmo porque o caput do art. 397 do Código Civil prevê que a sua constituição em mora somente ocorrerá com o inadimplemento de obrigação “positiva e líquida”, assentando que:

Art. 397. O inadimplemento da obrigação, positiva e líquida, no seu termo, constitui de pleno direito em mora o devedor.

“A propósito, Silvio Venosa leciona que:

‘Para as obrigações que originariamente não eram em dinheiro, mas que nele se transformam, só é possível a contagem de juros quando fixado o valor, por sentença ou acordo’ (Direito Civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 157).

“Outrossim, impende salientar a purgação da mora prevista pelo art. 401 do Código Civil:

Art. 401. Purga-se a mora:

I – por parte do devedor, oferecendo este a prestação mais a importância dos prejuízos decorrentes do dia da oferta;

“Destarte, em se tratando de danos morais, ainda que o devedor quisesse purgar a mora, e desta forma evitar os efeitos que lhe são inerentes, isso não lhe seria possível ante a indeterminação da “prestação”.

“O já citado Silvio Venosa ensina que, historicamente *“A idéia que deu origem aos juros moratórios é a de uma pena imposta ao devedor pelo atraso da obrigação”* (ob. cit. p. 160). Ora, não se pode impor uma pena ao devedor pelo atraso de uma obrigação que até a sentença não tinha valor certo e, portanto, não era exigível, haja vista que a exigibilidade é um requisito objetivo da mora do devedor.

“Nesse sentido, destaca-se precedente do STJ:

‘Direito do Consumidor. Instalação de linha telefônica em área rural. Inadimplemento contratual da prestadora de serviços telefônicos. Dano moral. Valor da indenização. Termo inicial dos juros moratórios e da correção monetária. [...] III – Se o prejuízo que o recorrente alega decorrer justamente da demora na prestação do serviço telefônico, que tardou anos para ser implementado, é possível estabelecer como termo inicial dos juros da indenização a data da publicação do julgamento, pois o valor arbitrado nesses casos já leva em conta o transcorrer do tempo’ (STJ – Resp. n. 618940/MA, rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro, j. em 24-5-2005).

De igual modo, já se manifestou o egrégio Tribunal de Justiça de Minas Gerais, em acórdão de relatoria do eminente Desembargador Elpídio Donizetti, o qual me permito transcrever, em parte:

‘Ocorre que, em se tratando de dano moral, não se afigura razoável computar juros de mora antes que haja provimento jurisdicional fixando o quantum indenizatório. É que, ainda não havendo especificação, pelo órgão jurisdicional, da quantia que o agente causador do dano deve pagar a fim de compensar o constrangimento indevidamente imposto à vítima, não há como exigir que o devedor efetue o pagamento de quantia indeterminada.

Por tal razão, adoto entendimento segundo o qual, no caso de dano moral, não há como se falar em mora em momento anterior à fixação do quantum indenizatório por decisão judicial, haja vista que somente após a publicação desta é que o devedor toma ciência do valor da indenização a ser pago em razão do dano provocado’ (TJMG – Ap. Cív. n. 1.0024.06.029577-1/001, de Belo Horizonte, rel. Des. Elpídio Donizetti, j. em 24-4-2007)” (AC n. 2008.030272-7, de Jaraguá do Sul, j. 03.10.2008).

Importante salientar, ainda, que outras razões interferem na aplicação do art. 407 do CC ao caso concreto, a saber: a) a fixação dos juros desde a data do ilícito premiará o autor que demorou para ajuizar a ação; b) o réu seria punido por eventual morosidade e retardamento do julgamento da causa, quer em primeiro, quer em segundo grau; c) o juiz ou Tribunal, ao arbitrar o valor, já leva em conta o tempo transcorrido desde a lesão e, ao fazê-lo, leva em conta o significado contemporâneo da indenização.

Neste desiderato, aliás, já decidiu a Segunda Câmara de Direito Público:

“Em tema de indenização por danos morais, tanto a correção monetária quanto os juros de mora devem incidir a partir da data da decisão judicial que fixa o valor da reparação, pois que somente nesse momento temporal a obrigação tornou-se líquida e certa, não se podendo cogitar da existência de mora do réu-devedor antes de verificadas estas duas condições, sendo inadequado aplicar-se

à espécie a Súmula 54, do Superior Tribunal de Justiça.” (AC n. 2009.018696-7, rel. Des. *Newton Janke*, de Capinzal).

Igualmente, este relator já se manifestou quando do julgamento da Apelação Cível n. 2010.009574-9, de São João Batista, julgada pela Primeira Câmara de Direito Público em 15.06.2010.

Importante esclarecimento a ser operado, o qual restou igualmente pacificado pelo colendo Grupo de Câmaras de Direito Público a partir do presente julgamento, é o de que, caso a sentença proferida pelo magistrado *a quo* seja mantida pelo órgão *ad quem*, deverão os juros moratórios e a correção monetária incidir a partir da data em que publicada a sentença. Diversamente, caso o Tribunal majore, minore ou fixe o dano moral (para as hipóteses em que o juiz negou mencionado dano em primeiro grau), deverá os juros moratórios e a correção monetária incidir a partir deste novo julgamento operado.

Neste desiderato, é que merece ser mantido o voto proferido pela douta maioria, para a qual, tratando-se de danos morais, deve ser fixado o *dies a quo* de incidência dos juros moratórios como o sendo a partir do arbitramento.

DECISÃO

Ante o exposto, por votação unânime, nega-se provimento aos embargos infringentes.

O julgamento, realizado em 11 de agosto de 2010, foi presidido pelo Exmo. Sr. Des. Pedro Manoel Abreu, com voto, e dele participou os Exmos. Srs. Des. Cláudio Barreto Dutra, Luiz César Medeiros, Vanderlei Romer, José Volpato de Souza, Cid Goulart, Jaime Ramos, Newton Janke, João Henrique Blasi, Sônia Maria Schmitz e Paulo Henrique Moritz Martins da Silva.

Florianópolis, 09 de setembro de 2010.

Sérgio Roberto Baasch Luz
RELATOR

SEGUNDA CÂMARA DE DIREITO CIVIL

APELAÇÕES CÍVEIS

Apelação Cível n. 2004.010364-6, da Capital

Relator: Des. Sérgio Izidoro Heil

APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. MORTE DE MENOR – 4 ANOS – POR AFOGAMENTO EM PISCINA DE HOTEL. AUSÊNCIA DE DELIMITAÇÃO DA ÁREA DE LAZER E O ACESSO À PRAIA. ACESSO DA MENOR NA ÁREA DESTINADA A ADULTOS (PISCINA) E SEM EMBARGO DE QUALQUER FUNCIONÁRIO DA RÉ. CULPA CONCORRENTE ENTRE O ESTABELECIMENTO HOTELEIRO E OS PAIS DA VÍTIMA. INDENIZAÇÃO DEVIDA. CONSTITUIÇÃO DE CAPITAL INDEPENDENTEMENTE DE SITUAÇÃO FINANCEIRA DA CONDENADA. ENUNCIADO N. 313 DO STJ. POSSIBILIDADE DE CUMULAÇÃO ENTRE O DANO MORAL E DANO MATERIAL (PENSÃO ALIMENTÍCIA). POSSIBILIDADE. INTELIGÊNCIA DO VERBETE N. 37 DO STJ. PENSÃO ALIMENTÍCIA FIXADA EM 1/4 DO SALÁRIO-MÍNIMO. ADEQUAÇÃO PARA 1/3 DO SALÁRIO MÍNIMO, CORRIGIDO MONETARIAMENTE A PARTIR DESTES JULGAMENTO E ACRESCIDO DE JUROS DE MORA A PARTIR DO EVENTO DANOSO (SÚMULA 54, DO STJ). IMPOSSIBILIDADE DE FIXAÇÃO DOS DANOS MORAIS EM SALÁRIOS-MÍNIMOS. AFRONTA AO ART. 7º, V, DA CF/88. EXCLUSÃO DOS AUTORES NA CONDENAÇÃO POR LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ. DOLO PROCESSUAL NÃO EVIDENCIADO. SEN-

TENÇA PARCIALMENTE REFORMADA. RECURSO DA RÉ
DESPROVIDO E DOS AUTORES PARCIALMENTE PROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2004.010364-6, da comarca da Capital (4ª Vara Cível), em que são apelantes e apelados Benevenuto de Oliveira e outra, e Empresa Nacional de Engenharia Ltda - Ene:

ACORDAM, em Segunda Câmara de Direito Civil, por votação maioria de votos, conhecer dos recursos, afastar a preliminar argüida pela ré e, no mérito, negar provimento ao seu recurso e dar parcial provimento ao recurso dos autores. Vencido Des. Mazoni Ferreira. Custas legais.

RELATÓRIO

Trata-se de recursos de apelação cível interpostos por Benevenuto de Oliveira e outra e Empresa Nacional de Engenharia Ltda. - ENE contra a decisão proferida pelo Juiz de Direito da 4ª Vara Cível da comarca da Capital que, nos autos da ação de indenização por ato ilícito n. 023.98.016130-7, julgou parcialmente procedente o pedido inicial, para em decorrência: I - condenar a ré ao pagamento de indenização correspondente a um quarto de salário mínimo por mês, desde a data em que a vítima faria 16 anos, início da idade laboral, até a data em que completaria 25 anos, idade presumível de núpcias, com incidência de juros, na forma legal, contados da citação; II – condenar a ré a pagar aos autores, como reparação por dano moral, a quantia de R\$ 25.000,00 (vinte e cinco mil reais), corrigidos monetariamente a contar do ajuizamento da ação, com juros, a partir da citação; III – condenar os autores ao pagamento, em favor do réu, de 1% sobre o valor da causa, assim considerada a soma de 12 vezes 2/3 de salário mínimo e mais R\$ 50.000,00, com as devidas correções, com suporte no art. 18 do CPC; IV – determinou que o réu constitua

capital cuja renda garanta o cumprimento da obrigação; V – fixou a verba honorária em R\$ 3.000,00 a ser suportada e partes iguais pelos litigantes, bem como as custas processuais, observado o art. 21, *caput*, do CPC e art. 12 da Lei n. 1.060/50.

Alegam, em síntese, os autores que: a “condenação em apenas 1/4 (um quarto) do salário-mínimo, não corresponde, de forma alguma, ao dano patrimonial sofrido com a perda da expectativa de produção da renda familiar que a vítima poderia auferir e, por conseguinte, proporcionar aos pais uma vida melhor e mais rentável”, devendo ser majorado para o patamar pleiteado na inicial, 2/3 (dois terços) do salário-mínimo; aplica-se “a teoria do risco inerente à atividade, que impõe o dever de indenizar na forma mais integral possível os danos sofridos por terceiros”; a condenação por litigância de má-fé só pode ter decorrido de grave equívoco do magistrado sentenciante, pois “a afirmação de que a menina nunca teria ido àquele local encontra robusta prova nos autos e jamais poderia decorrer de má-fé”, aliás “má-fé, se houve, foi da ré que imputou falta de vigilância aos pais quando a sua própria testemunha o nega às fls. 113”; a piscina do hotel não contava com os implementos necessários à segurança, quer de hóspedes, quer de terceiros, uma vez a mesma “fica de frente para o mar, podendo nela ingressar quem derive da praia ou, ainda, quem advenha da rua Prudente de Moraes, onde se localiza o hotel, que, nesse local, é igualmente aberto”, sendo este o fator que levou a menor à óbito, pois esta “burlando a vigilância dos seus genitores, ausentou-se de sua residência e dirigiu-se ao Hotel Lexus, situado nas imediações, local onde veio a falecer vítima de afogamento na piscina daquele estabelecimento, porque totalmente desprotegida de vigilância ou de quaisquer implementos de segurança”, devendo, com respaldo no art. 159 do CC, ser a ré condenada “a total responsabilização da empresa pelo evento”; a jurisprudência tem fixado a responsabilidade pelo pagamento da pensão de vida a idade de 25 anos para o caso de menores; de acordo com a súmula 37 do STJ a quantia

fixada a título de danos morais é fixada, via de regra, em salários-mínimos; “consoante súmula 491 do Supremo ‘é indenizável o acidente que cause a morte do filho menor, ainda que não exerça trabalho remunerado, com atualização a partir do evento e juros legais da citação’”. Por fim, requereu provimento ao recurso, consistente no provimento dos pleitos descritos na exordial, bem como a exclusão da pena imposta por litigância de má-fé.

A ré, por sua vez, sustenta que: não cometeu nenhum ato ilícito; não há nexos de causalidade entre o dano e o comportamento da recorrente, mas sim entre o dano e o comportamento dos pais da vítima ao “deixar sua filha sair de casa sem o zelo e vigilância que lhes competia”; “em se tratando de culpa presumida dos pais, caberia a estes, desde a inaugural, provar a ausência de sua culpa, o que não fizeram”; citou o art. 229 da CF/88, art. 384 do CC/16 e art. 22 do ECA; os autores não demonstraram na inicial a necessidade de constituição de capital para assegurar o cumprimento da obrigação, motivo pelo qual deveria o juiz ter indeferido a inicial de acordo com o art. 284 do CPC; não é possível, ao caso, a cumulação de dano moral e o dano material, hipótese que somente seria aceitável à própria vítima; pelo fato do dano moral não ser considerado dano patrimonial propriamente dito, aquele não pode ter valor fixo, sendo que a suposta condenação deverá ser apurada na fase de liquidação de sentença. Por fim, requereram a procedência do recurso.

Preparado (fl. 1.082) e contra-arrazoado (fls. 1.088/1.101), os autos ascenderam a esta Corte de Justiça.

VOTO

Insurgem-se ambas as partes contra a sentença do Juiz de Primeiro Grau que julgou parcialmente procedente o ação indenizatória por ato ilícito.

Preliminarmente, sustentou a ré que a inépcia da inicial deve ser reconhecida, uma vez que os autores em nenhum momento se manifestaram acerca da necessidade de se constituir capital para o cumprimento da obrigação, infringindo assim o disposto no art. 282, III, do CPC.

Sobre o tema, colhe-se da doutrina:

O Código exige que o autor exponha na inicial o fato e os fundamentos jurídicos do pedido. Por esse modo faz ver que na inicial se exponha não só a causa próxima – os fundamentos jurídicos, a natureza do direito controvertido –, como também a causa remota – o fato gerador do direito. Quer dizer que o Código adotou a teoria da substanciação, como os Códigos alemão e austríaco. Por esta teoria não basta a exposição da causa próxima, mas também se exige a da causa remota (Moacyr Amaral Santos, Primeiras linhas de direito processual civil, Saraiva, 1997, 19ª ed., v. I, p. 164).

Sem razão a apelante, uma vez que, além da constituição de capital ser uma decorrência lógica do pedido indenizatório, os autores salientaram que tal determinação era necessária para que fosse assegurado o cumprimento da obrigação, preenchendo, assim, a inicial os quesitos do referido art. 282 do CPC.

Assim, afastada a preliminar aventada pela ré, passa-se à análise do *meritum causae*.

No mérito, tanto os autores como a ré alegam a exclusividade da culpa, em sua integralidade, à parte adversa. Os autores ao argumento de que a piscina do hotel não possuía os implementos obrigatórios de segurança e a ré, por sua vez, assevera que o fatídico evento não aconteceria se os pais da vítima executassem o seu dever de vigilância.

Segundo a lei civil vigente à época dos fatos, art. 159 do CC/1916, correspondente ao art. 186 do atual estatuto, dispõe *in verbis*:

Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano.

Assim, para o êxito da demanda indenizatória, é imprescindível, a presença dos elementos que configuram a responsabilidade civil subjetiva, quais sejam: a conduta ilícita, o dano e o nexo de causalidade, a fim de estabelecer um liame entre o primeiro e o segundo.

Em análise ao conjunto probatório, verifica-se que a filha dos autores, que contava com a idade de 4 (quatro) anos à época, sem dificuldade alguma adentrou nas instalações da ré e, sem embargo do funcionário que cuidava do local de recreação, juntou-se aos demais hóspedes no desfrute da piscina coletiva, vindo a se afogar.

Tal conclusão é fartamente elucidativa pelos testemunhos, senão vejamos:

Da hóspede Sandra Isabel Cardoso (fls. 72/73):

[...] que no dia 03/12/1998, por volta das 14:00 horas a depoente encontrava-se tomando sol da beira da piscina em companhia de sua amiga de nome MELINA; que no interior da piscina haviam dois meninos brincando; que havia uma menina de 04 anos de idade, brincando no interior da piscina, agarrada na escada, mergulhando e vindo a tona e segurando novamente na escada; que a depoente achou que a mesma era hóspede do hotel pela sua aparência, achando também que seus pais estivessem por perto; que no sábado a mesma menina havia sido vista pela depoente, novamente sozinha, brincando ao redor da piscina; que a depoente e sua amiga, se viraram na direção do sol para se bronzear desviando a atenção da mesma; que após 10 minutos um garoto avisou que aquela menina havia mergulhado e não havia mais retornado à superfície; que um dos meninos (cujo o nome a depoente desconhece) tirou a menina do fundo da piscina e a depoente e a sua amiga puxaram a mesma para fora da piscina, tendo a depoente puxado a mesma pelo pé e sua amiga pelo braço da vítima; que a depoente e sua amiga passaram a fazer massagens cardíacas no peito da menina; que um funcionário do hotel telefonou pedindo auxílio de paramédicos; que enquanto faziam massagens cardíacas na vítima a mesma expelia pela boca grande quantidade de alimentos que havia ingerido durante o almoço, levando a crer na possibilidade da mesma ter passado mal

devido a má digestão alimentar em face dos mergulhos no interior da piscina; que apareceu no local um salva-vidas que deu continuidade aos trabalhos.

Referido depoimento foi confirmado, via carta rogatória, às fls. 1007/1008.

Em relação à localização e acessibilidade da piscina pertencente à ré, esclareceu a testemunha João Francisco Bernardo Filho:

O depoente é bombeiro e atua como paramédico; no dia do acidente, o depoente foi acionado para fazer o traslado da vítima, do local onde o helicóptero pousaria, até o Hospital Joana de Gusmão; [...] o depoente conhece o Hotel Lexus, sendo vizinho deste. Conhece as instalações da piscina do Hotel Lexus. **A piscina localizava-se na frente do mar; na época do acidente tratado nos autos, não havia nenhuma proteção com relação a essa piscina e ela se localizava em ambiente totalmente aberto; não havia cerca entre a areia da praia e o ambiente da piscina;** na frente da piscina, na época dos fatos, existiam algumas mesas com cadeiras para hóspedes. [...] os autores eram proprietários de um bar/lanchonete localizado próximo ao hotel lexus; residiam os requerentes, numa casa aos fundos desse bar. O depoente acredita que entre a residência dos autores e o hotel lexus existe uma distância de 200m, aproximadamente; [...]. O autor Benevenuto cuidava do bar; nas horas de maior movimento, a requerente Sulamita auxiliava no atendimento do bar; o acidente aconteceu no horário 'de pique' do bar. Não sabe se, no dia e hora dos fatos, a requerente Sulamita estava ajudando o autor Benevenuto no bar [...] (fls. 481/482).

No mesmo sentido, colhe-se do testemunho de Mauro César dos Santos:

[...] o depoente pode informar que a piscina do hotel Lexus, na época dos fatos, não estava cercada e nem isolada por outro tipo de proteção. A piscina localizava-se de frente para a praia. Entre a piscina e a areia da praia havia um desnível, 'um barranco'; em frente a rua, que se localizava ao lado do hotel, havia uma escada que dava acesso à praia [...] (fl. 484)

Enfim, colaciona-se o depoimento prestado pelo funcionário destacado pela ré afim de que se responsabilizasse acerca da manutenção da área da piscina, Sr. Rudimar Damásio da Silveira:

O depoente trabalhava no hotel na época dos fatos. **Sua função era de realizar serviços gerais, especificamente para a piscina, onde atendia os hóspedes, fornecendo toalhas, guarda-sol e cadeiras; o depoente também tinha a tarefa de não permitir o ingresso de estranhos à piscina; ainda fiscalizava as crianças e hóspedes que usavam a piscina.** Na hora do acontecimento, o depoente encontrava-se na garagem do hotel, onde fora pegar material para o uso na piscina. **O depoente se ausentou do ambiente da piscina por 3 minutos, aproximadamente. Ao retornar constatou que a vítima havia se afogado;** imediatamente, prestou os primeiros socorros à vítima; logo em seguida, chamou o salva-vidas e a polícia. Na época dos fatos, a piscina não encontrava-se isolada por cercas ou outro tipo de proteção. Algumas pessoas, não hóspedes, tentavam usar a piscina, que ficava em ambiente aberto. **O depoente estava sempre fiscalizando para impedir que essas pessoas usassem a piscina.** Quando o depoente, eventualmente, por breves momentos, se ausentava do local da piscina, pessoas estranhas tentavam usar essa piscina. Mas o depoente mantinha uma fiscalização atenta. Entre a areia da praia e a piscina havia um considerável desnível. Em frente a piscina, havia uma rampa de acesso à praia. [...] **o depoente nunca tinha visto a vítima antes na piscina** [...] (fls. 486/487).

Destarte, a fim de se reconhecer a responsabilidade civil da ré no caso em comento, verifica-se preenchidos os requisitos alhures delineados, uma vez que o dano está estampado no resultado morte da menor, filha dos autores, por afogamento. O nexo da causalidade, por sua vez, caracteriza-se pela relação entre o evento danoso e a ação que o produziu, ou seja, é a causa do dano, que ficou devidamente evidenciado, através do resultado morte por afogamento, em decorrência do acesso e utilização pela menor nas instalações aquáticas da ré.

A culpa por parte da ré se mostra evidente na modalidade de negligência, uma vez que permitiu que uma criança de 04 (quatro) anos

adentrasse em suas instalações e, ainda, viesse a desfrutar, sem observação do funcionário responsável, de uma piscina destinada a adultos.

Todavia, em relação a culpa, como bem ponderou o douto magistrado sentenciante, não pairam dúvidas de que há responsabilidade concorrente entre os litigantes, quer seja pelos pais/autores por ausência de cuidados em relação a filha de 4 (quatro) anos de idade, a qual se deslocou da residência dos mesmos até o estabelecimento da ré, que dista aproximadamente entre 60 e 200 metros (conforme indicado nos depoimentos), quer seja pelo fato desta última possuir uma piscina para utilização exclusiva de seus hóspedes, porém sem qualquer proteção ao público em geral, conforme se denota das fotografias de fl. 21.

Nesse sentido, colhe-se da jurisprudência:

APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. MORTE DE MENOR. AFOGAMENTO EM AÇUDE. CULPA CONCORRENTE. Havendo culpa concorrente entre as condutas empregadas pela empresa demandada e pela autora, procede, em parte, a irresignação interposta. À mãe da vítima era dado o dever de vigilância em relação a sua filha, tendo em vista a periculosidade do local do acontecimento. A empresa demandada, de sua parte, deveria zelar pela vigilância do açude, perfazendo a correta proteção e tomando os devidos cuidados para que acidentes não ocorressem. Dessa forma, restou demonstrada a culpa de ambas as partes, consubstanciada na ausência do dever de vigilância (TJRS - AC n.70006157150, rel. Desa. Marta Borges Ortiz, j. 21.10.04)

Também:

RECURSO DE APELAÇÃO CÍVEL. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. MORTE DE MENOR POR AFOGAMENTO. LOCAL DE CONSTRUÇÃO DE PARQUE AQUÁTICO MUNICIPAL. CULPA CONCORRENTE ENTRE OS PAIS DO MENOR E O MUNICÍPIO. CONDENAÇÃO. FIXAÇÃO DE BENEFÍCIO CABÍVEL SOMENTE QUANDO SE TRATAR DE FAMÍLIA DE BAIXA RENDA. ENTENDIMENTO DO STJ. RECURSO IMPROVIDO. A inexistência de fiscalização e segurança por parte do Município, na construção de área de lazer,

conjugada com a falta da devida cautela dos pais no dever de guarda do filho, caracterizam a culpa recíproca na ocorrência do evento danoso que causou o seu falecimento. O entendimento prevalecente no Colendo Superior Tribunal de Justiça, em se tratando de família de baixa renda, é o de que deve a pensão ser fixada em 2/3 (dois terços) do salário mínimo, reduzida a 1/3 (um terço), a partir da data em a vítima atingiria 25 anos, quando pela presunção, constituiria nova família, até à longevidade provável prevista em tabela expedida pela Previdência Social, se até lá estiver vivo o pai. (TJMT – AC n. 7541/2007, de Campo Verde, rel. Des. Marcelo Souza de Barros, j. 28.03.07).

Oportuno salientar que não prospera o argumento da ré de que o afogamento da vítima possivelmente tenha se dado em razão de uma má digestão pelo fato desta continuamente brincar de mergulhar e vir à tona, embora consigne que há declarações de que esta tenha vomitado grande quantidade de alimento. Isto porque, verifica-se do atestado de óbito (fl. 18) que a causa morte foi “asfixia, afogamento” e de acordo com salva-vidas que realizou os primeiros socorros na criança essa, a partir de sua intervenção, “não havia expelido comida pela boca” (fl. 479).

Dessa forma, não prospera as irresignações de ambas as partes quanto a responsabilização concorrente entre os litigantes.

Ainda, em seu recurso, sustenta a ré que é inaplicável ao caso a determinação de constituição de capital diante de visível “solvabilidade” da empresa ré.

Referida assertiva não merece prosperar. Isso porque, além da referida solvabilidade não ter o condão de eximir a ré que constitua o capital necessário a garantir a exequibilidade da condenação, tal instituto encontra respaldo na Súmula 313 do Superior Tribunal de Justiça, a qual salienta a sua constituição “independentemente da situação financeira do demandado”.

A respeito, colhe-se dos julgados do STJ:

RECURSO ESPECIAL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. ALIMENTOS. INDENIZAÇÃO. ATO ILÍCITO. ESCLARECIMENTO. ACOLHIMENTO. SEM ALTERAÇÃO DO RESULTADO DO JULGADO.

1. A Súmula nº 313/STJ pacificou a jurisprudência desta Corte sobre a necessidade de constituição de capital para garantir o pagamento de pensão, ainda que a situação financeira da empresa devedora seja estável.
2. Embargos de declaração acolhidos apenas para prestar esclarecimentos, sem modificação do resultado do julgado. (EDcl-AgRg-EDcl-REsp 390.707, rel. Min. Fernando Gonçalves, j. 19.02.08).

Por fim, ainda assevera a ré acerca da impossibilidade de cumulação entre o dano moral e o dano material (pagamento de pensão mensal), uma vez que esse último caberia apenas à própria vítima. Acrescenta, ainda, que a quantificação do dano moral deve ser delimitado em liquidação de sentença.

Outrossim, sem razão. Isto porque, de acordo com a Súmula 37 do STJ “são cumuláveis as indenizações por dano material e dano moral oriundo do mesmo fato”, sendo que no caso em tela é plenamente cabível o percebimento pelos pais da falecida de ambas as verbas, “uma vez possuírem finalidade diversa. A reparação do dano tende a amenizar a dor experimentada pelos familiares da vítima, enquanto a pensão tende a garantir o sustento daqueles, até então suportado pelo falecido, indenizando-os dos prejuízos sofridos” (TJSC, AC n. 2002.026942-0, de Blumenau, rel. Des. Wilson Augusto do Nascimento).

A respeito, também desta Corte:

RESPONSABILIDADE CIVIL. ACIDENTE DE TRÂNSITO. [...]. CULPABILIDADE. VÍTIMA DE APENAS TRÊS ANOS DE IDADE QUE REALIZA, SOZINHA, A TRAVESSIA DE ESTRADA MOVIMENTADA E É ATROPELADA POR CAMINHÃO. CONDUTOR DO VEÍCULO QUE, APESAR DE UTILIZAR-SE FREQUENTEMENTE DA VIA, DEIXA DE

TOMAR AS DEVIDAS CAUTELAS AO SE APROXIMAR DE LOCAL COM INTENSO MOVIMENTO DE PEDESTRES. CULPA RECÍPROCA CONFIGURADA. DANO MORAL E PENSÃO MENSAL (DANO MATERIAL). CUMULAÇÃO. POSSIBILIDADE. APLICAÇÃO DA SÚMULA 37 DO SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA. [...] (AC n. 2002.000974-1, de Chapecó, rel. Des. Jorge Schaefer Martins, j. 22.11.07) (sem destaque no original).

Além do mais, totalmente infundada a pretensão de se ver o dano moral fixado em liquidação de sentença, porquanto, embora delimitado modicamente pelos autores em R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), cabe ao julgador no momento de apreciação dos autos quantificar a dor experimentada pelos autores e aí sim fixar o *quantum* correspondente, sendo desarrazoado postergar tal ato para liquidação de sentença se o feito já está completo para prefalada valoração. Ainda válido consignar que a quantificação do dano moral não se encaixa nas hipóteses de liquidação de sentença por cálculo (art. 475-B), por arbitramento (art. 475-C do CPC) ou sequer por artigos (art. 475-E do CPC).

Por outro lado, além da irrisignação quanto a existência de culpa concorrente, os autores apelaram acerca de outros pontos, os quais serão neste momento analisados.

Aduzem que a condenação da ré ao pagamento de pensão mensal na quantia de 1/4 (um quarto) do salário-mínimo não está a representar o “dano patrimonial sofrido com a perda da expectativa de produção de renda familiar que a vítima poderia auferir”.

Embora a vítima não exercesse, em razão da idade, atividade laboral, segundo a Súmula 491 do STF, é devido aos pais pensão, essa no importe de 2/3 (dois terços) do salário-mínimo. Todavia, como no caso dos autos foi reconhecida a ocorrência de culpa concorrente, a referida pensão há de ser fixada no importe de 1/3 (um terço) do salário-mínimo desde a data em que a menor completasse 16 (dezesseis) anos até o período em que

completaria 25 (vinte e cinco) anos, corrigido monetariamente desde a data desta decisão e acrescido de juros de mora a partir do dia do evento danoso (Súmula 54, STJ).

Colhe-se dos julgados do Superior Tribunal de Justiça:

“[...] 1. Pacificado o entendimento, no STJ e no STF, quanto ao cabimento de dano material em decorrência de acidente que cause a morte de filho menor, ainda que não exerça trabalho remunerado, em se tratando de família de baixa renda” (REsp 427842 / RJ, rel. Min. Eliana Calmon, j. 03/08/04).

Já decidiu esta Corte:

“[...] MORTE DE FILHA - PENSÃO VITALÍCIA - TERMO INICIAL 16 (DEZESSEIS) ANOS - DATA QUE O TRABALHO PASSA A SER PERMITIDO PELA CONSTITUIÇÃO FEDERAL - OBRIGAÇÃO DO PAGAMENTO ATÉ OS 25 (VINTE E CINCO) ANOS.

O termo a quo para o pagamento de pensão mensal decorrente de acidente trânsito, inicia-se a partir da data em que a vítima completaria 16 (dezesseis) anos, época em que o trabalho é permitido constitucionalmente.

O limite temporal para fixação da pensão deve se limitar à data em que a vítima completaria 25 (vinte e cinco) anos, entendendo-se que a partir daí formaria nova família, a qual prestaria auxílio e alimentação” (AC n. 2001.005499-0, de Concórdia, rel. . Desa. Salete Silva Sommariva, j. 20/04/04).

Da jurisprudência:

AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS. DEMORA NA CONFIRMAÇÃO DO DIAGNÓSTICO. NEGLIGÊNCIA MÉDICA NO ATENDIMENTO AO MENOR. CULPA CONFIGURADA. DEVER DE INDENIZAR. [...] NEGLIGÊNCIA MÉDICA - MORTE DO FILHO MENOR - DANO MATERIAL DEVIDO - PENSÃO MENSAL. A morte de filho menor, proveniente de família de baixa renda, é indenizável, ainda que este não exercesse trabalho remunerado. O valor da pensão mensal deve corresponder a 2/3 do salário mínimo, contados

a partir da data em que o menor completaria 14 anos de idade até aquela em que atingisse os 25 anos, momento em que normalmente os jovens desvinculam-se da família originária para desconstituir a própria (TJMS – AC n. 2007.012884-2, de Itaporá, rel. Des. Elpídio Helvécio Chaves Martins, DJEMS 01.12.08).

Requereram os autores a fixação dos danos morais em salários-mínimos. No entanto, tal pretensão vai de encontro ao disposto no inciso IV do artigo 7º da Constituição Federal, que veda a utilização do salário-mínimo para quantificar o referido dano moral. Nesse sentido:

APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – RELAÇÃO COMERCIAL – COMPRA PARCELADA – INADIMPLIMENTO – NEGATIVAÇÃO DO NOME NOS ÓRGÃOS DE RESTRIÇÃO AO CRÉDITO – DÍVIDA QUITADA – ABALO MORAL PRESUMIDO – DEVER DE INDENIZAR – *QUANTUM* INDENIZATÓRIO – CRITÉRIOS DA RAZOABILIDADE E DA PROPORCIONALIDADE – EMPREGO DO SALÁRIO MÍNIMO – VEDAÇÃO – ADEQUAÇÃO PROCEDIDA EX OFFICIO – RECURSO DESPROVIDO.

[...] “É firme o entendimento do STF no sentido de que a fixação de indenização em múltiplos de salários mínimos ofende o disposto no art. 7º, IV, da Constituição” (STF, Min. Sepúlveda Pertence) (AC n. 2008.043646-7, de Blumenau, rel. Des. Fernando Carioni, j. 17.11.08).

No que concerne, ainda, ao pleito de pagamento em relação do dano moral no patamar pleiteado na inicial – R\$ 50.000,00 –, tem-se que, em razão da concorrência de culpa entre os litigantes, o seu pagamento foi devido na proporção de 50% (cinquenta por cento) do pretendido, ou seja, R\$ 25.000,00 (vinte e cinco mil reais), conforme corretamente arbitrado na sentença objurgada.

Sustentam, ainda, os autores ser descabida a imposição em seu desfavor da penalização por litigância por má-fé.

Denota-se que o magistrado *a quo* condenou os autores pelo fato desses terem alterado a verdade dos fatos ao narrarem que a vítima jamais teria freqüentado a piscina do hotel. Todavia, embora uma das testemunhas que presenciou o fatídico evento e a gerente do hotel tenham afirmado que a presença da menor era constante no referido local (fls. 72/73 e 490/491), tem-se que a afirmação dos autores não pode ser considerada leviana ao passo que o próprio funcionário da ré, designado especialmente para cuidar da área de recreação, foi categórico em seu depoimento ao afirmar que “nunca tinha visto a vítima antes na piscina [...]” (fl. 487).

Assim, não se vislumbra que tenham aqueles atuado de forma temerária ao exercer seu direito, incidindo de forma atentatória à dignidade ou pretendendo atingir objetivo ilegal.

No mesmo vértice, não se verifica que tenha violado o dever que incumbe à parte de “expor os fatos em juízo conforme a verdade; proceder com lealdade e boa-fé; não formular pretensões, nem alegar defesa, cientes de que são destituídas de fundamento”, conforme inscrito nos incisos I, II e III do art. 14 do CPC. Esta Corte de Justiça já decidiu acerca do tema:

(...) PROCESSUAL CIVIL – LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ – INOCORRÊNCIA – AUSÊNCIA DE DOLO

Para que haja condenação em multa por litigância de má-fé é necessário que esteja evidenciado o dolo do litigante em prejudicar a parte contrária (AC n. 2006.016109-0, rel. Des. Luiz César Medeiros, j. 03.10.06).

Diante do exposto, nego provimento ao recurso da ré e dou parcial provimento ao recurso dos autores, para que a pensão mensal seja no importe de 1/3 do salário-mínimo mensal, corrigido monetariamente desde a data desta decisão e acrescido de juros de mora a partir do dia do evento danoso (Súmula 54, STJ) e, ainda, seja excluída a condenação dos autores às penas de litigância de má-fé.

DECISÃO

Nos termos do voto do relator, a Câmara, por maioria de votos, conheceu dos recursos para, afastar a preliminar argüida pela ré e, no mérito, negar provimento ao seu recurso e dar parcial provimento ao recurso dos autores, para que a pensão mensal seja no importe de 1/3 do salário-mínimo mensal, corrigido monetariamente desde a data desta decisão e acrescido de juros de mora a partir do dia do evento danoso (Súmula 54, STJ) e, ainda, seja excluída a condenação dos autores às penas de litigância de má-fé. Vencido o Exmo. Sr. Des. Mazoni Ferreira que votou no sentido de dar procedência ao recurso da ré e julgar o feito improcedente.

O julgamento, realizado nesta data, foi presidido pelo Exmo. Sr. Des. Mazoni Ferreira, com voto vencido, e dele participou o Exmo. Sr. Des. Luiz Carlos Freysleben.

Florianópolis, 26 de março de 2009

Sérgio Izidoro Heil
RELATOR

Declaração de voto vencido do exmo. Sr. Mazoni Ferreira

Não lavrarei voto vencido.

Florianópolis, 16 de setembro de 2009.

Mazoni Ferreira

Apelação Cível n. 2007.026799-3, de Urubici

Relator: Des. Sérgio Izidoro Heil

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE ANULAÇÃO DE ATOS JURÍDICOS E IMISSÃO DE POSSE. COMPRA E VENDA DE IMÓVEL. CERCEAMENTO DE DEFESA. PROVAS DOS AUTOS BASTANTES À ELUCIDAÇÃO DOS FATOS SUBJACENTES À LIDE. PRELIMINAR RECHAÇADA. INTERVENÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. DESNECESSIDADE. FEITO QUE NÃO TRATA ACERCA DE REGISTROS PÚBLICOS, TANGENCIANDO A QUESTÃO APENAS DE MODO REFLEXO. PREFACIAL AFASTADA. PRESCRIÇÃO RECONHECIDA PELA SENTENÇA. ALEGAÇÃO DE NULIDADE DO NEGÓCIO JURÍDICO PELA INCAPACIDADE DO AGENTE. PLENA CAPACIDADE CIVIL EVIDENCIADA NOS AUTOS. INOCORRÊNCIA DE SUSPENSÃO OU INTERRUPTÃO DO PRAZO PRESCRICIONAL. TRANSCURSO DE MAIS DE 30 (TRINTA) ANOS ENTRE A CELEBRAÇÃO DA AVENÇA E A INTERDIÇÃO DO ALIENANTE. PRESCRIÇÃO CONSUMADA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. MANUTENÇÃO. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2007.026799-3, da comarca de Urubici (Vara Única), em que é apelante Espólio de Algeo Batista Rodrigues, e são apelados Joaquim Godinho dos Santos e Aparecida Maria Rodrigues dos Santos:

ACORDAM, em Segunda Câmara de Direito Civil, por votação unânime, conhecer do recurso e negar-lhe provimento. Custas legais.

RELATÓRIO

Trata-se de recurso de apelação cível interposto por Espólio de Algeo Batista Rodrigues em face de sentença que, nos autos da ação de anulação de atos jurídicos e imissão de posse n. 077.05.001298-0, movida em face de Joaquim Godinho dos Santos e Aparecida Maria Rodrigues dos Santos, declarou a ocorrência de prescrição, nos termos do artigo 269, IV, do CPC e condenou o autor ao pagamento das custas processuais e dos honorários advocatícios, estes fixados em 20% (vinte por cento) sobre o valor da ação (fls. 267/270).

Em suas razões recursais, o apelante alegou, preliminarmente, a ocorrência de cerceamento de defesa e a nulidade do feito por falta de intervenção do Ministério Público. No mérito, asseverou, em síntese, que: os atos jurídicos questionados nos autos são nulos, dada a incapacidade de Algeo desde seus 11 (onze) anos de idade, conforme comprovado nos autos da interdição n. 039.90.001147-3; a incapacidade do falecido era conhecida de todos que com ele negociaram, o que demonstra sua má-fé; os valores relativos à venda das árvores que existiam no imóvel devem ser devolvidos ao espólio; a presente ação não foi ajuizada anteriormente porque, havia muito, tentava-se uma solução interna à família para pôr fim ao problema, já que, acreditava-se, não havia mais saída judicial para a questão; os honorários foram fixados em valor excessivo e merecem redução.

Concluiu com pedido de provimento da irresignação para anular a sentença recorrida ou, alternativamente, julgar procedentes os pedidos iniciais; finalmente, caso mantida a sentença, para reduzir os honorários advocatícios a R\$ 500,00 (quinhentos reais) (fls. 284/307).

Preparado (fl. 321) e contra-arrazoado (fls. 327/336) o recurso, os autos ascenderam a esta Corte de Justiça.

VOTO

I. A primeira preliminar levantada pelo apelante é a de nulidade do feito pela ocorrência de cerceamento de defesa. Diz o recorrente que o Magistrado *a quo* não lhe permitiu a produção de provas hábeis a demonstrar que o falecido Algeo era totalmente incapaz à época em que celebrados os negócios jurídicos questionados nos presentes autos.

É lição decantada ser o Magistrado o destinatário das provas, destinadas a formar no espírito daquele a convicção acerca dos fatos alegados pelas partes. Assim, cabe-lhe verificar, diante do princípio do livre convencimento motivado (CPC, artigo 131), se as provas carreadas aos autos são suficientes a formar sua convicção sobre a causa.

Se o julgador entende ser bastante o que já lhe foi apresentado, deve indeferir os pedidos pela produção de novas provas, obrigado que está a velar pela rápida solução do litígio (CPC, art. 125, II) e a indeferir as diligências inúteis e meramente protelatórias (CPC, art. 130).

Efetuando contrapeso entre a celeridade processual e a segurança jurídica, nortes a serem observados na avaliação das provas a serem produzidas, o Código de Processo Civil estabeleceu as hipóteses em que é admissível julgamento antecipado da lide, abreviando o procedimento em primeiro grau de jurisdição e arredando a fase instrutória do feito. Tais casos estão delineados no artigo 330 do CPC, que assim estatui:

Art. 330. O juiz conhecerá diretamente do pedido, proferindo sentença:

I - quando a questão de mérito for unicamente de direito, ou, sendo de direito e de fato, não houver necessidade de produzir prova em audiência;

II - quando ocorrer a revelia (art. 319).

Acerca do tema, Arruda Alvim e Teresa Arruda Alvim Pinto afirmam:

O julgamento antecipado da lide marca-se pela desnecessidade ou irrelevância da audiência para produção de prova, ou porque a questão de mérito se resume na aplicação da lei ao caso concreto, já definido pela ausência de qualquer controvérsia em torno dos fatos, e, então, encontra aplicação a regra de que acerca do direito não se faz prova, por força da aplicação do princípio do *iura novit curia* (art. 330, I, 1ª frase), ou, então, a audiência se torna desnecessária, porque, apesar da existência de questões de fato que dependam de prova, essa prova não é oral e nem há prova pericial, e não será realizada em audiência, por ser exclusivamente documental, por exemplo (art. 330, I, 2ª frase) (*in*: Manual do Direito Processual Civil. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991. V. II. p. 226).

No caso dos autos, não ocorreu a revelia, razão pela qual o julgamento antecipado somente era admissível se constatado que os fatos narrados pela autora são incontroversos ou se as questões de fato já foram suficientemente dirimidas.

Da jurisprudência desta Corte, com igual teor, os seguintes precedentes:

Não há cerceamento de defesa, em razão do julgamento antecipado da lide, quando os elementos que instruem os autos são suficientes para formar o convencimento do magistrado, na hipótese em que a matéria a ser apreciada é unicamente de direito, dispensando a produção de outras provas. (AC n. 2004.004969-2, de São Joaquim, rel. Des. Jânio Machado, j. 13/05/2008).

Mais:

Inexiste cerceamento de defesa quando o juiz, considerando desnecessária a dilação probatória, julga antecipadamente a lide com base nos elementos probantes até então coligidos e as provas requeridas evidentemente não alterariam a solução adotada. (AC n. 2007.056482-8, de Balneário Camboriú, rel. Des. Marcus Tulio Sartorato, j. 15/04/2008).

Ainda:

Não se caracteriza o cerceamento de defesa quando há nos autos elementos bastantes a formar o convencimento do juiz, permitindo-lhe o julgamento antecipado da lide (AC n. 1998.009749-5, Des. Sérgio Paladino, j. 25/02/1999).

Neste passo, somente se configura o cerceamento de defesa quando a prova indeferida é apta a influenciar a resolução da lide; ao revés, se não possui tal potencialidade, não fica evidenciado o prejuízo à parte.

Na hipótese dos autos, a prova que o demandante pretendia produzir era irrelevante. A questão acerca da capacidade do falecido Algeo já está suficientemente comprovada, como se verá posteriormente, razão pela qual não havia a necessidade de se determinar o prosseguimento da marcha processual em primeiro grau, com o início da fase instrutória do feito.

Por tal motivo, não se configurou o cerceamento de defesa, razão pela qual a preliminar deve ser rechaçada.

II. A segunda preliminar argüida pelo apelante é a de que o feito é nulo pela falta de intervenção do Ministério Público, porquanto se trata de ação envolvendo registros públicos.

Também quanto a esta prefacial, razão não assiste ao recorrente.

O que se debate nos autos não é matéria atinente aos registros públicos, mas à suposta nulidade dos negócios jurídicos envolvendo o imóvel pertencente ao finado Algeo. A questão reside, portanto, puramente no direito civil, não havendo aí qualquer interesse tutelável pelo *parquet* em sua atribuição de *custos legis*, tornando dispensável a participação do órgão ministerial.

Apenas de modo reflexo fala-se em registros públicos nos presentes autos, tão-somente como decorrência de eventual declaração de nulidade do negócio jurídico, já que aí haveria a necessidade de se desmembrar a matrícula formada pela junção do imóvel perseguido na presente demanda com outro, limítrofe a este. Não se questiona, porém, a legalidade

de qualquer operação com as matrículas, o que atrairia a necessidade de intervenção do Ministério Público.

Neste sentido, a jurisprudência desta Casa:

Em ação declaratória de nulidade de compra e venda imobiliária c/c reivindicatória, em que a matéria controvertida não é tipicamente registrária, sendo eventuais alterações nos registros públicos mera decorrência da sentença de invalidação, não é obrigatória a intervenção do Ministério Público como fiscal da lei, não induzindo sua falta nulidade (AC n. 2006.042961-7, de Balneário Piçarras, rel. Des. Maria do Rocio Luz Santa Ritta, j. 19/02/2008).

Mais:

MINISTÉRIO PÚBLICO. INTERVENÇÃO. DESNECESSIDADE. NULIDADE REJEITADA.

Nas ações que têm por meta a anulação de negócios jurídicos versantes sobre a transmissão de bens imóveis, a anulação das respectivas escrituras públicas de compra e venda e o cancelamento dos pertinentes registros imobiliários revelam-se como mera decorrência do reconhecimento da ineficácia da própria negociação. Por isso mesmo, em tais hipóteses, totalmente dispensável faz-se a intervenção do Ministério Público, cuja ausência dos atos processuais não traduz-se em qualquer nulidade (AC n. 98.000741-0, da Capital, rel. Des. Trindade dos Santos, j. 09/03/2000).

Por fim:

AÇÃO PAULIANA - ANULAÇÃO DE REGISTRO DE IMÓVEL - INTERVENÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO - DESNECESSIDADE.

A intervenção do Curador de Registros Públicos só se justifica naqueles processos em que se discute interesse resguardado por norma registrária, e não quando a alteração de registro é mera decorrência do reconhecimento de um direito substantivo que nada tem a ver com matéria registrária (AC n. 42.673, de Blumenau, rel. Des. Eder Graf, j. 21/09/1993).

Veja-se, aliás, que o próprio apelante não parece crer em sua preliminar, tanto que, tendo falado por diversas vezes nos autos antes da prolação da sentença que lhe foi desfavorável, jamais pretendeu a intervenção do órgão ministerial. É essa a prova cabal de que, realmente, não há porque acolher a prefacial ventilada.

Afasta-se, portanto, também esta preliminar.

III. Ao julgar a demanda, o Magistrado *a quo* entendeu pela ocorrência de prescrição da pretensão anulatória. Para tanto, porém, teve de enveredar pela discussão acerca da incapacidade do agente, o que altera substancialmente o prazo prescricional aplicável, além de autorizar a incidência de determinadas causas de suspensão ou interrupção do lapso prescricional. Por tal motivo, também será necessário, nesta instância, avaliar a questão da capacidade do falecido Algeo.

Quanto ao ponto, insiste o espólio na alegação de que o extinto era plenamente incapaz ao tempo da celebração do negócio jurídico questionado, razão pela qual se está diante de nulidade absoluta da avença.

Para que se entenda melhor o ocorrido, é necessário fazer um breve relato dos fatos que dão suporte à presente demanda.

Em 22/04/1959, Algeo, então prestes a completar 39 (trinta e nove) anos de idade, recebeu de seus pais, Manoel Nascimento Rodrigues e Umbelina Ovídia Ribeiro, um imóvel rural situado em Urubici, com área de 9.074.000,00 m² (nove milhões e setenta e quatro mil metros quadrados). Ao efetuar a transferência, os genitores gravaram o bem com usufruto vitalício em seu favor.

Pouco mais de um ano após, em 6/06/1960, Algeo vendeu o imóvel para Dário Rodrigues de Souza e Maria de Lourdes Batista Rodrigues, cunhado e irmã do vendedor, respectivamente. Os adquirentes, a seu turno, repassaram a área a seus filhos e genros, dentre eles os ora réus, Joaquim

Godinho dos Santos e Apareciada Maria Rodrigues dos Santos, os quais terminaram por acumular a propriedade de todo o imóvel ao adquirirem as demais partes da coisa junto a seus parentes.

Após tais aquisições, os demandados adquiriram também uma gleba limítrofe, razão pela qual uniram as matrículas dos imóveis, dando ensejo à criação de uma nova matrícula.

Desde que saiu das mãos de Algeo, diz a inicial, do imóvel foram retirados todos os pinheiros ali plantados, cujos valores, corrigidos e acrescidos de juros de mora, alcançariam, à época da propositura da demanda, o somatório de R\$ 1.761.003,59 (um milhão, setecentos e sessenta e um mil e três reais e cinquenta e nove centavos).

A peça inicial afirma, porém, que o segundo negócio jurídico aqui descrito – venda do bem de Algeo a Dário e Maria de Lourdes – não pode ser tido por válido. Isto porque, de um lado, o preço ajustado pela coisa não foi pago até hoje e, de outro, porque Algeo era plenamente incapaz desde os 11 (onze) anos de idade.

Ocorre, porém, que a própria escritura pública de compra e venda, devidamente contextualizada no tempo e local em que foi lavrada, desmente a tese alegada na inicial.

Deve-se lembrar que referido documento foi confeccionado nos idos de **1960** em Urubici, comarca pequena, não muito populosa, a qual, nos idos de 2007, contava com população de meros 10.825 habitantes, segundo dados do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE (disponível em <http://www.ibge.gov.br/cidadesat/painel/painel.php?codmun=421890#>). À época em que realizado o negócio, porém, a população local certamente era inferior àquela atualmente registrada, o que permitiu que a escrevente afirmasse conhecer os envolvidos na negociação.

Conhecendo-os e, mesmo assim, tendo lavrado a escritura pública, é certo que a escrevente – assim como o tabelião, que também assinou o documento – consideravam o falecido Algeo apto a negociar seus bens. Tivessem eles certeza da incapacidade absoluta que, diz a inicial, impunha limitações ao livre arbítrio do finado, certamente não teriam lavrado a escritura.

Aliás, nem sequer menção à possível incapacidade do alienante foi feita naquela escritura. Silenciou-se ela quanto à capacidade civil das partes, pelo que, presume-se, eram capazes todas as partes envolvidas no negócio.

Mais que isso, ao pacto impugnado anuíram também os pais de Algeo, que aceitaram retirar do bem o usufruto que sobre ele pendia e concordaram com o que ali se estava a fazer. Tal fato demonstra que mesmo aqueles aos quais incumbiria exercer eventual curatela do alienante (CC/16, art. 454, § 1º) – caso restasse comprovada sua incapacidade total – concordaram com o pacto. Deste modo, não haveria como lhe atribuir a pecha de inválido.

Deve-se notar, ainda, que foram anexados aos autos, com a contestação, inúmeras escrituras públicas de doação feita pelos pais de Algeo aos irmãos deste, com sua anuência. Em nenhuma delas – inclusive naquela feita em favor de Edmundo Ribeiro Rodrigues, inventariante do espólio ora demandante – foi feita menção à alegada incapacidade do falecido. Como sempre, tudo que se fez foi nomear pessoa que assinou a rogo por Algeo.

O que chama mais a atenção, porém, não é nenhum dos fatos acima. Em verdade, o que impressiona é o fato de que **quem assinou a rogo por Algeo no negócio jurídico que se quer reputar nulo foi justamente o inventariante do espólio autor da presente demanda, Edmundo Ribeiro Rodrigues**. Este, já na condição de médico formado, irmão do falecido Algeo, prestou-se a assinar o documento que agora, tendo já ocorrido o

passamento do autor da herança, vem questionar, por afirmar que o alienante não se mostrava plenamente capaz, à época.

Como, então, acolher a versão do espólio – que, de resto, é a versão do próprio inventariante, pois a ação, repete-se, foi proposta após o passamento de Algeo – de que o vendedor não se encontrava no pleno gozo de sua capacidade? Se o inventariante apôs sua assinatura ao contrato, é porque tinha certeza de que aquela era a vontade da pessoa pela qual assinava. Certamente procederia de forma diversa se assim não fosse, pois, caso contrário, estaria ele, escolhido para representar o seu próprio irmão, cego e analfabeto – com toda a carga de confiança demonstrada em tal gesto –, a proceder de forma diversa daquela desejada pelo representado.

É evidente, portanto, que Algeo tinha plena ciência do que estava a fazer, sendo sua verdadeira vontade, sem qualquer distorção, efetuar a compra e venda na qual envolvido o imóvel disputado nos presentes autos.

Não se diga que a posterior interdição do falecido, ocorrida nos idos de agosto de 1990 (fl. 50), é prova cabal de sua incapacidade para todos os atos da vida civil. Isto porque, somente a partir da sentença de interdição é que se atesta o estado de incapacidade do interditando, determinando-se sua curatela.

Neste sentido, esta Corte já se pronunciou:

A posterior interdição do agente não é capaz de invalidar o negócio jurídico anteriormente celebrado, salvo devida comprovação de que nessa época o contratante já se encontrava impossibilitado de manifestar real e juridicamente a sua vontade (AC n. 2008.058523-4, da Capital / Estreito, rel. Des. Fernando Carioni, j. 17/12/2008).

Como no caso não há prova da incapacidade – ao revés, há comprovação da capacidade –, mostra-se impossível acolher o pedido declaratório de nulidade da avença.

Válido lembrar, ainda, que entre a celebração do negócio jurídico e a decretação da incapacidade passaram-se nada menos que 30 (trinta) anos, quando as condições de saúde de Algeo – nascido em 1919 – podem ter sofrido considerável piora.

Destarte, sendo clara a capacidade do falecido, não há como acolher o pedido declaratório de nulidade do negócio jurídico.

Neste passo, como apontado pela sentença, se não é possível falar em incapacidade total do agente, também não se pode falar em inoccorrência de prescrição ou decadência. Deste modo, tendo transcorrido pouco mais de 30 (trinta) anos entre a lavratura da escritura pública que é instrumento do negócio questionado e a interdição do falecido Algeo – a partir de quando suspendeu-se o curso da prescrição –, resta evidente que nenhuma ação poderia ser proposta pelo extinto ou por seus sucessores para questionar a validade da avença debatida nos autos, já que atingida pela prescrição.

Por tais razões, não há motivo para modificar a sentença atacada.

IV. Por fim, como último pedido de seu apelo, pretende o apelante a redução dos honorários de sucumbência, os quais foram fixados em 20% (vinte por cento) sobre o valor da causa, este arbitrado em R\$ 10.000,00 (dez mil reais). Por consequência, a verba advocatícia foi fixada em R\$ 2.000,00 (dois mil reais).

Em que pesem as alegações do apelante, razão também não lhe assiste neste ponto. Isto porque, embora a demanda tenha sido julgada antecipadamente, a matéria debatida nos autos é bastante complexa, tendo exigido dos procuradores dos demandados, à evidência, estudo aprofundado sobre o tema e grande diligência na obtenção dos antigos documentos que instruem o feito. Ademais, nestes autos é disputada grande quantia – cerca de R\$ 2.000.000,00 (dois milhões de reais), como dito alhures –, o que reflete na importância da causa.

Assim, sopesados os critérios apontados nas alíneas do § 3º do artigo 20 do CPC e levados em consideração os ditames do § 4º da mesma disposição legal, não há razão para reduzir os honorários advocatícios fixados pela sentença. Em verdade, dadas as condições acima expostas, o caso seria mesmo de majoração dos honorários advocatícios arbitrados em favor dos patronos dos vencedores. Não tendo havido, porém, apelo destes, nada há a ser feito, em razão do princípio que veda a *reformatio in pejus*.

V. Ante o exposto, vota-se no sentido de conhecer do recurso e negar-lhe provimento.

DECISÃO

Nos termos do voto do relator, a Câmara, à unanimidade, conheceu do recurso e negou-lhe provimento.

O julgamento, realizado nesta data, foi presidido pelo Exmo. Sr. Des. Nelson Schaefer Martins, com voto, e dele participou o Exmo. Sr. Des. Subst. Jaime Luiz Vicari.

Florianópolis, 12 de agosto de 2010

Sérgio Izidoro Heil
RELATOR

TERCEIRA CÂMARA DE DIREITO CIVIL

APELAÇÃO CÍVEL

Apelação Cível n. 2008.040794-7, de Araranguá

Relatora: Des. Maria do Rocio Luz Santa Ritta

ARRENDAMENTO MERCANTIL (*LEASING*).
REINTEGRAÇÃO DE POSSE. MORA. INEXISTÊNCIA.
SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA MANTIDA. RECURSO
DESPROVIDO.

A estipulante se qualifica como parte legítima para figurar no polo passivo da ação de indenização securitária quando pertencer ao mesmo grupo econômico da seguradora.

Nesses termos, no ambiente de arrendamento mercantil, morrendo o arrendatário no curso do contrato e havendo seguro prestamista celebrado com sociedade securitária integrante do mesmo grupo empresarial da arrendadora, que figura como estipulante e beneficiária, eventual mora decorrente do falecimento fica absorvida pela indenização securitária.

Dessa forma, aplicando-se a teoria da aparência, já que arrendadora e seguradora pertencem ao mesmo grupo empresarial, não há mora que justifique a reintegração de posse.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2008.040794-7, da comarca de Araranguá (2ª Vara Cível), em que são apelantes Itáu Seguros S/A e outro, e apelados Espólio de Walter Oswaldo Fuhrich e outro:

ACORDAM, em Terceira Câmara de Direito Civil, por unanimidade, não conhecer do apelo interposto pela Itaú Seguros S/A, desprover o que foi manejado pela Companhia Itauleasing de Arrendamento Mercantil S/A, e, de ofício, determinar, como efeito expletivo da sentença, seja levado a efeito a recomposição do *status quo ante*, nos termos da fundamentação. Custas legais.

RELATÓRIO

O acórdão de folhas 406/410 - que redistribuiu o recurso a esta Câmara - assim relatou a controvérsia:

“Companhia Itauleasing de Arrendamento Mercantil S/A aforou Ação de Reintegração de Posse contra Walter Oswaldo Fuhrich, em virtude do inadimplemento de contrato de arrendamento mercantil de veículo automotor.

Foi deferida a medida liminar de reintegração de posse (fl. 21), a qual restou cumprida (fls. 24-26).

O Espólio de Walter Oswaldo Fuhrich compareceu aos autos para oferecer contestação, alegando a nulidade da citação; a denúncia de Itaú Seguros S/A à lide, o qual seria responsável pela quitação do débito em virtude do seguro de vida contratado; e a nulidade da notificação do réu, pois já era falecido na época.

Réplica às fls. 56-57.

A intervenção de terceiros requerida foi deferida (fl. 59).

Citada, a seguradora denunciada contestou, aduzindo a sua ilegitimidade passiva, a não aceitação da denúncia realizada, assim como a inexistência de dever de indenizar, pois o de cujus sofreria de doença preexistente.

Manifestação da instituição financeira autora às fls. 118-119. O espólio réu deixou o prazo para se pronunciar transcorrer in albis (fl. 125).

Foi designada audiência de instrução e julgamento (fl. 126). A empresa seguradora opôs embargos de declaração para a análise quanto à sua ilegitimidade passiva e à produção do depoimento pessoal das partes (fls. 136-141), os quais foram acolhidos exclusivamente com relação à instrução (fls. 144 e 151).

O Hospital Regional de Araranguá promoveu a juntada dos prontuários médicos de atendimento do de cujus (fls. 157-268). Apenas a empresa denunciada pronunciou-se acerca dos documentos (fls. 277-280).

Ouvidas as testemunhas (fls. 292-294 e 317-324), a instrução do feito foi encerrada (fl. 326).

Alegações finais de Itaú Seguros S/A às fls. 330-336 e da casa bancária autora à fl. 339.

Sobreveio sentença de mérito, com a seguinte parte dispositiva:

ANTE O EXPOSTO:

1) JULGO IMPROCEDENTE o pedido formulado por Cia Itauleasing de Arrendamento Mercantil em face de Espólio de Walter Oswaldo Führich, não caracterizado o esbulho, razão pela qual REVOGO a liminar a folhas 21, devolvendo-se imediatamente o automóvel ao espólio, expedindo-se incontinenti o competente mandado de devolução.

CONDENO a autora no pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, estes que arbitro em 20% do valor dado à causa, nos termos dos §§ 3º e 4º, do art. 20, do CPC.

2) JULGO PREJUDICADA a denúncia à lide, e deixo de condenar o litisdenunciante nos ônus da sucumbência quanto à lide secundária, porque beneficiário da gratuidade judiciária (fl. 345).

Irresignados, o banco e a seguradora interpuseram recurso de apelação. Esta suscitou a sua ilegitimidade passiva, a não aceitação da denúncia

realizada e a inexistência de dever de indenizar, pois o de cujus sofreria de doença preexistente. Aquele alegou a inviabilidade da denúncia à lide e da confusão entre si e a denunciada, a ocorrência de esbulho e a procedência do pedido inaugural.

Contrarrrazões apenas pela denunciada (fls. 391-397).

Os autos ascenderam a esta Superior Instância e vieram conclusos.

VOTO

1. Recurso da Companhia Itauleasing de Arrendamento Mercantil S/A.

1.1. O *de cujus* firmou contrato de *leasing* com a Companhia **Itauleasing** de Arrendamento Mercantil S/A e, por sugestão dela (fl. 7, cláusula 8), celebrou contrato de seguro de vida em grupo com **Itaú Seguros S/A**.

Por esse enredo, Itauleasing de Arrendamento Mercantil S/A figurou como estipulante de seguro que tem por objetivo garantir o pagamento do saldo devedor em caso de morte ou invalidez do segurado.

Como se observa do Certificado de Seguro (fl. 41), Itauleasing de Arrendamento Mercantil S/A, além de estipulante, é a beneficiária da indenização, cabendo-lhe, em linha de princípio, receber a indenização, não, porém, como destinatária final, mas como participante de um contrato (*leasing*) que lhe confere o direito de exigir o recebimento de uma importância em dinheiro (*do de cujus*) ao mesmo tempo que lhe infunde o dever de franquear o uso de coisa certa (automóvel), com opção de venda ao final.

Porque mera mandatária do segurado, Itauleasing de Arrendamento Mercantil S/A, na qualidade de estipulante, não se qualifica, na generalidade dos casos, como parte legítima para figurar no polo passivo da ação em que ele (segurado) pretende obter o pagamento de indenização securitária.

Porém, esse entendimento não se aplica quando (I) for possível atribuir à estipulante responsabilidade por eventual não pagamento da indenização, ou, ainda, quando, como no caso, (II) ela pertencer ao mesmo grupo econômico da sociedade seguradora (STJ - Resp. 240945, Min. Rel. Ruy Rosado de Aguiar; TJSC - ACv 2006.044883-7, minha relatoria).

Essa circunstância (estipulante que pertence ao mesmo grupo econômico da seguradora, já que ambas se apresentam aos olhos do consumidor como o grupo Itaú) permite concluir que a ré poderia ser demandada diretamente pelo pagamento do seguro.

Nesse cenário, o pagamento fluiria da arrendadora para ela mesma, havendo, pelo menos sob o aspecto formal, a figura da ‘confusão’ (art. 381), a qual, entretanto, não se corporificaria na espécie porque, substancialmente, o pagamento dar-se-ia em benefício dos herdeiros do *de cuius*, que se veriam livres dos efeitos do inadimplemento no ambiente do *leasing*.

Por essa razão, em casos análogos, o Superior Tribunal de Justiça assenta a legitimidade ativa dos herdeiros para, em substituição à estipulante, que é a beneficiária formal do contrato de seguro prestamista, postularem o pagamento da indenização diretamente perante a seguradora:

Os herdeiros do consorciado falecido antes do término do plano têm ação contra a seguradora com a qual foi firmado contrato de seguro em grupo, figurando a administradora do consórcio como estipulante e beneficiária, a fim de exigir o cumprimento do contrato de seguro e pagamento das prestações faltantes, condição para a entrega do bem ou liberação de ônus que grava o já entregue (STJ - Resp 207176, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar).

A legitimidade decorre da circunstância de que o pagamento da indenização é realizado no interesse dos herdeiros.

Prosseguindo, não é ocioso assinalar que, no caso dos autos, o não pagamento da indenização securitária, por parte de Itaú Seguros S/A, afigurou-se manifestamente ilegal.

Como é pacífico, não é lícito à seguradora furtar-se ao pagamento da indenização se não submeteu o segurado a exames prévios e seguiu recebendo os prêmios até a data do evento (STJ - AgRg no Ag 781884, Rel. Min. Jorge Scartezini; TJSC - ACv 2009.050400-0, Rel. Des. Fernando Carioni; TJSC - ACv 2006.024000-4, Rel. Des. Luiz Carlos Freyesleben).

Pois bem: de tudo o que foi dito até agora é possível extrair três premissas fundamentais: **(I)** a indenização securitária é devida; **(II)** o espólio possui legitimidade ativa para cobrá-la em juízo; **(III)** a arrendadora, pela teoria da aparência, pode ser acomodada no polo passivo da respectiva ação.

Aplicadas à espécie, é lícito supor que ao espólio, em contestação, assiste o direito de se contrapor à mora brandindo a existência de contrato de seguro destinado a remediar o atraso no pagamento surgido em razão da morte do aderente do contrato de *leasing*.

Sobretudo porque o seguro, como visto, pode ser exigido da própria arrendadora, como estipulante, já que, aos olhos do consumidor, pela teoria da aparência, ela se apresenta umbilicalmente ligada à seguradora (Cf: STJ - Resp 879113, Rel. Min. Nancy Andrighi; TJSC - ACv 2006.026570-7, minha relatoria).

Esse o quadro, é possível assentar o entendimento de que, em tema de arrendamento mercantil, morrendo o arrendatário no curso do contrato, e havendo seguro prestamista celebrado com sociedade securitária integrante do mesmo grupo empresarial, eventual mora decorrente do falecimento se vê absorvida pela indenização securitária, desde que devida.

Por isso, aplicando-se a teoria da aparência, já que a empresa arrendadora e a seguradora pertencem ao mesmo grupo empresarial, não

há, no caso, mora que justifique a reintegração de posse, correta a sentença ao negá-la.

2.2. Há mais: a Súmula 369 do STJ dispõe que “No contrato de arrendamento mercantil (leasing), ainda que haja cláusula resolutiva expressa, é necessária a notificação prévia do arrendatário para constituí-lo em mora”.

A jurisprudência desta Corte Estadual, a seu turno, registra que a “prévia constituição em mora do devedor, pressuposto da ação de reintegração de posse, **deve ser procedida através de notificação via Cartório de Título e Documentos da comarca do demandado ou protesto do título**” (TJSC - ACv 2009.041323-5, Rel. Des. José Inácio Schaefer, sem destaque no original).

No caso, notificação resultou infrutífera, como se pode observar pela certidão lançada no verso da folha 14, até porque, quando realizada, o arrendatário já havia falecido.

Além disso, examinando-se a notificação, não é possível atestar que ela foi realizada por intermédio de serventia localizada na comarca do *de cujus*, como determina a jurisprudência desta Corte.

Portanto, ainda que houvesse mora, seria o caso de se declarar a ilegalidade da respectiva constituição, circunstância por si apta a obstar o acolhimento do pedido inicial.

2. Recurso de Itaú Seguros S/A.

Declarada, por sentença, a prejudicialidade da ação secundária, fica o espólio despido de título executivo contra a seguradora, a qual, por isso, não possui interesse em interpor recurso de apelação, à falta de sucumbência, que não se materializa por *eventual* ricochete da resolução da lide principal, verificado na circunstância de ser lícito à Companhia

Itauleasing de Arrendamento Mercantil, em tese, e noutro processo, voltar-se contra a ora apelante.

Também assim com relação ao naco da fundamentação que chamou indevida a negativa do pagamento do seguro, que não transita em julgado por integrar os motivos – e não o dispositivo - deste acórdão (art. 469, CPC).

A presente decisão, em suma, limita-se a endossar o entendimento - posto na sentença – de que o espólio não está em mora e, por isso, não procede o pedido formulado na inicial.

3. O artigo 462 do CPC dispõe que o julgamento deve refletir o estado de fato da lide no momento da entrega da prestação jurisdicional.

A sentença, mantida por esta decisão, cassou a liminar de reintegração de posse.

Efeito natural desse provimento é o dever que toca à Companhia Itauleasing de Arrendamento Mercantil S/A de restaurar o *status quo ante*, tal como, aliás, ficou expressamente determinado: “[...] revogo a liminar [...], devolvendo-se imediatamente o automóvel ao espólio, expedindo-se incontinentemente o mandado de devolução” (fl. 345)

Como, porém, a Companhia Itauleasing de Arrendamento Mercantil S/A alienou o automóvel na vigência da liminar (fl. 377), vê-se atualmente impossibilitada de efetuar a restauração *in natura* do passado.

Por isso, fica obrigada, sob pena de multa diária de R\$ 300,00, a depositar, em favor do espólio, no prazo de 3 dias contado da publicação desta decisão, o preço pelo qual o automóvel foi vendido ao *de cujus* (R\$ 9.700,00), incidindo correção monetária (INPC) a partir do efetivo cumprimento da medida liminar (7/2/2006, fl. 25) e juros de mora (1%), a contar da publicação desta decisão.

Esclareço, por fim, que esse valor destina-se à restauração do *status quo ante*, não dizendo com o saldamento do contrato de *leasing*, nem com o pagamento do seguro, assuntos nenhures tratado nos autos.

DECISÃO

Ante o exposto, a Câmara decide, por unanimidade, não conhecer do apelo interposto pela Itaú Seguros S/A, desprover o que foi manejado por Companhia Itauleasing de Arrendamento Mercantil S/A, e, de ofício, determinar, como efeito expletivo da sentença, haja a recomposição do *status quo ante*, nos termos da fundamentação.

O julgamento, realizado nesta data, foi presidido pelo Exmo. Sr. Des. Fernando Carioni, com voto, e dele participou o Exmo. Sr. Des. Marcus Tulio Sartorato.

Florianópolis, 13 de julho de 2010.

Maria do Rocio Luz Santa Ritta
RELATORA

QUARTA CÂMARA DE DIREITO CIVIL

APELAÇÕES CÍVEIS

Apelação Cível n. 2008.068459-4, de Bom Retiro

Relator: Des. Eládio Torret Rocha

ALVARÁ JUDICIAL. AUTORIZAÇÃO PARA VENDA DE BEM IMÓVEL PERTENCENTE AOS FILHOS MENORES. SENTENÇA INACOLHEDORA DO PEDIDO. MANIFESTA VANTAGEM DOS INFANTES NÃO DEMONSTRADA. INTELIGÊNCIA DO ART. 1.691 DO CC/2002. RECURSO DESPROVIDO.

1. Na conformidade do disposto no art. 1.691 do novel Código Civil, aos pais é vedado alienar bens imóveis dos filhos menores, exceto por manifesta necessidade ou interesse da prole, transação essa que só restará viabilizada após a produção, em juízo, de prova inequívoca e segura a respeito.

2. Revela-se inviável, pois, em razão da ausência de vantagem, a concessão de alvará para a venda de imóvel de propriedade dos filhos localizado na Alemanha, para com o produto da transação proceder-se a aquisição, no Brasil, de um outro terreno de empresa cujo sócio é o genitor dos menores, tanto mais porque o bem encontra-se penhorado em execução fiscal.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2008.068459-4, da comarca de Bom Retiro (Vara Única), em que são apelantes V. J. e outro:

ACORDAM, em Quarta Câmara de Direito Civil, por votação unânime, conhecer do recurso e negar-lhe provimento. Custas legais.

RELATÓRIO

Sentença lançada pelo magistrado Mário Bianchini Filho — cujo relatório adoto (fl. 163) — julgou improcedente o pedido formulado na ação de autorização judicial para compra e venda de imóvel n. 009.07.001282-0, da comarca de Bom Retiro, ajuizada por V. J. e V. J., representados por seus genitores U. J. e S. T. O. J., para indeferir o pedido de autorização judicial para a venda de bem imóvel pertencente aos menores.

Inconformados com o teor do decisório, apelaram os autores (fls. 209/216), alegando, em suma, que: a) o pedido formulado na inicial consiste em vender o imóvel de propriedade das crianças — o qual está localizado na Alemanha — a fim de comprar-lhes outro no Brasil, mais especificamente, na própria cidade onde nasceram e residem, o que revela, por si só, que a pretensão dos genitores é mesmo irrecusável; b) as providências requeridas pelo Ministério Público foram todas atendidas, restanto, pois, absolutamente demonstrada a viabilidade do negócio jurídico que se quer formalizar em benefício dos menores; c) com relação à anuência da Sra. Ilse Kronast, já restou satisfatoriamente demonstrada ao longo do processo a sua desnecessidade; d) não há nenhuma razão que justifique o indeferimento da autorização pleiteada, haja vista que os apelantes jamais obrariam em desfavor de seus próprios filhos; e, e) acaso não seja concedido o alvará judicial, deverá ser determinada a reabertura do processo, a fim de que se proceda à complementação da prova já produzida.

A Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer da lavra do Dr. Mário Gemin (fls. 228/229), opinou pelo desprovimento do apelo.

É o relatório.

VOTO

Conheço do recurso, porquanto interposto a tempo e modo.

V. N. e V. N., devidamente representados por seus genitores U. J. e S. T. O. J., ajuizaram ação objetivando a expedição de alvará judicial para a venda do imóvel situado da República Democrática da Alemanha — consistente na propriedade 1, parcela 106, área de pátio e edifício, com extensão de 1.699 m² (mil seiscentos e noventa e nove metros quadrados), situado no distrito comunal GemarKung Steinhagen, inscrito no registro de imóveis do Tribunal de Primeira Instância de Halle/Vestfália de Steinhagen, folha 2.561 — o qual foi recebido pelos menores por herança da avó paterna, Mathilde Jung.

Aduziram, os representantes das crianças, que a decisão de vender o referido bem imóvel decorreu, em suma, principalmente de: a) notória distância entre o Brasil (onde residem) e o país onde se situa o bem herdado (Alemanha); b) ótimo preço alcançado de oferta e compra; c) dificuldades resultantes de sua guarda e administração; d) ausência de outros bens e vínculos dos menores naquele país; e) possibilidade concreta e absolutamente viável de investir o produto da venda em bem de igual natureza (imóvel), mantendo, no mínimo, equivalência econômica, ou até mesmo, com melhor prognóstico de valorização imobiliária e extração de rendimentos, sem riscos para os menores; e, f) desconhecimento, pelos menores, acerca do idioma daquele país, sendo que terão sérias dificuldades no futuro para manter sua administração.

A sentença, ao final, ante a ausência de informações e documentos imprescindíveis ao deferimento do alvará judicial, julgou improcedente o pedido formulado pelos representantes dos menores V. J e V. J.

Após essa breve incursão histórica ao processado, passo à análise do mérito do recurso.

E o faço não sem antes ressaltar que o pedido de alvará judicial — por ser procedimento especial de jurisdição voluntária — encontra-se regulamentado nos arts. 1.103 e seguintes do CPC, submetendo-se, portanto, aos critérios de conveniência e oportunidade que podem influenciar o magistrado na solução do postulado.

Com efeito, em procedimentos deste jaez, é cediço que o juiz não está obrigado a se valer de fundamentos estritamente legais, podendo tomar, em cada caso, a decisão que reputar mais prudente, a teor do preceito contido na segunda parte do *caput* do art. 1.109 do aludido Diploma.

Dito isso, convém sublinhar que, relativamente ao objeto da presente ação, o Código Civil estabelece, em seu art. 1.691, que a alienação de bem imóvel pertencente a filho menor somente pode ser implementada a fim de produzir inequívoca vantagem ao infante, devendo, ainda, ser precedida de avaliação judicial e de aprovação pelo juiz.

O aludido preceptivo veda aos pais, deste modo, a negociação de bens imóveis de propriedade dos filhos menores senão quando restarem cabalmente demonstrados, via prova segura, os requisitos da necessidade e do evidente interesse das crianças.

À vista disso, não obstante o usufruto e a administração dos bens dos filhos menores seja de incumbência dos pais durante o exercício do poder familiar, é certo que a finalidade da atribuição paternal — relativamente à gestão desses bens — é manter e, sempre que possível, ampliar o patrimônio da prole, sob a ótica da proteção integral de seus direitos e interesses.

Fácil é constatar, porém, no caso ora examinado, que de tal incumbência não se desobrigaram, a contento, os genitores dos menores, não merecendo acolhida, pois, o presente reclamo.

E isto porque, no que diz respeito à pretensão manifestada ao longo do processo, não se há negar — como bem salientado pelo Procurador de Justiça, Dr. Mário Gemin — que “[...] as peculiaridades dos negócios jurídicos de compra e venda trazem sérias dúvidas acerca da conveniência de sua realização, visto que o imóvel a ser adquirido em Bom Retiro com o fruto da alienação do imóvel situado na Alemanha é de propriedade da empresa da qual é sócio-gerente o pai das crianças (fls. 50/53 e fls. 100/140).

E, mais adiante, continua o aludido parecerista:

“Tal imóvel, ao que tudo indica, figura como objeto de penhora em execução fiscal movida contra sua proprietária, Agropecuária Bom Retiro Ltda. Dessa forma, a alienação dele certamente configuraria fraude à execução, situação que, se sucedida, certamente viria em prejuízo dos menores”.

E, por fim, enfatiza que “De nada adianta, assim, produzir-se alegação no sentido de que foram cumpridas à exaustão as solicitações Ministeriais — inclusive com a juntada de documentação posteriormente ao proferimento da sentença (fls. 171/186) — haja vista que, nem mesmo se admitida a tardia complementação documental, poder-se-ia extrair que o bem a ser comprado está livre de qualquer ônus e, portanto, que o negócio jurídico que se pretende realizar com o patrimônio dos menores resguarda seus interesses.” (fls. 228v/229).

De se ressaltar, ademais, que o Ministério Público de Primeiro Grau — cuja atuação neste feito, aliás, é mesmo digna de apreço — esclareceu, ao emitir seu parecer, que “[...] os documentos juntados pelos requerentes não tem o condão de modificar a situação existente nos autos, primeiramente porque as penhoras não foram levantadas na matrícula do imóvel, e também porque não foi providenciada a anuência da sócia da empresa

vendendor, cautela que não pode ser dispensada diante da existência de disputa judicial envolvendo o patrimônio do requerente U. J. e de sua ex-companheira e sócia da empresa Agropecuária Bom Retiro, Sra. Ilse Kronast” (fl. 196).

Elucidou, ainda, o Promotor de Justiça, que “[...] a empresa Jungconsult, sócia da Agropecuária Bom Retiro, com mais de 99% do capital social, é demandada em várias execuções neste Juízo, tendo, inclusive, o imóvel que se pretende adquirir sido penhorado nos autos n. 009.00.000459-4/001, conforme documento que se anexa ao presente parecer. Desta forma, observa-se que o negócio pretendido não traz indiscutíveis vantagens para os menores, pois envolve diversos riscos e, não tendo os interessados capacidade de dispor e decidir sobre seu patrimônio não pode o Judiciário referendar a negociação pretendida. Sabe-se que a alienação de bens de menores é medida que só pode ser autorizada excepcionalmente, quando houver todas as garantias de que o negócio é seguro e traz reais vantagens aos beneficiários, o que não é o caso dos autos” (fls. 196/197).

Diante de tal delineamento, não restando demonstrado, na hipótese, o manifesto proveito para os menores — tampouco a necessidade ou o evidente interesse deles na negociação — penso deva ser mantida, porque correta, a decisão que indeferiu o pedido de alvará judicial para a venda do imóvel referido na inicial, tanto mais porque esta solução, considerando o questionável panorama dos autos, encontra amparo nos critérios de conveniência e oportunidade contidos no art. 1.109 do CPC, tal como aludido no início deste aresto.

Esta Corte, a propósito, em precedente que calha com perfeição à hipótese, já decidiu que “Àquele que requer em juízo autorização para alienar bem imóvel de propriedade de menor incumbe provar, de forma cabal, que a pretendida venda consulta os interesses ou as necessidades do proprietário. Não produzida essa prova, incensurável é a sentença que

indeferiu o pleito” (AC n. 2008.023105-6, de Ascurra. Quarta Câmara de Direito Civil, rel. Des. Trindade dos Santos, j. em 21.10.2008).

Ao cabo, quanto ao pleito dos apelantes objetivando a reabertura do processo a fim de que se proceda à complementação da prova já produzida, entendo que, obviamente, ele não deva ser atendido, dado que, se assim entenderem oportuno, poderão os genitores renovar a pretensão em primeiro grau.

Isso posto, pelo meu voto eu nego provimento ao reclamo.

DECISÃO

Do exposto, a Quarta Câmara de Direito Civil decidiu, por votação unânime, conhecer do recurso e negar-lhe provimento.

Participaram do julgamento, realizado no dia 12 de agosto de 2010, os Exmos. Srs. Desembargador Victor Ferreira e Desembargador Carlos Adilson Silva.

Florianópolis, 12 de agosto de 2010.

Eládio Torret Rocha
PRESIDENTE E RELATOR

Apelação Cível n. 2007.032404-2, de Rio do Sul

Relator: Des. Eládio Torret Rocha

RESPONSABILIDADE CIVIL. INDENIZATÓRIA POR PERDAS E DANOS. CRIADOURO DE AVESTRUZ (ESTRUTIO-CULTURA). AQUISIÇÃO DE EQUIPAMENTO DESTINADO À INCUBAÇÃO E NASCIMENTO DAS AVES. DEFEITO NO MAQUINÁRIO. DEVER DE INDENIZAR DA FABRICANTE. FIXAÇÃO DOS DANOS EMERGENTES. PRETENSÃO DE RESSARCIMENTO DE TODOS OS EXEMPLARES PERDIDOS. DECISÃO QUE SE, PARA A FIXAÇÃO DA INDENIZAÇÃO, LEVA EM CONTA AS PERDAS NATURAIS DA CRIAÇÃO E, AINDA, O INADEQUADO MANEJO NOS TRABALHOS DO CRIATÓRIO. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

Em sede de ação reparatória por lucros cessantes e danos emergentes decorrentes da mortalidade de aves na estrutiocultura, mostra-se acertado o decisório que, de forma lúcida e coerente, considera, na mensuração dos prejuízos, as perdas naturais dessa novíssima atividade econômica e, ainda, a inadequada condução técnica no manejo do criatório desses animais.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2007.032404-2, da comarca de Rio do Sul (1ª Vara Cível), em que é apelante Jonas Silvio Torres e apelado Rooster S/A Indústria de Equipamentos:

ACORDAM, em Quarta Câmara de Direito Civil, por votação unânime, conhecer do recurso e dar-lhe parcial provimento. Custas legais.

RELATÓRIO

Sentença lançada pelo magistrado Luiz Cláudio Broering — cujo relatório adoto (fls. 429-430) — julgou parcialmente procedentes os pedi-

dos formulados na ação cominatória c/c perdas e danos n. 05403000931-0, da comarca de Rio do Sul, ajuizada por Jonas Silvio Torres contra Rooster S/A Indústria de Equipamentos, para: “a) reconhecer defeito na máquina incubadora de ovos de avestruzes, modelo LABO-9-NF n. 011254, adquirida pelo autor junto à empresa requerida; b) condenar a ré ao pagamento: b1) reembolso do preço da máquina, no importe de R\$ 12.000,00 (...), atualizada monetariamente pelo INPC-IBGE, a partir do desembolso (28.05.2001) e juros de mora a contar da citação (28.02.02), até o efetivo pagamento; b2) condenar o réu em arcar com as despesas para identificação do problema, especificamente: 1) laudos técnicos realizados junto à clínica Veterinária São Francisco (fl.48) e da profissional Alexandra A. de Lima Peres, além dos exames laboratoriais constantes às fls. 66-83/85, cumprindo à definição do *quantum* à fase de liquidação por artigos; 2) ligações telefônicas à empresa ré, com sede no Município de Urussanga (SC), conforme descrito nas faturas acostadas às fls. 59-64; b3) reparos da máquina, no importe de R\$ 86,55 (fl.84); b) danos emergentes, referentes a dezessete (17) ovos, correspondente a 30% da produção declinada na exordial, equivalendo a R\$ 17.000,00 (...), ao qual se acrescerá atualização monetária pelo INPC-IBGE a partir de 13.11.2001 e juros moratórios de 6% ao ano a contar da citação, passando para 12% ao ano, a partir de 10.01.2003, com a vigência da Lei n. 10.406/02 (NCC); c) condenar a ré ao pagamento de danos morais, representando o importe de R\$ 20.000,00 (...), valor a ser corrigido a contar da data desta sentença; d) atribuir à ré o pagamento das despesas processuais e honorários advocatícios, estes no importe de 15% sobre o valor final da condenação, reputando solvido o mérito da lide, nos termos do art. 269, I, CPC.” (fl. 433).

Inconformado com o teor do decisório, apelou o autor (fls. 438-444), alegando, em suma, como forma de obter o provimento do apelo, que: a) não há razão para a sentença ter considerado, como danos emergentes, unicamente o valor de 17 (dezessete) ovos de avestruz, eis que demonstrado

que, por culpa da ré, houve a perda efetiva de 55 (cinquenta e cinco) ovos; b) a prova produzida foi clara ao assegurar a sua plena capacidade para produção dos ovos, sendo de exclusiva responsabilidade da recorrida o prejuízo suportado; e, c) não houve contestação no prazo legal, devendo os efeitos da revelia serem observados para a procedência integral do pedido inicial.

Respondendo ao reclamo (fls. 452-457), a apelada argumentou, em síntese, que a sentença deve ser mantida na íntegra.

É o sucinto relatório.

VOTO

Conheço do apelo, porquanto interposto a tempo e modo.

Imperioso emprender, antes de tudo, um relato, ainda que breve, da matéria fática enovelada neste recurso.

Segundo consta dos autos, o apelante, em meados do ano de 2001, instalou, na cidade de Rio do Sul, um criadouro de avestruzes (*Struthio Camelus sp.*), atividade econômica conhecida como estrutiocultura, ou seja, a incubação dos ovos para o conseqüente nascimento de aves dessa magnífica espécie animal originária do Egito, cuja introdução no mercado nacional, em razão do interesse pela sua carne, pele, ovos e plumagem, ocorreu ainda recentemente, em meados dos anos 90.

Adquiriu, para tanto, da recorrida, em 28.05.2001, uma máquina incubadora/nascedoura modelo LABO-9, com capacidade para comportar 45 (quarenta e cinco) ovos de avestruz em incubação e ainda outros 06 (seis) ovos em eclosão, pagando pelo equipamento a importância de R\$ 12.000,00 (doze mil reais).

Posto em funcionamento o criadouro, as matrizes de avestruz do recorrente passaram a produzir ovos, de modo que, já em 16.06.2001, começou a utilizar o aludido equipamento adquirido da recorrida.

Ocorre que, decorrido o prazo de incubação, em 30.07.2001 foi constatada a baixa eclodibilidade dos ovos, além de se observar que, dos poucos filhotes nascidos, todos vinham a óbito de forma prematura. Diante desses fatos o apelante entrou em contato com a apelada, relatando o ocorrido e buscando o suporte técnico da empresa, a qual, contudo, manteve-se inerte.

O recorrente, desse modo, após a realização de exames e estudos técnicos que evidenciaram que o problema na eclosão dos ovos estava diretamente ligada ao defeito no sistema de controle de temperatura e umidade da incubadora, ingressou com a presente demanda, a qual, como suso mencionado, foi julgada parcialmente procedente.

Passo, pois, na sequência, à análise do mérito recursal, o qual cinge-se, fundamentalmente, em se perquirir se correta ou não a solução alvitrada, na sentença, para o litígio focalizado.

Penso que o apelante, contudo, tem razão apenas em parte.

E isto porque, da percuciente análise dos elementos amealhados, é impossível fixar, em sede de danos emergentes, indenização que equivalha a 55 (cinquenta e cinco) ovos de avestruz.

Com efeito, como bem ressaltado no decisório objurgado, não há como deixar de considerar a taxa de infertilidade dos ovos e a perda de parte da produção em face de eventos naturais, condições estas que, após breve pesquisa na página da internet do Ministério da Agricultura (<http://www.ceplac.gov.br/radar/semfaz/avestruz.htm>), denotam que na criação de aves ratitas, em circunstâncias normais, há o aproveitamento de aproximadamente 50% (cinquenta por cento) dos ovos incubados.

Importa registrar, de igual modo, que a conduta do próprio apelante contribuiu, de forma determinante, para o elevado número de filhotes perdidos, dado que, como fácil é colher dos elementos probatórios existentes no processo, ele, ao decidir-se pela estruoticultura, seguramente não estava técnica e pessoalmente habilitado, de todo, para o seu correto manejo.

É que por ser a estruoticultura uma atividade econômica que, segundo a fonte acima mencionada, do Ministério da Agricultura, só foi introduzida no Brasil entre os anos de 1995 e 1996, a sua prática exige, daquele que se decide por ela, um aprimoramento técnico adequado, tanto a nível pessoal quanto a nível de maquinaria.

Tanto isto é verdadeiro que, ainda segundo a mesma fonte oficial acima mencionada, colhe-se a recomendação expressa segundo a qual “Quando da aquisição de animais, além de consultar profissionais de reconhecida competência, deve-se visitar criatórios de sucesso para observar a produtividade do plantel, manejo, consangüinidade, defeitos genéticos, experiência do criador”.

Ora, se, segundo a petição inicial, o apelante, em agosto de 2001, já suspeitava que os problemas no maquinário era a causa do baixo aproveitamento dos ovos da ave, a atitude apropriada era, evidentemente, a de não mais utilizar o aludido equipamento e providenciar a terceirização da incubação, procedimento que, conforme exposto pela prova testemunhal (fl. 427), não era de todo inviável, até porque ele mesmo o admite em seu depoimento pessoal (fl. 423).

Desse modo, ainda que notória a responsabilidade da recorrida em face dos defeitos oriundos da máquina por ela produzida, não se há negar que a continuidade na utilização do equipamento, mesmo após o conhecimento do vício, impede a indenização de todos os ovos perdidos, os quais, como visto, bem poderiam ter sido incubados noutro local.

Todavia, diversamente do que, nesta parte, decidiu a sentença, estou convencido de que, se é verdade que, ainda segundo o parâmetro estatístico fornecido pela fonte do Ministério da Agricultura, o percentual de aproveitamento dos ovos é, no caso dessa atividade, de 50% (cincoenta por cento), a indenização não deve se situar em 17 (dezessete) unidades — ou seja, 30% (trinta por cento) da perda total — e sim em 28 (vinte e oito) ovos, número que alcanço com arredondamento, para cima, de meia unidade.

Destaco, ademais, que, ao contrário do lançado nas razões recursais, a revelia gera a presunção relativa de veracidade dos fatos alegados pelo autor, facultado ao julgador decidir de modo diverso quando o acervo probatório viabilizar a formação do seu pleno convencimento, como, aliás, sucedeu na hipótese focalizada.

Friso, ao cabo, que não obstante o apelante postular — ainda que tacitamente — a majoração do valor arbitrado para cada ovo de avestruz, não há nos autos qualquer documento técnico roborando sua pretensão, de modo que, como a prova testemunhal não é uníssona, o valor lançado na sentença, porque fixado de forma equitativa, deve prevalecer.

Isto posto, pelo meu voto eu dou parcial provimento ao apelo apenas para aumentar de 17 (dezessete) para 28 (vinte e oito) ovos de avestruz indenizáveis, mantida, no mais, a sentença, que é da boa lavra do Dr. Luiz Cláudio Broering.

DECISÃO

Do exposto, nos termos do voto do Relator, a Quarta Câmara de Direito Civil decidiu, por votação unânime, conhecer do recurso e dar-lhe parcial provimento.

Participaram do julgamento, realizado no dia 22 de julho de 2010, os Exmos. Srs. Desembargador Victor Ferreira e Desembargador Ronaldo Moritz Martins da Silva.

Florianópolis, 22 de julho de 2010.

Eládio Torret Rocha
PRESIDENTE E RELATOR

TERCEIRA CÂMARA DE DIREITO COMERCIAL

APELAÇÕES CÍVEIS

Apelação Cível n. 2009.027144-8, da Capital

Relator: Des. Cláudio Valdyr Helfenstein

APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DECLARATÓRIA E CAUTELAR DE SUSTAÇÃO DE PROTESTO – SENTENÇA CONJUNTA, ACOLHENDO OS PEDIDOS INICIAIS FORMULADOS NA DEMANDA PRINCIPAL E ACESSÓRIA - RECURSO DE AMBAS AS PARTES LITIGANTES.

APELAÇÃO DA EMPRESA RÉ – ALEGADA VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA IDENTIDADE FÍSICA DO JUIZ – MAGISTRADO PROLATOR DA SENTENÇA DIVERSO DAQUELE QUE DETERMINOU A PRODUÇÃO DAS PROVAS E PRESIDIU A AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO E JULGAMENTO – TESE ARREDADA – MAGISTRADO SENTENCIANTE QUE PODERIA, CASO HOUVESSE NECESSIDADE, ORDENAR NOVA INSTRUÇÃO PROBATÓRIA – ADEMAIS, AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO E JULGAMENTO EM QUE NÃO FOI COLHIDA PROVA ORAL- INAPLICABILIDADE DO PRINCÍPIO EM TELA – PRECEDENTES DESTA CORTE E DO C. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA.

Independentemente do motivo pelo qual o magistrado que conduziu a instrução está afastado, é válida a sentença proferida pelo substituto ou sucessor legal, situação que não enseja violação

ao princípio da identidade física do juiz uma vez que este poderia repetir a produção de provas, caso entendesse necessário.

*“1. Só está vinculado o magistrado, pelo princípio da identidade física do juiz, quando preside a audiência e nela colhe provas orais.
2. A só realização de audiência, com instalação de perícia, ou recebimento de memoriais não vincula o juiz (...)”* (REsp 19.359/SP, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 16/11/1999, DJ 17/12/1999 p. 341)

DEFENDIDA A ILEGITIMIDADE ATIVA DO SEGUNDO AUTOR – RECORRENTE QUE AFIRMA NÃO TER INSTADO O MESMO AO PAGAMENTO DA DÍVIDA – INTIMAÇÃO REALIZADA POR SERVENTIA EXTRAJUDICIAL QUE SE DEU NA PESSOA DO SEGUNDO REQUERENTE POR SER ESTE O REPRESENTANTE LEGAL DA DEVEDORA – PLEITO INACOLHIDO – TESE LANÇADA QUE SE MOSTRA ABSOLUTAMENTE CONTRÁRIA À PROVA DOS AUTOS – TÍTULOS APONTADOS À PROTESTO E QUE INDICAM O SEGUNDO AUTOR COMO DEVEDOR – LEGITIMIDADE ATIVA *AD CAUSAM* CONFIGURADA - MANUTENÇÃO DO JULGADO NO PONTO.

CONTRATO CELEBRADO ENTRE AS PARTES VISANDO A CONSTRUÇÃO, PELO REGIME DE ADMINISTRAÇÃO A PREÇO DE CUSTO, DE EMPREENDIMENTO IMOBILIÁRIO – PAGAMENTO DAS TRÊS ÚLTIMAS PARCELAS DOS HONORÁRIOS DA RÉ BLOQUEADOS PELA EMPRESA AUTORA - ALEGAÇÃO DE QUE A OBRA ESTARIA INACABADA E QUE SERIA NECESSÁRIA A REALIZAÇÃO DE RETIFICAÇÕES – PEDIDO INICIAL VISANDO RECONHECER O DIREITO À COMPENSAÇÃO - APELANTE DEFENDENDO A CONCLUSÃO DE TODAS AS TAREFAS NOS MOLDES CONTRATADOS E QUE PEQUENAS IMPERFEIÇÕES NÃO OBSTARIAM O RECEBIMENTO DOS HONORÁRIOS DEVI-

DOS PELA PRESTAÇÃO DOS SERVIÇOS – EVIDENCIADO O CUMPRIMENTO DA CLÁUSULA CONTRATUAL QUE GERARIA O DIREITO À PERCEPÇÃO DOS HONORÁRIOS – INOBTANTE, RÉ/APELANTE QUE CONSENTE COM A COMPENSAÇÃO DOS VALORES DEVIDOS PELA AUTORA COM O MONTANTE APURADO EM PERÍCIA E QUE SE REFERE AOS CUSTOS PARA CORREÇÃO DOS SERVIÇOS EXECUTADOS DE MANEIRA INAPROPRIADA – TÍTULOS APONTADOS À PROTESTO QUE, POR CONSEQÜÊNCIA, NÃO REPRESENTAM O MONTANTE EFETIVAMENTE DEVIDO, O QUE DEVE SER AFERIDO EM LIQUIDAÇÃO DE SENTENÇA – JULGADO MANTIDO NO TÓPICO.

PRÊMIO PELA ECONOMIA NA OBRA – EMPRESA RECORRENTE DEFENDENDO O DIREITO À PERCEPÇÃO DESTA VERBA – TESE INACOLHIDA – NÃO CUMPRIMENTO DE TODAS AS OBRIGAÇÕES – EXISTÊNCIA DE DEFEITOS NA CONSTRUÇÃO QUE CARACTERIZAM INFRAÇÃO CONTRATUAL, OBSTACULIZANDO O ACOLHIMENTO DA PRETENSÃO.

RECURSO DA EMPRESA AUTORA – POSTULAÇÃO VISANDO A MAJORAÇÃO DA VERBA FIXADA A TÍTULO DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS - ALEGAÇÃO DE QUE O VALOR FIXADO PELO JUÍZO *A QUO* MOSTRA-SE INSUFICIENTE E NÃO CONDIZENTE COM O TRABALHO DESEMPENHADO PELO ADVOGADO - MAJORAÇÃO QUE SE FAZ NECESSÁRIA CONSIDERANDO-SE O GRAU DE ZELO, NATUREZA, IMPORTÂNCIA DA CAUSA E O TRABALHO DESENVOLVIDO - ARBITRAMENTO EM VINTE MIL REAIS, UMA VEZ QUE A DEMANDA POSSUI CARÁTER EMINENTEMENTE DECLARATÓRIO - FIXAÇÃO QUE SE AJUSTA AOS BALIZADORES DO ART. 20, § 3º, ALÍNEAS “A”, “B” E “C” C/C § 4º, TODOS CPC.

RECURSO DA EMPRESA RÉ CONHECIDO E DESPROVIDO - RECURSO DA PARTE AUTORA CONHECIDO E PROVIDO EM PARTE.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2009.027144-8, da comarca da Capital (2ª Vara Cível), em que são apte/apdo Planel Empreendimentos Imobiliários Ltda, e apdo/apte Habitasul Empreendimentos Imobiliários Ltda e outro:

ACORDAM, em Terceira Câmara de Direito Comercial, por votação unânime, conhecer do recurso interposto pela parte ré e negar-lhe provimento; conhecer do recurso interposto pela empresa autora e dar-lhe parcial provimento. Custas legais.

I - RELATÓRIO

Habitasul Empreendimentos Imobiliários Ltda. e Hélio Scheffel Chevarria ajuizaram Ação Ordinária contra Planel Empreendimentos Imobiliários Ltda., objetivando a declaração de inexistência de relação jurídica entre a ré e o segundo autor e, com relação à primeira autora, o reconhecimento da emissão indevida de duplicatas em seu desfavor, sus-tando definitivamente o seu protesto.

Almeja a empresa autora, também, a compensação dos valores devidos com aqueles necessários à conclusão/retificação da obra objeto do contrato firmado entre as partes, bem como, o reconhecimento que a requerida não tem direito ao prêmio contratualmente previsto.

Para fundamentar seu pedido, o segundo autor alega que inexistente relação jurídica entre as partes que justifique a emissão dos títulos apontados à protesto.

Tocante à primeira autora, esta afirma que celebrou com a ré um “*contrato particular de construção em regime de administração e outras avenças*”, tendo “*por objeto a construção, pela Planel, pelo regime de administração ou a preço de custo, dos blocos Ilha de Palmas, antigo “A” e Ilha de Anhatomirim, antigo “B”, do Complexo Turístico Jurerê Beach Village, compreendendo a administração dos serviços de mão de obra, administração do fornecimento de materiais e administração técnica para a execução das obras [...]*” (cláusula quarta do contrato).

O preço da obra, segundo relata, foi fixado em R\$ 5.840.326,00, ajustável pelo CUB e, havendo redução de custos pela ré, ficou convenicionado prêmio a ser calculado sobre o montante da economia obtida.

Em contrapartida aos serviços prestados, a Planel receberia o valor de R\$ 756.000,00, divididos em 16 parcelas fixas, corrigidas pelo CUB, ressaltando-se que as três últimas somente seriam pagas na conclusão da obra.

Todavia, sem cumprir totalmente o contrato, consoante relata a empresa requerente, a Planel tentou cobrar valores indevidos, inclusive o prêmio pela redução no custo da obra.

Sustenta que a construção apresenta diversas irregularidades consistentes em defeitos da má prestação dos serviços ou obras não realizadas, inexistindo direito ao prêmio. Afirma que foi confeccionado laudo técnico, onde foram apuradas as irregularidades e o custo de R\$ 307.927,45 para realização dos reparos necessários no empreendimento.

Diante disso, ressalta que o saldo do contrato somente deverá ser pago quando a ré cumprir integralmente o contrato firmado, observando-se, ainda, a possibilidade de compensação, motivo pelo qual são indevidos os apontamentos à protesto.

Devidamente citada, a ré apresentou contestação (fls. 121/129), argumentando que o segundo autor seria parte ilegítima para figurar no pólo ativo da demanda, sob o fundamento de que jamais o acionou. Esclarece que o nome deste somente foi indicado como representante do escritório local da Habitasul, isto para fins de intimação quando da realização do protesto.

Quanto ao mérito, sustenta que a obra foi concluída, conforme amplamente noticiado pela autora e pela mídia na época, ressaltando que na entrega da obra forneceu toda a documentação necessária à Habitasul. A conclusão da obra, em seu dizer, também seria demonstrada pela entrega das unidades autônomas aos compradores.

Relativamente ao laudo e fotos apresentados pela Habitasul, impugna-os, juntamente com os demais documentos, afirmando que são unilaterais e forjados, ressaltando que as possíveis imperfeições na obra atingiriam o valor de R\$ 13.370,06, quantia ínfima em relação ao valor do contrato, o que não ensejaria a negativa do recebimento da obra.

Acentua que eventual imperfeição deveria ser executada pelos empreiteiros, até mesmo pela responsabilidade contratual e pela retenção a título de caução, sendo que jamais foi notificada durante as obras a respeito de qualquer imperfeição ou atraso.

Afirma que o “habite-se” tem fé pública e comprova o término da obra e que a Planel cumpriu o cronograma, em que pesem as alterações substanciais feitas no projeto pela autora, a qual anuiu com o excesso de prazo, prorrogando-o.

Quanto à economia da obra, esta de fato teria ocorrido, o que lhe daria o direito ao recebimento do prêmio previsto no contrato.

Houve réplica (fls.368/385).

Em audiência de conciliação, foi deferida a realização de prova pericial de engenharia civil, sendo que, após o pagamento dos honorários e apresentação dos quesitos pelas partes e pelo juízo, o laudo pericial foi juntado aos autos (fls. 577 a 866).

Em sequência, apresentada manifestação pelas partes, o Sr. Perito prestou os devidos esclarecimentos (fls. 896 a 904).

Deferida, pelo togado *a quo*, a produção de prova pericial contábil, insurgiu-se a autora através da interposição de agravo de instrumento, o qual restou desprovido (fls. 1007/1011).

Posteriormente à formulação dos quesitos pelas partes e pagamento dos honorários periciais, o laudo contábil foi apresentado nos autos (fls. 1013 a 1044), sobre o qual os litigantes apresentaram manifestação.

Designada audiência de instrução e julgamento, esta se realizou na data apazada, desistindo as partes da produção da prova oral (fls. 1316).

A primeira autora apresentou alegações finais (fls. 1320 a 1338), enquanto que a ré permaneceu silente (fls. 1339).

Este é o relatório da ação ordinária (autos n. 023.02.014505-8).

Quanto à ação cautelar (autos n. 023.02.009964-1).

Habitasul Empreendimentos Imobiliários Ltda. ajuizou Ação Cautelar de Sustação de Protesto em desfavor da Planel Empreendimentos Imobiliários Ltda., almejando obstar o protesto dos títulos apresentados pela ré, ao argumento de que não poderiam ser objeto de cobrança, tendo em vista irregularidades na obra contratada e não cumprimento da integralidade das cláusulas contratuais pela ré.

Após o deferimento da medida liminar, compareceu aos autos o Sr. Hélio S. Chevarria, pugnando pela sua inclusão no pólo ativo da demanda, tendo em vista que, em decorrência da mesma relação contratual acima,

a ré apontou para protesto títulos em seu nome. Afirmou que não possui qualquer relação jurídica com a ré.

O aditamento à inicial foi deferido, assim como o foi o pedido liminar.

Apresentada caução, foi novamente formulado pedido de aditamento da inicial, diante do apontamento de novos títulos à protesto, sendo novamente deferida a medida liminar, mediante a oferta de caução.

Citada, a ré apresentou contestação requerendo a revogação da medida liminar, sob o fundamento de que a obra foi concluída, inclusive com apresentação da CND e “Habite-se”, havendo plena divulgação na mídia sobre a conclusão da obra. Impugna o laudo da Avaltec e aduz que a caução ofertada é inidônea e imprestável, finalizando com os requerimentos de estilo. Com a contestação foram juntados documentos (fls. 400 a 442).

A autora juntou novos documentos (fls. 447 a 459) e a ré compareceu novamente aos autos alegando estar passando por dificuldades financeiras em razão do inadimplemento da autora (fls. 461 a 482).

A medida liminar foi revogada pelo magistrado de primeiro grau (fls. 482 a 483), o que deu ensejo a interposição de agravo de instrumento pela autora, cuja cópia foi juntada aos autos.

Após réplica à contestação e juntada de outros documentos (fls. 509 a 525), veio aos autos cópia da decisão proferida no agravo de instrumento, que concedeu efeito suspensivo ao recurso intentado pela autora.

Nova manifestação da requerente aportou aos autos (fls. 544 a 551), na qual pleiteou-se a sustação de todos os títulos que ainda permaneciam protestados.

Sobreveio sentença conjunta (autos n. 023.02.014505-8 e n. 023.02.009964-1) de fls. 1340 a 1352, para julgar procedentes os pedidos

formulados na inicial de ambas as demandas, o que ocorreu nos seguintes termos:

“DECLARAR a inexistência de relação jurídica entre o autor Hélio S. Cheverria e a ré. Sustar definitivamente todos os títulos de crédito emitidos indevidamente (até aqui) pela ré contra a autora, tendo em vista a fundamentação acima. Autorizar a compensação entre os valores apurados para as retificações, com os valores devidos à ré. Declarar que a ré não tem direito ao prêmio, já que não cumpriu com as demais cláusulas contratuais” e julgar procedente os pedidos da medida cautelar apenas para “sustar definitivamente os títulos de crédito referentes às notificações de fls. 15 (007/02); 233 (001/01) (tanto no nome da autora fls. 258, quanto em nome de Hélio S. Chevarria); 237 (008/02) (tanto em nome da autora fls. 259, quanto em nome de Hélio S. Chevarria); 260 (011/02 e 005/01); 356 (020/02); 357 (009/02); 358 (018/02); 359 (019/02); 360 (016/02) e 361 (017/02)”.

A ré foi condenada, ainda, ao pagamento das custas e despesas processuais, assim como dos honorários advocatícios, estes fixados no valor de R\$ 10.000,00.

Em sequência, foram opostos embargos de declaração pela demandada (fls. 1354 a 1356), os quais não foram acolhidos (fls. 1358 a 1360).

Irresignadas com a prestação jurisdicional ofertada, as partes interpuzeram apelações cíveis (fls. 1365 a 1378 e 1380 a 1388).

Em suas razões, a ré Planel sustenta, preliminarmente, a nulidade da sentença proferida, ao argumento de que não fôra observado o princípio da identidade física do juiz, pois o magistrado prolator da sentença não é o mesmo que conduziu todo o processo até o encerramento da instrução processual.

Quanto ao mérito, aduz que, mesmo determinando o cancelamento dos protestos, a sentença não declarou a nulidade dos títulos e, assim, não se poderia, igualmente, determinar a sustação do seu protesto, pois os títulos são válidos.

Relativamente ao segundo réu, afirma que jamais pretendeu a cobrança de quaisquer valores da pessoa física do Sr. Hélio, conforme deixou claro na contestação e demais peças processuais, sendo ele parte ilegítima para figurar no pólo ativo da lide.

Quanto ao cumprimento do contrato, afirma que houve a completa prestação dos serviços contratados, conforme ficou demonstrado pela prova documental e pericial produzidas, tanto na ação ordinária quanto na medida cautelar apensa. Afirma que todos os documentos necessários foram entregues à Habitasul, que os recebeu como comprovante de conclusão da obra, sem contestação. Ademais, a perícia de engenharia civil constatou que todos os serviços contratados foram efetivamente executados, além de outros serviços extras, aditivos contratuais e alterações do projeto original, acrescentando ônus obrigacional à Planel.

Aduz, ainda, que a perícia constatou meras anomalias, de somenos importância, que não ofuscam a efetiva prestação dos serviços e entrega da obra, nem causam dano concreto ou perigo potencial à saúde ou segurança dos usuários. Relativamente à perícia contábil, segundo defende, esta corroborou para a validade dos títulos de crédito acostados à ação cautelar.

Tocante ao prêmio pela redução no custo da obra, afirma ser devido, destacando que a perícia contábil aponta para o valor líquido de R\$ 197.197,20. Afirma que a perícia é conclusiva pela validade de todos os títulos que instruem a ação cautelar, incluindo aquele representativo do prêmio contratual, totalizando, na época da realização da perícia, o valor atualizado de R\$ 940.723,74.

Refere que o valor consignado no laudo pericial a título de detalhes estéticos e que seria de responsabilidade da recorrente, apontado às fls. 622/623, poderia ser compensado com a quantia representada pelas Notas Fiscais, incluindo-se o prêmio.

Ao final, pugna pela reforma da sentença prolatada e inversão dos ônus da sucumbência.

Por sua vez, a parte autora, em suas razões recursais, sustenta que os honorários de sucumbência não foram fixados de forma adequada, pugnando pela majoração

Somente o recurso da ré foi contra-arrazado.

É o relatório.

II - VOTO

1 – Presentes os requisitos legais de admissibilidade, os recursos merecem ser conhecidos.

DO RECURSO DA RÉ

Nulidade da sentença – princípio da identidade física do juiz:

Preliminarmente, a ré sustenta a nulidade da sentença em virtude de ter havido violação ao princípio da identidade física do juiz, ao argumento de que o juiz prolator da sentença não é o mesmo que conduziu o processo até o encerramento da instrução processual.

Todavia, consoante se verá, a nulidade da sentença não pode ser acolhida, pois o princípio da identidade física do juiz não se reveste de caráter absoluto.

Dispõe o artigo 132, *caput* e parágrafo único, do CPC:

O juiz, titular ou substituto, que concluir a audiência julgará a lide, salvo se estiver convocado, licenciado, afastado por qualquer motivo, promovido ou aposentado, casos em que passará os autos ao seu sucessor.

Parágrafo único. Em qualquer hipótese, o juiz que proferir a sentença, se entender necessário, poderá mandar repetir as provas já produzidas.

Assim, independentemente do motivo pelo qual o magistrado que conduziu a instrução está afastado, é válida a sentença proferida pelo substituto ou sucessor legal, não ferindo o princípio da identidade física do juiz, uma vez que este poderia repetir a produção de provas, caso entendessem necessário.

Nesse sentido, já decidiu este eg. Tribunal:

DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL - PROPRIEDADE - USUCAPIÃO EXTRAORDINÁRIO - IMPROCEDÊNCIA NO JUÍZO *A QUO* - INCONFORMISMO - NULIDADE DA SENTENÇA - VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA IDENTIDADE FÍSICA DO JUIZ - INOCORRÊNCIA - *ANIMUS DOMINI* DURANTE TODO O LAPSO PRESCRICIONAL - INCOMPROVAÇÃO - SENTENÇA MANTIDA - APELO IMPROVIDO.

Inocorre nulidade por violação ao princípio da identidade física do juiz se o magistrado titular que presidiu a instrução do feito, independentemente do motivo, está afastado e a sentença é proferida por juiz substituto, que poderá decidir acerca da necessidade ou não da repetição do ato.

[...] (Apelação Cível n. 2007.063796-3, de São José. Rel. Des. Monteiro Rocha, grifo nosso).

DIREITO DA INFÂNCIA E DA JUVENTUDE. ADOÇÃO. PRELIMINAR DE NULIDADE DO *DECISUM* POR OFENSA AO PRINCÍPIO DA IDENTIDADE FÍSICA DO JUIZ. INOCORRÊNCIA. SENTENÇA QUE, APESAR DE PROFERIDA POR MAGISTRADO DIVERSO DO QUE PRESIDIU A AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO E JULGAMENTO, NÃO CAUSOU PREJUÍZOS ÀS PARTES. INTELIGÊNCIA DO ART. 132 DO CPC. PRELIMINAR AFASTADA. [...].

1. Hodiernamente os tribunais têm atenuado o princípio da identidade física do juiz em prol dos da efetividade e celeridade processuais no sentido de não nulificar a sentença proferida por magistrado diverso do que presidiu a audiência de instrução e julgamento quando evidenciada a inexistência de prejuízo às partes.

[...] (Apelação Cível n. 2009.031789-2, de Camboriú. Re. Des. Marcus Túlio Sartorato, grifo nosso).

APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS *EX DELICTO* - NULIDADE DA SENTENÇA - VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA IDENTIDADE FÍSICA DO JUIZ - TEMÁTICA REFUTADA - ACIDENTE DE TRÂNSITO - ATROPELAMENTO - FALECIMENTO - CULPABILIDADE NÃO EVIDENCIADA - MÍNGUA DE PROVAS - ÔNUS PROBATÓRIO - INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 333, I, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL - DEVER DE INDENIZAR AFASTADO - SENTENÇA MANTIDA - RECURSO DESPROVIDO.

Não viola o princípio da identidade física do juiz o fato de o magistrado que presidiu a audiência de instrução e julgamento não ser o mesmo que proferiu a sentença (juiz substituto em regime de mutirão). Instituir referido princípio como uma ordem de caráter absoluto seria transformar como inteiramente inócua a proposta deste Tribunal com o mutirão de sentenças, no sentido de desembaraçar a caótica situação vivenciada pelas comarcas deste estado. (Apelação Cível n. 2007.022988-3, de Itajaí. Rel. Des. Fernando Carioni, grifo nosso).

E, do c. Superior Tribunal de Justiça:

“Nos termos da nova redação dada ao art. 132, CPC, que veio ratificar anterior inclinação da jurisprudência, o afastamento do juiz que concluiu a audiência de instrução, colhendo a prova oral, não impede que seja a sentença proferida pelo seu sucessor, o qual, se entender necessário, poderá mandar repetir as provas já produzidas. Não se reveste de caráter absoluto o princípio da identidade física do juiz. As substituições do titular por substituto designado pela Corregedoria em regime de cooperação tem por intuito a agilização da prestação jurisdicional” (REsp nº 149366/SC, 4ª Turma, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJ de 09/08/1999).

Não bastasse, sabe-se que o princípio da identidade física do juiz não encontra aplicabilidade quando não há a colheita de prova oral em audiência, como ocorre no caso específico dos autos, em que as partes desistiram da realização desta espécie probatória.

Sobre o tema, colhe-se do c. Tribunal de Justiça do estado do Rio Grande do Sul:

REINTEGRAÇÃO DE POSSE. DEFEITO DE REPRESENTAÇÃO PROCESSUAL. A AUSÊNCIA DE PROCURAÇÃO CONSTITUI VÍCIO SANÁVEL, QUE PODE SER SUPRIDO EM QUALQUER FASE DO PROCESSO ENQUANTO NÃO EXISTENTE DEFINITIVA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. **PRINCÍPIO DA IDENTIDADE FÍSICA DO JUIZ. NA HÁ RECLAMAR DESRESPEITO AO PRINCÍPIO DA IDENTIDADE FÍSICA DO JUIZ, QUANDO O JUIZ QUE PRESIDIU A AUDIÊNCIA NÃO É O MESMO QUE PROFERIU SENTENÇA, SE NAQUELA SOLENIDADE NÃO HOUVE COLETA DE PROVA ORAL, MAS, SIMPLEMENTE, TENTATIVA DE CONCILIAÇÃO E DEBATE ORAL.** [...]. (Apelação Cível Nº 598385888, Décima Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Jorge Luís Dall'AgnoI, Julgado em 25/03/1999)

E, do c. Superior Tribunal de Justiça, colhe-se:

PROCESSO CIVIL E ADMINISTRATIVO - ÁREA NON AEDIFICANDI: FISCALIZAÇÃO ESTADUAL.

1. Só está vinculado o magistrado, pelo princípio da identidade física do juiz, quando preside a audiência e nela colhe provas orais.

2. A só realização de audiência, com instalação de perícia, ou recebimento de memoriais não-vincula o juiz.

(...) (REsp 19.359/SP, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 16/11/1999, DJ 17/12/1999 p. 341)

RESP - PROCESSUAL CIVIL - JUIZ - VINCULAÇÃO - A VINCULAÇÃO DO JUIZ TEM, COMO PRESSUPOSTO, HAVER COLHIDA PROVA EM AUDIÊNCIA. SE NENHUMA PROVA ORAL FOI RECOLHIDA, NÃO INCIDE O PRINCÍPIO DA IDENTIDADE FÍSICA DO JUIZ.

(REsp 70.536/PE, Rel. Ministro LUIZ VICENTE CERNICHIARO, SEXTA TURMA, julgado em 25/09/1995, DJ 16/09/1996 p. 33800)

Portanto, levando-se em consideração todo o acima explanado, afasta-se a tese recursal rejeitando-se o pedido de decretação da nulidade do decisum.

Ilegitimidade ativa do autor Hélio Cheffel Chevarria:

A ré pugna pelo reconhecimento da ilegitimidade ativa do autor Hélio Cheffel Chevarria, sustentando que jamais pretendeu a cobrança de quaisquer valores da pessoa física do Sr. Hélio, conforme deixou claro na contestação e demais peças processuais, sendo ele parte ilegítima para figurar no pólo ativo da lide.

Todavia, conforme se observa dos documentos de fls. 233 e 237 da ação cautelar apensa, a empresa ré, mesmo em havendo notas fiscais confeccionadas tão somente em nome da empresa Habitusul Empreendimentos Imobiliários Ltda (fls. 234 e 238), apontou à protesto títulos em nome do segundo autor, indicando-o como devedor.

A alegação dispendida pela recorrente, à evidência, é efetivamente contrária as provas carreadas aos autos e beira à litigância de má-fé, dispensando-se maiores elucubrações a respeito do tema.

Portanto, mostra-se legítimo o interesse do autor Hélio no ajuizamento da demanda, pois, muito embora a ré reconheça que jamais teve qualquer pretensão em relação a ele, apontou à protesto títulos em seu nome, exigindo deste a adoção de providência judicial a fim de declarar a inexistência do débito e determinar a sustação do protesto, devendo permanecer inalterada a sentença proferida quanto a este ponto.

Direito à compensação dos débitos:

Afirma a apelante que houve a completa prestação dos serviços contratados, conforme ficou demonstrado pela prova documental e pericial produzidas, tanto na ação ordinária quanto na medida cautelar apensa.

Sustenta, ainda, que todos os documentos necessários foram entregues à Habitasul, que os recebeu, como comprovante de conclusão da obra, sem contestação, sendo que a perícia de engenharia civil constatou que todos os serviços contratados foram efetivamente executados, além de outros serviços extras, aditivos contratuais e alterações do projeto original, acrescendo ônus obrigacional à Planel.

Aduz, também, que a perícia constatou meras anomalias, de somenos importância, que não ofuscam a efetiva prestação dos serviços e entrega da obra, nem causam dano concreto ou perigo potencial à saúde ou segurança dos usuários.

Inicialmente, para melhor entendimento da matéria, mostra-se importante verificar o efetivo cumprimento das obrigações contratuais por parte da Planel e, para tanto, necessária se faz a análise do pacto celebrado entre as partes.

Assim, observa-se que, em 23/10/2000, foi celebrado entre a primeira autora e a ré “*contrato particular de construção em regime de administração e outras avenças*” (fls. 17 a 26), tendo por objeto “*a construção, pela Planel, pelo regime de administração a preço de custo dos blocos Ilha de Palmas, antigo “A” e Ilha do Anhatomirim, antigo “B”, do Complexo Turístico Jurerê Beach Village compreendendo a administração do fornecimento de materiais e administração técnica para a execução das obras, tal como adiante pactuado*” (cláusula quarta).

Por sua vez, as obras compreendidas no contrato celebrado “*são as constantes dos projetos, NBR, cronograma físico-financeiro, memorial descritivo, das especificações técnicas e do orçamento da obra, este no valor fixado em R\$ 5.840.326,00 (cinco milhões, oitocentos e quarenta mil, trezentos e vinte e seis reais), todos eles que, por documentos anexos ao presente e rubricados pelas partes contratantes, ficam fazendo parte integrante e inseparável deste contrato*” (cláusula quarta, parágrafo primeiro).

Sobre as responsabilidades da Planel, a cláusula quinta dispõe que incumbe a ela “*a administração e coordenação de todos os fatores que intervêm no processo construtivo, tais como, mão-de-obra, serviços especializados, materiais, equipamentos técnicos e outros, bem como a fiscalização e a responsabilidade técnica das obras, esta devidamente anotada no CREA e demais órgãos públicos, tudo de modo a executar e concluir as mencionadas obras, conforme projetos, especificações e demais documentos técnicos, bem como dentro do prazo previsto no cronograma físico financeiro [...]*” enumerando, em seguida, outras responsabilidades da Planel relativamente ao planejamento, gerenciamento e controle da obra.

Deste modo, cabia à Planel a administração do fornecimento de materiais e administração técnica para execução das obras, de acordo com os projetos NBR, cronograma físico-financeiro, memorial descritivo, especificações técnicas, orçamento e demais documentos técnicos, de conhecimento de ambas as partes.

Estipularam as partes, ainda, “*que os serviços que tenham que ser refeitos em razão de deficiência técnica terão seus custos atendidos às expensas exclusivas da Planel*” (cláusula décima segunda).

Quanto ao preço pelos serviços prestados, a Habitasul pagaria à Planel o valor de R\$ 756.000,00, equivalente a 1.489,24 CUB, dividido em 16 parcelas mensais, cujos pagamentos seriam efetuados caso cumprida a etapa do cronograma da obra, comprovada a execução através de laudo de engenheiro indicado pela primeira requerente (cláusula décima).

No que toca às três últimas parcelas, o parágrafo segundo da cláusula décima expressamente dispõe que: “***os pagamentos das três últimas parcelas do preço ficarão bloqueadas até o final da obra, com a concessão do habite-se total dos blocos ora contratados, pela Prefeitura Municipal de Florianópolis***”.

A cláusula décima quinta, parágrafo segundo, por sua vez, considera concluída a obra mediante a apresentação de alguns documentos, quais sejam:

- a) certidão negativa de débito – CND do INSS;
- b) guias de recolhimento devidamente quitadas, relativas ao ISSQN e ICMS;
- c) quitação das diversas firmas empreiteiras e subempreiteiras contratadas pela Planel;
- d) termo de recebimento da obra firmada pela Habitasul;**
- e) termo de recebimento dos órgãos públicos envolvidos, em especial o “habite-se” fornecido pela municipalidade.

Assim, verifica-se que existem condições cumulativas para caracterização da conclusão da obra, todavia, a cláusula décima, parágrafo segundo, somente condiciona o pagamento das três últimas parcelas dos honorários à concessão do habite-se total dos blocos contratados.

Portanto, uma vez entregue o habite-se dos blocos “A” e “B”, do complexo turístico Jurerê Beach Village, a requerida Habitasul teria a obrigação de efetuar o pagamento dos honorários contratados com a Planel, não podendo impor outras obrigações, por ausência de previsão contratual.

Relativamente à concessão do habite-se, este foi entregue pela Planel, constando cópia à fl. 487.

Observa-se do referido documento que se trata do habite-se n. 50, fornecido pela Prefeitura Municipal de Florianópolis, sendo que no campo destinado ao tipo do habite-se, consta como sendo parcial, descrevendo as seguintes áreas construídas “ **02 blocos (A e B) com 04 pavimentos + 01 subsolo (comum) + mezanino + ático + recreação infantil + acesso de serviço e secundário + circulação entre blocos** ”, não constando nenhuma restrição quanto ao uso desta parte da obra.

Ressalta-se, como destacado na decisão proferida no Agravo de Instrumento n. 2002.011654-3, da lavra do eminente Des. Jaime Ramos, interposto em face de decisão proferida na ação cautelar de sustação de protesto apensa, cuja cópia está acostada às fls. 528 a 530 daqueles autos, que o habite-se é parcial porque se refere apenas aos blocos “A” e “B”, do complexo turístico Jurerê Beach Village, já que os blocos “C” e “D” foram concluídos anteriormente, conforme habite-se n. 484, de 03.12.99 (fls. 488), também parcial.

Ambos os “habite-se” têm origem no mesmo projeto de n. 45053, datado de 04/12/95, sendo expedidos “habite-se” parciais, pois os blocos foram construídos em etapas e épocas distintas.

No que se refere à concessão do “habite-se”, tem-se que este de fato foi entregue pela Planel à Habitasul, sendo irrelevante a informação de que ele é parcial, conforme já destacado, pois ele é parcial levando-se em consideração o conjunto da obra constante do projeto n. 45053, de 04/12/95.

Portanto, cumprida a disposição contratual, era dever da parte autora proceder ao pagamento das três últimas parcelas na forma avençada, sendo lícito à empresa demandada a extração de títulos de crédito representativos da dívida advinda dos serviços prestados.

Assim, não socorreria à empresa requerente o disposto no artigo 1.092, *caput*, do CC/1916, que possuía a seguinte redação: **“Nos contratos bilaterais, nenhum dos contraentes, antes de cumprida a sua obrigação, pode exigir o implemento da do outro”**. Tal dispositivo legal encontra correspondência ao artigo 476, da atual Codificação Civil.

Isto porque, cumprida a cláusula contratual que determinava tão somente a finalização da obra com a entrega do habite-se, a extração dos títulos de crédito tornou-se fato absolutamente lícito, independentemente, inclusive, de eventuais imperfeições na construção, que se trata de situação

diversa e que poderia ser levantada pela parte prejudicada em ação judicial, a fim de ver a ré condenada ao pagamento de eventual ressarcimento.

No entanto, consoante abaixo será devidamente delineado, a empresa demandada não concluiu a obra nos moldes exigidos contratualmente, de modo que, já em primeiro grau, foi reconhecido o direito à respectiva indenização e compensação, sendo que esta última possibilidade sequer restou impugnada pela parte recorrente, destarte, tal circunstância permite concluir que os títulos apontados à protesto não representam a quantia efetivamente devida.

Quanto à deficiência na prestação dos serviços por parte da ré, a fim de auxiliar o juízo na sua verificação e, por ser necessária uma análise eminentemente técnica, foi designada perícia em engenharia civil.

E, sobre esta circunstância fática, o togado *a quo* lançou, na sua bem elaborada sentença, o seguinte excerto, que se utiliza, ainda que parcialmente, como razões de decidir (fl.1.346):

[...]

1.2.1 – Tocante à conclusão da obra: Não há dúvidas nos autos, tendo em vista que até a própria ré reconhece que faltaram finalizar pequenos acabamentos, os quais, entende como ínfimos, que não ensejariam o não recebimento da obra.

Pois bem, a ré contratou (cláusula 4ª) a construção dos blocos “A” e “B”, do empreendimento da autora, ficando responsável pelo fornecimento dos materiais, administração dos serviços e administração técnica da execução da obra.

Ora, a perícia (fls. 577 e segts.) é clara em reconhecer inúmeras falhas na construção, muitas inaceitáveis do ponto de vista do Sr. perito (item 5, do laudo – conforme conclusão de fls. 623, letra “c”), que é engenheiro civil é conhece o ofício.

Tal afirmação ainda é ratificada às fls. 904, quando esclareceu as dúvidas das partes em relação ao laudo, momento em que o Sr.

perito ressalta que as falhas referidas foram decorrentes de vícios construtivos, ou seja, de responsabilidade da ré.

No caso, a questão mostra-se resolvida pelo laudo pericial conclusivo, que apesar de impugnado, foi esclarecido e restou incontroverso nos autos, *máxime* porque inexistem outras provas capazes de refutá-lo.

Assim, tem-se que a ré entregou a obra com imperfeições, muitas inaceitáveis como destacado pela perícia e, portanto, não poderia exigir o pagamento final do contrato, sem antes adimplir com sua obrigação, nos termos do art. 1092, do CC/1016, vigente na data da contratação, renovado pelo art. 476, do NCC.[...]

Em virtude desta situação, o juiz sentenciante, na parte dispositiva, expressamente autorizou a compensação entre os valores apurados para as retificações, com os valores devidos à ré.

Neste contexto, deve ser ressaltado que o pedido inicial formulado pela empresa autora era no sentido de “(...) *declarar o direito da primeira autora de serem compensados os valores devidos segundo o contrato em questão com os valores apurados em perícia para conclusão dos serviços e para retificação dos serviços prestados de forma incorreta a serem desembolsados pela primeira autora*”.

Bem por isso, quando do julgamento dos embargos de declaração, o togado *a quo* elucidou:

“Tendo em vista a natureza declaratória dos pedidos formulados na petição inicial, reconhecendo-se, na sentença, apenas o direito à compensação entre os valores apurados para as (...) com os valores devidos à ré/embargante, está exaurida a jurisdição deste Juízo quanto ao mérito.

Com efeito, frente aos pedidos formulados, não poderia a sentença ir além da certificação da existência dos direitos da parte autora, sob pena de afronta ao art. 460 do CPC.

Evidentemente, a liquidação dos valores cuja compensação foi autorizada deverá ser realizada em procedimento próprio, nos termos

do art. 475-A e seguintes, do CPC, ou através de ação própria pelo interessado” (fls. 1359).

Consigne-se que, a respeito da compensação, a própria parte recorrente manifesta sua aquiescência nas razões recursais, mais precisamente às fls. 1.376, quando aduz:

Nem se olvide que a PLANEL aceitará, caso assim seja decidido, deduzir do montante do total das Notas Fiscais (incluído o Prêmio) a que tem direito, o valor apurado como custo dos serviços dos “detalhes estéticos” apontados pelo Perito Engenheiro em fls. 622/623 – afinal, conclusão pericial que deve e sabe respeitar! Seu jogo é honesto.

Assim, apesar de, inicialmente, ser lícita a extração dos títulos de crédito quanto aos honorários devidos à parte ré, em verificando-se, posteriormente, a existência de serviços defeituosos e a possibilidade de compensar os débitos, esta última circunstância cuja aquiescência foi manifestada pela própria demandada, a procedência do pedido inicial torna-se medida impositiva.

Ademais, como a compensação é matéria incontestada, os apontamentos não podem prosperar, uma vez que não representam a quantia efetivamente devida, o que somente será delineado quando da liquidação do julgado.

Do prêmio pela economia da obra:

Tocante ao prêmio pela redução no custo da obra, afirma a recorrente ser devido, destacando que a perícia contábil aponta para o valor líquido de R\$ 197.197,20. Afirma que a perícia é conclusiva pela validade de todos os títulos que instruem a ação cautelar, incluindo aquele representativo do prêmio contratual, totalizando, na época da realização da perícia, o valor atualizado de R\$ 940.723,74.

Relativamente ao prêmio pela economia da obra, dispõe o contrato celebrado entre as partes:

CLÁUSULA DÉCIMA PRIMEIRA: Caso o custo de construção venha a se concretizar em valor inferior a R\$ 5.840.326,00 (cinco milhões, oitocentos e quarenta mil, trezentos e vinte e seis reais) equivalentes a 11.504,86 CUB de setembro/2000 (onze mil quinhentos e quatro inteiros e oitenta e seis centésimos do curso unitário da construção civil) tal como medido pelo SINDUSCON/FLORIANÓPOLIS, valor do orçamento em anexo ao presente, **estando em dia com todas as obrigações contratualmente assumidas, notadamente as relativas aos prazos de conclusão das obras**, além dos honorários a que se refere a cláusula oitava, a Planel na condição de construtora, fará jus a um prêmio equivalente a 30% (trinta por cento) da redução efetivamente obtida a ser suportado pela Habitasul na condição de incorporadora do empreendimento.

PARÁGRAFO PRIMEIRO – A eventual redução no curso de construção e prêmio a que se refere o parágrafo anterior serão apurados ao término da obra e pago em até 30 (trinta) dias após sua apuração, mediante a apresentação da correspondente nota fiscal/fatura.

No que se refere ao término da obra, para fins de incidência do prêmio contratado, prevê expressamente a cláusula acima transcrita que a Planel deverá estar em dia com todas as obrigações assumidas, notadamente aos prazos de conclusão das obras, incluindo-se aqui a entrega de todos os documentos enumerados na cláusula décima quinta, parágrafo segundo, já transcrita.

Partindo-se daí, mesmo que se considere a entrega do habite-se dos blocos “A” e “B”, CND do INSS, bem como, que o imóvel está sendo desde a data da entrega da obra, os demais documentos enumerados pela cláusula acima referida não foram apresentados pela Planel.

Mesmo o habite-se e a CND do INSS foram entregues somente depois de aproximados dois meses da entrega da obra (04/03/2002 – fls. 419 da ação cautelar apensa).

Não há que se olvidar, também, que, muito embora todas as etapas da obra tenham sido realizadas pela Planel, ela apresentou inúmeros defeitos

de execução e acabamento, como afirmado pelo perito nomeado, deixando de entregar a obra no padrão construtivo contratado.

Ademais, a própria recorrente, ao admitir a possibilidade de compensar do seu crédito os valores apontados pelo perito como necessários à correção dos serviços executados de forma inadequada, reconhece não ter entregue a obra nos moldes ajustados.

A cláusula quinta do contrato, especificamente no item denominado de “CONTROLE”, prevê, dentre outras, as seguintes responsabilidades da Planel (fls. 21):

“Garantir a boa qualidade de todos os serviços realizados na obra, os quais serão executados sob sua responsabilidade direta, inclusive os empreitados por terceiros para esse efeito.

(...)

Supervisionar a qualidade dos serviços contratados de acordo com o previsto e normas da ABNT, através de ensaios específicos a cada atividade”.

Referente à perícia contábil realizada, ela considera para o cálculo do prêmio somente a economia na obra, e não o cumprimento das demais obrigações contratuais, motivo pelo qual não pode ser considerada conclusiva quanto ao efetivo direito da Planel ao prêmio contratado.

De bom alvitre consignar excerto da sentença, onde esta situação restou muito bem delineada (fl. 1.349/1.350):

[...]

Alega a ré que concluiu a obra com redução do valor orçado no contrato, fazendo jus ao prêmio previsto da cláusula 11ª, do contrato (fls. 129).

Diz a dita cláusula contratual: **“Caso o custo de construção venha a se concretizar em valor inferior R\$5.840.326,00 (cinco milhões, oitocentos e quarenta mil, trezentos e vinte e seis reais) equivalentes a 11.504,86 CUB de setembro/2000 (onze mil quinhentos**

e quatro inteiros e oitenta e seis centésimos do custo unitário básico da construção civil) tal como medido pelo SINDUSCON/FLORIANÓPOLIS, valor do orçamento em anexo ao presente, estando em dia com todas as obrigações contratualmente assumidas, notadamente as relativas aos prazos de conclusão das obras, além dos honorários a que se refere a Cláusula Oitava, a PLANEL na condição de construtora, fará jus a um prêmio equivalente a 30% (trinta por cento) da redução efetivamente obtida a ser suportado pela HABITASUL na condição de incorporadora do empreendimento.

PARÁGRAFO PRIMEIRO (sic) *A eventual redução no custo de construção e prêmio a que se refere o parágrafo* (sic) *anterior serão apurados ao término da obra e pago em até 30 (trinta) dias após sua apuração, mediante a apresentação da correspondente nota fiscal/fatura.”.*

Para verificar tal redução, foi deferida perícia técnica, que veio a efeito às fls. 1013 e segts., onde constatou-se uma redução no preço da obra de R\$-667.334,10, e, em valores líquidos, o prêmio seria de R\$-197.197,20.

Ocorre, *data vênia*, não bastava a simples redução do preço da obra para que a ré tivesse direito ao prêmio, como se viu da cláusula acima. A cláusula é clara em afirmar que: “...*estando em dia com todas as obrigações contratualmente assumidas, notadamente as relativas aos prazos de conclusão das obras, além dos honorários a que se refere a Cláusula Oitava...*”. Grifei.

Portanto, para merecer o prêmio, a ré deveria estar quite com o contrato, ou seja, ter cumprido todas as suas obrigações contratuais, além de reduzir o preço da obra.

No caso, além de não entregar a obra como deveria, conforme comprovado no tópico “1” acima, desta sentença, a ré não apresentou o recebimento da obra, firmado pela autora (letra “d”, do parágrafo segundo, da cláusula 15^a, do contrato). Não se diga que tal cláusula é abusiva, pois, o recebimento da obra é indispensável para a resolução do contrato. Ora, caso a ré entendesse ter findado a obra, não recebendo tal documento, deveria no mínimo notificar a autora para a devida entrega. Aí, a autora poderia alegar tais imperfeições, como alegou no processo, momento em que cabia a ré

fazer as obras e exigir o documento. Não o fez, preferindo expedir títulos de crédito que apresentou para protesto, sem cumprir com as cláusulas contratuais, conforme constatado posteriormente em perícia nestes autos.

(...)

De outro lado, verificou-se que inobstante as alterações, as obras teriam sido entregues com atraso (Vide quesito 7.2.4 – de fls. 626).

(...)

Assim, a meu sentir, mesmo havendo uma redução do preço da obra, a ré não faz jus ao prêmio, já que não cumpriu, como lhe competia, todas as cláusulas contratuais que firmou, a tempo e modo.

[...]

Diante disso, tem-se que a Planel não faz jus ao prêmio contratado, sendo indevido o valor constante da nota fiscal n. 0054, no valor de R\$ 197.197,23, devendo permanecer irretocável a sentença quanto a este ponto.

DO RECURSO DA AUTORA

A parte autora insurge-se quanto aos honorários advocatícios fixados na sentença objurgada, alegando, em síntese, tratar-se de valor irrisório, isto se levado em consideração a importância da causa, o zelo, seriedade e competência dispensados pelo causídico, assim como o tempo transcorrido no processamento da causa.

Pleiteia pela fixação dos honorários advocatícios no patamar de, no mínimo, 20% do valor que a autora deve gastar para acabar a obra que era de responsabilidade da ré.

Tem razão à parte apelante, ao menos em parte.

Primeiramente, registra-se que, em se tratando de ação de cunho eminentemente declaratório e, inexistindo condenação a servir de embasa-

mento para a fixação de honorários em percentual, imperiosa é a aplicação do § 4º do art. 20 do CPC, *in verbis*:

Nas causas de pequeno valor, nas de valor inestimável, naquelas em que não houver condenação ou for vencida a Fazenda Pública, e nas execuções, embargadas ou não, os honorários **serão fixados consoante apreciação eqüitativa do juiz, atendidas as normas das alíneas a, b e c do parágrafo anterior.** (Grifei).

Sobre o tema, este eg. Tribunal de Justiça já se manifestou:

APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO CAUTELAR DE EXIBIÇÃO DE DOCUMENTOS PROMOVIDA CONTRA INSTITUIÇÃO FINANCEIRA - SENTENÇA JULGANDO PROCEDENTE O PEDIDO.

INSURGÊNCIA DA RÉ - 1) INAPLICABILIDADE DA MULTA DIÁRIA EM SEDE DE CAUTELAR EXIBITÓRIA, POR CABER A BUSCA E APREENSÃO DOS DOCUMENTOS PRETENDIDOS - 2) **PLEITO VISANDO A MINORAÇÃO DO VALOR FIXADO A TÍTULO DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS - REJEIÇÃO - DEMANDA SEM CUNHO CONDENATÓRIO - VERBA ARBITRADA EM MONTANTE ADEQUADO AOS PARÂMETROS DO ART. 20, §§ 4º E 3º, ALÍNEAS "A", "B" E "C", DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL - RECURSO CO-NHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO.** (Grifei) (Apelação Cível n. 2009.031819-3, de Canoinhas, rel. Des. Marco Aurélio Gastaldi Buzzi, j. em 12/11/2009).

E mais:

APELAÇÃO CÍVEL - EMBARGOS DE TERCEIRO.

(...)

HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS - CONDENAÇÃO QUE IMPRESCINDE DE CULPA - MOVIMENTAÇÃO DA MÁQUINA JUDICIÁRIA - APRESENTAÇÃO DE RESPOSTA - PROCESSAMENTO CONTENCIOSO - ADEQUAÇÃO DA VERBA - ARBITRAMENTO COM LASTRO NO § 4º DO ART. 20 DO CPC - OBSERVÂNCIA DOS CRITÉRIOS ESTATUÍDOS NO § 3º DO MESMO DISPOSITIVO - PROVIMENTO DO RECURSO NESTE TOCANTE.

Ocorrido e satisfeito todo trâmite processual inerente ao processamento contencioso do feito, com a realização de trabalhos técnicos pelos procuradores das partes, faz-se imprescindível o arbitramento dos consectários sucumbenciais em detrimento ao vencido.

Deve o estipêndio sucumbencial ser arbitrado, tratando-se de decisão desprovida de cunho condenatório, com sucedâneo no § 4º do art. 20 do CPC, atentando-se para os critérios estabelecidos nas alíneas do § 3º do mesmo dispositivo. (Grifei) (Apelação Cível n. 2004.007790-4, de Itajaí, Relator: Des. Robson Luz Varella, j. em 14-9-2009).

O arbitramento de tal verba, mesmo quando aplicado o § 4º do artigo 20 do CPC, deve obedecer a determinados critérios estabelecidos pelo referido Codex. Senão vejamos:

§ 3º Os honorários serão fixados entre o mínimo de dez por cento (10%) e o máximo de vinte por cento (20%) sobre o valor da condenação, atendidos:

- a) o grau de zelo do profissional;
- b) o lugar de prestação do serviço;
- c) a natureza e importância da causa, o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço. (Grifei).

Sobre o tema, Humberto Theodoro Júnior preleciona:

Deixarão de ser observados os limites em questão (máximos e mínimos) quando a causa for de pequeno valor ou de valor inestimável, bem como quando não resultar em condenação, tal como se dá nas sentenças de improcedência do pedido, nas constitutivas e nas declaratórias. E, de modo geral, em todas as condenações em que for vencida a Fazenda Pública. Em tais hipóteses, “os honorários serão fixados consoante apreciação equitativa do juiz”, atendidas as normas das letras a a c do art. 20, §§ 3º e 4º do mesmo artigo (Curso de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento. 46 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 106).

Assim, sopesando-se os balizadores constantes no artigo 20, § 3º, alíneas “a”, “b” e “c”, do CPC, verifica-se que, de fato, o valor arbitrado na sentença a título de honorários advocatícios merece majoração.

Isto porque, no caso, mostra-se evidenciado que o procurador da parte autora atuou com grande dedicação e desvelo profissional, cumprindo prazos e fazendo-se presente nas solenidades realizadas no feito.

Ademais, a causa apresenta relativa complexidade, exigiu dilação probatória com a produção de duas provas periciais, assim como tem por objeto obrigação contratual de elevada monta.

Não bastasse, a ação principal foi ajuizada em 25/04/2002, e a ação cautelar em 26/03/2002, de forma que o procurador encontra-se há mais de 8 (oito) anos acompanhando zelosamente o andamento do presente feito.

Por fim, imperioso mencionar-se que a demandada é pessoa jurídica atuante no ramo da construção civil, vislumbrando-se ter capacidade de arcar com o pagamento de honorários advocatícios condizentes com o trabalho desempenhado pelo advogado da parte adversa.

Diante deste quadro fático, deve a parte demandada, ora apelada, arcar com o pagamento de honorários advocatícios ao patrono da autora, estes fixados em R\$ 20.000,00 (vinte mil reais), uma vez que em consonância com o disposto no art. 20, § 3º, alíneas “a”, “b” e “c” c/c § 4º, todos do CPC.

2. - Ante o exposto, voto no sentido de conhecer do recurso da ré e negar-lhe provimento; conhecer do recurso da autora e dar-lhe parcial provimento para majorar o montante fixado a título de honorários advocatícios para o importe de R\$ 20.000,00, a ser atualizado monetariamente a partir da presente decisão até efetivo pagamento.

III - DECISÃO

Nos termos do voto do relator, decidiu a Terceira Câmara de Direito Comercial, por votação unânime, conhecer do recurso interposto pela parte ré e negar-lhe provimento; conhecer do recurso interposto pela empresa autora e dar-lhe parcial provimento.

O julgamento, realizado no dia 15 de julho de 2010, foi presidido pelo Relator, com voto, e dele participaram os Exmos. Srs. Desembargadores Paulo Roberto Camargo Costa e Jânio de Souza Machado.

Florianópolis, 15 de julho de 2010.

Cláudio Valdyr Helfenstein
PRESIDENTE E RELATOR

Apelação Cível n. 2008.013741-1, de Araranguá

Relator: Des. Cláudio Valdyr Helfenstein

APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE CANCELAMENTO DE PROTESTO COM PEDIDO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – PROTESTO INDEVIDO DE DUPLICATA MERCANTIL – SENTENÇA RECONHECENDO A ILEGITIMIDADE PASSIVA DAS INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS DEMANDADAS E CONDENANDO O PRIMEIRO RÉU, EXCLUSIVAMENTE, AO PAGAMENTO DA VERBA INDENIZATÓRIA - RECURSO DO AUTOR E DO PRIMEIRO DEMANDADO.

INSURGÊNCIA COMUM NOS APELOS.

LEGITIMIDADE PASSIVA DAS CASAS BANCÁRIAS EVIDENCIADA – INEXISTENTE PROVA ACERCA DE HAVER ENDOSSO MANDATO – ÔNUS QUE INCUMBIA AO BANCO BANRISUL S/A – EXEGESE DO ARTIGO 333, INCISO II, DO CPC – ADEMAIS, RESPONSABILIDADE ADVINDA DO RISCO DA ATIVIDADE ECONÔMICA – INCIDÊNCIA DO ARTIGO 927 DO CC – CONVÊNIO FIRMADO COM O BANCO BESC S/A VISANDO FACILITAR A COBRANÇA DE TÍTULOS EM OUTROS ESTADOS DA FEDERAÇÃO – RELAÇÃO JURÍDICA QUE TEM O CONDÃO DE FOMENTAR A ATIVIDADE ECONÔMICA DAS DUAS INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS E GERAR O AUMENTO DA LUCRATIVIDADE – DEVER DE ARCAR COM OS ÔNUS ADVINDOS DA ATIVIDADE DESENVOLVIDA E QUE É CAPAZ DE GERAR DANOS À TERCEIRO - RESPONSABILIDADE OBJETIVA DAQUELE QUE AUFERE LUCRO COM A EXPLORAÇÃO DA ATIVIDADE ECONÔMICA QUE NÃO PODE SER EXCLUÍDA POR CLÁUSULA CONTRATUAL, CUJA EFICÁCIA É RESTRIITA ÀS CONTRATANTES - ACOLHIMENTO DOS APELOS NO TÓPICO - SENTENÇA REFORMADA - INCIDÊNCIA DO ART.

515, § 3º, DO CPC - POSSIBILITADA A ANÁLISE DAS QUESTÕES QUE ENVOLVEM AS INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS.

REITERAÇÃO QUASE QUE EXCLUSIVA, NO MÉRITO, DAS MATÉRIAS LANÇADAS NAS PRELIMINARES E QUE VISAVAM O RECONHECIMENTO DA ILEGITIMIDADE PASSIVA – SITUAÇÃO DEVIDAMENTE APRECIADA NO TÓPICO ANTERIOR, SENDO DISPENSÁVEL REVERBERAR A FUNDAMENTAÇÃO – DEMAIS QUESTÕES LANÇADAS NAS DEFESAS APRECIADAS JUNTAMENTE COM AS ARGÜIÇÕES SUSCITADAS NOS RECURSOS.

RECURSO DO PRIMEIRO RÉU, EMITENTE DO TÍTULO

ALEGAÇÃO DE QUE TERIA AGIDO NO EXERCÍCIO REGULAR DE UM DIREITO E QUE NOTIFICOU O BANCO BANRISUL S/A VISANDO SUSTAR O PROTESTO DO TÍTULO – DEFENDIDA A TESE DE QUE NÃO AGIU COM CULPA OU DOLO, ESTANDO AUSENTES OS REQUISITOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL – ADEMAIS, NÃO TERIA HAVIDO A PROVA DO DANO – TESES ARREDADAS – NOTIFICAÇÃO REMETIDA À CASA BANCÁRIA QUE NÃO EXIME A RESPONSABILIDADE DA PRIMEIRA DEMANDADA, EIS QUE INCIDENTE A CULPA *IN ELIGENDO* E *IN VIGILANDO* – INCIDÊNCIA DOS ARTIGOS 932, INCISO III E 933, TODOS DO CC – PROTESTO HAVIDO EM DATA POSTERIOR A DO PAGAMENTO – ILICITUDE EVIDENCIADA – DANO MORAL *IN RÉ IPSA* - DESNECESSIDADE DE EFETIVA COMPROVAÇÃO DO DANO.

Incide, no caso, a culpa *in iligendo* e *in vigilando*, nos moldes do artigo 932, inciso III e 933 do CC, de modo que a responsabilidade pelos atos de cobrança, quando delegados à terceiro, devem ser atribuídos, ainda que não exclusivamente, ao delegante.

“[...] O abalo moral decorrente de indevido protesto de título cambiário opera-se ‘in re ipsa’, ou seja, decorre da própria ilicitude

do ato, tornando dispensável a prova da efetividade da causação de prejuízos morais.” (Apelação Cível n. 2008.010968-7, Rel. Des. Trindade dos Santos, j. 26-8-08).

RECURSO DE AMBAS AS PARTES LITIGANTES E CONTESTAÇÃO APRESENTADA PELO BESC S/A.

TERCEIRO RÉU, BESC S/A, QUE INFORMA, NA CONTESTAÇÃO, DA EXISTÊNCIA DE OUTRAS RESTRIÇÕES EM NOME DO REQUERENTE, DE FORMA QUE ESTA CIRCUNSTÂNCIA DEVERIA SER SOPESADA NO MOMENTO DA FIXAÇÃO DA VERBA INDENIZATÓRIA- TESE ARREDADA – SITUAÇÃO QUE NÃO SE ENCONTRA DELINEADA NOS AUTOS – DOCUMENTOS CARREADOS COM A INICIAL QUE INDICAM, TÃO SOMENTE, QUE OUTRAS EMPRESAS CONSULTARAM A RESPEITO DA EXISTÊNCIA DE RESTRIÇÕES EM NOME DO AUTOR, EVIDENCIANDO A AMPLA PUBLICIDADE DADA AO PROTESTO INDEVIDO.

APURAÇÃO DO *QUANTUM* DEVIDO – PARTE AUTORA ALMEJANDO A MAJORAÇÃO E PRIMEIRO RÉU PUGNANDO PELA REDUÇÃO – IMPOSSIBILIDADE DE UTILIZAR-SE DOS BALIZADORES COMUMENTEMENTE OBSERVADOS POR ESTA EG. TERCEIRA CÂMARA DE DIREITO COMERCIAL – APLICAÇÃO DOS CRITÉRIOS DA RAZOABILIDADE E DA PROPORCIONALIDADE – CONDENAÇÃO QUE NÃO DEVE SERVIR COMO FONTE DE ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA E, AO MESMO TEMPO, DEVE CONSUBSTANCIAR-SE EM SANÇÃO INIBITÓRIA À REINCIDÊNCIA – MAJORAÇÃO DA VERBA QUE SE FAZ NECESSÁRIA DIANTE DO CASO EM CONCRETO – RECURSO DA PARTE AUTORA ACOLHIDO NO TÓPICO.

“Na fixação da indenização por danos morais, recomendável que o arbitramento seja feito com moderação, proporcionalmente ao grau de culpa, ao nível sócio-econômico dos autores, e, ainda, ao porte

da empresa recorrida, orientando-se o juiz pelos critérios sugeridos pela doutrina e pela jurisprudência, com razoabilidade, valendo-se de sua experiência e do bom senso, atento à realidade da vida e às peculiaridades de cada caso (STJ, REsp n. 135.202/SP, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo, DJU de 19-5-98).

ÔNUS DA SUCUMBÊNCIA – REFORMA DA SENTENÇA QUE GERA O ACOLHIMENTO TOTAL DOS PEDIDOS ELABORADOS NA INICIAL – APLICAÇÃO DO ARTIGO 20 DO CPC – CONDENAÇÃO DAS RÉS AO PAGAMENTO INTEGRAL DAS CUSTAS JUDICIAIS, DESPESAS PROCESSUAIS, E HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS DEVIDOS AO PATRONO DA PARTE AUTORA, MANTIDA A FIXAÇÃO CONSOANTE REALIZADO EM PRIMEIRO GRAU, EIS QUE CONDIZENTE COM OS BALIZADORES DO ARTIGO 20, § 3º, ALÍNEAS “A”, “B” E “C” DO CPC.

RECURSOS CONHECIDOS E PARCIALMENTE PROVIDOS.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2008.013741-1, da comarca de Araranguá (1ª Vara Cível), em que são apte/apdo Mercado Mezza Ltda, e apdo/apte Tondo S A e outros:

ACORDAM, em Terceira Câmara de Direito Comercial, por votação unânime, conhecer dos recursos, prover o apelo do autor e parcialmente o da ré. Custas legais.

I - RELATÓRIO

Mercado Mezza Ltda. ajuizou “*Ação de Cancelamento de Protesto c/c Pedido de Dano Moral*” contra Tondo S/A, Banco do Estado do Rio Grande do Sul – BANRISUL S/A e Banco do Estado de Santa Catarina – BESC S/A, sustentando a ilegalidade do protesto da duplicata de número

236347-01, porquanto antes de se proceder o ato notarial a obrigação já se encontrava adimplida.

Alega que efetuou a compra de mercadorias junto ao primeiro requerido, no valor de R\$ 252,00 (duzentos e cinquenta e dois reais), cujo pagamento deveria ocorrer na data de 18.11.05, no entanto, em virtude de problemas financeiros, conseguiu adimplir a dívida tão somente no dia 05.12.05, via depósito bancário.

Acentua que, inobstante o pagamento da duplicata, o título foi levado a protesto em 14.12.05, sendo que o primeiro réu, somente em 22.02.06, enviou declaração informando a respeito do pagamento do título, documento este que não foi apto para baixar o protesto em virtude de o apontamento ter sido efetuado pelas duas instituições financeiras réis.

Em virtude desta situação, requereu, também em sede de antecipação dos efeitos da tutela, o cancelamento do protesto, bem como, a condenação dos demandados ao pagamento de indenização pelos danos morais sofridos.

A tutela antecipada foi deferida às fls. 19/20, suspendendo-se os efeitos do protesto do título *sub judice*.

Devidamente citados, os requeridos apresentaram contestação às fls. 73/84, 41/55 e 88/96.

Alega o segundo requerido, Banrisul S.A., em preliminar, a sua ilegitimidade passiva, ao argumento de que agiu como mero mandatário do primeiro réu e que atuou no exercício regular de um direito. No mérito, reitera as arguições lançadas na preliminar e aduz que não pode ser responsabilizado pelo negócio originário, do qual é alheio.

Por sua vez, o terceiro réu, Besc S.A., suscitou, em preliminar, sua ilegitimidade passiva, aduzindo que agiu como prestador de serviços para o Banrisul S.A., sendo apenas o mandatário para fins de cobrança, não tendo havido a transferência do título de crédito. No mérito, reitera as

teses lançadas na preliminar e acentua que o autor possui outras restrições creditícias para, ao final, abordar temática atinente aos critérios para definição da indenização a título de danos morais.

Quanto à ré, Tondo S/A, a mesma aduz que o depósito efetuado pelo autor e que visava o adimplemento do título não se deu nas instituições financeiras apontadas nos avisos de cobrança, e sim em casa bancária indevida, de forma que somente teve ciência do ocorrido em fevereiro de 2006, oportunidade em que providenciou imediatamente a carta de quitação.

Discorre no sentido de que agiu no exercício regular de um direito e que o autor nada providenciou a fim de impedir o protesto o que poderia ter realizado através das medidas judiciais cabíveis.

Salienta, ainda, que inexistiria prova acerca do abalo moral narrado na inicial e que o fato ventilado seria de pouca relevância.

A autora apresentou réplica às fls. 105/115.

Realizada audiência de conciliação (termo às fls. 125), a proposta de acordo restou inexitosa.

Sobreveio sentença cuja parte dispositiva assim definiu:

ANTE O EXPOSTO:

1) ACOLHO a preliminar de ilegitimidade dos réus, Banrisul – Banco do Estado do Rio Grande do Sul e Besc – Banco do Estado do Estado de Santa Catarina e, em consequência, JULGO EXTINTO o processo, nos termos do art. 267, VI do CPC.

CONDENO a autora, ainda, ao pagamento das custas processuais em metade e honorários advocatícios, estes que arbitro em R\$ 1.000,00 (mil reais) para cada um dos patronos, na forma do § 4º, do art. 20 do CPC.

2) JULGO PROCEDENTE o pedido com relação à ré Tondo S/A e, em consequência:

2.1) DETERMINO O CANCELAMENTO do protesto do título em questão.

2.2) CONDENO a ré ao pagamento de R\$ 4.000,00 (quatro mil reais) à título de indenização por danos morais, com correção monetária e juros de mora a contar do arbitramento.

CONDENO a ré, ainda, ao pagamento das custas processuais pela metade e honorários advocatícios, estes que arbitro em 20% do valor da condenação, nos moldes do § 3º, do art. 20 do CPC.

Irresignados com a prestação jurisdicional, o requerente e o primeiro réu interpuseram recurso de apelação (fls. 141/148 e 150/156 respectivamente).

Aduz o autor, em suma: a) que as instituições financeiras demandadas seriam as responsáveis pelo ocorrido, uma vez que tornaram-se proprietárias do título e agiram em benefício próprio, sendo manifesta a legitimidade para figurar no pólo passivo; b) que o *quantum* arbitrado a título de danos morais deveria ser majorado.

O primeiro demandado, por sua vez, sustenta em suas razões recursais que: a) não poderia haver a exclusão das instituições financeiras do pólo passivo, eis que estas foram as responsáveis pelo ocorrido; b) que encaminhou, na data de 29.11.05, pedido para baixa do título em discussão, isto para o Banrisul S.A., devendo ser sopesadas as responsabilidades; c) que houve, por parte das casas bancárias, exercício temerário do mandato; d) que agiu no exercício regular de um direito; e) que inexistiria prova acerca do abalo moral e que não agiu com culpa ou dolo, não estando presentes os requisitos da responsabilidade civil; f) que a indenização fixada seria excessiva.

Ao final, pugnou pela improcedência do feito em relação ao mesmo ou, alternativamente, o reconhecimento da responsabilidade solidária dos co-réus.

Intimados para apresentação das contrarrazões, somente o autor e o terceiro réu, Besc S.A., ofertaram manifestação.

É o relatório.

II - VOTO

1 – Presentes os requisitos legais de admissibilidade, os recursos merecem ser conhecidos.

AMBOS OS RECURSOS:

Da legitimidade passiva do BANRISUL S/A e do BESC S.A.

A parte autora sustenta que as instituições financeiras demandadas são partes legítimas para figurarem no pólo passivo da ação, aduzindo, em síntese, que seriam as proprietárias do título protestado e que teriam agido em benefício próprio.

O primeiro demandado também defende a legitimidade *passiva ad causam* dos entes bancários, atribuindo aos mesmos a responsabilidade pelo evento ocorrido.

Quanto ao segundo réu, Banrisul S.A., o mesmo defendeu, na contestação, que agiu unicamente como mandatário e que atuou no exercício regular de um direito, estando alheio ao negócio jurídico subjacente e que deu origem à emissão do título.

Assim, para o deslinde desta questão, faz-se necessário perquirir acerca da ocorrência de endosso-mandato no caso dos autos, assim como se o endossatário-mandatário tem legitimidade para figurar no pólo passivo da demanda em que se discute a irregularidade do envio da cambial para protesto.

Como é sabido, o endosso translativo transfere ao endossatário todas as prerrogativas inerentes à cambial, ou seja, transfere-lhe a propriedade e todos os respectivos direitos e obrigações. Em contrapartida, o endosso-mandato apenas transfere o encargo de cobrar a cártula.

Fábio Ulhoa Coelho assim esclarece o tema em debate:

A doutrina costuma reunir sob a rubrica de endosso impróprio aquele que não produz o efeito de transferir a titularidade do crédito documentado pela letra de câmbio, mas legitima a posse sobre a cártula exercida pelo seu detentor. Com efeito, em determinadas circunstâncias, poderá o credor da letra transferir, legitimamente, a sua posse a um terceiro, sem transferir-lhe a titularidade do crédito representado. No caso de o credor da letra incumbir a um seu procurador o recebimento do título, deverá praticar um ato cambiário específico destinado a legitimar a posse do seu mandatário sobre ele. Caso tal ato não seja praticado, na própria letra, o devedor que efetuar o pagamento não se liberará, validamente, em virtude da aplicação dos princípios da cartularidade e da literalidade. O endosso impróprio que legitima a posse do procurador do credor é o endosso-mandato [...] (Manual de direito comercial. 12. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 233-234).

Analisando-se detidamente os autos, constata-se que o primeiro réu, Banrisul S.A., deixou de apresentar documento ou outra prova visando demonstrar que o título individuado na inicial, efetivamente, foi objeto de endosso-mandato, ônus que lhe incumbia, a teor do artigo 333, inciso II, do CPC. É que o contrato apresentado às fls. 57/58, o qual serviu como elemento cognitivo para a sentença prolatada em primeiro grau, foi firmado na data de 03.02.06, ou seja, quando o protesto, datado de 14.12.05, já havia sido efetivado.

Sobre esta matéria, já decidiu esta Câmara:

A instituição financeira que apresenta a protesto a duplicata sem, contudo, comprovar que a recebeu através de endosso-mandato, é parte legítima para figurar no pólo passivo da demanda declaratória de inexigibilidade de título. (Apelação Cível n. 2004.004817-3, da Capital, Terceira Câmara de Direito Comercial, rel. Des. Alcides Aguiar, j. em 01.11.07).

Não obstante, mesmo que a relação de endosso-mandato restasse devidamente comprovada, ainda assim, tem-se que o banco Banrisul S.A. deveria ser mantido no pólo passivo da demanda.

Sobre o tema, discorreu o eminente Des. Marco Aurélio Gaspaldi Buzzi, quando do julgamento da Apelação Cível n. 2007.041133-8, da Capital:

De regra, aquele que recebe a cártula e desempenha o endosso-mandato para realizar o crédito não responde pelos prejuízos advindos da implementação dos atos necessários ao exercício da representação que lhe foi conferida, havendo precedentes jurisprudenciais que atribuem responsabilidade subjetiva ao cobrador, mesmo no cumprimento do mandato, quando, comissiva ou omissivamente, exerce-o abusivamente ou sem a diligência ordinária que lhe compete empregar para pôr em prática esse múnus negocial. (...)

Sem embargo, o ponto nevrálgico da discussão não está na existência ou não da responsabilidade, ou então, na averiguação de culpa segundo a ótica do contrato de mandato firmado entre a agência mandatária e o seu constituinte, mas sim no risco inerente ao próprio ramo de atuação econômica desenvolvido pelo constituído (casa bancária).

Isso porque, quando a instituição financeira capta clientes e com eles contrata, dentro de sua atividade-fim, a realização de serviços potencialmente nocivos a terceiros, solidariza-se com os seus contratantes, para responder pelos prejuízos decorrentes da prática profissional de risco que desempenha no meio social, vez que, no mínimo, serviu de agente catalisador do pretense evento lesivo, interessando-lhe defender a regularidade de sua conduta, bem como a ausência de dano a terceiros, no exercício desse ofício lucrativo. (...)

Assim, quando o ente bancário presta essa espécie de serviço, está implementando uma de suas atividades-fim, pelas quais auferem ganhos, amplia e consolida mercados e clientelas, distribuindo o risco do seu empreendimento segundo o preço cobrado para realização dos seus serviços, incumbindo-lhe verificar a legitimidade da operação que executa por meio de medidas eficazes a evitar a imposição de danos a terceiros, assumindo conjuntamente com o seu outorgante os ônus típicos desta especializada atividade que o Estado só concede a selecionados interessados.

Nessa ordem de idéias, a realização do serviço de cobrança de duplicatas sem causa subjacente comporta, sem dúvida, alto risco para as instituições financeiras, e tendo ela optado por sua prestação,

sujeita-se à responsabilização decorrente dessa atividade, cabendo ao banco-mandatário comprovar alguma excludente de responsabilidade ou demonstrar a ausência denexo causal, circunstâncias sequer alegadas no caso em apreço. (Apelação Cível n. 2007.041133-8/000000, da Capital, rel. Des. Marco Aurélio Gastaldi Buzzi, j. 19.6.2008).

Como visto, incide no presente caso a Teoria do Risco do Empreendimento, a qual se funda no perigo da atividade desenvolvida pela instituição financeira. Nas palavras de Cavalieri: *“Quem colhe os frutos da utilização de coisas ou atividades perigosas deve experimentar as consequências prejudiciais que dela decorrem”* (Programa de Responsabilidade Civil, São Paulo: Editora Atlas S/A., 2008, p. 137).

Ademais, o parágrafo único do art. 927 do Código Civil é claro ao prescrever que: *“Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.”*

Desta forma, ainda que a instituição financeira atue única e exclusivamente como mandatária do endossante, executando a atividade administrativa de cobrança da cártula, deve arcar com o ônus da atividade perigosa que desempenha, pelo que imperiosa é a sua manutenção no pólo passivo da demanda cujo cerne da discussão é o protesto indevido do título de crédito que recebeu para cobrança.

Com relação ao terceiro requerido, BESC S/A, alegou a casa bancária que teria, tão somente, cumprido com o “Convênio Multilateral de Prestação de Serviços”, agindo como mera mandatária do Banrisul S.A., não tendo havido a transferência do título, tão somente endosso mandato para fins de cobrança.

Em que pese o alegado, razão assiste aos recorrentes, uma vez que, na forma já delineada, o endosso mandato não exime a instituição financeira

de arcar com as responsabilidades advindas do protesto indevido de título de crédito, mister em se reconhecendo que o convênio informado pela ora ré (fls. 98/103), firmado pelas instituições financeiras públicas estaduais, tem por finalidade facilitar a execução de seus serviços em outras unidades da federação em que não possuam sede, fomentando a atividade fim e gerando, por consequência lógica, o aumento da rentabilidade.

Portanto, se as instituições auferem renda, vantagens econômicas na consecução do convênio, não podem ser simplesmente ignoradas quando, também no cumprimento da avença firmada, agirem de forma a causar prejuízos à terceiros, sendo certo que esta responsabilidade não pode ser excluída por cláusula contratual existente ente os entes financeiros, a qual deve ter eficácia restrita entre as partes contratantes.

Em caso análogo, esta Corte de Justiça já decidiu:

RESPONSABILIDADE CIVIL – INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS DECORRENTES DE PROTESTOS INDEVIDOS DE TÍTULO – JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE – ALEGADO CERCEAMENTO DE DEFESA – INOCORRÊNCIA NA HIPÓTESE – PRINCÍPIO DO LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO COM AMPARO NOS ARTS. 130 E 330, I, DO CPC – PRETENDIDA NOMEAÇÃO À AUTORIA – DESCABIMENTO – INTELIGÊNCIA DOS ARTS. 62 E SEQUINTE DO CPC – ARGÜIÇÃO DE ILEGITIMIDADE PASSIVA AD CAUSAM – NÃO-RECONHECIMENTO – PREFACIAIS AFASTADAS – CONVÊNIO CELEBRADO ENTRE INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS – TRANSMISSÃO DE TÍTULO DE CRÉDITO VIA ENDOSSO MANDATO PARA FINS DE COBRANÇA – INSTITUIÇÃO FINANCEIRA (MANDATÁRIA) QUE APONTA TÍTULOS PARA PROTESTO POR FALTA DE PAGAMENTO – TÍTULOS EFETIVAMENTE PROTESTADOS – INEXISTÊNCIA DE PODERES ESPECIAIS – IMPRUDÊNCIA DO ENDOSSATÁRIO/MANDATÁRIO QUE NÃO SE ACERCOU DAS CAUTELAS QUE A SITUAÇÃO ESTAVA A EXIGIR – NECESSIDADE DE AUTORIZAÇÃO EXPRESSA, POR ESCRITO E NATURALMENTE ESPECÍFICA PARA CADA TÍTULO – ILICITUDE CONFIGURADA – RESPON-

SABILIDADE CIVIL DO ENDOSSATÁRIO/MANDATÁRIO QUE NÃO SE COADUNA COM OS DIREITOS FUNDAMENTAIS, O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE HUMANA E TAMPOUCO SE DISTANCIA DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO ENDOSSANTE/MANDANTE – SOLIDARIEDADE RECONHECIDA FRENTE ÀS DUAS CONDUTAS IRRESPONSÁVEIS – ABALO DE CRÉDITO QUE SE PRESUME E IPSO FACTO INDEPENDE DA PRODUÇÃO DE PROVAS – DANO MORAL CARACTERIZADO – DEVER INAFASTÁVEL DE INDENIZAR DO ENDOSSATÁRIO/MANDATÁRIO NA HIPÓTESE – QUANTUM INDENIZATÓRIO FIXADO (R\$ 3.000,00) INADEQUADO PARA A SITUAÇÃO SUB EXAMINE FRENTE AOS PARÂMETROS DA CÂMARA EM SITUAÇÕES ANÁLOGAS – INVIABILIDADE DE REFORMA EX OFFICIO SOB PENA DE OFENSA AO BROCARDO TANTUM DEVOLUTUM QUANTUM APPELLATUM – PLEITO DE MAJORAÇÃO DA VERBA INDENIZATÓRIA FORMULADO APENAS NAS CONTRA-RAZÕES – NÃO-CONHECIMENTO DA QUESTÃO LEVANTADA DIANTE DA INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA – PRETENSÃO DE RECONHECIMENTO DA SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA – INACOLHIMENTO – SÚMULA 326 DO STJ – INTELIGÊNCIA DO ART. 5º, X, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E ART. 186 DO CÓDIGO CIVIL – SENTENÇA MANTIDA – RECURSO DESPROVIDO

(...)

2. Toda conduta que interfere nos direitos fundamentais da pessoa humana a ponto de causar prejuízos de ordem material e moral, deve não só ser prontamente repelida, mas impor ao responsável a obrigação de reparar pecuniariamente os malefícios resultantes, independentemente de comprovação, porque presumíveis.

(...)” (Apelação Cível n. 2005.039035-1, de São José. Relator: Des. Marcus Túlio Sartorato)

E, do eg. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE CANCELAMENTO DE PROTESTO INDEVIDO DE TÍTULO. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. RESPONSABILIZAÇÃO SÓLIDÁRIA DOS BANCOS CONVENIADOS PARA PRESTAÇÃO DE

SERVIÇOS DE COBRANÇA BANCÁRIA. VALOR DA INDENIZAÇÃO. SUCUMBÊNCIA. LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ NÃO CARACTERIZADA. Em razão do convênio de prestação de serviços de cobrança bancária -, e da caracterização do protesto indevido de título quitado, embora a destempo, pelo banco encarregado da cobrança, devem as instituições bancárias denunciadas à lide serem responsabilizadas solidariamente pela indenização por danos morais, que, in casu, são presumidos, causados ao suposto devedor, ainda mais quando o protesto foi providenciado pelo próprio banco arrecadador. Se o valor da indenização guarda proporcionalidade com as circunstâncias do caso concreto, e levando-se em consideração que aquela não pode ser considerada como um prêmio, em não havendo prova de eventuais reflexos no campo material, nada justifica a elevação ou redução daquele. Se ao propor a ação o autor, alternativamente, coloca ao arbítrio do magistrado o quantum indenizatório, não merece guarida a afirmação de que a sucumbência não guarda relação com o efetivo decaimento da pretensão esboçada na inicial. Não caracterizada qualquer das hipóteses previstas no art. 17 do CPC, improcede o pedido de condenação do apelante à pena prevista no art. 18, § 2.º, do mesmo diploma legal. Apelação parcialmente provida, e Recurso Adesivo improvido. (Apelação Cível Nº 70002589539, Décima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Jorge Alberto Schreiner Pestana, Julgado em 08/05/2003)

Por fim, do c. Superior Tribunal de Justiça:

CIVIL E PROCESSUAL. ACÓRDÃO ESTADUAL. NULIDADE NÃO CONFIGURADA.

AUSÊNCIA DE SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE DÍVIDA DECORRENTE DE DUPLICATA. PROTESTO INDEVIDO.

INDENIZAÇÃO. ENDOSSO-TRANSLATIVO. CONVÊNIO INTERBANCÁRIO PARA COBRANÇA. ATUAÇÃO COMO MANDATÁRIO DO BANCO TITULAR DA CÁRTULA.

CO-RESPONSABILIDADE. DIREITO DE REGRESSO. CONDENAÇÃO POR DANOS MATERIAIS. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO. EXCLUSÃO. DANOS MORAIS DEVIDOS.

I. Não se configura nulo o acórdão estadual que enfrenta as questões essenciais ao deslinde da controvérsia, apenas com resultado desfavorável à parte.

II. Inexistente a supressão do duplo grau de jurisdição se a sentença que afastou o segundo réu, ao acolher a preliminar de impossibilidade jurídica do pedido a ele direcionado pela autora, em verdade teve de penetrar na questão meritória sobre a sua responsabilidade ou não pelo evento danoso, de sorte que ao ser reintegrado à lide no provimento da apelação, o Tribunal a quo podia, de logo, aplicarlhe condenação.

III. Adquirido o título mediante endosso-translativo em operação de desconto, torna-se o banco endossatário responsável por eventual vício na cártula, de sorte que se atribui, nessas condições, a cobrança a outro banco que age como mandatário, este, perante a sacada, também torna-se co-responsável pelo protesto indevido de duplicata sem causa, facultado o direito de regresso contra o mandante.

IV. A identificação dos danos materiais deve ser feita concretamente, na fase cognitiva da ação, tornando-se vazia a condenação que os incluiu sem fundamentação suficiente, meramente estimando-os em conjunto com danos morais. Exclusão.

V. Recurso especial conhecido em parte e provido.

(REsp 374.326/MA, Rel. Ministro ALDIR PASSARINHO JUNIOR, QUARTA TURMA, julgado em 14/11/2006, DJ 12/02/2007 p. 263)

Assim, manifesta é a legitimidade passiva de ambas as instituições financeiras, de modo que a insurgência recursal manifestada por ambas as partes recorrentes deve ser acolhida.

Afasta-se, desta forma, a preliminar levantada pelas instituições financeiras réis e que restou acolhida pelo douto juiz sentenciante.

Quanto a aplicação do artigo 515, § 3º, do CPC:

Diante disto, consigna-se ser cabível o exame das demais teses lançadas nas contestações apresentadas pelas instituições financeiras, consi-

derando-se que o feito restou extinto sem análise do mérito com relação a estas, haja vista que a lide encontra-se em condição de julgamento, *ex vi* do art. 515, § 3º, do CPC:

Art. 515. A apelação devolverá ao tribunal o conhecimento da matéria impugnada.

§ 3º Nos casos de extinção do processo sem julgamento do mérito (art. 267), o tribunal pode julgar desde logo a lide, se a causa versar questão exclusivamente de direito e estiver em condições de imediato julgamento.

A respeito, já decidiu esta Colenda Câmara:

Extinto o processo sem julgamento do mérito pelo Juízo de Primeiro Grau, cassada a sentença, não havendo necessidade de produção de provas acerca das insurgências invocadas, viável o julgamento do feito na Superior Instância com supedâneo no art. 515, § 3º do Código de Processo Civil (Apelação Cível n. 2003.017770-1, de Xanxerê, rel. Des. Paulo Roberto Camargo Costa, j. em 03.07.08).

No caso específico dos autos, denota-se que os entes bancários, no mérito, reiteraram, quase que exclusivamente, as mesmas questões lançadas nas preliminares e que visava convencer acerca da ilegitimidade passiva dos mesmos.

Assim, discipienda se faz a reanálise das questões já apreciadas, até porque, no caso dos autos, legitimidade e responsabilidade são circunstâncias que efetivamente se confundem.

Ademais, lançadas as bases fundamentais e que levaram ao reconhecimento da legitimidade/responsabilidade das instituições financeiras, discipienda é a análise pormenorizada de cada argumento lançado pelas partes e que visava afastar esta situação.

É que *“Não há obrigação processual de serem esmiuçados todos os pontos argüidos nos arrazoados das partes, por mais importantes que pareçam ser aos interessados, bastando a explicitação dos motivos norteadores do convencimento, sobreconcentrando-se no núcleo da relação jurídico-litigiosa, com suficiência*

para o deslinde” (STJ, EDREsp n. 39.870-3/PE, rel. Min. Milton Luiz Pereira).

Inobstante, a tese lançada pelo terceiro demandado, Besc S.A., quando aduz que a parte autora já teria várias restrições creditícias registradas em seu nome, de modo que tal circunstância deveria ser sopesada para fins de fixar o valor da indenização, por certo, será devidamente apreciada quando da análise das razões lançadas no recursos interpostos, fazendo-se, assim, uma observação conjunta das teses suscitadas pelas partes.

RECURSO DA PRIMEIRA RÉ:

Da comprovação do dano e da responsabilidade indenizatória:

Salienta o recorrente, primeiro réu, ter agido no exercício regular de um direito e que, na data de 29.11.05, notificou a instituição financeira Banrisul S.A. para fins de sustar o protesto do título.

Aduz, ainda, que, no caso em tela, não estariam presentes os pressupostos da responsabilidade civil indenizatória, não tendo a apelante agido com culpa ou dolo, e sim, a casa bancária com excesso no cumprimento do mandato.

Acentua, também, que não haveria prova acerca da existência do dano moral.

Quanto aos fatos havidos, necessário ressaltar que, efetivamente, consta nos autos que a parte autora adquiriu produtos da primeira demandada, gerando a emissão de título com vencimento na data de 18.11.05, porém, consoante se verifica no comprovante de fls. 13, o depósito bancário, que visava o pagamento, ocorreu tão somente da data de 05.12.05.

O protesto indevido, eis que posterior à quitação, foi lavrado na data de 14.12.05 (fls. 15) e, em que pese haver nos autos documentos que indiquem ter o primeiro demandado solicitado a sustação do protesto

junto ao segundo réu, Banrisul S.A., isto na data de 29.11.05 (fls. 127), ainda assim sua responsabilidade não pode ser afastada.

É que incide, no caso, a culpa *in iligendo* e *in vigilando*, nos moldes do artigo 932, inciso III e 933 do CC, de modo que a responsabilidade pelos atos de cobrança, quando delegados à terceiro, devem ser atribuídos, ainda que não exclusivamente, ao delegante.

Neste sentido, já decidiu esta eg. Terceira Câmara de Direito Comercial:

APELAÇÃO CÍVEL. RECURSO ADESIVO. DECLARAÇÃO DE INEXISTÊNCIA DE DÉBITO C/C DANOS MORAIS. DUPLICATA PAGA APÓS O VENCIMENTO NA CASA BANCÁRIA. PROTESTO INDEVIDO. DANO MORAL. CONDENAÇÃO SOLIDÁRIA (EMITENTE E ENDOSSATÁRIO). QUANTUM. MANUTENÇÃO. VERBA HONORÁRIA MANTIDA. APELO E RECURSO ADESIVO DESPROVIDOS.

O PROTESTO de duplicata quitada enseja danos morais, pelos quais respondem o banco que o promoveu.

CULPA *in ELIGENDO* do credor originário.

O valor da indenização dos danos morais há de possuir expressão que baste para atender ao critério disciplinador, sem o que as condutas lesivas não cessam.

A verba honorária guarda relação com a complexidade da causa, dentre as demais balizas legais” (Apelação Cível n. 2008.032397-1, de Joinville. Relator: Des. Domingos Paludo)

Ainda, deste Órgão Julgador:

APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE DÉBITO, NULIDADE DE PROTESTO E INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS - DEMANDA MOVIDA CONTRA A SACADORA E CASA BANCÁRIA QUE LEVOU A DUPLICATA A PROTESTO, POR ENDOSSO MANDATO - SENTENÇA QUE: A) EXCLUI DA LIDE A MANDATÁRIA; B) JULGA PROCEDENTE O PEDIDO EM RELAÇÃO À EMITENTE - INSURGÊNCIA DA DEMANDANTE E DA SACADORA.

1. TÓPICO DE IRRESIGNAÇÃO COMUM - REINCLUSÃO DA ENDOSSATÁRIA MANDATÁRIA NO PÓLO PASSIVO DA LIDE - RISCO INERENTE AO SERVIÇO PRESTADO PELO ENTE BANCÁRIO QUE O SUJEITA A RESPONDER PELOS PREJUÍZOS DECORRENTES DA ATIVIDADE (ART. 927, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CC/2002) - **NEGLIGÊNCIA DA COBRADORA, ADEMAIS, AO IGNORAR SOLICITAÇÃO TEMPESTIVA DA EMITENTE PARA NÃO REALIZAÇÃO DO PROTESTO, ANTE O CANCELAMENTO DA OPERAÇÃO DE COMPRA E VENDA MERCANTIL SUBJACENTE.**
2. APELO DA EMITENTE - CREDORA QUE DILIGENCIOU JUNTO À CASA BANCÁRIA MANDATÁRIA PARA IMPEDIR O ATO NOTARIAL, PROVIDÊNCIA QUE RESTOU INEXITOSA - ENDOSSO-MANDATO - RESPONSABILIDADE DO REPRESENTADO POR ATOS REALIZADOS PELO REPRESENTANTE, NOS LIMES DO MANDATO CONFERIDO - CULPA IN ELIGENDO CARACTERIZADA (ARTS. 932, III E 933 DO CC/2002).
3. APELO DA AUTORA - MAJORAÇÃO DA VERBA INDENIZATÓRIA, ADEQUANDO-A ÀS PECULIARIDADES DO CASO, AO CARÁTER PEDAGÓGICO-PUNITIVO DA MEDIDA, BEM COMO À REPERCUSSÃO DA LESÃO E ÀS CONDIÇÕES DAS PARTES.
4. RECURSOS CONHECIDOS E PARCIALMENTE PROVIDOS (Apelação Cível n. 2007.038695-6, de Lages. Relator: Des. Marco Aurélio Gastaldi Buzzi)

Assim, não há como afastar a responsabilidade do primeiro demandado quanto aos atos perpetrados por seus prepostos/representantes, de modo que o protesto indevido, bem como, a sua manutenção por longo lapso temporal, capaz de caracterizar indevido dano moral, também a ele deve ser atribuído.

Sabe-se que, no caso de protesto indevido de duplicata mercantil, ainda que se trate de pessoa jurídica, o dano moral se presume, de modo a ser prescindível a comprovação efetiva da ofensa. Nem se diga que a pessoa jurídica não pode sofrer abalo de ordem moral, pois, consoante dispõe o

artigo 52, do Código Civil: *“Aplica-se às pessoas jurídicas, no que couber, a proteção dos direitos da personalidade”*.

Ademais, conforme entendimento firmado pelo colendo Superior Tribunal de Justiça, “A pessoa jurídica pode sofrer dano moral” (Súmula n. 227).

É que “[...] *O abalo moral decorrente de indevido protesto de título cambiário opera-se ‘in re ipsa’, ou seja, decorre da própria ilicitude do ato, tornando dispensável a prova da efetividade da causação de prejuízos morais.*” (Apelação Cível n. 2008.010968-7, Rel. Des. Trindade dos Santos, j. 26-8-08).

Ainda:

APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO ANULATÓRIA DE PROTESTO C/C PEDIDO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E PERDAS E DANOS – EMISSÃO INDEVIDA DE DUPLICATAS MERCANTIS – DANO MORAL PRESUMIDO – DESNECESSIDADE DA PROVA DE EFETIVO PREJUÍZO – PRECEDENTES DESTA CORTE – SENTENÇA MANTIDA.

O dano moral proveniente de protesto indevido de título é presumido, sendo, desse modo, desnecessária a comprovação do prejuízo sofrido [...] (Apelação Cível n. 2005.020685-8, de Concórdia, rel. Juiz Paulo Roberto Camargo Costa).

Com efeito, não há dúvidas de que a imposição de gravame desta natureza causa constrangimento e dissabor suficientes para sustentar o ressarcimento moral pleiteado pela autora, eis que o protesto torna pública uma situação de inadimplência, levando à idéia de fracasso financeiro que macula de forma profunda o conceito do estabelecimento comercial.

Portanto, evidenciada a conduta ilícita das rés, ainda que na modalidade culposa, o dano causado à autora e o nexo de causalidade entre um e outro, o dever de indenizar se impõem.

RECURSO DE AMBAS AS PARTES LITIGANTES E CONTESTAÇÃO DO BESC S/A:

Do *quantum* arbitrado.

A parte autora postula a revisão do valor indenizatório, entendendo que o *quantum* fixado, qual seja, R\$ 4.000,00 (quatro mil reais), é insuficiente para o ressarcimento dos danos morais, mister se levado em consideração a capacidade econômica das rés e o caráter punitivo da medida.

O primeiro demandado insurge-se quanto ao valor arbitrado, ao argumento de que o mesmo se mostra excessivo e que os fatos relatados não tiveram o condão de abalar a reputação da empresa requerente.

Na contestação, o terceiro demandado, Besc S.A., aponta para o fato de a empresa autora ter diversas restrições creditícias, de modo que tal circunstância deva ser levada em consideração para a fixação da verba em restilha.

O segundo demandado nada suscitou quanto ao tema.

No que pertine a existência de outros apontamentos, na forma deduzida pelo terceiro demandado, Besc S.A., analisando-se o documento de fls. 16/17, chega-se à segura conclusão que a tese não resta comprovada, uma vez que a única negatificação se refere ao protesto realizado em dezembro de 2005, ora em litígio.

Os demais dados dizem respeito, à evidência, às consultas realizadas por outras empresas, o que, ao contrário do almejado pela ré, traduz a certeza de que o protesto indevido gerou ampla publicidade e chegou a ser aferido por terceiros, fato a ser sopesado na fixação do abalo moral.

Noutro norte, sabe-se que os critérios para fixação de indenização a título de danos morais têm sido objeto de diversos debates doutrinários e

jurisprudenciais, visto que não há como prever fórmulas predeterminadas para situações que merecem análise individual e casuística.

Esta Terceira Câmara de Direito Comercial assentou que a indenização deve variar entre 5% da importância exigida indevidamente e 10 (dez) vezes o valor do débito, salvo situações excepcionais em que esta sistemática não possa ser aplicada.

Nesse sentido, colhe-se v. aresto da lavra do eminente Des. Marco Aurélio Gastaldi Buzzi:

[...] Esta Terceira Câmara de Direito Comercial tem ponderado cautelosamente as características da situação específica, arbitrando, historicamente, danos morais que variam de 5% da importância exigida indevidamente (TJSC, apelação cível n. 2002.017044-0, de Orleans, deste signatário, julgada em 24.04.2003) até dez vezes o valor do débito (TJSC, apelação cível n. 2002.007898-6, de Canoinhas, relator Des. Gastaldi Buzzi, julgada em 16.10.2003), evitando conceder quantum que implique enriquecimento do lesado, sem descuidar do caráter punitivo/pedagógico da medida, frente ao infrator [...] (Apelação Cível n. 2006.038121-4, de Armazém, Terceira Câmara de Direito Comercial, j. em 19/04/2007). (grifei)

No mesmo vértice, é o acórdão relatado pela Exm^a. Des^a. Rejane Andersen:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE DÉBITO CUMULADA COM INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. INSCRIÇÃO INDEVIDA DO NOME DA AUTORA NOS CADASTROS DE PROTEÇÃO AO CRÉDITO. PARCELA NO VALOR DE R\$ 62,93 (SESSENTA E DOIS REAIS E NOVENTA E TRÊS CENTAVOS) DEVIDAMENTE ADIMPLIDA. CONFIGURAÇÃO DO DANO MORAL. SENTENÇA QUE FIXOU O QUANTUM INDENIZATÓRIO EM R\$ 1.500,00 (UM MIL E QUINHENTOS REAIS). PLEITO DE MAJORAÇÃO DO VALOR ARBITRADO. ATENÇÃO AO PARÂMETRO ADOTADO PELA CÂMARA PARA FIXAÇÃO DA INDENIZAÇÃO QUE VARIA DE 5% DO DÉBITO ATÉ DEZ VEZES O SEU VALOR, OBSERVADAS AS PECULIARIDADES DO CASO. VALOR FIXADO NA SENTENÇA SUPERIOR AOS

PARÂMETROS ADOTADOS PELA CÂMARA, CONTUDO, CUMPRIDOR DO CARÁTER PEDAGÓGICO PUNITIVO NO CASO CONCRETO. ADEMAIS, A ALTERAÇÃO DO QUANTUM INDENIZATÓRIO SIGNIFICARIA, NA ESPÉCIE, AFRONTA AO PRINCÍPIO DO NON REFORMATIO IN PEJUS. SENTENÇA MANTIDA. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. (Apelação Cível n. 2007.060807-2/000000, de Lages, rel^a. Des^a. Rejane Andersen, Terceira Câmara de Direito Comercial, j. em 28.5.2009). (grifei)

No caso em específico, caso adotada a sistemática supra mencionada, o valor da indenização a ser fixado não atingiria um patamar que pudesse ser considerado apto à amenizar os transtornos causados à autora, de modo que se mostra inapropriada ao caso.

Assim, outros balizadores devem ser levados em consideração e, como é sabido, *“Na fixação da indenização por danos morais, recomendável que o arbitramento seja feito com moderação, proporcionalmente ao grau de culpa, ao nível sócio-econômico dos autores, e, ainda, ao porte da empresa recorrida, orientando-se o juiz pelos critérios sugeridos pela doutrina e pela jurisprudência, com razoabilidade, valendo-se de sua experiência e do bom senso, atento à realidade da vida e às peculiaridades de cada caso (STJ, REsp n. 135.202/ SP, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo, DJU de 19-5-98).*

Portanto, observando-se a situação narrada nos autos, o porte econômico dos réus, o grau de culpa na ocorrência do dano e o caráter compensatório da medida, mostra-se adequado ao presente caso a fixação da indenização no montante de R\$ 8.000,00 (oito mil reais), considerando que não deve a verba indenizatória enriquecer indevidamente a autora e, ao mesmo tempo, deve servir de sanção inibitória à reincidência por parte dos causadores do dano.

Ressalte-se que a correção monetária deve incidir a partir da presente decisão. No tocante aos juros de mora, mantém-se o que restou determinado na sentença, haja vista que não houve insurgência da parte autora.

Dos ônus sucumbenciais:

Com a parcial reforma do julgado, reincluindo-se às instituições financeiras no pólo passivo da demanda e reconhecendo-se a responsabilidade solidária das rés, vislumbra-se que os pedidos elaborados pela parte autora restaram acolhidos em sua plenitude.

Portanto, incide no caso a regra do artigo 20 do CPC, de forma que os réus devem ser condenados, *pro rata*, ao pagamento integral das custas processuais e despesas judiciais, bem como, dos honorários advocatícios devidos ao patrono da parte autora, estes no montante de 20% sobre o valor da condenação, nos moldes arbitrados em primeiro grau, eis que condizentes com os balizadores do artigo 20, § 3º, alíneas “a”, “b” e “c” do CPC.

2 - Ante o exposto, voto no sentido de conhecer dos recursos e prover o apelo do autor e parcialmente o da ré para: A) reformar a sentença proferida, no que se refere a exclusão das casas bancárias do pólo passivo da demanda, reconhecendo-se a legitimidade passiva *ad causam*, via de consequência, reintegra-se as mesmas como rés no processo, e, aplicando-se o art. 515, §3º, do CPC, reconhecer a responsabilidade indenizatória solidária entre todos os réus estendendo-se os efeitos da sentença proferida no juízo de primeiro grau também aos bancos demandado; B) acolher a postulação formulada pelo autor e majorar o valor da indenização a título de danos morais para o importe de R\$ 8.000,00 (oito mil reais), incidindo correção monetária a partir desta decisão e juros de mora conforme disposto na sentença; b) isentar a parte autora do pagamento dos ônus da sucumbência, redistribuindo-se os mesmos nos termos supra explicitados.

III - DECISÃO

Nos termos do voto do relator, decidiu a Terceira Câmara de Direito Comercial, por votação unânime, conhecer dos recursos, prover o apelo do autor e parcialmente o da ré.

O julgamento, realizado no dia 16 de setembro de 2010, foi presidido pelo Exmo. Sr. Des. Marco Aurélio Gastaldi Buzzi, e dele participaram os Exmos. Srs. Desembargadores Jânio de Souza Machado e Paulo Roberto Camargo Costa.

Florianópolis, 16 de setembro de 2010.

Cláudio Valdyr Helfenstein

RELATOR

QUARTA CÂMARA DE DIREITO COMERCIAL

APELAÇÕES CÍVEIS

Apelação Cível n. 2008.052980-3, de Tubarão

Relator: Des. José Carlos Carstens Köhler

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO INDENITÁRIA. PRETENSÃO DE COMPENSAÇÃO POR DANOS MORAIS. JULGAMENTO DE IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO. IRRESIGNAÇÃO DO AUTOR.

ALEGADA INEXISTÊNCIA DE NEGÓCIO JURÍDICO SUBJACENTE À DUPLICATA LEVADA A PROTESTO. ACOHLIMENTO. FATO NEGATIVO. IMPOSSIBILIDADE DE FORMAÇÃO DE QUADRO PROBATÓRIO PELO AUTOR. EXISTÊNCIA DA RELAÇÃO NEGOCIAL QUE DEVERIA TER SIDO COMPROVADA PELOS RÉUS, OS QUAIS POSSUÍAM MELHORES CONDIÇÕES PARA INSTRUIR O FEITO COM OS ELEMENTOS DE CONVICÇÃO NECESSÁRIOS AO DESLINDE DA *QUAESTIO*. INSUFICIÊNCIA DAS PROVAS ORAIS REALIZADAS.

“Aplicável ao caso concreto a teoria da carga dinâmica da prova (Resp n. 69.309-SC), a qual consiste na imputação do ônus de produzir a prova negativa à parte que detém melhores condições materiais para tanto, ou seja, àquela que possui ou deveria possuir em seu poder a documentação alusiva aos fatos controvertidos.” (Des. Marco Aurélio Gastaldi Buzzi).

DANO MORAL. OCORRÊNCIA. PREJUÍZO PRESUMIDO A PARTIR DA PRÁTICA DO PROTESTO INDEVIDO DE TÍTULO, INDEPENDENTEMENTE DE DEMONSTRAÇÃO EFETIVA DO ABALO SOFRIDO.

“Configura dano moral o protesto indevido de duplicata sem causa negocial, independentemente de comprovação do prejuízo material sofrido pela pessoa jurídica indigitada, porquanto presumam-se as consequências nefastas resultantes de tal fato.” (Des. Luiz Carlos Freyesleben).

SUSCITADA IRRESPONSABILIDADE DA CASA BANCÁRIA. IMPROCEDÊNCIA. INSTITUIÇÃO FINANCEIRA ENDOSSATÁRIA DO TÍTULO QUE TEM O DEVER DE SE CERTIFICAR DA SUA IDONEIDADE, ANTES DA SUA APRESENTAÇÃO PARA PROTESTO.

“A Instituição Financeira contratada para a cobrança de duplicata não aceita, detém o mesmo dever de diligência, que se exige do endossatário pleno, cumprindo-lhe, na qualidade de pessoa jurídica dedicada à exploração desse ramo negocial, buscar certificar-se quanto à legalidade do título que encaminhará a protesto, exigindo prova da efetiva concretização do negócio subjacente, inclusive contatando o devedor para afastar a possibilidade de eventual quitação anterior.” (Des. Paulo Roberto Camargo Costa).

QUANTUM COMPENSATÓRIO. ARBITRAMENTO QUE DEVE POSSUIR CARÁTER REPARATÓRIO E EDUCATIVO. OBSERVÂNCIA À CAPACIDADE FINANCEIRA DA PARTE LESIONADA E DAQUELAS QUE TÊM O DEVER DE REPARAR O DANO, CIRCUNSTÂNCIAS ESTAS SOMADAS À GRAVIDADE DO ATO ILÍCITO PRATICADO. FIXAÇÃO EM R\$ 40.000,00 (QUARENTA MIL REAIS). CORREÇÃO MONETÁRIA. INCIDÊNCIA A PARTIR DA DATA DO ARBITRAMENTO DA

INDENIZAÇÃO, OU SEJA, DO PRESENTE JULGAMENTO. INTELIGÊNCIA DA SÚMULA 362 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. JUROS MORATÓRIOS. CONTAGEM A PARTIR DO EVENTO DANOSO. EXEGESE DA SÚMULA 54 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA.

ÔNUS DE SUCUMBÊNCIA. REDISTRIBUIÇÃO. RESPONSABILIDADE PELO PAGAMENTO DAS CUSTAS PROCESSUAIS E DOS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS ATRIBUÍDAS INTEGRALMENTE AOS REQUERIDOS.

PLEITO RECURSAL DE ARBITRAMENTO DE VALOR EM URH'S AO ADVOGADO DO APELANTE. INVIABILIDADE. AUSÊNCIA DE PEDIDO PRÉVIO DE NOMEAÇÃO DO CAUSÍDICO AO MAGISTRADO. DESCUMPRIMENTO DAS EXIGÊNCIAS DA LEI COMPLEMENTAR 155/97.

RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2008.052980-3, da 1ª Vara Cível da Comarca de Tubarão, em que é apelante Wandrey Marcos de Melo, e apelado Banco do Brasil S.A. e AMS Distribuidora de Som e Acessórios Ltda.:

ACORDAM, em Quarta Câmara de Direito Comercial, por votação unânime, dar parcial provimento ao Recurso. Custas legais.

RELATÓRIO

Na 1ª Vara Cível da Comarca de Tubarão, Wandrey Marcos de Melo propôs ação de indenização por dano moral com pedido de antecipação dos efeitos da tutela para cancelamento de título protestado em face de Banco do Brasil S.A. e AMS Distribuidora de Som e Acessórios Ltda. (fls. 2-15), almejando, em resumo: a) a concessão de medida liminar de cancelamento de protesto, bem como do registro nos órgãos de proteção

ao crédito, sob pena de multa diária de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais); b) a inversão do ônus da prova; c) o julgamento de procedência do pleito exordial para condenar o Demandado ao pagamento de 1000 (mil) salários mínimos, ou outro valor, pela compensação por danos morais, e para tornar definitivo o cancelamento do título protestado, excluindo seu nome do Serasa – autos n. 075.06.010523-7.

O pedido de antecipação de tutela foi deferido (fl. 37).

Banco do Brasil S.A. apresentou contestação às fls. 50-57, enquanto AMS Distribuidora de Som e Acessórios Ltda. ofereceu resposta às fls. 58-61.

Houve réplica (fls. 66-79).

Em audiência realizada no dia 6-8-07, restou inviabilizada a conciliação, em face do não comparecimento da parte autora (fl. 85). No mesmo ato, foi afastada a preliminar de ilegitimidade passiva *ad causam*.

Opostos Embargos de Declaração pelo Requerente (fls. 91-94), foram rejeitados (fl. 96).

No dia 1-10-07, houve nova audiência, na qual a proposta de conciliação restou inexitosa (fl. 103), tendo sido ouvidas duas testemunhas (fls. 104-105).

Foram oferecidas alegações finais pelos três Litigantes (fls. 112-117, 119-120 e 122-124).

Conclusos os autos, o Juiz de Direito prolatou sentença (fls. 126-129), resolvendo as questões que lhe foram submetidas nos seguintes termos:

Ante o exposto **JULGO IMPROCEDENTE** a presente ação de indenização por dano moral cumulada com pedido de antecipação de tutela para cancelamento de título protestado aforada por **WANDREY MARCO DE MELLO** contra **BANCO DO BRASIL S/A**

E AMS DISTRIBUIDORA DE SOM E ACESSÓRIOS LTDA, devidamente qualificados, o que faço com base no art. 269, I, do CPC.

Condeno o autor ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios aos patronos dos réus, no montante de R\$ 1.000,00, o que faço com fulcro no art. 20, § 4º do CPC, sucumbência que ficará sobrestada enquanto a autor não puder satisfazê-la sem prejuízo do sustento próprio ou da família, face a concessão do benefício da assistência judiciária gratuita.

Decorrido o prazo de cinco anos, restará a obrigação prescrita. (grifos no original).

Irresignado, o Demandante apelou (fls. 135-143), sustentando, em síntese, que: a) inexistente relação negocial entre ele e a Emitente da duplicata; b) cabia ao Banco certificar-se de que o título recebido tinha origem em relação jurídica efetiva; c) os Apelos não cumpriram o ônus previsto no art. 333, inciso II, do CPC, deixando de comprovar a existência de liame negocial; e d) são imprecisos os depoimentos das testemunhas.

Vertidas contrarrazões (fls. 148-152 e 153-155).

Foi determinada a redistribuição do feito a uma das Câmaras de Direito Comercial (fls. 158-163).

É o necessário escorço.

VOTO

A Insurgência merece prosperar em parte.

No que tange ao aspecto fático da lide, o Demandante afirma a inexistência de relação negocial que pudesse ensejar a emissão de duplicata por AMS Distribuidora de Som e Acessórios Ltda. Toda a problemática discutida no feito tem como ponto de partida essa assertiva.

Como se vê, o Requerente nega a existência de um fato.

Acerca da prova do fato negativo, leciona Hélio do Valle Pereira: “Tradicionalmente entende-se que o nada não pode ser provado (*negativa non sunt probanda*). Assim, se a argüição da parte envolve circunstância negativa, cumpre à outra demonstrar que ocorreu aquilo que é negado.” (*Manual de direito processual civil*: roteiros de aula – processo de conhecimento. Florianópolis: Conceito Editorial, 2007. p. 604-605).

No caso concreto, a dificuldade de se produzir a prova dos fatos alegados pelo Autor é patente. O Demandante afirma que “não realizou transação comercial [...] que autorizasse o saque da indigitada duplicata” (fl. 4), mas como provar a inexistência desse liame negocial?

Mutatis mutandis, este Areópago já proclamou que “em se tratando de ação declaratória de inexistência de débito c/c nulidade do título, a regra da distribuição do ônus da prova sofre alteração, justamente para obstar a imposição de produção de prova negativa à parte autora.” (Apelações cíveis ns. 2006.041979-5 e 2006.041980-5, Rel. Des. Marco Aurélio Gastaldi Buzzi, j. 16-7-09).

Resta claro que, no aspecto probatório, o caso vertente reveste-se de peculiaridade, haja vista que a demonstração da compra e venda mercantil ou da prestação de serviços que supostamente originaram a duplicata poderia ter sido realizada pelos Demandados.

Ora, é sabido que “a duplicata mercantil deve ser emitida com base na fatura ou na NF-fatura. Logo, sua emissão se dá após a de uma destas relações de mercadorias vendidas” (COELHO, Fábio Ulhoa. *Manual de direito comercial*: direito de empresa. 18ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 287). Além disso, na duplicata originária da prestação de serviços “a fatura deverá discriminar a natureza dos serviços prestados” – § 1º do art. 20 da Lei 5.474/68.

Sendo assim, se AMS Distribuidora de Som e Acessórios Ltda. emitiu referida cártula, fato este incontroverso no feito, isso significa que o fez, se

respeitou as normas atinentes à espécie, com base na fatura, documento capaz de demonstrar detalhes acerca da pretensa relação negocial discutida. Porém, mesmo tendo acesso à documentação referente ao hipotético pacto, deixou de acostar aos autos os documentos respectivos.

Por outro lado, como o Banco apresentou a duplicata a protesto (fl. 17), é flagrante que tinha plenas condições de, no mínimo, instruir o caderno processual com cópia do referido título.

Diante desse quadro, ganha relevo a advertência doutrinária de que “deverá o juiz atender às circunstâncias do caso concreto, dispensando a parte do ônus da prova quando for impossível ou extremamente difícil fazê-lo.” (LOPES, João Batista. *A prova no direito processual civil*. 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 51).

É que o caso demanda uma flexibilização do ônus da prova, do mesmo modo como já se posicionou outrora este Sodalício:

Aplicável ao caso concreto a teoria da carga dinâmica da prova (Resp n. 69.309-SC), a qual consiste na imputação do ônus de produzir a prova negativa à parte que detém melhores condições materiais para tanto, ou seja, àquela que possui ou deveria possuir em seu poder a documentação alusiva aos fatos controvertidos.

(Apelações cíveis ns. 2006.045198-2 e 2006.045199-9, Rel. Des. Marco Aurélio Gastaldi Buzzi, j. 19-3-09).

Conclui-se, então, que o ônus de comprovar a existência da relação negocial cuja ocorrência é negada pelo Demandante incumbia aos Réus.

Todavia, as provas produzidas não são conclusivas quanto à efetiva relação jurídica subjacente à emissão da duplicata.

Afirmou Sérgio Corrêa, testemunha ouvida em audiência realizada no dia 1-10-07 (fl. 104):

[...] que trabalhou entre os anos de 2000 a 2002 na empresa requerida AMS; que nesse período chegou a observar o autor na empresa,

em razão da colocação de um som em veículo de propriedade do mesmo; que esse som teria dado problema e então foi efetuado o concerto [*sic*] pela garantia, só que nesse serviço foi colocado algo um pouco melhor, razão pela qual restou uma diferença a ser paga; que o acerto para que o autor pagasse a diferença foi o efetuado pelo proprietário da empresa Alexandre, não podendo precisar o valor. [...] que o depoente não observou as negociações entre o autor e o proprietário, a qual foi posteriormente relatada ao depoente pelo proprietário, embora o depoente tivesse visto o autor por várias vezes na empresa; que o representante da AMS era cliente do autor, pois que este fornecia alguns equipamentos para a empresa, que a empresa requerida possuía cadastro de seus fornecedores. (sublinhou-se).

Na mesma audiência, Cristine Maria Gonçalves Mussoi Flor disse (fl. 105):

[...] que a a depoente trabalhou para a empresa AMS, entre os anos de 2000 e 2001; que tem ciência que o autor tinha alguma relação com a empresa AMS, pois que frequentava a loja. [...] que a depoente nunca chegou a vender mercadorias para o autor; que as peças da empresa possuíam garantia e às vezes ocorriam trocas; que desde [...] que o cliente aceitasse era possível a troca de produtos pelos de maior valor; que os acertos da troca eram efetuados com o proprietário Alexandre. [...] que tanto o autor quanto Alexandre, tinham contato na loja, mas não pode precisar se Alexandre efetuou vendas para o autor. (grifou-se).

Embora conste da certidão de protesto que o vencimento da duplicata ocorreu no dia 15-9-05 (fl. 17), as provas testemunhais mencionam fatos ocorridos no período entre 2000 e 2002, não se afigurando crível que uma relação negocial tenha dado origem a uma duplicata com vencimento posterior a aproximadamente 3 (três) anos ou mais.

Ademais, o liame entre o fato mencionado nas provas orais e a emissão da duplicata poderia ter sido esclarecido pela juntada de documentação correspondente ao negócio, como a fatura, cópia dela, a própria duplicata, ou qualquer outra informação existente nos registros das pessoas jurídicas demandadas, o que não ocorreu.

Por óbvio, tendo em vista que a existência da relação jurídica que deu origem à duplicata não foi suficientemente demonstrada, e considerando que o ônus dessa comprovação cabia aos Réus, necessário reconhecer a veracidade da alegação inicial de inexistência de negócio apto a gerar o título discutido, mostrando-se necessária a reforma da sentença recorrida.

Estando a decisão objurgada incorreta, imperioso examinar o pedido de procedência do pleito exordial.

Ab initio, a preliminar de ilegitimidade passiva *ad causam* suscitada pelo Banco demandado (fl. 51) já foi corretamente examinada às fls. 85 e 96, afigurando-se despciendas maiores digressões a respeito, motivo pelo qual adentra-se desde logo no exame do mérito da *quaestio*.

Conforme suso esmiuçado, inexistente relação jurídica passível de dar origem à cártula em questão. Porém, Banco do Brasil S.A. apresentou a duplicata a protesto, o que se constata à fl. 17.

Verificado que o título de crédito apresentado em cartório não preenchia os requisitos necessários à sua constituição, eis que não demonstrada a ocorrência de compra e venda mercantil ou prestação de serviços correspondente, o protesto mostra-se indevido.

E, conforme já decidiu esta Corte Estadual: “configura dano moral o protesto indevido de duplicata sem causa negocial, independentemente de comprovação do prejuízo material sofrido pela pessoa jurídica indigitada, porquanto presumam-se as consequências nefastas resultantes de tal fato.” (Apelação Cível n. 2006.042045-1, Rel. Des. Luiz Carlos Freyesleben, j. 9-10-09).

Dessarte, independentemente da demonstração de efetivo prejuízo por parte do Apelante, o dano moral decorre, por presunção, diretamente do protesto realizado, devendo ser compensado por ambos os Requeridos.

AMS Distribuidora de Som e Acessórios Ltda. deu causa ao dano moral na medida em que emitiu duplicata desprovida de origem idônea e a endossou à Instituição Financeira que a protestou; Banco do Brasil S.A., por seu turno, ocasionou prejuízo pela apresentação do título a protesto sem prévia verificação quanto à idoneidade da sua constituição.

Ressalte-se que embora a Casa Bancária tenha alegado a impossibilidade de se lhe atribuir a responsabilidade pela conferência acerca da existência, ou não, de negócio jurídico entre o Autor e o endossante do título, este Sodalício tem manifestado o entendimento de que cabe ao Banco certificar-se em relação à idoneidade do título e de sua origem. Veja-se:

A Instituição Financeira contratada para a cobrança de duplicata não aceita, detém o mesmo dever de diligência, que se exige do endossatário pleno, cumprindo-lhe, na qualidade de pessoa jurídica dedicada à exploração desse ramo negocial, buscar certificar-se quanto à legalidade do título que encaminhará a protesto, exigindo prova da efetiva concretização do negócio subjacente, inclusive contatando o devedor para afastar a possibilidade de eventual quitação anterior.

(Apelação Cível n. 2005.001752-9, Rel. Des. Paulo Roberto Carmargo Costa, j. 30-7-09).

A par disso, inarredável a responsabilidade de ambos os Réus, passando-se à análise do *quantum* compensatório devido.

Acerca do assunto, Humberto Theodoro Júnior ensina:

[...] nunca poderá o juiz arbitrar a indenização do dano moral tomando como base tão somente o patrimônio do devedor. Sendo a dor moral insuscetível de uma equivalência com qualquer padrão financeiro, há uma universal recomendação, nos ensinamentos dos doutos e nos arestos dos tribunais, no sentido de que “*o montante da indenização será fixado eqüitativamente pelo Tribunal*” (*Código Civil Português*, art. 496, inciso 3).

[...] E, para aproximar-se do arbitramento que seja prudente e eqüitativo, a orientação maciça da jurisprudência, apoiada na melhor doutrina, exige que o arbitramento judicial seja feito a partir de dois dados relevantes:

- a) o nível econômico do ofendido; e
- b) o porte econômico do ofensor; ambos cotejados com as condições em que se deu a ofensa (STJ, 4ª T., Resp. 6.048-0/RS, Rel. Min. BARROS MONTEIRO, ac. 12-5-1992, *in Lex-JSTJ*, 37/55).

[...] Para cumprir a tarefa de um arbítrio prudente e eqüitativo, na difícil missão de dar reparação ao dano moral, sem cair na pura arbitrariedade, adverte a boa doutrina que:

“Ao fixar o valor da indenização, não procederá o juiz como um fantasiador, mas como um homem de responsabilidade e experiência, examinando as circunstâncias particulares do caso e decidindo com fundamento e moderação. Arbítrio prudente e moderado não é o mesmo que arbitrariedade” (OLIVEIRA DEDA, *Enciclopédia Saraiva*, cit., vol. 22., p. 290).

Se, à falta de critérios objetivos da lei, o juiz tem de se valer da prudência para atender, em cada caso, às suas peculiaridades assim como à repercussão econômica da indenização pelo dano moral, o certo é que o valor da condenação, como princípio geral, “não deve ser nem tão grande que se converta em fonte de enriquecimento, nem tão pequeno que se torne inexpressivo” (TJMG, Ap. 87.244-3, Rel. Des. BADCURI, ac. 9-4-1992, *in Jurisprudência Mineira* 118/161).

(*Dano moral*. 4 ed., São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001, p. 36-39).

E dos ensinamentos de Adolpho Paiva Faria Junior:

O que não pode ser admitido, louvado na discutida dificuldade de uma fixação exata, é deixar-se de impor ao agente causador a devida contrapartida reparatória ou compensatória, que seja e, a esse respeito, JOSÉ DE AGUIAR DIAS consigna:

“(...) não é razão suficiente para não indenizar, e assim beneficiar o responsável, o fato de não ser possível estabelecer equivalente exato, porque, em matéria de dano moral, o arbitrário é até da essência das coisas”.

Como visto, o *quantum*, a título de reparação por danos morais, não pode ter a mesma função como a de uma reparação por danos materiais, sabendo-se que, a este título, a recomposição do *status quo ante* é perfeitamente factível, ao passo que, para aquela, não,

pois, impossível a recomposição do estado anterior à lesão, em se tratando de dano causado ao emocional da vítima.

[...] É de ser lembrada a extensão do interesse a ser reparado, mormente quando de dúvida sobre o valor a ser fixado. À mingua de outros parâmetros, de boa lembrança é o art. 948 do Código Civil revogado que dispunha: “Nas indenizações por fato ilícito prevalecerá o valor mais favorável ao lesado”.

[...] É o caso do *in dubio pro creditoris*. A vítima há de ser indenizada de forma mais ampla e completa possível, pois é a parte mais fragilizada na relação e, por assim ser, é contemplada com o chamado “benefício da dúvida”.

(*Reparação civil do dano moral*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003, p. 80-82, grifos do original).

Ainda em relação ao tema, colhe-se dos julgados deste Sodalício:

Dano moral. Quantificação. Equidade e razoabilidade. Na ausência de critérios objetivos para mensuração do valor econômico da compensação pelos danos morais, deve o julgador valer-se das regras de experiência comum e bom senso, fixando-a de tal forma que não seja irrisória, a ponto de menosprezar a dor sofrida pela vítima, ou exagerada, tornando-se fonte de enriquecimento ilícito.

(Apelação Cível n. 2005.041530-9, Rel. Desa. Sônia Maria Schmitz, j. 17-7-07).

E do Excelso Pretório:

[...] o valor da indenização há de ser eficaz, vale dizer, deve, perante as circunstâncias históricas, entre as quais avulta a capacidade econômica de cada responsável, guardar uma força desencorajada de nova violação ou violações, sendo como tal perceptível ao ofensor, e, ao mesmo tempo, de significar, para a vítima, segundo sua sensibilidade e condição sociopolítica, uma forma heterogênea de satisfação psicológica da lesão sofrida. Os bens ideais da personalidade, como a honra, a imagem, a intimidade da vida privada, não suportam critério objetivo, com pretensões de validade universal, de mensuração do dano à pessoa.

(RE n. 447.584-7, Rel. Min. Cezar Peluso, j. 28-11-06).

No caso concreto, algumas premissas podem ser firmadas, como se passa a listar de forma objetiva:

a) o título foi protestado em 29-12-05 (fl. 17), permanecendo a ilicitude do ato até, no mínimo, novembro de 2006, quando foi deferida a antecipação dos efeitos da tutela para o cancelamento do protesto (fl. 37);

b) os Requeridos são pessoas jurídicas, sendo uma delas Instituição Financeira de altíssima capacidade econômica;

c) o Requerente é parte economicamente desfavorecida, o que se constata do deferimento da justiça gratuita à fl. 129, situação que positiva por obviedade ululante uma maior necessidade do crédito para o seu cotidiano; e

d) o Autor não registra nenhuma adrede ocorrência desabonadora de sua conduta em honrar pontualmente os compromissos financeiros assumidos, acerca do que os Réus sequer cogitaram qualquer mácula.

Assim, a quantia a ser arbitrada deve ser um tanto quanto moderada, porém capaz de repreender a conduta ilegítima praticada e, de outro lado, não tão alta o suficiente para enriquecer indevidamente a Parte lesionada, mas, tão somente, para minorar o abalo sofrido no caso concreto.

Das peculiaridades do caso *sub judice*, em respeito à prudência, equidade e razoabilidade, que servem de base à quantificação dos danos morais, e observando-se tratar-se de pessoa natural, cuja dignidade é protegida de maneira central em nosso sistema jurídico, o *quantum* compensatório deve ser fixado em R\$ 40.000,00 (quarenta mil reais).

Outrossim, verifica-se a determinação de incidência de correção monetária a partir da publicação da sentença, o que se encontra em perfeita consonância com o entendimento uniformizado pelo Superior Tribunal de Justiça na Súmula 362.

Noutro turno, quanto aos juros moratórios, a posição desta Corte de Justiça e dos Tribunais Superiores é uníssona quanto a sua incidência desde o evento danoso, por ser este extracontratual – Súmula 54 do STJ.

No mais, verificada a procedência do pedido inicial, cumpre proceder à nova distribuição dos ônus de sucumbência.

Os Réus devem responder pelos ônus sucumbenciais em sua integralidade, já que o valor clamado a título de danos morais é meramente estimatório.

Nos termos do art. 20, § 3º, do Diploma Legal mencionado, os honorários advocatícios devem ser fixados em 15% sobre o valor da condenação. Isso porque o Causídico: a) não possui escritório na Comarca em que tramitou o feito (fl. 16); b) atuou com zelo, manifestando-se em todas as oportunidades em que cabia fazê-lo; e c) defendeu causa que discute violação de bem jurídico que transcende os limites da valoração pecuniária.

Por derradeiro, o Apelante requer o arbitramento de quantia em URH's ao seu Advogado, sob o argumento de atuar sob a Assistência Judiciária Gratuita, nos termos da Lei Complementar 155/97.

Acerca do assunto, colhe-se dos ensinamentos de Hélio do Valle Pereira:

[...] em Santa Catarina, [...] a assistência judiciária (prestada por meio de convênio entre a OAB e o Estado) pressupõe requerimento prévio e designação por parte do juiz quanto ao nome do advogado que atuará na causa. A simples gratuidade – que afasta a perspectiva remuneração pelo Poder Público – pode ser fruída mesmo que a parte escolha o profissional que patrocinará sua causa (Lei complementar 155/97).

(op. cit., p. 180, sublinhou-se).

No caso vertente, entretanto, não houve requerimento prévio de designação, por parte do Juiz, de profissional da advocacia, de modo que

se deve entender que o ato decisório de fl. 129 refere-se apenas à simples justiça gratuita.

É o quanto basta.

DECISÃO

Ante o exposto, por unanimidade, dá-se parcial provimento ao Recurso a fim de julgar procedente o pedido inicial para condenar AMS Distribuidora de Som e Acessórios Ltda. e Banco do Brasil S.A., em solidariedade, ao pagamento de R\$ 40.000,00 (quarenta mil reais) ao Requerente.

Outrossim, atribui-se aos Demandados a responsabilidade subsidiária pelo pagamento da integralidade das custas processuais e dos honorários advocatícios, estes fixados em 15% sobre o valor global da condenação.

Participaram do julgamento, realizado nesta data, os Exmos. Srs. Des. José Inácio Schaefer e Altamiro de Oliveira.

Florianópolis, 15 de junho de 2010.

Carstens Köhler
PRESIDENTE E RELATOR

Apelação Cível n. 2008.061963-8, de Laguna

Relator: Des. José Carlos Carstens Köhler

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE DÉBITO E INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. DUPLICATA MERCANTIL. INCONFORMISMO DOS DEMANDADOS.

RECORRENTE QUE PRETENDE MARCAR DE NULIDADE A SENTENÇA SOB O ESCOPO DE INOCORRÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO DO *DECISUM* GUERREADO NO ASPECTO QUE BALIZOU O *QUANTUM* DA VERBA INDENITÁRIA. MAGISTRADA *A QUO* QUE EXTERNOU DE FORMA CLARA AS RAZÕES DE SUA CONVICÇÃO AO AFERIMENTO DO MONTANTE ESTIPULADO AOS DANOS IMATERIAIS EXPERIMENTADOS PELA DEMANDANTE. PRELIMINAR DEFENESTRADA.

JUÍZA DE ORIGEM QUE, AO FIXAR O VALOR DA CONDENAÇÃO, UTILIZOU COMO REFERÊNCIA O SALÁRIO-MÍNIMO VIGENTE À ÉPOCA DA ENTREGA DA TUTELA JURISDICIONAL DERRADEIRA NA ORIGEM, COM A CONVERSÃO DO MONTANTE INDENITÁRIO EM QUANTIA CERTA NA DATA DE PROLAÇÃO DA SENTENÇA, A PARTIR DE QUANDO PASSA A INCIDIR A CORREÇÃO DA MOEDA. PROCEDER QUE NÃO AFRONTA A REGRA CONTIDA NO ART. 7º, INCISO IV, DA “CARTA DA PRIMAVERA”. VEDAÇÃO DE O SALÁRIO-MÍNIMO SER UTILIZADO COMO FORMA DE RECOMPOSIÇÃO DO PODER DE COMPRA DA MOEDA. HIPÓTESE QUE NÃO SE VISLUMBRA NO CASO CONCRETO. INOCORRÊNCIA DE ILEGALIDADE NO *MODUS OPERANDI* DA TOGADA *A QUO*.

PREFACIAL DE ILEGITIMIDADE PASSIVA DO BANCO. TEMA QUE JÁ FORA OBJETO DE ENFOQUE NA ORIGEM

EM DECISÃO INTERLOCUTÓRIA. INTERESSADO QUE NÃO MANEJOU QUALQUER RECURSO OPORTUNAMENTE ACERCA DO *DECISUM*. INVIABILIDADE DE INVESTIGAÇÃO DO ACERTO OU DESACERTO DOS TERMOS EXPENDIDOS NAQUELE DECISÓRIO, VEZ QUE SE DEFLAGROU A PRECLUSÃO TEMPORAL. TEMA DE ORDEM PÚBLICA QUE, DE FATO, PODE SER PLEITEADO E ENFOCADO, INCLUSIVE DE OFÍCIO, E EM QUALQUER GRAU DE JURISDIÇÃO. PARA TANTO, EXSURGE A NECESSIDADE DE O ASSUNTO NÃO TER SIDO OBJETO DE ENFRENTAMENTO EM DECISÃO JUDICIAL E, SE A ANÁLISE PELO JUÍZO OCORREU, EXSURGE A NECESSIDADE DE MANEJO DE RECURSO, TEMPESTIVA E OPORTUNAMENTE, SOB PENA DE VERIFICAR-SE A PRECLUSÃO TEMPORAL. POSIÇÃO QUE SE COADUNA COM A ALHETA SEGUIDA PELA CORTE DA CIDADANIA, ADEMAIS PARA IMPEDIR A ETERNIZAÇÃO DA DEMANDA JURÍDICA.

TÍTULO APRESENTADO PARA PROTESTO PELO BANCO. AUSÊNCIA DA COMPROVAÇÃO DE QUE A TRANSFERÊNCIA DA CÂRTULA TENHA SE DADO EXCLUSIVAMENTE PARA A RESPECTIVA COBRANÇA. FORMA DE ENDOSSO QUE SE AFIGURA EXCEPCIONAL DIANTE DA REGRA CONTIDA NOS ARTS. 14 E 18 DO DECRETO N. 57.663/66. ÔNUS DA PROVA QUE INCUMBIA AO INTERESSADO. APLICAÇÃO DO INCISO II DO ART. 333 DO CÓDIGO BUZAID. PRÁTICA DOS ATOS QUE BUSCAM A CONSERVAÇÃO DO DIREITO DO CREDOR. EXIBIÇÃO NO FEITO DE CONTRATO DE DESCONTO DE TÍTULO ENTABULADO ENTRE O EMITENTE DA CÂRTULA E O ENDOSSATÁRIO. INSERÇÃO NO VERSO DA DUPLICATA MERCANTIL DE CLÁUSULA DE TRANSMISSÃO DA CAMBIAL. CONFIGURAÇÃO DE ENDOSSO-TRANSLATIVO QUE SE MOSTRA INDEFECTÍVEL. ESPÉCIE DE TÍTULO DE CRÉDITO QUE

IMPRESCINDE DE OCORRÊNCIA DE FATO À SUA EMISSÃO. INTELIGÊNCIA DOS ARTS. 1º, 2º E 20, TODOS DA LEI N. 5.474/68. AUSÊNCIA DE PROVA DO LASTRO DO SAQUE DA DUPLICATA MERCANTIL. TEMA QUE FORA OBJETO DE EXAUSTIVA INVESTIGAÇÃO NO FEITO, INCLUSIVE COM A INSTRUÇÃO DO PROCESSO, ATRAVÉS DA OITIVA DE TESTEMUNHAS. CAMBIAL QUE SE MOSTRA NULA DIANTE DA INOCORRÊNCIA DE CAUSA À EMISSÃO. PROTESTO QUE NÃO CARACTERIZA EXERCÍCIO REGULAR DE DIREITO. COMPROVAÇÃO DA IMPONTUALIDADE PLAUSÍVEL EXCLUSIVAMENTE QUANDO PRESENTE O FATO À EMISSÃO DA CAMBIAL. HIPÓTESE NÃO VERIFICADA. NATUREZA DO ENDOSSATÁRIO QUE TRATA DE ATIVIDADE DE RISCO. APLICAÇÃO DO PARÁGRAFO ÚNICO DO ART. 927 DO CÓDIGO CIVIL. ATO ILÍCITO CONFIGURADO. DANO IMATERIAL *IN RE IPSA*. NECESSIDADE DA REPARAÇÃO DO DANO EXTRAPATRIMONIAL. MANUTENÇÃO DO *QUANTUM* ARBITRADO NA ORIGEM, VEZ QUE SE COADUNA COM A POSIÇÃO ENCAPADA POR ESTE SODALÍCIO E PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA.

ADITAMENTOS INCIDENTES SOBRE A VERBA INDENITÁRIA. CORREÇÃO DA MOEDA QUE É EXIGÍVEL DESDE A DATA DA INDIVIDUALIZAÇÃO DO *QUANTUM* À REPARAÇÃO DO DANO IMATERIAL. PROCEDER QUE OCORREU NA SENTENÇA. DATA A PARTIR DA QUAL INCIDE A RECOMPOSIÇÃO DO PODER DE COMPRA DA MOEDA. SÚMULA 362 DO STJ. JUROS DE MORA. EXIGIBILIDADE A CONTAR DO EVENTO DANOSO. RESPONSABILIDADE CIVIL EXTRAPATRIMONIAL. SÚMULA 54 DA CORTE DA CIDADANIA. JUÍZO DE ORIGEM QUE SE QUEDA SILENTE ACERCA DA ESPECIFICAÇÃO DESSAS INCUMBÊNCIAS. ASSUNTOS QUE NÃO FORAM OBJETO DE DEVOLUÇÃO A ESTE TRIBUNAL. PERMISSIVIDADE DE ESTIPULAÇÃO DO

ÍNDICE DE RECOMPOSIÇÃO DO PODER DE COMPRA DA MOEDA E DE INDICAÇÃO DO PATAMAR DE COBRANÇA DOS JUROS DE INADIMPLEMENTO. PROCEDER *EX OFFICIO* QUE NÃO VIOLA OS PRINCÍPIOS DISPOSITIVO E INÉRCIA DA JURISDIÇÃO, HAJA VISTA SER DECORRÊNCIA DE LEI. PROVIMENTO N. 13/95 DA CORREGEDORIA-GERAL DA JUSTIÇA QUE DETERMINA A CORREÇÃO DA MOEDA CONFORME A VARIAÇÃO DO INPC/IBGE. JUROS DE IMPONTUALIDADE QUE ALÇAM 1% A.M. ARTS. 406 DO CÓDIGO CIVIL E 161, § 1º, DO CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL.

SUCUMBÊNCIA. MANUTENÇÃO DA TUTELA JURISDISSIONAL CONFERIDA NA ORIGEM. RECORRENTES QUE NÃO ROGAM NOS APELOS O ENFOQUE DESSA VERBA. IMPOSSIBILIDADE DE RECALIBRAGEM DESSA INCUMBÊNCIA. OBSERVÂNCIA DOS PRINCÍPIOS DISPOSITIVO E DEVOLUTIVIDADE RECURSAL. TEMA MANTIDO TAL QUAL LANÇADO NA APRESENTAÇÃO DA TUTELA JURISDISSIONAL.

RECURSOS DESPROVIDOS.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2008.061963-8, da 1ª Vara da Comarca de Laguna, em que são apelantes Notisul – Jornal de Notícias do Sul Ltda. e Banrisul – Banco do Estado do Rio Grande do Sul S.A. e apelada Clínica Nardes Pelentir Ltda.:

ACORDAM, em Quarta Câmara de Direito Comercial, por votação unânime, rejeitar as preliminares e desprover ambos os Apelos, e de ofício, balizar a correção monetária e o patamar dos juros de mora incidentes sobre o *quantum* indenitário. Custas legais.

RELATÓRIO

Notisul – Jornal de Notícias do Sul Ltda. e Bannisul – Banco do Estado do Rio Grande do Sul S.A. interpuseram Apelação (fls. 219-230 e 234-242, respectivamente) em face da sentença prolatada pela Magistrada *a quo* (fls. 207-214) que, nos autos da ação declaratória de nulidade de título e indenização por danos morais n. 040.04.001959-4, ajuizada por Clínica Nardes Pelentir Ltda., julgou procedentes os pleitos deduzidos na exordial para: a) reconhecer a inexistência do débito; b) condenar os Demandados no pagamento de verba indenitária fixada em 50 (cinquenta) salários mínimos, convertidos em valor fixo na data da sentença, a partir de quando passa a incidir atualização monetária e juros de mora no patamar legal desde o protesto indevido (11-12-03); e c) impor aos Requeridos as despesas processuais e verba honorária arbitrada em 15% sobre a condenação.

No Apelo, o Banco agitou sua ilegitimidade passiva *ad causam*, a ausência de relação com o negócio jurídico subjacente; o fato de ele ser terceiro de boa-fé; a abstração da cambial; a legalidade do protesto, ademais por conta do direito de regresso; a inocorrência de ato ilícito; sucessivamente, a redução do *quantum* indenitário e a incidência da correção monetária e juros de impontualidade tão somente a contar da sentença.

Ao final, requereu o provimento do Recurso.

Intimada a Adversa, apresentou suas contrarrazões (fls. 264-272), atacando a matéria devolvida a enfoque a este Tribunal.

Já a empresa Notisul – Jornal de Notícias do Sul Ltda., em seu Inconformismo, agitou a preliminar de nulidade da sentença por falta de fundamentação no aspecto em que a Juíza de origem estipulou o *quantum* indenitário; a ilegalidade de vinculação do salário-mínimo ao montante Fixado aos danos morais; a existência de negócio jurídico que emprestasse lastro à duplicata mercantil, vez que as Contendoras entabularam pacto,

por telefone, de veiculação de publicidade; a legalidade do protesto, vez que configura exercício regular de direito; a incorrência de dano moral; e, sucessivamente, a redução do valor estipulado à verba indenitória.

Nesse encalço, rogou pela acolhida da Irresignação.

Cientificada a Recorrida, apresentou sua resposta (fls. 252-263), refutando os termos expendidos pela Interessada.

Empós, vieram os autos a este Areópago.

É o necessário escorço.

VOTO

1 Das preliminares

1.1 Da incorrência de nulidade da sentença por falta de fundamentação quanto ao montante indenitório

A recorrente Notisul – Jornal de Notícias do Sul Ltda. pretende marcar de nulidade a sentença guerreada sob o escopo de ausência de fundamentação acerca do *quantum* estipulado à verba indenitória.

Ocorre que, até do mero enfoque do *decisum*, verifica-se que a Magistrada *a quo* externou suas razões de convicção. Ademais, especificamente quanto a esse aspecto – valor dos danos morais – vê-se de forma clarividente a existência de fundamentação da sentença. A propósito, confira-se:

Finalmente, como adverte a lição jurisprudencial, “**A fixação do valor da reparação, para servir de lenitivo à vítima e se revestir das funções preventiva e punitiva, deve atender a critérios básicos, tais como: “a) a intensidade e duração da dor sofrida; b) a gravidade do fato causador do dano; c) a condição pessoal (idade, sexo, etc.) e social do lesado; d) o grau de culpa do lesante; e) a situação econômica do lesante. (Cf. Prof. Fernando Noronha)”** (AC nº 97.003972-7, de Mafra, Rel. Des. Pedro Manoel Abreu, j. 13/05/99).

Observo que no caso dos autos as conseqüências restaram demonstradas com o protesto do título e a restrição cadastral demonstradas as fls. 24 e 25, ressaltadas pela negativa de venda à crédito por parte de um fornecedor, conforme se vê pelo documento de fls. 26.

Por tais motivos, levando em consideração a extensão dos danos que, nestes casos é presumido, fixo o valor da indenização pelos danos morais causados em quantia correspondente a 50 salários mínimos, cuja conversão deverá ocorrer na data desta sentença [...]. (fl. 213).

Ora, a Togada *a quo*, além de ter lançado na tutela jurisdicional entregue na origem a ocorrência de dano imaterial passível de indenização, utilizou como parâmetro de fixação do *quantum* o fato da efetiva ocorrência de publicidade da mora; de o abalo moral ser presumido; e a ciência da impontualidade por terceiros.

Em razão disso, sobressai serenamente que o Estado-Juiz emprestou sustentação à sua posição, motivo pelo qual a prefacial deve ser defenestrada.

1.2 Da ausência de ilegalidade na utilização do salário-mínimo como parâmetro de estipulação do montante indenitário, vez que não se atrelou aquele critério como fator de correção monetária

A Magistrada de origem condenou os Demandados no pagamento de verba indenitária fixada em 50 (cinquenta) salários-mínimos, com conversão do numerário em quantia certa na data da sentença, a partir de quanto passa a incidir correção monetária.

Para arredar qualquer dúvida nesse sentido, veja-se:

Ante o exposto **JULGO PROCEDENTE** a presente **AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS** aforada por **Clínica Nardes Pelentir Ltda**, em desfavor de **Notisul – Jornal de Notícias do Sul Ltda e Banrisul – Banco do Estado do Rio Grande do Sul**, para o fim de condenar os requeridos, solidariamente, a pagar em favor da autora, a título de danos morais, quantia equivalente a 50 (cinquenta) salários mínimos, cuja conversão deverá ser operada na data desta sentença, sendo após o valor atualizado monetariamente e acrescido

de juros legais a partir da data do protesto indevido (11.12.2003). (fls. 213-214, sublinhou-se).

Prima facie, sobressai aparente ilegalidade do comando judicial, vez que o inciso IV do art. 7º da “Carta da Primavera” giza que:

[...] salário mínimo, fixado em lei, nacionalmente unificado, capaz de atender a suas necessidades vitais básicas e às de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, com reajustes periódicos que lhe preservem o poder aquisitivo, sendo vedada sua vinculação para qualquer fim (sublinhou-se).

Ocorre que essa vedação é para que o salário-mínimo seja utilizado como parâmetro de correção da moeda.

A propósito, nesse sentido é a posição perfilhada pelo Excelso Pretório:

- Dano moral. Fixação de indenização com vinculação a salário mínimo. Vedação Constitucional. Art. 7º, IV, da Carta Magna.
- O Plenário desta Corte, ao julgar, em 01.10.97, a ADIN 1425, firmou o entendimento de que, ao estabelecer o artigo 7º, IV, da Constituição que é vedada a vinculação ao salário-mínimo para qualquer fim, “quis evitar que interesses estranhos aos versados na norma constitucional venham a ter influência na fixação do valor mínimo a ser observado”. - No caso, a indenização por dano moral foi fixada em 500 salários-mínimos para que, inequivocamente, o valor do salário- mínimo a que essa indenização está vinculado atue como fator de atualização desta, o que é vedado pelo citado dispositivo constitucional. - Outros precedentes desta Corte quanto à vedação da vinculação em causa. Recurso extraordinário conhecido e provido.

(RE 225.488, Rel. Min. Moreira Alves, j. 11-4-00, destacou-se).

Como se vê, o impedimento constitucional não é que se ampare no montante do salário-mínimo para se fixar determinada quantia indenitária, mas sim, que esse parâmetro sirva como fator de correção da moeda.

Ou seja, fixado o montante dos danos morais em salário-mínimo, na mesma data em que ocorreu esse proceder, deve-se convertê-lo em numerário certo e, a partir de então, incide correção monetária.

E, observando-se novamente o dispositivo sentencial, exsurge clarividente que esse foi o *modus operandi* da Magistrada *a quo*.

Ademais, o Juízo de origem fixou os danos morais em 50 (cinquenta) salários-mínimos, o que, na época da sentença, por ser o salário-mínimo correspondente a R\$ 380,00 (trezentos e oitenta reais), o total da verba indenitória corresponde a R\$ 19.000,00 (dezenove mil reais), sem prejuízo dos aditamentos incidentes sobre esse *quantum*.

E, nessa mesma senda tropilha a Corte da Cidadania:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. INDE-NIZAÇÃO. FIXAÇÃO EM SALÁRIOS MÍNIMOS. POSSIBILIDADE. DANOS MORAIS. INSCRIÇÃO EM CADASTROS DE PROTEÇÃO AO CRÉDITO. QUANTUM INDENIZATÓRIO FIXADO EM 50 (CINQUENTA) SALÁRIOS MÍNIMOS.

1. É inadmitida a utilização do salário mínimo como fator de correção monetária; todavia, não há nenhuma vedação legal a que se fixe o valor de indenização por danos morais tomando como referência tal parâmetro.

2. A alteração, em recurso especial, dos valores arbitrados a título de reparação de danos morais somente é possível nos casos em que o valor determinado nas instâncias ordinárias seja irrisório ou exagerado.

3. O STJ firmou entendimento de que é razoável a condenação a até 50 (cinquenta) salários mínimos por indenização decorrente de inscrição indevida em órgãos de proteção ao crédito.

4. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no REsp 971.113/SP, Rel. Min. João Otávio de Noronha, j 23-2-10, enfatizou-se).

Ora, por ter a Togada utilizado o salário-mínimo na sentença tão somente como parâmetro de quantificação do dano imaterial do qual segundo ela merece a Demandante ser indenizada, com a conversão do *quantum* em numerário certo na data da decisão guerreada, sem que ocorresse a utilização daquela circunstância como fator de recomposição do poder de compra da moeda, não se vislumbra qualquer mácula no *decisum* guerreado.

1.3 Da prefacial de ilegitimidade passiva *ad causam* do Banco

A Juíza de origem, em decisão interlocutória (fls. 162-167), proclamou a legitimidade passiva *ad causam* do Banco, ademais sob o escopo de ocorrência de endosso-translativo.

Desse decisório, o Interessado quedou-se letárgico em manejar qualquer Inconformismo oportunamente.

Ora, por objetivar o Recorrente a mera rediscussão do assunto sob o mesmo enfoque e com base nos mesmos elementos probatórios já enfrentados pelo Juízo de origem no *decisum* interlocutório, exsurge a ocorrência da preclusão sobre essa matéria.

Mutatis mutandis, este Pretório já proclamou:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE EXECUÇÃO. IMPENHORABILIDADE DO BEM DE FAMÍLIA. QUESTÃO JÁ DISCUTIDA ANTERIORMENTE. PRECLUSÃO. RECURSO DESPROVIDO.

O fato de a impenhorabilidade do bem de família ser matéria de ordem pública, a ser argüida a qualquer tempo e em qualquer grau de jurisdição, não significa que a questão possa ser discutida diversas vezes nos mesmos autos.

(Agravo de Instrumento n. 2007.023440-6, Rel. Des. Sérgio Izidoro Heil, j. 27-3-08).

Também, colhe-se dos julgados da Corte da Cidadania:

PROCESSUAL CIVIL – EMBARGOS À EXECUÇÃO DE TÍTULO JUDICIAL – BENEFÍCIO DA ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA – NOVO PLEITO – PRECLUSÃO – LEI 1.060/50.

[...] 2. O benefício pode ser requerido a qualquer tempo e fase processual, não estando sujeito, portanto, à preclusão. Contudo, formulado e indeferido o pedido, sem que a parte tenha recorrido da decisão, somente a alteração da situação financeira do requerente autoriza novo pleito.

3. Recurso especial conhecido em parte e, nessa parte, improvido.

[...] De fato, o Superior Tribunal de Justiça, na mesma linha de entendimento do STF, tem considerado, para a concessão dos benefícios da Justiça Gratuita, suficiente a declaração, feita pelo interessado, de que sua situação econômica não permite vir a juízo sem prejuízo de seu sustento e de sua família.

Registre-se que o pedido pode ser formulado a qualquer tempo e fase processual, não ocorrendo a preclusão se não requerido o benefício na inicial. Contudo, negado uma vez o pleito por não-preenchimento dos requisitos legais necessários, somente a alteração da situação fática autoriza sua reanálise.

Da doutrina colhe-se os seguintes ensinamentos:

A Lei permite que a impugnação seja oferecida “em qualquer fase da lide”. No que diz respeito ao desaparecimento da condição de carente no curso do processo, fica claro o sentido da permissão. Quanto à possibilidade de, a qualquer tempo, oferecer impugnação motivada na inexistência, desde o princípio, da condição do beneficiário, esta se justifica na medida em que a parte contrária pode não conhecer com precisão a condição econômica do requerente da gratuidade, de modo que, vindo a descobrir posteriormente fatos que demonstram existência de situação econômica avantajada, possa impugnar fundamentadamente a concessão do benefício. **Não é certo, porém, afirmar que o tema não esteja sujeito à preclusão. Feita a impugnação e rejeitada pelo Juiz, deve o impugnante, se quiser rever a decisão, oferecer o recurso cabível. Não recorrida a decisão, opera-se a preclusão, restando apenas a possibilidade de nova impugnação fundada na posterior perda da condição de carente que, por basear-se em fato superveniente, não pode ser coberta pela preclusão. É vedado, contudo, oferecer nova**

impugnação renovando-se os mesmos argumentos que foram rejeitados anteriormente. (Augusto Tavares Rosa Marcacini *in* Assistência Jurídica, Assistência Judiciária e Justiça Gratuita, Ed. Forense, 1ª ed., 2ª tiragem, 2001, RJ, p. 101)

(REsp 723751/RS, Rel. Min. Eliana Calmon, j. 19-6-07, grifo no original).

Apesar disso, o fato é que, por ser a responsabilidade civil do Banco matéria que se correlaciona intimamente com a sua legitimidade, em caráter de exceção, o tema será esmiuçado adiante, concomitantemente com a incumbência de indenizar a Demandante acerca do dano imaterial por ela experimentado.

2 Do mérito dos Apelos

O Banco apontou a protesto o nome da Requerente, cujo ato notarial foi lavrado em 11-12-03 (fls. 23-24), em razão da impontualidade da duplicata mercantil n. 3.260, emitida em 9-7-03, com vencimento em 10-11-03, no valor de R\$ 300,00 (trezentos reais).

A propósito, o Estado-Juiz de origem, ao decidir as pretensões postas em debate, declarou a inexistência do débito, conforme se verifica adiante:

Como não há um documento sequer a fim de comprovar a contratação, o que cabia ao primeiro demandado fazer, nos termos do art. 333, II, do CPC, a autora não pode ser responsabilizada pelo débito e, via de consequência, não poderia ter havido a inscrição de seu nome no rol de inadimplentes e o protesto do título.

Isto porque como é cedido, para que um contrato bilateral tenha validade entre as partes, mister se faz a existência de um elemento essencial, qual seja, o acordo de vontades entre os interessados.

No caso em comento, a presença deste requisito não foi demonstrada pelo primeiro requerido através da juntada de um contrato assinado ou de algum outro documento que comprovasse a concordância do autor na aquisição da publicidade.

Quanto a culpa do segundo demandado, ressalta-se que em casos onde o título protestado é objeto de endosso translativo, a respon-

sabilidade pelo protesto indevido é solidária entre a endossante, por ter emitido duplicata sem causa debendi, e o endossatário. (fl. 211).

Analisando-se detidamente a sucessão dos fatos narrados e comprovados no feito pelos Contendores, sobressai clarividente que a duplicata mercantil sobre a qual recai a porfia jurídica não possuía qualquer lastro à emissão.

Entrementes, a apelante Notisul – Jornal de Notícias do Sul Ltda. pretende fazer crer que a cambial foi sacada sob o escopo de a Autora ter contratado serviços de veiculação de notícia em seu periódico.

A despeito disso, antes de se enfocar o aspecto nodal do tema a ser deslindado por este Paço da Justiça, exsurge imperioso trazer à balia que a demandada Notisul, de fato, publicou nota publicitária da Requerente (fl. 105, verso) no caderno “Sua Saúde”, suplemento especial, ano 1, nº 1, p. 14, de julho de 2003.

Sobre esse assunto, ressalte-se que a publicação se deu em nome da empresa Clinicenter, que, em verdade, é o nome fantasia da Apelada (fl. 16).

Contudo, os Interessados não lograram êxito em demonstrar no processo que, de fato, ocorreu a contratação do serviço pela Autora.

E, nesse tema, observa-se que, apesar de a Recorrente ter trazido ao feito a cópia da imagem da tela do computador, demonstrando a existência de cadastro da Demandante em seus registros (fl. 98) e o caderno de notícias em que a nota publicitária foi veiculada (fls. 99-106), não há em qualquer elemento a concordância da Autora na contratação do serviço.

Nesse sentido, veja-se a prova oral produzida na instrução processual:

a) testemunha Gilberto Charlei Bandeira:

[...] que o depoente esclarece que trabalhou como gerente comercial do primeiro requerido entre os anos de 2001 a 2004; que naquela época o jornal criou o chamado “caderno de sua saúde”, que era

encartado no jornal de forma mensal; que a responsável pela venda da publicidade do referido caderno era da funcionária Viviane; que a mesma fez vários contatos na cidade entre eles com a clínica autora. Que esclarece que a prática é que os contratos de publicidade sejam feitos de forma escrita, não sabendo o depoente dizer se foi feito o contrato escrito entre as partes; que também não sabe detalhes do fechamento do negócio, não sabendo esclarecer se foi feito logo na primeira visita ou se posteriormente; que esclarece que em contratos de assinatura de jornal geralmente, após a visita do vendedor, o fechamento do negócio se dá por telefone; [...] que o negócio é fechado somente após a aprovação do cliente mediante a apresentação da demonstração da mídia, que era feita pessoalmente pela vendedora; que em algumas situações poderia ser encaminhado por e-mail ou por fax, esclarecendo que não tem condições de dizer o que realmente aconteceu no caso dos autos; [...]. (fl. 182, destacou-se).

b) testemunha Cristiano Carrador:

[...] a pessoa acima qualificada disse ser sócio do primeiro requerido, deixando então de prestar compromisso. [...]. que esclarece o declarante que o jornal Notisul tem uma equipe de vendedores que fazem contato com possíveis interessados em publicidade, mediante visitas nos próprios estabelecimentos; que no caso da clínica autora a visita foi feita pela ex-funcionária Viviane Pereira, ocasião em que esta tratou diretamente com o proprietário da clínica, fechando o negócio entre as partes; que esclarece que geralmente em casos de publicidade os contratos são feitos de forma escrita, mas havendo a possibilidade de serem feitos de forma verbal, mediante contato por telefone; que a orientação da direção do jornal é de que haja sempre um contrato escrito; que esclarece que em relação à clínica autora, que a publicidade foi feita após o contato da referida ex-funcionária; que “acha pouco provável” que tenha sido feita a mídia sem aprovação dos proprietários da clínica, esclarecendo entretanto que não tem detalhes específicos do negócio entre as partes; que ressalta que em caso de insatisfação do cliente em relação à publicidade feita e havendo erro por parte do jornal, o contrato é imediatamente rescindido; que é regra que haja o encaminhamento ao cliente de uma demonstração da mídia a ser feita, por fax ou por e-mail, só havendo o fechamento do negócio após a aprovação do cliente; que não sabe efetivamente o que aconteceu nos casos dos autos [...]. (fl. 186, enfatizou-se).

c) testemunha Cristina Fernandes Marinho:

[...] a depoente trabalhou na clínica autora no período compreendido de outubro de 2001 a abril de 2004; que exercia a função de secretária, também cuidando da parte administrativa; que recorda-se que recebeu a visita de uma vendedora do primeiro requerido oferecendo publicidade, ocasião em que a repassou para uma das sócias da clínica que ali se encontrava, tratando-se da Dra. Mércia; que recorda-se que foi falado para a vendedora que a proposta seria passada para os demais sócios, que necessariamente deveriam concordar com a mídia; que lembra-se que não houve concordância entre os sócios para fechar negócio, razão pela qual a publicidade não foi fechada; que não se recorda da vendedora ter retornado à clínica, acreditando que tenha ficado dito que em caso de concordância a clínica ligaria; que não se recorda de ter ouvido a vendedora esclarecer de que forma o negócio seria concretizado, caso a autora concordasse com a proposta; que recorda-se de ter dado o cartão de visitas da clínica para a referida funcionária, o que aliás é de praxe; que não foi passado mais nenhum material a respeito da clínica; que não tem condições de dizer sobre o valor da proposta feita pela funcionária do jornal que recorda-se que posteriormente compareceu na clínica um senhor identificando-se como funcionário do cartório extra-judicial, notificando a clínica sobre um protesto de título; que nessa ocasião chamou o sócio Paulo César ocasião em que o mesmo disse que não havia feito nenhum negócio com o jornal; que recorda-se ainda que o funcionário disse que não havia feito nenhum negócio com o jornal. [...] que não houve nenhum outro contato por telefone por parte do primeiro requerido para tratar sobre a contratação de mídia; que também não foi recebido pela clínica nenhuma demonstração de mídia encaminhado por fax ou por e-mail pelo primeiro requerido [...] (fls. 184-185, sublinhou-se); e

d) testemunha Mércia Cristina Peixoto Pelentir:

[...] a pessoa acima qualificada disse ser representante da autora, deixando, então, de prestar compromisso. [...] a declarante esclarece que a clínica autora existe na cidade de Laguna desde 1998, sendo de sua propriedade, de seu marido e de outros sócios, que recorda-se que em determinada época recebeu na clínica a visita de uma moça que se identificou como funcionária do primeiro requerido, isto em meados de 2003; que a referida funcionária ofereceu o

produto à declarante, que se tratava de propaganda a ser realizada em um “caderno de saúde”, destinado à publicação de matérias da área médica, aonde os diversos profissionais poderiam escrever sobre o assunto; que esclareceu que não tinha autonomia suficiente sobre a compra sozinha e que conversaria com os demais sócios. Que dias depois a mesma funcionária voltou à clínica, ocasião em que a declarante esclareceu que os sócios entenderam não haver interesse naquela momento em fazer a propaganda; que esclarece que não forneceu dados detalhados da clínica, entregando no máximo um cartão de visitas do estabelecimento; que posteriormente não houve mais qualquer contato entre a clínica a referida funcionária do primeiro requerido. Que somente depois da propositura da ação é que recebeu um telefonema de uma pessoa que identificou-se como sócio do primeiro requerido, propondo-lhe “um acordo”; que nessa ocasião a proposta era para que a autora retirasse a ação, já que segundo alegou o nome da clínica já havia sido retirado dos cadastros de proteção ao crédito; que rechaçou completa a proposta [...] que atualmente é que faz propaganda em rádio e jornal local, sendo rádio Difusora e Jornal O Pharol [...] (fl. 188, salientou-se).

Dos termos colhidos na instrução processual, das quatro testemunhas, duas são ligadas à Autora e outras duas à requerida Notisul – Jornal de Notícias do Sul Ltda.

As duas pessoas ouvidas que possuem relação com o Apelante informaram de modo cristalino que não sabem dizer o que ocorreu no caso da Demandante, nem se houve de fato a contratação de serviços, tampouco se ocorreu o envio de mídia para aprovação de veiculação da publicidade.

Justamente nesse aspecto – encaminhamento da mídia para corroboração dos termos e forma da propaganda – extrai-se que ambas as testemunhas ligadas o requerido jornal informaram de forma bastante convicta que a contratação dos serviços publicitários se dá somente após a aprovação da propaganda.

Ou seja, segundo o raciocínio por eles próprios desenvolvido, não foi encaminhada a mídia para que a Demandante pudesse ou não aprovar a propaganda a ser veiculada.

Por óbvio, consoante os termos informados em Juízo, a contratação não se perfectibilizou.

Ademais, de acordo com as informações prestadas pelas testemunhas que se correlacionam com a Autora, apesar de ser inequívoco que receberam visita de uma funcionária da empresa Notisul, a contratação não foi entabulada, vez que a proposta de divulgação do nome da Demandante no periódico não foi objeto de anuência entre os Interessados.

Noutro giro, o próprio requerido do ramo jornalístico, em sua contestação, partindo do pressuposto de contratação da publicidade – o que se admite somente a título de argumentação – sustentou que o negócio jurídico se deu em 14-7-03, com prestação dos serviços pelo prazo de 6 (seis) meses, cuja parcela mensal correspondia a R\$ 300,00 (trezentos reais), todavia, a negociação foi cancelada em 13-8-03 (fl. 87).

Contudo, a duplicata mercantil em que se amparou o protesto (fl. 82), apesar de emitida em 9-7-03, referia-se à quarta parcela do contrato, com vencimento em 10-11-03.

Ou seja, ainda que abarcada a hipótese expendida pelo demandado Notisul – repita-se, essa tese somente é desenvolvida *ad argumentandum tantum* – a duplicata mercantil n. 3260/4 não mais era exigível.

Assim, sob qualquer ótica que se analise a *quaestio*, sobressai a inexigibilidade da cambial em que se amparou o protesto.

Antes de prosseguir com o enfoque da contenda jurídica, é forçoso trazer à tona o fato de o Banco ter recebido a duplicata mercantil sob a forma de endosso-translativo. Para tanto, basta conferir os termos insertos no verso da cártula, cuja reprodução fotostática foi exibida à fl. 82.

Ali, encontra-se externado: “Pague-se ao Banco do Estado do Rio Grande do Sul ou à sua ordem” (fl. 82).

E, se tanto não bastasse, essa situação jurídica exsurge dos documentos exibidos no processo pelo próprio Banco, vez que trouxe aos autos o contrato de desconto de título entabulado com o co-Réu. Confira-se (fl. 81):

TIPO DE OPERAÇÃO

DESCONTO COBRANÇA VINCULADA COBRANÇA CREDENCIADA

COBRANÇA SIMPLES COBRANÇA CAUCIONADA À OPERAÇÃO Nº

Os Títulos relacionados no verso serão cobrados de acordo com o tipo de operação acima indicada, podendo o banco recusar qualquer dos títulos apresentados, sendo baixados, se não forem liquidados até 60 dias do vencimento, “após” esgotadas as medidas julgadas cabíveis. Em operações de desconto, serão *[sic]* reembolsado ao banco o valor dos títulos mais os encargos tão logo o exigir, independentemente de protesto.

[...] Número	Valor
[...] 3260	300,00

A operação de desconto de título constitui a hipótese em que a Instituição Financeira adquire os direitos creditórios, depositando na conta vinculada ao endossatário o *quantum* da cambial, abatido o valor pela operação bancária.

Essa situação, concatenando-se com a ocorrência de endosso do verso da duplicata mercantil (fl. 82), giza ainda mais a transferência da duplicata mercantil por endosso-translativo.

A despeito de as cambiais terem circulado pela ocorrência de endosso-translativo, não se pode olvidar que essa espécie de título de crédito possui vinculação ao negócio jurídico que deu causa à sua emissão.

Sobre o tema, os arts. 1º, 2º e 20, todos da Lei n. 5.474/68, preconizam:

Art. 1º Em todo o contrato de compra e venda mercantil entre partes domiciliadas no território brasileiro, com prazo não inferior a 30 (trinta) dias, contado da data da entrega ou despacho das mercadorias, o vendedor extrairá a respectiva fatura para apresentação ao comprador.

§ 1º A fatura discriminará as mercadorias vendidas ou, quando convier ao vendedor, indicará somente os números e valores das notas parciais expedidas por ocasião das vendas, despachos ou entregas das mercadorias.

Art. 2º No ato da emissão da fatura, dela poderá ser extraída uma duplicata para circulação como efeito comercial, não sendo admitida qualquer outra espécie de título de crédito para documentar o saque do vendedor pela importância faturada ao comprador.

§ 1º A duplicata conterá:

I – a denominação “duplicata”, a data de sua emissão e o número de ordem;

II – o número da fatura;

III – a data certa do vencimento ou a declaração de ser a duplicata à vista;

IV – o nome e domicílio do vendedor e do comprador;

V – a importância a pagar, em algarismos e por extenso;

VI – a praça de pagamento;

VII – a cláusula à ordem;

VIII – a declaração do reconhecimento de sua exatidão e da obrigação de pagá-la, a ser assinada pelo comprador, como aceite, cambial;

IX – a assinatura do emitente.

§ 2º Uma só duplicata não pode corresponder a mais de uma fatura.

§ 3º Nos casos de venda para pagamento em parcelas, poderá ser emitida duplicata única, em que se discriminarão todas as prestações e seus vencimentos, ou série de duplicatas, uma para cada prestação

distinguindo-se a numeração a que se refere o item I do § 1º deste artigo, pelo acréscimo de letra do alfabeto, em seqüência. [...]

Art . 20. As empresas, individuais ou coletivas, fundações ou sociedades civis, que se dediquem à prestação de serviços, poderão, também, na forma desta lei, emitir fatura e duplicata.

§ 1º A fatura deverá discriminar a natureza dos serviços prestados.

§ 2º A soma a pagar em dinheiro corresponderá ao preço dos serviços prestados.

§ 3º Aplicam-se à fatura e à duplicata ou triplicata de prestação de serviços, com as adaptações cabíveis, as disposições referentes à fatura e à duplicata ou triplicata de venda mercantil, constituindo documento hábil, para transcrição do instrumento de protesto, qualquer documento que comprove a efetiva prestação, dos serviços e o vínculo contratual que a autorizou.

Causal como é a duplicata mercantil – o saque da cártula depende de prévia ocorrência de fato que a lei determina ser possível para sua origem – cuja circulação é plausível tão somente se houver compra e venda ou prestação de serviços, se ausente o lastro à sua emissão, tem-se indefectível a sua ilegalidade.

E, mesmo diante da transferência do título pela Credora originária ao Banco, nos termos do art. 15 da Lei Uniforme de Genebra, a Endossante remanesce como garante tanto da aceitação quanto do pagamento do título, cujo debate deve dar-se em ação própria.

Da redação inserta no art. 47 do citado Diploma Legal, extrai-se:

Os sacadores, aceitantes, endossantes ou avalistas de uma letra são todos solidariamente responsáveis para com o portador.

O portador tem o direito de acionar todas estas pessoas individualmente, sem estar adstrito a observar a ordem por que elas se obrigaram.

Por clarividência, não comprovado no feito a existência de causa legítima que pudesse emprestar origem ao título em debate, a cambial é nula.

A propósito, por consistir essa incumbência – inexistência de causa à emissão da duplicata mercantil – em prova negativa, o ônus de comprovação da ocorrência de negócio jurídico que imprimisse lastro ao saque da cártula incumbe ao Banco e ao emitente da cártula – art. 333, inciso II, do Código Buzaid.

Por lógica, não há outra solução senão a de reconhecer a inexistência do débito apresentado pela duplicata mercantil n. 3260, sacada pela empresa Notisul - Jornal Notícias do Sul Ltda. contra a Autora e endossada ao Banco.

Além do mais, conforme o suso debulhado, por ser a duplicata mercantil título de crédito eminentemente causal, que não se desvincula de sua origem, ainda que com a sua circulação, o Banco, assumindo a posição de detentor dos direitos creditórios, não agiu com a diligência necessária ao não investigar de forma escorreita a eventual existência de fato à sua emissão e sem a preocupação de certificar-se quanto à inocorrência sequer de aceite na cambial.

E mais, encaminhou a duplicata mercantil n. 3260 – enfatiza-se, título essencialmente causal – para protesto naquelas condições.

A propósito, o dano moral pela inserção indevida de nome de consumidor em cadastros conferindo publicidade à impontualidade é hipótese *in re ipsa*, dispensando a efetiva prova de dano experimentado pela Demandante, vez que essa situação é presumida.

E, sobre o tema, o Pergaminho Civil, em seus arts. 186 e 927, determina:

Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

Em arremate, a “Carta da Primavera”, em seu art. 5º, inciso V, insculpe como um dos direitos individuais: “é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem”.

A razão disso consiste no fato de que o suposto Credor, agindo em contrariedade à verdade, lealdade, boa-fé, e, também, ao princípio geral do direito de não causar prejuízo a outrem, manteve a imputação de forma pública à Demandante pelo inadimplemento de título do qual sequer podia ter sido emitido.

Nessa vereda, este Pretório já decidiu:

RESPONSABILIDADE CIVIL. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. PROTESTO DE TÍTULO E INSCRIÇÃO DEVIDA EM CADASTRO DE INADIMPLENTES. MANUTENÇÃO INDEVIDA NO MESMO CADASTRO (POR APROXIMADAMENTE DOIS ANOS) APÓS A RENEGOCIAÇÃO DO DÉBITO. CONDUTA IMPRUDENTE E ILÍCITA DA RÉ QUE NÃO SE COADUNA COM OS DIREITOS FUNDAMENTAIS INSCULPIDOS NA CARTA MAGNA E O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. DEVER DE INDENIZAR CONFIGURADO. DANO MORAL PRESUMIDO. QUANTUM INDENIZATÓRIO FIXADO EM R\$ 12.000,00 (DOZE MIL REAIS). INTELIGÊNCIA DO ART. 5º, X, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E DOS ARTS. 186 E 927 DO CÓDIGO CIVIL VIGENTE. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA REFORMADA. RECURSO PROVIDO.

1. 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 manutenção indevida de nome de pessoa física ou jurídica nos cadastros dos órgãos de proteção ao crédito são presumidos.

2. Para a fixação do quantum indenizatório, devem ser observados alguns critérios, tais como a situação econômico-financeira e social das partes litigantes, a intensidade do sofrimento impingido ao ofendido, o dolo ou grau da culpa do responsável, tudo para não ensejar um enriquecimento sem causa ou insatisfação de um, nem a impunidade ou a ruína do outro.

(Apelação Cível n. 2009.018655-8, Rel. Des. Marcus Tulio Sartorato, j. 9-6-09).

Também, idêntica é a posição perfilhada pela Corte da Cidadania:

AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. DANO MORAL. PROTESTO INDEVIDO. AUSÊNCIA DE CONDUTA ILÍCITA E REVISÃO DO VALOR INDENIZATÓRIO. SÚMULA 7/STJ. AUSÊNCIA DE COTEJO ANALÍTICO. AGRAVO IMPROVIDO.

[...] 2. O entendimento deste Tribunal inclina-se no sentido de que, nos casos de protesto indevido de título, o prejuízo é presumido.

[...] 4. O entendimento deste Superior Tribunal de Justiça é firme no sentido de que o quantum definido pela Corte de origem somente pode ser alterado em sede de recurso especial quando absurdamente excessivo ou irrisório.

5. Agravo regimental improvido.

(AgRg nos EDcl no Ag 817.316/SP, Rel. Min. Hélio Quaglia Barbosa, j 7-8-07).

No mesmo sentido, os AgRg no Ag ns. 779.264/RJ, j. 7-5-07; e 975.788/PR, j. 26-8-08, ambos da relatoria do Min. Ari Pargendler; e AgRg no REsp 742812/SC, Rel. Min. Hélio Quaglia Barbosa, j. 17-5-07.

A propósito, o fato de ser possível a pessoa jurídica sofrer dano moral já foi reconhecida amplamente pelas Cortes Pátrias, ademais consoante a uniformização promovida pela Súmula n. 227 do STJ.

Em estando configurado o dano imaterial, cujo nexó de causalidade estampa-se pela publicidade da conduta ilícita, impõe-se aos Demandados o dever de indenizá-lo.

De outro vértice, acerca dos critérios a serem observados quando do arbitramento da indenização, traz-se à colação o escólio de Humberto Theodoro Júnior:

[...] nunca poderá o juiz arbitrar a indenização do dano moral tomando como base tão somente [sic] o patrimônio do devedor. Sendo a dor moral insuscetível de uma equivalência com qualquer padrão financeiro, há uma universal recomendação, nos ensinamentos dos doutos e nos arestos dos tribunais, no sentido de que “o montante da indenização será fixado eqüitativamente pelo Tribunal” (Código Civil Português, art. 496, inciso 3).

[...] E, para aproximar-se do arbitramento que seja prudente e eqüitativo, a orientação maciça da jurisprudência, apoiada na melhor doutrina, exige que o arbitramento judicial seja feito a partir de dois dados relevantes:

- a) o nível econômico do ofendido; e
- b) o porte econômico do ofensor; ambos cotejados com as condições em que se deu a ofensa (STJ, 4ª T., Resp. 6.048-0/RS, Rel. Min. BARROS MONTEIRO, ac. 12-5-1992, in Lex-JSTJ, 37/55).

[...] Para cumprir a tarefa de um árbitro prudente e eqüitativo, na difícil missão de dar reparação ao dano moral, sem cair na pura arbitrariedade, adverte a boa doutrina que:

“Ao fixar o valor da indenização, não procederá o juiz como um fantasiador, mas como um homem de responsabilidade e experiência, examinando as circunstâncias particulares do caso e decidindo com fundamento e moderação. Árbitro prudente e moderado não é o mesmo que arbitrariedade” (OLIVEIRA DEDA, Enciclopédia Saraiva, cit., vol. 22., p. 290).

Se, à falta de critérios objetivos da lei, o juiz tem de se valer da prudência para atender, em cada caso, às suas peculiaridades assim como à repercussão econômica da indenização pelo dano moral, o certo é que o valor da condenação, como princípio geral, ‘não deve

ser nem tão grande que se converta em fonte de enriquecimento, nem tão pequeno que se torne inexpressivo' (TJMG, Ap. 87.244-3, Rel. Des. BADY CURTI, ac. 9-4-1992, in Jurisprudência Mineira 118/161).

(*Dano moral*. 4ª ed., São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001. p. 36-39, grifos do original).

E, exsurge dos ensinamentos de Adolpho Paiva Faria Junior:

O que não pode ser admitido, louvado na discutida dificuldade de uma fixação exata, é deixar-se de impor ao agente causador a devida contrapartida reparatória ou compensatória, que seja e, a esse respeito, JOSÉ DE AGUIAR DIAS consigna:

“(...) não é razão suficiente para não indenizar, e assim beneficiar o responsável, o fato de não ser possível estabelecer equivalente exato, porque, em matéria de dano moral, o arbitrário é até da essência das coisas”.

Como visto, o quantum, a título de reparação por danos morais, não pode ter a mesma função como a de uma reparação por danos materiais, sabendo-se que, a este título, a recomposição do status quo ante é perfeitamente factível, ao passo que, para aquela, não, pois, impossível a recomposição do estado anterior à lesão, em se tratando de dano causado ao emocional da vítima.

[...] É de ser lembrada a extensão do interesse a ser reparado, mormente quando de dúvida sobre o valor a ser fixado. À mingua de outros parâmetros, de boa lembrança é o art. 948 do Código Civil revogado que dispunha: “Nas indenizações por fato ilícito prevalecerá o valor mais favorável ao lesado”.

[...] É o caso do in dubio pro creditoris. A vítima há de ser indenizada de forma mais ampla e completa possível, pois é a parte mais fragilizada na relação e, por assim ser, é contemplada com o chamado “benefício da dúvida”.

(*Reparação civil do dano moral*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003. p. 80-82, grifos do original).

Ainda em relação ao tema, colhe-se dos julgados deste Sodalício:

Dano moral. Quantificação. Equidade e razoabilidade. Na ausência de critérios objetivos para mensuração do valor econômico da compensação pelos danos morais, deve o julgador valer-se das regras de experiência comum e bom senso, fixando-a de tal forma que não seja irrisória, a ponto de menosprezar a dor sofrida pela vítima, ou exagerada, tornando-se fonte de enriquecimento ilícito.

(Apelação Cível n. 2005.041530-9, Rel. Des. Sônia Maria Schmitz, j. 17-7-07).

E do Excelso Pretório:

[...] o valor da indenização há de ser eficaz, vale dizer, deve, perante as circunstâncias históricas, entre as quais avulta a capacidade econômica de cada responsável, guardar uma força desencorajada de nova violação ou violações, sendo como tal perceptível ao ofensor, e, ao mesmo tempo, de significar, para a vítima, segundo sua sensibilidade e condição sociopolítica, uma forma heterogênea de satisfação psicológica da lesão sofrida. Os bens ideais da personalidade, como a honra, a imagem, a intimidade da vida privada, não suportam critério objetivo, com pretensões de validade universal, de mensuração do dano à pessoa.

(Recurso Extraordinário n. 447.584-7, Rel. Min. Cezar Peluso, j. 28-11-06).

Compulsando o caderno processual e valorando-se as minúcias do caso *sub judice*, em respeito à prudência, equidade e razoabilidade que servem de base à quantificação dos danos morais, tem-se que:

a) não foi comprovada no feito a existência de qualquer causa que emprestasse lastro ao débito a descoberto;

b) o protesto da cambial perfectibilizou-se em 11-12-03 (fl. 23), cujo cancelamento foi procedido em 3-8-04 (fl. 85) e tão somente em razão da ordem judicial prolatada em antecipação de tutela (fls. 58-63);

c) restou evidenciada no processo a efetiva ciência de terceiros acerca da publicidade da mora que se declarou ilegítima (fl. 26); e

d) não foi demonstrada no feito a existência de quaisquer outras restrições creditícias em nome da Apelada, o que inviabiliza a aplicação, ainda que analógica, da posição uniformizada pelo Superior Tribunal de Justiça na Súmula 385.

Ora, com balizamento nesses fatos e, também, atentando-se mais uma vez ao caráter pedagógico a que também se presta a reparação dos danos morais, exsurge que o *quantum* reparatório fixado pela Magistrada *a quo* em R\$ 19.000,00 (dezenove mil reais) se coaduna com a posição deste Paço da Justiça, inclusive com a senda troteada pela Corte da Cidadania, consoante de abstrai do AgRg no REsp 971.113/SP, transcrito no item 1.2 deste voto.

Outrossim, esse numerário deve sofrer aditamento de correção monetária a contar da sentença, vez que esse encargo tem como escopo tão somente a recomposição do poder de compra da moeda pela sobrevivida da inflação – Súmula 362 do STJ – conforme a variação do INPC/IBGE – Provimento n. 13/95 da Corregedoria-Geral da Justiça do Estado de Santa Catarina.

Por sua vez, os juros moratórios, em razão de tratar-se de ilícito extracontratual, incidem a contar do ato indevido (súmula 54 do STJ), que se deflagrou em 11-12-03 (fl. 23).

Em que pese o Juízo de primeira instância não ter estipulado o percentual dessa incumbência, fixa-se, de ofício, o patamar de 1% a.m. – art. 406 do Código Civil, combinado com o art. 161, § 1º, do Código Tributário Nacional.

Impende destacar que esse proceder não viola o princípio dispositivo, vez que é decorrência de lei.

3 Da sucumbência

Ausente a modificação do *decisum* guerreado e inócurrenre o pleito recursal dos Interessados para recalibrar a sucumbência, esse ônus queda-se tal qual lançado na origem.

É o quanto basta.

DECISÃO

Ante o exposto, por unanimidade:

- a) rejeitam-se as preliminares e nega-se acolhida a ambos os Recursos; e
- b) de ofício, determina-se que a correção monetária da qual é aditada a verba indenitória observe a variação do INPC/IBGE e que os juros de impontualidade sejam computados em 1% a.m.

O julgamento, realizado nesta data, foi presidido pelo Exmo. Sr. Des. Lédio Rosa de Andrade, e dele participaram os Exmos. Srs. Des. José Inácio Schaefer e Altamiro de Oliveira.

Florianópolis, 11 de maio de 2010.

Carstens Köhler
RELATOR

Apelações Cíveis n. 2006.046599-8 e 2006.046598-1, da Capital

Relator: Des. José Inácio Schaefer

EMBARGOS À EXECUÇÃO E AÇÃO DECLARATÓRIA. CONTRATO DE FOMENTO MERCANTIL. AVALISTA. ILEGITIMIDADE DE PARTE. PRELIMINAR REJEITADA. NOTAS PROMISSÓRIAS VINCULADAS. INEXIGIBILIDADE. NULIDADE DA EXECUÇÃO. REMUNERAÇÃO DO SERVIÇO PREVISTA EM CLÁUSULA GENÉRICA. TERMOS ADITIVOS PARA CADA OPERAÇÃO QUE TAMBÉM NÃO ESCLARECEM AS DESPESAS COBRADAS E SEUS CRITÉRIOS. OSCILAÇÃO DOS ENCARGOS ENTRE PERCENTUAIS DE 4,58% A 7,19% SEM JUSTIFICATIVA. RELAÇÃO DE CONSUMO. AFRONTA AO DEVER DE INFORMAR. EMPRESA DE FOMENTO MERCANTIL NÃO INTEGRA O SISTEMA FINANCEIRO NACIONAL. JUROS. LIMITE LEGAL. RESPONSABILIDADE DA FATURIZADA PELA SOLVÊNCIA DO DEVEDOR. INDENIZAÇÃO. PREJUÍZO AUSENTE. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. MAJORAÇÃO. LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ. INOCORRÊNCIA.

A concessão de crédito, camuflada por operação de fomento mercantil, deve ser limitada aos juros legais.

A celebração do contrato na vigência do Código Civil de 1916 limita os juros em doze por cento ao ano.

Para condenação por litigância de má-fé é necessário demonstrar o dolo do litigante em prejudicar a parte contrária.

Nas causas em que não há condenação, o arbitramento da verba honorária se dá mediante apreciação equitativa do magistrado, que não está adstrito aos percentuais mínimo e máximo previstos na lei processual.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelações Cíveis n. 2006.046599-8 e 2006.0465998-1, da comarca da Capital (3ª Vara Cível), em que são apelantes e apelados A & A Associados Fomento Comercial Ltda e Gecat Grupo Editorial Catarinense Ltda e outros:

ACORDAM, em Quarta Câmara de Direito Comercial, por unanimidade, dar parcial provimento à Apelação Cível n. 2006.046598-1; e conhecer em parte e negar provimento à Apelação Cível n. 2006.046599-8. Custas legais.

RELATÓRIO

Gecat Grupo Editorial Catarinense Ltda., Odone Fortes Martins e Estácio Duarte Santiago apelaram da sentença proferida na ação de rescisão contratual que moveram em face de A & A Associados Fomento Comercial Ltda., argumentando serem devidos os valores reembolsados à apelada, razão pela qual pleitearam sua indenização. Além disso, pretendeu a majoração dos honorários advocatícios (fls. 729/740).

Recebido o recurso nos efeitos legais (fl. 742), vieram contrarrazões pedindo o improvimento do reclamo e apenamento da parte adversa por litigância de má-fé (fls. 745/749).

A & A Associados Fomento Comercial Ltda. apelou da sentença proferida nos embargos à execução opostos por Gecat Grupo Editorial Catarinense Ltda. e Estácio Duarte Santiago Ramos, arguindo preliminares de ilegitimidade ativa e falta de julgamento. No mérito, defendeu a legalidade das operações de faturização, bem como dos encargos exigidos (fls. 375/395).

Recebido o reclamo nos efeitos legais (fl. 397), vieram contrarrazões pugnano pelo improvimento do apelo (fls. 400/407).

VOTO

1. Apelação Cível n. 2006.04599-8 – embargos à execução.

A preliminar de ilegitimidade ora referida sustentou a responsabilidade autônoma do avalista Estácio Duarte Santiago Ramos, o qual não poderia invocar exceções pessoais pertinentes ao avalizado.

Contudo, o litisconsorte é diretamente interessado na resolução do feito, pois também responde pelas obrigações decorrentes de eventual cobrança das obrigações estampadas nas notas promissórias em causa. Rejeito, portanto, a prefacial.

A outra preliminar – nulidade da sentença por falta de exame das provas, se confunde com o mérito, o qual passo a examinar.

A sentença dispôs:

POSTO ISTO, julgo Procedentes em Parte os embargos à execução e a ação ordinária propostos, para, reconhecendo a nulidade das cambiais emitidas em favor da ré/embargada, declarar a inexistência dos débitos por ela representadas e extinta a execucional nela lastreada, tudo nos termos do art. 269, I, do Código de Processo Civil.

Decaindo os autores na parte mínima do seu pedido, arca a requerida com o pagamento das custas processuais e honorários sucumbenciais que arbitro no total de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), ex vi do art. 20, 4, do Código de Processo Civil. (fls. 354/355).

Inconformada, a exequente defendeu a legalidade da faturização, pois teria observado o regramento pertinente. Destacou inexistir cobrança de juros e que o percentual de 6,8% representaria o custo das operações, composto por: fator, encargos fiscais, despesas com serviços e despesas de cobrança. Por tal motivo, tampouco teria incidido capitalização.

A sentença assentou:

‘Fator de compra’, ‘taxa de ágio’, ‘antecipação de juros’ ou seja lá qual for a sigla utilizada pelas faturizadoras, o que não se pode negar é que essa cobrança representa sim a estipulação de juros, que, via

de regra, são sempre extorsivos, superiores à taxa permitida pela Lei de Usura à qual estão adstritas as ‘factorings’.

Aliás, recentemente, o relator Min. Barros Monteiro argumentou que as empresas de fomento que operam no ramo de ‘factoring’ não podem ser consideradas como integrante do Sistema Financeiro Nacional, não se lhes aproveitando a Súmula 596 do STF.

Aplica-se, portanto, a esse tipo de operação financeira, os dispositivos da Lei de Usura (D. 22.626/33), que em seu artigo 1º limita os juros remuneratórios à taxa de 12% ao ano, vedando-se também sua capitalização e cumulação com a comissão de permanência.

[...]

Mediante simples análise dos não-impugnados borderôs de descontos formalizados entre as partes, e aplicação da regra-de-três da matemática básica, é possível detectar, por amostragem, que no borderô de fl. 191/192 foi praticado ‘fator de compra’ equivalente a 6,80% (R\$ 986,50 de R\$ 14.506,20). No borderô de fl. 216/217, a taxa foi de 5,87% (R\$ 937,33 de R\$ 15.952,20). No borderô de fl. 230/231 baixou para 4,58% (R\$ 1.401,50 de R\$ 30.596,12), subindo para 7,19% no de fl 246.

Assim, é possível concluir que, embora sofresse pequenas variações, a taxa de juros/administração praticada pela ré sempre foi superior ao limite legal e, portanto, ilegal. (fls. 345/346).

Fomento mercantil consiste na prestação de serviços de gestão creditícia, envolvendo cessão onerosa de títulos de crédito.

Esta cessão, segundo a apelante, era remunerada mediante o adiantamento à faturizada do valor de face do título, deduzido o “fator (comissão) e os encargos incidentes sobre a operação” (fl. 379).

Tal alegação diverge do contido no contrato:

Os serviços prestados à contratante, nos termos da lei 8.981 de 20/01/1995, importam no pagamento de um valor livremente convencionado entre as partes que será resultado da aplicação de um percentual sobre o valor total (‘ad-valorem’) do aditivo apresentado

para análise e a aprovação por parte da contratada, para a realização de cada operação (cláusula oitava, fl. 43).

Não obstante o pactuado, os borderôs de “venda” dos títulos não trouxeram o percentual incidente, elencando apenas como sendo os “valores da operação”: “despesas de fomento”, “despesas de prestação de serviços” e “despesas de cobrança” (fls. 142/143, 187/188, 193/195, 199/200, 201/202, 204/205, 206/208, 214/216, 217/219, 231/233, 241/242, 247/248, 254/256, 268/269). Tais parcelas foram ajustadas em cada negociação e deduzidas do valor total dos títulos adquiridos e o saldo resultante antecipado à faturizada.

O diligente magistrado, observando a divergência entre o avençado e os termos aditivos, converteu as parcelas referidas em percentual, verificando sua oscilação em cada operação contratada. Tal variação, contudo, não foi justificada pela faturizadora. Aliás, não é crível a alegação de que estas “despesas” não tenham abrangido os custos da operação, a correção monetária incidente entre a data da negociação dos títulos e o vencimento destes, bem como os juros pelo adiantamento do capital. Ademais, a faturizadora sequer elucidou a que se referiam tais “despesas”, ou quais os serviços prestados em relação a cada cártula negociada.

O contrato previu também a possibilidade de responsabilização da empresa faturizada pela solvência do devedor dos títulos:

A condição de ‘pro-soluto’ da compra dos títulos e documentos representativos do Direito de Crédito pactuada na cláusula 2.a supra se extinguirá automaticamente, transformando-se em ‘pro-solvendo’, assumindo, em consequência, a contratante integral responsabilidade pelo pagamento dos títulos e documentos representativos do Direito de Crédito negociados, respondendo, portanto, por todas as obrigações jurídicas do endosso, caso sejam opostas exceções quanto à legalidade, legitimidade ou veracidade dos títulos negociados e em especial: [...] (cláusula quarta, parágrafo primeiro, fls. 39/40).

A pactuação em causa reduziu sobremaneira o risco da operação de fomento mercantil, pois, no caso de a cobrança do crédito pela faturizadora resultar mal-sucedida, a faturizada era obrigada a recomprar o título, “acrescido de multa indenizatória igual ao valor de face do título e de juros moratórios” (cláusula quinta, fl. 40).

Além disso, a faturizadora admitiu:

A embargada, ao contrário do que afirmam os embargantes, cumpriu integralmente as obrigações convencionadas, pois [...] adquiriu créditos, promoveu a cobrança, bem como as notificações da cessões [...]

[...] os Embargantes [...] receberam da embargada, pontualmente, o valor relativo aos títulos negociados.

[...] o único objetivo que norteou a vontade dos embargantes ao firmar o contrato de factoring, foi o de buscar recursos financeiros, capital de giro, com a venda de seu faturamento, para viabilizar o seu empreendimento, no que foram plenamente atendidos.

A GECAT obteve os serviços que contratou, através das diversas operações de venda de faturamento celebradas no transcorrer do contrato, prestação de serviços que não nega ter recebido, pelos quais a embargada colocou à sua disposição os recursos advindos da compra dos títulos (fl. 321/322).

Como se vê, a empresa de factoring não logrou justificar tais serviços, razão pela qual possível concluir, como fez a a sentença, de não passar de mera cessão de créditos, onde a faturizada se responsabilizava pela solvência do devedor. Diante desta peculiaridade, o contrato de fomento mercantil assumiu contorno de operação de mútuo e, como tal, remunerado por juros.

Com efeito, as empresas de fomento mercantil não estão abrangidas pelo Sistema Financeiro Nacional, de sorte que os empréstimos e operações de desconto de títulos são atividades típicas das instituições financeiras (art. 17, Lei n. 4.595/1964), tanto que a Junta Comercial do Estado de Santa Catarina tem ementado:

As empresas de factoring não estão subordinadas ao controle do Banco Central do Brasil (Parecer n. 49/2000).

O tema, entretanto, não está uniformizado neste Tribunal de Justiça, como deflui dos seguintes julgados.

A remuneração do faturizador não se confunde com a cobrança de juros, pelo que fica superada qualquer discussão envolvendo sua limitação em 12% (doze por cento) ao ano. (Primeira Câmara Comercial, Apelação cível n. 2003.025471-4, de Criciúma, Relator: Juiz Jânio Machado, j. em 23-10-2007).

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÕES DE REVISÃO DE CONTRATO DE FACTORING, DECLARATÓRIAS E CAUTELARES DE SUSTAÇÃO DE PROTESTO. EMPRESA DE FATURIZAÇÃO. NÃO INTEGRANTE DO SISTEMA FINANCEIRO NACIONAL. LIMITAÇÃO DOS JUROS A 12% (DOZE POR CENTO) AO ANO. POSSIBILIDADE. SÚMULA N. 596 DO STF E LEI DE USURA (DECRETO N. 22.626, DE 07.04.33).[...] SENTENÇA MANTIDA. RECURSO DESPROVIDO.

‘Tratando-se de empresa que opera no ramo de factoring, não integrante do Sistema Financeiro Nacional, a taxa de juros deve obedecer à limitação prevista no art. 1º do Decreto nº 22.626, de 7.4.1933’ (REsp n. 330.845/RS, relatado pelo eminente Ministro Barros Monteiro, DJ de 15/09/2003). O fato de a empresa de factoring ser vinculada a instituição financeira tampouco altera tal disciplina.’ (STJ, REsp. n. 623691/RS, Rel. Min. Cesar Asfor Rocha, DJ de 28-11-05).

[...] (TJRS, Ap. Cív. n. 70004871893, Rel.^a Des.^a Agathe Elsa Schmidt da Silva, j. em 26-4-05). (Primeira Câmara Comercial, Apelação Cível n. 2001.016792-1, de Blumenau, Relator: Des. Ricardo Fontes, j. em 23-8-2007).

DECLARATÓRIA. Inexistência de débito e sustação de protesto. Cheques transferidos em operação de ‘factoring’. Pleito deduzido pelo emitente. Improcedência. Relação negocial subjacente. Vícios. Provas ausentes. Cobrança e protesto. Direitos a serem exercidos contra a cedente. Tese improsperável. Juros abusivos no contrato de faturização. Cobrança, no entanto, não de juros, mas de deságio. Matéria, ademais, estranha ao devedor. Postulação apelatória despro-

vida. (Segunda Câmara Comercial, Apelação cível n. 2005.030672-5, de Timbó, Relator: Des. Trindade dos Santos, j. em 8-2-2007).

Se a faturizadora não elucidar devidamente ao consumidor a natureza dos encargos incidentes na recompra dos títulos inadimplidos, descumprindo o dever de informação que lhe é imposto pelo art. 6º, III, do CDC, devem tais critérios ser substituídos por juros lineares de 12% ao ano. (Segunda Câmara Comercial, Apelação Cível n. 2005.021311-4, de Criciúma, Relator: Des. Jorge Luiz de Borba, j. em 9-11-2009).

ACÇÃO REVISIONAL. CONTRATO DE FACTORING. CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. APLICAÇÃO. ARTIGO 3º, § 2º, DA LEI N. 8.078/90 PACTA SUNT SÉRVANDA. ABRANDAMENTO. JUROS REMUNERATÓRIOS. LEI DE USURA. INCIDÊNCIA. LIMITAÇÃO. 12% (DOZE POR CENTO) AO ANO. NÃO PROVIMENTO DO RECURSO.

‘II. As empresas de “factoring” não se enquadram no conceito de instituições financeiras, e por isso os juros remuneratórios estão limitados em 12% ao ano, nos termos da Lei de Usura [...] (REsp. n. 1048341/RS, relator Min. Aldir Passarinho Junior, Quarta Turma, j. em 10-2-2009). (Segunda Câmara Comercial, Apelação Cível n. 2004.004117-9, de Chapecó, Relator: Des. Jorge Schaefer Martins, j. em 11-8-2009).

[...] EMPRESA FINANCIADORA QUE ATUOU COMO FATURIZADORA NA OPERAÇÃO NEGOCIAL ANTECEDENTE – RELAÇÃO JURÍDICA REGIDA PELA LEI DE USURA – JUROS REMUNERATÓRIOS – AUSÊNCIA DE PREVISÃO CONTRATUAL – LIMITAÇÃO EM 12% AO ANO [...]

‘II. As empresas de ‘factoring’ não se enquadram no conceito de instituições financeiras, e por isso os juros remuneratórios estão limitados em 12% ao ano, nos termos da Lei de Usura [...] (REsp. n. 1048341/RS, relator Min. Aldir Passarinho Junior, Quarta Turma, j. em 10-2-2009).

A inexistência de previsão contratual acerca dos juros remuneratórios importa na sua limitação, mas não à taxa média de mercado como determinou o nobre sentenciante singular e, sim, ao patamar legal de 12% ao ano; ainda, porque a empresa financiadora não compõe o Sistema Financeiro Nacional e, portanto, não está sujeita à legislação

especial e, sim, à Lei de Usura, cujo art. 1º restringe a incidência dos juros remuneratórios ao dobro da taxa legal que, à época, era de 6% ao ano, conforme art. 1.062 do CC/1916. (Terceira Câmara de Direito Comercial, Apelação Cível n. 2006.036895-5, da Capital, Relator: Des. Cláudio Valdyr Helfenstein, j. em 12-11-2009).

JUROS REMUNERATÓRIOS. Em se tratando de empresa de factoring, que não pertence ao sistema financeiro, as operações por ela praticadas devem limitar-se, no tocante aos juros remuneratórios, ao máximo de 12% (doze por cento) ao ano, ex vi dos arts. 591 e 406 do Código Civil, este último combinado com o art. 161, § 1º, do Código Tributário Nacional. (Quarta Câmara Comercial, Apelação Cível n. 2007.027996-7, de São José, Relator: Des. João Henrique Blasi, j. em 29-7-2009).

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO ORDINÁRIA DE REVISÃO DE CONTRATO DE FOMENTO MERCANTIL – FACTORING. EXISTÊNCIA DE CONTRATO ENTRE AS PARTES, TODAVIA NÃO JUNTADO. TERMOS ADITIVOS PRESENTES. POSSIBILIDADE DE REVISÃO DAS OPERAÇÕES. JUROS REMUNERATÓRIOS LIMITADOS DE ACORDO COM O DECRETO N. 22.626/33. CAPITALIZAÇÃO DE JUROS VEDADA. SÚMULA 121 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. PERMITIDA RESTITUIÇÃO DE VALORES PAGOS INDEVIDAMENTE. REMESSA DOS AUTOS AO MINISTÉRIO PÚBLICO PARA AVERIGUAR POSSÍVEL CONFIGURAÇÃO DE CRIME. DESCABIMENTO. FACULDADE DA PARTE. SUCUMBÊNCIA INVERTIDA. RECURSO PROVIDO EM PARTE.(Quarta Câmara Comercial, Apelação Cível n. 2004.027287-8, de Blumenau, Relator: Des. Lédio Rosa de Andrade, j. em 21-7-2009)

ATIVIDADE DE FOMENTO MERCANTIL. CONTRAPRESTAÇÃO PELO FATURIZADO. TAXA DE REMUNERAÇÃO (DESÁGIO) QUE SE COMPÕE DE CORREÇÃO MONETÁRIA, JUROS REMUNERATÓRIOS, TAXA DE RISCO, CUSTOS OPERACIONAIS E IMPOSTOS. LIMITAÇÃO DA REMUNERAÇÃO DO CAPITAL. NÃO ENQUADRAMENTO COMO INSTITUIÇÃO FINANCEIRA. INAPLICABILIDADE DA LEI N. 4.595/64. [...] ENCARGO QUE SE ESTREMA NO ART. 1º, § 3º, DO DECRETO 22.626/33 E ART. 591 DO CÓ-

DIGO CIVIL. AUSÊNCIA DE INDICAÇÃO DO PATAMARA INCIDIR. FINITUDE QUE ALÇA 0,5% A.M. ATÉ 10-1-03 E, EMPÓS, 1% A.M. MAGISTRADO A QUO QUE DEMARCOU ESSA INCUMBÊNCIA EM 1% A.M. PARA TODA A CONTRATUALIDADE. IMPOSSIBILIDADE DE REFORMATIO IN PEJUS DIANTE DA AUSÊNCIA DE PLEITO DO INTERESSADO. MANUTENÇÃO DO DECISUM GUERREADO. (Quarta Câmara Comercial, Apelação Cível n. 2008.004703-3, de Blumenau, Relator: Des. José Carlos Carstens Köhler, j. em 31-3-2009).

REVISIONAL. Contrato de *factoring*. Relação de consumo. Taxa de deságio. Natureza diversa de juros remuneratórios. Limitação. Inviável.

Nos contratos de *factoring*, a taxa de deságio compreende não só a remuneração da faturizadora, mas também o risco da operação e seus custos, razão pela qual inviável limitação ao patamar da Lei da Usura (Quarta Câmara Comercial, Apelação Cível n. 2006.023145-2, na qual oficiou como Relator, j. em 2-2-2010).

Embora o tema não seja uniforme entre as Câmaras Comerciais, no presente caso, buscou-se atentar para o princípio da equidade, de forma a servir de paradigma para casos semelhantes e, após debates, adotou a solução mais favorável à empresa faturizada.

A reflexão da Câmara, portanto, prestigiou este e diversos outros princípios, tanto do texto constitucional, como da legislação infra, com destaque aos de proteção ao consumidor. Assim, deu-se ênfase à leitura do negócio jurídico em causa, os ditames do art. 170 da Constituição Federal como instrumento de realização da ordem econômica para facilitar a circulação de riquezas. Ato contínuo, entre as diretrizes do Código de Defesa do Consumidor, de inspiração constitucional, ao absorver valores e observar garantias fundamentais, procurou adequar as cláusulas gerais em debate, quebrando o paradigma interpretativo, de modo a, no caso concreto, adotar a solução encontrada pelo julgador monocrático, este situado a uma menor distância das partes, notadamente por vislumbrar

na referida solução uma maior justiça distributiva. Ao par do princípio já referido, foram levadas em conta o princípio da transparência, onde o consumidor vulnerável tem direito à informação. Este dever reclama que o contrato tenha dados fáticos, técnicos e científicos que lhe dêem sustentação e conteúdo, enquanto corolário da boa-fé objetiva. Este último aspecto encartado no princípio da transparência também se erige em princípio que impõe ao exegeta, quando se defronta com contradições ou obscuridades nas cláusulas negociais, a solução mais favorável ao consumidor (art. 6º, III). O princípio da confiança diz com as legítimas expectativas que nascem entre os contratantes, mormente em contrato de fidúcia como o em causa.

Assim, na busca da solução do caso presente, diante do inconformismo, prevaleceram esses fundamentos, para além do quanto escrito no contrato e nos aditivos, extrair-se a verdadeira intenção das partes, prestigiando na divergência desta vontade, a interpretação que favorece a consumidora.

Na doutrina:

Da mesma forma, se é direito do consumidor ser informado (art. 6º, III), esse deve ser cumprido pelo fornecedor e não fraudado (art. 1º, CDC). [...] Repita-se que a obrigação de bem explicar o plano, o contrato, o preço, os extratos ou o uso do objeto é do fornecedor [...] (Comentários ao Código de Defesa do Consumidor. Cláudia Lima Marques, Antônio Hermann Benjamin e Bruno Miragem, RT, São Paulo: 2004. p. 149/150).

Portanto, como a faturizadora não observou o dever de informar, corolário dos princípios acima referidos, não especificando em que consistia a remuneração de seus serviços, e

Destinando-se o mútuo a fins econômicos, presumem-se devidos juros, os quais, sob pena de redução, não poderão exceder a taxa a que se refere o art. 406, permitida a capitalização anual (art. 491, Código Civil).

Na doutrina:

Correspondem os juros aos rendimentos ou frutos do capital emprestado. [...] Empréstimo-se uma importância a alguém. E pelo fato de permanecerem a coisa ou os bens em poder de outra pessoa, cobra-se uma espécie de remuneração. Em se tratando de dinheiro, pelo fato de ficar a importância com terceiro é que incidem os juros, os quais não passam da remuneração pelo uso ou permanência da coisa com o mesmo. Constituem o preço do uso do capital, ou o fruto produzido pelo dinheiro. (Arnaldo Rizzardo, *Direito das Obrigações*. 2a. Ed., Forense. Rio de Janeiro: 2004, p. 511).

A relação em causa é de consumo, pois a faturizada explora a “edição de jornais, periódicos, livros e manuais, revistas, figurinos, almanaques e execução e exploração de serviços de radiodifusão sonora ou de som e imagem, (TV) e TV a cabo com finalidade educativa, informativa e cultural, execução e serviços de recepção de sinais de satélite e serviços especiais de repetição e retransmissão de sinais de televisão” (cláusula segunda, contrato social, fl. 27), atividade diversa daquela desenvolvida pela empresa de fomento, caracterizando destinatário final (art. 2º, Código de Defesa do Consumidor).

Precedente da Corte Uniformização:

Direito do consumidor. Recurso especial. Conceito de consumidor. Critério subjetivo ou finalista. Mitigação. Pessoa jurídica. Excepcionalidade. Vulnerabilidade. Constatação na hipótese dos autos. Prática abusiva. Oferta inadequada. Característica, quantidade e composição do produto. Equiparação (art. 29). Decadência. Inexistência. Relação jurídica sob a premissão de atos sucessivos. Renovação do compromisso. Vício oculto.

- A relação jurídica qualificada por ser ‘de consumo’ não se caracteriza pela presença de pessoa física ou jurídica em seus pólos, mas pela presença de uma parte vulnerável de um lado (consumidor), e de um fornecedor, de outro.

- Mesmo nas relações entre pessoas jurídicas, se da análise da hipótese concreta decorrer inegável vulnerabilidade entre a pessoa jurídica consumidora e a fornecedora, deve-se aplicar o CDC na busca do equilíbrio entre as partes. Ao consagrar o critério finalista para

interpretação do conceito de consumidor, a jurisprudência deste STJ também reconhece a necessidade de, em situações específicas, abrandar o rigor do critério subjetivo do conceito de consumidor, para admitir a aplicabilidade do CDC nas relações entre fornecedores e consumidores-empresários em que fique evidenciada a relação de consumo.

- São equiparáveis a consumidor todas as pessoas, determináveis ou não, expostas às práticas comerciais abusivas.

- Não se conhece de matéria levantada em sede de embargos de declaração fora dos limites da lide (inovação recursal).

Recurso especial não conhecido (STJ, Resp n. 476.428-SC – 3ª Turma, relatora Ministra Nancy Andrigli, j. em 19.04.2005 - DJU 09.05.2005 - Apelação Cível n. 2002.0145624-5).

No caso concreto, o percentual dos juros não veio expressamente pactuado, em afronta à previsão legal:

São direitos básicos do consumidor:

III – a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade e preço, bem como sobre os riscos que apresentem (art. 6º, Código de Defesa do Consumidor).

No fornecimento de produtos ou serviços que envolva outorga de crédito ou concessão de financiamento ao consumidor, o fornecedor deverá, entre outros requisitos, informá-lo prévia e adequadamente sobre:

I – preço do produto ou serviço em moeda corrente nacional;

II – montante de juros de mora e da taxa efetiva anual de juros;

III – acréscimos legalmente previstos;

IV – número e periodicidade das prestações;

V – soma total a pagar, com e sem financiamento (art. 52, mesmo diploma legal).

Neste caso, os juros das operações de fomento mercantil em causa ficam limitados aos parâmetros previstos no Decreto n. 22.626/1933:

É vedado, e será punido nos termos desta lei, estipular, em quaisquer contratos taxas de juros superiores ao dobro da taxa legal (art. 1º, caput).

O contrato de fomento foi firmado em 18 de janeiro de 1996, durante a vigência do Código Civil de 1916. Incide, portanto:

Art. 1.063. Serão também de 6% (seis por cento) ao ano os juros devidos por força de lei, ou quando as partes se convencionarem sem taxa estipulada.

Assim, no período da normalidade, a remuneração devida à faturizadora está limitada ao percentual máximo de 12% ao ano, com base no art. 1º do Decreto n. 22.626/1933 e art. 1.063 do Código Civil de 1916.

Precedente da Corte de Uniformização:

Tratando-se de empresa que opera no ramo de factoring, não integrante do Sistema Financeiro Nacional, a taxa de juros deve obedecer à limitação prevista no art. 1º do Decreto n. 22.626, de 7.4.1933. (Recurso Especial n. 489.658 – RS, Relator Ministro Barros Monteiro, j. em 5-5-2005).

Quanto ao período da inadimplência, o contrato previu a possibilidade de responsabilização da empresa faturizada pela solvência do devedor, conforme cláusula transcrita alhures.

Neste caso, a remuneração ocorrerá na forma prevista em lei:

O cedente, responsável ao cessionário pela solvência do devedor, não responde por mais do que daquele recebeu, com os respectivos juros; mas tem de ressarcir-lhe as despesas da cessão e as que o cessionário houver feito com a cobrança. (art. 297, Código Civil).

O dispositivo legal transcrito elucida: a remuneração a ser exigida no caso de responsabilidade do cessionário pela solvência do devedor ocorre sob a forma de juros.

Assim, deixo de prover o reclamo, e as quantias exigidas em cada uma das operações de compra de títulos estão limitadas ao percentual de

12% ao ano. Após, incidirão juros de mora de 1% ao mês, com base no Decreto n. 22.626/1933 e arts. 1.063 do Código Civil de 1916; 591 e 406 do Código Civil atual.

Em relação à capitalização, tendo a exequente afirmado no apelo que não utilizou a sistemática de cálculo (fl. 380), a solução dada na sentença não lhe causa qualquer prejuízo, razão pela qual deixo de conhecer do reclamo nesta parte.

A insurgência divergiu da solução quanto à declaração de nulidade das notas promissórias em causa, sustentando que foram emitidas como garantia do pagamento dos créditos originados na recompra dos títulos negociados e, por tal motivo, não teriam origem no contrato de fomento mercantil.

O fundamento da sentença:

E servindo-se as cambiais emitidas pelos autores/embargantes para garantia dessas dívidas dessa natureza, reconhece-se a nulidade das mesmas e a impossibilidade de sua execução, conforme reiteradamente tem decidido nosso Sodalício.

[...]

Aliás, a utilização das notas-promissórias como garantia dessas operações de desconto foi expressamente confessada pela demandada/embargada, 'ipsis verbis':

[...]

Sob esse prisma acolhe-se, pois, o pedido de nulidade das cambiais, rejeitando-se o pleito sucessivo de revisão dos juros e rescisão do contrato c.c. perdas e danos, mormente porque não restou provado inadimplemento contratual por parte da requerida/embargada. (fls. 347/349).

Com efeito, no apelo, a inconformada quer fazer crer que a emissão de notas promissórias como garantia da operação de recompra de títulos está desvinculada do contrato de fomento:

Por um curto prazo a Apelante celebrou com a GECAT intensas e sucessivas operações de fomento mercantil, conforme atestam os inúmeros borderôs/aditivos, inúmeros títulos negociados tiveram o pagamento recusado pelas empresas sacadas, por vícios de origem [...] circunstâncias que obrigaram a Apelada a recomprar esses títulos, mas como não tinha recursos disponíveis para seu pagamento imediato, formalizou com a Apelante uma operação de recompra de forma parcelada, e como garantia do pagamento dos créditos originados na recompra é que foram emitidas as notas promissórias exequendas.

[...] as notas promissórias foram emitidas para pagamento de títulos negociados sem origem, o fato de que o contrato de fomento foi celebrado em 18 de janeiro de 1996, quando as partes iniciaram seu relacionamento comercial (doc – fl. 39/45), já as notas promissórias (docs. fls. 09/11 – processo de execução – n. 0237013398-4), foram emitidas no dia 05 de julho de 1996, logo não foram emitidas para garantia do contrato de factoring, celebrado e vigente em torno de (06) seis meses antes da emissão das cambiais (fl. 388).

A versão apresentada no apelo, contudo, por si só, indica a relação de causalidade existente entre o contrato de fomento, a recompra de títulos e a emissão das notas promissórias. O ajuste referido corrobora o raciocínio:

Concluída a operação e sobrevindo a constatação de vício ou má-fé na origem do(s) título(s) e documentos representativos dos Direitos de Créditos negociados, fica a contratante obrigada a recomprá-lo da contratada, acrescido de multa indenizatória igual ao valor de face do título e de juros moratórios. (cláusula quinta, fl. 40).

Neste caso, ainda que o contrato preveja a obrigação de recompra dos títulos, da qual não se esquivava a faturizada, tal é exigível apenas quando caracterizada alguma das causas previstas no ajuste. Este requisito não é contornado, contudo, com a emissão das notas promissórias, as quais carecem, também, de executividade por ausência de exigibilidade, pois atreladas à pactuação originária de fomento mercantil.

Ademais, a avença referida permite à faturizadora, ante a inadimplência da faturizada, utilizar-se dos títulos de crédito negociados e, com

base no endosso, executar a endossante, tendo o pacto como causa da cobrança por meio de execução.

A recorrente não se conformou, ainda, com a sentença que desconsiderou documentos acostados nos embargos que comprovariam a negociação de títulos sem lastro pela empresa apelada, dando causa à obrigação de recompra.

Todavia, eventual comprovação dos requisitos ensejadores de tal prestação pela empresa executada não é suficiente para conferir exigibilidade às notas promissórias que instruíram a principal.

A lei prevê:

É nula a execução:

I – se o título executivo extrajudicial não corresponder a obrigação certa, líquida e exigível. (art. 618, Código de Processo Civil).

Deixo, portanto, de acolher o reclamo neste tema.

Por fim, a inconformada invocou o primado da economia processual, visando preservar a demanda executiva, “extirpando-se os excessos comprovadamente demonstrados” (fl. 391).

Todavia, a providência referida não é possível no caso concreto, pois os diversos títulos de crédito negociados ao longo da relação contratual não foram objeto da execução – esta envolveu, como já dito, notas promissórias dadas em garantia do contrato de fomento – motivo pelo qual, deixo de prover o reclamo neste tema.

2. Apelação Cível n. 2006.046598-1 – Declaratória.

A sentença dispôs:

Posto isto, julgo procedentes em parte os embargos à execução e a ação ordinária propostos, para, reconhecendo a nulidade das cambiais emitidas em favor da ré/embargada, declarar a inexistência dos

débitos por ela representadas e extinta a execucional nela lastreada, tudo nos termos do art. 269, I, do Código de Processo Civil.

Decaindo os autores na parte mínima do seu pedido, arca a requerida com o pagamento das custas processuais e honorários sucumbenciais que arbitro no total de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), ex vi do art. 20, 4, do Código de Processo Civil. (fls. 720/721).

Inconformados, os faturizados divergiram da solução, sustentando devida a restituição dos valores reembolsados à apelada, em razão do não pagamento, pelo devedores, dos títulos negociados com aquela, pois a apelada só “recebia as duplicatas após exaustivo exame a respeito dos requisitos formais dos títulos e da existência do crédito”, tendo assumido “os riscos de liquidação das obrigações negociadas” (fl. 732).

O contrato previu:

A compra ‘pro-soluto’ dos títulos representativos dos Direitos de Créditos negociados, dar-se-á por endosso pleno em preto, respondendo a contratante (endossante) por todas as obrigações inerentes ao endosso com base nos artigos 191 a 220 do Código Comercial e na legislação ordinária aplicável à espécie, exceto no que se refere a liquidação dos títulos de crédito pela Devedora Sacada. (cláusula segunda, fl. 40)

A condição de ‘pro soluto’ da compra dos títulos e documentos representativos do Direito de Crédito pactuada na Cláusula 2.a supra se extinguirá automaticamente, transformando-se em ‘pro-solvendo’, assumindo, em consequência, a contratante integral responsabilidade pelo pagamento dos títulos e documentos representativos do Direito de Crédito negociados, respondendo, portanto, por todas as obrigações jurídicas do endosso, caso sejam opostas exceções quanto à legalidade, legitimidade ou veracidade dos títulos negociados e em especial: [...] (cláusula quarta, parágrafo primeiro, fl. 42).

Concluída a operação e sobrevindo a constatação de vício ou má-fé na origem do(s) título(s) e documentos representativos dos Direitos de Crédito negociados, fica a contratante obrigada a recomprá-lo da contratada, acrescido de uma multa indenizatória igual ao valor de face do título e juros moratórios. (cláusula quinta, fl. 42).

Como se vê, o ajuste estipulou, como regra, a compra *pro-soluto* dos títulos, sendo possível, contudo, nos casos excepcionais elencados nas cláusulas quarta e quinta, sua transmutação em *pro-solvendo*.

Neste caso, o argumento suscitado pelos apelantes não é suficiente para derruir sua obrigação de restituir os valores inseridos nos títulos negociados não pagos pelos devedores principais. É necessária a comprovação de lastro para emissão das cambiais, afastando as causas autorizadoras do reembolso.

Além disso, a faturização se operacionalizou mediante cessão de créditos. A este respeito, o Código Civil atual previu expressamente a possibilidade de o cedente se responsabilizar pela solvência do devedor:

Salvo estipulação em contrário, o cedente não responde pela solvência do credor. (art. 296, Código Civil)

Por tal motivo, deixo de acolher o reclamo nesta parte.

A insurgência sustentou, ainda, danos causados pela não prestação de serviços de faturização, buscando indenização. O prejuízo sofrido compreenderia a sobrecarga financeira decorrente do pagamento de comissões envolvendo a transferência dos créditos e o pagamento de encargos no momento da recompra dos títulos. Destacou “benefício patrimonial que deixou de auferir com a não prestação dos serviços” (fl. 735).

A contratação da apelada ocorreu com a celebração de um pacto genérico, onde foram previstas obrigações mútuas que abrangiam todos os serviços a serem eventualmente prestados. Cada operação era negociada e formalizada individualmente com a assinatura de termos aditivos e, como admitido pela apelante, “tratava-se, na realidade, de mútuo” (fl. 4).

A contratante remeterá à contratada uma relação do(s) título(s) e documento representativo(s) do (s) Direito(s) de Crédito(s) a ser(em) negociados, discriminando-os em documentos intitulados aditivos vinculados, anexo e numerados sequencialmente, como parte integrante deste contrato para todos os efeitos de direito. (cláusula segunda, parágrafo primeiro, fl. 41).

À contratada caberá a seleção, a seu exclusivo e livre critério, e aprovação do(s) título(s) de crédito e documentos representativos dos Direitos de Crédito comprado(s), devolvendo à contratante os que não forem objeto de negociação. (cláusula segunda, parágrafo segundo, fl. 41).

Como se vê, o mero ajuste de fomento mercantil não importava, necessariamente, a prestação de serviços – senão quando estes fossem contratados por aditivos contratuais. A leitura destes termos aponta, contudo, que desde o princípio da relação negocial a faturizada buscou antecipação do crédito, com a negociação das cártulas (fls. 142/143, 187/188, 193/195, 199/200, 201/202, 204/205, 206/208, 214/216, 217/219, 231/233, 241/242, 247/248, 254/256, 268/269). Portanto, a rigor, não é possível caracterizar a quebra de contrato.

Ademais, tampouco restaram comprovados os danos referidos no reclamo, sendo inviável acolher a pretensão ressarcitória.

Por fim, pediu a majoração dos honorários advocatícios arbitrados na sentença em R\$ 5.000,00, destacando tratar-se de duas demandas (ação ordinária e embargos), a importância destas e os valores envolvidos, bem como o longo tempo de tramitação.

Em contrarrazões, a apelada ponderou ser suficiente a quantia arbitrada, pois já superaria o percentual previsto no art. 20, §3º, do Código de Processo Civil.

A ação de execução foi ajuizada em 27-10-1997 e os embargos ofertados em 20-7-1998, envolvendo a quantia de R\$ 391.312,09, a qual, atualizada até a presente data, equivale a R\$ 841.575,88. No despacho que determinou a citação na ação de execução, foram estipulados honorários advocatícios em 10% do valor da causa, para o caso de pronto pagamento (fl. 19). Os embargos foram julgados procedentes, reconhecendo-se a nulidade das notas promissórias que instruíram a principal e, neste caso, o sucesso

parcial obtido pela faturizadora não tem o condão de alterar a obrigação em causa.

Paralelamente, ação de rito ordinário foi proposta em 18-11-1997. O feito cognitivo foi valorado em R\$ 10.000,00, buscando a rescisão do contrato de faturização, indenização por danos, repetição de indébito e declaração de nulidade de título de crédito.

No caso concreto, as causas já tramitam há mais de doze anos e a matéria debatida é de razoável complexidade, ensejando dos administradores dos executados e demandantes da ação ordinária a busca de suporte em profissional especializado no tema, a justificar uma melhor remuneração. Além disso, o procurador atuou diligentemente, deduzindo as matérias necessárias e suficientes para defender os interesses de seus clientes.

A norma processual prevê:

Nas causas de pequeno valor, nas de valor inestimável, naquelas em que não houver condenação ou for vencida a Fazenda Pública, e nas execuções, embargadas ou não, os honorários serão fixados consoante apreciação equitativa do juiz, atendidas as normas das alíneas a, b e c do parágrafo anterior. (art. 20, §4º, Código de Processo Civil)

As causas em tela não abrangem condenação. Nesse caso, o arbitramento da verba honorária se dá mediante apreciação equitativa do magistrado, que não está adstrito aos percentuais mínimo e máximo previstos na lei processual. E mesmo que assim não fosse, o percentual mínimo, aplicado à quantia executada, em muito supera o valor do estipêndio fixado na sentença.

Por tal motivo, majoro os honorários advocatícios para R\$ 40.000,00 (quarenta mil reais), para todas as demandas, atendidos os pressupostos do art. 20, §3º, “a”, “b” “c” e §4º, do CPC, quantia a ser corrigida monetariamente a contar desta data.

Nas contrarrazões, a apelada pediu o apenamento dos apelantes por litigância de má-fé.

A lei dispõe:

Reputa-se litigante de má-fé aquele que:

I - deduzir pretensão ou defesa contra texto expresso de lei ou fato incontroverso;

II - alterar a verdade dos fatos;

III - usar do processo para conseguir objetivo ilegal;

IV - opuser resistência injustificada ao andamento do processo;

V - proceder de modo temerário em qualquer incidente ou ato do processo;

VI - provocar incidentes manifestamente infundados.

VII - interpuser recurso com intuito manifestamente protelatório (art. 17, CPC).

A boa-fé, em regra, se presume. Esta Câmara tem decidido reiteradamente que a exceção deve ser provada cabalmente ou resultar estampada na forma de atuação da parte, o que não é o caso dos autos.

Por todo o exposto, provejo em parte a Apelação Cível n. 2006.046598-1; conheço em parte e nego provimento à Apelação Cível n. 2006.046599-8.

DECISÃO

A Câmara, após debates, por unanimidade, deu parcial provimento à Apelação Cível n. 2006.046598-1; conheceu em parte e negou provimento à Apelação Cível n. 2006.046599-8, nos termos do voto do Relator.

O julgamento, realizado nesta data, foi presidido pelo Exmo. Sr. Des. Lédio Rosa de Andrade, com voto, e dele participou o Exmo. Sr. Des. Altamiro de Oliveira.

Florianópolis, 30 de março de 2010.

José Inácio Schaefer
RELATOR

Apelação Cível n. 2007.017770-4, da Capital

Relator: Des. José Inácio Schaefer

DECLARATÓRIA DE NULIDADE CONTRATUAL. Cerceamento de defesa. Julgamento antecipado. Prova oral desnecessária. Nulidade processual. Ausência. Contrato de compra e venda de ponto comercial. Imóvel locado. Impossibilidade jurídica do objeto. Natureza do negócio de trespasse de estabelecimento comercial. Interpretação conforme intenção das partes e regras de experiência. Rescisão posterior da locação. Iniciativa do locatário. Duração inferior ao prazo que confere direito de renovação. Indenização indevida.

Contrato de compra e venda de ponto comercial sucedido de locação do imóvel entre os mesmos celebrantes é válido, devendo ser compreendido como trespasse do estabelecimento, com base na intenção das partes e em atenção às regras de experiência da prática empresarial.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2007.017770-4, da comarca da Capital (6ª Vara Cível), em que é apelante Marcelo Nass e apelados Agenor José de Melo e outro:

ACORDAM, em Quarta Câmara de Direito Comercial, por unanimidade, negar provimento ao recurso. Custas legais.

RELATÓRIO

Marcelo Nass apelou da sentença que julgou improcedente ação declaratória com pedido de restituição de valores movida em face de Agenor José de Melo e Catarina Adriana de Cunha, arguindo a nulidade da sentença por cerceamento de defesa. No mérito, insistiu na impossibilidade

jurídica da compra e venda do ponto comercial relativo ao imóvel objeto do contrato de locação, pedindo restituição dos valores pagos àquele título ou de alugueis decorrentes da utilização posterior do ponto. Em visto disso, requereu também a inversão do ônus sucumbencial (fls. 93/100).

Recebido o recurso no duplo efeito legal (fl. 104), os apelados ofereceram contrarrazões pedindo a manutenção da sentença (fls. 108/112).

A Segunda Câmara de Direito Cível declinou da competência para julgamento do feito (fls. 119/121).

VOTO

A premilinar arguindo nulidade da sentença aduziu ter a sentença justificado o julgamento antecipado ante a inexistência de provas a produzir, mas, contraditoriamente, assentou que

[...] nenhuma prova foi produzida a respeito do momento da realização do negócio, justamente para perquirir qual o real objetivo das partes com a alienação do ponto, já que é possível a alienação da exploração de ponto comercial por um determinado tempo (fl. 77).

O apelante salientou ter pedido expressamente a coleta do depoimento pessoal dos réus na inicial, pleito esse não analisado na origem (fls. 95/96).

Suficientes para o deslinde da causa os documentos trazidos na inicial e na contestação, a prova oral pretendida é desnecessária. O ordenamento vigente, ademais, autoriza o julgador a conhecer diretamente do pedido (art. 330, I, do CPC). Rejeito, pois, a preliminar.

No mérito, a demanda foi julgada improcedente com o seguinte fundamento:

Quando da realização do negócio entre as partes, os requeridos transferiram o ponto comercial ao autor, o qual passou a explorá-lo no mesmo imóvel em que funcionava a farmácia objeto do contrato.

Assim, o ponto comercial foi alienado com base física, já que, ao mesmo tempo, também entre as partes foi firmado contrato de locação do imóvel, o qual, inicialmente tinha o prazo de doze meses, porém, não sendo entregue na data final da vigência, prorrogou-se por prazo indeterminado, sendo rescindido pela vontade do autor/locatário.

Ora, com a devolução do imóvel, sem ressalvas aos requeridos, e sem a anterior alienação do ponto comercial, pereceu seu direito ao ponto comercial, já que não mais possuía a base física (que justamente caracteriza o ponto).

Desta forma, não vejo nulidade na avença realizada entre as partes, relativamente à alienação do ponto comercial. Apenas, reconheço, o autor não soube proteger sua aquisição, pois poderia ter criado obrigação negativa por parte dos proprietários do imóvel (e da farmácia anteriormente alienada), visando justamente impedir que no referido imóvel fosse, após término da locação, instalada nova farmácia (fls. 76/77).

Inconformado, a autor apelou, sustentando:

Resta claro que o contrato de compra e venda firmado entre as partes é, na parte que toca à alienação do ponto comercial, NULO DE PLENO DIREITO. Ou se aliena o imóvel, acrescentando-se ao seu valor a expressão econômica representada pelo “ponto”, ou ajusta-se a locação pura e simples do bem. O que não é possível é alugar-se o imóvel (contrato de 1 ano) e vender-se o ponto.

[...]

A venda do “ponto comercial”, na forma entabulada, apresenta-se juridicamente impossível – objeto impossível. Tanto que, encerrado o prazo locatício, o bem comprado pelo Apelante voltou ao patrimônio dos Apelados, E nem poderia ser de outra forma, uma que o ponto integra-se ao imóvel. Por isso mesmo, jamais poderia ter sido objeto do contrato de compra e venda firmando entre as partes, da forma como foi (fl. 98).

O apelante alegou, ainda, que o contrato teria violado os princípios da lealdade e boa-fé, pedindo a reforma integral da sentença, para que sejam restituídos os valores despendidos com a “compra” do ponto comer-

cial, acompanhados ou não de aluguéis decorrentes da utilização posterior do ponto, assim como a consequente inversão do ônus sucumbencial (fls. 99/100).

As partes celebraram, em 3 de setembro de 1999, contrato de “compra e venda”, cujo objeto foi “ponto, instalações e estoque” da Farmácia Phellype Ltda., localizada na rua Ivo Reis Montenegro, n. 225, sala 01, bairro Floresta, São José – SC. Pelo ponto e instalações foram pagos R\$ 12.750,00 (doze mil setecentos e cinquenta reais), enquanto que o estoque com “icm retido” foi valorado em R\$ 28.550,00 (vinte e oito mil quinhentos e cinquenta reais - fl. 13). No mês seguinte – em 3 de outubro de 1999 –, os mesmos celebrantes avençaram a locação do imóvel localizado no endereço acima referido, com prazo de doze meses (fls. 18/24).

O ponto comercial consiste no local onde desenvolvida a atividade empresarial, o qual, a depender do ramo de atividade, poderá ou não agregar valor ao estabelecimento comercial (COELHO, Fábio Ulhoa, *Manual de Direito Comercial*, 20. ed., São Paulo: Saraiva, 2008, pp. 60-61). Atrelado ao imóvel onde situado o estabelecimento comercial por sua própria natureza, o ponto comercial não pode ser “vendido” sem a consequente alienação do imóvel onde situado.

Todavia, como se observa, ao chamado “contrato de compra e venda” seguiu-se trato de locação com fins não residenciais do imóvel onde constituído o ponto comercial, permitindo, assim, sua exploração. Além disso, o apelante, através da Farmácia Nass, passou a desempenhar o mesmo ramo de atividade ali antes desenvolvido pelos apelados. Desse contexto, tudo leva a crer que aquele negócio jurídico cuidou, de fato, de um trespasse de estabelecimento comercial. A doutrina ensina:

O estabelecimento empresarial pode ser vendido pelo empresário que o titulariza. O contrato de compra e venda de estabelecimento denomina-se trespasse, e é muitas vezes proposto, no meio empresarial, através das expressões “passa-se o ponto”. O trespasse não se

confunde com a cessão de quotas sociais de sociedade limitada ou a alienação de controle de sociedade anônima. São institutos jurídicos bastante distintos, embora com efeitos econômicos idênticos, na medida em que são meios de transferência da empresa. No *trespasse*, o estabelecimento empresarial deixa de integrar o patrimônio de um empresário (o alienante) e passa para o de outro (o adquirente). O objeto da venda é o complexo de bens corpóreos e incorpóreos, envolvidos com a exploração de uma atividade empresarial. Já na cessão de quotas sociais de sociedade limitada ou na alienação de controle de sociedade anônima, o estabelecimento empresarial não muda de titular. (COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial*. v. I. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 116/117).

A legislação determina que “nas declarações de vontade se atenderá mais à intenção nelas consubstanciadas do que no sentido literal da linguagem” (art. 112 do Código Civil). Dessa forma, embora o apelante se esforce em fazer crer ter sido ludibriado num ineficaz contrato de compra e venda, pelos termos da avença, aliado ao comportamento posterior das partes e às regras da experiência acerca das relações comerciais, é indubitável que ele sabia estar de fato adquirindo o estabelecimento comercial.

Como já destacado, os apelados, através da Farmácia Phellype, exploravam o mesmo ramo de atividade depois levado a cabo pelo apelante mediante a Farmácia Nass. Ou seja, o ponto comercial foi constituído pelos apelados e, assim, a eles é devida a instituição da clientela que traduz a valorização do estabelecimento. Logo, é lícita a cobrança de valor a tal título no contrato pelo qual se deu o *trespasse*. Ademais, não há que se falar em impossibilidade jurídica do objeto, pois inexistente óbice no ordenamento jurídico à alienação do ponto comercial. Portanto, o contrato em causa é válido.

Acerca da possibilidade de restituição do valor pago pelo ponto comercial com base na Lei do Inquilinato, tampouco prospera a irresignação. A lei confere o direito de renovação compulsória do contrato de locação, desde que preenchidos alguns requisitos:

Nas locações de imóveis destinados ao comércio, o locatário terá direito a renovação do contrato, por igual prazo, desde que, cumulativamente:

I - o contrato a renovar tenha sido celebrado por escrito e com prazo determinado;

II - o prazo mínimo do contrato a renovar ou a soma dos prazos ininterruptos dos contratos escritos seja de cinco anos;

III - o locatário esteja explorando seu comércio, no mesmo ramo, pelo prazo mínimo e ininterrupto de três anos (art. 51 da Lei 8.245/91)

Tal direito, entretanto, é de natureza relativa em face do garantia constitucional da propriedade do locador (art. 5º, XXII, da Constituição Federal). Por isso, caso o locatário se encontre em situação que faça jus à renovação, o locatário poderá ainda deixar de realizá-la, pagando a devida indenização, inclusive em relação ao ponto comercial (art. 52, § 3º, da Lei 8.245/91).

Ocorre que, no caso concreto, as condições acima descritas não restaram preenchidas. O contrato celebrado previu que a locação duraria apenas um ano, entre 1º de outubro de 1999 e 1º de outubro de 2000. Renovado automaticamente por prazo indeterminado, o negócio foi rescindido pouco mais de três meses depois, em 23 de janeiro de 2001, por iniciativa do próprio locatário, que se desinteressou do negócio, conforme notificação dirigida à imobiliária intermediária (fl. 57). Destaco que no referido documento não há qualquer ressalva ou reclamação quanto a direitos que não teriam sido observados ou pedido de restituição do valor pago pelo ponto comercial.

Como se vê, a relação perdurou menos de cinco anos (art. 51, II) e o locatário sequer explorou a atividade empresarial por ininterruptos três anos (art. 52, III). Tais prazos foram estipulados justamente “tendo em vista a necessidade de um tempo de estabelecimento em ponto certo

para que agregue valor minimamente apreciável à empresa lá explorada” (COELHO, Fábio Ulhoa, *Manual de Direito Comercial*, 20. ed., São Paulo: Saraiva, 2008, pp. 62). Logo, porquanto não faria jus à renovação compulsória do contrato, tampouco se pode reconhecer direito à indenização ao apelante. Precedente desta Corte:

APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO - RESSARCIMENTO POR DANOS MATERIAIS (DANOS EMERGENTES E LUCROS CESSANTES) E PELA PERDA DO FUNDO DE COMÉRCIO - LOCAÇÃO NÃO RESIDENCIAL - PRAZO DETERMINADO - DESOCUPAÇÃO VOLUNTÁRIA DO IMÓVEL APÓS O TÉRMINO DO PACTO - INEXISTÊNCIA DE PLEITO RENOVATÓRIO - VERBA INDENIZATÓRIA DESCABIDA - EXEGESE DOS ARTS. 51 E 52 DA LEI DE LOCAÇÕES - SENTENÇA MANTIDA - RECURSO DESPROVIDO.

Não proposta a ação renovatória de aluguel, descabe indenização por danos materiais (danos emergentes e lucros cessantes) e pela perda do fundo de comércio (Apelação Cível n. 2004.013586-6. Rel. Des. Mazoni Ferreira, j.: 22-2-2008).

Tampouco os princípios invocados pelo apelante socorrem sua pretensão. A boa-fé contratual consagrada no Código Civil (arts. 113 e 422) é de natureza objetiva, atinente à expectativa que um contratante guarda em relação ao outro de que o negócio observará as regras gerais de probidade. No caso, o contrato está em conformidade com as práticas comerciais, razão pela qual não vislumbro violação de nenhum dever ou abuso de direito por parte dos apelados.

Por todo o exposto, conheço do recurso e nego-lhe provimento.

DECISÃO

A Câmara, após debates, por unanimidade, negou provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

O julgamento, realizado nesta data, foi presidido pelo Exmo. Sr. Des. Lédio Rosa de Andrade, com voto, e dele participou o Exmo. Sr. Des. José Carlos Carstens Köhler.

Florianópolis, 14 de setembro de 2010

José Inácio Schaefer
RELATOR

Apelação Cível n. 2006.049126-1, de Blumenau

Relator: Des. Altamiro de Oliveira

APELAÇÕES CÍVEIS. AÇÃO VISANDO AO RESSARCIMENTO EM DECORRÊNCIA DE ALEGADA QUEBRA CONTRATUAL. CONTRATOS DE DISTRIBUIÇÃO, REPRESENTAÇÃO, LICENÇA E USO DE MARCA. SENTENÇA EXTINTIVA FUNDADA NA CONVENIÊNCIA DE PROCESSAMENTO DA AÇÃO NO JUÍZO ESTRANGEIRO.

RECURSO DA AUTORA. PROTOCOLO DE BUENOS AIRES SOBRE A JURISDIÇÃO INTERNACIONAL EM MATÉRIA CONTRATUAL. DECRETO 22.095/96. CLÁUSULA ELETIVA EXPRESSA DE SUBMISSÃO À JURISDIÇÃO BRASILEIRA DE OBSERVÂNCIA IMPERATIVA. INTELIGÊNCIA, TAMBÉM, DO ART. 88, II DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. JURISDIÇÃO CONCORRENTE. REFORMA DA SENTENÇA E RETOMADA DO CURSO REGULAR DO PROCESSO. IMPOSSIBILIDADE, *IN CASU*, DE JULGAMENTO PELO TRIBUNAL CONFORME REDAÇÃO DO ART. 515, §3º DO CPC. RECURSO DA AUTORA CONHECIDO E PROVIDO.

Art. 1º 1. Nos conflitos que decorram dos contratos internacionais em matéria civil ou comercial serão competentes os tribunais do Estado-Parte em cuja jurisdição os contratantes tenham acordado submeter-se por escrito, sempre que tal ajuste não tenha sido obtido de forma abusiva. (Protocolo de Buenos Aires sobre a Jurisdição Internacional em Matéria Contratual – Decreto 22.095/96)

RECURSO DA RÉ. CONDENAÇÃO HONORÁRIA SUCUMBENCIAL. INSURGÊNCIA PREJUDICADA.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2006.049126-1, da comarca de Blumenau (4ª Vara Cível), em que são apelantes e apelados Minimex S. A. e Cia Hering S. A.:

ACORDAM, em Quarta Câmara de Direito Comercial, por votação unânime, conhecer do recurso da autora, dando-lhe provimento; e não conhecer do recurso da ré. Custas legais.

RELATÓRIO

Minimex S. A. e Hering S. A. interpuseram recursos de Apelação contra sentença proferida pelo Juízo da 4ª Vara Cível da Comarca de Blumenau que, nos autos de Ação Indenizatória de n.º 008.04.003080-3, julgou extinto o feito sem resolução de mérito.

Cuida-se de ação promovida pelo rito ordinário através da qual a empresa Minimex S. A. pretende se ver ressarcida, na qualidade de cessionária, de danos materiais e morais sofridos pela empresa Redmont S. A. – cedente do direito à indenização – em decorrência de alegado descumprimento de termos ajustados com a empresa ré – Hering S. A. – em contrato de distribuição e representação, com caráter de exclusividade, de produtos da ré, bem como de licença e uso de marca.

Em extenso arrazoado, devido à própria complexidade da relação havida entre a empresa Redmont S. A., doravante denominada Cedente, e a empresa ré – Hering S. A, a empresa Minimex S. A., doravante tratada como cessionária ou simplesmente autora, afirma que houve inadimplemento da obrigação contratual.

Relata que a cedente e a ré firmaram contrato de distribuição e utilização, com exclusividade, de produtos da marca “Hering” no território argentino, cuja avença se deu em março de 1993. A partir de então a empresa cedente passou a envidar esforços para consolidação da marca naquele

país, fato que ocorrera com sucesso conforme alardeado pelas envolvidas em revistas especializadas e periódicos de circulação em um e outro país (fls. 656/8). Continua, afirmando que até abril de 1996 as relações entre as duas empresas eram presididas por ânimo de consenso, tanto que almejavam constituir, em conjunção de esforços, uma sociedade argentina com vista a assumir a distribuição dos produtos “Hering” importando em legitimação de uma associação de fato já existente e regularização das relações financeiras do empreendimento. Com esse desiderato, a autora afirma que ao fim do primeiro trimestre de 1996

a demandada HERING sugeriu que, para facilitar a obtenção de crédito bancário, era conveniente subscrever um convênio mediante a qual REDMONT S. A. Reconheceria o “quantum” das somas por ela devidas e o montante dos avais bancários outorgados por HERING. Ao mesmo tempo, exigiu a outorga de garantias reais que cobrissem o risco financeiro desses importantes créditos, como passo prévio à constituição da nova sociedade. A REDMONT concordou, evidenciando sua boa fé e disposição, no entendimento de que a operação entre ambas continuaria até então, tal como lhe asseguraram os representantes da HERING. (fl. 11)

Relata que o acordo denominado “Reconhecimento de Dívida e Garantias” foi firmado em 18 de abril de 1996 através do qual as partes declararam e reconheceram consolidação da dívida da empresa cedente em favor da ré; a outorga de avais bancários da ré em favor da cedente; bem como constituição de garantias. A partir de então, segundo afirma a autora, a ré passou a ter comportamento contraditório, ora sustentando o interesse na constituição da sociedade em conjunção de desideratos, ora erigindo barreiras e criando dificuldades para a regularidade das transações comerciais que efetivavam, como por exemplo, o anúncio – através de missiva denominada pela parte como “Carta de 19 de junho de 1996” – de que as futuras importações deveriam, inexoravelmente, serem efetuadas à vista ou mediante a abertura de cartas de crédito a 120 dias, em flagrante regime de restrição às práticas comerciais realizadas até então. Mesmo as-

sim, aduz que continuaram as tratativas em vista à conjunta constituição da sociedade anônima, resultando no “acordo firmado em São Paulo em 27 de junho de 1996”.

Apesar da insólita atitude assumida pela HERING continuaram as conversações entre as partes, agora orientadas a superar a discrepância, motivadas pelo drástico câmbio de posição da demandada ao ponto e modo de cumprir com o vigente “*modus operandi*”, bem como a prosseguir as tratativas sobre uma nova associação entre as duas companhias ou seus integrantes, através da constituição de uma sociedade anônima.

Finalmente, a associação se concretizou mediante a conclusão do “acordo comercial” firmado em São Paulo em 27 de junho de 1996 e incorporado ulteriormente à escritura de protocolização 453 já citada. Neste acordo foi estipulado:

- a) Que a dívida comercial da REDMONT seria paga mediante transferência de: a) mercadorias no valor de US\$ 2,9 milhões de dólares americanos (US\$ 0,8 ainda não nacionalizados e 2,1 já nacionalizado).
- b) Que a “Hering Argentina S. A.” teria como acionistas a Hering (HA) com 60% e a REDMONT ou sociedade que poderiam constituir Miguel Baghdasarian (MB) e seus sócios com 40%. Se comprometeram a adotar um estatuto e subscrever um acordo de acionistas de que resultaria a necessidade de um acordo entre os grupos para tomada de decisão em questões fundamentais (incluindo aumento de capital e troca de objeto social).
- c) Que a nova sociedade teria o capital social de quatro milhões de dólares, constituído pelo saldo do crédito da HERING TÊXTIL contra REDMONT, excluídos os valores referidos em “a” e por outros ativos líquidos que aportaria a demandada.
- d) Que os saldos da dívida da REDMONT com os avais de HERING aos Banco do Brasil e Interatlântico seriam assumidos pela nova sociedade.
- e) Que o imóvel *da* rua *Cuyo* 1224 (Martínez, Província de Buenos Aires), de propriedade de REDMONT, seria transferido a uma sociedade anônima a ser designada pela HERING, assumindo

esta, como contraprestação pagar U\$S 1,250 milhões aos bancos avalizados.

f) Que até 31 de dezembro de 1996 a nova sociedade pagaria a REDMONT uma comissão de 30% do montante de suas vendas, um terço de cujo importe deveria aplicar-se na amortização de créditos avalizados pela HERING.

g) Que com a finalidade de pagar o saldo remanescente com os bancos avalizados, se faria uma transferência fiduciária a uma sociedade anônima que as partes designariam, dos imóveis que se individualizam no ponto 5 do acordo.

h) Por fim, encomendou-se aos advogados Miguel A. de Dios e Luiz Bouzat a elaboração dos instrumentos jurídicos pertinentes.

Em que pese nítido caráter de composição do acordado comercialmente entre ré e cedente no dito “Acordo Comercial” de 27 de junho na cidade de São Paulo, afirma que a empresa Hering voltou a demonstrar postura hostil, ratificando, através da “Carta de 19 de julho”, posição lançada na missiva de 20 de junho.

Sustenta que os desencontros continuaram com práticas de atos pela ré a solapar as relações comerciais, como a remessa de mercadorias não solicitadas e alteração da política de preços dos produtos com intuito de prejudicar a cedente, como veio a saber depois. Além disso, a empresa Hering ajuizou execução do penhor flutuante clausulado no convênio de 18 de abril, dentre outros fatos, culminando com rescisão unilateral da licença e do contrato de distribuição que dito realizada arbitrariamente porque sob fundamentos fáticos que considera insubsistentes (fl. 21), tudo para um fim escuso cujo desiderato a cedente aduz veio a conhecer em momento ulterior: que a empresa Hering passasse a suprir diretamente o mercado argentino.

A aniquilação imputada à ré, das atividades da empresa cedente – Redmont S. A. – ensejou a concordata preventiva perante o Juízo de Buenos Aires.

Desta forma, delineou que o objeto da presente ação era buscar o ressarcimento dos “prejuízos derivados do descumprimento do acordo de São Paulo de 27 de junho de 1996 e da rescisão unilateral, intempestiva e de má-fé da relação de distribuição que a vinculava com a demandada.” (fl. 51).

Ao final, requereu a condenação da empresa Hering S. A.: a) ao pagamento de indenização correspondente ao valor patrimonial da empresa, a ser apurado em liquidação da sentença; b) ao pagamento de indenização correspondente aos danos emergentes e lucros cessantes a também serem apurados em liquidação; c) ao pagamento de indenização no valor, equivalente em reais, a vinte e quatro milhões de dólares americanos; d) ao pagamento de indenização por danos morais no valor em reais equivalente a dois milhões de dólares americanos; tudo devidamente atualizado e acrescido de juros legais (fl. 74).

Em contraposição, a empresa ré apresentou contestação na qual inicialmente defendeu que a norma de direito material aplicável à espécie é a brasileira, conforme inteligência do art. 9º da Lei de Introdução ao Código Civil (fls. 886/9).

Como teses prejudiciais à análise do mérito da ação sustentou: a) preliminar de ilegitimidade ativa *ad causam* por conta de alegada simulação entre a cedente e a cessionária, ora autora, que levada a efeito para cessão de direitos ao arrepio da lei porquanto sem autorização ou sequer conhecimento do Juízo e do Síndico da concordata (fls. 889/92); b) advento da prescrição da pretensão no tocante à indenização por quebra de contrato de distribuição e representação comercial pelo transcurso de 5 (cinco) anos contados da data da denúncia do instrumento por justa causa em 25 de novembro de 1996 e a data do ajuizamento da lide em 27 de fevereiro de 2004 (fls. 893/5); c) a validade de acordo firmado em juízo quanto à quitação e renúncia de direitos (fls. 895-I/892-II – sic).

No mérito, defendeu que a realidade fática é diversa da apresentada pela parte autora (fls. 893-II/894-II):

A ré Hering, uma empresa mais que centenária no ramo têxtil brasileiro, dona de uma marca reconhecida e prestigiada internacionalmente, e com negócios no mundo inteiro, com presença efetiva nos países da região por várias décadas, veio a se relacionar com um potencial distribuidor, no caso Redmont. Para isso, utilizou regras claras e precisas outorgando o direito de comercializar seus produtos e fazer uso de sua marca reconhecida. Assim, foram celebrados os Contratos de Licença, por um lado, e, pelo outro, de Distribuição e Representação. A ré Hering investiu, mediante crédito comercial e avais bancários a operações de compra de Redmont, aproximadamente US\$ 10,000,000.00 (dez milhões de dólares) os quais nunca recebeu (!).

O crédito foi reconhecido amplamente na oportunidade da habilitação na concordata Argentina através de sua cessionária HeringSAFI.

Por outro lado, a Redmont, surpreendentemente, face às credenciais apresentadas, acabou demonstrando uma disposição a desonrar os compromissos contratuais. Primeiro, descumpriu os contratos de Licença de Marca e de Distribuição do ano de 1994 [...]. Quando foi reestruturada a dívida de quase US\$ 10,000,000.00 (dez milhões de dólares) mediante o Contrato de Reconhecimento da dívida de 18 de abril de 1996, não fez os pagamentos acordados. Quando, mais uma vez recebeu ajuda para evitar a falência, assinou o Acordo de Pagamento dos crédito privilegiados com a HeringSAFI (cessionária dos créditos da Cia Hering), inadimpliu nas obrigações estabelecidas.

A Redmont demonstrou uma recalcitrante e sistemática falta de responsabilidade e ética, finalmente, ocasionou à ré Hering um prejuízo comercial e patrimonial ainda 02 (duas) vezes superior àquela soma milionária citada acima. Os fatos evidentes são que a Redmont não honrou os compromissos assinados, não pagou as dívidas assumidas, sumiu e defraudou seus credores concordatários, e agora se apresenta como vítima alegando as responsabilidades a terceiros, especialmente à ré Hering.

Prossegue a ré afirmando que o ponto fulcral da lide é estabelecer se a denúncia dos contratos de distribuição e licença foi ou não motivada, ou seja, se a cedente inadimpliu os contratos a autorizar que a ré realizasse suas denúncias. Neste toar, sustenta que o contrato originário previa que as vendas seriam realizadas à vista, ficando ao alvedrio da representada efetuar venda a prazo cuja eventual tolerância não importaria em renúncia ao clausulado.

Aduz que iniciada a distribuição, e partindo de uma política comercial que objetivada ampliar as vendas, a ré acabou flexibilizando as condições de venda para a cedente, fazendo especialmente através da outorga de crédito e da facilitação das condições de pagamento mas que não foram prometidos como nova regra contratual. Na sequencia, arrazoa que, a despeito dos benefícios concedidos durante os anos de 1994 e 1995, a outorga de créditos e concessão de avais da ré Hering para a Redmont já alcançava quase US\$ 10 milhões e, verificado o elevado índice de endividamento e o não cumprimento das obrigações de pagamento frente à ré, informou que não mais seria possível continuar com a sistemática de crédito.

Segue contraditando a peça inicial ao afirmar que, ao contrário do alegado, a situação financeira da cedente à época já era absolutamente complicada em virtude da má-administração da empresa e o insucesso empresarial somente poderia ser imputado a si – empresa Redmont.

Na sequencia, a ré aponta que as inúmeras tentativas de solução, mediante realização de novos acordos para consolidação e pagamento do débito existente seriam provas inequívocas das tentativas de manutenção das relações comerciais, evitando a denúncia do contrato e encerramento dos negócios:

Assim, e ao contrário do defendido pela autora, é decisivo dizer que não foi a ré Hering quem mudou de forma abrupta as regras do jogo. As regras do jogo, de amplo conhecimento da Redmont, foram sempre as mesmas, ou seja aquelas previstas nos contratos.

Por outro lado, é preciso que se diga que foi a Redmont que, face a contumaz inadimplência e constante impontualidade, obrigou a ré Hering a cessar a livre outorga de créditos, impondo às compras as condições alternativas, contratualmente ajustadas no instrumento de distribuição.

Por fim, defendeu que houve justa causa para rescisão dos contratos em face de descumprimento de vários deveres contratuais por parte da cedente, bem como inexistiu má-fé da ré quando levado a termo a avença comercial. Dessa forma, redarguiu que o histórico de inadimplência e endividamento da empresa Redmont foi a causa determinante da concordata, a importar no necessário reconhecimento da ausência de ilícito ou abuso a justificar os pedidos indenizatórios veiculados em prefacial.

Ainda, replicou a tese relacionada à pretensão de ressarcimento por danos morais, afirmando que insubsistente porquanto o bem jurídico tutelado tem natureza personalíssima, o que impediria ser objeto de cessão da empresa Redmont para a autora. Na mesma trilha, afirmou que, se admitida a cessão, não seria indenizável conforme precedentes que colaciona já que a possibilidade de rescisão contratual é intrínseca a qualquer negócio, não podendo falar em dano moral como resultado de quebra contratual.

Antes de requerer as providências de praxe – produção de provas, etc – defendeu ausência de identidade entre as empresas citadas pela autora, bem como a inaplicabilidade, no caso, do instituto da desconsideração da personalidade jurídica das referidas.

Em réplica, a autora rebateu as teses preliminares suscitadas, ratificando no mérito as postulações veiculadas em peça vestibular (fls. 1043/1084).

Com regular tramitação do processo, designou-se audiência de conciliação cujo termo encontra assentada em folha 1176. Na oportunidade, inexistosa a composição, as partes requereram produção das provas apontadas já especificadas.

Aportou aos autos petição da ré em que requereu a extinção ou, ao menos, suspensão do processo. Colacionou, na ocasião, Declaração Jurada de Estado de Processo dando conta da existência de Incidente de Resolução de Acordo de Cessão de Direitos a Favor da Minimex instaurado a pedido do Síndico da falência de Redmont S. A., em trâmite perante o Juízo argentino (fls. 1180/90). Impugnada, a parte adversa requereu desentranhamento do documento trazido pela ré ou, ao menos, desconsideração de seu teor (fls. 1195/230).

Conclusos, o magistrado proferiu a sentença ora objurgada cuja qual restou assentada nos seguintes termos (fls. 1232/3):

1 – Trata-se de ação de indenização por descumprimento de contrato.

Alega a autora, em síntese, que é cedente de contrato de representação e outras avenças entre a Empresa Redmont S/A e Companhia Hering S/A; que a Empresa Redmont S/A ficou como distribuidora e comerciante de produtos da Companhia Hering S/A na Argentina; que em decorrência de atitudes ilegais e desmesuradas acabou por inviabilizar o negócio da cessionária no país vizinho prejudicando suas atividades com elevado prejuízo.

Pediu, nestes termos, as perdas e danos, acrescidos de lucros cessantes e dano moral.

É o relatório do essencial.

2 - Decido:

Em que pese a boa argumentação tanto da inicial quando da contestação, a lide deve ser intentada na Argentina por regras de competência e praticidade.

De início, observa-se que o contrato devia ser cumprido no país vizinho, com extensa gama de direitos e obrigações, bastando conferir os ajustes de fls. 132/174.

Na hipótese, incide a regra do art. 100, IV”b” do Código de Processo, que determina que é competente o “foro do lugar onde

a obrigação deve ser satisfeita para a ação em que se lhe exigir o cumprimento”.

Na jurisprudência:

“É competente o foro onde a obrigação deve ser satisfeita, para a ação de reparação de danos causados em razão do inadimplemento” (RT 796/290 e JTJ 158/195)

“A regra da alínea ‘d’, por ser norma especial, prevalece sobre a da alínea ‘a’, de caráter geral.” (RT 677/197)

“Pretensões desconstitutivas ou executórias de cláusulas de contratos, bem como quaisquer outras que versem sobre estes, devem ser ajuizadas no foro do local onde se dará o cumprimento das obrigações pactuadas. Inteligência da regra do art. 100 IV, ‘b’ e ‘d’, do CPC.” (RSTJ 66/417).

Não fosse isto, s.m.j, a boa prática não recomendaria a feita dos atos probatórios nesta comarca e país. Dependendo a solução da lide de perícias, ouvida de testemunhas, análise de documentos, tudo, em grande parte, em língua estrangeira, além de extremamente trabalhoso, demandaria gastos vultosos e a burocracia, terminaria, muito provavelmente, por inviabilizar todo o processado.

Alem disso, a própria cessão é questionada na Argentina, como indicado na resposta e confirmado pela autora, outro entrave sério.

Portanto, creio que a melhor solução, é que a demanda seja mesmo instaurada no país vizinho e lá tenha seu acerto.

Não havendo como remeter os autos, a extinção se impõe.

Por fim, as custas e honorários, ficam a cargo da autora, pelo princípio da causalidade.

3 - Pelo exposto, julgo extinta a presente ação de indenização.

Condene a autora nas custas e honorários, estes, que fixo em R\$ 2000,00.

Contra tal, as partes apresentaram recursos de apelação, cada qual veiculando suas razões. A empresa autora – Minimex S. A. – pretende a reforma sob argumento de que a sentença negou-lhe o direito de ação e jurisdição brasileira, em afronta aos artigo 12 da Lei de Introdução ao

Código Civil, artigos 88, II e 111 do Código de Processo Civil brasileiro e ao Protocolo de Buenos Aires, que regulamentou a jurisdição internacional em matéria contratual no âmbito do Mercosul. Ao final, requereu o reconhecimento da competência do Juízo de Blumenau para processamento do feito e consequente continuidade da tramitação mediante implementação da fase instrutória (fls. 1243/54). Por sua vez, em sua peça de insurgência, a empresa ré – Hering S. A. – defendeu a reforma da sentença tão-somente para majoração dos honorários sucumbenciais fixados (fls. 1266/90).

Com contrarrazões das partes (fls. 1298/305 e 1307/1389), os autos ascenderam a esta e. Corte.

VOTO

Cuida-se de recursos de apelação cível interpostos contra decisão proferida pelo Juízo da 4ª Vara Cível da comarca de Blumenau que, nos autos de Ação Indenizatória n.º 008.04.003080-3, julgou extinto o feito sem resolução de mérito.

Passa-se-a à análise de cada um dos reclamos, principiando pelo da parte autora – Minimex S. A., porquanto eventual acatamento de sua tese poderá importar em prejuízo do recurso da adversa já que o último é direcionado apenas à condenação sucumbencial.

Afirma a autora que o magistrado obrou em erro, uma vez que, ao extinguir o feito, agiu em afronta aos artigos 12 da Lei de Introdução ao Código Civil, arts. 88, I, e 111 do CPC e ao Protocolo de Buenos Aires.

Para a análise de referida tese, mister realizar breve digressão a respeito dos contornos da lide.

O processo cuida de pretensão da autora em se ver ressarcida em decorrência de alegado descumprimento de acordo havido entre a ré e a empresa Redmont S. A. proveniente de negociações advindas de contrato

de distribuição e comercialização de produtos da ré em todo o território argentino.

A autora relata que se tornou titular do direito de indenização que assiste à empresa Redmont S. A. por conta de negócio jurídico de cessão ajustado em processo de arbitragem levado a efeito em Buenos Aires.

Merece guarida, pois, o recurso da parte autora.

O “Protocolo de Buenos Aires sobre a Jurisdição Internacional em Matéria Contratual” – incorporado no ordenamento pátrio através do Decreto n. 22.095/96 – define o âmbito da própria aplicação em seu artigo 1º:

Art. 1º O presente Protocolo será aplicado à jurisdição contenciosa internacional relativa aos contratos internacionais de natureza civil ou comercial celebrados entre particulares – pessoas físicas ou jurídicas:

- a) com domicílio ou sede social em diferentes Estados-Partes do Tratado de Assunção;
- b) quando pelo menos uma das partes do contrato tenha domicílio ou sede social em um Estado-Parte do Tratado de Assunção e, além disso, tenha sido feito um acordo de eleição de foro em favor de um Juiz de um Estado-Parte e exista uma conexão razoável segundo as normas de jurisdição deste Protocolo.

Ademais, não se trata, *in casu*, de qualquer das situações que excluem a aplicação de referido Pacto, conforme inteligência do art. 2º; quais sejam:

1. as relações jurídicas entre os falidos e seus credores e demais procedimentos análogos, especialmente as concordatas;
2. a matéria tratada em acordos no âmbito do direito de família e das sucessões;
3. os contratos de seguridade social;
4. os contratos administrativos;
5. os contratos de trabalho;
6. os contratos de venda ao consumidor;

7. os contratos de transporte;
8. os contratos de seguro;
9. os direitos reais

Portanto, incide sobre a espécie o quanto disposto no art. 4º, 1 do Tratado:

Art. 1º 1. Nos conflitos que decorram dos contratos internacionais em matéria civil ou comercial serão competentes os tribunais do Estado-Parte em cuja jurisdição os contratantes tenham acordado submeter-se por escrito, sempre que tal ajuste não tenha sido obtido de forma abusiva.

E, nesse sentido, há disposição expressa no “Contrato de Distribuição e Representação Comercial” firmado entre a empresa ré – Hering S. A. – e a empresa cedente do alegado direito à indenização por descumprimento do contrato – Redmont S. A. – conforme possível constatar à folha 137:

As partes elegem o Foro da Comarca de Blumenau, Estado de Santa Catarina, República Federativa do Brasil, para nele discutirem eventuais demandas.

Além disso, trata-se de caso de competência concorrente (art. 88, I do CPC), não podendo ser negado à autora o direito de acesso aos Tribunais brasileiros. Sobre o assunto traz-se à colação elucidativo estudo de Maria Helena Diniz:

Qualquer pessoa, no que atina aos seus direitos reconhecidos, poderá invocar ou ser submetida à jurisdição brasileira, pouco importando sua nacionalidade ou domicílio, ou que a demanda tenha causa verificada em outro país ou com este relacionada. Esta norma é aceita pela doutrina e pelas convenções e tratados internacionais, desde que o tribunal seja competente para apreciar a controvérsia.

O estrangeiro, domiciliado ou não em nosso país, poderá comparecer, portanto, como autor ou réu, perante o tribunal brasileiro, onde haja alguma controvérsia de seu interesse, mas a sua capacidade para estar em juízo, ativa ou passivamente, obedecerá a *Lex domicilii*, com a ressalva da *Lex fori* no que for relativo a preceito de ordem pública (LICC, art. 7º). Nenhum tribunal do Estado poderá

recusar-se a aplicar o direito a estrangeiro, por força de princípios de direito internacional, pelo simples fato de ser ele sujeito de direito e de ter capacidade de ser sujeito processual. Como se reconhece a personalidade jurídica do estrangeiro, terá ele garantia do livre acesso aos tribunais para tutelar seus direitos, podendo ser também acionado perante os tribunais de um Estado, quer pelos nacionais deste, quer por estrangeiros de qualquer outra nacionalidade. Daí a importância da determinação da competência do tribunal de um Estado apreciar e julgar as controvérsias entre nacionais e estrangeiros ou entre estrangeiros da mesma ou de diversa nacionalidade.

Fedozzi chega até mesmo a salientar que, na prática internacional e na jurisprudência arbitral, há um ponto incontestável; o de que o reconhecimento da personalidade do estrangeiro implicará a garantia do livre acesso aos tribunais, para a tutela jurisdicional do direito, sendo que a denegação de justiça constituirá uma violação do direito internacional, reclamando intervenção diplomática. (Lei de introdução ao código civil brasileiro interpretada. 13 ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 359)

Agora com Nadia de Araujo:

A competência concorrente ocorre em hipóteses predeterminadas, nas quais, o Estado brasileiro se julga competente, mas admite que a justiça de outro Estado também o seja. A contrário, no caso da competência exclusiva, somente a justiça brasileira pode cuidar da questão, impedindo o reconhecimento de decisão estrangeira.

Nesses casos, a norma nacional não exclui a jurisdição de outros Estados, mas também não abdica de sua competência. A sentença eventualmente obtida no estrangeiro poderá ser homologada perante o STF, desde que presentes os demais requisitos legais. (Direito internacional privado: teoria e prática brasileira. 3 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 222)

Ademais, não se olvida o teor do princípio *forum non conveniens* a que alude o apelado/réu e que implicitamente embasou a decisão objurgada ao entender que a ação deveria se processar sob a Justiça portenha porque conveniente para instrução. No entanto, ainda nas palavras Nadia de Araujo, tal princípio pouco ou nada se amolda ao sistema processual brasileiro:

Nos países da *common law* há o *forum non conveniens*, aquele que seria inconveniente e implicaria a abstenção da justiça para cuidar da questão. Esclarece Barbosa Moreira que isso se aplica a casos em que há vantagens consideráveis em se acionar em outro Estado, pelas facilidades em se obterem as provas, e por ali ser possível efetuar melhor o julgamento. Nesses, declinar-se-ia da competência, ainda naquele Estado. Por esse princípio a atribuição da competência não obriga determinada Justiça a atuar quando solicitada, restando-lhe, sempre, um determinado grau de discricionariedade para recusar a causa. Isso se dá amiúde nos Estados Unidos que, famosos por julgados nos quais a condenação importa em indenizações milionárias decorrentes do sistema de júri civil e do *punitive damage*, vêem sua justiça procurada como local para propositura de ações que não têm pontos de conexão com o *foro*, apesar da ausência de regra que impeça a sua competência. (Ob. cit. p. 221-2)

Da mesma forma não se pode esquecer que a pretensão apresentada não visa ao cumprimento da obrigação contratual relacionada ao pacto de distribuição e representação comercial, mas sim, almeja o ressarcimento decorrente de alegada inadimplência cuja qual eventual sentença favorável à autora haverá de ser executada no Brasil, país sede da empresa ré. Aliás, essa deve ser a interpretação do art. 12 da LICC em face do caso concreto, pois que a norma assim dispõe: “É competente a autoridade judiciária brasileira, quando for o réu domiciliado no Brasil ou aqui tiver de ser cumprida a obrigação”. Ora, além de a ré se encontrar domiciliada no Brasil, a obrigação aludida é justamente a de indenizar, se eventualmente conferido à autora o bem da vida segundo os contornos da lide por ela delineados.

Ainda nas palavras de Maria Helena Diniz:

Cada Estado, ao delimitar sua competência internacional, deverá considerar dois princípios fundamentais: o da efetividade, que estabelece ser o juiz incompetente para proferir decisão que não tenha possibilidade de ser executada (RTJ, 153:59), e o da *submissão*, que estabelece que em certas hipóteses mais ou menos limitadas uma pessoa poderá sujeitar-se, voluntariamente, a uma jurisdição a que não estaria normalmente submetida. (Grifou-se) (Ob. Cit. p. 350).

Por fim, frise-se a impropriedade da aplicação do art. 100, IV, “b” do CPC pelo magistrado *a quo* como subsídio a impedir o conhecimento da causa pela jurisdição brasileira, porquanto referida norma erige-se como regra de fixação de competência interna conforme possível dessumir da própria topografia do *Codex* (Título IV – dos órgãos judiciários e dos auxiliares da justiça; Capítulo III – da competência interna – arts. 91 a 124).

Além disso, a boa técnica jurídica impõe afirmar que não estamos sequer tratando de regras de competência, a despeito da própria redação do art. 88 citado, mas de jurisdição. Tal diferenciação encontra-se exemplarmente posta em precedente deveras elucidativo de relatoria do Des. Jorge Luiz de Borba, cujo o qual se pede vênia para transcrever excerto:

A competência internacional é matéria de ordem pública, que deve ser conhecida de ofício pelo magistrado. Ocorre que, na realidade, não se trata de questão de competência em si, mas da verificação da jurisdição do Estado brasileiro, uma vez que é um ato de soberania nacional.

Sobre a questão, José Ignacio Botelho de Mesquita (*in Revista de Processo*: Da competência internacional e dos princípios que a informam, v. 50, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988, pp. 52-53) esclarece:

Com efeito, as normas que definem a competência internacional não se restringem a uma simples distribuição da atividade jurisdicional entre os diversos órgãos investidos de uma mesma jurisdição, mas, ao contrário, determinam a extensão da jurisdição (a nacional) diante das demais (as de outros Estados soberanos).

Por esta razão, sobre as causas não incluídas na competência internacional do Brasil, o que faltará ao juiz ou tribunal brasileiros não será meramente competência no sentido usual da palavra, mas, sim, jurisdição, no sentido de poder jurisdicional. A decisão que o juiz em tais casos, proferir, será decisão proferida por órgão não investido de jurisdição, como se daria no caso de ter sido proferida por um tabelião ou oficial de cartório; incluir-se-ia na categoria das sentenças inexistentes. Pela mesma razão, será insuscetível de homologação no Brasil a sentença estrangeira pronunciada em matéria que a lei

brasileira reputa de competência exclusiva das autoridades judiciais brasileiras; é o caso em que o Brasil não reconhece o poder dos juízes e tribunais de outros Estados de exercer jurisdição sobre tais causa (grifou-se).

E prossegue:

As normas de competência internacional são, pois, normas de ordem pública.

Por isto mesmo, não se aplica à competência internacional a conhecida classificação da competência interna que a divide em competência absoluta e relativa. Na verdade, “o fato de certa causa ser estranha à jurisdição do Estado não é a rigor caso de incompetência (significa, no fundo, negação de ação), e, talvez, só por analogia se lhe possa aplicar a regra de incompetência *ratione materiae* (Liebman, ob. cit., pp. 24 e 25)”. Se por analogia quiséssemos aplicar esta classificação à competência internacional, teríamos que dizer que a competência internacional é sempre absoluta, ainda quando a lei admita a competência concorrente de outro Estado (grifou-se).

[...]

As normas de competência internacional para o exercício da jurisdição estão estabelecidas nos artigos 4º, incisos I, IV e V, e 5º, § 2º, da Constituição da República, bem como no artigo 12 da Lei de Introdução ao Código Civil, nos artigos 88 a 90 do Código de Processo Civil e em tratados internacionais de que o Brasil é signatário.

Pelas normas supramencionadas, pode-se verificar que a jurisdição do Estado brasileiro é atraída pelo disposto nos artigos 12 da LICC e 88, incisos I e III e parágrafo único, do CPC, uma vez que a empresa ré na Ação Indenizatória está localizada no país, mais especificamente na comarca *a quo*, bem como a causa de pedir é o inadimplemento de contrato firmado no Brasil. (Agravo de Instrumento n. 2006.025528-7, de Itajaí. rel. Des. Jorge Luiz de Borba, j. 13-02-09) (grifos no original).

Em conclusão, portanto, medida de rigor é a reforma da sentença, reconhecimento da jurisdição brasileira e da competência do Juízo *a quo* para conhecimento da causa, impondo-se o retorno dos autos para regular prosseguimento.

Como imperativo lógico do ocaso do decreto extintivo e insubsistência da condenação honorária, perde objeto a insurgência da empresa ré.

Frise-se, por fim, que impossível o imediato julgamento da causa por este Tribunal a teor do disposto no art. 515, §3º do CPC, porque não se trata de questão exclusivamente de direito, bem como que as partes pretendem promover instrução conforme extenso rol de documentos e provas que indicaram em suas peças processuais com vista a comprovar os fatos constitutivos, modificativos ou extintivos dos direitos pleiteados: desde alegação de ilegitimidade *ad causam*, até o próprio mérito da lide.

Portanto, medida que se impõe é conhecer do recuso da autora e dar-lhe provimento para que o processo retome seu curso regular no Juízo *a quo*, restando prejudicado o reclamo da ré.

DECISÃO

Ante o exposto, conhece-se do recurso da autora e dá-se-lhe provimento e não se conhece do recurso da ré em porque prejudicado.

O julgamento, realizado no dia 14 de dezembro, foi presidido pelo Exmo. Sr. Des. Lédio Rosa de Andrade, com voto, e dele participou o Exmo. Sr. Des. José Carlos Carstens Köhler.

Florianópolis, 14 de dezembro de 2010.

Altamiro de Oliveira
RELATOR

Apelação Cível n. 2008.077538-3, de Jaraguá do Sul

Relator: Des.Subst. Altamiro de Oliveira

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INEXIGIBILIDADE DE TÍTULO C/C CANCELAMENTO DE PROTESTO. ACOLHIMENTO APENAS DO PEDIDO CONCERNENTE AO ATO NOTARIAL.

RECURSO DA EMPRESA RÉ. PROTESTO POR INDICAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DA EFETIVA REMESSA E RETENÇÃO DA DUPLICATA. INTELIGÊNCIA DO ART. 21 DA LEI N. 9.492/97. SENTENÇA MANTIDA.

RECURSO DA EMPRESA AUTORA. INEXISTÊNCIA DO DÉBITO RELATIVO AO VALOR TOTAL DAS TRANSAÇÕES COMERCIAIS REALIZADAS ENTRE OS LITIGANTES. COMPRA E VENDA FINANCIADA POR LINHA DE CRÉDITO DO BNDES JUNTO AO BANCO DO BRASIL. MISSIVA DA VENDEDORA/RÉ INFORMANDO À INSTITUIÇÃO FINANCEIRA QUE AS COMPRAS FORAM ADIMPLIDAS PELA COMPRADORA/AUTORA. RECONHECIMENTO DE QUITAÇÃO CONFORME INTELIGÊNCIA DO PARÁGRAFO ÚNICO DO ART. 320 DO CÓDIGO CIVIL.

A quitação, que sempre poderá ser dada por instrumento particular, designará o valor e a espécie da dívida quitada, o nome do devedor, ou quem por este pagou, o tempo e o lugar do pagamento, com a assinatura do credor, ou do seu representante. Ainda que sem os referidos requisitos valerá a quitação, se de seus termos ou das circunstâncias resultar haver sido paga a dívida.

RECURSOS CONHECIDOS, DESPROVIDO O DA RÉ E PROVIDO O DA AUTORA.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2008.077538-3, da comarca de Jaraguá do Sul (2ª Vara Cível), em que é apte/apdo Maqpol Metalúrgica Ltda - EPP, e apdo/apte Menegotti Indústrias Metalúrgicas Ltda:

ACORDAM, em Quarta Câmara de Direito Comercial, por votação unânime, conhecer dos recursos, negar provimento ao da ré e dar provimento ao da autora. Custas legais.

RELATÓRIO

Menegotti Indústria Metalúrgica Ltda ajuizou ação declaratória de inexigibilidade de título cambial em desfavor de Maqpol Metalúrgica Ltda, aduzindo a inexistência de lastro à emissão do título n. 1001/3, no valor de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), pois apesar de ter mantido relações comerciais com ré, cumpriu com todas as obrigações assumidas. Acrescentou que o título não se encontra revestido dos requisitos de validade, visto que não houve qualquer tipo de aceitação da suposta duplicata. Mencionou, ainda, que o documento encaminhado para protesto seria apenas um boleto bancário, não sendo possível seu apontamento.

A ré apresentou contestação (fls. 34/39), asseverando a higidez do valor exigido, uma vez que advindo da venda de equipamentos de automação industrial no valor total R\$ 290.000,00 (duzentos e noventa mil reais). Afirmou que houve apenas o parcial pagamento do referido montante, restando saldo devedor de R\$ 58.000,00 (cinquenta e oito mil reais) que gerou a emissão de três duplicatas: duas no importe de R\$ 24.000,00 (vinte e quatro mil reais) e uma na quantia de R\$ 10.000,00 (dez mil reais). Defendeu, ainda, a validade do apontamento a protesto, o qual fora efetuado com base em uma duplicata regularmente emitida e não em mero boleto bancário.

Em impugnação de folhas 55/58, a autora refutou os argumentos lançados na contestação e juntou documentos visando a comprovar pagamento integral da dívida (fls. 59/62).

Após, sobreveio sentença julgando parcialmente procedente o pedido para cancelar o protesto indicado na folha 23 e rejeitar o pleito concernente à inexigibilidade da quantia (fls. 65/68).

Malcontente, a empresa ré interpôs recurso sustentando a validade do apontamento a protesto, pois constaram todos os dados comprobatórios da emissão da duplicata no ato notarial, tais como o número do título e valor. Afirmou, ainda, que os documentos anexados aos autos demonstraram a existência de contrato de compra e venda mercantil a emprestar origem à cartula. Por fim, disse que plenamente possível a realização do protesto por indicação, dado que autorizada pelo parágrafo único do art. 8º da Lei 9.492/97.

A empresa autora, por seu turno, interpôs apelação, alegando que a decisão de primeiro grau deixou de analisar os documentos encartados na impugnação à apelação (fls. 59/62), os quais demonstrariam a quitação do valor total dívida, porquanto as quantias adimplidas perfizeram o montante de R\$ 290.000,00 (duzentos e noventa mil). Apontou, também, que a documentação teria natureza de quitação, conforme art. 320 do Código Civil, e ainda que não tivesse, inexistiria óbice ao reconhecimento quando por outro modo for possível a verificação do pagamento da dívida, de acordo com o parágrafo único da referido artigo.

Alfm, destacou que o cumprimento do contrato foi realizado parceladamente através do convênio com o Finame e os depósitos, por opção da ré, foram realizados diretamente na conta-corrente do autor tendo em vista que a empresa já teria saldado o débito junto à ré, motivo pelo qual seria aplicável também o art. 219 do Código Civil para considerar verdadeiras as informações constantes nos documentos. Frisou, por outro lado,

que a ré não provou, na forma do art. 333, inc. II, do CPC, qualquer fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor de forma a obstar a declaração da inexigibilidade do débito.

Embora devidamente intimadas, as partes não apresentaram contrarrazões aos recursos.

VOTO

Trata-se recursos de apelações cíveis interpostos concomitantemente contra decisão que julgou parcialmente procedente o pedido deduzido na ação de inexigibilidade de título ajuizada por Menegotti Indústria Metalúrgica Ltda. em desfavor de Maqpol Matalúrgica Ltda.

I – Recurso da empresa ré

A recorrente defendeu a validade do apontamento a protesto sob argumento de que comprovada a regular emissão do título em virtude da demonstração da realização de transação comercial entre os litigantes, acrescentando que seria possível a realização do protesto com base na indicação dos dados da cártula.

Nesse passo, importante destacar que, muito embora seja possível o protesto de duplicata por indicação consoante o parágrafo terceiro do art. 21 da Lei n. 9.492/97, tal hipótese é restrita aos casos em que não há a devolução do título após a devida remessa para o aceite. Veja-se:

Art. 21. O protesto será tirado por falta de pagamento, de aceite ou de devolução.

§ 3º Quando o sacado retiver a letra de câmbio ou a duplicata enviada para aceite e não proceder à devolução dentro do prazo legal, o protesto poderá ser baseado na segunda via da letra de câmbio ou nas indicações da duplicata, que se limitarão a conter os mesmos requisitos lançados pelo sacador ao tempo da emissão da duplicata,

vedada a exigência de qualquer formalidade não prevista na Lei que regula a emissão e circulação das duplicatas (grifou-se).

Contudo, no caso em tela, não se comprovou a efetiva remessa da duplicata de folha 48 à devedora facultando-a aposição do aceite, a negativa de aceite conforme art. 8º da Lei 5.474/1968, ou até mesmo a retenção da cártula. Portanto, ilegal o apontamento por indicação do título a protesto.

Extrai-se do escólio de Ermínio Amarildo Darold:

Para o protesto por indicação, previsto antes aos arts. 7º e 13 da Lei 5.474/68, e agora ao art. 21, §3º, da nova Lei, terá o tabelião obrigatoriamente de exigir que o requerente, a par de descrever todas as características da duplicata ausente, demonstre a sua existência (que foi ela emitida) bem como tê-la remetido ao devedor para aceite (através da exibição do “A.R.” descritivo do conteúdo, ou de outro documento equivalente que assegure ter o sacado recebido o título).

[...] A lei somente autoriza o protesto por indicação de duplicata quando remetida ao sacado para aceite e este não a devolve. Logo, para que possa o requerente do ato moratório valer-se da hipótese excepcionalíssima do protesto por indicação, tem de demonstrar que existe uma duplicata da qual é portador e que dela se encontra privado porque, remetida ao sacado para aceite, não lhe obteve a devolução. Sem a prova de tais requisitos, impossível o protesto por indicação, porque, a uma, equivaleria abolir-se a apresentação do título para o ato de constrangimento; a duas, suprimiria ao tabelião as condições de análise dos requisitos formais, e a três, instalaria presunção de veracidade à simples palavra de alguém em prejuízo de outrem, esbarrando nas garantias constitucionais [...] (Protesto cambial. 3. ed. Curitiba : Juruá, 2009. 56/57).

A par de divergências, a matéria foi examinada por esta Corte:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. Sustação de protesto. Duplicata mercantil. Protesto por indicação. Falta de prova da remessa da cártula para aceite. Cadastro de devedores. Exclusão de nome. Possibilidade.

Prudente exclusão de nome de consumidor de órgão de proteção ao crédito enquanto incerta a regularidade da negativação. (Agravo

de Instrumento n. 2009.018046-0, de Navegantes, rel. Des. José Inácio Schaefer, j. 27-10-2009).

APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DECLARATÓRIA DE NULIDADE DE APONTAMENTO DE TÍTULO A PROTESTO - AUSÊNCIA DE PROVA DO ENVIO AO DEVEDOR PARA ACEITE E POSTERIOR RETENÇÃO DA CÂRTULA A AUTORIZAR O EXCEPCIONAL PROTESTO POR INDICAÇÃO – APON-TAMENTO IRREGULAR CONFIGURADO – EXIGENCIAS DOS ARTS. 13, § 1º, DA LEI N. 5.474/68, E 21, § 3º, DA LEI N. 9.492/97 NÃO ATENDIDAS – SENTENÇA MANTIDA – RECURSO NÃO PROVIDO.

O protesto por indicação constitui medida excepcional, pois dispensa a apresentação do original do título de crédito. Todavia, a efetividade do apontamento condiciona-se à prévia comprovação de que o credor efetivamente procedeu à remessa da duplicata ao sacado e que este não a devolveu no prazo legal, nos termos dos artigos 13, § 1º, da Lei n. 5.474/68, e 21, § 3º, da Lei n. 9.492/97. (Apelação Cível n. 2005.010615-6, de Gaspar, rel. Des. Wilson Augusto do Nascimento, j. 9-6-2008).

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXIS-TÊNCIA DE DÉBITO C/C CANCELAMENTO DE PRO-TESTO.

ATO NOTORIAL LAVRADO COM BASE EM BOLETO BANCÁRIO. DOCUMENTO INÁBIL AO EMBASAMEN-TO DO PROTESTO, SALVO QUANDO ESTE SE DÁ POR INDICAÇÃO, QUE SÓ PODE SER FEITA NO CASO DE RETENÇÃO DO TÍTULO PELO SACADO. INCIDÊNCIA DO ART. 13 E § 1º DA LEI 5.474/68 E ART. 21, § 3º, DA LEI 9.492/97. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DA HIPÓTESE LEGAL. PROTESTO INDEVIDO. PECULIARIDADES DO CASO CONCRETO QUE EVIDENCIAM O PAGAMENTO DA DÍVIDA AO EMITENTE DA DUPLICATA E TAMBÉM À CASA BANCÁRIA, ATUAL PORTADORA E CESSIONÁRIA, POR ENDOSSO TRANSLATIVO, DO TÍTULO. RECONHE-CIMENTO DA INEXISTÊNCIA DO DÉBITO. INVERSÃO DOS ÔNUS SUCUMBENCIAIS.

[...]

RECURSO PROVIDO. (Apelação Cível n. 2007.057829-8, de Blumenau, rel. Des. José Carlos Carstens Köhler, j. 14-4-2009).

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DECLARATÓRIA PRECEDIDA DE MEDIDA CAUTELAR DE SUSTAÇÃO DE PROTESTO. DUPLICATA POR INDICAÇÃO. REMESSA DA CAMBIAL PARA ACEITE OU RETENÇÃO. PROVA. AUSÊNCIA. APONTAMENTO DE BOLETO BANCÁRIO. NULIDADE. INEXISTÊNCIA DE DÉBITO. DESCABIMENTO. OPERAÇÃO MERCANTIL. ENTREGA E RECEBIMENTO DAS MERCADORIAS COMPROVADAS. SENTENÇA MANTIDA SOMENTE QUANTO A ESTE ASPECTO. REFLEXOS NA MEDIDA CAUTELAR. UNICIDADE DE JULGAMENTO EM PRIMEIRO GRAU. SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA ARBITRADA NA AÇÃO PRINCIPAL. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

O protesto por indicação só é possível nos casos especificados nos arts. 13, § 1º, da Lei n. 5.474/68 e 21, § 3º, da Lei n. 9.492/97, desde que devidamente comprovado tenha a duplicata sido remetida ao sacado para aceite e por este indevidamente retida. (Apelação Cível n. 2008.042941-7, de Jaraguá do Sul, rel. Des. Substituto Rodrigo Antônio, 6-11-2008).

Não se desconhece recente posição desta Câmara cujo acórdão lavrado por relatoria do Desembargador José Inácio Schafer restou assim ementado:

DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE DÉBITO. Nulidade da sentença. Falta de despacho saneador. Prejuízo indemonstrado. Julgamento antecipado. Cerceamento de defesa não caracterizado. Irregularidade da caução. Ausência de influência no deslinde da causa. Preliminares rejeitadas. Compra e venda de cabos de aço. Mercadoria defeituosa. Devolução parcial. Obrigação de pagar os produtos não devolvidos. Títulos de crédito emitidos virtualmente. Remessa de boletos bancários à devedora. Aponte a protesto. Possibilidade. Dano moral não caracterizado. Compete à parte que alega defeito comprovar ter reclamado e devolvido as mercadorias à vendedora. No caso em apreço, demonstrada apenas a devolução parcial, subsiste a obrigação de pagar o restante. Ante a informatização das relações negociais, é regular o aponte a

protesto de duplicata virtual, sendo o boleto bancário instrumento enviado ao sacado para possibilitar o pagamento. (Apelação Cível n. 2007.019348-5, de Balneário Camboriú, j. 15.10.10).

Do corpo do acórdão, extrai-se excerto referente ao tema:

Ante a informatização das relações negociais, desenvolvidas cada vez mais na seara virtual, abandonando-se o papel, impossível negar validade aos títulos de crédito emitidos por meio eletrônico. Estes são gerados e enviados à instituição financeira para cobrança, onde apenas o boleto bancário é emitido fisicamente e remetido ao sacado. Assim, ocorrente inadimplemento, as informações são transmitidas ao tabelionato para que promova o aponte a protesto, razão pela qual exigir da parte credora o título físico, negando exigibilidade ao virtual, seria retrocesso que prejudicaria os jurisdicionados. Além disso, compete ao Judiciário acompanhar as evoluções da sociedade, sopessando-as ao realizar os julgamentos. A respeito, leciona a doutrina:

De fato, o meio eletrônico vem substituindo paulatina e decisivamente o meio papel como suporte de informações. O registro da concessão, cobrança e cumprimento do crédito comercial não fica, por evidente, à margem desse processo, ao qual se refere a doutrina pela noção de *desmaterialização do título de crédito*. Quer dizer, os empresários, ao venderem seus produtos ou serviços a prazo, cada vez mais não têm se valido do documento escrito para registro da operação. Procedem, na verdade, à apropriação das informações acerca do crédito concedido, exclusivamente em meio eletrônico, e apenas por esse meio as mesmas informações são transmitidas ao banco para fins de desconto, caução de empréstimos ou controle e cobrança no cumprimento da obrigação pelo devedor (COELHO, Fábio Ulhôa. Curso de Direito Comercial: direito de empresa. 12^a ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 389).

Neste sentido, o aponte a protesto com base em duplicatas virtuais, onde somente os boletos bancários foram remetidos à devedora, não caracteriza irregularidade, razão pela qual indevida a indenização por danos morais arbitrada na sentença, devendo ser também revogada a liminar de sustação de protesto concedida na cautelar em apenso.

No entanto, pede-se vênia para, mantendo o entendimento até então adotado pelo Órgão colegiado, lançar outros tantos argumentos a ratificar,

ao juízo deste julgador, a necessidade de retomada da postura em face da irregularidade de protesto de título levado a efeito com base em “duplicata virtual”, ou mesmo por indicação, sem provas de que a cártula tenha sido encaminhada ao devedor para aceite.

Primeiramente há que se apontar que este magistrado não é, em absoluto, contrário às inovações tecnológicas em qualquer campo do conhecimento, tampouco cerra os olhos para os avanços e efeitos trazidos pela tecnologia da informação nas relações comerciais. Porém, não podemos considerar que tais avanços tem a capacidade de derrogar leis, tornando prescindíveis formalidades essenciais à constituição do título de crédito em comento.

Além do mais, permitir que se extraia uma “duplicata puramente virtual” enseja verdadeira afronta à característica tão cara aos títulos de crédito: a cartularidade. Ainda que Fabio Ulhoa defenda que as transações comerciais não podem ficar à margem da evolução tecnológica, apontando tendência de *desmaterialização do título de crédito*, em meu juízo não se pode, frise-se, ainda, pactuar com referida idéia.

Vejam suas argumentações:

De fato, o meio eletrônico vem substituindo paulatina e decisivamente o meio papel como suporte de informações. O registro da concessão, cobrança e cumprimento do crédito comercial não fica, por evidente, à margem desse processo, ao qual se refere a doutrina pela noção de *desmaterialização do título de crédito*. Quer dizer, os empresários, ao venderem seus produtos ou serviços a prazo, cada vez mais não têm se valido do documento escrito para registro da operação. Procedem, na verdade, à apropriação das informações acerca do crédito concedido, exclusivamente em meio eletrônico, e apenas por esse meio as mesmas informações são transmitidas ao banco para fins de desconto, caução de empréstimos ou controle e cobrança no cumprimento da obrigação pelo devedor (COELHO, Fábio Ulhoa. Curso de Direito Comercial: direito de empresa. 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 389). (grifou-se)

Não devemos confundir as facilidades implementadas através dos sistemas criados pelos bancos para a transferência de informações sobre os títulos de crédito objeto de contrato de Desconto ou mesmo apenas Cobrança com a efetiva criação e existência do título de crédito somente na seara virtual. Serviram e ainda se servem as instituições financeiras destes Sistemas de Automação principalmente como instrumento para reduzir suas despesas pois permitiram enxugar quadro de funcionários ao transferir os encargos que a antiga digitação dos dados dos títulos lhes impunha, de modo a repassar aos seus clientes (credores dos títulos de crédito) referidos custos e, inclusive, o ônus por eventual inconsistência na transposição dos dados.

Também não se pode confundir a apropriação eletrônica dos dados de determinada duplicata para fins de transferência de dados e circulação de riquezas, com a criação do título de crédito apenas na seara virtual.

Em um mundo em que todos fossemos imbuídos de plena boa-fé, facilmente reconheceríamos a executoriedade da duplicata virtual; não só dela, mas de qualquer registro de dado que informasse o valor da transação comercial realizada, ou seja, nesta idealização utópica bastaria a realização da compra e venda mercantil com simples informação do valor devido pelo credor, e o devedor saldaria o débito, no prazo acordado, sem necessidade de maiores rigores, sequer legislação a tratar sobre aspectos, por exemplo, do pagamento e quitação. Nesse onírico mundo, não haveria necessidade sequer de legislação que conferisse executoriedade a determinados documentos, os quais deveriam preencher requisitos legais e, uma vez presentes os elementos para sua formação e regularidade, seriam dotados de oponibilidade em face do devedor, como os são os títulos de crédito. É, pois, neste mundo que vivemos, que infelizmente não podemos descuidar da correta formação do título, com seus requisitos legais,

Importante não olvidar que a Duplicata, ao contrário dos demais títulos de crédito (Cheque, Nota Promissória, Letra de Câmbio, Ações e Debêntures, CDBs, RDBs, conhecimento de transporte, de depósito e *warrant*), é emitida exclusivamente pelo credor, facilitando sobremaneira a atuação escusa e fraudulenta na criação de títulos sem causa. Como indicativo, basta simples constatação em nossos gabinetes quanto à flagrante desproporcionalidade entre número de ações judiciais visando à declaração de inexistência de débito de duplicatas se comparado com os demais títulos de crédito. Por ser cártula emitida pelo credor, assume especial relevância a necessidade do aceite no título, ou, ao menos, que seja remetida ao devedor facultando-o a oposição ou recusa (art. 8º da Lei 5.474/1968).

Pergunta-se, ainda que apenas retoricamente, porque não existe cheque virtual? Há transações financeiras virtuais, mas que não podem ser denominadas cheques, tampouco são dotadas de executoriedade oponível ao credor mediante execução judicial – outrora denominada “execução forçada” em nossa legislação processual.

Na relação contratual entre instituição financeira e o credor do título as partes podem, indubitavelmente, definir que as informações sejam repassadas por meio eletrônico, desde que isso não ofenda direito de terceiro – no caso, sacado na Duplicata. O devedor do título de crédito tem direito de saber a quem pagar, a teor dos artigos 308 e 901 do CC. Pedindo vênias para contrariar o entendimento, e parafraseando os dizeres do citado autor, permitir que os empresários, ao venderem seus produtos, procedam à apropriação das informações acerca do crédito concedido, exclusivamente por meio eletrônico, e reconhecer nisso a criação de uma duplicata virtual é dar margem a que a instituição financeira, o sacador, ou qualquer outro agente participante da relação de crédito, replique referidos dados realizando múltiplos endossos de um mesmo título em total afronta à segurança que a cartularidade confere.

Nada impede que o credor continue a realizar a cobrança do valor da transação comercial através de instituição bancária. Poderá, neste caso, valer-se da comumente denominada “cobrança simples”, caso em que o banco realiza cobrança através de boleto bancário – para o que independente de lastro em título de crédito –, emitindo ao devedor uma guia para pagamento do valor apontado pelo credor como devido, v. g. cobranças utilizadas para despesas condominiais, ou mesmo mensalidades escolares.

Poderá também realizar contratos de crédito lastreados nos títulos (v. G. Contratos de Descontos de Duplicatas), casos em que possível, inclusive, convencionar que os títulos mantenham-se na guarda do sacador, remetendo apenas as respectivas informações ao banco para que efetue a cobrança mediante remessa de boleto bancário ao sacado. Novamente não estamos a tratar de virtualização de título, pois apenas as informações correspondentes foram repassadas entre os envolvidos e não o título de crédito, cártula fisicamente considerada, que poderá ficar sob depósito da instituição financeira ou do sacador, conforme melhor lhes aprouver, mediante convenção.

Por fim, não se pode também confundir a irregularidade na formação do título de crédito, no procedimento para colheita da aceite ou até mesmo quanto ao protesto, com a efetiva inexistência de débito. Por vezes, dessume-se de precedentes a preocupação dos magistrados em não compactuar com locupletamento ilícito do sacado, esquecendo que o reconhecimento da irregularidade da duplicata ou de seu protesto não elide o crédito que nela se estaria representado se hígida a cártula. Reconhecer a falta de executividade, como ora se impõe, apenas enseja ao credor não diligente – que descumpriu os preceitos legais regentes do título –, que busque de ação de conhecimento para alcançar a satisfação de seu crédito, arcando com os efeitos do transcurso do tempo.

Refleta-se que, em uma visão sistemática das relações comerciais e, por conseguinte, de seus reflexos na esfera judiciária, a obliteração dos requisitos e características essenciais dos títulos de crédito – e por isso eleitos como legais pelo Estado – importa em aumento da litigiosidade, decréscimo da segurança jurídica nas relações, e consequente encarecimento das próprias transações.

Aliás, no entendimento deste magistrado, louvável e digna de elogios a postura da Corregedoria-Geral de Justiça de nosso e. Tribunal – que vislumbrando este mesmo panorama – repassou correlata instrução aos Juizes de Direito e Diretores dos Foros, bem como aos Distribuidores Judiciais e Serventias Extrajudiciais de nosso Estado, conforme possível deprender do teor o Ofício-Circular n. 13/2010, através da qual encaminhou fotocópia do parecer e da decisão exarados nos autos CGJ-E 0783/2008:

Processos CGJ 0783/2008

Requerente: Arlete Miguel Souza

Senhor Desembargador Vice-Corregedor-Geral,

Tratam os autos de suscitação de dúvida protocolada por Arlete Miguel Souza, distribuidora judicial da comarca de Lages, objetivando esclarecimentos no tocante a distribuição de títulos para apontamento a protesto, tendo em vista que os 1º, 3º e 4º Tabelionatos da mencionada cidade devolveram diversas duplicatas mercantis para a distribuição do foro por conterem irregularidades formais, mais especificamente por não estarem acompanhados dos vínculos contratuais que as autorizaram (requisitos formais exigidos para o protesto), enquanto o 2º Tabelionato processou seus títulos normalmente, sendo que todos possuíam as mesmas características.

Ressaltou que, antes da implantação do Sistema de Gerenciamento de Títulos a Protesto, tais títulos, com as mesmas características, já foram distribuídos e apontados por todos os cartórios.

Destarte, pleiteou o estabelecimento de parâmetro para a distribuição de títulos para protesto, a fim de que não se prejudique o direito dos apresentantes.

Manifestando-se a Diretoria de Informática acerca dos questionamentos lançados pela Distribuidora Judicial, aduziu que o caso implica em regulamentação dos critérios utilizados pelos cartórios em admitir ou devolver um título encaminhado pelo distribuidor, não tendo, assim, qualquer implicação no Sistema de Distribuição de Títulos a Protesto (STP).

Por fim, informou que o Sistema (STP) foi projetado para atuar no âmbito do distribuidor, não possuindo nenhuma interação direta com os ofícios de protesto, sendo impossível o controle dos procedimentos adotados por eles.

É o sucinto relatório.

Questionou a Distribuidora Judicial da comarca de Lages a respeito do procedimento adotado pelos Ofícios de Protesto da cidade, em específico o apontamento a protesto de determinados títulos que, contendo características idênticas, pelo 2º Ofício de Protesto é processado normalmente, enquanto que pelos três demais são devolvidos por não conterem todos os requisitos formais exigidos.

Preliminarmente, se deve esclarecer a espécie de título de crédito indicada a protesto para que, posteriormente, possamos analisar a legalidade ou não do ato notarial efetivado pelo 2º Ofício de Protesto da comarca de Lages.

Da documentação acostada aos autos, nota-se que foram distribuídos para apontamento a protesto diversos boletos bancários (fls. 09, 14, 19, 24, 28, 32, 36, 41, 45 e 49), apesar da distribuidora judicial, equivocadamente, tê-los cadastrado no Sistema de Distribuição de Títulos a Protesto (STP) como sendo Duplicatas Mercantis, referindo-se cada boleto ao número de uma duplicata mercantil.

Assim, dúvidas não restam de que os pretendidos apontamentos a protestos referiam-se a boletos bancários, os quais supostamente tiveram origem baseadas em duplicatas mercantis.

Contudo, de regra, não se admite o protesto de boleto bancário por esses não serem reconhecidos como títulos de crédito.

No entendimento do nobre magistrado catarinense Ermínio Amarildo Darold, os boletos bancários “[...] são papéis legalmente atípicos, por não trazerem em seu bojo os mais elementares requisitos

estabelecidos no ordenamento jurídico aos títulos de crédito” (Protesto cambial: duplicatas x boletos. Curitiba: Juruá, 1998, p. 37).

Na seqüência, registra o brilhante autor que “O boleto não constitui título de crédito pelo simples motivo de assim não ter sido reconhecido, bem como por não preencher os pressupostos necessários à criação de presunção de veracidade que norteia este último.”

Mais adiante, especificamente sobre o protesto, referido autor adita:

E por que a cobrança através de boletos e o encaminhamento dos mesmos a protesto constituem-se em práticas ilegais?

Por razão muito simples e gritante a um só tempo: o boleto não é título de crédito e, mais, de regra, criminosamente (fazendo falsa afirmação) procede referência em seu conteúdo a uma duplicata que não existe e jamais existiu!

Por que o boleto não é título de crédito? - A uma porque a lei assim não o reconhece. A duas porque não guarda em si qualquer dos requisitos básicos e elementares desta, não contendo, em especial, assinatura do emitente, com vista a garantir a responsabilidade civil e criminal por eventual emissão simulada. E se um dia vier a preencher tais requisitos, se transfigurará, então, na própria duplicata (pp. 37/39).

E, conforme entendimento defendido por esta Corte de Justiça:

SUSTAÇÃO DE PROTESTO. BOLETO BANCÁRIO. ILEGALIDADE DA CONSUMAÇÃO DO ATO NOTARIAL. OFENSA AOS ARTS 1º E 20, § 3º, DA LEI N. 9.492/97.

O boleto bancário não caracteriza um título de crédito nem constitui um documento representativo de dívida, razão pela qual não pode ser objeto de protesto - cf. art. 1º da Lei n. 9.492/97.

A aceitação do boleto bancário como meio conducente ao protesto de duplicata mercantil por indicações do credor, sujeita-se à prova do preenchimento dos requisitos estabelecidos no § 3º do art. 21 da Lei n. 9.492/97, quais sejam: que o título foi enviado ao sacado para aceite e que este não procedeu à sua devolução no prazo legal.

RECURSO PROVIDO (AI n. 99.016863-8, de Brusque, rel. Des. Silveira Lenzi).

RECURSO DE APELAÇÃO CÍVEL - DECLARATÓRIA DE NULIDADE DE DOCUMENTO (BOLETO BANCÁRIO) ENVIADO PARA PROTESTO - JULGAMENTO EXTRA PETITA - INOCORRÊNCIA - PROTESTO POR INDICAÇÃO - POSSIBILIDADE LEGAL RESTRITA - RECURSO ADMITIDO E DESPROVIDO.

[...]

Não havendo prova da retenção do título, torna-se impossível encaminhar para protesto “boleto” bancário.” (Ap. Cív. n. 00.015869-0, de Itajaí, rel. Des. Cercato Padilha).

Em outro julgamento, tornou a enfatizar este Pretório:

A prática vivenciada nas transações comerciais, com a crescente informalidade das negociações, não possui o condão de equiparar o boleto bancário à duplicata, sob pena de se estar criando exceção indevida ao princípio da cartularidade (Ap. Cív. n. 2001.000216-2, de Brusque, rel. Des. Pedro Manoel Abreu).

De igual forma, assinalou o Des. Trindade dos Santos:

AÇÃO DECLARATÓRIA - Apontamento de título a protesto - Nulidade - Boleto bancário - Não preenchimento dos requisitos legais - Pleito rejeitado - Decisum insubsistente - Apelo provido.

O protesto por indicação, autorizado pela Lei n. 9.492/97 (art. 21, par. 3o), feito por intermédio de boleto bancário, não se legitima quando, a par de não comprovada a retenção indevida da duplicata pela sacada, o documento apresentado a Cartório não identifica a contento as características do título (Ap. Cív. n. 2000.023743-4, de Brusque).

AGRAVO DE INSTRUMENTO - Medida cautelar inominada - Sustação de protesto - Boletos bancários - Liminar indeferida - Decisão insubsistente - Provimento do reclamo recursal.

Os boletos bancários, não preenchendo os pressupostos formais inerentes aos títulos de crédito que justificam-lhes as emissões, não se equiparando, portanto, às duplicatas mercantis neles retratadas, não autorizam, por si sós, os protestos.

Mesmo que se torne possível a aceitação dos boletos bancários como documentos hábeis a validar os protestos, por indicação

da credora, dos títulos de crédito a que correspondem eles, essa aceitação, ainda assim, condiciona-se à prova do atendimento dos requisitos apontados no § 3º do art. 21 da Lei n. 9.492/97: a remessa das cédulas ao sacado para aceite e a falta de devolução das mesmas no prazo de lei (AI n. 2002.007421-2, de Jaraguá do Sul).

Em decisões mais recentes, voltou-se a decidir:

APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DECLARATÓRIA INEXIGIBILIDADE DE DÉBITO E AÇÃO CAUTELAR DE SUSTAÇÃO DE PROTESTO - PROTESTO DE DUPLICATA POR INDICAÇÃO - AUSÊNCIA DE PROVA DA OBSERVÂNCIA DAS CONDIÇÕES LEGAIS - PROTESTO DE MERO BOLETO BANCÁRIO - IMPOSSIBILIDADE - PEDIDO DE SUSTAÇÃO DEFERIDO EM PRIMEIRO GRAU - DECISÃO MANTIDA - RECURSO IMPROVIDO.

- O mero boleto bancário não configura documento hábil para embasar o protesto, porque não preenche as formalidades legais inerentes aos títulos de crédito.

- “Boletos bancários, ainda que contenham todas as informações essenciais acerca dos documentos a que se referem eles, não se caracterizam como títulos de crédito, não se mostrando hábeis, portanto, para autorizar a lavratura de protesto. Ainda que preveja a lei a possibilidade do protesto por indicação, mesmo assim a tal só se prestará o boleto bancário caso provas existam de efetiva remessa do título ao sacado, bem como da sua indevida retenção por este.” (Ap. Cív. n. 2001.005084-6, de Brusque, rel. Des. Trindade dos Santos).

- “Ausente a comprovação do preenchimento dos requisitos estabelecidos no art. 21, § 3º, da Lei n. 9.492/97 - prova de envio do título ao sacado para aceite e a sua não-devolução no prazo legal -, não há o que se falar em protesto por indicação” (Apelação Cível n. 2007.021827-5, de Chapecó, rel. Des. Ricardo Fontes, j. em 29-11-2007). (Ap. Cív. n. 2008.059853-0/000000, de Jaraguá do Sul, rel. Des. Sérgio Roberto Baasch Luz, 1ª Câmara de Direito Público, j. em 01/04/2009)

Na mesma trilha de entendimento, enunciou o colendo Superior Tribunal de Justiça:

Falência - Duplicata mercantil - Comprovação - Remessa para aceite - Protesto de boletos bancários - Impossibilidade - Extração de triplicatas fora das hipóteses legais.

I - [...]

II - A retenção da duplicata mercantil remetida para aceite é condição para o protesto por indicação, inadmissível o protesto de boletos bancários (Resp n. 369.808-DF, Terceira Turma, rel. Min. Castro Filho, DJU de 24/06/2002).

O que se nota na prática das relações comerciais é que os bancos, quando emitem os boletos, o fazem sem constatar a existência ou não das respectivas duplicatas, até mesmo porque a confecção daqueles na maioria das vezes se dá com base em informações eletrônicas a eles enviadas pelos clientes. Em grande parte das vezes os boletos bancários são confeccionados e remetidos aos devedores neles discriminados sem que estes tenham adquirido qualquer mercadoria ou contratado algum serviço e, mesmo que o tenham feito, não se sabe se o negócio foi concluído.

A respeito dessa questão, corretamente expôs Wille Duarte Costa (Títulos de crédito. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 227):

Com essa prática abominável, as Instituições nem mesmo se preocupam com a obtenção do endosso do título, pois ajustam contratos à parte e exigem outras garantias para o caso de não pagamento dos “boletos”. Se não foi emitida duplicata alguma, se foi emitido apenas o borderô, se não há prova de ter sido a duplicata encaminhada para aceite, não há como falar em retenção ou falta de devolução. Reter ou devolver o quê?

Na prática, pela facilidade tecnológica (troca de arquivos eletrônicos, remessa de títulos eletrônicos, etc.), bem como pela omissão de algumas partes com relação aos atos notariais, atualmente grandes volumes de boletos bancários são enviados para os cartórios para o pretendido apontamento a protesto, sendo todos eles indicados por simples indicação dos portadores. Entretanto, pergunta-se: que indicação? Se não existe a duplicata regularmente emitida, enviada ao sacado e por ele retida, não há no que se falar em protesto por

indicação. Defronta-se, assim, com os crimes de emissão de duplicata simulada e de falsidade ideológica, previstos nos arts. 172¹ e 229² do Código Penal.

Apesar de a sociedade partir cada vez mais para a adoção de novas tecnologias e desta ser cada dia mais necessária para todos, no meio comercial os aspectos formais dos títulos não podem ser vistos apenas como um plano secundário, tendo em vista que terceiros estarão sujeitos a riscos materiais e até mesmo morais, já que o protesto indevido de um título causa sérios transtornos para uma pessoa, seja ela física ou jurídica.

Ora, pelo contexto revelado nestes autos, admitir-se a lavratura do protesto equivaleria à pactuação, pelo Judiciário, com protestos escancaradamente irregulares.

Assim, no tocante ao protesto de mero boleto bancário, reconhece-se a sua impossibilidade, por se tratar de documento que não preenche os requisitos legais dos títulos de crédito.

Entretanto, caso fosse comprovado pelos apresentantes a emissão, o envio e a retenção da duplicata, válido seria o protesto por indicação, acompanhado do boleto, de onde se extrairiam as informações necessárias ao ato, não o protesto do próprio boleto.

Todavia, não é esta a realidade dos autos, mas sim a pretensão de se protestar boletos bancários acompanhados de notas fiscais de prestação de serviço, contudo, sem qualquer assinatura do suposto contratante que comprove a existência da relação negocial.

Cumprido frisar que, ainda que os títulos distribuídos tratassem de duplicatas mercantis, estas necessitariam de provas que as originaram, seja uma nota fiscal com o canhoto de recebimento assinado ou qualquer outra prova que justifique a emissão do referido título, como assim determina o art. 962 do CNCGJ:

A duplicata de prestação de serviço não aceita somente será apontada com a apresentação de documento que comprove a efetiva prestação do serviço e o vínculo contratual que o autorizou.

Dissertando sobre duplicatas, ensina o mestre Luiz Emygdio F. da Rosa Júnior que:

A duplicata é título de crédito formal, impróprio, causal, à ordem, extraído por vendedor, ou prestador de serviços, que visa a documentar o saque fundado sobre crédito decorrente de compra e venda mercantil ou prestação de serviços, assimilada aos títulos cambiários por lei, e que tem como seu pressuposto a extração de fatura (Título de Crédito, Rio de Janeiro, Ed. Renovar, 2000, pág. 649).

E ainda:

É título causal porque só pode decorrer de compra e venda mercantil ou de prestação de serviços (LD, arts. 2º e 20), tanto que, quando mercantil, dela devem constar como requisitos essenciais o número da fatura e o nome e domicílio do vendedor e do comprador (LD, art. 2º, § 1º, II e IV) e tratando-se de duplicatas de prestação de serviços, o número da fatura e no nome do domicílio do prestador e do beneficiário (LD, art. 2º, § 1º, VII) (op. cit., pág. 649).

Mais adiante, acrescenta o precitado doutrinador que:

A duplicata é título causal e só poderá ser extraída em decorrência de fatura que comprove a compra e venda mercantil ou a prestação de serviços, e, assim, a duplicata tem sua origem na fatura, sem ser, no entanto, sua cópia ou reprodução. A vinculação do título à fatura visa a evitar que a duplicata possa corresponder a mais de uma fatura (LD, art. 2º, § 2º) porque cada fatura decorre de uma compra e venda ou de uma prestação de serviços, e a duplicata não pode ser vinculada a mais de um negócio jurídico (op. cit., pág. 659/660).

A propósito:

A duplicata é, em sua criação, um título causal, isto é, está subordinada à existência de compra e venda ou à prestação de serviços. Somente após o aceite se reveste de liquidez e certeza, representando obrigação cambial abstrata. Antes do aceite, portanto, não há cogitar-se dos efeitos cambiários. Assim sendo, sua emissão deve corresponder sempre a uma venda de mercadoria ou à efetiva prestação de serviços. O aceite é pois imprescindível para que a duplicata se revista de abstração. Uma vez aceita desprende-se da sua origem (Amador Paes de Almeida, Teoria

e Prática dos Títulos de Crédito, São Paulo, Saraiva, 1976, nº 69, p. 89).

Feita essa análise a respeito dos títulos distribuídos para serem apontados a protesto, cumpre-nos analisar o procedimento adotado pela distribuição judicial e principalmente pelos Ofícios de Protestos da comarca de Lages.

Partindo-se do pressuposto que para o apontamento do boleto bancário para protesto, necessária deve ser a comprovação da remessa da duplicata ao devedor para aceite ou a retenção da duplicata pelo sacado, conclui-se que corretamente procederam os 1º, 3º e 4º Tabelionatos de Notas e Ofícios de Protestos da comarca de Lages, uma vez que ao Oficial incumbe analisar os requisitos formais dos títulos apresentados, conforme preceitua o art. 955 do CNCGJ, que diz:

Para efeito de protesto, o oficial deve examinar apenas as formalidades e requisitos legais do título ou documento de dívida, abstendo-se de questões de mérito, como origem da dívida, falsidade, prescrição, caducidade ou outros motivos alheios aos aspectos formais.

E, nos termos do art. 980 do CNCGJ, os referidos Ofícios de Protesto devolveram ao próprio distribuidor judicial os títulos inadvertidamente distribuídos com ausência de requisito formal, mediante recibo e acompanhados das documentações correlatas.

In verbis, o dispositivo supramencionado:

O oficial de protesto, mediante recibo, deverá devolver o documento de dívida ao apresentante ou ao próprio distribuidor, quando for inadvertidamente distribuído com ausência de requisito formal.

Por mais que o apontamento a protesto seja um direito legítimo do credor, o procedimento adotado é para evitar que esse direito se constitua num verdadeiro abuso, possibilitando extorsões, chantagens ou qualquer outra forma violenta e indevida de cobrança contra o cidadão e empresas que muitas vezes nada devem ou, se devem, pleiteiam discutir o crédito, como assim entende Wille Duarte da Costa (Títulos de Crédito, 2ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 229).

Desta forma, o uso indiscriminado do protesto ou o simples apontamento de determinados títulos deve ser cercado de determinadas

cautelas, a fim de que se evite o abuso e até mesmo responsabilizando civil e criminalmente as pessoas envolvidas com o ato notarial.

Contudo, percebe-se que o 2º Ofício de Protesto da comarca de Lages não procede a análise dos títulos com a cautela necessária, ou seja, processa o apontamento de títulos formalmente imperfeitos para protesto, como o caso dos boletos bancários aqui sob análise.

Tudo leva a crer que o Oficial ou seus prepostos não exigem a documentação necessária, facilitando a lavratura de protestos com base em falsa declaração do portador de que remeteu a duplicata para o devedor.

Assim, cometeu o responsável pelo 2º Ofício de Protesto de Lages infração disciplinar, uma vez que não analisou os requisitos formais do título, exigidos por lei, além de tornar o Estado vulnerável a uma possível demanda judicial por causa dos supostos danos materiais e até mesmo morais, já que a responsabilidade, nesse caso, é solidária.

A responsabilidade do Oficial de Protesto ou de seus prepostos na execução da atividade estatal delegada, seguirá a teoria da responsabilidade objetiva, sendo desnecessária a prova da culpa, cabendo apenas demonstrar o dano sofrido e o nexo de causalidade. A esse respeito, orienta o art. 22 da Lei n. 8.935/94 que:

Os notários e oficiais de registro responderão pelos danos que eles e seus prepostos causem a terceiros, na prática de atos próprios da serventia, assegurado aos primeiros direito de regresso no caso de dolo ou culpa dos prepostos.

A obrigação de indenizar em tal hipótese, surge pelo recebimento do boleto bancário para ser apontado a protesto, com a consequente intimação do devedor para pagá-lo, sob a ameaça de que, não havendo a quitação, o protesto do boleto será lavrado, ilegal e fraudulentamente por simples indicações do portador, com o descuido de dele não se exigir a devida comprovação da remessa da duplicata ao sacado para aceite.

O já citado Wille Duarte da Costa, em sua obra *Títulos de Crédito*, adverte que:

Então, o protesto por simples indicações só poderá ocorrer havendo comprovada retenção da duplicata que foi enviada ao comprador para aceite e que não foi devolvida. Por isso, o reme-

tente tem de possuir o comprovante de entrega da duplicata, sem o que não há como falar em retenção. Se esta prova (da remessa) não ocorrer, o protesto é irregular, não podendo produzir os efeitos pretendidos, devendo o Tabelião responder por perdas e danos que ele e seus prepostos causarem a terceiros na prática dos atos da serventia (art. 22 da Lei 8.935, de 18/11/1994) (ob. cit. p. 231).

E, cumpre frisar que, enunciando o art. 979 do CNCGJ que “*É proibida a distribuição de documentos de dívida com ausência de requisito formal exigido para o protesto.*”, igualmente ao distribuidor judicial incumbe a análise dos requisitos formais dos títulos apresentados para protesto.

Destarte, opino pela expedição de ofício-circular a todas as serventias extrajudiciais do Estado, aos Diretores de Foro, bem como aos Distribuidores Judiciais (apenas das cidades que possuem o serviço de distribuição de títulos para protesto) para que tomem conhecimento da presente decisão, bem como *opino* pela instauração de processo administrativo disciplinar contra o oficial do 2º Tabelionato de Notas e Ofício de Protesto pela negligência na execução das atividades notariais.

É o parecer que, *sub censura*, submeto à elevada apreciação de Vossa Excelência.

Florianópolis, 02 de setembro de 2009.

Volnei Celso Tomazini

Juiz Corregedor

Referida atuação da Corregedoria, além de caráter preventivo, acaba por ter nítido viés pedagógico à medida em que esclarece aos interessados sobre a necessidade de atenção aos requisitos legais imprescindíveis para o enfrentamento do tema, ao ver deste julgador.

Realizada as referidas considerações, observa-se que não merece acolhimento o reclamo no que se refere à nulidade do título, isso porque, como acima evidenciado, a duplicata não foi regularmente emitida, pois indemonstrado o envio à autora para a oposição do aceite. Nesse sentido,

sabe-se que a remessa da duplicata para o aceite é condição para a perfectibilização do título de crédito, e conseqüentemente para formação do título executivo, tendo em vista que a cártula “Somente após o aceite se reveste de liquidez e certeza, representado obrigação cambial abstrata” (Amador Paes de Almeida. Teoria e prática dos títulos de crédito. 26. ed. São Paulo : Saraiva, 2007. pág. 191).

Dispõe o art. 6º da 5474/68:

Art . 6º A remessa de duplicata poderá ser feita diretamente pelo vendedor ou por seus representantes, por intermédio de instituições financeiras, procuradores ou, correspondentes que se incumbam de apresentá-la ao comprador na praça ou no lugar de seu estabelecimento, podendo os intermediários devolvê-la, depois de assinada, ou conservá-la em seu poder até o momento do resgate, segundo as instruções de quem lhes cometeu o encargo.

Logo, percebe-se que sem a apresentação da duplicata para o aceite não restou cumprido um dos requisitos formadores do título, pois não conferido ao sacado oportunidade para o aceite.

Assim, “Uma vez emitida, cumpre que seja encaminhada ao aceite do comprador, com o que transforma-se em uma obrigação líquida e certa, apta ao ajuizamento da ação executiva”. (Arnaldo Rizzardo. Títulos de crédito : Lei nº 10.406 de janeiro de 2002. Rio de Janeiro : Forense, 2006. Pág. 229).

Sobre o tema, traz-se à colação ensinança de Waldo Fazzia Júnior:

Como título de crédito, a duplicata deve ser levada a aceite do comprador para tornar-se a obrigação líquida e certa, suscetível de fundamentar ação executiva. Se a duplicata caracteriza-se por ser um título de apresentação, e a dívida que representa é *querable*, e não *portable*, incumbe ao credor diligenciar em sua apresentação ou avisar o obrigado da data do vencimento e do local onde ele deve resgatar o título. (Manual de direito comercial. 7. ed. São Paulo : Atlas, 2006. p. 473).

Willie Duarte da Costa, por seu turno, assevera:

A lei atual tornou facultativa a emissão da duplicata que, no regime da Lei 187, era obrigatória. Esta obrigatoriedade decorria do §1º do projeto primitivo da Câmara dos Deputados (n. 1.138-B, de 1968). O substitutivo do Senado, que se converteu na Lei 5.474/1968, retirou a obrigatoriedade. Apesar disso existe uma aparente obrigatoriedade no §1º do art. 5º, que determina: “Por sua vez, o consignante expedirá fatura e duplicata correspondente à venda...”.

Segundo JOÃO EUNÁPIO BORGES, “este expedirá, em vez de poderá expedir, constitui simples inadvertência do legislador...”.

De fato, sem maiores rebuscos, temos de entender que a expedição da duplicata, nos termos da legislação vigente, é facultativa. Evidentemente, não expedida a duplicata, o vendedor não tem título com força executiva para cobrar do inadimplente. A fatura isolada não autoriza cobrança da dívida pela forma executiva. Quando muito permite uma ação ordinária, o que não pode ser conveniente. Não sendo título de crédito, a fatura também não permite o protesto cambial.

No entanto, se extraída a duplicata, esta deve ser remetida ao sacado para o aceite. Isto é não só obrigação do sacador, mas também direito do sacado que, com a duplicata em suas mãos, poderá aceitá-la ou devolvê-la com uma declaração, por escrito, contendo as razões da falta de aceite por escrito. (Títulos de crédito. Belo Horizonte : Del Rey, 2003. p. 401, grifou-se).

Por conseguinte, diante do todo já asseverado, forçoso reconhecer a irregularidade do protesto realizado mediante indicação uma vez que ausente comprovação da remessa do título para aceite. Sem sucesso, pois, o reclamo do réu.

II – Recurso da empresa autora

A apelante argumentou que a sentença deixou de analisar os documentos juntados com a réplica de folhas 55/57, os quais atestam que o contrato de compra e venda no valor de R\$ 290.000,00, que originou o débito estampado no título enviado a protesto, encontrava-se totalmente quitado.

Afirma que os documentos comprovariam a quitação do débito objeto da lide, segundo aplicação dos artigos 320 e seu parágrafo único:

Art. 320. A quitação, que sempre poderá ser dada por instrumento particular, designará o valor e a espécie da dívida quitada, o nome do devedor, ou quem por este pagou, o tempo e o lugar do pagamento, com a assinatura do credor, ou do seu representante.

Parágrafo único. Ainda sem os requisitos estabelecidos neste artigo valerá a quitação, se de seus termos ou das circunstâncias resultar haver sido paga a dívida.

Sobre o tema, retira-se do escólio de Caio Mário:

O Código não exige forma especial para o instrumento de quitação. Vale, portanto, a que é passada por instrumento público, ou particular, firmada pelo devedor ou seu representante. Admite-se, ainda, a quitação presumida, quando a lei assim dispõe.

A quitação poderá consistir na devolução do título da dívida ou na entrega, ao devedor, de um recibo em que o credor, ou quem o represente, mencionará: a) o nome do devedor ou de quem por este pagar; b) o tempo e o lugar do pagamento; c) especialmente o valor e a espécie da dívida (Código Civil e 2002, art. 320) (PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de direito civil. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 194)

Em lição também esclarecedora, Hamid Charaf Bdine Jr. Aponta:

O dispositivo expressa a possibilidade de a quitação ser conferida por instrumento particular, e se parágrafo único admite que se confira eficácia dão documento que não contiver os requisitos do *caput*, se de seus termos ou das circunstâncias resultar haver sido paga a dívida.

[...]

A indicação do valor do pagamento é essencial, pois a quitação pode ser parcial. Também é preciso que a dívida esteja identificada, já que podem existir diversas relações jurídicas entre as partes. Do mesmo modo, a indicação do nome de quem pagou, e em nome de quem o fez, tem reflexos importantes, tendo em vista o disposto nos arts. 304 e 305 do Código Civil, já que pode haver ou não sub-rogação

e discussão a respeito da possibilidade de o terceiro não interessado que paga em nome do devedor fazer jus ao ressarcimento.

[...]

A exigência de designação de data e do lugar do pagamento resulta do fato de que ele deve ser oportuno, sob pena de incidirem correção monetária e juros de mora, e de que há lugar certo para a quitação (arts. 327 e segs.). (Código civil comentado: doutrina e jurisprudência: lei n. 10.406, de 10.01.2002. coord. Cezar Peluso. 2 ed. Barueri: Manole, 2008. p. 276-7)

A transação havida entre as partes, no que são concordes, foi a aquela documentada pelas notas fiscais de folhas 43-7, cujo numerário para pagamento foi disponibilizado por linha de crédito do BNDES (Finame) junto ao Banco do Brasil. O valor total da compra foi de R\$ 290.000,00 (duzentos e noventa mil reais).

Quanto aos documentos acostados às folhas 59/62, em que pese não terem sido elaborados para o fim precípua de dar quitação ao autor, possível deduzir – de seus termos e das circunstâncias que envolvem a negociação – que como quitação valem, a teor do quanto disposto no parágrafo único do art. 320 do Código Civil. Isso porque veiculam informação direcionada ao Banco do Brasil com fito de advertí-lo para que os valores decorrentes da linha de crédito (FINAME/BNDES) concedida fossem depositados na conta do próprio comprador/autor – Menegotti Indústrias Metalúrgicas – pois que a vendedora/ré já teria recebido o pagamento por respectivos produtos. Mister pontuar que neste tipo de financiamento o empréstimo é tomado pelo mutuário (que compra a mercadoria), mas o crédito do valor é depositado diretamente na conta do credor da negociação de compra e venda. Por isso erige-se como robusta a prova consistente em declaração da vendedora/ré de que o saldo já estaria quitado, *in verbis*:

Com relação ao Finame de nosso cliente Menegotti Indústrias Metalúrgicas, informamos que já recebemos do mesmo a quantia de R\$ 30.000,00 (trinta mil reais) em 17/02/2006, portanto, quando da liberação

do recurso que será 100% BNDES, solicitamos que seja repassada essa quantia diretamente para a empresa Menegotti. (fl. 59)

Em idênticos termos, a ré afirmou ao banco concessor do financiamento que todo o débito da compra havia sido quitado (fls. 60/62). Ora, avulta-se contraditório que a ré abra mão de receber o valor do crédito do financiamento que, como procedimento regular é depositado em sua conta, se realmente a quantia não tivesse sido saldada pela compradora/autora.

Diante do provimento do reclamo da autora, impõe a redistribuição dos encargos sucumbenciais, os quais deverão ficar sob a responsabilidade exclusiva da empresa. Assim sendo, condena-se a ré ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios no valor de R\$ 2.000,00 (dois mil reais) de acordo com o art. 20, §4º do CPC, observado os ditames do § 3º do citado artigo.

DECISÃO

Ante o exposto, conhecem-se dos recursos interpostos, negando provimento ao da ré e dando provimento ao da autora.

O julgamento, realizado no dia 7 de dezembro de 2010, foi presidido pelo Exmo. Sr. Des. Lélio Rosa de Andrade, com voto, e dele participou o Exmo. Sr. Des. José Carlos Cartens Köhler.

Florianópolis, 07 de dezembro de 2010.

Altamiro de Oliveira
RELATOR

PRIMEIRA CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO

AGRAVO DE INSTRUMENTO

Agravo de Instrumento n. 2009.060743-0, de Chapecó

Relator: Des. Sérgio Roberto Baasch Luz

AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – RECEBIMENTO DA PETIÇÃO INICIAL – PARECER EMITIDO POR PROCURADOR GERAL DO MUNICÍPIO – LIVRE EXERCÍCIO DA PROFISSÃO – INTELIGÊNCIA DO ART. 133 DA CRFB/88 E ART. 2º, § 3º, DA LEI N. 8.906/94 – ATO MERAMENTE OPINATIVO – GARANTIA DE IMUNIDADE DO ADVOGADO – CULPA NÃO COMPROVADA – INEXISTÊNCIA DO ATO DE IMPROBIDADE – DECISÃO REFORMADA PARA REJEITAR O RECEBIMENTO DA INICIAL, COM FULCRO NO ART. 17, § 8º, DA LEI N. 8.429/92 – RECURSO PROVIDO.

1. De acordo com *Maria Sylvia Zanella di Pietro*, “*Se o parecer está devidamente fundamentado, se defende tese aceitável, se está alicerçado em lição de doutrina ou jurisprudência, não há como responsabilizar o advogado, nem em consequência, a autoridade que se baseou em seu parecer.*” (*Temas polêmicos sobre licitação e contratos*. 4. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 890).

2. “(...) Advogado de empresa estatal que, chamado a opinar, oferece parecer sugerindo contratação direta, sem licitação, mediante interpretação da lei das licitações. Pretensão do Tribunal de Contas da União em responsabilizar o advogado solidaria-

mente com o administrador que decidiu pela contratação direta: impossibilidade, dado que o parecer não é ato administrativo, sendo, quando muito, ato de administração consultiva, que visa a informar, elucidar, sugerir providências administrativas a serem estabelecidas nos atos de administração ativa. Celso Antônio Bandeira de Mello, “Curso de Direito Administrativo”, Malheiros Ed., 13ª ed., p. 377. II. - O advogado somente será civilmente responsável pelos danos causados a seus clientes ou a terceiros, se decorrentes de erro grave, inescusável, ou de ato ou omissão praticado com culpa, em sentido largo: Cód. Civil, art. 159; Lei 8.906/94, art. 32. III. - Mandado de Segurança deferido.” (MS 24073 / DF, rel. Min. *Carlos Velloso*, j. 06.11.2002).

3.A proposição da ação de improbidade administrativa deve estar sempre lardeada no bom senso e na cautela, isso porque, referida ação reúne características repressivas muito semelhantes a da ação penal, já que as graves consequências da eventual condenação em sede de ação por ato de improbidade administrativa revelam o forte conteúdo penal e os inquestionáveis aspectos políticos desta medida judicial. Dessarte, o estigma originado tão somente com a proposição desta medida judicial, a qual contém fortes características repressivas, é fator suficiente a ensejar precaução por parte do julgador quanto ao recebimento desta ação, quando a petição inicial não apontar com precisão a culpabilidade do agente.

4. O processo dialético imanente à Ciência Jurídica é um plexo que abriga os posicionamentos mais discrepantes possíveis, razão pela qual se exige para a validade de atos jurídicos, nestes compreendidos os pronunciamentos judiciais, as petições, os pareceres técnicos entre outros, exposição de fundamentação e motivos, à guisa de tonificar a tese defendida.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento n. 2009.060743-0, da comarca de Chapecó (Vara da Fazenda Pública), em que é agravante Antônio Marcos Gavazzoni, e agravado Representante do Ministério Público:

ACORDAM, em Primeira Câmara de Direito Público, por votação unânime, dar provimento ao recurso. Custas na forma da lei.

RELATÓRIO

Antônio Marcos Gavazzoni interpôs agravo de instrumento em virtude de decisão que, recebendo a petição inicial, determinou a sua citação na ação civil pública por ato de improbidade administrativa, promovida pelo Ministério Público Estadual.

Narrou que a empresa TRR Siviero Ltda, vencedora da licitação n. 64/2006, pleiteou junto ao Município de Chapecó o reequilíbrio econômico-financeiro do contrato, obtendo posicionamento favorável da Procuradoria Geral do Município de Chapecó, em parecer da lavra do ora agravante. Disse que, segundo o Ministério Público, o parecer técnico teria sido lavrado com imprudência, negligência e imperícia, acarretando prejuízo ao erário municipal. Afirmou, entretanto, que como advogado público, é chamado a opinar no processo administrativo, cuidando-se de ato enunciativo, que não cria direitos nem obrigações, não podendo praticar ato algum de improbidade. Assim, postulou a reforma da decisão agravada diante a impossibilidade de responsabilização do procurador do município por ato praticado no regular exercício da profissão.

O efeito suspensivo postulado foi indeferido (fls. 171-172).

O agravado apresentou contrarrazões às fls. 177-197.

Remetido o feito a douta Procuradoria-Geral de Justiça a qual, com parecer da lavra do Dr. Paulo Cezar Ramos de Oliveira, manifestou-se pela manutenção da decisão hostilizada.

É o relatório.

VOTO

Insurge-se o agravante contra decisão que recebeu a petição inicial na ação civil pública por improbidade administrativa, ajuizada pelo Ministério Público Estadual.

Aduz, em síntese, que o parecer por ele elaborado na condição de Procurador Geral do Município, posicionando-se favoravelmente ao re-equilíbrio econômico-financeiro do contrato firmado com a empresa TRR Siviero Ltda, vencedora do Pregão Presencial n. 64/2006, não é vinculante e nem cria direitos e obrigações.

Feito este breve esboço, passo a perscrutar, então, o grau de responsabilidade e de independência dos advogados, quando investidos em cargos públicos, pela confecção de pareceres jurídicos.

O art. 133 da Lei Maior preceitua que: “*O advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei*”.

Cumprido aduzir, desde logo, o pertinente comentário do professor Elias Farah, no que concerne a auto-aplicabilidade do art. 133 da Constituição Federal:

“A advocacia por razões históricas, mereceu a previsão constitucional de sua importância, submetida ao comando do preceito da indispensabilidade do advogado na administração da Justiça, de eficácia plena, e do preceito de inviolabilidade, de eficácia redutível “nos limites da lei”. A razão da inserção constitucional está em ter sido a advocacia considerada o mais eficaz instrumento da garantia da

efetivação da cidadania, e que o leigo pensa, enganadamente, ter sido na defesa do profissional.” (*Caminhos tortuosos da advocacia*. São Paulo: LTR, 1999. p. 35).

Tais garantias restaram novamente confirmadas no texto do art. 2º, § 3º, da Lei n. 8.906/94, que dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil, *in verbis*:

“Art. 2º O advogado é indispensável à administração da justiça.

(...)

§ 3º No exercício da profissão, o advogado é inviolável por seus atos e manifestações, nos limites desta lei.”

Uma das funções exercidas pelo advogado no seu mister, é a emissão de pareceres jurídicos. Tal atividade, segundo o professor *Carlos Pinto Coelho Motta*, consiste na elaboração de peça processual que corporifica e veicula a opinião técnica do advogado acerca de determinado assunto, tal como é apresentado à sua percepção, acervo técnico e experiência. (*Fórum Administrativo*. ano. 3, n. 28. jun. 2003. Responsabilidade e independência do parecer jurídico e de seu subscritor. Belo Horizonte: FA. p. 2369-2375).

No caso em tela, o que se discute é a prática de ato ímprobo em razão da emissão de parecer jurídico pelo ora agravante, na época Procurador Geral do Município de Chapecó, pelo fato de ter opinado favoravelmente ao reequilíbrio econômico-financeiro do contrato firmado com a empresa TRR Siviero Ltda, cuja finalidade era o fornecimento de combustível.

Compulsando-se os autos, depreende-se que a emissão do parecer jurídico questionado (fls. 96-98) era facultativa. A peça jurídica, por sua vez, ainda que sucinta, está devidamente fundamentada, não se permitindo, pois, impingir conduta ímproba a seu subscritor, em razão do seu direito constitucional e infraconstitucional de se manifestar no livre exercício da profissão, mormente porque ausente descrição de conduta dolosa almejando alcançar finalidade não prevista em lei.

A propósito, aliás, traz-se à colação as esclarecedoras lições de *Maria Sylvia Zanella di Pietro*, que assevera: “*Se o parecer está devidamente fundamentado, se defende tese aceitável, se está alicerçado em lição de doutrina ou jurisprudência, não há como responsabilizar o advogado, nem em consequência, a autoridade que se baseou em seu parecer.*” (*Temas polêmicos sobre licitação e contratos*. 4. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 890)

Demais disso, impende ressaltar, por oportuno, que a emissão de parecer jurídico, por advogado investido em cargo público, não compreende, por si só, ato administrativo.

As palavras do professor *Carlos Pinto Coelho Motta* consubstanciam tal assertiva:

“O parecer jurídico não constitui, em si, ato administrativo. Representa uma peça opinatória especializada, tecnicamente cautelar, que pode e deve ser agregada ao ato, como elemento de sua fundamentação. O parecer exige ainda um ato administrativo de aprovação ou de acolhida. Inúmeras decisões jurisprudenciais corroboram a afirmativa de que parecer jurídico não é ato administrativo.” (*Fórum Administrativo*. ano. 3, n. 28, jun. 2003. Responsabilidade e independência do parecer jurídico e de seu subscritor. Belo Horizonte: FA. p. 2369-2375.)

Nesse sentido, já se manifestou o Pretório Excelso:

“CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. TRIBUNAL DE CONTAS. TOMADA DE CONTAS: ADVOGADO. PROCURADOR: PARECER. C.F., art. 70, parág. único, art. 71, II, art. 133. Lei nº 8.906, de 1994, art. 2º, § 3º, art. 7º, art. 32, art. 34, IX. I. - Advogado de empresa estatal que, chamado a opinar, oferece parecer sugerindo contratação direta, sem licitação, mediante interpretação da lei das licitações. Pretensão do Tribunal de Contas da União em responsabilizar o advogado solidariamente com o administrador que decidiu pela contratação direta: impossibilidade, dado que o parecer não é ato administrativo, sendo, quando muito, ato de administração consultiva, que visa a informar, elucidar, sugerir providências administrativas a serem estabelecidas nos atos de administração ativa. Celso Antônio Bandeira de Mello, “Curso

de Direito Administrativo”, Malheiros Ed., 13ª ed., p. 377. II. - O advogado somente será civilmente responsável pelos danos causados a seus clientes ou a terceiros, se decorrentes de erro grave, inescusável, ou de ato ou omissão praticado com culpa, em sentido largo: Cód. Civil, art. 159; Lei 8.906/94, art. 32. III. - Mandado de Segurança deferido.” (MS 24073 / DF, rel. Min. *Carlos Velloso*, j. 06.11.2002).

O voto lavrado pelo eminente Min. *Carlos Velloso* foi bastante elucidativo no tocante à matéria, porquanto, peço vênia para extrair excerto do seu ponderoso pronunciamento, e adotar como minhas, as razões declinadas pelo ilustre jurista:

“O parecer emitido por procurador ou advogado de órgão da administração pública não é ato administrativo. Nada mais é do que a opinião emitida pelo operado do direito, opinião técnico-jurídica, que orientará o administrador na tomada da decisão, na prática do ato administrativo, que se constitui na execução *ex officio* da lei. Hely Lopes Meirelles cuidou do tema e lecionou:

“Pareceres – pareceres administrativos são manifestações de órgãos técnicos sobre assuntos submetidos à sua consideração. O parecer tem caráter meramente opinativo, não vinculando a Administração ou os particulares à sua motivação ou conclusões, salvo se aprovado por ato subsequente. Já então, o que subsiste como ato administrativo, não é o parecer, mas sim o ato de sua aprovação, que poderá revestir a modalidade normativa, ordinária, negocial ou punitiva.” (Hely Lopes Meirelles, “Direito Administrativo Brasileiro”, 26ª ed., Malheiros, pág. 185).

Celso Antônio Bandeira de Mello não obstante classificar os pareceres como atos administrativos de administração consultiva, deixa expresso, entretanto, que visam eles “a informar, elucidar, sugerir providências administrativas a serem estabelecidas nos atos de administração ativa”. (Celso Antônio Bandeira de Mello, “Curso de Direito Administrativo”, Malheiros, 13ª. ed., 2001, pág. 377).

É dizer, o parecer não se constitui no ato decisório, na decisão administrativa, dado que ele nada mais faz senão “informar, elucidar, sugerir providências administrativas a serem estabelecidas nos atos de administração ativa.”

Posta assim a questão, é forçoso concluir que o autor do parecer, que emitiu opinião não vinculante, opinião a qual não está o administrador vinculado, não pode ser responsabilizado solidariamente com o administrador, ressalvado, entretanto, o parecer emitido com evidente má-fé, oferecido, por exemplo, perante administrador inapto.

Este é o primeiro fundamento que me leva a deferir a segurança.

Fundamento de maior relevância, entretanto, conducente à concessão do *writ*, é este: o advogado, segundo a Constituição Federal, “é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei.”

Na linha dessa disposição constitucional, dispõe o Estatuto do Advogado, Lei 8.906, de 1994, art. 2º, § 3º:

“Art. 2º O advogado é indispensável à administração da justiça.

(...)

§ 3º No exercício da profissão, o advogado é inviolável por seus atos e manifestações, nos limites desta lei.”

O art. 7º proclama os direitos dos advogados, incisos I a XX, prerrogativas e direitos assegurados ao advogado-empregado.

Certo é, bem esclarece a inicial, “que a garantia constitucional de intangibilidade profissional do advogado não se reveste de caráter absoluto. Os advogados – como, de regra, quaisquer profissionais – serão civilmente responsáveis pelos danos causados a seus clientes ou a terceiros, desde que decorrentes de ato (ou omissão) praticado com dolo ou culpa, nos termos gerais do art. 159 do Código Civil e, em especial, consoante o disposto no art. 32 da Lei 8.906/94, cuja dicção é a seguinte: “Art. 32. O advogado é responsável pelos atos que, no exercício profissional, praticar com dolo ou culpa.” Todavia, acrescenta a inicial, com propriedade, que, “de toda forma, não é qualquer ato que enseja a responsabilidade do advogado. É preciso tratar-se de erro grave, inescusável, indicando que o profissional agiu com negligência, imprudência ou imperícia. Divergência doutrinária ou discordância de interpretação, por evidente, não se enquadram nessa hipótese.”

Ora, o direito não é uma ciência exata. São comuns as interpretações divergentes de um certo texto de lei, o que acontece, invariavelmen-

te, nos Tribunais. Por isso, para que se torne lícita a responsabilização do advogado que emitiu parecer sobre determinada questão de direito é necessário demonstrar que laborou o profissional com culpa, em sentido largo, ou que cometeu erro grave, inescusável.”

Pelo exposto, infere-se que o parecer técnico-jurídico em nada vincula o ato administrativo a ser praticado, não fazendo, portanto, parte deste. Por outro lado, se o administrador acolhe as razões do parecer jurídico, está consequentemente incorporando as razões técnicas ao ato administrativo, todavia, isso não implica na perda de autonomia do ato meramente opinativo, que, frise-se novamente, nem ato administrativo é.

Nessa mesma toada, cumpre transcrever as manifestações, respectivamente, dos eminentes Ministros da Corte Suprema, *Carlos Britto* e *Marco Aurélio*, quando do julgamento do Mandado de Segurança n. 24.631, o qual tratava exatamente da responsabilidade de procuradores pela emissão de pareceres que serviram de substrato para a edição de atos administrativos.

As palavras do Min. *Carlos Britto*:

“Senhor Presidente, acompanho o voto do eminente Relator. Faço uma ressalva quanto a um dos fundamentos. Não entendo, *data venia*, que o fato do parecerista atuar no processo administrativo, obrigatoriamente, o transforme no administrador.”

Aquiescente, ponderou o Min. *Marco Aurélio*:

“Por ora, também não me comprometo com a tese de responsabilidade abrangente do autor do parecer enquanto simples peça opinativa.”

Referido acórdão restou assim ementado:

“CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. CONTROLE EXTERNO. AUDITORIA PELO TCU. RESPONSABILIDADE DE PROCURADOR DE AUTARQUIA POR EMISSÃO DE PARECER TÉCNICO-JURÍDICO DE NATUREZA OPINATIVA. SEGURANÇA DEFERIDA. I. Repercussões da natureza jurídico-administrativa do parecer jurídico: (i) quando a consulta é facultativa, a autoridade não se vincula ao parecer proferido, sendo que seu poder de decisão não se altera pela manifestação do órgão

consultivo; (ii) quando a consulta é obrigatória, a autoridade administrativa se vincula a emitir o ato tal como submetido à consultoria, com parecer favorável ou contrário, e se pretender praticar ato de forma diversa da apresentada à consultoria, deverá submetê-lo a novo parecer; (iii) quando a lei estabelece a obrigação de decidir à luz de parecer vinculante, essa manifestação de teor jurídica deixa de ser meramente opinativa e o administrador não poderá decidir senão nos termos da conclusão do parecer ou, então, não decidir.

II. No caso de que cuidam os autos, o parecer emitido pelo impetrante não tinha caráter vinculante. Sua aprovação pelo superior hierárquico não desvirtua sua natureza opinativa, nem o torna parte de ato administrativo posterior do qual possa eventualmente decorrer dano ao erário, mas apenas incorpora sua fundamentação ao ato. III. Controle externo: É lícito concluir que é abusiva a responsabilização do parecerista à luz de uma alargada relação de causalidade entre seu parecer e o ato administrativo do qual tenha resultado dano ao erário. Salvo demonstração de culpa ou erro grosseiro, submetida às instâncias administrativo-disciplinares ou jurisdicionais próprias, não cabe a responsabilização do advogado público pelo conteúdo de seu parecer de natureza meramente opinativa. Mandado de segurança deferido.” (MS 24631 / DF, rel. Min. *JOAQUIM BARBOSA*, j. 09.08.2007).

Nesse desiderato, o Superior Tribunal de Justiça vem confirmando a tese de imunidade dos advogados por emissão ou aprovação de pareceres, com fulcro no art. 133 da Constituição Federal, uma vez que esse tipo de atividade, segundo entedimento daquela Corte, está diretamente ligada ao exercício da profissão de advogado, o qual se encontra abrigado pelo pálio da imunidade que é inerente ao seu mister.

A respeito, confira-se:

“HABEAS CORPUS. DENÚNCIA. ART. 89 DA LEI N.º 8.666/93. PROCURADORES FEDERAIS. SIMPLES EMISSÃO E APROVAÇÃO DE PARECER JURÍDICO OPINANDO PELA DISPENSA DE PROCEDIMENTO LICITATÓRIO. IMUNIDADE DO ADVOGADO. ATIPICIDADE DA CONDUTA. AUSÊNCIA DE QUALQUER ELEMENTO INDICIÁRIO VÁLIDO. TRANCAMENTO. 1. Resta evidenciada a atipicida-

de da conduta, uma vez que os Pacientes não foram acusados da prática do ato tido por ilícito – contratação direta da empresa, em tese, indevida –, tampouco lhes foi atribuída eventual condição de partícipes do delito. De fato, foram denunciados apenas pela simples emissão e aprovação de parecer jurídico, sendo que essa atuação circunscreve-se à imunidade inerente ao exercício da profissão de advogado, a teor do disposto no art. 133 da Constituição Federal.

(...)” (HC 46906 / DF, rel^a. Min^a. *Laurita Vaz*, j. 1712.2007).

“RHC - DISPENSA DE LICITAÇÃO - PACIENTE QUE, NA QUALIDADE DE PROCURADORA DE ESTADO, RESPONDE CONSULTA QUE, EM TESE, INDAGAVA DA POSSIBILIDADE DE DISPENSA DE LICITAÇÃO - DENUNCIA COM BASE NO ART. 89, DA LEI NUM. 8.666/93 - ACUSAÇÃO ABUSIVA - MERO EXERCÍCIO DE SUAS FUNÇÕES, QUE REQUER INDEPENDÊNCIA TÉCNICA E PROFISSIONAL.

1. Não comete crime algum quem, no exercício de seu cargo, emite parecer técnico sobre determinada matéria, ainda que pessoas inescrupulosas possam se locupletar as custas do Estado, utilizando-se desse trabalho. estas devem ser processadas criminalmente, não aquele.

2. Recurso provido, para trancar a ação penal contra a paciente.” (RHC 7165/RO, rel. Min. Anselmo Santiago, DJ de 22.06.1998)

Em suma, é necessário gizar que o advogado subscritor de parecer não pode ser meramente responsabilizado por haver externado e esposado seu entedimento, juízo ou opinião quanto ao tema examinado, sem que hajam provas robustas de que este profissional tenha obrado com intuito de se desviar dos ditames legais.

Não se que dizer com isso que os advogados estão totalmente imunes pelos atos praticados no exercício da profissão. Em situações excepcionais, e tão somente nestes casos, é possível sim enquadrar o consultor jurídico ou parecerista como sujeito passivo em ação de improbidade administrativa. Entrementes, como bem ponderou o ínclito Min. *Humberto Martins*, ao relatar o REsp. n. 1.183.504, “*para isso é preciso que a peça opinativa seja*

apenas um instrumento, dolosamente elaborado, destinado a possibilitar a realização de ato ímprobo. Em outras palavras, faz-se necessário, para que se configure essa situação excepcional, que desde o nascedouro a má-fé tenha sido o elemento subjetivo condutor da realização do parecer.”

Porquanto, é importante que se diga, que o pedido administrativo de reequilíbrio econômico-financeiro formulado pela empresa fornecedora de combustíveis só obteve parecer favorável por parte da Procuradoria Geral do Município de Chapecó, após ter sido concedida liminar no processo n. 018.05.007916-3, o qual tratava de questão muito semelhante a esta. Registre-se, ainda, que esta liminar foi posteriormente confirmada quando do julgamento de mérito da referida ação.

Transcrevo, por entender pertinente, excerto da sobredita liminar, tudo com o escopo de demonstrar a plausibilidade do parecer objeto do litígio:

“ANTECIPO PARCIALMENTE A TUTELA para restabelecer o equilíbrio econômico-financeiro no Contrato n. 70/2005, determinado ao Município de Chapecó que, doravante, pague à autora, por litro de óleo diesel que por esta lhe for entregue, o valor desembolsado em sua aquisição junto à Distribuidora (acaso esse valor seja superior àquele previsto no Contrato), até que sobrevenha sentença no feito, servindo como prova para tanto a respectiva Nota Fiscal.” (fls. 594-595)

Não obstante o pronunciamento judicial tenha possibilitado, em caso análogo, o restabelecimento do reequilíbrio econômico-financeiro em contrato de fornecimento de combustíveis, o Ministério Público alegou na exordial que o réu Antonio Marcos Gavazzoni obrou com imperícia, *“uma vez que responsável pela emissão de parecer técnico, (com) negligência na análise da situação concreta e, até mesmo, (com) imprudência na emissão precipitada do parecer jurídico, (...) fato que acarretou prejuízo ao erário municipal.”* (fl. 33)

Do parecer objurgado extrai-se:

“A de se notar que esta Administração vem resistindo cotidianamente às pretensões de reequilíbrios econômicos dos contratos administrativos, sendo que até o presente momento nenhum reequilíbrio havia sido concedido administrativamente.

Oportuno se demonstrar que nos autos 018.05.007916-3, o Município de Chapecó sucumbiu judicialmente diante da decisão judicial, liminar, que determinou reequilíbrio de preços quando o caso era assemelhado, ou seja, ocorreu modificação do preço na base distribuidora, e o Município tendo resistido administrativamente, acabou sendo obrigado a proceder ao reequilíbrio dos preços, consoante demonstra o teor do despacho judicial abaixo:” (fl. 96)

Necessário salientar ainda a prudência que norteou o Procurador do Município quando da confecção do parecer, pois em qualquer momento verificou-se advir deste um tom de taxatividade determinando o reequilíbrio econômico da relação entabulada entre Município e TRR Siviero Ltda, fato que revela o caráter exclusivamente opinativo da peça jurídica por ele elaborada. Para tanto, trago à colação outro fragmento do indigitado parecer, de sorte a corroborar tal assertiva, confira-se:

“Diante do exposto, o pedido de reequilíbrio econômico-financeiro do contrato 123/2006 poderá ser deferido, com a cautela de se juntar ao processo, tabela atualizada de preços médios praticados na cidade de Chapecó, a qual demonstra que o valor médio praticado no mercado local é de R\$ 1,908, mantendo a proposta vencedora, com o reequilíbrio a ser deferido, de forma competitiva e dentro dos padrões fixados no edital de chamamento.” (fl. 98)

Dentro desse contexto, não há se falar em negligência, imprudência ou imperícia, nem tampouco dolo ou má-fé do Procurador Municipal que confeccionou parecer meramente opinativo e devidamente fundamentado, mormente por estar fulcrado em decisão judicial, assim como por ter adotado a cautela necessária para o desfecho da questão.

Portanto, se formulada pretensão de imputar ato ímprobo ao agente público, este deverá ser excluído do processo se na petição inicial o autor não indicar com precisão em que consistiu a conduta do réu, pois, a mera

presunção de culpabilidade não é assaz para deflagrar o ajuizamento de ação civil pública por ato improbidade administrativa.

A proposição da ação de improbidade administrativa deve estar sempre lardeada no bom senso e na cautela, isso porque, referida ação reúne características repressivas muito semelhantes a da ação penal, já que as graves consequências da eventual condenação em sede de ação por ato de improbidade administrativa revelam o forte conteúdo penal e os inquestionáveis aspectos políticos desta medida judicial.

Dessarte, o estigma originado tão somente com a proposição desta medida judicial, a qual contém fortes características repressivas, é fator suficiente a ensejar precaução por parte do julgador quanto ao recebimento desta ação, quando a petição inicial não apontar com precisão a culpabilidade do agente. Nesse sentido vale conferir julgado do Tribunal de Justiça Minas Gerais: Apelação Cível n. 1.0024.06.930400-04/001, rel. Des. *Armando Freire*.

Com efeito, denota-se, outrossim, que as inúmeras variantes aplicáveis a uma mesma questão jurídica é característica intrínseca à Ciência do Direito, o que indubitavelmente, enseja ampla interpretação do sentido e alcance da própria lei. Por conta disso, não se pode exigir dos juristas uma verdade única e absoluta acerca de determinada questão. Quando muito, pode haver um posicionamento dominante, que por vezes parece ser mais aceitável para a maioria, mas que não deve guardar o significado de verdade estreme e imune à contestação.

Como é sabido, por nós operadores do direito, o processo dialético imanente à Ciência Jurídica, é um plexo que abriga os posicionamentos mais discrepantes possíveis, razão pela qual se exige para a validade de atos jurídicos, nestes compreendidos os pronunciamentos judiciais, as petições, os pareceres ministeriais, os pareceres jurídicos elaborados por advogados

entre outros, exposição de fundamentação e motivos, à guisa de tonificar a tese defendida.

Destarte, não se há de negar validade ou mesmo inquinar um parecer jurídico como ilegal, apenas porque diverge do entendimento por nós defendido. Pois, como há muito preconizava o filósofo *Voltaire*: “*Posso não concordar com nenhuma das palavras que você disser, mas defenderei até a morte o direito de você dizê-las.*”

Dito isto, impende registrar que, nos termos do art. 17, § 8º, da Lei 8.429/92: “*O juiz rejeitará a ação, em despacho fundamentado, se convencido, pela resposta do réu, da inexistência do ato de improbidade ou da improcedência da ação.*”

Coadunando o expendido, resta evidenciado que o agravante, na condição de Procurador Geral do Município de Chapecó, emitiu parecer jurídico interpretando, tão somente, os fatos que lhe foram apresentados, não podendo por isso ser responsabilizado, uma vez que tanto a lei quanto a jurisprudência garantem aos advogados, na qualidade de agentes indispensáveis à administração da justiça, o livre exercício da profissão, bem como a inviolabilidade por seus atos e manifestações. Seguindo essa linha de raciocínio, entendo que a conduta descrita na exordial não compreende ato ímprobo, o que me leva a crer que a inicial deveria ter sido rejeitada, consoante a regra insculpida no art. 17, § 8º, da Lei n. 8.429/92.

Nesse sentido, colhe-se da jurisprudência deste Sodalício:

“AÇÃO CIVIL PÚBLICA – PREFEITO MUNICIPAL – AUSÊNCIA DE PROCURADORIA JURÍDICA NO MUNICÍPIO - CONTRATAÇÃO DE ADVOGADO PRECEDIDA DE LICITAÇÃO – IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – FALTA DE PROVA DO DOLO E DA MÁ-FÉ

1. Nem toda irregularidade administrativa pode ser classificada como improbidade, mesmo quando aparentemente o ato tísado

de irregularidade se enquadre na tipificação genérica do art. 11 da Lei n. 8.429/92.

2. “Sustentando-se o direito em fatos, aquele que invoca, arca com o ônus de prová-los. Faltando consistência objetiva ao pedido do autor, inarredável é a improcedência da prestação jurisdicional” (AC n. 44.087, Des. Francisco Oliveira Filho). Ainda que na fase investigativa, é necessária a existência de indícios da prática de improbidade para justificar o recebimento da petição inicial.” (Apelação Cível n. 2008.081144-5, de Ipumirim, rel. Des. *Luiz César Medeiros*, j. 19.05.2009).

Não vislumbrando, portanto, indícios de má-fé, dolo, culpa ou mesmo a existência de irregularidades no parecer jurídico capazes de configurar ato de improbidade administrativa, reforma-se a decisão objurgada, rejeitando-se o recebimento da inicial em relação ao ora agravante.

DECISÃO

Ante o exposto, por votação unânime, dá-se provimento ao recurso para reformar a decisão objurgada e, por conseguinte, rejeitar o recebimento da inicial em relação ao ora agravante.

O julgamento, realizado no dia 3 de agosto de 2010, foi presidido pelo Exmo. Sr. Des. Newton Trisotto, com voto, e dele participou o Exmo. Sr. Des. Paulo Henrique Moritz Martins da Silva.

Funcionou como representante do Ministério Público a Dr^a. Vera Lúcia Ferreira Copetti.

Florianópolis, 11 de agosto de 2010.

Sérgio Roberto Baasch Luz
RELATOR

APELAÇÕES CÍVEIS

Apelação Cível n. 2010.000881-8, de Ituporanga

Relator: Des. Vanderlei Romer

AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. PREFEITO MUNICIPAL. DEMISSÃO DE MÉDICO E ENFERMEIRA LOTADOS NO PROGRAMA DE SAÚDE FAMILIAR, QUE DENUNCIARAM AO SINDICATO COMPETENTE EMPRESA SEDIADA NO MUNICÍPIO POR PRÁTICAS ABUSIVAS CONTRA OS SEUS EMPREGADOS. CONDUTA DO AGENTE POLÍTICO QUE PÔS EM RISCO A PRESTAÇÃO DE SERVIÇO PÚBLICO ESSENCIAL, DE MODO A PRIVILEGIAR INTERESSE PRIVADO EM DETRIMENTO DE INTERESSE PÚBLICO. DESVIO DE FINALIDADE E OFENSA AOS PRINCÍPIOS DA IMPESSOALIDADE, EFICIÊNCIA E MORALIDADE ADMINISTRATIVAS CARACTERIZADOS. ATO MANIFESTAMENTE ÍMPROBO. INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 11 DA LEI N. 8.429/1992.

Hipótese em que o Chefe do Poder Executivo, ao tomar conhecimento de que profissionais da área da saúde – médico e enfermeira – que atuavam em centro de atendimento médico municipal denunciaram empresa sediada no Município por maus-tratos aos seus empregados (proibição de ingestão de líquido durante o expediente) ao Sindicato dos Trabalhadores na Fiação de Tecelagem, demite-os, sem levar em consideração as consequências danosas que poderiam advir do ato, uma vez que o corpo médico era composto apenas pelo demitido e por mais um outro profissional da área. Possível prejuízo à coletividade evitado apenas pela reintegração imediata dos funcionários nos respectivos cargos.

Atuação do agente político que privilegiou interesse privado em detrimento do interesse público, de modo que configurado o desvio de finalidade e, por igual, violação aos princípios da moralidade e da impessoalidade (artigo 11 da Lei n. 8.429/1992).

Elemento subjetivo reclamado para a configuração do ato que importe em insulto aos princípios administrativos presente, mormente porque ditado por um manifesto sentimento de onipotência do agente, o qual, ao que consta da petição inicial, é dele bem característico.

Sujeição obrigatória do agente às sanções previstas no artigo 12, inciso III, da LIA, de modo não cumulativo, todavia, uma vez sopesadas as particularidades da espécie.

Afastamento da penalidade da perda da função pública, em nome do princípio da proporcionalidade e da razoabilidade, com a manutenção das demais sanções, da suspensão dos direitos políticos, inclusive.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2010.000881-8, da comarca de Ituporanga (2ª Vara), em que é apelante Pedro Israel Filho, e apelados o representante do Ministério Público e o município de Petrolândia:

ACORDAM, em Primeira Câmara de Direito Público, por votação unânime, prover parcialmente o recurso. Custas legais.

RELATÓRIO

Cuida-se de ação civil pública em que se atribui a Pedro Israel Filho, à época dos fatos relatados na inicial Prefeito do município de Petrolândia, a prática de ato de improbidade, consistente na demissão de Ewaldo César

Monteiro Costa e Maristela Soares, respectivamente médico e enfermeira, em razão de ambos terem denunciado ao Sindicato dos Trabalhadores na Fiação de Tecelagem, de Rio do Sul, a empresa Dujutex Têxtil, sediada naquele Município, por não permitir aos seus funcionários que, durante a jornada de trabalho, consumissem água.

Relatou o *Parquet* que, tão logo ciente da denúncia, o requerido convocou Ewaldo César Monteiro Costa para uma reunião, durante a qual lhe dirigiu palavras de baixo calão e afirmou que, antes de tomar qualquer providência, deveria ter-se reportado a ele. As tentativas do profissional de argumentar com o requerido redundaram em vão, e o acionado chegou a lhe atirar uma agenda e a virar uma mesa de reunião contra ele, culminando por demiti-lo. Na mesma ocasião, telefonou para uma das enfermeiras, de nome Ivone, injuriando-a igualmente. E, posteriormente, demitiu sumariamente Maristela Soares, sob a justificativa de que teria denunciado a empresa Dujutex

De acordo com o autor, *in verbis*, “o réu é guiado por caprichos pessoais, abusando vergonhosamente de seu poder, tanto que já responde a termos circunstanciados, inquéritos criminais e ações civis públicas [...]” (fls. 4-5).

Destacou que as demissões teriam sido fruto de um sentimento de vingança pessoal contra uma denúncia justa, com total desprezo pelas graves consequências do ato. Isso porque, em virtude das demissões, cessou o atendimento médico aos munícipes, os quais se viram de inopino desamparados.

Prosseguiu assinalando que é manifesta a ofensa aos princípios da impessoalidade e da eficiência, tutelados pelo artigo 11 da Lei n. 8.429/1992, e que, nesse passo, é imperativa a imposição ao réu das sanções correlatas, previstas no inciso III do artigo 12 da legislação sob epígrafe.

Requeru, ao final, a procedência do pedido, bem como a concessão de liminar, no que obteve êxito parcial, consoante decisão de fls. 25-26, que determinou a imediata readmissão dos funcionários no quadro municipal.

Procedeu-se à notificação do réu, que apresentou defesa prévia (fls. 34-53), acompanhada de farta documentação.

O município de Petrolândia manifestou seu interesse no feito. Buscou demonstrar que a demissão foi motivada, uma vez que o médico teria sido alvo de uma série de reclamações, as quais dariam conta de que ele não atendia aos pacientes com o zelo necessário.

Admitida a inicial, na forma da Lei n. 8.429/1992, o réu contestou.

Sustentou que era obrigação do Ministério Público, antes de aforar a ação, instaurar procedimento administrativo preliminar, diante da fragilidade da causa motriz do ajuizamento – uma mera declaração –, a qual, de toda sorte, foi desmentida por duas testemunhas que presenciaram a discussão travada entre ele e o funcionário, uníssonas de que foi este último quem atuou com violência. Aduziu que a reunião citada pelo autor foi convocada em virtude das reiteradas queixas da comunidade sobre a atuação do médico. Mencionou que o indivíduo teria concedido entrevista à rádio local, ocasião em que lhe teria chamado de “bandido”. Acrescentou que, tivesse o requerente sido mais cauteloso, teria verificado, ao consultar a Representação n. 529/2007, originada da denúncia formulada pelo funcionário, que a empresa Dujutex mantém cinco bebedouros refrigerados, equipados com toalhas e copos descartáveis, o que denota que a acusação foi inverídica.

Doutra banda, sublinhou a necessidade da presença do elemento subjetivo para a penalização do agente que pratique ato que importe em lesão aos princípios administrativos e, ainda, que, se realmente a demissão foi ditada pela denúncia levada a efeito pelos servidores, de maneira nenhuma haveria falar em improbidade, pois apenas exteriorizou preocupação “com

os mais de cem empregos diretos que a citada empresa acabou gerando para a comunidade” (fl. 450).

Seguiu-se a instrução do feito.

Concluída essa fase processual, o MM. Juiz sentenciou para acolher a pretensão inaugural. Ao requerido foram aplicadas as penalidades de proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por meio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de três anos; suspensão de direitos políticos pelo prazo de três anos; perda da função pública e pagamento de multa civil, no valor de R\$ 15.000,00 (quinze mil reais), em favor da Municipalidade.

Apelou o vencido.

Em suas razões, suscitou preliminares de ilegitimidade ativa *ad causam*, ao argumento de que o Ministério Público teria deflagrado a ação em prol de interesse individual, e não da comunidade; de impossibilidade jurídica do pedido, porquanto o ato de demissão foi fundado em razões de conveniência e oportunidade, sendo certo que ao Poder Judiciário não cabe imiscuir-se no mérito administrativo e, por fim, de nulidade da sentença, à mingua da especificação do princípio administrativo que foi efetivamente insultado, o que prejudicou sobremaneira a sua defesa.

No tocante à questão de fundo, insistiu na versão apresentada na peça contestatória.

Autor e Município contra-arrazoaram o recurso. O ente público tomou postura diametralmente oposta daquela anteriormente assumida nos autos. Defendeu com veemência a manutenção do veredicto.

Lavrou parecer pela douta Procuradoria-Geral de Justiça a Exma. Sra. Dra. Vera Lúcia Ferreira Copetti, que opinou pelo desprovimento do recurso.

VOTO

Preliminares

As preliminares suscitadas no recurso não comportam guarida.

A legitimidade do *Parquet* para propor a ação, em que pese a estranheza do caso, é manifesta. Não era seu desiderato proteger interesse individual, mas, sim, coletivo, pois a demissão dos funcionários, em tese, comprometeu a prestação de serviço essencial, a saber, atendimento médico.

O seu intento, dessarte, é resguardar os princípios administrativos, dito vulnerados na espécie, pois, conforme alegado, o ato demissionário foi motivado por razões essencialmente pessoais e no intuito de punir os contratados pela denúncia de empresa sediada no território municipal pela prática de abuso contra os seus funcionários.

Ter-se-ia, então e em tese, um ato ofensivo aos princípios da legalidade, da moralidade e também da eficiência, porquanto, como já enfatizado, foi colocado em risco o funcionamento de serviço essencial.

Ora, nos precisos dizeres de Emerson Garcia:

afigura-se inequívoco que a adequação do obrar do administrador aos referidos princípios erige-se como elemento indissociável da segurança que deve nortear as relações entre o Poder Público e os administrados, apresentando-se como direito desses e consectário lógico do próprio Estado Democrático de Direito. Os mecanismos de seleção previstos na Constituição buscam assegurar que pessoas capazes ocupem os cargos públicos e que utilizem os talentos de que dispõem em todo o seu potencial. Mas esses critérios não são à “prova de idiotas” e desastres podem ocorrer: daí a importância do controle judicial.

[...]

A aferição da compatibilidade dos atos emanados dos agentes estatais com os princípios norteadores de sua atividade permitirá a recomposição do equilíbrio que deve existir entre os membros da coletividade por ocasião da assimilação dos encargos que lhe

sejam impostos em benefício desta. Em havendo sobrecarga sobre setores específicos ou mesmo lesão individual, o controle jurisdicional possibilitará a recomposição da normalidade e a efetivação do princípio da igualdade.

O princípio da inafastabilidade da tutela jurisdicional é integrado e potencializado pelo princípio da publicidade dos atos do Poder Público, permitindo que seja identificada a adequação destes aos princípios constitucionais que legitima a atividade estatal (*Improbidade administrativa*. São Paulo: Lumen Juris, 2007. p. 168).

E, fulminando, preconiza Rogério Pacheco Alves, na mesma basilar obra:

[...] legitima-se o Ministério Público à guarda dos princípios da legalidade, moralidade, impessoalidade e eficiência da administração pública, estampados no art. 37, da CF, cuja violação encontra-se na base de todas as condutas de improbidade previstas na Lei n. 8.429/1992 (p. 647).

Daí a conclusão de que há tanto legitimidade como possibilidade jurídica do pedido.

Enfim, é certo que o interesse público, no caso, caminha ao lado do interesse privado dos demitidos. Mas nem por isso aquele merece perecer. Ao contrário até.

Por outro lado, a sentença não apresenta eiva que importe em sua nulidade, na medida em que deixa absolutamente claro que a procedência da ação resultou do entendimento do Magistrado de que foram violados os princípios da legalidade, imparcialidade e lealdade às instituições, expressamente mencionados no *caput* do artigo 11 da Lei n. 8.429/1992, e cuja afronta caracteriza ato de improbidade, sem falar no enquadramento do ato no inciso I do mesmo dispositivo, *in litteris*: “praticar ato visando fim proibido em lei”.

É o que se depreende do excerto a seguir transcrito:

Atingidos, desta maneira, os princípios constitucionais que norteiam a administração pública, violando os deveres de imparcialidade,

legalidade, e lealdade às instituições, praticando o ato visando fim proibido em lei (fl. 513)

Do mérito

A hipótese *sub judice* é bastante peculiar.

Não se trata de um ato de improbidade comum, corriqueiro, mas, sim, de um ato de demissão que, ao ver do *Parquet*, teria posto em risco a prestação de serviços médicos aos moradores do município de Petrolândia, pois motivado por uma vingança pessoal do Chefe do Poder Executivo contra profissional da área médica que, ao verificar que diversos funcionários de empresa instalada naquele Município encontravam-se enfermos pela impossibilidade de consumirem água durante o seu horário de trabalho, denunciou o fato ao órgão competente.

Não só o médico foi demitido, como também uma enfermeira.

A atitude do então Prefeito, nesse passo, corporificaria um ato ilegal — não haveria um motivo justo para a exoneração de Ewaldo Cesar Monteiro de Castro e Maristela Soares —, imparcial, e visava fim proibido em lei.

Traduziria, assim, um sentimento de revanche, porque aquela autoridade, ao que tudo indica, antevia que da denúncia adviria um prejuízo ao Município, diante do risco de a empresa encerrar as suas atividades na região.

Mas mesmo que esse risco existisse e viesse a se concretizar, nada autorizava a demissão dos servidores, que, em uma atitude altamente louvável, denunciaram a absurda e vil prática do empregador de impedir os trabalhadores de ingerirem água durante o expediente.

Atente-se, ainda, para o destempero do requerido no momento em que efetuou a demissão. Os autos dão conta de que agiu de forma intempestiva, agredindo verbal e até mesmo fisicamente o médico. Sim, porque arremessar-lhe um objeto e jogar contra ele uma mesa constitui um ato

físico. Não é, certamente, a conduta que se espera de um indivíduo normal, que dizer de um agente político.

Mas o que determina a caracterização de sua conduta como ímproba é a absoluta ausência de motivação idônea para a demissão e o alto grau de comprometimento de interesse público que dele resultou.

De acordo com a documentação de fls. 426-429, apenas dois médicos atuavam no Programa de Saúde Familiar, o que evidencia que o ato poderia colocar em risco o atendimento médico no Município. Em outras palavras, havia forte probabilidade de que a comunidade fosse severamente afetada. Serviço à saúde é serviço essencial. Felizmente, não há notícia de dano efetivo.

Daí a pertinência da assertiva de que foi vulnerado o princípio da eficiência e da lealdade à instituição por quem era o seu mais importante representante. Atuou o agente público, por corolário, em detrimento de interesses da coletividade.

Há dizer que a análise da prova levada a efeito na sentença, da boa lavra do Dr. Cláudio Márcio Areco Júnior, não deixa margem a nenhuma dúvida: a versão de que a reunião teria sido convocada para discutir a conduta do médico no atendimento dos pacientes, dita defeituosa e negligente, não é, de nenhum modo, convincente, tampouco o argumento de que a agressão teria partido do demitido. Além disso, as denúncias de mau atendimento parecem muito mais serem uma ficção, produzida a fim de dar respaldo ao ato de demissão. De se notar que as declarações que assim o afirmaram são posteriores ao ajuizamento da ação (fls. 398-399). Diga-se o mesmo dos depoimentos prestados pelos Secretários que presenciaram o ocorrido, como demonstrado na *sententia*.

Confira-se:

Mantendo-se “os olhos bem abertos” não é difícil observar até mesmo no depoimento pessoal do réu a comprovação da motiva-

ção da demissão do médico e da enfermeira. Diz o réu à fl. 460, quanto à empresa Dujutex – instalada num galpão de propriedade do Município de Petrolândia desde o segundo ano do mandato do réu como prefeito municipal – que três vereadores e a enfermeira Maristela (uma das pessoas demitidas) “reuniram-se para fazer a ‘armação que foi feita’ contra a empresa”. Não se sabe ao certo o que poderia ser tal “reunião” para “armação”, tanto mais por ter sido a enfermeira Maristela contratada (ou recontratada) menos de dois meses antes dos fatos (fl. 423). O médico Ewaldo fora contratado menos de cinco meses antes dos fatos (fl. 422). Com o respeito que todo cidadão merece, o que pode ser entendido como ‘armação’ são os documentos de fls. 398-399, datados de 06/03/08 (quatro meses após o ingresso da presente ação) que, na ótica então aplicada pelo Município de Petrolândia, serviriam para comprovar a necessidade da demissão do médico e da enfermeira por má prestação de serviços. Todavia, muito embora tenha o réu dito em seu depoimento de fl. 461 haver ‘várias reclamações’ quanto aos serviços prestados pelo médico, “não foi instaurado nenhum tipo de procedimento administrativo”. Segundo a testemunha André Cardoso – que às fls. 467-468 depôs sob compromisso, em que pese ser notório ter sido ele candidato a vice-prefeito na chapa encabeçada pelo réu no pleito municipal do último outubro – apesar das alegadas (e incomprovadas) reclamações quanto ao mau atendimento por parte do médico Ewaldo, este “não foi demitido porque sempre se tentava conversar para que se prestasse um melhor atendimento”. Assim, fica impossível acreditar – tanto mais ao se ler e reler a prova dos autos, mesmo o depoimento pessoal do réu e de suas testemunhas – que a demissão do médico e da enfermeira tivessem outra motivação que não a ‘denúncia’ contra a empresa Dujutex, aparentemente a ‘menina dos olhos’ do réu.

Ao que se percebe claramente dos autos, a atitude do réu em demitir irregularmente (sem motivação válida e sem qualquer vínculo com os princípios do direito administrativo, sem mais, nem menos!) um médico e uma enfermeira que atuavam junto ao PSF se deu logo após ter tomado ciência da “denúncia feita pelo médico Ewaldo contra dita empresa”. Não se pode conceber outra atitude que pudesse o médico tomar - segundo mesmo o código de ética médica – que não fosse a comunicação a órgãos de proteção dos trabalhadores quanto a possível ocorrência de restrição de direitos trabalhistas

que implicassem em potencial dano à saúde do trabalhador. A demissão sem motivação justa, além de causar óbvios e potenciais danos à municipalidade, deu-se em um rompante de histeria do réu, que parece desconhecer integralmente a responsabilidade do cargo que ocupa. Gize-se que o próprio réu - que nunca antes havia feito qualquer tipo de repreensão ao trabalho do médico (que ali estava há menos de cinco meses e que, segundo o réu, era um mau funcionário) - admite em depoimento pessoal que “então chamou o médico, juntamente com os secretários da administração e da saúde para conversa, indagando o médico o motivo pelo qual havia feito tal comunicado, dizendo que por se tratar de uma empresa “do município” e por ser o médico funcionário público municipal não deveria estar fazendo isto, e deveria ter primeiro comunicado ao depoente para que, se fosse o caso, fossem juntos realizar fiscalização ou solicitar o acompanhamento judicial; Que o médico disse que, caso tivesse que fazer novamente a mesma “denúncia” o faria; Que o depoente se exaltou e bateu com a agenda na mesa e disse que o médico não foi contratado para fazer isso e sim para cuidar da saúde; ... Que naquele momento o depoente demitiu o médico, durante a discussão;

A demissão da enfermeira Maristela segue a mesma linha de raciocínio despótico do réu. Sem qualquer desconforto – é o que se colhe do depoimento pessoal de fls. 460-461! – o réu demitiu a enfermeira Maristela logo após a demissão irascível do médico Ewaldo. Ambas as demissões ocorreram logo após ter o réu tomado ciência da “denúncia” contra a empresa Dujutex. Querer deixar de ligar tais fatos é o mesmo que não saber com um lápis ligar dois pontos afastados por um centímetro.

Faz o juízo aqui uma pausa para, perplexo, anotar que a portaria de fl. 126, firmada pelo réu, contratou cirurgiã dentista em 10/08/07, COM EFEITOS RETROATIVOS a 21/06/07 !?!?!

Retomando o raciocínio, diante do comportamento do réu, sua fragilíssima versão resta absolutamente afastada. Mesmo que desnecessário, transcreve-se abaixo trechos do depoimento pessoal do réu que não se coadunam sequer com o dizer das testemunhas por ele arroladas (ou estas entre si), André Cardoso (secretário da saúde) e Claudio Roberto Farias (secretário da administração), ambas

presentes na reunião que culminou com a demissão do médico e da enfermeira:

Diz o réu: “ Que naquele momento o depoente demitiu o médico, durante a discussão ...”

Diz o Secretário da Administração: “ Que o médico Ewaldo não foi demitido naquela reunião; Que soube no dia seguinte da demissão do médico .. Que não presenciou o réu telefonar para ninguém, posto que ficou conversando com o médico; Que não havia telefone na tesalá; “

Diz o Secretário da Saúde: Que no momento da reunião o réu ligou para a funcionária Ivone; Que não houve ofensas por telefone; Que o réu não a chamou de vagabunda; Que o prefeito telefonou para Ivone para a alertar que não possuía ela nenhum cargo de chefia, não podendo responder pelo prefeito ou pelo secretário “.

As atitudes contrárias às normas do direito administrativo pululam nestes autos, dos quais se colhe que após a demissão do médico e da enfermeira, outra suposta integrante da “máfia da armação”, a funcionária Ivone teve seu horário de trabalho alterado “coincidentalmente” após tal reunião, segundo a testemunha André, “por necessidades do próprio trabalho”. Todavia, retirando-se a peneira da frente do sol, percebe-se a motivação ilegal de tais atitudes, todas a corroborar a tese ministerial na inicial exposta. Gize-se que, mesmo sem admitir integralmente os fatos, disse a testemunha André (arrolada pelo réu e por ele nomeada Secretário Municipal de Saúde, e seu companheiro de chapa nas últimas eleições) que efetivamente no calor da reunião o réu telefonou para a funcionária Ivone. Sobre o tema, colhe-se do depoimento do réu – por ele próprio juntado à fl. 65 – pitoresco quadro de improbidade administrativa diante da gritante impessoalidade da narrativa. Para pasmar este juízo (que espera nunca se acostumar com desmandos de tal natureza, em que peso os ver com pouca raridade), disse o réu que o médico “primeiramente trabalhava em companhia de Ivone, Maristela e outra enfermeira... Que como Ivone é sua adversária política, desde que o médico chegou começou a criar atrito EM DESFAVOR DO DECLARANTE, e para evitar maiores problemas resolveram trocar o turno de Ivone ... Confirma que mencionou caso Ivone continuasse a criar atrito, MANDARIA ela trabalhar nos Postos de Saúde do Interior”.

Infelizmente, as coisas assim se apresentavam na administração pública municipal de Petrolândia, na qual o mandatário informa que “não é realizado processo seletivo por receio de ter o município que custear os salários em caso de término de repasse de valores pelo governo federal; Que entende que o processo seletivo efetiva o servidor após dois anos; Que os agentes de saúde são contratados mediante processo seletivo, com contrato que tem validade de dois anos; Que em relação à estas funções foi feito processo seletivo por ser o salário pago muito menor do que aquele para médicos e enfermeiras”, e que o Secretário da Saúde afirma que “não sabe se servidores celetistas são parte passiva legítima em sindicâncias ou processos administrativos disciplinares; Que o médico não foi demitido porque sempre se tentava conversar para que se prestasse um melhor atendimento ... Que desconhece a necessidade de motivação para o ato administrativo; ... Que por experiência e análise visual entendeu não existir problema na empresa”.

No tocante à já consignada notória potencialidade danosa da demissão de uma enfermeira e um médico (50% da equipe médica do PSF de Petrolândia), nova contradição entre o depoimento do réu e de sua testemunha, o sr. Secretário da Saúde, afirmando este último – e assim corroborando a tese ministerial que vai por este juízo acolhida - que devido a dificuldade de contratar profissionais médicos e enfermeiros para o PSF, não é feito processo seletivo, correndo-se atrás e se contratando de forma direta...”.

Por tudo que já foi dito – ao que se alia a aplicação do raciocínio lógico – não se tem por duvidosos os depoimentos das testemunhas Ewaldo e Maristela (fls. 462-466), dos quais se destacam trechos:

Diz a enfermeira Maristela: Que nunca sofreu sindicância ou qualquer procedimento administrativo; Que nunca recebeu advertência de alguém; Que foi demitida; Que o médico Ewaldo questionou a depoente sobre saber a origem de tantas mulheres com infecção urinária, perguntando se isto sempre ocorria ou era recente; Que a depoente disse nada saber mas questionou uma agente de saúde de nome Janete Brandt, tendo esta informado que havia queixas de muitas funcionárias de uma empresa instalada no município em razão de restrições que tinham para beber água para que não utilizassem o banheiro; Que conversou com o médico Ewaldo a respeito, concluindo ambos que ali estava a causa do problema; Que

indagou ao médico José Jurado Abriu; obstetra e médico do trabalho que presta serviços também em Petrolândia, sobre a possibilidade de ir conversar com a direção da fábrica; Que este médico do trabalho informou que por ser empresa privada a depoente e os demais integrantes do PSF não tinham autoridade sobre o local; Que a depoente então telefonou para o sindicato dos trabalhadores e indústria têxtil de Rio do Sul, relatando a situação, sendo pelo sindicato solicitado o encaminhamento do relato por escrito; Que a depoente confeccionou o relato que foi assinado pelo médico Ewaldo, encaminhando por fax ao sindicato; Que trabalhou normalmente na manhã de sua demissão e a tarde recebeu o comunicado por carta, entregue por funcionário motorista da secretaria de saúde; Que foi ao banco BESC, por não ter telefone em casa, e de lá ligou para a prefeitura municipal, e ao conversar com o réu o indagou sobre a motivação da demissão; Que o réu disse que a depoente deveria saber, por ter se juntado com a “corja” do PSF, dizendo não querer mais ver a depoente em sua frente ou no posto de saúde; Que não recorda ao certo mas o réu pode ter dito algo ao telefone sobre a empresa ter sido vistoriada e multada; Que o réu disse que Ivone, técnica em enfermagem do PSF e vereadora iria trabalhar no interior do município e o médico Ewaldo iria “sumir”; Que no mesmo dia, pessoalmente, conversou com o secretário da saúde, tendo ele dito não saber de nada sobre a demissão; Que o secretário disse que haviam encontrado o ofício encaminhado ao sindicato em uma pasta com o nome da depoente, arquivada eletronicamente no computador das enfermeiras do PSF; Que esclarece que o secretário André informou que tal arquivo foi o motivo da demissão; Que os trabalhadores do PSF têm obrigação de cuidar da prevenção às doenças; Que viu, assim como outras pessoas, funcionárias daquela empresa levando travesseiros para sentar para ter mais conforto porque ficavam muito tempo sentadas; Que a depoente trabalhava na equipe do PSF junto ao médico Ewaldo, que sempre prestava bom atendimento; Que antes da demissão a depoente nunca havia ouvido reclamações do trabalho de Ewaldo; Que o médico Ewaldo foi o único que a depoente viu cumprir efetivamente o horário de serviço, sendo prestativo com os pacientes, abrindo a porta e a eles estendendo a mão. DADA A PALAVRA AO PROCURADOR DO MUNICÍPIO, às perguntas respondeu: Que pelo que recorda, foi demitida em uma segunda feira e retomou o trabalho na quinta feira seguinte; Que não houve prejuízo naqueles dias posto que técnicas

de enfermagem realizaram o serviço que seria feito pela depoente. DADA A PALAVRA AO PROCURADOR DO RÉU, às perguntas respondeu: Que a equipe de PSF da depoente era integrada pela depoente, um médico, duas técnicas de enfermagem e uma auxiliar de limpeza; Que a enfermeira é quem chefia tal equipe; Que na época, o secretário de saúde era chefe imediato da depoente, assim como do médico; Que há três meses deixou de trabalhar para o município de Petrolândia, por iniciativa própria, por ter passado em concurso público no município de Aurora; Que José Jurado Abril é contratado pelo município de Petrolândia como ginecologista e obstetra; Que acredita que tal médico não prestasse serviços à empresa Dujutex; Que não atendeu nenhuma paciente com queixa de infecção urinária, mesmo porque a enfermagem não trabalha com diagnóstico; Que Ivone é vereadora por partido de oposição ao réu; Que o médico Ewaldo se desligou do município de Petrolândia após a depoente; Que apesar da sobrecarga da outra equipe de PSF, a depoente acredita não ter havido colapso do sistema de saúde de Petrolândia com a demissão da depoente e do médico Ewaldo; Que não relatou o fato ocorrido na empresa Dujutex ao secretário de saúde, talvez por inexperiência da depoente; Que não tentou visitar as dependências da empresa, por não saber se seriam recebidos; Que a empresa estava instalada há aproximadamente um ano.

Diz o médico Ewaldo: “Que antes dos fatos já atendeu outras funcionárias da empresa Dujutex, inclusive uma gestante; Que a gestante informou haver sido impedida de tomar água durante o horário de trabalho; Que a gestante apresentava hipotensão arterial e desidratação; Que comunicou o fato à diretora do hospital; Que enfermeira presenciaram o fato durante a internação da paciente; Que posteriormente encaminhou denúncia assinada ao Sindicato dos Trabalhadores em Rio do Sul; Que o depoente digitou o documento; Que a enfermeira Maristela não teve nenhuma participação em tal episódio; Que por telefone foi avisado pelo secretário de saúde que deveria comparecer à prefeitura para prestar esclarecimentos sobre o ocorrido; Que na reunião houve a participação do réu, do secretário de administração e do secretário de saúde; Que relatou o ocorrido tal como acima mencionado, ocorrendo por parte do réu reação abrupta e inesperada, lançando por duas vezes a agenda na direção do depoente, na primeira vez ao cair no chão foi ela juntada, pelo que recorda pelo secretário de saúde, sendo nova-

mente lançada e permanecendo sobre a mesa; Que em nenhuma das vezes a agenda atingiu o depoente; Que tem o dever perante os conselhos federal e estadual de medicina de realizar o comunicado tal como acima dito; Que antes e depois do lançamento de agenda o réu xingou o depoente de vagabundo, sem vergonha e cafajeste; Que o réu continuou alterado e chingando o depoente e todos os funcionários do posto de saúde, ameaçando demitir o depoente e demais funcionários; Que o depoente perguntou se o réu poderia legalmente fazer aquilo, e o réu disse “quem manda sou eu, eu sou o prefeito”, virando a mesa sobre o depoente e o secretário de saúde; Que a mesa bateu em ambos e foi segurada por estes; Que o réu disse para o depoente sair, dizendo que estava expulso e demitido, porque não poderia ter feito nenhuma denúncia sem autorização dele; Que o depoente tentou se defender e agredir o réu, indo em sua direção, porem não o alcançou, quando o secretário de saúde colocou a mão no braço do depoente e pediu que não fizesse aquilo; Que o depoente então saiu da sala; Que o réu, durante a discussão, telefonou para a enfermeira Ivone; Que o réu imaginava haver contra ele um complô no posto de saúde, onde trabalhava Ivone; Que o réu chamou Ivone de vagabunda; Que o depoente não tem e nunca teve filiação político partidária; Que a enfermeira Maristela também foi demitida no dia seguinte, pelo que recorda, pelo envolvimento no suposto complô; Que havia cirurgias marcadas para os dias seguintes, dentre estas algumas com participação de anestesista de Ituporanga; Que estavam tentando reativar o centro cirúrgico do hospital; Que o secretário André não tentou reverter a demissão; Que não foi sindicado ou participou de algum procedimento administrativo devido a má qualidade do atendimento que poderia prestar; Que antes dos fatos não foi advertido em nenhum momento; Que existe, na grande Florianópolis, a concentração de médicos, havendo dificuldade de interiorização; Que o salário na grande Florianópolis é equivalente ao de Petrolândia. DADA A PALAVRA AO PROCURADOR DO RÉU, às perguntas respondeu: Que iniciou a trabalhar em Petrolândia em 07/07/07, e atualmente não mais trabalha em Petrolândia, pedindo demissão este ano, para trabalhar em Ituporanga; Que foi contratado pelo secretário de saúde; Que não participou de processo seletivo; Que já trabalhou em outros municípios antes de Petrolândia; Que é a primeira vez que trabalha em PSF; Que recorda do paciente Pedro Wenke e Teresinha Miranda Nienkötter; Que tais pessoas realizaram “denúncia” junto

ao conselho regional de medicina, estando o depoente a responder a dois pedidos de esclarecimento, o que ainda não se encerrou; Que as “denúncias” foram feitas após a demissão supra mencionada; Que a reclamação da Sra. Teresinha é de falha no diagnóstico; Que uma gestante precisa tomar água 10 a 15 vezes por dia e urinar mais em consequência; Que a gestante informou ser impedida também de ir ao banheiro; Que os fatos relatados acima foram causa determinante da hipotensão arterial e desidratação; Que não recorda o nome da paciente, mas possui anotado; Que não está com suas anotações neste recinto; Que poderá, em dez dias, fornecer o nome, eis que entregou a anotação à sua advogada que se encontra em São Paulo; Que nenhum outro funcionário da empresa Dujutex apresentou sintomas de desidratação; Que não conhece as dependências da empresa; Que não comunicou o fato ao secretário de saúde, que era chefia imediata à época; Que não comunicou ao secretário por já ter comunicado à direção do hospital; Que não procurou a direção da empresa para relatar o fato; Que não recorda quanto tempo depois dos fatos ocorridos que culminaram com a demissão o depoente concedeu entrevista à rádio Sintonia; Que na entrevista não utilizou palavras de baixo calão; Que se referiu ao prefeito como bandido; Que a concentração de médicos na grande Florianópolis é comprovada pelo censo do conselho regional de medicina; Que recebe mensalmente aproximados R\$ 7.000,00 do PSF.”.

Diante do contido nos autos, mesmo sem se saber o exato motivo da atuação do réu, fato é que a atitude temerária de demissão do médico e da enfermeira – repita-se, 50% da equipe médica de PSF do município – ocorreu como forma de proteção, mesmo que por via transversa, de interesse particular de uma empresa privada, em detrimento do interesse coletivo de todos os municípios. E, mais, viu-se com cristalinidade caribenha que a impensada atitude do réu se deu como forma de perseguição a desafetos administrativos ou políticos, com o que não pode pactuar o Poder Judiciário. Atingidos, desta maneira, os princípios constitucionais que norteiam a administração pública, violando os deveres de imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições, praticando o ato visando fim proibido em lei.

Por salutar, transcrevo excertos das contrarrazões oferecidas pelo Ministério Público, por seu culto representante Dr. Fabiano Francisco

Medeiros, o qual, por sua vez, reproduz as alegações finais oferecidas pelo autor da *actio*:

A redefinição do princípio da razoabilidade como meio limitador à atuação do Poder Público, no sentido de vedar restrições desarrazoadas e inadequadas a direitos subjetivos dos cidadãos, acaba por reclamar o alargamento da atuação do Poder Judiciário, a fim de proteger os cidadãos da atuação injusta e desproporcional do Estado, onde quer que se alojem tais vícios. O novo conteúdo conferido ao princípio da razoabilidade apresenta a insofismável consequência de agigantar a atuação do Poder Judiciário, abrindo-lhe possibilidade ao exame do mérito das leis e atos administrativos. Conforme sustenta Carlos Roberto de Siqueira Castro, “a ampliação da competência judicante a ponto de possibilitar aos juízes e tribunais o controle meritório dos atos do Poder Judiciário conduz à justificável proeminência dos órgãos do Poder Judiciário na disputa decisória quanto à razoabilidade e racionalidade das leis e dos atos administrativos. Não se pode negar a justiciabilidade do mérito administrativo, sob o fundamento de que as questões referentes ao mérito administrativo não podem ser revistas pelo Poder Judiciário, pois que, estaria o juiz atuando como administrador, em afronta ao princípio da separação dos Poderes [...]. Segundo o entendimento de Johnson Barbosa Nogueira, ‘não é aceitável o mito de que o mérito do ato administrativo é insidicável, bem como os atos discricionários [...]. Todo ato administrativo é passível de controle. Não há ato *a priori* excluído da apreciação jurisdicional, segundo SAYAGUÉS LASO’. Pode-se concluir, pois, que onde há poder governamental ilimitado não há Estado de direito e, tampouco, Estado democrático de direito. É que as questões de mérito derivam da discricionariedade, e são, em última análise, a sua própria medida. O mérito administrativo, portanto, configura-se naquela faixa decisória em que o administrador, segundo apreciação subjetiva, preenche a finalidade da norma com uma medida capaz de alcançar o resultado pretendido. Ocorre que, por vezes, o agente administrativo transborda a legitimidade de sua apreciação meritória, editando medidas inadequadas que restringem de forma desarrazoada direitos subjetivos dos cidadãos. Se a apreciação meritória do administrador se mostra desarrazoada e desproporcional, é certo que não está ajustada à moldura legal – lei em sentido lato, reclamando o legítimo controle jurisdicional a fim de garantir a invalidação da excessiva restrição ao direito

subjetivo dos cidadãos. Se a atuação administrativa limita de modo inadequado e desproporcional determinado direito fundamental, ilegítima se mostra a medida adotada, viciada quanto aos aspectos de mérito ou de legalidade, gravitando fora do campo da legítima atividade discricionária (CRISTÓVAM, Sérgio da Silva. *Algumas considerações acerca do controle jurisdicional do mérito administrativo. Jus Navigandi*, Teresina, ano 9, n. 802, 13 set. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?Id=7258>>, acesso em 21-9-2009).

[...]

“A ação do réu, ao demitir dois funcionários da área de saúde na defesa de interesses privados da mesma empresa Dujutex Têxtil, acabou por prejudicar a coletividade do município de Petrolândia, que certamente sofreria com o desfalque no atendimento médico. Restou caracterizada, portanto, a prática de ato com desvio de finalidade, visto que privilegiado interesse privado em detrimento de interesse público. Com isto, restaram ofendidos os princípios da impessoalidade, da eficiência e da moralidade administrativa.

Os fatos descritos na inicial foram demonstrados durante a instrução processual, pelo que se vê da leitura do depoimento pessoal do réu (fls. 460-461), do depoimento das testemunhas Ewaldo e Maristela (fls. 463-466) e dos documentos juntados pelo Município (fls. 421-428).

Do depoimento pessoa do réu, restou comprovado que o móvel dos atos de exoneração por ele emitidos foi efetivamente a defesa dos interesses privados da empresa denunciada [...].

[...].

Restou incontroverso, ainda, que a demissão de Maristela Soares deu-se única e exclusivamente em razão de ter prestado informações relativas às condições de trabalho na empresa Dujutex ao sindicato dos trabalhadores e indústria têxtil de Rio do Sul, conforme o depoimento prestado às fls. 465-466.

Por fim, os documentos trazidos pelo Município (fls. 421-428) demonstram que além de Ewaldo havia apenas um outro médico contratado pelo município de Petrolândia à época de sua demissão, do que se denota o evidente prejuízo à população advindo da con-

duta ímproba do réu, não tivesse o juízo determinado a reintegração liminar dos referidos agentes.

Assim, conclui-se que houve efetiva lesão ao princípio da impessoalidade, em razão da prática de conduta com o objetivo de resguardar interesse particular ainda que com prejuízo ao interesse público, lesando o direito à saúde da população do Município.

Sobre o princípio da impessoalidade, disserta a doutrina:

“Nele se traduz a idéia de que a Administração tem que tratar a todos os administrados sem discriminações, benéficas ou detrimetosas. Nem favoritismo nem perseguições são toleráveis. Simpatias ou animosidades pessoais, políticas ou ideológicas não podem interferir na atuação administrativa e muito menos interesses sectários, de facções ou grupos de qualquer espécie. O princípio em causa não é senão o próprio início da igualdade ou isonomia. Está consagrado explicitamente no art. 38, *caput*, da Constituição. Além disso, assim como “todos são iguais perante a lei” (art. 5º, *caput*), *a fortiori* teriam de sê-lo perante a Administração (BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2007. p 110).

Porque invocada a impossibilidade de o Poder Judiciário adentrar na análise do mérito do ato administrativo, cumpre deixar absolutamente claro que o escopo da ação é o reconhecimento da improbidade, resultante das consequências do ato de demissão, questão essa que transcende tal ato em si.

Não é demais ressaltar, de outro vértice, que o representante do Ministério Público atuante no processo, pelo teor de seus argumentos, dá a entender que o ex-prefeito era indivíduo dado a desmandos, a crises de onipotência (fl. 4).

No que concerne ao elemento subjetivo, o Superior Tribunal de Justiça dá efetivo respaldo à tese de que a responsabilização do agente público, nos casos em que se acena com a ofensa aos princípios administrativos, só tem lugar se comprovada a má-fé ou o dolo (REsp n. 1.116.754, rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJ 25-4-2010; REsp 1074090/RS rel. Min. Luiz Fux).

Há precedentes desta Corte que seguem igual norte, *v.g.* Apelação Cível n. 2007.019703-6, rel. Des. Subst. Paulo Henrique Moritz Martins da Silva; Apelação Cível n. 2008.030542-3, de Anita Garibaldi, de minha relatoria; Apelação Cível n. 2007.025271-0, de Lages, rel. Des. Subst. Paulo Henrique Moritz Martins da Silva; Apelação Cível n. 2006.037286-8, de Xanxerê, rel. Des. Jaime Ramos; dentre outros.

In casu, as peculiares circunstâncias que cercam a hipótese evidenciam o nítido intuito da parte de praticar um ato que é, sabidamente, imoral, ilegal e injusto, e ditado por um sentimento de onipotência. Não é possível que o agente público não tivesse ciência do que as demissões poderiam acarretar.

Dosimetria da pena

Foram aplicadas todas as penas previstas no artigo 12, inciso III, da Lei n. 8.429/1992, no mínimo legal (três anos), e a multa foi arbitrada em R\$ 15.000,00 (quinze mil reais), excetuado o ressarcimento integral do dano, porque não ocorrente *in casu*.

Art. 12. Independentemente das sanções penais, civis e administrativas previstas na legislação específica, está o responsável pelo ato de improbidade sujeito às seguintes cominações, que podem ser aplicadas isolada ou cumulativamente, de acordo com a gravidade do fato: (Redação dada pela Lei nº 12.120, de 2009).

III - na hipótese do art. 11, ressarcimento integral do dano, se houver, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de três a cinco anos, pagamento de multa civil de até cem vezes o valor da remuneração percebida pelo agente e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de três anos.

Parágrafo único. Na fixação das penas previstas nesta lei o juiz levará em conta a extensão do dano causado, assim como o proveito patrimonial obtido pelo agente.

Embora não haja impugnação específica do requerido sob tal aspecto, reiteradas vezes decidiu-se que é possível proceder à adequação das sanções impostas na instância *ad quem*.

Nesse ponto, subjaz tema de suma importância, pertinente à aplicação das sanções à luz dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

A respeito, merece destaque a lição de Emerson Garcia e Rogério Pacheco Alves (*op. cit.*, p. 404-409), de que, muito embora a regra geral da norma inscrita no art. 12 da Lei n. 8.429/1992 seja a aplicação cumulativa das penalidades nele descritas, há casos em que o julgador possui discricionariedade para aplicá-las, simultaneamente, com a exemplaridade e a proporcionalidade com o dano ocasionado pela conduta do agente ímprobo:

“As lacunas da lei, aliadas a uma sistematização inadequada dos preceitos que regulam a matéria, tornam imperativa a fixação de diretrizes para a individualização das sanções, a análise da possível discricionariedade do julgador em aplicar somente algumas dentre aquelas previstas nos incisos do art. 12 da Lei n.º 8.429/92 e a identificação das sanções cabíveis, em havendo simultânea subsunção do ato ao estatuído nos arts. 9º, 10 e 11, o que, em tese importaria na aplicação de todas as sanções previstas nos incisos I, II e III do art. 12.

A subsunção de determinada conduta a um padrão normativo torna inevitável que o observador seja inconscientemente conduzido à formação de um estado mental tendente à identificá-la com todas as demais que tenham se subsumido ao mesmo preceito legal.

No entanto, tal identidade certamente não resiste a uma maior reflexão, isto porque as condutas apresentarão distinções que variarão consoante a intensidade do elemento volitivo que as deflagrou, as peculiaridades dos sujeitos ativo e passivo, a conjuntura do momento de sua prática, a dimensão dos possíveis danos causados e os reflexos que gerou no organismo social.

(...)

Conforme o art. 37, § 4º, da Constituição da República, deveria o legislador infraconstitucional estabelecer os critérios de gradação das sanções a serem aplicadas ao agente ímprobo. Nada impedia que fosse estabelecido um escalonamento das sanções consoante as condições do agente e as conseqüências da infração, cominando, de forma cumulativa ou alternada, aquelas previstas no texto constitucional - suspensão dos direitos políticos, perda da função pública e ressarcimento ao erário - e outras mais.

Regulamentando o preceito constitucional, estabelece o art. 12 da Lei n.º 8.429/92, em cada um de seus três incisos, as sanções que serão aplicadas às diferentes formas de improbidade, elenco este que se encontra previsto de forma aglutinativa, separado por vírgulas e cuja última sanção cominada foi unida ao todo pela conjuntiva 'e'.

Em razão de tal técnica legislativa, inclinamo-nos, como regra geral, pela imperativa cumulatividade das sanções, restando ao órgão jurisdicional a discricionariedade de delimitar aquelas cuja previsão foi posta em termos relativos, quais sejam: a) suspensão dos direitos políticos - 8 (oito) a 10 (dez) anos, inc. I / 5 (cinco) a 8 (oito) anos, inc. II / 3 (três) a 5 (cinco) anos, inc. III; multa civil - até 3 (três) vezes o valor do acréscimo patrimonial, inc. I / até 2 (duas) vezes o valor do dano, inc II / até 100 (cem) vezes o valor da remuneração percebida pelo agente, inc. III.

Além do aspecto gramatical, já que não utilizada a disjuntiva 'ou' na cominação das sanções, deve-se acrescer que não caberia ao Poder Judiciário, sob pena de mácula ao princípio da separação dos poderes, deixar de aplicar as reprimendas estabelecidas pelo legislador, de forma cumulativa, consoante expressa autorização constitucional.

Releva notar, no entanto, que as sanções de ressarcimento do dos danos causados ao patrimônio público e perda dos valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio do agente, conforme deflui da própria redação dos incisos do art. 12 da Lei n.º 8.429/92, somente serão passíveis de aplicação em estando presentes os pressupostos fáticos que as legitima, quais sejam, o dano ao patrimônio público e o enriquecimento ilícito. Do mesmo modo, não se pode aplicar a sanção de perda da função pública ao terceiro que não possua qualquer vínculo com o Poder Público.

Qualquer que seja a seara, somente se pode falar em liberdade do julgador na fixação da reprimenda em havendo expressa autorização legal, o que deflui dos próprios princípios norteadores do sistema repressivo. Isto porque a sanção, a um só tempo, representa eficaz mecanismo de garantia dos direitos do homem - o qual somente pode tê-los restringidos com expressa previsão legal - e o instrumento de manutenção da paz social, sendo a materialização dos anseios dos cidadãos expressos através de seus representantes.

Em razão da própria natureza da conduta perquirida, não haveria que se falar, inclusive, em adstrição do órgão jurisdicional a uma possível delimitação do pedido, pois, tratando-se de direito eminentemente indisponível, não compete ao autor da demanda restringir as conseqüências dos atos de improbidade, restando-lhe, unicamente, deduzir a pretensão de que sejam aplicadas as sanções condizentes com a causa de pedir que declinara na inicial.

Conforme frisamos, a aplicação cumulativa das sanções é a regra geral, a qual, em situações específicas, e devidamente fundamentadas, pode sofrer abrandamentos, o que permitirá a adequação da Lei n.º 8.429/92 à Constituição da República.

Tal posição, longe de macular o equilíbrio constitucional dos poderes e conduzir ao arbítrio judicial, viabilizará a formulação de interpretação conforme a Carta Magna e atenuará a dissonância existente entre a tutela dos direitos fundamentais e a severidade das sanções cominadas.

O elemento volitivo que informa o ato de improbidade, aliado à possível preservação de parcela considerável do interesse público, pode acarretar uma inadequação das sanções cominadas, ainda que venham a ser fixadas no mínimo legal. À guisa de ilustração, observe-se que a aplicação das sanções de perda da função pública e suspensão dos direitos políticos ao agente que culposamente dispense a realização de procedimento licitatório apresenta-se em flagrante desproporção com o ilícito praticado, o que redundará no estabelecimento de um critério de proporcionalidade.

Para auferir tal resultado, a Suprema Corte norte-americana utilizou como cláusula de compatibilização o princípio do devido processual legal, originariamente uma garantia processual, mas posteriormente utilizado em uma concepção substantiva (*substantive due proces-*

sess). A atuação estatal deveria ser submetida a um teste de racionalidade (*rationality test*), sendo aferida sua compatibilidade com o comando constitucional a partir de um padrão de razoabilidade (*reasonable standard*).

O Tribunal Federal Constitucional Alemão, ao aferir a constitucionalidade de restrições aos direitos fundamentais, tem adotado a ‘teoria dos degraus’ (*Stufentheorie*). De acordo com essa teoria, as restrições deverão ser efetuadas em diversos degraus, iniciando pela conduta dotada de menor potencialidade lesiva e ascendendo para os sucessivos degraus, com a conseqüente exasperação das restrições, conforme aumente o padrão de lesividade e a reprovabilidade da conduta. Com isto, é respeitada a dignidade da pessoa humana e observado o princípio da proporcionalidade.

Considerando que a suspensão dos direitos políticos importa em restrição ao exercício da cidadania e a perda da função pública em restrição ao exercício de atividade laborativa lícita, afigura-se clara a desproporção existente entre tais sanções e o ato do agente que, como no exemplo referido, dispense culposamente a realização de um procedimento licitatório. A reprimenda ao ilícito deve ser adequada aos fins da norma, resguardando-se a ordem jurídica e as garantias fundamentais do cidadão, o que preservará a estabilidade entre o poder e a liberdade.

A inexistência de preceitos normativos que permitam identificar de forma apriorística as condutas excluídas da regra geral acima enunciada torna imperativo o estabelecimento, pela doutrina, ainda que de forma singela, de parâmetros de adequação. Para tanto, torna-se possível identificar a proporcionalidade entre a sanção e o ilícito a partir da análise do elemento volitivo do agente e da possível consecução do interesse público.

Ao agente público somente é permitido agir nos limites em que a lei lhe autorize, sendo vasto o elenco de princípios e regras de conduta previstos no ordenamento jurídico. O agente cujos atos sejam informadores por um elemento frontalmente dirigido a fim diverso daquele previsto em lei apresentar-se-á em situação distinta daquele que tiver seu obrar intitulado de ilícito em virtude de uma valoração inadequada dos pressupostos do ato ou dos fins visados.

Por tal razão, ao ato culposo poderão ser aplicadas sanções mais brandas, já que o resultado ilícito não fora deliberadamente visado pelo agente. Note-se, no entanto, que a culpa grave - entendida como tal aquela que ocupa o ápice da curva ascendente de previsibilidade - poderá ter seus efeitos eventualmente assimilados aos do ato doloso.

Além do elemento volitivo, deve ser analisada a consecução do interesse público, o qual foi erigido à categoria de princípio fundamental pela Constituição da República (art. 3º, IV). Em sendo parcialmente atingido o interesse público, afigura-se igualmente desproporcional que ao agente sejam aplicadas as mesmas reprimendas destinadas àquele que se afastou integralmente de tal fim, logo, em hipóteses tais, as sanções aplicadas também deverão variar conforme a maior ou a menor consecução do interesse público.

Rememore-se que, na hipótese, não ficou comprovado o dano ao erário, pelo que inviável a sanção de ressarcimento.

São adequadas, diante das particularidades do caso concreto, todas as penalidades impostas, exceção feita à perda da função pública. Quanto à multa, convém dizer que não se sabe ao certo a origem do valor de R\$ 15.000,00. A lei adota como referência a remuneração do agente, sobre a qual não veio nenhuma informação nos autos. Diante disso, modifica-se a decisão para adequá-la ao que dispõe a lei, de modo que a multa seja fixada em valor correspondente a três vezes a última remuneração do requerido, desde que não ultrapasse aquele montante.

Acresce-se que a sujeição do réu à cominação da suspensão dos direitos políticos, embora reprimenda das mais severas, tem lugar na espécie pelo evidente risco à consecução de interesse público que resultou da conduta ímproba.

Pelo exposto, dá-se parcial provimento ao recurso apenas para afastar a penalidade de perda da função pública, de modo que subsistem as de suspensão dos direitos políticos pelo prazo de três anos; a proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais

ou credíctios, direta ou indiretamente, ainda que por meio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário pelo prazo de três anos e a da multa civil, que deve corresponder a três vezes a última remuneração do agente, desde que não ultrapasse a quantia de R\$ 15.000,00.

Comunique-se o teor desta decisão ao Juiz Eleitoral da circunscrição em que o apelante mantém o seu domicílio eleitoral.

DECISÃO

Ante o exposto, a Câmara decidiu, por votação unânime, prover parcialmente o recurso.

O julgamento, realizado no dia 18 de maio de 2010, foi presidido pelo Exmo. Sr. Des. Newton Trisotto, com voto, e dele participou o Exmo. Sr. Des. Subst. Paulo Henrique Moritz Martins da Silva. Funcionou como representante do Ministério Público o Exmo. Sr. Dr. Paulo de Tarso Brandão.

Florianópolis, 8 de junho de 2010.

Vanderlei Romer
RELATOR

Apelação Cível n. 2010.027791-8, de Chapecó

Relator: Des. Vanderlei Romer

ADMINISTRATIVO E CIVIL. PRETENSÃO DE REPARAÇÃO CIVIL CONTRA A FAZENDA PÚBLICA. PRAZO PRESCRICIONAL. DISCIPLINA DO DECRETO N. 20.910/1932. PREVALÊNCIA SOBRE AS DISPOSIÇÕES DO ESTATUTO MATERIAL DE 2002.

O Grupo de Câmaras de Direito Público, no julgamento do Agravo de Instrumento n. 2008.005604-9, firmou a orientação de que o Decreto n. 20.910/1932 regula a prescrição de todo e qualquer direito ou ação contra a Fazenda Pública, entendimento esse, logicamente, aplicável também quando a prescrição for desfavorável ao ente público (AI n. 2008.012614-0, de Brusque, rel. Des. Vanderlei Romer, j. 14-7-2009).

RESPONSABILIDADE CIVIL. ASSALTO PRATICADO POR QUADRILHA DA QUAL DOIS DOS INTEGRANTES ERAM FUGITIVOS DE PENITENCIÁRIA AGRÍCOLA. TEMPO EXÍGUO DECORRIDO ENTRE A FUGA E O COMETIMENTO DO ROUBO. CIRCUNSTÂNCIA QUE NÃO PODE SER OLVIDADA PARA A VERIFICAÇÃO DO NEXO DE CAUSALIDADE. FALHA NO DEVER DE VIGILÂNCIA. AUTOR SUBMETIDO À VIOLÊNCIA FÍSICA E MORAL. EVENTO DANOSO QUE GERA GRAVES DISTÚRBIOS PSICOLÓGICOS AO APELADO, ALÉM DA DOENÇA DENOMINADA *ALOPECIA AREATA*, DA QUAL RESULTA A PERDA TOTAL DE CABELOS E PELOS DO CORPO. APLICAÇÃO DA TEORIA SUBJETIVA. DANO MORAL CARACTERIZADO. DEVER DE INDENIZAR.

Comprovado que o assalto do qual foi vítima o autor foi praticado por presidiários que escaparam do sistema penitenciário poucas horas antes da ocorrência do infeliz evento, sem pronta

tentativa de recaptura, bem como o abalo psíquico suportado pelo demandante, responde o ente público pelos danos morais causados pelos seus custodiados, porquanto foi negligente na guarda e vigilância dos detentos.

QUANTUM INDENIZATÓRIO FIXADO EM R\$ 120.000,00. REDUÇÃO PARA R\$ 50.000,00 (CINQUENTA MIL REAIS).

Consoante dispõe o art. 944 do Código Civil atual, a indenização mede-se pela extensão do dano. Para sua quantificação deve-se observar os critérios da razoabilidade e da proporcionalidade, uma vez que “tem como escopo o reconforto e o consolo da parte lesada por uma ofensa à sua honra subjetiva, tendo ela, dentro desse ‘desiderato’, as funções de compensar o ofendido e de penalizar o ofensor, dentro de critérios de proporcionalidade e de equidade, não podendo servir como fonte de ganhos indevidos para o lesado [...]” (Ap. Cív. n. 2007.035797-9, de Itajaí, rel. Des. Trindade dos Santos, j. em 20-2-2008).

No caso em debate, sopesadas as circunstâncias em que o fato ocorreu, condições do ofensor e do ofendido, além do grau de repercussão do fato no âmbito moral da vítima, a verba indenizatória merece ser reduzida para R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), porquanto assegura uma justa compensação ao autor pelo abalo sofrido e revela-se mais condizente com a situação delineada nos autos.

JUROS DE MORA. TERMO A QUO. FIXAÇÃO A CONTAR DA DATA DO EVENTO LESIVO. PRETENDIDA INCIDÊNCIA A PARTIR DO TRÂNSITO EM JULGADO DA SENTENÇA. HIPÓTESE DE RELAÇÃO EXTRA CONTRATUAL EM QUE OS JUROS FLUEM, POR VIA DE REGRA, DA DATA DO FATO. PECULIARIDADE DO CASO QUE NÃO COMPORTA TAL

SOLUÇÃO. *QUANTUM* INDENIZATÓRIO MODIFICADO POR MEIO DESTE ARESTO. CONSIDERAÇÃO DA DATA DESTE JULGAMENTO COMO MARCO INICIAL DOS JUROS MORATÓRIOS.

Embora se entenda, na culpa extracontratual, que os juros de mora correm a partir do evento danoso, consoante a Súmula 54 do Superior Tribunal de Justiça, é interpretação razoável que a regra seja aplicável quando o evento danoso for material ou, hipótese diversa, constatável e aferível ao tempo do ato ilícito.

Ocorre que “[...] em se tratando de indenização por danos morais, a incidência da correção monetária e juros moratórios inicia-se da data da prolação da decisão que fixa o quantum indenizatório, uma vez que, a partir daí, o valor da condenação torna-se líquido” (Apelação Cível n. 1.0194.07.078147-2/001, da comarca de Coronel Fabriciano/MG, rel. Des. Elpídio Donizetti, j. 23-9-2008). No mesmo sentido: Apelação Cível n. 1.0017.05.014367-0/001, comarca de Almenara/MG, rel. Des. José Affonso da Costa Côrtes, j. 14-8-2008; Apelação Cível n. 633.032-5, da comarca da região metropolitana de Curitiba/PR, rel. Des. Albino Jacomel Guérios, j. 21-1-2010; Apelação Cível n. 0619694-3, da comarca de Palmas/PR, rel. Des. Nilson Mizuta, j. 21-1-2010; Apelação Cível n. 2009.033964-7, da comarca de Campo Grande/MS, rel. Des. Paschoal Carmello Leandro, j. 26-1-2010.

A Segunda Câmara de Direito Público deste Tribunal de Justiça, em julgado da lavra do eminente Des. Newton Janke, também compartilha dessa orientação, pois decidiu que “Em tema de indenização por danos morais, tanto a correção monetária quanto os juros de mora devem incidir a partir da data da decisão judicial que fixa o valor da reparação, pois que somente nesse

momento temporal a obrigação tornou-se líquida e certa, não se podendo cogitar da existência de mora do réu-devedor antes de verificadas estas duas condições, sendo inadequado aplicar-se à espécie a Súmula 54, do Superior Tribunal de Justiça” (Apelação Cível n. 2009.018696-7, de Capinzal, j. 8-9-2009).

Corroborando a viabilidade de tal tese a doutrinadora Maria Helena Diniz, a qual bem dispõe que “[...] é preciso esclarecer que a configuração da mora ex re e ex persona e suas consequências (atualização monetária, perdas e danos, cláusula penal, se houver, pagamento de honorários advocatícios), com exceção da dos juros (CC, art. 405), dependem do momento de sua ocorrência. Se a obrigação for de outra natureza que não dinheiro, os juros moratórios começarão a fluir desde que a sentença judicial, arbitramento ou acordo entre as partes lhes fixe o valor pecuniário” (*Curso de direito civil*. 2º vol.: teoria geral das obrigações. 22 ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 400).

Logo, a Súmula 54/STJ merece flexibilização e não deve ser interpretada de forma absoluta, até porque consignou o Min. Teori Albino Zavascki “em direito não há lugar para absolutos” (*Antecipação da tutela*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 152), fazendo aceitável, nessa excepcionalidade, o entendimento da mesma Corte antes da Súmula: “O valor certo fixado, na sentença exequenda, quanto ao dano moral, tem seu termo a quo para o cômputo dos consectários (juros e correção monetária), a partir da prolação do título exequendo (sentença) que estabeleceu aquele valor líquido. Precedente do STJ” (RSTJ 112/184, rel. Min. Waldemar Zveiter).

Para finalizar, convém ressaltar que a utilização da orientação acima citada não implica no afastamento, puro e simples, do atual entendimento do Superior Tribunal de Justiça sobre a aplicação

dos juros moratórios no dano extrapatrimonial. Trata-se, isso sim, de melhor reflexão acerca da matéria, conforme já foi ressaltado em artigo da lavra de Flávio Luiz Yarshell, a saber: “Decisões judiciais devem ser respeitadas e, no tempo devido, cumpridas pelos respectivos destinatários. Isso não impede, contudo, que a orientação firmada pela mais alta Corte competente para uniformizar a aplicação do direito federal seja objeto de respeitosa reflexão; que, em última análise, se dirige à tese e não propriamente ao julgamento” (Advogado. Mestre, Doutor e Livre Docente em Direito Processual pela USP. Professor de Processo Civil da Faculdade de Direito do Largo de São Francisco – USP. *Jornal Carta Forense*, 2-3-2010. www.cartaforense.com.br).

HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA. AUTOR QUE DECAIU DE UM DOS PEDIDOS. APLICAÇÃO DO *CAPUT* DO ARTIGO 21 DO CPC. COMPENSAÇÃO DA VERBA.

PROVIMENTO PARCIAL DO RECURSO VOLUNTÁRIO E DO REEXAME NECESSÁRIO PARA MINORAR O VALOR DA INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS PARA R\$ 50.000,00 (CINQUENTA MIL REAIS), BEM COMO PARA FIXAR COMO TERMO *A QUO* DOS JUROS DE MORA E DA CORREÇÃO MONETÁRIA A DATA DESTE JULGAMENTO, E RECONHECER A SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA DAS PARTES, AUTORIZADA A COMPENSAÇÃO DA VERBA ADVOCATÍCIA.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2010.027791-8, da comarca de Chapecó (Vara da Fazenda Pública), em que é apelante o Estado de Santa Catarina, e apelado Flávio Sandrin:

ACORDAM, em Primeira Câmara de Direito Público, por votação unânime, prover parcialmente o recurso e a remessa para reduzir o valor da indenização para cinquenta mil reais. Custas de lei.

RELATÓRIO

Flávio Sandrin ajuizou ação de indenização por danos morais e materiais contra o Estado de Santa Catarina.

Afirmou que no dia 10-10-2000, por volta das 20h15min, quando fazia atendimento em sua clínica médica, 4 (quatro) homens armados invadiram o local e, após anunciarem o assalto, renderam-no, subtraíram seus pertences, amarraram-no com fio de nylon e trancaram-no no banheiro do estabelecimento, juntamente com 2 (duas) funcionárias e 2 (dois) pacientes.

Disse que vivenciou momentos de medo, angústia e absoluto constrangimento, mais precisamente quando um dos criminosos reconheceu um dos pacientes que aguardava atendimento, o Dr. Írio Grolli, Juiz de Direito daquela Comarca, que teria sido o responsável pela prisão do pai de um dos meliantes, assim como durante os minutos em que permaneceu com uma faca apontada contra o seu pescoço, porquanto um dos assaltantes exigia a abertura de um cofre que nem sequer existia no local.

Asseverou que em virtude da conduta brutal dos assaltantes padeceu, durante alguns meses, com a limitação funcional dos punhos bilaterais, decorrente das amarraduras com fio de nylon; que “a demasiada angústia que maculou sua psique evoluiu para um quadro de síndrome do pânico que o impossibilitou de realizar atendimentos noturnos e vem forçando a ingestão de medicamentos antidepressivos, segundo as exigências médico-terapêuticas”; que “Dos danos psíquicos, somatizados, ele teve de suportar, ainda, a total queda de cabelo (devido ao quadro de *alopecia areata*)” (fl. 5); e que, em razão do trauma psicológico sofrido, foi obrigado a reduzir a sua jornada de trabalho, abdicando das rotineiras consultas médicas

noturnas que realizava, bem como a pedir licença pelo período de 1 (um) ano à Unimed e ao PAS do município de Concórdia, e o desligamento da Unimed de Chapecó, para a qual prestava serviços desde 30-8-1993, fato que resultou na redução significativa dos seus rendimentos.

Noticiou que 2 (dois) dos assaltantes (Leôncio Joaquim Ramos e Emir Souza) fugiram da penitenciária de Chapecó horas antes do crime, o que demonstra que o fato é consequência da desídia do requerido, “que não cumpriu devidamente com seu dever de vigilância e, decisivamente, por essa negligência, seus custodiados vieram a causar dano à esfera jurídica do autor, mais especificamente à sua moral e ao seu patrimônio” (fl. 8).

Requeru, assim, a condenação do ente público ao pagamento de indenização por danos morais, no valor de R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais), assim como pelos danos materiais suportados em razão da diminuição da carga horária de trabalho, no valor de R\$ 86.439,86 (oitenta e seis mil quatrocentos e trinta e nove reais e oitenta e seus centavos), relativos à diferença verificada entre o rendimento tributável de 2000 e os rendimentos de 2001 e 2002 (fl. 19).

Em contestação, o Estado de Santa Catarina reconheceu a ocorrência dos fatos e admitiu que Leôncio Joaquim Ramos havia fugido da penitenciária agrícola de Chapecó no dia 9-10-2000, e que Emir de Souza prestava serviços externos para o município de Chapecó e havia-se evadido no dia dos fatos.

Sustentou que, conquanto a Constituição Federal preveja, em seu art. 37, § 6º, que a responsabilidade do ente público é, via de regra, a objetiva, “quando a causa do prejuízo é atribuído a um ato omissivo do Estado, doutrina e jurisprudência entendem que a regra a ser aplicada é a da teoria da responsabilidade subjetiva do Estado, que exige que a prova de que houve culpa na prestação do serviço público” (fl. 78).

Ressaltou que nenhum agente do Estado invadiu a propriedade do apelado para cometer delito, e que “o autor não aponta qualquer negligência do Estado, que tenha facilitado a fuga de dois dos criminosos” (fl. 80). Alegou, ainda, que “o crime de assalto foi premeditado, cometido por 4 pessoas que residiam em locais diferentes, sendo o local do crime distante do local da fuga dos detentos, razão pela qual o crime poderia ter ocorrido em qualquer lugar de Chapecó e região” (fl. 82).

Quanto ao nexo de causalidade, gizou que

se o crime foi cometido com auxílio de mais duas pessoas, se foi previamente ajustado, se foi cometido em local distante do estabelecimento penal, se a fuga de Leôncio se deu no dia anterior ao delito, não há que se imputar qualquer culpa ao Estado de Santa Catarina, na medida em que a conduta positiva dos agentes criminosos foi a causa necessária e imediata do crime, havendo quebra do nexo de causalidade e, portanto, de necessidade entre a fuga dos detentos e o posterior assalto à Clínica Médica (fls. 83-84).

Afirmou que há confusão entre os pedidos de danos morais e materiais, “haja vista que se o abalo emocional sofrido acarretou a interrupção do seu trabalho, não há que se falar em dano material, mas sim no reflexo patrimonial do dano moral, pelo que cabe ao autor provar sua extensão” (fl. 86).

Requeru, nestes termos, a improcedência da ação. Em caso de acolhida do pleito, clamou pela redução da verba indenizatória.

Houve réplica.

Em audiência de instrução, foram inquiridas 5 (cinco) testemunhas arroladas pelo autor.

Após as alegações finais do autor (fls. 146-153) sobreveio a sentença, que julgou parcialmente procedente o pedido e condenou o ente público ao pagamento de indenização a título de danos morais no montante de R\$ 120.000,00 (cento e vinte mil reais), devidamente corrigido, além de

honorários advocatícios, fixados em 10% (dez por cento) sobre o valor da condenação.

Irresignado, o vencido recorreu.

Na pugna pela reforma, argumentou, em preliminar, a ocorrência da prescrição, porquanto o fato dito danoso ocorreu em 10-10-2000, enquanto que a presente ação foi ajuizada somente em 8-9-2005, ou seja, após decorrido o prazo de 3 (três) anos previsto no art. 206, § 3º, V, do Código Civil.

No mérito, repisando as argumentações lançadas em contestação, ressaltou que ao caso é aplicável a teoria da responsabilidade subjetiva, a qual exige a prova da culpa na prestação do serviço público, porquanto se trata de hipótese de ato omissivo.

Ainda no intuito de eximir-se da obrigação que lhe é atribuída, acrescentou que “não há que se imputar qualquer culpa ao Estado de Santa Catarina, na medida em que a conduta positiva dos agentes criminosos foi a causa necessária e imediata do crime, havendo quebra do nexo de causalidade [...] entre a fuga dos detentos e o posterior assalto à Clínica Médica” (fl. 222). Requereu, assim, o provimento do reclamo.

Outro o entendimento, clamou pela redução do valor fixado a título de indenização por danos morais, ao argumento de que se revela excessivo; pela fixação do termo inicial dos juros de mora a contar do trânsito em julgado da decisão que reconheceu o direito pleiteado, ou, alternativamente, a contar da citação; e, ainda, pelo reconhecimento da sucumbência recíproca, já que o autor decaiu de parte substancial do pedido formulado, no que tange aos danos materiais.

Sem as contrarrazões, os autos alçaram a esta Corte.

Instada, a douta Procuradoria-Geral de Justiça absteve-se de opinar, por não vislumbrar o necessário interesse público.

VOTO

Próprio e tempestivo, o recurso merece ser conhecido.

Insurge-se o Estado de Santa Catarina contra a sentença que o condenou ao pagamento de indenização a título de danos morais ao autor, no valor de R\$ 120.000,00 (cento e vinte mil reais), devidamente corrigido, além de honorários advocatícios, fixados em 10% (dez por cento) sobre o valor da condenação.

Alega, em preliminar, a ocorrência de prescrição, já que o evento dito danoso ocorreu em 10-10-2000 e a presente ação foi ajuizada somente em 8-9-2005, ou seja, após decorrido o prazo prescricional de 3 (três) anos previsto no art. 206, § 3º, V, do Código Civil.

Tal argumentação não merece guarida.

Isso porque o prazo prescricional aplicável à hipótese em voga é o quinquenal, regulado pelo Decreto n. 20.910/1932, e cuja aplicação foi estendida às autarquias e fundações governamentais com personalidade jurídica pelo Decreto-Lei n. 4.567/1972.

Esse entendimento foi consolidado pelo egrégio Grupo de Câmaras de Direito Público desta Casa de Justiça na sessão do dia 11 de fevereiro de 2009, ao apreciar o Agravo de Instrumento n. 2008.005604-9, com voto da lavra deste Relator.

Referido aresto está assim ementado:

ADMINISTRATIVO E CIVIL. PRETENSÃO DE REPARAÇÃO CIVIL CONTRA A FAZENDA PÚBLICA. PRAZO PRESCRICIONAL. DISCIPLINA DO DECRETO 20.910/1932. PREVALÊNCIA SOBRE AS DISPOSIÇÕES DO ESTATUTO MATERIAL DE 2002. PRECEDENTES DO STJ. DESPROVIMENTO DO RECURSO.

O Código Civil de 1916 estabelecia que o prazo prescricional a ser observado em relação à Fazenda Pública, em se tratando de reparação

civil, era quinquenal (artigo 178, §10, inc. VI), prazo este mantido pelo Decreto n. 20.910, de 1932. Tal prazo foi estendido às autarquias e fundações governamentais com personalidade jurídica por força do Decreto-Lei n. 4.567/1972.

A disparidade do prazo prescricional para o exercício de um direito ou ação contra a Fazenda Pública, bem mais exíguo se comparado com aquele estabelecido para regulamentar as relações de direito privado, era evidente e justificado pela preservação do interesse público, de sabida supremacia sobre o particular.

Contudo, a partir do advento do novo Código Civil, o prazo prescricional a ser observado na propositura da ação de reparação civil passou a ser de três anos (artigo 206, §3º, V). A norma não faz referência explícita à Fazenda Pública, porém, diante do disposto no artigo 10 do Decreto n. 20.910/1932, segundo o qual “o disposto nos artigos anteriores não altera as prescrições de menor prazo, constantes das leis e regulamentos, que ficam subordinadas às mesmas regras”, considerável parcela da doutrina entende que prevalece o prazo menor sobre aquele previsto no ato normativo em destaque.

O Superior Tribunal de Justiça, entretanto, louvado nos princípios da especialidade e da legalidade estrita, professa orientação diametralmente oposta, qual seja, de que “a prescrição contra a Fazenda Pública não é disciplinada pelo Código Civil ou pelo Código de Processo Civil, mas pelo Decreto 20.910/32, que prevê o prazo de (cinco) anos para o ajuizamento de ação, contado da data ou do fato do qual se originaram” (AgRg no Agravo de Instrumento n. 899.972/MS, rel. Min. Arnaldo Esteves Lima).

Deveras, “no Direito Público, vigora o princípio da legalidade estrita, segundo o qual à administração pública só é permitido fazer o que a lei autoriza. Se o art. 206 do Cód. Civil não faz nenhuma alusão à Fazenda Pública (ao contrário da antiga regra do art. 178, § 10, VI, do Cód. Civil de 1916), não pode o mesmo ser aplicado às ações contra ela ajuizadas. Nem poderia ser diferente, pois a natureza das relações é distinta. E mais: o art. 1º-C da Lei nº 9.494:97 repete a regra disposta no Decreto nº 20.910:32 ao estabelecer que ‘prescreverá em cinco anos o direito de obter indenização dos danos causados por agentes de pessoas jurídicas de direito público e de pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviços públicos’. À vista disso, o prazo quinquenal a que se refere o art. 1º

do Decreto nº 20.910;32 regula a prescrição de ‘todo e qualquer direito ou ação contra a Fazenda Federal, Estadual ou Municipal, seja qual for a sua natureza’, sendo inviável a aplicação das normas constantes do Cód. Civil” (AgRg no Recurso Especial n. 969.495/AC, rel. Min. Nilson Naves).

Para corroborar, cita-se julgado recente do Superior Tribunal de Justiça que, igualmente, sustenta que o prazo prescricional para as ações ajuizadas contra a Fazenda Pública é quinquenal. Confira-se, a propósito: Ag n. 1281281, rel. Min. Mauro Campbell Marques, j. em 31-5-2010.

Apenas para argumentar, anota-se que, ainda que ao caso fosse aplicada a prescrição trienal, prevista no art. 206, § 3º, inc. V, do Código Civil, verifica-se que, na hipótese, a prescrição não se integralizou, uma vez que entre a vigência do novo Código Civil (janeiro de 2003) e o ajuizamento da presente ação (8-9-2005) não havia transcorrido o prazo de 3 (três) anos.

Rechaçada a preliminar, passa-se ao mérito da *questio*.

O ponto central da controvérsia reside em estabelecer se há efetiva obrigação estatal de indenizar o apelado, vítima de roubo perpetrado por 4 (quatro) assaltantes, 2 (dois) deles foragidos da penitenciária agrícola de Chapecó, obrigação esta, diga-se, nascida da omissão da Administração Pública de vigiar os seus custodiados.

Importa observar que, na espécie, descabe a aplicação da teoria do risco administrativo, pois o art. 37, § 6º, da Constituição Federal prevê a responsabilidade objetiva da Administração pelos danos causados a outrem por seus agentes.

No caso em tela, o ato danoso foi levado a efeito por terceiros, entre eles, repita-se, 2 (dois) foragidos de instituto prisional, pelo que aplicável à hipótese a teoria da responsabilidade subjetiva do Estado.

A respeito, vale reproduzir a lição doutrinária do saudoso administrativista Hely Lopes Meirelles:

O que a Constituição distingue é o dano causado pelos *agentes da Administração* (servidores) dos danos ocasionados por *atos de terceiros* ou por *fenômenos da Natureza*. Observe-se que o art. 37, § 6º, só atribui responsabilidade objetiva à Administração *pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causem a terceiros*. Portanto, o legislador constituinte só cobriu o *risco administrativo* da atuação ou inação dos servidores públicos; não responsabilizou objetivamente a Administração por atos predatórios de terceiros, nem por fenômenos naturais que causem danos aos particulares. Para a indenização destes atos e fatos estranhos à atividade administrativa observa-se o princípio geral da culpa civil, manifestada pela imprudência, negligência ou imperícia na realização do serviço público que causou ou ensejou o dano [...] Nestas hipóteses, a indenização pela Fazenda Pública só é devida se se comprovar a culpa da Administração. E na exigência do elemento subjetivo *culpa* não há qualquer afronta ao princípio objetivo da responsabilidade *sem culpa*, estabelecido no art. 37, § 6º, da CF, porque o dispositivo constitucional só abrange a *atuação funcional dos servidores públicos*, e não os atos de terceiros e os fatos da Natureza. Para situações diversas, fundamentos diversos (*Direito administrativo brasileiro*. 28. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2003. p. 628, grifo nosso).

Ainda acerca da responsabilidade subjetiva da Administração, Celso Antônio Bandeira de Mello leciona:

Responsabilidade subjetiva é a obrigação de indenizar que incumbe a alguém em razão de um procedimento contrário ao Direito – culposo ou doloso – consistente em causar um dano a outrem ou em deixar de impedi-lo quando obrigado a isto.

Em face dos princípios publicísticos não é necessária a identificação de uma culpa individual para deflagrar-se a responsabilidade do Estado. Esta noção civilista é ultrapassada pela idéia denominada de *faute du service* entre os franceses. Ocorre a *culpa* do serviço ou “falta de serviço” quando este não funciona, *devendo funcionar*, funciona mal ou funciona atrasado. Esta é a tríplice modalidade pela qual se apresenta e nela se traduz um elo entre a responsabilidade tradicional do Direito Civil e a responsabilidade objetiva.

29. Em suma: a ausência do serviço devido ao seu defeituoso funcionamento, inclusive por demora, basta para configurar a

responsabilidade do Estado pelos danos daí decorrentes em agravo dos administrados.

[...]

30. É mister acentuar que a responsabilidade por “falta de serviço”, falha do serviço ou culpa do serviço (*faute du service*, seja qual for a tradução que se lhe dê) não é, de modo algum, modalidade de responsabilidade objetiva, ao contrário do que entre nós e alhures, às vezes, tem-se inadvertidamente suposto. É responsabilidade subjetiva porque baseada na culpa (ou dolo), como sempre advertiu o Prof. Oswaldo Aranha Bandeira de Mello.

Com efeito, para sua deflagração não basta a mera objetividade de um dano relacionado com um serviço estatal. Cumpre que exista algo mais, ou seja, culpa (ou dolo), elemento tipificador da responsabilidade subjetiva.

[...]

Há responsabilidade objetiva quando basta para caracterizá-la a simples relação causal entre um acontecimento e o efeito que produz. Há responsabilidade subjetiva quando para caracterizá-la é necessário que a conduta geradora de dano revele deliberação na prática do comportamento proibido ou desatendimento indesejado dos padrões de empenho, atenção ou habilidade normais (culpa *legalmente exigíveis*, de tal sorte que *o direito em uma ou outra hipótese resulta transgredido*. Por isso é sempre responsabilidade por comportamento ilícito quando o Estado, devendo atuar, e de acordo com certos padrões, *não atua* ou *atua insuficientemente* para deter o evento lesivo (*Curso de direito administrativo*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 992-995).

Firmado o entendimento de que a espécie contempla a aplicação da teoria subjetiva, para que fique configurada a obrigação de indenizar (art. 927 do Código Civil), imperativo apurar se houve, efetivamente, relação de causa e efeito entre possível conduta omissiva da Administração e o dano em questão.

Os autos revelam que no dia 10-10-2000, por volta das 20h 15min, o autor, ora apelado, quando em atendimento médico em clínica de sua

propriedade, foi vítima de roubo praticado por Leôncio Joaquim Ramos, Emir de Souza, Miguel Teodoro da Conceição e Joel Borges. Rendido, juntamente com 2 (duas) funcionárias do estabelecimento e 2 (dois) pacientes, sob grave ameaça com arma de fogo, foi amarrado e feito refém.

O próprio ente público admite, tanto na peça de defesa (fl. 78) como em apelação, que Leôncio Joaquim Ramos havia fugido da penitenciária no dia anterior aos fatos, ou seja, no dia 9-10-2000, e Emir de Souza, que realizava trabalho externo na Prefeitura de Chapecó, já que em cumprimento a regime semiaberto, havia-se evadido do local de trabalho no mesmo dia em que praticado o assalto (10-10-2000). A respeito deste segundo meliante, o documento de fl. 90, firmado pelo Gerente de Execuções Penais da Penitenciária local, confirma o noticiado.

A ação penal proposta pelo Ministério Público dá a correta descrição dos fatos.

Emir de Souza, Leôncio Joaquim Ramos (ambos foragidos da Penitenciária Agrícola desta cidade), Miguel Teodoro da Conceição (reeducando recluso nesse mesmo ergástulo, então em gozo de dispensa para visita à família) e Joel Borges dos Santos, uniram-se para o cometimento de um roubo, a final empreendido e consumado em plena vinculação subjetiva e comunhão de esforços, conduta grave e reprovável, efetivada mediante grave ameaça, com a qual obtiveram lucro fácil e indevido às custas da integridade e patrimônio alheios.

De modo que, na data supramencionada, por volta das 2030 horas, após reunirem-se na residência do acusado Joel Borges dos Santos, no bairro Santo Antônio, nesta cidade, quando então fizeram uso de bebida alcoólica e entabularam os termos do roubo a ser praticado, armaram-se com revólveres e deslocaram-se até a clínica médica de propriedade da vítima Flávio Sandrin [...]. Lá chegando, enquanto Joel Borges mantinha vigilância na porta de acesso, incumbido de avisar a aproximação de terceiros, Miguel Teodoro, Emir de Souza e Leôncio Joaquim adentraram a sala de espera, anunciaram o assalto e renderam as secretárias Lenize Spegiorin dos Santos e Angelita Klock, e o Dr. Írio Grolli, juiz de Direito da 1ª Vara criminal da Comarca que ali aguardava pra ser atendido, mantendo-os todos

sob a mira das armas de fogo [...] mantendo a arma apontada para a cabeça da secretária Angelita com a mesma se deslocou até a sala de consultas da clínica, onde rendeu as vítimas Flávio Sandrin, médico, e Eleonor Jandir Lenz, cliente, então por este último sendo atendido[...] (fls. 92-93):

Acerca da responsabilidade do ente estatal na vigilância dos seus custodiados, vale citar recente julgado do Supremo Tribunal Federal, da relatoria do eminente Min. Eros Grau, em que figura como recorrente o ora apelante – Estado de Santa Catarina:

O recurso não merece provimento. Este Tribunal no julgamento de caso análogo ao presente, o RE n. 573.595, de minha relatoria, DJe de 15.8.08, manifestou o seguinte entendimento: “Responsabilidade civil do Estado. Artigo 37, § 6º, da Constituição do Brasil. Latrocínio cometido por foragido. Nexo de causalidade configurado. Precedente. A negligência estatal na vigilância do criminoso, a inércia das autoridades policiais diante da terceira fuga e o curto espaço de tempo que se seguiu antes do crime são suficientes para caracterizar o nexo de causalidade. Ato omissivo do Estado que enseja a responsabilidade objetiva nos termos do disposto no artigo 37, § 6º, da Constituição do Brasil.” 5. Ademais, entendimento contrário ao adotado pelo acórdão recorrido implicaria, necessariamente, o reexame de fatos e provas, providência vedada nesta instância, em face do óbice da Súmula n. 279 do Supremo Tribunal Federal.

Nego seguimento ao recurso com fundamento no disposto no artigo 21, § 1º, do RISTF (j. em 25-2-2010).

Yussef Said Cahali a respeito dos danos ocasionados por fugitivos do sistema prisional, sublinha:

Ao dever do Estado de zelar pela integridade física do recluso corresponde, também, o dever de fiscalizar e preservar sua segregação carcerária, podendo resultar que, da falha administrativa na execução desse serviço, os presidiários fugitivos ou com saídas temporárias autorizadas venham a cometer crimes contra terceiros.

Nas instâncias ordinárias tem-se proclamado a responsabilidade civil do Estado por esses danos causados pelos presidiários fugitivos, no pressu-

posto de que a fuga resultaria de falha do serviço no sistema penitenciário (*Responsabilidade civil do estado*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 426-427).

Na hipótese, o nexos causal entre a conduta omissiva do Estado e o dano suportado pelo apelado, vítima de assalto praticado por fugitivos do sistema prisional, encontra-se nitidamente evidenciado, porquanto a negligência do ente público na vigilância dos seus presos (ainda que em regime semiaberto, no caso do detento Emir de Souza) foi decisiva para a concretização do crime e dos prejuízos causados ao autor em decorrência dele.

Como acertadamente anotou o Magistrado singular, Dr. Selso de Oliveira,

o assalto foi praticado no mesmo dia da fuga do preso Emir de Souza e no dia seguinte à evasão do preso Leôncio Joaquim Ramos. Esse pouco espaço de tempo entre a fuga (falha de vigilância do Estado) e a prática do delito que redundou nos danos ao autor, mostra, às escancaras, que não se rompeu o liame causal entre a fuga e o dano (fl. 190).

Ademais, o fato de o crime ter sido perpetrado por quadrilha da qual faziam parte os fugitivos Leôncio Joaquim Ramos e Emir de Souza não pode ser causa excludente da responsabilidade estatal, haja vista que os referidos presos participaram efetivamente dos fatos que deram ensejo ao pleito reparatorio.

Frágil a argumentação do apelante, igualmente, quando afirma que logo após a fuga dos detentos empreendeu perseguição a estes. Nada há nos autos a comprovar tal alegação. Ao contrário, o conjunto probatório demonstra que após a ocorrência do delito a polícia foi acionada, tendo início, a partir de então, a perseguição aos assaltantes, ou seja, a busca pelos fugitivos só ocorreu após a verificação do assalto, culminando com a prisão de Leôncio Joaquim Ramos, no dia seguinte, após ter praticado

outro assalto no município de Xavantina, conforme notícia veiculada no Jornal Sul Brasil, dos dias 12/13 de outubro de 2000 (fl. 28).

O que se vislumbra, portanto, é que o Estado falhou no atendimento de suas obrigações, deixando de cumprir a contento o seu dever de vigilância aos presidiários. Da falha verificada resultou a fuga dos detentos que, junto com outros 2 (dois) comparsas, assaltaram a clínica médica em que laborava o autor e o submeteram a constrangimentos físicos e morais.

A jurisprudência deste e de outros tribunais pátrios tem assentado que, em casos como o em debate, em que o assalto ocorreu logo após a fuga, caracterizada está a culpa *in vigilando* do Estado, traduzida na ausência de fiscalização e guarda dos presos sob sua custódia.

Nesse sentido são os arestos desta Corte, que bem se amoldam ao caso:

RESPONSABILIDADE CIVIL - ASSALTO A RESIDÊNCIA POR MENORES FORAGIDOS DA FUCABEM - RESIDENTES SUBMETIDOS A VIOLÊNCIA FÍSICA E MORAL - DANO MORAL - RESPONSABILIDADE DO ESTADO - INDENIZAÇÃO DEVIDA

Comprovado que o assalto à residência dos autores foi praticado por menores que, no mesmo dia, fugiram do estabelecimento onde se encontravam sob custódia do Estado, responde este pelos danos morais causados (Ap. Cív. n. 1998.016920-8, rel. Des. Newton Trisotto, j. em 14-3-2001).

RESPONSABILIDADE CIVIL - HOMICÍDIO COMETIDO POR APENADO QUE SE EVADIU DE PENITENCIÁRIA - FALHA DO ESTADO NO SERVIÇO DE CUSTÓDIA DOS APENADOS - DEVER INDENIZATÓRIO EVIDENCIADO - ADEQUAÇÃO DA INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS - EXORBITÂNCIA REPUDIADA - PENSÃO MENSAL DEVIDA, À ORDEM DE 2/3 DO SALÁRIO MÍNIMO - MAJORAÇÃO DOS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS - RECURSOS PARCIALMENTE PROVIDOS.

Há que se reconhecer a responsabilidade do Estado pela morte de jovem, decorrente de crime perpetrado por foragido de peni-

tenciária, porquanto houve falha no cumprimento do dever de guarda e vigilância dos presos sob sua custódia (Apelação Cível n. 2007.029662-6, de Chapecó, Rel.: Des. Francisco Oliveira Filho, j. 28/08/07) (Ap. Cív. n. 2007.040681-8, de Fraiburgo, rel. Des. José Volpato de Souza, j. em 14-4-2008).

AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS - VEÍCULO ROUBADO POR MENOR INFRATOR EM FUGA - COLISÃO DO AUTOMÓVEL EM UMA ÁRVORE - RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA - TEORIA DO RISCO ADMINISTRATIVO - ART. 37, §6º DA CF/88 - FALHA NO SERVIÇO PÚBLICO - INEFICÁCIA NA VIGILÂNCIA DO SISTEMA DE INTERNAÇÃO - NEXO CAUSAL CARACTERIZADO - DEVER DE INDENIZAR CONFIGURADO - DANOS MATERIAIS DEVIDAMENTE COMPROVADOS - SENTENÇA MANTIDA - RECURSOS DO ENTE ESTATAL E DO REPRESENTANTE DO MINISTÉRIO PÚBLICO IMPROVIDOS - “Não obstante exista o entendimento de que em caso de CRIME perpetrado por foragido de estabelecimento prisional não haveria responsabilidade da Administração Pública pela ausência de nexo de causalidade entre o DANO e a omissão estatal, na espécie, data venia, não há como afastar a obrigação de indenizar do ente público, porquanto não apenas possibilitou a evasão, como foi ineficaz na recaptura do foragido” (AC n. 2007.029662-6, rel. Des. Francisco de Oliveira Filho, de Chapecó, julgado em 28.08.2007) (Ap. Cív. rel. Des. Sérgio Roberto Baasch Luz, j. em 18-2-2008).

Da jurisprudência da Corte gaúcha, colhe-se:

RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. ASSALTO COMETIDO POR APENADO SOB O REGIME SEMI-ABERTO QUE SE ENCONTRAVA FORAGIDO. PARAPLEGIA DA VÍTIMA ATINGIDA POR PROJÉTEL DE ARMA DE FOGO. NEXO DE CAUSALIDADE. OMISSÃO NA ATIVIDADE DO ENTE PÚBLICO. FALTA DE PROVIDÊNCIAS À RECAPTURA DO DELINQUENTE EVADIDO.

A responsabilidade do ente público por ato omissivo é sempre por comportamento ilícito proveniente de culpa (negligência, imperícia ou imprudência) ou dolo. Caso em que o agente direto do dano era apenado cumprindo pena sob o regime semi-aberto e dado como foragido ao tempo do delito que vitimou o co-autor varão. Omissão

do Estado em empreender ações visando à captura do delinqüente evadido, que poucos dias após ser declarado fugitivo perpetrou o crime. Comprovação do nexo de causalidade entre o dano e alegada omissão atribuída ao ente público. Incidência do art. 37, § 6º, da Constituição Federal.

[...]

Lesada a pessoa em sua integridade física ou psíquica, presente o dano moral. *Quantum* indenizatório fixado por arbitramento pelo julgador, no cotejo da intensidade da ofensa, necessária compensação à vítima e reprimenda ao ofensor. A gravidade da culpa, o prejuízo e as circunstâncias de fato são elementos a incidir na fixação do *quantum* da indenização. Valor majorado em atenção às particularidades do evento, onde a vítima direta do ato injusto restou paraplégica.[...]

Negaram provimento ao recurso do réu e proveram o apelo dos autores em parte, confirmando a sentença em reexame necessário quanto ao restante. Unânime (Ap. Cív. n. 70021863154, rel. Des. Jorge alberto Schreiner Pestana, j. em 27-3-2008).

Situação diversa ter-se-ia se o Estado tivesse empreendido efetivas diligências à captura dos evadidos ou o delito viesse a ser cometido muito tempo após a fuga.

Todavia, não é esse o caso dos autos, porquanto, repita-se, por ocasião da ocorrência do infeliz evento que lesou o autor, os apenados encontravam-se em fuga do sistema carcerário. O crime, frisa-se, ocorreu quando passadas poucas horas do momento em que o detento Emir de Souza deveria recolher-se ao sistema penitenciário e no dia seguinte à fuga de Leôncio Joaquim Ramos. Logo, naquele momento existia, por parte do ente público, o dever de cuidado para com seus apenados.

Assim, amplamente comprovado o nexo de causalidade entre a omissão do ente público, que falhou no seu dever de custódia, e o assalto ocorrido.

O dano, por sua vez, é igualmente manifesto.

Sustenta o apelado que a situação de medo e angústia vivenciada resultou em grave trauma psicológico, que deu origem a outros problemas de saúde.

De fato, o laudo médico acostado à fl. 42 demonstra a saciedade que o autor, em razão do ocorrido, desenvolveu distúrbios psicológicos, tais como a síndrome do pânico e outros sintomas fóbicos, além da doença denominada “alopecia areata”, a qual provoca a queda total de cabelos e pelos do corpo.

Do referido laudo médico extrai-se:

Acompanho Flávio Sandrim [...] desde meados de outubro de 2000. Na época apresentava grave quadro de ansiedade pós-trauma, motivado por ser vítima de assalto. Na sequência, além das repercussões físicas (alopecia areata entre outras) passou a desenvolver sintomas fóbicos, com limitações para atendimento noturno. Passou a ter síndrome do pânico. Desde então tem se mantido em assistência, com quadro compensado graças a utilização constante de medicamentos antidepressivos. Foi recomendado que diminuísse a jornada de trabalho, o que fez, tendo inclusive se desvinculado de alguns convênios.

Neste mesmo sentido é o depoimento prestado em Juízo pelo psiquiatra que subscreveu o laudo médico:

Que atendeu o autor posteriormente a respeito de problemas físicos e emocionais; que é psiquiatra; que o autor teve um quadro com resultados bastante sérios; que o autor perdeu cabelos, emagreceu, começou a sentir fobias do trabalho e local de trabalho, quanto ao horário do trabalho; apresentou quadro de debilidade imunológica; que atualmente o autor saiu do quadro agudo, mas continua tomando medicação e fazendo tratamento. [...] que o autor é tido como referência em sua área de endocrinologia; que confirma que atendeu o autor durante o período de novembro de 2001 e novembro de 2002, confirmando o estado no qual o autor se encontrava naquela época e retratado nas fotos apresentadas em audiência [...] que não tem conhecimento do autor ter sofrido problemas psíquicos anteriormente aos fatos (fl. 140).

As fotografias acostadas às fls. 154-159 confirmam o alegado e não deixam dúvidas de que o ato dos criminosos gerou reflexos nefastos na esfera emocional do apelado, daí resultando a total queda de cabelos, inclusive.

As demais testemunhas também são unânimes em afirmar que o fato gerou grandes transtornos psicológicos ao apelado.

A testemunha Írio Grolli afirmou:

Que estava presente na clínica no momento do assalto, na qualidade de cliente; que foram três os assaltantes que entraram na clínica; que um ficou do lado de fora e levou a caminhonete do depoente; que o depoente estava na sala de espera e foi rendido por um dos assaltantes de que trazia revólver em punho; que outro cliente, funcionários e o autor foram rendidos; que o depoente foi reconhecido como juiz que julgou o pai de um dos bandidos e colocou a arma na cabeça do depoente e provocando e ameaçando de morte; que todas as vítimas foram amarradas e colocada no banheiro; que a corda era de tipo de varal que cortou os pulsos; **que o autor não tinha problemas físicos nem psicológico antes dos fatos; que após os fatos o autor teve problemas de saúde; que soube que o autor perdeu os cabelos e ficou bastante abalado** (fl. 141 – grifamos).

Do depoimento de Angelita Kloch Zanella, colhe-se:

que presenciou o assalto; que entraram três homens na clínica e, com arma em punho, anunciaram o assalto; que pediram dinheiro e cheque; que sofreram ameaças para não se mexer caso contrário eles atirariam; que entregou o cheque e dinheiro para os assaltantes; que os assaltantes renderam demais funcionários, médicos, clientes; que toda a clínica foi revistada; **que o autor foi abordado dentro de seu consultório quando atendia um paciente; que o assaltante ameaçou o autor; que um dos assaltantes ficou atrás do autor com arma em punho; que sentiu medo e insegurança**; que as vítimas foram levadas para o banheiro e amarradas com cordas de nylon; que o autor não agredido fisicamente; **que o autor não tinha problemas psicológicos antes dos fatos [...] que o autor adoeceu após os fatos e deixou de atender pacientes, após às 17:30**; que antes ele trabalhava no período da noite, após não mais; **que em razão dos fatos o autor diminuiu sua produtividade; que o autor**

ficou com marcas nos pulsos em razão das cordas; que o autor goza de bom conceito profissional em toda a sociedade. [...] que a depoente também teve sua produtividade diminuída, e foi demitida em razão de que o autor também teve diminuído seus ganhos; que a depoente também ficou abalada (fls. 138-139).

O médico Carlos Ekkehard Bergmann, por sua vez, afirmou:

Que realizou mesoterapia na tentativa de reconstruir o couro cabeludo do autor; que essas lesões são pós-assalto [...] (fl. 142).

O depoimento prestado em Juízo pelo próprio autor, nos autos da Ação de Indenização por Danos Morais n. 018.02.004957-6, revela detalhadamente os momentos de pânico e medo que viveu, em que as vítimas temiam pela própria vida.

O laudo pericial de lesão corporal subscrito por 2 (dois) médicos legistas e confeccionado no dia posterior aos fatos (fl. 38) informa:

Vítima de ferimento provocado por corda de *nylon*

Apresenta:

Ferimento circulares, equimose e hematomas nos punhos bilaterais

Em resposta aos quesitos, os peritos assinalaram:

1º - Se há ofensa à integridade corporal ou à saúde do paciente;

1- *Sim.*

2º - Qual o instrumento ou meio que produziu a ofensa;

2- *instrumento contundente (“corda de nylon”).*

3º - Se foi produzida por meio de fogo, veneno, explosivo, asfixia, tortura ou outro meio insidioso ou cruel;

3- *prejudicado.*

4º - Se resultou incapacidade para as ocupações habituais por mais de trinta dias;

4- *Sim (ferimento nos punhos bilateral).*

5º - Se houve perigo de vida;

5- não.

6º - Se resultou debilidade permanente ou perda ou inutilização de membro, sentido ou função;

7º Se resultou incapacidade permanente para o trabalho, enfermidade ou deformidade permanente

6 e 7- depende de evolução do processo mórbido - revisão em 60 dias.

Bem se vê que o autor, indiscutivelmente, foi vítima de uma violência desmedida, não só física, mas, principalmente, moral.

Assim, considerando que a exposição a fato violento e traumatizante, como é o crime de roubo em que a vítima fica sob a mira de arma de fogo, e sofre, ainda, lesões corporais, deixa sequelas psicológicas, por vezes irreversíveis, de rigor era a acolhida do pleito indenizatório, nos termos dos arts. 186 e 927 do Código Civil de 2002.

No que pertine ao *quantum*, fixado pelo Juízo *a quo* em R\$ 120.000,00 (cento e vinte mil reais), pretende o ente público a sua minoração, sob o fundamento de que se mostra excessivo.

A quantificação dos danos morais, bem se sabe, não é tarefa fácil, haja vista que se propõe a afagar a dor e o abalo psíquico suportado pelo ofendido, sem que implique no enriquecimento deste. Mas deve ser de tal monta que desestimule o ofensor a repetir a falta. Há, ainda, atentar prioritariamente para a extensão do dano, na esteira do que prescreve o art. 944 do Código Civil, a situação econômica das partes envolvidas e as consequências do evento danoso.

As ponderações do Estado de Santa Catarina, no sentido de que a maior prejudicada pela manutenção do valor da indenização arbitrada seria, em verdade, a sociedade, merecem respaldo e, aliadas às circunstâncias de

fato e de direito antes referidas e sopesadas, têm o condão de levar à redução do montante arbitrado no veredicto (R\$ 120.000,00) para R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais). Tal valor se mostra mais condizente com a realidade dos autos e serve a compensar o dano infligido, bem como representa uma sanção ao ofensor, sem implicar em enriquecimento sem causa.

Pretende o recorrente, ainda, a incidência dos juros de mora, incidentes sobre a verba indenizatória, a contar do trânsito em julgado da sentença. O Juízo *a quo* fixou como termo inicial dos juros a data do evento lesivo.

Por recente construção jurisprudencial ficou estabelecido que, quando o valor do dano é possível de ser verificado na data do evento danoso, os juros moratórios devem incidir a partir desse *dies a quo* (Súmula 54 do STJ). Na hipótese, contudo, em que o montante indenizatório somente se torna aferível com o julgamento da *actio*, este marco é que deve ser considerado para a incidência dos juros de mora. Outrossim, quando o acórdão modifica o *quantum* da indenização, caso dos autos, é a partir de tal data que incidem os consectários legais.

Confira-se:

É que esta egrégia Primeira Câmara de Direito Público, nas condenações por danos morais, tem decidido que, quando o valor do dano é possível de ser verificado na data do evento danoso, os juros moratórios devem incidir a partir desse *dies a quo* (Súmula 54 do STJ). Na hipótese em que o montante indenizatório somente torna-se aferível com o julgamento da *actio*, este marco é que deve ser considerado para a incidência dos juros de mora. Outrossim, nos casos em que o aresto modifica o *quantum* da indenização, caso dos autos, é a partir desta data que incidem os juros de mora.

Essa tese é corroborada por julgado da lavra do eminente Des. Elpídio Donizetti, membro do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, o qual bem esclarece a matéria, a saber:

Inicialmente, deve-se destacar que sobre toda condenação fixada devem incidir correção monetária e juros de mora, porquanto constituem formas imprescindíveis de atualização monetária.

No que diz respeito à data de incidência dos juros moratórios e da correção monetária, cumpre verificar, primeiramente, que, nas hipóteses em que a obrigação de reparar ou compensar o constrangimento causado à vítima do evento danoso for extracontratual, o devedor, em tese, deve ser considerado em mora a partir da prática do ilícito, conforme disposto no art. 398 do CC/02. A esse respeito, vale expor, também, o entendimento sumulado do STJ:

“Incide correção monetária sobre dívida por ato ilícito a partir da data do efetivo prejuízo” (Súmula 43).

“Os juros moratórios fluem a partir do evento danoso, em caso de responsabilidade extracontratual” (Súmula 54).

Ocorre que, em se tratando de dano moral, não se afigura razoável computar juros de mora antes que haja provimento jurisdicional fixando o quantum indenizatório. É que, ainda não havendo especificação, pelo órgão jurisdicional, da quantia que o agente causador do dano deve pagar a fim de compensar o constrangimento indevidamente imposto à vítima, não há como exigir que o devedor efetue o pagamento de quantia indeterminada.

Por tal razão, adoto entendimento segundo o qual, no caso de dano moral, não há como se falar em mora em momento anterior à fixação do quantum indenizatório por decisão judicial, haja vista que somente após a publicação desta é que o devedor toma ciência do valor da indenização a ser pago em razão do dano provocado.

Sobrevindo a decisão judicial, a indenização torna-se líquida. Com efeito, é a partir dessa data é que incidem os juros de mora (Apelação Cível n. 1.0194.07.078147-2/001, da comarca de Coronel Fabriciano, j. em 23-9-2008).

No mesmo sentido, os seguintes precedentes: Apelação Cível n. 1.0017.05.014367-0/001, comarca de Almenara-MG, rel. Des. José Affonso da Costa Côrtes, j. em 14-8-2008; Apelação Cível n. 633.032-5, da comarca da região metropolitana de Curitiba-PR, rel. Des. Albino Jacomel Guérios, j. em 21-1-2010; Apelação Cível n. 0619694-3, da comarca de Palmas-PR, rel. Des. Nilson Mizuta, j. em 21-1-2010; Apelação Cível n. 2009.033964-7, da comarca de Campo Grande-MS, rel. Des. Paschoal Carmello Leandro, j. em 26-1-2010.

No âmbito deste Tribunal de Justiça o entendimento citado não é aplicado apenas pela Primeira Câmara de Direito Público. O eminente Des. Newton Janke, integrante da Segunda Câmara de Direito Público, também compartilha dessa orientação, pois decidiu que “Em tema de indenização por danos morais, tanto a correção monetária quanto os juros de mora devem incidir a partir da data da decisão judicial que fixa o valor da reparação, pois que somente nesse momento temporal a obrigação tornou-se líquida e certa, não se podendo cogitar da existência de mora do réu-devedor antes de verificadas estas duas condições, sendo inadequado aplicar-se à espécie a Súmula 54, do Superior Tribunal de Justiça” (Apelação Cível n. 2009.018696-7, de Capinzal, j. em 8-9-2009).

A respeito, transcreve-se o escólio da doutrinadora Maria Helena Diniz, a qual bem dispõe que “[...] é preciso esclarecer que a configuração da mora *ex re* e *ex persona* e suas consequências (atualização monetária, perdas e danos, cláusula penal, se houver, pagamento de honorários advocatícios), com exceção da dos juros (CC, art. 405), dependem do momento de sua ocorrência. Se a obrigação for de outra natureza que não dinheiro, os juros moratórios começarão a fluir desde que a sentença judicial, arbitramento ou acordo entre as partes lhes fixe o valor pecuniário” (*Curso de direito civil*. 2º vol.: teoria geral das obrigações. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 400).

Assim, a Súmula 54/STJ não deve ser interpretada de forma absoluta, até porque consignou o Min. Teori Albino Zavascki “em direito não há lugar para absolutos” (*Antecipação da tutela*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 152). É aceitável, repita-se, diante da excepcionalidade do caso, a aplicação do entendimento da referida Corte antes da Súmula: “O valor certo fixado, na sentença exequenda, quanto ao dano moral, tem seu termo *a quo* para o cômputo dos consectários (juros e correção monetária), a partir da prolação do título exequendo (sentença) que estabeleceu aquele valor líquido. Precedente do STJ” (RSTJ 112/184).

Para finalizar, quanto a esse aspecto é importante ressaltar que não se está afastando, pura e simplesmente, o atual entendimento do Superior Tribunal de Justiça sobre a aplicação dos juros moratórios no dano extrapatrimonial. Trata-se, isso sim, de melhor reflexão acerca da matéria, conforme já foi ressaltado em artigo da lavra de Flávio Luiz Yarshell, a saber: “Decisões judiciais devem ser respeita-

das e, no tempo devido, cumpridas pelos respectivos destinatários. Isso não impede, contudo, que a orientação firmada pela mais alta Corte competente para uniformizar a aplicação do direito federal seja objeto de respeitosa reflexão; que, em última análise, se dirige à tese e não propriamente ao julgamento” (Advogado. Mestre, Doutor e Livre Docente em Direito Processual pela USP. Professor de Processo Civil da Faculdade de Direito do Largo de São Francisco – USP. *Jornal Carta Forense*, 2-3-2010. www.carteforense.com.br) (Ap. Cív. n. 2008.059940-8, de minha relatoria, j. em 1º de junho de 2010).

Logo, a título de juros e de correção monetária, incide sobre o valor da condenação, a contar da data deste julgamento, apenas a Taxa Selic, porquanto coincidentes os seus termos iniciais.

Por derradeiro, analisa-se o tópico que diz respeito aos honorários advocatícios, arbitrados em 10% (dez por cento) sobre o valor atualizado da condenação.

Salienta o Estado que, *in casu*, deve ser reconhecida a sucumbência recíproca, “eis que gritante a diferença entre o valor efetivamente almejado e aquele fixado na sentença” (fl. 229).

Consoante entendimento da doutrina e jurisprudência, em tema de indenização por danos morais, o valor sugerido pela parte autora, na petição inicial, não passa de mera estimativa e cabe ao juiz definir os limites da reparação monetária. A princípio, então, não se poderia aplicar o art. 21, *caput*, do CPC.

Todavia, foram dois os pedidos do requerente (indenização por danos morais e materiais). Logrou êxito apenas em relação ao primeiro. Houve, portanto, vitória e derrota.

Como nesse aspecto há uma certa equivalência entre o valor deferido a título de dano moral, mais os consectários legais (juros e correção monetária), e o valor requerido pelos alegados danos materiais suportados, arbitra-se os honorários advocatícios em R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) para

cada parte litigante, autorizada a compensação, consoante a Súmula 306 do STJ, ressalvado o posicionamento deste Relator.

As custas serão igualmente divididas, isento o ente público, consoante estabelece a LC n. 156/1997, com a redação da LC n. 161/1997.

Diante desse contexto, dá-se parcial provimento ao recurso e à remessa para reduzir a verba indenizatória para R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), bem como para fixar como termo *a quo* dos juros de mora e da correção monetária a data deste julgamento, e reconhecer a sucumbência recíproca das partes, autorizada a compensação da verba advocatícia.

DECISÃO

Ante o exposto, a Câmara decidiu, por votação unânime, prover parcialmente o recurso e a remessa para reduzir o valor da indenização para cinquenta mil reais.

Participaram do julgamento, realizado no dia 29 de junho de 2010, os Exmos. Srs. Desembargadores Sérgio Roberto Baasch Luz e Jaime Luiz Vicari.

Florianópolis, 2 de agosto de 2010.

Vanderlei Romer
PRESIDENTE E RELATOR

SEGUNDA CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO

AGRAVOS DE INSTRUMENTO

Agravo de Instrumento n. 2010.018422-8, da Capital

Relator: Des. João Henrique Blasi

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. OBRIGAÇÃO DE FAZER. DETERMINAÇÃO JUDICIAL, POR MEDIDA LIMINAR, DE REALIZAÇÃO DE OBRAS DE ACESSO PARA PORTADORES DE DEFICIÊNCIA FÍSICA EM CRUZAMENTO DO CENTRO DA CAPITAL. ATO DISCRICIONÁRIO TITULARIZADO PELO PODER EXECUTIVO. INTROMISSÃO INDÉBITA DO PODER JUDICIÁRIO. PRECEDENTES DA CORTE. NOTÍCIA DE PROVIDÊNCIAS ADMINISTRATIVAS QUANTO À ACESSIBILIDADE NO MUNICÍPIO. INTERLOCUTÓRIA DESCONSTITUÍDA. AGRAVO PROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento n. 2010.018422-8, da Capital (Unidade da Fazenda Pública), em que é agravante Município de Florianópolis e agravado Representante do Ministério Público:

ACORDAM, em Segunda Câmara de Direito Público, à unanimidade de votos, dar provimento ao recurso. Custas legais.

RELATÓRIO

Município de Florianópolis, pelo Procurador Elton Rosa Martinovsky, interpôs agravo de instrumento visando à reforma de decisão interlocutória prolatada pelo Juiz Hélio do Valle Pereira (fls. 12 a 16), que, em sede de ação civil pública aforada pelo *Parquet*, representado pelo Promotor de Justiça Alexandre Herculano Abreu, deferiu a liminar vindicada para determinar ao agravante, no prazo de 60 (sessenta) dias, a realização de obras de acessibilidade aos portadores de deficiência física, na esquina das Avenidas Osmar Cunha e Rio Branco, no centro de Florianópolis.

Aduz o agravante que a decisão judicial afronta o princípio da separação dos poderes, haja vista a interferência no poder discricionário da Administração de realizar tais obras no local referenciado. Pondera, outrossim, a necessidade de providências técnicas precedentes, que demandam tempo bem maior do que o assinado pela decisão increpada. Sustenta, ademais, que os dispositivos constitucionais utilizados como fundamento decisório são normas programáticas, desprovidas, por isso, de imperatividade. E, por fim, alega a ausência dos requisitos exigidos para a antecipação da tutela, pelo que postula o efeito suspensivo da decisão (fls. 2 a 9).

O Desembargador Luiz Fernando Boller negou o efeito suspensivo almejado (fls. 88 a 97).

Lavrou parecer o Procurador de Justiça Antenor Chinato Ribeiro, opinando pelo desprovimento do recurso (fls. 111 a 114).

Vieram-me os autos.

É o relatório.

VOTO

Cuida-se, na essência, de aferir a possibilidade de o Poder Judiciário impingir ao Poder Executivo, por provimento liminar, em sede de ação

civil pública deduzida pelo *Parquet*, a realização de obras de acessibilidade em cruzamento viário no centro da Capital.

Conquanto se possa invocar variados argumentos para subsidiar o acolhimento da pretensão do Ministério Público, e, de conseguinte, da decisão agravada, tenho que, na espécie, pelas circunstâncias fáticas que matizam os autos, não há como albergar-se a postulação.

Dois aspectos precisam ser sobrelevados: o primeiro dizente com o primado da separação dos Poderes e o segundo com a natureza da medida liminar em foco.

Quanto ao primeiro deles insta anotar que a discricionariedade administrativa, inserida no contexto das decisões do Alcaide legitimamente eleito pelo soberano voto popular, deve ser respeitada, sob pena de malferimento ao princípio hierático da separação dos Poderes.

Sobre o tema, recorrendo a caso quejando, transcrevo excerto de voto da lavra do Ministro Cezar Peluso no recurso extraordinário n. 265.299/SC, em que Sua Excelência reproduz precisa manifestação do então Procurador de Justiça Luiz Cesar Medeiros, atual integrante deste Corte, *verbis*:

A tese posta no RE é esta: na forma do art. 144, *caput*, da CF, o Tribunal deveria determinar ao Executivo local a realização de obras em cadeia pública que se encontra em mau estado de conservação. Acontece que a questão exige previsão no que toca a recursos orçamentários e financeiros, inscrita nas atribuições do Poder Executivo. De outro lado, bem registra o Procurador Luiz César Medeiros, cujo parecer foi adotado no acórdão recorrido: “(...) ‘Constitucionalmente, quem detém o poder de priorizar a aplicação das verbas públicas é o Executivo, dentro dos parâmetros orçamentários adremente aprovados pelo Legislativo. ‘Convenhamos, a par da segurança pública, tem o Estado, por igual, responsabilidade pela educação, pela saúde, pelos transportes públicos e por tantos outros itens indispensáveis à sociedade. Cabe ao Administrador Público, dentro das prerrogativas que a Constituição lhe destina, distribuir os recursos orçamentários para suprir tais necessidades. ‘Não tenho

a menor dúvida que se dependesse da ação do Ministério Público e da receptividade do Judiciário, resolveríamos de pronto a situação caótica dos presídios, problema não só de Canoinhas, mas do Estado de Santa Catarina e de todo o País. Na mesma linha, poderíamos responsabilizar os mandatários pela falta de leitos hospitalares, fator responsável por milhões de mortes nas classes menos favorecidas. Também acabariam as filas de pessoas que mendigam uma consulta médica nos Postos de Saúde. De igual forma, através de determinação via provimento judicial, todas as crianças poderiam exercer em toda sua plenitude o sagrado direito à educação, com a edificação de salas de aula em número necessário para tal desiderato. ‘A permanecer hígida a decisão em comento, qual seria a justificativa, no âmbito jurídico-social, para que a cadeia de Canoinhas fosse reformada com primazia, quando tantas outras, alguma em pior situação, por falta de verbas, aguardem por idêntica solução. O próprio Magistrado referiu que a cadeia pública de Itaiópolis, Comarca vizinha, aguarda, inclusive há mais tempo por reformas, encontrando-se também interdita. Não parece razoável, ante tal quadro fático, que o Judiciário exija do Executivo o direcionamento das verbas para atender de forma privilegiada, ou específica, uma comunidade. ‘Como muito bem lembrou o recorrente, a forma pela qual o Estado deve garantir o direito à segurança pública está condicionada a políticas sociais e econômicas, o que permite a conclusão de que qualquer atuação nesse sentido deve ser realizada de forma global e atender aos planos orçamentários traçados nos arts. 165 a 167 da Constituição Federal. (...)’ (Fls. 205-206) É inviável, está-se a ver, o RE, motivo por que lhe nego seguimento.

Com efeito, a lógica do funcionamento do aparelho estatal requer análise sistêmica, com os olhos postos nas disponibilidades financeiras, visando a priorizar este ou aquele interesse da sociedade e com reverência às diretrizes político-administrativas estabelecidas pelo Gestor público.

Não se trata, quadra ressaltar, de agir com menoscabo em relação a uma política pública deveras importante, vale dizer, a da acessibilidade aos portadores de deficiência física, à qual, sem dúvida, o Município deve atentar, mas de ponderar o atendimento a essa política com o atendimento

a outras tão relevantes, nas áreas da saúde, da educação, do saneamento básico, etc, respeitados os critérios de conveniência e oportunidade.

Com efeito, afigura-se-me que deferir a escolha das obras públicas a serem implementadas a determinações judiciais importa em transferir ao magistrado o poder de administrar, que, consabidamente, não lhe pertence.

Ademais, no plano real, prático, efetivo da Administração Pública, há que haver plena consonância entre os direitos conferidos aos administrados e os recursos orçamentários e financeiros do erário, pois destes depende a concretude daqueles.

A separação e não a sobreposição dos Poderes do Estado é tema classicamente conhecido, intuído que foi por Locke e sistematizado por Montesquieu, tornando despicienda, neste azo, qualquer digressão teórica a respeito.

Adscrevo-me - e atrevo-me - a uma cogitação, ainda que na esfera hipotética, que me tem levado a refletir intensamente.

É que, assim como há comando constitucional protetivo dos portadores de deficiências (art. 244, CF), igualmente há comando de igual hierarquia no sentido de que “o número de juízes na unidade jurisdicional será proporcional à efetiva demanda judicial e à respectiva população” (art. 93, XIII, CF).

Impõe-se a seguinte indagação: seria razoável albergar-se eventual demanda judicial, inclusive timbrada pela concessão de provimento liminar, para o fim de impor o aumento do número de juízes em comarca asoberbada, se outras tantas o estivessem, e se o Tribunal de Justiça não dispusesse de “estoque” de magistrados, nem de recursos financeiros para tal fim? A resposta, parece-me, deveria ser negativa, à luz da razoabilidade.

Ou, por outra: seria possível determinar rigorosa celeridade na instrução e julgamento de determinado feito judicial, desconsiderando

todas as variantes em torno da matéria, porque o acesso à Justiça é essencial ao Estado Democrático de Direito e porque estabelecido o princípio, que tudo diz, mas nada define, da “razoável duração do processo” (art. 5º, LXXVIII, CF)? Claro que não!

A Primeira Câmara de Direito Público desta Corte, apreciando casos que podem ser invocados como precedentes, assentou:

AÇÃO CIVIL PÚBLICA VISANDO OBRIGAR O MUNICÍPIO A RÉGULARIZAR SISTEMAS DE ESGOTO E SANEAMENTO BÁSICO EM CONJUNTO HABITACIONAL. DEFERIMENTO DE TUTELA ANTECIPADA NO JUÍZO *A QUO*. PLANEJAMENTO DO GOVERNO DE JOINVILLE QUE INCLUI AÇÕES NESTA ESFERA, EM VÁRIOS BAIRROS, COM BASE EM SUA CAPACIDADE FINANCEIRA E ORÇAMENTÁRIA. ATO DISCRICIONÁRIO DE TITULARIDADE DO PODER EXECUTIVO. IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO (ART. 267, VI DO CPC). EXTINÇÃO DO PROCESSO DECRETADA *EX-OFFICIO*. PRECEDENTES DO TJSC E DO STJ. (AI n. 2007.032591-0, de Joinville, rel. Des. Paulo Henrique Moritz Martins da Silva, j. 13.6.08).

AÇÃO CIVIL PÚBLICA – OBRIGAÇÃO DE FAZER – INTERDIÇÃO DE ESTABELECIMENTO PRISIONAL E TRANSFERÊNCIA DE PRESOS – CARÊNCIA DE AÇÃO – IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO – EXTINÇÃO DO FEITO SEM JULGAMENTO DO MÉRITO (CPC, ART. 267, VI) – RECURSO PROVIDO

“A ação civil pública, nos termos do que preceituam os arts. 302 a 310 do CNCGJ, não se configura instrumento processual adequado para buscar a transferência de presos e a interdição de estabelecimento prisional, de forma que a extinção do feito, sem julgamento do mérito, é providência imperativa (art. 267, VI, do CPC), à vista da evidente impossibilidade jurídica do pedido e da falta de interesse processual” (AC nº 2004.028956-7, Des. Rui Fortes). (AC n. 2008.058680-3, de São Francisco do Sul, rel. Des. Newton Trisotto, j. 19.6.09).

Do mesmo modo, esta Segunda Câmara, por unanimidade de votos, assim decidiu:

APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – DETERMINAÇÃO AO PODER PÚBLICO DE CONSTRUIR CASA DE ALBERGADO – ART. 95 DA LEI DE EXECUÇÃO PENAL – IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO – EXTINÇÃO DO PROCESSO – APELO PROVIDO.

(AC n. 2008.004291-6, de Sombrio, rel. Des. Orli Rodrigues, j. 29.8.08)

E a Terceira Câmara de Direito Público deste Sodalício, também sem dissonância, igualmente consignou:

APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – IMPLANTAÇÃO DE SISTEMA DE ATENDIMENTO MÉDICO-PSIQUIÁTRICO A CRIANÇAS E ADOLESCENTES INTERNADOS NO HOSPITAL INFANTIL JOANA DE GUSMÃO E CONTRATAÇÃO DE PESSOAL ESPECIALIZADO – ATO DISCRICIONÁRIO – CONVENIÊNCIA E OPORTUNIDADE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA ESTADUAL – VEDAÇÃO AO PODER JUDICIÁRIO DE INTROMISSÃO NO MÉRITO DE AÇÕES POLÍTICO-GOVERNAMENTAIS – VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES – IMPOSSIBILIDADE DE DESTINAÇÃO DE VERBAS COM FINALIDADE ESPECÍFICA EM ORÇAMENTO PÚBLICO – PRECEDENTES – RECURSO PROVIDO.

A criação e manutenção pelo Estado de área de internação psiquiátrica destinada a crianças e adolescentes em hospital, bem como a contratação de pessoal especializado advêm de critérios exclusivamente político-governamentais, adotados pelos Poderes Executivo e Legislativo, que refogem do exame do Judiciário, por referirem-se ao exercício de poderes discricionários, nos quais são analisados os critérios de conveniência e oportunidades administrativos.

O Poder Judiciário não pode intervir e determinar a inclusão de verba para a realização de determinada obra ou contratação de pessoal especializado, pois, além de invadir a esfera da conveniência e competência administrativas, é vedada qualquer vinculação de receita à despesa, salvo as exceções previstas no art. 123, V, segunda parte, da CE.

(AC n. 2007.056906-2, da Capital, rel. Des. Rui Fortes, j. 19.12.2008)

Neste último acórdão há relevante fundamentação, lançada em voto vista do Desembargador Pedro Manoel Abreu, nos seguintes termos:

A construção de uma ala psiquiátrica, afinal, é medida que pressupõe um complexo conjunto de decisões administrativas, que devem fazer parte de um planejamento estratégico: quantas alas construir, em que municípios e em quais hospitais; de que forma viabilizar, se por ocupação de salas ou prédios preexistentes ou pela abertura de licitação para a construção de novos espaços; quais os recursos humanos disponíveis na Secretaria de Saúde, quais são as possibilidades de relocação de pessoal para auxiliar no atendimento psiquiátrico infantil e que investimentos em formação seriam necessários (treinamentos ou especializações); finalmente, quais e quantos novos cargos deveriam ser providos por concurso público.

Tais decisões administrativas, por evidentemente implicarem despesa pública, teriam de ser submetidas a uma avaliação orçamentária e então transformadas em projeto de lei e submetidas ao crivo dos legisladores. A construção de uma ou de mais alas de atendimento psiquiátrico infantil, portanto, é matéria a ser avaliada por Administradores e Legisladores, eleitos para desempenharem tal papel, e cuja competência para tanto é assegurada pelo texto constitucional.

O problema, portanto, não se reduz à disponibilidade de caixa para cumprimento da decisão, mas à existência de um planejamento administrativo e orçamentário que terminou por ser substituído pela sentença recorrida.

No mesmo sentido colhe-se pronunciamento do Superior Tribunal de Justiça:

RECURSO ESPECIAL - AÇÃO CIVIL PÚBLICA COM PRECEITOS COMINATÓRIOS DE OBRIGAÇÃO DE FAZER - DISCRICIONARIEDADE DA MUNICIPALIDADE - NÃO CABIMENTO DE INTERFERÊNCIA DO PODER JUDICIÁRIO NAS PRIORIDADES ORÇAMENTÁRIAS DO MUNICÍPIO - CONCLUSÃO DA CORTE DE ORIGEM DE AUSÊNCIA DE CONDIÇÕES ORÇAMENTÁRIAS DE REALIZAÇÃO DA OBRA .

[...]

Requer o Ministério Público do Estado do Paraná, autor da ação civil pública, seja determinado ao Município de Cambará/PR que destine um imóvel para a instalação de um abrigo para menores carentes, com recursos materiais e humanos essenciais, e elabore programas de proteção às crianças e aos adolescentes em regime de abrigo.

Na lição de Hely Lopes Meirelles, “só o administrador, em contato com a realidade, está em condições de bem apreciar os motivos ocorrentes de oportunidade e conveniência na prática de certos atos, que seria impossível ao legislador, dispondo na regra jurídica – lei - de maneira geral e abstrata, prover com justiça e acerto. Só os órgãos executivos é que estão, em muitos casos, em condições de sentir e decidir administrativamente o que convém e o que não convém ao interesse coletivo” .

Dessa forma, com fulcro no princípio da discricionariedade, a Municipalidade tem liberdade para, com a finalidade de assegurar o interesse público, escolher onde devem ser aplicadas as verbas orçamentárias e em quais obras deve investir. Não cabe, assim, ao Poder Judiciário interferir nas prioridades orçamentárias do Município e determinar a construção de obra especificada.

Ainda que assim não fosse, entendeu a Corte de origem que o Município recorrido “demonstrou não ter, no momento, condições para efetivar a obra pretendida, sem prejudicar as demais atividades do Município”. No mesmo sentido, o r. Juízo de primeiro grau asseverou que “a Prefeitura já destina parte considerável de sua verba orçamentária aos menores carentes, não tendo condições de ampliar essa ajuda, que, diga-se de passagem, é sua atribuição e está sendo cumprida”.

[...]

Recurso especial não provido. (REsp 208893/PR, rel. Min. Franciulli Netto, j. 19.12.2003).

E também, da mesma Corte Superior, tem-se:

Ao Poder Executivo cabe a conveniência e a oportunidade de realizar atos físicos de administração (construção de conjuntos habitacionais, etc.). O Judiciário não pode, sob o argumento de que está protegendo direitos coletivos, ordenar que tais realizações sejam consumadas (REsp n. 169.876/SP, Min. José Delgado).

Tenho, pois, como inviável que, sobretudo em sede de provimento liminar, obrigue-se o Município agravante a realizar a obra em comento.

Caberia, neste passo, outra indagação: por que a realização da obra em foco na reportada esquina? E outras, na cidade, também movimentadas?

Ao que se vê, não há como impor à Municipalidade, dessa forma, a obra referenciada, cumprindo, por outro lado, registrar que, consoante documentos adunados pelo agravante, há providências em andamento no dizente com a questão da acessibilidade no Município.

O segundo aspecto suscitado alhures e já pincelado com algumas observações, diz respeito à impropriedade da concessão de provimento liminar para o fim em questão.

Ora, se quanto ao mérito já existem inúmeros pronunciamentos vedatórios à pretensão deduzida pelo Ministério Público, com muito mais razão divisa-se o descabimento de sua instrumentalização pela via liminar.

Assim, é de ser provido o agravo para desconstituir a decisão increpada.

DECISÃO

Ante o exposto, à unanimidade, dá-se provimento ao agravo.

O julgamento, realizado no dia 10 de agosto de 2010, foi presidido pelo Exmo. Sr. Desembargador Cid Goulart, com voto, e dele participou o Exmo. Sr. Desembargador Newton Janke.

Florianópolis, 10 de agosto de 2010

João Henrique Blasi

RELATOR

Declaração de voto do Exmo. Sr. Des. Newton Janke:

Acompanhei o eminente relator no caminho de prover o recurso, embora não aderindo a todos os fundamentos que alicerçaram o seu respeitável voto.

No neo-constitucionalismo, já não se nega a força normativa dos preceptivos constitucionais.

Nenhum texto da Constituição é estritamente programático, uma mera “carta de boas intenções”, devendo o intérprete e o Judiciário dele extrair um mínimo de carga operativa, sem que isso moleste o princípio da independência e soberania dos Poderes, salvo quando a Constituição expressamente subordinar sua concreção ao advento de lei regulamentadora.

Para o caso concreto de que trata a ação civil pública, a Constituição dispôs que “*a lei disporá sobre normas de construção dos logradouros e dos edifícios de uso público e de fabricação de veículos de transporte coletivo, a fim de garantir acesso adequado às pessoas portadoras de deficiência*” (art. 227, §2º, da CF).

O disciplinamento infraconstitucional reclamado pela Constituição sobreveio com a Lei nº 7.853/89, que, inclusive, entregou ao Ministério Público a tarefa de propor ações civis públicas destinadas à proteção de interesses coletivos ou difusos de pessoas portadoras de deficiências (art. 3º).

Em tal contexto, não vejo nenhum óbice à propositura de ações civis públicas que convoquem ou imponham ao Administrador Público o dever de implementar ações efetivas neste campo.

Mas, no caso concreto, tal como o eminente relator, penso que não havia nenhuma excepcional razão de urgência para conceder, com prazo exíguo, a medida liminar, exaurindo, aprioristicamente, todo o objeto da

ação. Ninguém ignora que qualquer obra pública pede alguns trâmites prévios (projeto técnico, licitação, etc..).

E, no que tange ao pedido propriamente dito, não pode deixar de causar alguma perplexidade o fato de se pleitear que apenas um determinado ponto da cidade seja aquinhoadado com a obra, como se não houvesse vários outros locais de intensa circulação de deficientes que também reclamam o mesmo tratamento. Sem pretender ser didático, penso que mais apropriado seria impor ao Poder Público local a formulação e apresentação de um plano ou projeto global que contemplasse todos esses casos.

Florianópolis, 12 de agosto de 2010

Des. Newton Janke

Agravo de Instrumento n. 2010.024038-2, da Capital

Relator: Des. João Henrique Blasi

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. CONCURSO PÚBLICO. PRELIMINAR DE INOBSERVÂNCIA DO ART. 2º DA LEI N. 8.437/92 AFASTADA. PEDIDO LIMINAR SUSTATÓRIO DOS ATOS DE NOMEAÇÃO E POSSE DOS CANDIDATOS APROVADOS PARA O CARGO DE ASSISTENTE JURÍDICO DA PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO INDEFERIDO PELO JUÍZO DE ORIGEM E CONCEDIDO MONOCRATICAMENTE NESTA CORTE. ALEGAÇÃO DE AFRONTA AO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE, PELA NÃO INSERÇÃO, NO EDITAL DO CERTAME, DE REQUISITO EXIGIDO PELA LEGISLAÇÃO ESTADUAL DE REGÊNCIA (INSCRIÇÃO NA OAB). INEXISTÊNCIA, PORÉM, DE TAL REQUISITO QUANDO DA VEICULAÇÃO DA NORMA EDITALÍCIA, POR FORÇA DE VETO GOVERNAMENTAL. INSERÇÃO POSTERIOR, MERCÊ DA REJEIÇÃO DO VETO. PROMULGAÇÃO DA LEI, AO DEPOIS, COM O REQUISITO, PELA ASSEMBLÉIA LEGISLATIVA. AUSÊNCIA DE PROVA INEQUÍVOCA DAS ALEGAÇÕES (ART. 273, *CAPUT*, DO CPC). DECISÃO MANTIDA. RECURSO DESPROVIDO.

I. “*O cumprimento da exigência do art. 2º da Lei 8.437/92 [ouvida da representação da pessoa jurídica de direito público antes da concessão da liminar] pode, sem eiva de nulidade, ser dispensado em casos em que a medida liminar, lastreada por indiscutível fumus boni iuris, visa atender situação de premente gravidade e urgência*” (AI n. 2007.059415-1, de Porto Belo, rel. Des. Newton Janke, j. em 2.12.08). Ademais, reverentemente ao princípio da instrumentalidade, soaria ilógico, neste momento processual, analisar eventual

nulidade ocorrida quando da concessão do efeito suspensivo ao agravo sob exame, quando a Câmara já está decidindo o próprio agravo.

II. Não se há de vislumbrar, *in casu*, a presença dos requisitos exigíveis para a concessão da medida liminar vindicada, porquanto evidenciado está que inexistia comando legal, ao tempo da publicação do edital do concurso público em foco, incluindo como requisito para a investidura no cargo de assistente jurídico da Procuradoria-Geral do Estado, prévia inscrição no quadro da OAB (Ordem dos Advogados do Brasil), que só veio a ser exigido por alteração legislativa superveniente, decorrente da rejeição de veto oposto ao autógrafo da lei, razão pela qual inexistente afronta ao princípio da legalidade, devendo, por isso, ser desprovida a insurgência recursal, pois, como assentado pelo Superior Tribunal de Justiça, “*o edital, considerado a lei do concurso, estabelece um vínculo entre a Administração e os candidatos, de maneira que alterações legislativas posteriores que restrinjam os critérios do edital não se aplicam ao certame regido por lei anterior, sob pena de ofensa ao princípio da segurança jurídica*” (AgRg no Ag 1212609/SE, rel.^a Min.^a Maria Thereza de Assis Moura, j. 6.5.10).

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento n. 2010.024038-2, da comarca de Capital (Unidade da Fazenda Pública), em que é agravante Ministério Público do Estado de Santa Catarina e são agravados Estado de Santa Catarina e outro:

ACORDAM, em Segunda Câmara de Direito Público, por votação unânime, negar provimento ao recurso. *Custas legais.*

RELATÓRIO

Ministério Público do Estado, representado pelos Promotores Durval da Silva Amorim e Marina Modesto Rebelo, interpôs agravo de instrumento em face de decisão prolatada pelo Juiz Hélio do Valle Pereira

(fls. 13 e 14), que, nos autos de ação civil pública por ato de improbidade administrativa, aforada contra Estado de Santa Catarina e Sadi Lima, indeferiu liminar para sustar os atos de nomeação e posse dos candidatos aprovados em concurso público para o cargo de Assistente Jurídico da Procuradoria-Geral do Estado.

Narra o agravante, em epítome, que o provimento liminar por ele requerido desvela-se imperativo, haja vista que o ato convocatório do concurso público referenciado (Edital n. 01/2010) estaria em testilha com a Lei Complementar n. 485/2010, que disciplina as exigências para o exercício do cargo em comento, inserindo, dentre elas, a inscrição na Ordem dos Advogados do Brasil – OAB, que, no entanto, não constou da norma editalícia focada, malferindo, assim, o princípio da legalidade.

Pugna, então, pela antecipação dos efeitos da tutela recursal, ao argumento de que a paralisação do certame, diante da nulidade invocada, evitará a ocorrência de lesão grave e de difícil reparação, tanto aos candidatos como ao erário.

A tutela recursal restou antecipada por decisão unipessoal do Desembargador Luiz Fernando Boller (fls. 142 a 146), mantida após pedidos de reconsideração formulados por Elisângela Strada e Roseni Rodrigues Pereira (fls. 152 a 162), Estado de Santa Catarina (fls. 264 a 265) e de Astor Nina de Carvalho Júnior (fls. 271 a 277), à luz dos despachos de fls. 228, 267 e 290.

Em contrarrazões, o Estado, além de pugnar pelo desprovimento do recurso, suscitou preliminar, com fincas no art. 2º da Lei n. 8.437/92, dada a concessão de medida liminar sem que ele tenha sido previamente ouvido (fls. 232 a 238).

Lavrou parecer a Procuradora de Justiça Hercília Regina Lemke, opinando pelo provimento do recurso (fls. 304 a 310)).

É o relatório.

VOTO

Inicialmente, é de ser afastada a preliminar, deduzida em sede de contrarrazões, tendo em vista que o disposto no art. 2º da Lei 8.437/92, estabelecendo que antes da concessão de medida liminar contra o Poder Público este deve ser ouvido, não tem caráter absoluto.

Neste sentido colaciono:

ACÇÃO CIVIL PÚBLICA. MEDIDA LIMINAR. INOBSERVÂNCIA DO ARTIGO 2º, DA LEI 8.437/97. DISPENSA EM CASOS DE PREMENTE URGÊNCIA. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS NÃO PADRONIZADOS. AUSÊNCIA DE PREVISÃO ORÇAMENTÁRIA. IRRELEVÂNCIA. PORTADORA DE DOENÇA GRAVÍSSIMA. DIREITO À PRESERVAÇÃO DA SAÚDE E DA VIDA.

O cumprimento da exigência do art. 2º da Lei 8.437/92 pode, sem eiva de nulidade, ser dispensado em casos em que a medida liminar, lastreada por indiscutível *fumus boni iuris*, visa atender situação de premente gravidade e urgência. (AI n. 2007.059415-1, de Porto Belo, rel. Des. Newton Janke, j. 2.12.08).

Ademais, reverentemente ao princípio da instrumentalidade, soaria de rematado *non sense*, neste momento processual, analisar eventual nulidade ocorrida quando da concessão do efeito suspensivo ao agravo sob exame, quando a Câmara já está decidindo o próprio agravo.

Suplantada tal preliminar, vê-se que o exame da controvérsia emergente dos autos reclama a verificação da presença - ou não - dos pressupostos autorizativos da concessão de liminar na ação originária.

Os requisitos para o deferimento da liminar são, consabidamente, *fumus boni iuris* e *periculum in mora*.

Não vislumbro, entretantes, na estreiteza própria do agravo de instrumento, tipificada a “fumaça do bom direito”.

Rememorando o enredo fático colhe-se:

(i) em 11.1.2010 foi publicada a Lei Complementar n. 485/2010, contendo o veto oposto pelo Chefe do Poder Executivo ao disposto no art. 20, II, “a”, que exigia, como requisito para a posse no cargo de assistente jurídico da Procuradoria-Geral do Estado (PGE), a inscrição na Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) - (fls. 128 a 131);

(ii) em 9.2.2010 foi assinado o Edital relativo ao concurso para o mencionado cargo de assistente jurídico da PGE (fls. 65 a 82); e

(iii) após deliberação da Assembléia Legislativa pela rejeição do veto, foi publicada, em 31.3.2010, a parte promulgada da Lei Complementar em comento (art. 20, II, “a”) - (fl. 180).

Infere-se, com clareza palmar, que a exigência da prévia inscrição na OAB não vigorava ao tempo do lançamento do Edital n. 01/2010, vindo a ser positivada ulteriormente, mercê da rejeição, pelo Parlamento, do veto governamental que a proscreeu do autógrafo.

E a republicação da Lei - melhor dizendo, a publicação da parte vetada que foi restabelecida e promulgada pela Assembléia Legislativa -, não tem efeito retro-operante, ostentando vigência prospectiva, como já assentado pelo Supremo Tribunal Federal. Veja-se:

VETO PARCIAL. REJEITADO, A PARTE VETADA E PROMULGADA, ENTRANDO EM VIGOR A PARTIR DA SUA PUBLICAÇÃO, E NÃO DO MOMENTO DA VIGÊNCIA DA PARTE NÃO ALCANÇADA PELO VETO. A OBRIGATORIEDADE NASCE COM A PUBLICAÇÃO (ART. 1º DA LEI DE INTRODUÇÃO AO CÓDIGO CIVIL). RECURSO EXTRAORDINÁRIO NÃO CONHECIDO. (RE 68316, rel. Min. Djaci Falcão, j. em 27.4.71).

Ademais, faz-se de todo aplicável, também, o disposto no § 4º, do art. 1º, da Lei de Introdução ao Código Civil, ao estatuir que “as correções a texto de lei já em vigor consideram-se lei nova”.

Tem-se, então, que o Edital do certame veio a lume em plena consonância com a legislação vigente, descabendo, por outro lado a sua pretendida retificação por conta da posterior alteração da LC 485/2010.

É que a alteração legislativa supervenientemente promovida não tem, como visto no antes invocado aresto da Suprema Corte, efeito retroativo.

E vem a calhar, neste passo, pela identidade, o seguinte julgado do Superior Tribunal de Justiça. *Verbis*:

AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. ALTURA MÍNIMA ESTABELECIDADA EM EDITAL. LEI POSTERIOR. IRRETROATIVIDADE. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL NÃO DEMONSTRADO.

1. O edital, considerado a lei do concurso, estabelece um vínculo entre a Administração e os candidatos, de maneira que alterações legislativas posteriores que restrinjam os critérios do edital não se aplicam ao certame regido por lei anterior, sob pena de ofensa ao princípio da segurança jurídica. (AgRg no Ag 1212609/SE, rel.^a Min^a. Maria Thereza de Assis Moura, j. 6.5.10).

Cumpra, ainda, reproduzir parte da judiciosa argumentação constante da decisão agravada:

O Edital não exigiu a inscrição na OAB. Desse modo, ampliou o número de candidatos interessados. Se for de ser exigido o cumprimento da literalidade da legislação infraconstitucional (insisto que não polemizo a respeito da validade desse reclamo), o constrangimento que haverá será quanto à negativa de posse a tal pessoa. Aliás, nos termos da Súmula 266 do STJ nem sequer a nomeação poderá ser negada. O prejuízo, então, poderá ser empolgado, estimo, pelo candidato que, incentivado pelos termos editalícios, haja se inscrito, se submetido às provas e, nomeado, tenha a frustração da impossibilidade de exercício do cargo.

Essa situação, entretanto, traz ainda outras perspectivas de análise. Factível que esse candidato não se conforme com uma eventual negativa administrativa e postule judicialmente o direito à posse.

Quer dizer, na linha de pensamento que adoto, não convém que se sustem os atos subsequentes ao concurso, visto que: a) o concurso em si não sofreu ofensa à sua essência, pois até ampliou o número de interessados (e este me parece o argumento essencial); b) aos inscritos na OAB não se pode cogitar de prejuízo em caso de aprovação; c) aqueles não inscritos deverão ter análise individualizada por parte da Administração, que apurará se têm direito à posse ou não; d) mesmo a estes, se for entendido que não podem exercer o cargo, haverá de ser oportunizado o debate judicial casuístico. (fls. 13 e 14)

Assim, conquanto respeitáveis a preocupação e o zelo do Ministério Público acionante, entendo, tanto quanto entendeu o magistrado *a quo*, que a solução mais consentânea está na ultimação do certame, à luz da norma editalícia, porque harmônica com a lei vigente à época e porque prejuízo algum trará aos nele inscritos.

O inverso, isto é, a paralisação do concurso, implicaria não apenas prejuízo aos concursandos aprovados, mas principalmente ao Estado, porque se veria impossibilitado de nomeá-los e de contar com o seu labor, além do que, no plano prático, teria malbaratado dinheiro público.

Aqui avulta, portanto, a inexistência de *periculum in mora* para o agravante e reversamente, a sua tipificação em prol do Estado agravado.

Enfim, por não vislumbrar indício da mais mínima ilegalidade, voto pelo desprovimento do agravo, desconstituindo a decisão unipessoal de fls. 142 a 146, e restabelecendo, de conseguinte, a decisão agravada de fls. 13 e 14.

DECISÃO

Ante o exposto, por votação unânime, nega-se provimento ao recurso.

O julgamento, realizado no dia 24 de agosto de 2010, foi presidido pelo Exmo. Sr. Desembargador Cid Goulart, com voto, e dele participou o Exmo. Sr. Desembargador Ricardo Roesler.

Florianópolis, 24 de agosto de 2010.

João Henrique Blasi
RELATOR

APELAÇÃO CÍVEL

Apelação Cível n. 2010.009544-0, de São Lourenço do Oeste

Relator: Desembargador Substituto Ricardo Roesler

APELAÇÃO CÍVEL. MANDADO DE INJUNÇÃO. OMISÃO NO ENVIO DE PROJETO DE LEI VISANDO O REAJUSTE GERAL ANUAL DOS SERVIDORES MUNICIPAIS, CONFORME O ART. 37, INCISO X, DA CR, PARA OS EXERCÍCIOS DE 2004, 2005 E 2008. COMPETÊNCIA PRIVATIVA DO PREFEITO. EXISTÊNCIA DE LEI CONCEDENDO REAJUSTE RELATIVO AO EXERCÍCIO DE 2006 (LEI N.º 1.663/07). IMPOSSIBILIDADE DA IMPETRAÇÃO DE MANDADO DE INJUNÇÃO PARA DISCUSSÃO DE REAJUSTES DE EXERCÍCIOS PRETÉRITOS. PRECEDENTES DO STF. FALTA DE INTERESSE PROCESSUAL. ENVIO DE PROJETO DE LEI RELATIVO AO EXERCÍCIO DE 2008, ADIANTE CONVERTIDO EM LEI, ANTES DA SENTENÇA (LC N.º 111/09, COM AS ALTERAÇÕES DA LC N.º 113/09). PERDA DE OBJETO. RECURSO PROVIDO.

O mandado de injunção, conforme orienta a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, serve tão somente para decretar a mora legislativa, não sendo instrumento hábil para constituir direito pretérito à reparação salarial, em tom indenizatório (**MI 634-AgR/DF**, Rel. Min. Sepúlveda Pertence; **MI 698-AgR/DF**, Rel. Min. Ricardo Lewandowski). Destarte, postulada a declaração de mora em face da ausência de reajuste em dois períodos distintos – 2004, 2005 – e editada lei reparando mesmo que apenas um exercício posterior (no caso, o exercício de 2006), resta configurada a falta de interesse processual, em face da im-

possibilidade de reconhecer-se direito pretérito de reajuste por via transversa (**RE 501.054-AgR/SC**, Rel. Min. Cezar Peluso).

Quanto ao reajuste para o exercício de 2008, o envio de projeto de lei com este objetivo, antes da sentença, caracteriza a perda de objeto do pedido, tal qual já reconhecido pelo juízo de origem, quando do recebimento do recurso.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2010.009544-0, da comarca de São Lourenço do Oeste (Vara Única), em que são apelantes Município de São Lourenço do Oeste e outro, e apelado Sindicato dos Servidores Públicos Municipais de São Lourenço do Oeste:

ACORDAM, em Segunda Câmara de Direito Público, por maioria de votos, dar provimento ao recurso do réu para reformar a sentença, reconhecendo a falta de interesse processual do autor. Vencido o Exmo. Sr. Des. Newton Janke. Custas de lei.

1. RELATÓRIO

O Sindicato dos Servidores Públicos Municipais de São Lourenço do Oeste – SSMS – impetrou mandado de injunção coletivo em face de omissão legislativa do Chefe do Poder Executivo de São Lourenço do Oeste/SC, arguindo que este não promoveu o encaminhamento de projeto de lei visando a revisão geral anual dos servidores públicos municipais, conforme estabelece o art. 37, X, da CF, relativo aos exercícios de 2004, 2005 e 2008. Pleiteou a concessão de ordem para determinar que o Prefeito Municipal elaborasse os referidos projetos de lei, com base na inflação medida pelo IGPM nos respectivos anos anteriores.

A autoridade coatora prestou informações (fls. 30-38), afirmando que não enviou os projetos de lei por “*total incapacidade financeira*”. Aduziu,

também, que o pedido do autor fere o poder discricionário da Administração Pública. Por fim, arguiu que, caso procedente o pedido, seja seguida a teoria não concretista do mandado de injunção, para unicamente declarar a autoridade impetrada em mora.

A sentença julgou procedente o pedido, determinando que o Prefeito Municipal encaminhasse os projetos de lei, fixando prazo de 60 dias para tanto, sob pena de, em caso de descumprimento, multa de R\$ 500,00 (quinhentos reais) por dia, a ser paga pelo próprio Prefeito em favor do autor (fls. 48-61).

Irresignada, a autoridade coatora interpôs recurso de apelação (fls. 73-85), afirmando, preliminarmente, que houve perda de objeto quanto ao pedido de projeto de lei referente ao exercício de 2008, uma vez que o enviou à Câmara Municipal, conforme noticiou à fls. 64-65. Quanto ao mérito, reiterou os argumentos esposados anteriormente.

Contrarrazões às fls. 94-107.

Lavrou parecer pela douta Procuradoria-Geral de Justiça o Exmo. Sr. Dr. Guido Feuser, opinando pelo improvimento do recurso de apelação (fls. 113-120).

Vieram os autos conclusos.

2. VOTO

Trato de recurso de apelação interposto pelo Prefeito Municipal de São Lourenço do Oeste contra sentença que concedeu ordem em autos de mandado de injunção ao Sindicato dos Servidores Públicos Municipais de São Lourenço do Oeste – SSMS –, determinando que autoridade coatora encaminhasse projetos de lei visando a revisão geral anual dos servidores públicos municipais, conforme estabelece o art. 37, X, da CR, relativo aos exercícios de 2004, 2005 e 2008, fixando prazo de 60 dias para tanto,

sob pena de, em caso de descumprimento, multa diária de R\$ 500,00 (quinhentos reais).

Em relação ao reajuste relativo ao exercício de 2008, segundo noticiado nos autos, a autoridade recorrente comunicou, após a sentença, ter encaminhado projeto de lei, no qual contemplara o aumento salarial reclamado pelos servidores. O projeto de lei (posteriormente convertido na LC n.º 111/09), em seu art. 2º, estabelece (fl. 68):

“Art. 2º Fica concedido o percentual de 10% sobre os vencimentos dos Servidores Públicos Municipais, ativos, inativos, pensionistas e conselheiros tutelares, sendo 9,81% (nove vírgula oitenta e um por cento) a título de recomposição referente ao ÍGPM acumulado no período de 1º/01/2008 a 31/12/2008, e 0,19% (zero vírgula dezenove por cento) a título de reajuste de vencimento”.

A peça foi recebida como se embargos declaratórios fosse, a partir do que acolheu em parte a perda do objeto da ação (somente em relação ao período de 2008 – fls. 90), para então receber apenas parcialmente o apelo. Não houve oposição do sindicato recorrido no particular.

Acertado o reconhecimento, pelo juízo de origem, de perda do objeto, apenas em relação a um dos períodos – o último reclamado.

Já em relação ao reajuste relativo ao exercício de 2004 e 2005, observe que, sem olvidar da matéria de fundo, há questão prejudicial a ser analisada, cujo reconhecimento redundaria na extinção do processo, sem resolução de mérito.

É próprio da disciplina do mandado de injunção a declaração de mora legislativa, por quem tenha competência legiferante. No plano fático, conforme preleciona José Afonso da Silva,

“Sua principal finalidade consiste assim e conferir imediata aplicabilidade à norma constitucional portadora daqueles direitos e prerrogativas, inerte em virtude da ausência de regulamentação. Revela-se, nesse quadrante, como um instrumento da realização

prática da disposição do art. 5.º, § 1.º” (*Curso de direito constitucional positivo*, Malheiros, 2008, p. 448).

Na prática, todavia, o instrumento sujeita-se a toda sorte de críticas, resumidas, a par do que dito com brilho na sentença, ao seu alcance e efeitos – isso porque, em regra, tem-se admitido seu manejo apenas para reconhecer a mora, sem tributar propriamente sanções. É em si o que caracteriza a adoção da tese não concretista (na contramão, a propósito, do que bem lançado na sentença, que se valeu da tese concretista). Assim tem-se afirmado sob o argumento de que a tese contrária redundaria em ingerência de um Poder sobre o outro.

Mas não é só. A tendência, de um modo geral, é de contemplação reducionista, seguindo, evidentemente, o respeito ao modelo tripartite. Nesse pensar, a dedução de mora, que só se admite objetiva, tem caráter puramente formal, e não material.

Observadas tais premissas em relação ao caso que se apresenta, atento ao fato da existência de lei concedendo reajuste aos servidores datada de 2007, que, apesar de referir-se especificamente ao exercício de 2006, inevitavelmente impede a discussão em face dos exercícios de 2004 e 2005. A Lei n.º 1.663 dispõe em seu art. 1º (fl. 20):

“Art. 1º Ficam reajustados, a partir de 1º de maio do corrente ano, os vencimentos dos Servidores Públicos Municipais, dos cargos em Comissão, bem como, dos Agentes Políticos do Executivo Municipal, em **3,85% (três inteiros e oitenta e cinco décimos por cento)**”.

Conquanto não contemple em toda a extensão a perda reclamada, a lei citada exaure a ação mandamental.

A propósito, o Supremo Tribunal Federal enfrentou questão semelhante em ocasiões diversas (**MI 629-6/SP**, Rel. Min. Maurício Corrêa; **MI 686/DF**, **MI 660-1/DF** e **MI 663-6/DF**, todos de relatoria do Min. Carlos Velloso, *v.g.*), envolvendo servidores federais que pleiteavam a concessão

do reajuste anual, com base no mesmo art. 37, inc. X, da CF. Naqueles casos, reclamava-se perda salarial por ausência de norma decorrente dos períodos de 1999 a 2001, tendo em conta que apenas se editará diploma contemplando um dos períodos reclamados (2001).

A decisão da Suprema Corte em todos os casos foi a mesma: reconhecer a perda de objeto em razão de edição de lei concedendo reajuste em ano posterior. Cito, no particular, decisão no Agravo Regimental no Mandado de Injunção nº 698-9/DF, de relatoria do Min. Ricardo Lewandowski, circundando o tema:

“AGRAVO REGIMENTAL EM MANDADO DE INJUNÇÃO. PERDA DE OBJETO. AGRAVO IMPROVIDO.

“I – O Supremo Tribunal Federal tem reconhecido a perda de objeto do mandado de injunção impetrado com o propósito de obtenção da revisão geral anual dos servidores da União referente aos anos de 1999, 2000 e 2001, em razão da edição da Lei nº 10.331/01 e da Lei nº 10.697/03. Precedentes.

“II – Inexistência de novos argumentos capazes de afastar as razões expedidas na decisão ora atacada, que deve ser mantida.

“III – Agravo regimental improvido”

Neste específico caso, o agravante levantou idêntica tese àquela albergada na sentença – que reconhece apenas a perda parcial do objeto mandamental – como se extrai do relatório do agravo:

“Irresignado, recorre o impetrante (fls. 90-92), alegando, em suma, que **não há, nas lei nºs 10.331/01 e 10.697/03, ‘qualquer alusão à remuneração e aos subsídios dos servidores públicos federais, referentes aos exercícios financeiros de 1999, 2000 e 2001, não podendo, assim, com a devida vênia, em virtude dos diplomas legais invocados, ter a ação injuncional perdido seu objeto, que é a revisão geral da remuneração e dos subsídios de tais servidores, referentes àqueles exercícios financeiros’** (fl. 91).” (grifei).

No caso, portanto, entendeu-se por satisfeita a necessidade de lei apenas pela edição de um único diploma - que à época regulava apenas um dos períodos requeridos.

Assim se tem decidido, a propósito, por firmar-se na Suprema Corte a orientação de que o mandado de injunção não pode servir, por via transversa, como ação indenizatória, na medida em que a edição de leis referentes aos períodos anteriores implicaria, via de consequência, em conceder-se indiretamente efeito retroativo. Assim tem se dito:

“1. RECURSO. Extraordinário. Inadmissibilidade. Exaurimento. Instâncias ordinárias. Súmula 281. Decisão agravada. Reconsideração. Provado o exaurimento das instâncias ordinárias, deve ser apreciado o recurso. 2. RECURSO. Extraordinário. Admissibilidade. Servidor público. Revisão geral e anual de vencimentos. Iniciativa da vontade política do Presidente da República e das conveniências subjetivas de sua avaliação. Indenização fundada na responsabilidade civil. Direito não reconhecido. Jurisprudência assentada. Decisão reconsiderada. Agravo regimental provido. Não cabe indenização para recomposição de perda inflacionária dos vencimentos dos servidores públicos” (RE 501.054 AgR/SC. Segunda Turma. Rel. Min. Cezar Peluso. Decisão de 10.10.06).

Dessa forma, na mesma orientação do Supremo Tribunal Federal, deve-se reconhecer a falta de interesse processual do autor do mandado de injunção impetrado com o propósito de obtenção da revisão geral anual da remuneração dos servidores municipais referentes aos exercícios de 2004 e 2005, em razão da edição da Lei n.º 1.663/07.

Diante do exposto, voto pelo provimento do recurso do réu para reformar a sentença, reconhecendo a falta de interesse processual do autor.

3. DECISÃO

Ante o exposto, a Câmara decidiu, por maioria de votos, dar provimento ao recurso do réu para reformar a sentença, reconhecendo a falta de interesse processual do autor. Vencido o Exmo. Sr. Des. Newton Janke.

O julgamento, realizado no dia 28 de setembro de 2010, foi presidido pelo Exmo. Sr. Desembargador Newton Janke, com voto, e dele participou o Exmo. Sr. Desembargador João Henrique Blasi.

Lavrou parecer pela douta Procuradoria-Geral de Justiça o Exmo. Sr. Dr. Guido Feuser.

Florianópolis, 28 de setembro de 2010.

Ricardo Roesler
RELATOR

Declaração de voto vencido do Exmo. Sr. Des. Newton Janke

Ressalvada a perda de objeto em relação ao exercício do ano de 2008, divergi da ilustrada maioria para confirmar, em tudo e por tudo, a magnífica sentença apelada.

O fato do Executivo Municipal ter concedido, através da Lei nº 1.663/2007, reajuste geral concernente ao exercício de 2006, não serviu, na minha modesta compreensão, para purgar a mora legislativa dos anos de 2004 e 2005.

A despeito da elevadíssima autoridade do Supremo Tribunal Federal, não consigo ser convencido (talvez por precoce embotamento intelectual) pelos precedentes evocados no voto do eminente relator, segundo quem o

mandado de injunção não se presta ao reconhecimento de direito pretérito à reparação salarial, com matiz indenizatório.

Ora, o direito à revisão geral anual dos vencimentos e subsídios (art. 37, inc. X, da Constituição Federal) não precisa ser reconhecido ou constituído; ele existe e somente precisa ser implementado.

Parece claro que, para assegurá-lo, não se poderia manejar o mandado de injunção com efeito prospectivo. E se assim é, segue-se a conclusão necessária e inevitável que, no caso de descumprimento do mandamento constitucional, a pretensão injuncional somente pode ser voltada para o passado.

Negar essa possibilidade implica em dar uma utilidade reducionista ao mandado de injunção e, na prática, significa esvaziar de eficácia o inc. X do art. 37 da Carta Magna, premiando e incentivando o Administrador Público a descumprir esse preceito – já tão ignorado – porque, afinal de contas, concedido um reajuste geral, todos os anos anteriores terão se tornado cinzas da história!

Respeito a quem pensa de modo diverso, mas não cogito tornar-me sócio desse entendimento; preferiria antes que o inc. X do art. 37 da CF deixasse de existir.

Florianópolis, 30 de setembro de 2010.

Newton Janke
DESEMBARGADOR

CÂMARA ESPECIAL DE CHAPECÓ

APELAÇÕES CÍVEIS

Apelação Cível n. 2006.007814-2, de Xanxerê

Relator: Juiz Saul Steil

AGRAVO RETIDO. DECISÃO QUE AFASTA PRELIMINAR DE INÉPCIA DA INICIAL. PRELIMINAR RECHAÇADA CORRETAMENTE. PETIÇÃO INICIAL QUE PREENCHE OS REQUISITOS DOS ARTS. 282 E 283 DO CPC. RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO.

AGRAVO RETIDO. DECISÃO PROFERIDA EM EMBARGOS DE DECLARAÇÃO QUE NEGA EFEITO INTERRUPTIVO. INTELIGÊNCIA DO ART. 538 DO CPC. DECISÃO QUE NÃO CAUSA PREJUÍZO. APELAÇÃO INTERPOSTA TEMPESTIVAMENTE. RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO.

AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. CONCESSÃO COMERCIAL DE REVENDA DE VEÍCULOS AUTOMOTORES. VEDAÇÃO DE COMERCIALIZAÇÃO DENTRO DA ÁREA DE AUTUAÇÃO DE OUTRA CONCESSIONÁRIA. APLICAÇÃO DA “LEI FERRARI” (LEI 6.729/79) E ALTERAÇÕES TRAZIDAS PELA LEI 8.132/90. INCONSTITUCIONALIDADE AFASTADA. PROVA DOCUMENTAL E PERICIAL QUE DEMONSTRAM POSTURA ATIVA DA CONCESSIONÁRIA REQUERIDA. VERBAS INDENIZATÓRIAS DEVIDAS.

Deve ser afastada a preliminar de inconstitucionalidade da Lei nº 6.729/79, conhecida como “Lei Ferrari”, tendo em vista

que a mesma não fere os princípios da livre concorrência e da livre iniciativa, pois as partes aderiram a contrato de concessão de revenda de veículos, que delimitam as áreas de atuação de cada concessionária.

Igualmente não foi revogada a Lei 6.729/79, apenas ganhou novo texto, com as alterações acrescentadas pela Lei nº 8.132/90, que permite que os consumidores adquiram na concessionária de sua escolha, ficando esta sujeita, à indenização dos serviços de assistência técnica em garantia, prestados.

Por outro lado, a atuação direta e exorbitante dos limites da área operacional, definida no contrato de concessão é considerada infração às regras previstas nos Contratos de Concessão, sujeitando a concessionária infratora ao pagamento dos prejuízos sofridos pela concessionária prejudicada.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2006.007814-2, da comarca de Xanxerê (2ª Vara Cível), em que é/são apelante Auto Xanxerê Ltda, e apelado Blusa Comércio de Importação e Exportação Blumenau Ltda e outro:

ACORDAM, em Câmara Especial Regional de Chapecó, por votação unânime, conhecer dos recursos e negar-lhes provimento. Custas legais.

RELATÓRIO

Blusa Comércio de Importação e Exportação Ltda e Auto Mecânica Alfredo Breitkoff Ltda, através de seus advogados, ajuizaram ação de indenização por perdas e danos e danos morais contra Auto Xanxerê Ltda, todos devidamente qualificados nos autos, onde alegou, que a primeira requerente é concessionária da marca Volkswagen do Brasil Ltda tendo iniciado suas atividades em 1957, formalizando contrato de revenda em

1958 e, a segunda requerente comercializava produtos da marca Volkswagen desde 1967, passando a revendê-los formalmente a partir de janeiro de 1970, estando inserido nos contratos de revenda celebrados cláusulas que demarcam precisamente as áreas territoriais reservadas com exclusividade à autora para venda dos produtos Volkswagen, quais sejam: Apiúna, Blumenau, Indaial, Rodeio, Ascurra, Doutor Pedrinho, Pomerode, Timbó, Benedito Novo, Gaspar e Rio dos Cedros, contudo a ré vem violando a lei específica que disciplina a concessão de vendas de veículos automotores, promovendo concorrência desleal, desrespeitando as obrigações contratuais e suas colegas concessionárias, já que nos últimos anos vem rompendo deliberada e conscientemente as divisas de sua área territorial exclusiva contratualmente demarcada pela Volkswagen, por si, ou utilizando-se de terceiros, invadindo a região geográfica reservada unicamente para as autora e promovendo a venda de veículos para clientes e fregueses potenciais da autora. Postulou a concessão de medida liminar para que seja determinado que a ré se abstenha de promover a venda de veículos fora da sua área territorial, bem como a condenação da requerida pelos danos materiais e morais sofridos.

Postergada a análise da tutela antecipada para depois da citação, sendo citada a requerida, que apresentou resposta na forma de contestação, suscitando as preliminares de falta de interesse de agir; ilegitimidade ativa; impossibilidade jurídica do pedido. No mérito aduziu, que em nenhum momento invadiu de forma ativa a zona comercial em que as autoras operam, não havendo provas da suposta conduta e, o fato dos consumidores domiciliados na área de atuação das autoras adquirirem veículos da requerida não significa nada, pois entende-se que a concessionária não poderá apenas operar atividade através do envio de representantes autorizados, agentes, prepostos ou constituição de filiais, porém podem atuar passivamente, vendendo a consumidores domiciliados em outras praças que a procuram por consequência dos bons preços praticados, assim, jamais invadir, por

si ou por terceiros a região geográfica reservada exclusivamente para as autoras. Afirmou que diante do princípio da livre concorrência revogou o art. 5º, § 2º da Lei 6729/79, sendo nula as cláusulas contratuais que estabelecem exclusividade e, por outro lado, que o dispositivo legal que fundamenta a ação foi revogado pela Lei 8.884/94. Impugnou a documentação apresentada pela autora. Salientou não haver danos materiais ou morais a indenizar e pugnou pelo indeferimento da liminar requerida.

A liminar foi inferida por decisão de fls. 52.

Foi designada audiência conciliatória, na qual foi requerida a junta de documentos pela autora, abrindo-se prazo para manifestação da ré, sendo rechaçada a preliminar de inépcia da inicial e, postergada a análise das demais preliminares quando da decisão final, por se confundirem com o mérito. Foi deferida a prova pericial, nomeando-se perito.

Foram indicados assistentes técnicos e apresentados quesitos.

Houve manifestação da ré sobre os documentos apresentados na audiência (fls. 739/747).

Pela ré foi interposto agravo retido da decisão proferida em audiência que afastou a preliminar de inépcia da inicial (fls. 748/749).

O perito nomeado apresentou proposta de honorários, sendo depositado o valor em juízo, sendo apresentado o laudo pericial (fls. 779/955), sobre o qual se manifestaram as partes (fls. 964/969 e 974/976).

Houve esclarecimento sobre o laudo pericial (fls. 983/985), sobre o qual também se manifestaram as partes (fls. 986/987 e 990/993).

Foi recebido o agravo retido e aberto prazo para contrarrazões e alegações finais que foram ofertadas às fls. 1006/1015 e 1018/1024.

Sobreveio sentença que julgou parcialmente procedentes os pedidos formulados na inicial, condenando a requerida a pagar as perdas e danos

sofridos pela primeira requerente referente aos 321 veículos vendidos na área exclusiva da mesma, no período de 01.01.1997 a 31.01.2000, julgando improcedente o pedido em relação a segunda requerente, condenando os vencidos no pagamento das verbas sucumbenciais.

As partes apresentaram embargos declaratórios (fls. 1052/1058 e 1061/1065).

Através da decisão de fls. 1067 foi rejeitado o embargos declaratórios da requerida, que interpôs agravo retido.

Foi analisado os embargos interpostos pelas autoras (fls. 1082/1083), sendo retificada a parte dispositiva da sentença, para condenar a requerida também a pagar a segunda requerente as perdas e danos.

Insatisfeita com a prestação jurisdicional proposta a requerida interpôs recurso de Apelação, requerendo preliminarmente a análise dos agravos retidos, o primeiro requerendo a análise da preliminar de inépcia da inicial, afastada pelo juízo *a quo* e, o segundo requerendo a reforma da decisão que negou o efeito interruptivo previsto no art. 538 do CPC, inerente ao Embargos de Declaração. No mérito, pleiteou a reforma da sentença, requerendo seja declarada a inconstitucionalidade do art. 5º, § 2º da Lei 6729/79 ou, alternativamente sua revogação pela edição da Lei 8884/94. Negou ainda que tenha apresentado postura ativa no sentido de invadir a zona comercial das apeladas, devendo a sentença ser reformada já que não há prova nesse sentido.

A MM. Juíza singular deixou de receber o recurso, ante a não publicação da sentença proferida nos embargos declaratórios, que mudou o julgado.

Após a publicação, houve aditamento à apelação interposta, requerendo a apelante, reiterando os argumentos lançados a Apelação anteriormente interposta e, alegando não haver valor probante na declarações

exibidas pelas apeladas, assinadas por consumidores estavam condicionadas à prestação de serviços, referente às garantias, portanto o consumidor não tinha escolha de assinar ou não o documento, já que era necessário para a retirada do veículo. Afirmou ainda que a prova pericial não apresentou conclusão favorável e que a intermediação de terceiros (garagistas) não indica a postura ativa da apelante.

A apelação e respectivo aditamento foram recebidos e os autos ascenderam a esta Corte com contrarrazões juntadas às fls. 1155/1164.

É o relatório

VOTO

Conheço do recurso, porquanto presentes os pressupostos legais de admissibilidade.

Preliminarmente cumpre analisar os Agravos Retidos interpostos contra duas decisões interlocutórias proferidas no curso do processamento da ação.

Tocante ao Agravo Retido que pugna pela mudança da decisão que afastou a preliminar de inépcia da inicial, não merece acolhida a pretensão recursal.

Ocorre que a petição inicial preenche os requisitos do art. 282 e 283 do Código de Processo Civil, possibilitando assim a ampla defesa da parte contrária, como bem salientou a magistrada *a quo* em sua decisão.

Nesse sentido, veja-se:

“APELAÇÃO CÍVEL. Ação declaratória de ilegalidade de cobrança de valores cumulada com repetição de indébito e indenização por perdas e danos morais - Questões preliminares - Intempestividade do recurso - Não-ocorrência - Intimação da sentença via diário da justiça - Comarca do interior - Observância da carência de três dias - Contagem realizada de acordo com o venerando acórdão 5540 do

egrégio Conselho da Magistratura - Deserção - Impossibilidade de reconhecimento - Apelantes que se defenderam conjuntamente no processo - Oferecimento de peça recursal única - Preparo realizado em conformidade com o art. 511 do CPC -preliminares rejeitadas - Agravo retido - Ilegitimidade passiva do banco itau - Não reconhecimento verdadeiro sucessor das atividades bancárias desenvolvidas pelo banco banestado - **Inépcia da inicial - Afastada - Petição inicial que preenche os requisitos previstos nos arts. 282 e 283 do CPC**". (TJ-PR; ApCiv 0460142-9; Porecatu; Décima Sexta Câmara Cível; Rel^a Des^a Maria Mercis Gomes Aniceto; DJPR 13/07/2009; Pág. 105). (grifa-se).

Já em relação ao Agravo Retido que impugnou a decisão que analisou os Embargos Declaratórios ofertados pelo requerido, negando efeito interruptivo, previsto no art. 538 do Código de Processo Civil, em que pese assistir razão ao agravante, acerca do efeito interruptivo, não trouxe prejuízos ao recorrente.

Nesse sentido:

Cabe consignar que o artigo 538 do Código de Processo Civil prevê tão-somente efeito interruptivo aos embargos de declaração para efeito de interposição de outros recursos, e não suspensivo da eficácia do acórdão embargado, inclusive para efeito de cobrança do crédito tributário, ou seja, o efeito é processual e especificamente direcionado ao curso de prazo para interposição de outros recursos, não atingindo regra de direito material, no que concerne ao pagamento da exação. 4. Agravo inominado desprovido. (TRF 03^a R.; AC 1335985; Proc. 2008.03.99.037607-0; Rel. Des. Fed. Carlos Muta; DEJF 29/10/2008).

Contudo, como não ocorreu prejuízo ao agravante, pois o efeito é direcionado a interrupção do prazo processual para interposição de outros recursos, pois o recurso de Apelação interposto pelo Agravante foi recebido e considerado tempestivo por esta Corte, não merece amparo a pretensão do agravante.

Passo à análise do mérito da Apelação.

Acerca da alegação de inconstitucionalidade do art. 5º, § 2º da Lei 6.729/79, não merece prosperar o apelo da requerida. Ocorre que a Lei nº 6.729/79, “Lei Ferrari”, não foi extinta, apenas ganhou novo texto, com as alterações acrescentadas pela Lei nº 8.132/90. Dentre as modificações, é importante destacar a do artigo 5º e seus parágrafos.

Todavia, analisando o caso em tela, tenho que nenhuma razão assiste a apelante, senão vejamos.

A matéria que ora se discute encontra-se respaldada pelas disposições da Lei 6.729/79, alterada pela Lei 8.132, de 1990, especificamente nas regras estabelecidas no seu art. 5º e parágrafos, verbis:

“Art. 5º - São inerentes à concessão:

I - área operacional de responsabilidade do concessionário para o exercício de suas atividades;

II - distâncias mínimas entre os estabelecimentos de concessionários da mesma rede, fixadas segundo critérios de potencial de mercado.

§1º - A área poderá conter mais de um concessionário da mesma rede.

§2º - O concessionário obriga-se à comercialização de veículos automotores, implementos, componentes e máquinas agrícolas, de via terrestre e à prestação de serviços inerentes aos mesmos, nas condições estabelecidas no contrato de concessão comercial, **sendo-lhe defesa a prática dessas atividades diretamente ou por intermédio de prepostos, fora de sua área demarcada.**

§3º - O consumidor, à sua livre escolha poderá proceder à aquisição dos bens e serviços a que se refere esta Lei em qualquer concessionário.

§4º - Em convenção de marca serão fixados os critérios e as condições para ressarcimento da concessionária ou serviço autorizado que prestar os serviços de manutenção obrigatórios pela garantia do fabricante, vedada qualquer disposição de limite à faculdade prevista no parágrafo anterior”.

O artigo 5º prevê, para o consumidor, o direito de adquirir o bem objeto da concessão no local que melhor lhe convier, e veda, para o concessionário, a atuação fora de sua área operacional. Isso significa que, o cliente pode comprar na concessionária de sua escolha, ficando esta sujeita, apenas, à indenização dos serviços de assistência técnica em garantia, prestados pelo seu colega de rede situado no domicílio do comprador, conforme seja estipulado em Convenção de Marca. Já a atuação direta exorbitante dos limites de sua área operacional, definida no contrato de concessão, poderá vir a configurar infração às regras de comercialização previstas nos Contratos de Concessão, sujeitando o concessionário às penalidades gradativas nelas citadas.

Assim, não se vislumbra ofensa ao princípio constitucional da livre concorrência e da livre iniciais, já que as partes aderiram ao contratos de concessão, que delimitam as áreas de atuação de cada concessionária, fato que restou incontroverso nos autos.

Destarte é de ser afastada a alegação de impossibilidade jurídica do pedido, já que o mesmo se baseia juntamente na aplicação da Lei 6.729/79, com as alterações trazidas pela Lei 8.132/90, possuindo igualmente a concessionária autora legitimidade para interpor ação de indenização, pois o ressarcimento material por vendas fora da área demarcada para atuação somente poderá ser pleiteado entre concessionárias que aderiram à concessão, como é o caso da autora e da requerida.

Este entendimento coaduna-se com o que decidiu o Superior Tribunal de Justiça em um caso análogo:

“A despeito de não estabelecer o art. 5º, §2º, da Lei 6.729, de 28.11.1979 (em sua primitiva redação), o quantum da margem de comercialização a ser destinado à concessionária prejudicada, não se exime a revendedora infratora de compor a indenização, tal como prevista na Convenção de que participou. - Em sede de recurso especial, não se reexamina matéria probatória (Súmula 7-STJ).

Recurso especial não conhecido” (REsp. 91201/SP, Rel. Ministro BARROS MONTEIRO, DJ 17.06.2002 p. 266).

Tocante a valoração da prova produzida nos autos, melhor sorte não socorre à apelante acerca das alegações de que os cliente não tinham escolha de assinar ou não o documento, pois era necessário para a retirada do veículo e, que o documento foi emitido de forma padronizada pela apelada, sem a vontade do consumidor.

As declarações de fls. 371/399 comprovam claramente que requerida/apelante, por interposta pessoa colocou a venda na região exclusiva das apeladas/requerentes os veículos para venda de sua concessionária.

Como bem salientou a magistrada singular em sua decisão, a qual peço vênia para transcrever:

“Das declarações juntadas na inicial (fls. 371/399), não vislumbro qualquer ato que possa inviabilizá-las como prova, porquanto, não ocorreu coação, tampouco a fraude alegada pela requerida. Ora, o fato de estar condicionada a prestação do serviço referente à garantia ao preenchimento e assinatura de uma declaração de entrega do veículo, não obsta que o proprietário preste informações verídicas. Também, a alegada fraude fundamentada na não consciência do proprietário do fim a que destinavam-se as declarações, tenho que não impede a utilização destas para provar a procedência dos veículos. Some-se a estes fundamentos, a quantidade de declarações obtidas. Deveria a requerida, se quisesse afastar estas provas, atacar e comprovar a não veracidade do seu conteúdo, e não apenas alegar vícios desprovidos de qualquer comprovação nos autos” (fls. 1038).

De lado outro, surge a alegação da apelante de haver sido ela procurada por consumidores domiciliados em outras áreas, que deliberadamente buscavam maior qualidade na prestação de serviços e melhor preço.

Porém, os aspectos fáticos relativos à inexistência de invasão de área, levam à inarredável conclusão de que a apelante atuou sim, fora da sua área demarcada.

Portanto, repita-se, que o Superior Tribunal de Justiça, vem entendendo que o que deve ser repreendido é a postura ativa da concessionária que atua fora de sua área, captando clientes, imperioso reconhecer que houve uma atuação desleal por parte da apelante, passível de ressarcimento.

Verifica-se pois, o dever de indenizar ante o descumprimento da regra inscrita genericamente no art. 5º e seus parágrafos, da Lei 6.729, de 1979, e explicitamente descrita no Contrato de Concessão de Venda firmado pelas partes.

Nesse sentido já decidiu esta Corte de Justiça:

“RECURSO DE APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DE COBRANÇA - CONCESSÃO COMERCIAL - INVASÃO DE ÁREA DE VENDAS - POSTURA ATIVA - COMERCIALIZAÇÃO E PRESTAÇÃO DE ASSISTÊNCIA TÉCNICA DE VEÍCULOS CLANDESTINAMENTE POR MEIO DE OUTRA EMPRESA - PROVA INCONTESTE - DIREITO À RESSARCIMENTO - DECISÃO ADMINISTRATIVA - CONTROLE JUDICIAL - PRINCÍPIOS DA LEGALIDADE E MORALIDADE ATENDIDOS - ÓRGÃO COMPETENTE PARA PROCESSAR, JULGAR E APLICAR PENALIDADE NESTA ESFERA - RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. Comprovada, administrativamente, dentro da legalidade e moralidade, a INVASÃO de ÁREA de abrangência de uma CONCESSIONÁRIA de veículos por outra da mesma marca, impõe-se a INDENIZAÇÃO convencionada”. (Apelação Cível n. 2000.011911-3, de Rio do Sul. Órgão Julgado: Segunda Câmara de Direito Comercial. Data: 17/10/2002).

Por fim, o laudo pericial é conclusivo ao apontar a venda de 321 veículo pela apelante fora da sua área delimitada para atuação, em que pesa as insurgências da mesma de que o mesmo não concluiu pela postura ativa da apelante, já que as demais provas produzidas nos autos assim concluíram.

Restou evidenciado, portanto, os prejuízos sofridos pela apelada, conforme laudo de fls. 780/958 e laudo complementar de fls. 983/985, no

sentido de que no período de 01/01/1997 a 31.01.2000 foram vendidos na área exclusiva de atuação da autora/apelada 321 veículos.

Destarte, não merece reparo a sentença atacada, devendo ser mantida na íntegra, no sentido de que a apela efetue o ressarcimento dos prejuízos materiais experimentados pelas apeladas.

Diante da fundamentação acima exarada, é de se conhecer dos recursos e negar-lhes provimento.

DECISÃO

Ante o exposto, a Câmara Especial Regional de Chapecó decidiu, por votação unânime, conhecer dos recursos e negar-lhes provimento.

O julgamento, realizado no dia 24 de junho de 2010, foi presidido pelo Excelentíssimo Senhor Desembargador Edson Ubaldo, com voto, e dele participou o Excelentíssimo Senhor Desembargador João Henrique Blasi.

Chapecó, 25 de junho de 2010.

Saul Steil
RELATOR

**Apelação Cível n. 2008.002916-9, de Pinhalzinho e
Apelação Cível n. 2008.002917-6, de Pinhalzinho.**

Relator: Juiz Saul Steil

APELAÇÃO CÍVEL. CAUTELAR PRODUÇÃO ANTECIPADA PROVAS. ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA DEFERIDA GRAU RECURSO. CONHECIMENTO. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA. INCONSISTÊNCIA. HOMOLOGAÇÃO PROVAS PRODUZIDAS. CONDENAÇÃO HONORÁRIOS. DESCABIMENTO. EXCLUSÃO ÔNUS SUCUMBÊNCIA.

INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. PUBLICAÇÃO SITE INTERNET. FOTOS ÍNTIMAS. TÉRMINO RELACIONAMENTO AMOROSO. EXPOSIÇÃO VIDA ÍNTIMA SEXUAL DO CASAL. AUSÊNCIA DE PROVA DA AUTORIA DA PÁGINA. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. PROVEDOR. TEORIA DO RISCO. RELAÇÃO DE CONSUMO CONFIGURADA. APLICAÇÃO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. INDENIZAÇÃO DEVIDA. RECURSOS CONHECIDOS E PARCIALMENTE PROVIDOS.

Na ação cautelar de produção antecipada de provas cumpre ao magistrado a prolação de sentença meramente homologatória das provas produzidas, sendo incabível a condenação em sucumbência.

Evidenciada a lesão ao direito e a responsabilidade pela indenização, no que concerne a exposição em espaço disponibilizado por provedor de internet, que permite que qualquer pessoa utilize das ferramentas ali existentes para criação de página em que é veiculado conteúdo difamatório à honra dos usuários. Incumbe ao provedor filtrar as informações ali divulgadas, a fim de se evitar a propagação de crimes.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2008.002916-9, da comarca de Pinhalzinho (Vara Única), em que é/são apelante C. P. K., e apelado D. E. G. e outro:

ACORDAM, em Câmara Especial Regional de Chapecó, por votação unânime, conhecer dos recursos e dar-lhes parcial provimento. Custas legais.

RELATÓRIO

Primeiramente cumpre informar que as Apelações nº 2008.002916-9 e 2008.002917-6 se referem à mesma sentença, sentença esta que julgou tanto a Ação Indenizatória nº 049.04.000298-3 quanto a Ação Cautelar Inominada nº 049.04.000088-3, distribuídas por dependência e julgadas simultaneamente. Igualmente, as apelações serão julgadas em conjunto.

Relatório da Apelação Cível nº 2008.002917-6:

Tratam os autos de Apelação Cível em Medida Cautelar Inominada movida por Camila Pinto Kempka contra Demetryus Eugênio Grapiglia, objetivando o deferimento de liminar ordenando que a empresa Yahoo do Brasil Internet Ltda retirasse imediatamente conteúdo disponibilizado pelo seu serviço de hospedagem “Geocities”, acessível pelo link <http://geocities.yahoo.com.br/camilakempka>, bem como fornecesse em cinco dias, sob pena de multa, informações sobre a autoria e gravação do conteúdo disponibilizado no link, com o fornecimento do IP, inclusive dos vinte primeiros acessos/visitações ao mesmo. Aditou o pedido inicial, pugnando também pela busca e apreensão do computador pessoal do requerido. A liminar foi deferida (fls. 49/52), sendo apreendido o computador do requerido e citado o mesmo. Designada perícia, nomeando-se perito do juízo e abrindo-se prazo para apresentação de quesitos e assistentes técnicos, tendo o réu apresentado defesa (fls. 68/80). O laudo pericial foi apresentado às fls. 193/206, do qual tiveram vista as partes.

Através da decisão de fls. 290/301 foram julgados simultaneamente os autos de Ação Cautelar Inominada nº 049.04.000088-3 (procedente) e Ação de Indenização por Danos Morais nº 049.04.000298-3 (improcedente).

Tocante a Ação Cautelar, irrisignado com a prestação jurisdicional, o Requerido/Apelante interpôs recurso de Apelação, pugnando pela reforma da sentença. Argumentando, inicialmente, que pugnou pelo deferimento da Assistência Judiciária, contudo, o magistrado não se manifestou sobre o pedido, porém interpôs agravo de instrumento e o Tribunal de Justiça concedeu a Assistência Judiciária, porém o magistrado proferiu sentença condenando o Apelante ao pagamento de custas processuais e honorários advocatícios. Apresentou embargos de declaração e através de decisão interlocutória foi indeferido o pedido de assistência judiciária. Insurgiu-se contra o valor fixado a título de honorários advocatícios, por ser muito expressivo e incompatível com a realidade do feito, pois o valor da causa é de R\$ 480,00 e o valor fixado corresponde a três vezes o valor atribuído à causa.

Impugnou ainda, a procedência do pedido, pois em relação à exclusão do site da Rede Mundial de Computadores só poderia ser feita pelo provedor, não sendo legítimo o requerido e, em relação ao computador apreendido, concluiu o perito que as imagens existentes no site um dia estiveram naquele computador, o que nunca foi negado, pois o computador era de uso pessoal da Apelada e do Apelante durante o período da união, o que sempre negou o apelante foi a participação na criação do site, o que restou comprovado na ação principal, tanto que o magistrado concluiu que não existiam provas incriminatórias contra o mesmo.

Por fim, impugnou a sua condenação nos ônus sucumbenciais, tendo em vista que a ação é totalmente improcedente em relação ao mesmo e, tendo a apelada solicitado a retirada do site da internet do “ar”, adminis-

tratativamente, o que não ocorreu, foi necessária a medida judicial, porém, somente a Yahoo poderia efetuar tal retirada, portanto, foi esta última que deu causa à medida cautelar.

Relatório da Apelação Cível nº 2008.002916-9:

Tratam os autos de Apelação Cível em Ação de Indenização por Danos Morais movida por Camila Pinto Kempka contra Demetryus Eugênio Grapiglia e Yahoo do Brasil Internet Ltda, objetivando a condenação dos réus em indenização por danos morais, em relação ao primeiro réu, pois o mesmo teria elaborado o site e divulgado imagens íntimas do casal e, em relação à segunda requerida, pois responsável pela disponibilização de instrumentos e pela posterior divulgação da matéria que causou danos por calúnia, difamação ou injúria. Argumentou que solicitou administrativamente a retirada do site do provedor yahoo, contudo, só obteve êxito após o ingresso da ação cautelar.

Os réus apresentaram contestações (fls. 54/94 e 105/155).

Houve réplica às fls. 160/165, sendo saneado o feito e designada audiência de instrução e julgamento, na qual foi colhido o depoimento pessoal da autora e inquirida uma testemunha, abrindo-se prazo para alegações finais, que foram ofertadas por memoriais (fls. 221/241; 243/259 e 261/276).

Através da decisão de fls. 293/304 foram julgados simultaneamente os autos de Ação Cautelar Inominada nº 049.04.000088-3 (procedente) e Ação de Indenização por Danos Morais nº 049.04.000298-3 (improcedente).

Tocante a Ação Indenizatória, irresignada com a prestação jurisdicional, a Requerente/Apelante interpôs recurso de Apelação, pugnando pela reforma da sentença. Argumentou que restou cabalmente comprovada a responsabilidade dos requeridos, o primeiro por ser o mentor material e

criador do site e o segundo por armazenar e disponibilizar a propagação do material altamente lesivo, embora notificado para suspender o acesso ao sítio.

O Requerido/Apelado ingressou com embargos de declaração, pugnando pela manifestação acerca da pedido de assistência judiciária, sendo proferida decisão negando a assistência judiciária requerida (fls. 350/351).

Os autos ascenderam a esta Corte, com juntada de contrarrazões às fls. 367/407.

É o relatório.

VOTO

Conheço do recurso, porquanto presentes os pressupostos legais de admissibilidade. Deixo de conhecer, todavia, do agravo retido.

Inicialmente, observo que da decisão de fls. 90, que designou a data para realização da perícia foi objeto de agravo retido, formulado às fls. 108. Todavia, em razão de não ter sido formulado pedido expresso no recurso de apelação para análise do referido agravo, conforme determina o art. 523, § 1º, do Código de Processo Civil, deixo de conhecer do agravo.

Voto Apelação cível nº 2008.002917-6:

Cuida-se de Apelação Cível intentada em Ação Cautelar julgada procedente, na qual pretende o Apelante a manutenção de assistência judiciária deferida em sede de Agravo de Instrumento e negada na sentença, bem como, pretende ver excluída a sua condenação do ônus da sucumbência, uma vez que afirmado pelo magistrado que não ficou demonstrado que o mesmo tenha participado na criação de site, bem como, a revisão do julgamento procedente da cautelar e, ainda, a alteração do valor fixado a título de honorários advocatícios, pois o valor fixado excede em três vezes o valor dado à causa.

Tocante ao pedido de assistência judiciária, merece guarida a pretensão do Apelante, pois conforme se vê claramente da cópia da decisão juntada às fls. 278/282, o pedido de assistência judiciária foi deferida pelo Exmo. Des. Anselmo Cerello.

Portanto, o pedido de que fossem estendidos os benefícios da Assistência Judiciária deferido no referido agravo à presente ação foi analisado quando da decisão proferida nos Embargos Declaratórios (fls. 313), o qual foi indeferido, contudo, renovado quando da apresentação da Apelação, razão pela qual, defiro o pedido formulado, concedendo os benefícios da justiça gratuita.

Em relação ao pedido de reforma do julgamento no sentido de ser julgada improcedente a ação cautelar em relação ao Apelante, posto que constou da sentença *a quo* que não restou demonstrada sua participação na criação do site mencionado, assiste razão ao Apelante. Ocorre que, o pedido cautelar em relação ao réu/apelante, consistia apenas na produção antecipada de provas, qual seja, a busca, apreensão de computador pessoal do mesmo, com a finalidade de realização da prova pericial no mesmo, a fim de se constatar se o referido site fora criado através da mencionada máquina e, em se tratando de ação cautelar de produção antecipada de provas, cumpre ao magistrado tão somente a homologação da referida prova.

Nesse sentido, veja-se:

“PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CAUTELAR DE PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVAS. CONDENAÇÃO AO PAGAMENTO DE HONORÁRIOS PERICIAIS. DESCABIMENTO. CUSTAS. ISENÇÃO (ART. 24 - A, DA LEI N. 9.028/1995). 1. Na ação cautelar de produção antecipada de provas não há vencedor ou vencido, uma vez que inexistente litígio entre as partes, limitando-se a sentença a homologar a prova produzida, sendo incabível, desse modo, a condenação ao pagamento dos ônus da sucumbência. (...) 3. Apelação e remessa oficial providas, para excluir a condenação ao pagamento de custas e honorários periciais”. (TRF 01ª R.; AC

2005.01.99.009558-9; MT; Sexta Turma; Rel. Des. Fed. Daniel Paes Ribeiro; Julg. 16/03/2009; DJF1 20/04/2009; Pág. 274).

E ainda:

“PROCESSUAL. CAUTELAR. PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVAS. CONTESTAÇÃO. ÔNUS DA SUCUMBÊNCIA. 1. Ação cautelar de produção antecipada de provas não tem natureza contenciosa, mas se contestada sujeita o demandado ao pagamento dos ônus da sucumbência. Recurso não provido”. (TJ-DF; Rec 2006.01.1.073438-2; Ac. 347.919; Terceira Turma Cível; Rel. Des. João Mariosi; DJDFTE 26/03/2009; Pág. 87)

Assim, procede também o apelo em relação à exclusão do ônus da sucumbência, tendo em vista que na cautelar de produção antecipada de provas não cabe a condenação em honorários ou custas processuais.

Prejudicado o pedido de redução da verba sucumbencial, tendo em vista o reconhecimento na presente decisão da impossibilidade de condenação do requerido nos ônus da sucumbência, conforme acima fundamentado.

Sendo a Autora/Apelada beneficiária da justiça gratuita, fica isenta do pagamento das custas processuais.

Diante da fundamentação acima exarada, é de se conhecer do recurso de Apelação e dar-lhe parcial provimento, reformando a sentença que julgou procedente a ação cautelar de produção antecipada de provas para, homologar a prova pericial produzida e conceder os benefício da Justiça Gratuita ao Apelante. Sem condenação em verba honorária sucumbencial, pois incabível à espécie, restando, em consequência, prejudicado o pedido de redução da verba honorária fixada. Sem custas ante o deferimento de justiça gratuita às partes.

Voto Apelação cível nº 2008.002916-9:

Através da decisão de fls. 293/304 foram julgados simultaneamente os autos de Ação Cautelar Inominada nº 049.04.000088-3 e Ação de Indenização por Danos Morais nº 049.04.000298-3. A ação indenizatória foi julgada improcedente, em relação ao primeiro réu, pois apesar de existirem indícios, não há prova efetiva de sua participação na criação do site. Tocante à segunda ré, afastou a responsabilidade objetiva, entendendo pela não aplicação do Código de Defesa do Consumidor, devendo ser aplicada a responsabilidade subjetiva e, assim, por ter sido o site publicado em 28.01.2004, tendo a autora ingressado com a cautelar em 03.02.2004 e o site foi excluído em 04.02.2004, entendeu o magistrado *a quo* que tão logo a empresa soube da violação das regras de publicação, bloqueou o site.

Afirma a Apelante que restou cabalmente comprovada a participação do primeiro Réu/Apelado na criação do site, contudo, tal afirmação diverge da prova pericial realizada na Ação Cautelar (fls.193/206), senão vejamos a resposta aos quesitos formulados pelo juízo:

“Quesito 1º. Não posso afirmar que as imagens foram geradas a partir do computador pessoal do requerido(...)”

“Quesito 5º. Não foi possível determinar se realmente houve acessos do computador do requerido ao endereço eletrônico <http://geocites.Yahoo.Com.Br/camilakempal>, pois os arquivos que armazenam o históricos dos sites acessados (C:\windows\histórico), apesar de terem sido apagados recentemente, estavam inconsistentes (...).”

Não foi negado pelo Réu a existência dos mencionados arquivos gravados em seu computador, já que o mesmo admite em sua contestação que manteve relacionamento com a Autora e que as fotos foram tiradas com consentimento das partes em um momento de intimidade do casal, contudo, o mesmo nega terminantemente que tenha utilizado tais arquivos para criar o site e, conforme constatado pelo laudo pericial, muito embora alguns arquivos tenham sido apagados e recuperados quando da elaboração

da perícia técnica, não se pode afirmar com precisão que o site tenha sido criado através do computador do réu. Meros indícios não são prova cabal dos fatos alegados pela Apelante.

Portanto, deve ser mantida a sentença *a quo* tocante à improcedência da demanda em relação ao primeiro Réu/Apelado, ante a total ausência de provas concretas de participação do mesmo no evento danoso.

De outro vértice, em relação à segunda Ré/Apelada – Yahoo do Brasil Internet Ltda, entendeu o juízo de primeira instância: *“Pensar que pelo simples fato de a empresa YAHOO! disponibilizar o serviço de criação de sites, ainda que de forma gratuita, implicaria na responsabilidade pelos conteúdos divulgados seria medida extrema e inviabilizadora da atividade comercial daquela. Segundo o relato da demandante o site com suas fotografias foi publicado em 28.1.2004 e, após contata a empresa, não logrou sucesso em solicitar a exclusão das imagens desonrosas ante a falta de atendimento na qualidade de consumidora. Assim, no dia 3.2.2004, ou seja, 7 (sete) dias após a veiculação do site, ingressou com a ação cautelar. Ocorre que já no dia 4.2.2004 mencionado site foi excluído da rede mundial de computadores pela própria empresa ré. Tão logo a demandada soube da violação das regras de publicação atinentes a seus serviços bloqueou o site que continha as imagens desonrosas à postulante e o documento de fls. 248 do processo cautelar faz prova dessa situação”*.

Entendeu ainda o magistrado *a quo*, que não se aplica a regra da responsabilidade objetiva, pois não restou caracterizada a relação de consumo entre as partes, já que a Autora/Apelante não usufruía dos serviços prestados pela empresa YAHOO.

Acerca da aplicação do Código de Defesa do Consumidor em casos semelhantes, os Tribunais Pátrios há muito veem decidindo pela aplicação do referido dispositivo legal.

Para que se caracterize a relação de consumo se faz necessária, via de regra, a presença do fornecedor/prestador de serviços e do consumidor.

Nesse sentido, prevê o CDC:

Art. 2º Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final.

Parágrafo único. Equipara-se a consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo.

Art. 3º Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.

Quanto à condição de consumidora da Apelante, disciplina o art. 17 do mesmo dispositivo legal:

“Art. 17. Para os efeitos desta Seção, equiparam-se aos consumidores todas as vítimas do evento”.

A apelada, por sua vez, se enquadra no conceito de fornecedor, na qualidade de pessoa jurídica prestadora de serviços mediante remuneração indireta, tendo em vista que, apesar de não haver cobrança para hospedagem dos sites a remuneração decorre da venda de espaços publicitários nas páginas hospedadas.

A respeito do tema ensina Rizzato Nunes:

(...) quando a lei fala em “remuneração” não está necessariamente se referindo a preço ou preço cobrado. Deve-se entender o aspecto “remuneração” no sentido estrito de absolutamente qualquer tipo de cobrança ou repasse, direto ou indireto.

É preciso algum tipo de organização para entender o alcance da norma. Para estar diante de um serviço prestado sem remuneração, será necessário que, de fato, o prestador do serviço não tenha, de maneira alguma, se ressarcido de seus custos, ou que, em função da natureza da prestação do serviço, não tenha cobrado o preço.

Por exemplo, o médico que atenda uma pessoa que está passando mal na rua e nada cobre por isso enquadra-se na hipótese legal de não-recebimento de remuneração. Já o estacionamento de um shopping no qual não se cobre pela guarda do veículo disfarça o custo, que é cobrado de forma embutida no preço das mercadorias. Por isso é que se pode e se deve classificar remuneração como repasse de custos direta ou indiretamente cobrados. No que respeita à cobrança indireta, inclusive, destaque-se que ela pode nem estar ligada ao consumidor beneficiário da suposta “gratuidade”. No caso do cafezinho grátis, pode-se entender que seu custo está embutido na refeição haurida pelo próprio consumidor que dele se beneficiou. No do estacionamento grátis no shopping, o beneficiário pode não adquirir qualquer produto e ainda assim tem-se de falar em custo. Nesse caso é outro consumidor que paga, ou melhor, são todos os outros consumidores que pagam (in: Comentários ao Código de Defesa do Consumidor. 4. Ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 123).

Assim, não há como se negar a condição de vítima da ora Apelante, ao ter divulgadas fotos íntimas em site da internet disponibilizado pela empresa YAHOO! Patente assim, a relação de consumo, aplicando-se ao caso as regras previstas no Código de Defesa do Consumidor.

Uma vez reconhecida a aplicação do CDC, a responsabilidade da segunda Ré/Apela rege-se pelo art. 14 do mencionado dispositivo, qual seja, a responsabilidade objetiva pelo risco da sua atividade:

“Art. 14. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos”.

Evidenciada está a lesão ao direito da Autora/Apelante, no que concerne a exposição no espaço disponibilizado pela segunda Ré/Apelada “geocities”, que permite que qualquer pessoa utilize das ferramentas ali existentes para criação de páginas na internet, em uma das quais foi veiculado conteúdo difamatório à honra da Apelante.

Incumbia à autora antes da aceitação da criação de tal site, filtrar as informações ali divulgadas, a fim de se evitar a propagação de crimes através de suas páginas.

Nesse sentido, veja-se jurisprudência do Tribunal de Justiça Minas Gerais:

“APELAÇÃO CÍVEL. SITE DE RELACIONAMENTOS NA INTERNET (“ORKUT”). CRIAÇÃO DE “PERFIL” DE CONTEÚDO PEJORATIVO E DIFAMATÓRIO. DANOS MORAIS CONFIGURADOS. NÃO-IDENTIFICAÇÃO DO USUÁRIO. RESPONSABILIDADE DAS EMPRESAS PROPRIETÁRIAS DO SÍTIO ELETRÔNICO. QUANTUM INDENIZATÓRIO. RAZOABILIDADE. TERMO INICIAL DA ATUALIZAÇÃO MONETÁRIA. DATA DA DECISÃO QUE FIXOU O MONTANTE INDENIZATÓRIO. JUROS DE MORA. INCIDÊNCIA A PARTIR DO EVENTO DANOSO (SÚMULA Nº 54, DO STJ). HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. VALOR ADEQUADO. DESNECESSIDADE DE MAJORAÇÃO. Não se dispondo as proprietárias do site de relacionamentos a desenvolver uma ferramenta de controle verdadeiramente pronto e eficaz contra a prática de abusos, tampouco procedendo à identificação precisa do usuário que posta mensagem de conteúdo claro e patentemente ofensivo à honra e imagem de outrem, entendo que elas assumem, integralmente, o ônus pela má-utilização dos serviços que disponibilizam. Portanto, considero que as requeridas são, efetiva e solidariamente, responsáveis pelos prejuízos de ordem moral causados ao requerente, em decorrência da infausta postagem de perfil difamatório por usuário do “orkut”, cuja precisa e necessária identificação não se dignaram a fazer. A indenização por danos morais deve alcançar valor tal, que sirva de exemplo para as rés, sendo ineficaz, para tal fim, o arbitramento de quantia excessivamente baixa ou simbólica, mas, por outro lado, nunca deve ser fonte de enriquecimento para o autor, servindo-lhe apenas como compensação pela dor sofrida. A correção monetária da indenização por danos morais deverá se dar a partir da publicação da sentença em que foi arbitrada, posto que, até então, presume-se atual. A responsabilidade civil das requeridas tem natureza extracontratual, de forma que, nos termos da Súmula n. 54, do STJ, os juros moratórios incidirão, sobre o valor da indenização por danos morais, desde o evento danoso. Malgrado o

zelo e a diligência adotados pelo patrono do requerente e a média complexidade da causa, não pode ser desconsiderado o curto período de duração do processo, já que, entre a distribuição (14.09.2007, f. 27 - V) e a prolação da sentença de primeiro grau (24.04.2008, f. 152), transcorreram pouco mais de sete meses. Assim, tenho que a verba honorária fixada pelo douto julgador primeiro, em 15% sobre o valor da condenação, está em consonância com os critérios contidos no §3º, do artigo 20, do CPC, mostrando-se suficiente, justo e razoável para remunerar condignamente o trabalho do ilustre causídico”. (TJ-MG; APCV 1.0512.07.045727-4/0011; Pirapora; Décima Sétima Câmara Cível; Rel. Des. Eduardo Mariné da Cunha; Julg. 02/04/2009; DJEMG 28/04/2009) CPC, art. 20).

Em recentíssimo Acórdão, da lavra do Desembargador Sérgio Isidoro Heil, na Apelação Cível nº 2007.038693-2, de Imbituba publicado no site do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, em 25 de março do corrente ano, julgando caso idêntico, foi decidido:

“APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER E NÃO FAZER C/C PRECEITO COMINATÓRIO E INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. PUBLICAÇÃO DE SITE NA INTERNET COM FOTOS DA AUTORA EM MOMENTOS DE INTIMIDADE COM SEU EX-NAMORADO. PRELIMINARES. ILEGITIMIDADE PASSIVA. ALEGAÇÃO DE QUE O SÍTIO FOI HOSPEDADO EM PÁGINA DA EMPRESA MATRIZ. IRRELEVÂNCIA. DEMANDADA QUE EXERCE O RAMO BRASILEIRO DA ATIVIDADE DE SUA EMPRESA-MÃE. TENTATIVA DE FRUIÇÃO DA MARCA E DOS SERVIÇOS DESSA, SEM ASSUNÇÃO DOS ÔNUS CORRELATOS. PRINCÍPIOS DO AMPLO ACESSO À JUSTIÇA E DA EFETIVA REPARAÇÃO DOS DANOS CAUSADOS AO CONSUMIDOR. PRECEDENTE DO STJ. PREFACIAL AFASTADA. CERCEAMENTO DE DEFESA. INOCORRÊNCIA. MATÉRIA DE FATO SUFICIENTEMENTE COMPROVADA. DESNECESSIDADE DE PRODUÇÃO DE NOVAS PROVAS. LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO DO JUIZ DA CAUSA. PRELIMINAR RECHAÇADA. MÉRITO. RECORRENTE QUE, EM SEU PROVEDOR, HOSPEDA SITE OFENSIVO À HONRA E À IMAGEM DA AUTORA. DISCUSSÃO RESTRITA À OBRIGAÇÃO REPARATÓRIA.

RELAÇÃO DE CONSUMO CONFIGURADA. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. INCIDÊNCIA DA TEORIA DO RISCO. ATIVIDADE QUE, APESAR DE LÍCITA, É EXERCIDA SEM MAIORES CUIDADOS. RELAXAMENTO DOS PROCEDIMENTOS DE SEGURANÇA COM VISTAS AO AUMENTO DA LUCRATIVIDADE. CRIAÇÃO DE RISCO DE FORMA CONSCIENTE. OBRIGAÇÃO DE RESPONDER POR EVENTUAL DESVIRTUAÇÃO DO SERVIÇO. QUEBRA DE NEXO DE CAUSALIDADE PELA ATUAÇÃO DE TERCEIRO. INOCORRÊNCIA. CARACTERIZAÇÃO DE FORTUITO INTERNO, INÁBIL AO AFASTAMENTO DA RESPONSABILIDADE DA RÉ. PRECEDENTES DO STJ. OBRIGAÇÃO DE REPARAR CONFIGURADA. QUANTUM INDENIZATÓRIO. REDUÇÃO. RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2007.038693-2, da comarca de Imbituba (1ª Vara), em que é apelante Yahoo do Brasil Internet Ltda, e agravada Ana Carolina Speck Ribeiro: ACORDAM, em Segunda Câmara de Direito Civil, por votação unânime, conhecer do recurso, afastar as preliminares e, no mérito, dar-lhe parcial provimento. Custas legais”. (Apelação Cível n. 2007.038693-2, de Imbituba Relator: Des. Sérgio Izidoro Heil).

Todos os dias a mídia divulga casos de crimes praticados através de sites similares ao caso ora estudado, muitos deles relacionados a crimes contra a honra e crimes sexuais, com especial destaque aos crimes de pedofilia, ao agenciamento de crianças para a prostituição, que muitas vezes levam a violências sexuais e quiçá a morte das vítimas atraídas por esses criminosos.

Afastar a responsabilidade da empresa recorrida em tais crimes, pelo fato da mesma ter simplesmente retirado o site do “ar”, após o ingresso da medida acautelatória, não é suficiente ao meu ver. Tenho que incumbe a essas empresas, que lucram com venda de espaços publicitários veiculados na página em que são hospedados esses e outros tantos sites do gênero incluindo o ora em debate, filtrar esse tipo de divulgação, antes de levar

à circulação na rede mundial de computadores (internet) o conteúdo criminoso. Incumbe ao Judiciário coibir tal prática.

Não se admite que uma empresa do porte da Apelada, com todos os sistemas modernos que se encontram à sua disposição permita tal veiculação sem filtrar seus conteúdos.

Ab initio, para o deslize da *quaestio*, cabe caracterizar o que seriam os danos morais. Indispensável, assim, colacionar o magistério do professor Sérgio Cavalieri Filho:

“Nessa linha de princípio, só pode ser reputado como dano moral a dor, vexame, sofrimento ou humilhação que, fugindo à normalidade, interfira intensamente no comportamento psicológico do indivíduo, causando-lhe aflições, angústia e desequilíbrio em seu bem-estar. Mero dissabor, aborrecimento, mágoa, irritação ou sensibilidade exacerbada estão fora da órbita do dano moral, porquanto, além de fazerem parte da normalidade do nosso dia-a-dia, no trabalho, no trânsito, entre os amigos e até no ambiente familiar, tais situações não são intensas e duradouras, a ponto de romper o equilíbrio psicológico do indivíduo. Se assim não se entender, acabaremos por banalizar o dano moral, ensejando ações judiciais em busca de indenizações pelos mais triviais acontecimentos” (CAVALIERI FILHO, Sérgio. Programa de Responsabilidade Civil. 7ª ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 80).

Já Yussef Said Cahali caracteriza da seguinte maneira:

“Dano moral, portanto, é a dor resultante da violação de um bem juridicamente tutelado, sem repercussão patrimonial. Seja dor física\ dor-sensação, como a denomina Carpenter - nascida de uma lesão material; seja a dor moral\ dor-sentimento, de causa material” (Dano e Indenização. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980. p. 7).

Desnecessária a prova da ocorrência do dano moral sofrido pela Apelante, conforme se vê claramente da cópia das fotos veiculadas no site criado, juntadas às fls. 15/29, restando patente o prejuízo imaterial sofrido.

Caracterizada a responsabilidade civil da segunda Ré/Apelada, resta tão somente quantificar o dano moral.

Não existem parâmetros legais para o arbitramento do valor da reparação do dano moral, lecionando sobre a matéria, Yussef Said Cahali:

“Que um dos obstáculos levantados pela teoria negativista da reparabilidade do dano moral diria respeito exatamente às dificuldades de sua identificação e à sua valoração econômica como forma de satisfação do ofendido, o que levaria os tribunais a desfrutar de um incomensurável arbítrio na sua estimação” (Dano Moral, 2ª ed. São Paulo : Revista dos Tribunais, p. 170).

Mais adiante o mesmo autor afirma:

“que não há como eliminar certo subjetivismo na estimação pecuniária do dano moral, fenômeno que igualmente ocorre na estimação do dano patrimonial, em que, segundo a experiência, os valores fixados nem sempre correspondem ao exato valor do dano econômico sofrido”. (ob. cit., p. 172).

Nesse passo, o quantum indenizatório deve ser fixado de acordo com as peculiaridades de cada caso concreto, levando-se em conta a malícia, o dolo ou o grau de culpa daquele que causou o dano; as condições pessoais e econômicas das partes envolvidas; a intensidade do sofrimento psicológico gerado e o bom senso, para que a indenização não seja extremamente gravosa, a ponto de gerar um enriquecimento sem causa ao ofendido, nem irrisória, que não chegue a lhe propiciar uma compensação para minimizar os efeitos da violação ao bem jurídico.

Consideradas as circunstâncias peculiares do caso, ou seja, a exposição pública da vida íntima da Apelante, causando demasiado sofrimento à mesma, tem-se que a fixação em R\$ 30.000,00 (trinta mil reais), cumpre o sentido compensatório inerente à reparação de danos de tal natureza. Este valor deverá ser acrescidos de juros legais, desde a data do evento danoso, qual seja, a data de veiculação da página na internet (28.1.2004), de 12% ao ano, *ex vi* do art. 406 do Código Civil de 2002.

Neste sentido assentou o Superior Tribunal de Justiça:

“DANO MORAL. REPARAÇÃO. CRITÉRIOS PARA FIXAÇÃO DO VALOR. CONDENAÇÃO ANTERIOR, EM QUANTIA MENOR.

Na fixação do valor da condenação por dano moral, deve o julgador atender a certos critérios, tais como nível cultural do causador do dano; condição sócio-econômica do ofensor e do ofendido; intensidade do dolo ou grau da culpa (se for o caso) do autor da ofensa; efeitos do dano no psiquismo do ofendido e as repercussões do fato na comunidade em que vive a vítima.”. (RESP 355392 / RJ, rel. Min. Castro Filho, j.26.03.02).

Acerca dos juros: *“Os juros moratórios fluem a partir do evento danoso, em caso de responsabilidade extracontratual”* (Súmula 54, STJ).

Quanto a incidência de correção monetária sobre o valor fixado a título de dano moral, entendo que este valor já está atualizado até a data de hoje, devendo haver correção monetária tão somente a partir desta data (15 de abril de 2010).

Colhe-se dos julgados do Superior Tribunal de Justiça:

“CIVIL. DANO MORAL. CORREÇÃO MONETÁRIA. A correção monetária da indenização do dano moral inicia a partir da data do respectivo arbitramento; a retroação à data do ajuizamento da demanda implicaria corrigir o que já está atualizado. Embargos de declaração rejeitados.” (EDREsp n. 194.625/SP – Rel. Min. Ari Pargendler).

Diante da fundamentação acima exarada, é de se conhecer do recurso e dar-lhe provimento, reformando a sentença, para condenar a segunda Ré/Apelada – Yahoo do Brasil Internet Ltda a pagar à Apelante, a título de indenização por danos morais, fixado no valor de R\$ 30.000,00 (trinta mil reais), valor este que já está atualizado, devendo ser acrescidos de juros moratórios a partir da data do evento (28.1.2004), conforme art. 398 do Código Civil e Súmula 54 do STJ, de 12% ao ano, *ex vi* do art. 406 do Código Civil de 2002.

Condeno a vencida ao pagamentos das custas processuais, honorários do perito, fixados na ação cautelar de produção antecipada de provas, bem como nos honorários advocatícios, que fixo em 20% sobre o valor da condenação, nos moldes do art. 20, § 3º do CPC.

DECISÃO

Ante o exposto, a Câmara Especial Regional de Chapecó decidiu, por votação unânime, conhecer dos recursos, dar-lhes parcial provimento.

O julgamento, realizado no dia 15 de abril de 2010, foi presidido pelo Excelentíssimo Senhor Desembargador Cesar Abreu, com voto, e dele participou o Excelentíssimo Senhor Desembargador Gilberto Gomes de Oliveira.

Chapecó, 16 de abril de 2010.

Saul Steil
RELATOR

Apelação Cível n. 2008.063810-2, de Palmitos

Relator: Des. Gilberto Gomes de Oliveira

DISSOLUÇÃO DE UNIÃO ESTÁVEL. PARTILHA DE BENS. COMPANHEIRO SEXAGENÁRIO. EXEGESE DOS ARTS. 258, PARÁGRAFO ÚNICO, INCISO II DO CÓDIGO CIVIL DE 1916 E 1.641, INCISO II DO CÓDIGO CIVIL ATUAL. SÚMULA 377 DO STF. BENS ADQUIRIDOS NA CONSTÂNCIA DA UNIÃO ESTÁVEL QUE DEVEM SER PARTILHADOS DE FORMA IGUALITÁRIA. DESNECESSIDADE DE PERQUIRIR SOBRE OS ESFORÇO COMUM DOS COMPANHEIROS PARA LEGITIMAR A DIVISÃO.

Na união estável, a partilha de bens em que um dos companheiros é sexagenário recai sobre aqueles amealhados durante a convivência, sendo bastante a prova de que foram adquiridos na sua constância, descabendo perquirir acerca do esforço comum.

PRÊMIO DE LOTERIA RECEBIDO POR UM DOS COMPANHEIROS. BEM ADQUIRIDO POR FATO EVENTUAL DURANTE A UNIÃO ESTÁVEL. EXEGESE DO ART. 1660, II, DO CÓDIGO CIVIL. BEM PARTILHÁVEL.

No regime de comunhão parcial, aplicável à união estável, os bens adquiridos por fato eventual, do que são exemplo os prêmios de loteria, a divisão do valor se impõe se o aumento do patrimônio ocorreu durante o período de existência da entidade familiar.

RECONVENÇÃO. CONEXÃO POR IDENTIDADE DO OBJETO. PARTES QUE PRETENDEM A DISSOLUÇÃO DA SOCIEDADE POR FUNDAMENTOS DIVERSOS. POSSIBILIDADE DE PROCESSAMENTO.

Quando houver conexão entre a reconvenção e ação principal por identidade do objeto, é de ser ela processada.

ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA. REMUNERAÇÃO DO ASSISTENTE JUDICIÁRIO NÃO FIXADA NA SENTENÇA. VITÓRIA PARCIAL DA BENEFICIÁRIA DA BENESSE. VENCIDO QUE TEM CONDIÇÕES DE PAGAMENTO DA VERBA SUCUMBENCIAL. ART. 17, I, DA LEI COMPLEMENTAR ESTADUAL 155/97. IMPOSSIBILIDADE DE FIXAÇÃO. PRECEDENTES.

Quando o beneficiário da assistência judiciária é vencedor da demanda, descabe, a teor do art. 17, I, da Lei Complementar Estadual 155/97, a fixação de URH's em favor do Assistente Judiciário.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2008.063810-2, da comarca de Palmitos (Vara Única), em que é/são apelante M. D. M., e apelado H. H. H.:

ACORDAM, em Câmara Especial Regional de Chapecó, por votação unânime conhecer do recurso e dar provimento parcial. Custas legais.

RELATÓRIO

M. D. M. aforou ação de dissolução de união estável em face de H. H. H., pretendendo, em suma, o reconhecimento da existência da entidade familiar, sua dissolução e a divisão dos bens amealhados durante a constância da união estável.

Para tanto, alega que vivia com o demandado desde 1993 até 2006, quando o relacionamento passou a apresentar problemas, culminando com sua ruptura.

Informa a aquisição de vários bens sobre os quais pretende divisão.

Postula, ainda, pagamento de alimentos para a filha do casal.

O demandado apresentou resposta em forma de contestação alegando divisão pretérita dos bens, de forma extrajudicial. Afirma que não tem condições de pagar os alimentos postulados.

Apresentou reconvenção, postulando a dissolução da sociedade, reconhecimento da alegada partilha extrajudicial e guarda da filha menor.

Resposta à reconvenção, na qual rebateu a reconvinde as alegações da peça referida.

O Ministério Público opinou pela procedência parcial do pedido (fls. 171/178).

Sobreveio a sentença de fls. 179/187, assim vertido o seu dispositivo:

“Ante o exposto, resolvendo o mérito, na forma do art. 269, I, do CPC, JULGO PARCIALMENTE PROCEDENTES os pedidos iniciais e reconvençionais, para: A) DECRETAR a dissolução da união estável de M. D. M. e H. H. H.; b) DETERMINAR a partilha dos móveis que guarneciam a residência do casal e arrolados às fls. 03/04 da inicial, na proporção de 50% para cada parte, e, também, na proporção de 50% para cada parte as eventuais dívidas oriundas dos ‘instrumentos particular de confissão de dívida com garantia pignoratícia de equipamentos e outras avenças’ de fls. 63/66 e 67/70, afastando-se da partilha o imóvel matriculado sob n. 9.330, o automóvel Monza, o prêmio da Lotomania, a casa de Riqueza/SC ou o produto da sua venda, a indenização de eventual seguro do estabelecimento comercial da autora, as máquinas de costura e a dívida de R\$ 10.000,00 (dez mil reais) vinculada ao contrato de fls. 61/62; c) DEFERIR a guarda de D. H. H. Em favor da autora M. D. M.; d) FIXAR os alimentos devidos pelo réu em favor de sua filha D. H. H., na proporção de 20% (vinte por cento) de seu benefício previdenciário, mediante desconto; e) CONCEDER ao réu o direito de visitas livres à sua filha, observado o interesse da menor e a prévia comunicação à autora.

“Diante da sucumbência recíproca e considerando que a autora decaiu de parte considerável dos pedidos, bem assim o reconvinde, CONDENO as partes ao pagamento das custas processuais, tanto na ação principal quanto na reconvenção, na proporção de 50%

para cada, e honorários advocatícios em favor do procurador da parte adversa, no valor de R\$ 1.000,00 (hum mil reais), os quais são compensados, nos termos do art. 21 do CPC e Súmula 306 do STJ. A cobrança das custas em relação à autora/reconvinda deve observar o disposto no art. 12 da Lei 1.060/50, eis que beneficiária da Assistência Judiciária Gratuita. INDEFIRO a justiça gratuita em favor do réu/reconvinte, diante do valor do seu benefício previdenciário.

“Após o trânsito em julgado, cumpra-se a Portaria 009/2008 e oficie-se ao INSS para proceder o desconto da pensão alimentícia, depositando-o na conta informada pela autora”.

Em sua insurgência, a Apelante sustentou, em breve trecho: **a)** que a partilha realizada na sentença foi equivocada; **b)** que a reconvenção deve ser rejeitada, pois é cópia fiel da contestação; **c)** que não há a possibilidade de compensação dos honorários advocatícios; **d)** que a fixação do valor das URH's não foi efetivada pela sentença.

Escorando-se em tais argumentos, postulou a reforma da sentença nestes pontos.

Foi impresso o efeito devolutivo ao recebimento do recurso (fl. 198).

Contrarrazões do apelado, postulando a manutenção da sentença.

Interveio o Representante do “Parquet” de 2º grau.

VOTO

Trata-se de ação de dissolução de união estável em que postula a demandante a dissolução da entidade, divisão do patrimônio comum, bem como alimentos para a prole. Bem assim, trata-se de reconvenção em que postula o reconvinte a dissolução da sociedade, o reconhecimento de partilha extrajudicial anterior, guarda da filha do casal, bem como isenção do pagamento de pensão.

1. Restou incontroverso nos autos a existência de união estável entre as partes e o seu desejo de a ela pôr termo, apenas divergindo elas quanto ao período em que se deu esta relação.

No entanto, para o caso da simples dissolução da sociedade, desimporta o período em que ela se deu, o que terá efeito direto apenas na partilha dos bens. Correta, assim, a sentença ao decretar a dissolução da união estável.

2. A controvérsia principal se prende aos bens a serem partilhados pelo casal.

Antes de adentrar na questão específica da partilha, é de se fixar o tempo que perdurou a união estável entre as partes. Para tanto, a apelante aduziu que a união estável perdurou desde 13 de agosto de 1993 até meados de 2006. O apelado, de revés, afirma que o período de convivência foi interrompido em 2004, quando as partes resolveram pôr fim à união estável, sendo que somente tempos depois ela foi retomada, terminando, então, em 2006.

Do contexto probatório, tenho que a ruptura se deu por breve tempo, já que em junho de 2005 estavam novamente vivendo em união estável, segundo ressei do instrumento particular de confissão de dívida de fls. 63/66, bastando que se veja quais bens foram adquiridos na constância da união.

Quanto à partilha de bens, verifico que as partes efetivamente viviam em união estável, tanto que a isto não se controverteu nos autos.

Entendo, tal como fez o Magistrado sentenciante, que, considerando que o apelado contava mais de 60 anos ao tempo em que foi estabelecida a entidade familiar, é de se aplicar ao caso o disposto no art. 258, parágrafo único, inciso II do CC de 1916, correspondente ao art. 1.641, inciso II, do atual Código Substantivo Civil, que obriga ao regime de separação obrigatória de bens, aos cônjuges maiores de sessenta anos.

Faço isto escorado no entendimento de que, com a promulgação da Constituição de 1988 e a elevação da união estável à condição de entidade familiar para conferir-lhe maior proteção do Estado, pode-se falar que a família é gênero, de que são espécies o casamento e a união estável.

Daí que, se ao casamento de pessoas maiores de sessenta anos de idade impõe-se o regime legal de separação de bens, motivos não há para se dar tratamento jurídico diferenciado a esta outra espécie de entidade familiar que, no plano fático, apresenta inumeráveis características comuns.

A se aplicar esta teoria, é de primacial importância ressaltar que a partilha se dará sobre os bens adquiridos na constância da união estável, não necessária, no entanto, ao revés do que entendeu o Magistrado sentenciante, a prova de esforço comum.

Para se chegar a tal conclusão é de se destacar o ponto principal da questão, a saber, o alcance dos artigos de lei que preconizam a separação total de bens para consortes sexagenários.

Bem de ver, o assunto é tratado pela Súmula 377 do STF, que determina a divisão dos aqüestos, mesmo no regime de separação total de bens. O raciocínio para se chegar a tal interpretação é o de que nem o art. 258, § único, inciso II do CC de 1916, tampouco o art. 1.641 do atual Diploma Material Civil regulam os aqüestos. Irrepreensível, portanto, a idéia de que, como a Lei não regulou o destino a ser dado aos bens adquiridos durante a constância da união ou do casamento (aqüestos), e considerando a existência de comunhão de interesses nestas relações, o patrimônio assim amealhado é de ser dividido em partes iguais.

Evoluindo-se na interpretação da Súmula, o seu alcance social então, no sentido de determinar a divisão dos bens angariados na constância da unidade familiar a que se aplica o regime de separação legal de bens, seria no sentido de proteger o patrimônio anterior à constituição desta mesma

entidade (casamento ou união estável, por analogia constitucional), não assim aquele angariado durante a sua existência.

Neste sentido, a jurisprudência:

São dois os aspectos a serem considerados: o primeiro sobre o alcance do regime da separação legal; o segundo, sobre a partilha também dos bens da mulher.

Quanto ao primeiro, o sistema ficou assentado na Súmula nº 377 do Supremo Tribunal Federal que admitiu, mesmo nos casos de separação legal, que fossem os aqüestos partilhados. O dispositivo do antigo Código foi mantido no art. 1.641 do vigente. Em tese, portanto, permanece íntegra a vetusta Súmula nº 377. De fato, o raciocínio desenvolvido pelo especial é atraente, porquanto o que inspirou o dispositivo foi exatamente manter a divisão absoluta dos bens entre os cônjuges. A redação do novo Código inova com relação ao antigo art. 276 no que concerne ao poder de alienar tanto os móveis como os imóveis, mas a substância do regime é a mesma. A construção está alicerçada no fato de que a lei não regula os aqüestos. O princípio foi o da existência de verdadeira comunhão de interesses na constituição de um patrimônio comum. Não haveria nenhum motivo legal para impedir que assim fosse interpretada, porquanto não dispôs a lei que a separação alcançasse os bens adquiridos durante a convivência. Embora reconheça o valor e a força do argumento deduzido pelo recurso, não enxergo falha na interpretação consolidada na Súmula nº 377 do Supremo Tribunal Federal. É assim é pela só razão de que a cautela imposta tem por objetivo proteger o patrimônio anterior, não abrangendo, portanto, aquele obtido a partir da união. (RECURSO ESPECIAL Nº 736.627 - PR (20050041830-1. Rel. MINISTRO CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO)

Tudo isto considerado, é de ser divididos os bens amealhados durante a constância da união estável, inclusive como forma de evitar o empobrecimento indevido de quem eventualmente contribuiu de forma efetiva para amealhar bens e, por ocasião da ruptura da relação, por estarem os bens registrados em nome do outro companheiro, acaba por sofrer revés em seu patrimônio.

Mais que isto, a correta interpretação da Súmula importa o reconhecimento da desnecessidade da prova do esforço comum na formação do patrimônio para que seja ele dividido entre os companheiros.

A contribuição para a formação do patrimônio, é de se ponderar, pode ser direta ou indireta. A dinâmica da vida em comum espelha atitudes e comportamentos de solidariedade, amor, ajuda mútua que dão o esteio necessário à formação do patrimônio do casal, não se podendo entender correta a alegação de que só a contribuição financeira pode ser legitimadora da divisão, pois que não é só ela que determina o aumento dos bens.

É bem verdade que existe o entendimento de que a solução presente poderia gerar burlas à lei, já que um casal sexagenário poderia escolher viver em união estável para ter seus bens divididos sem o esforço comum, apenas com a convivência. Pondera-se ainda que isto poderia gerar injustiças, pois que um casal sexagenário que optasse pelo casamento teria que obrigatoriamente usar o regime de separação absoluta, com direito a partilha desde que comprovado o esforço comum, enquanto que um casal sexagenário que optasse pela união estável nada teria que comprovar, aplicando-se o regime simples da união estável, que exige apenas a prova de sua existência.

No entanto, para rebater esta tese, basta que se diga que o objetivo da legislação, aprumada pela Súmula 377 do STF, pretende proteger o patrimônio anterior à formação da entidade familiar, não assim aquele formado ao depois, pois que aí estaríamos entrando no perigoso terreno do enriquecimento ilícito, vedado pela legislação civil.

Desta forma, pondero que o entendimento ora esposado não malfere o art. 258, parágrafo único do CC de 1916, nem assim seu atual correspondente, o art. 1.641, inciso II, dando perfeita vazão à sua verdadeira intenção, qual seja, a de proteger os bens que o sexagenário já possuía ao contrair a união estável ou o casamento, sendo passíveis de divisão aqueles amealhados durante a união.

Mais um reforço ao presente entendimento:

Em princípio, creio ser a posição agasalhada pela Terceira Turma a que melhor se ajusta ao casamento. De fato, como assinalado no Acórdão recorrido, a jurisprudência passou a considerar que a convivência gera uma participação comum para a manutenção da vida familiar, admitindo-se, assim, que o esforço comum não fique concentrado na mera contribuição econômica, sendo suficiente a existência de contribuição indireta, própria da vida de casado, tal e qual construiu a jurisprudência no caso das antigas sociedades de fato, hoje, sob o regime da união estável.

Não vislumbro que essa interpretação colida com a regra do art. 276, que, seguramente, não implica considerar dentro do regime da separação os bens adquiridos durante a convivência. É certo que a interpretação fica sem sentido se houver estipulação específica sobre a matéria, como permite o art. 256 do mesmo Código, respeitadas as ressalvas do art. 258, e a nulidade estampada no parágrafo único do art. 256. (REsp nº 208.640RS, DJ de 28501).

Em síntese, quanto à divisão dos bens, o regime da separação obrigatória em nada difere da união estável, pois nesta, segundo o art. 1.725 do Código Civil, o que já era estabelecido pelo art. 5º da Lei nº 9.278/96, tudo o que for adquirido a título oneroso durante a união deve ser dividido em 50% para cada um dos companheiros, mesmo na hipótese de estar em nome somente de um deles. Não se comunicam os havidos a título gratuito ou herança, nem mesmo aqueles havidos de sub-rogação de bens particulares (vende um bem particular e adquire outro com o mesmo dinheiro durante a união).

Pois bem! Tudo isto sopesado, à apreciação do pedido de partilha dos bens que foram objeto do recurso, nos seguintes termos:

A) Referente ao imóvel registrado sob o nº 9.330 (fls. 09), foi adquirido durante a união estável mantida entre as partes, devendo ser partilhado à base de 50% para cada companheiro.

B) Relativamente ao prêmio da Lotomania recebido pelo apelado, tenho que deva ser objeto de partilha. Não há comprovação nos autos de que o apelado pagou metade do valor à apelante, não se prestando a isto o recibo de fl. 08, já que não assinado.

Pondero, neste particular, que o prêmio de Loteria deve ser considerado o aumento patrimonial decorrente de ‘fato eventual’ de que fala o Código Civil, no seu art. 1.660, II.

É de sua leitura:

“Art. 1.660. Entram na comunhão:

[...]

II – os bens adquiridos por fato eventual, com ou sem o concurso de trabalho ou despesa anterior”.

Neste sentido, a doutrina:

O inciso II trata dos bens adquiridos por fato eventual. Nesse caso, não se leva em consideração se houve concurso de trabalho ou despesa anterior de qualquer cônjuge. São exemplos os bens havidos por aluvião (art. 1.250), por descoberta (art. 1233), os tesouros (art. 1.264), a aposta e a loteria” (Código Civil Comentado. Regina Beatriz Tavares da Silva et all. 6ª ed. Saraiva. p. 1810).

A Desembargadora Maria Berenice Dias partilha deste mesmo entendimento, senão vejamos:

O casamento gera a comunicabilidade dos bens em face da presunção de que houve conjugação de esforços para sua aquisição. Inobstante tal possa não ser verdadeiro, ou seja, mesmo que não tenha havido a participação de ambos, ainda assim se instala o estado condominial. Para não deixar dúvidas, explicita a lei algumas hipóteses (CC, art. 1.660). Assim, apesar de adquirido por só um dos cônjuges, e em nome próprio, o bem passa a ser dos dois (CC, art. 1.660, I). Também se torna comum o que é amealhado por fato eventual com ou sem o concurso de trabalho ou despesa anterior (CC, art. 1.660, II). O exemplo que sempre vem à mente é o prêmio de loteria: mesmo adquirido o bilhete antes do casamento,

ocorrendo a contemplação depois das núpcias, o prêmio pertence a ambos os cônjuges. (retirado do site <http://www.lexuniversal.com/pt/articles/1167>, em 10 de março de 2010, às 18:30 horas).

Diante de tudo isto, determino a divisão dos bens, nos termos acima fixados, na proporção de 50% para cada parte.

3. No tocante à reconvenção, tenho que, malgrado a manifestação ministerial tenha deixado claro que se tratava de mera cópia da contestação - com o que se há de concordar - o fato é que deve ela ser analisada no mérito, não sendo o caso de se a rejeitar.

É que existe conexão entre a ação principal e a reconvenção pela identidade de um dos objetos, qual seja, a dissolução da sociedade de fato, já que os dois postulam a dissolução. O conceito de conexão necessário não há que ser interpretado tão restritamente à admissão da reconvenção, bastante que tenha um ponto de contato entre esta e a ação principal que determine o seu processamento, justo o que encontro nos autos. Não se fala aqui, então, do conceito restrito do art. 103 do CPC.

Mais que isto, a apelada aduz que descabe reconvenção quando o réu/reconvinte pode obter o mesmo resultado jurídico com mera contestação.

No entanto, no caso presente, para além de ele ter postulado a guarda da sua filha, o que não lograria alcançar com a simples contestação, também assim postulou o reconhecimento da partilha extrajudicial anterior à dissolução proposta em 2004 e aos bens móveis e imóveis.

Aí, então, o esteio para adentrar-se à discussão.

Pois bem! Na reconvenção o apelado requereu a dissolução da união estável; o reconhecimento da partilha extrajudicial anterior à dissolução da sociedade operada em 2004; a guarda da filha do casal; declaração de inexistência de direito à partilha de bens móveis e imóveis.

As questões relativas à guarda da filha e alimentos não foram objeto de insurgência, restando sedimentada a situação com a sentença proferida pelo douto Magistrado.

Quanto ao pedido de reconhecimento da partilha de bens operada antes do pedido de dissolução da união estável em 2004, é improcedente, porquanto não há provas de ela foi feita nem como teria sido instrumentalizada. A única prova trazida aos autos foi a cópia da petição inicial do pedido de dissolução formulada no Rio Grande do Sul, onde apenas informaram a divisão do patrimônio (fls. 30/31).

É de se considerar que aquela ação foi extinta sem resolução de mérito, por desistência das partes, do que dá conta a sentença de fl. 33. Desta forma, considerando que a apelante pretende com esta ação a divisão de todo o patrimônio, inclusive do imóvel e veículo descritos na petição inicial daquela ação – onde afirmaram que tinham sido partilhados extrajudicialmente - a situação toda é de ser resolvida pelo ônus da prova, no sentido de que deveria o apelado ter provado que a partilha já se havia operado para retirar estes bens da presente partilha.

Como não provou que a partilha destes bens se operou, de verdade, como afirmado naquela ação, o pedido declaratório improcede.

O pedido de declaração de que a apelante não tem direito aos bens do apelado improcede porquanto é ilação da decisão proferida na ação principal, onde se reconheceu como necessária e justa divisão dos bens amealhados. De se dar improcedência, assim, à declaração pretendida.

No tocante ao pedido de reconhecimento da culpa exclusiva da apelante para a dissolução da união estável, tenho que não se possa dar guarida à pretensão do apelado, pois que nada disso ficou evidenciado nos autos.

A dissolução, no presente caso, se opera pelo simples desejo das partes e pela impossibilidade da continuidade da vida em comum, sendo de se dar guarida ao pedido reconvenicional, mas sem considerar a culpa alegada.

Neste sentido:

DIREITO CIVIL. DIREITO DE FAMÍLIA. SEPARAÇÃO POR CONDUTA DESONROSA DO MARIDO. PROVA NÃO REALIZADA. IRRELEVÂNCIA. INSUPOORTABILIDADE DA VIDA EM COMUM MANIFESTADA POR AMBOS OS CÔNJUGES. POSSIBILIDADE DA DECRETAÇÃO DA SEPARAÇÃO. NOVA ORIENTAÇÃO. CÓDIGO CIVIL DE 2002 (ART. 1.573). RECURSO DESACOLHIDO. Na linha de entendimento mais recente e em atenção às diretrizes do novo Código Civil, evidenciado o desejo de ambos os cônjuges em extinguir a sociedade conjugal, a separação deve ser decretada, mesmo que a pretensão posta em juízo tenha como causa de pedir a existência de conduta desonrosa” (RE n.º 433.206, relator o Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira).

4. Considerando o novo panorama dado por esta decisão, é de se alterar o ônus sucumbencial, condenando-se o apelado ao pagamento total das custas e despesas processuais, além de honorários advocatícios que arbitro em R\$ 2.000,00 (dois mil reais), a teor do art. 20, § 4º do CPC, já que a apelante decaiu de parte insignificante de seu pedido (dos bens arrolados na exordial, não logrou obter somente o veículo).

Diante disto, prejudicada a discussão sobre a compensação da verba honorária, em face da modificação operada quanto ao ônus sucumbencial.

5. Irresigna-se a apelante, ademais, quanto à não fixação da verba honorária do assistente judiciário, esta que não foi fixada pelo Magistrado.

Não merece reparo, também neste ponto, a sentença. O Magistrado não fixou URH's porquanto a apelante – beneficiária da assistência judiciária - foi vencedora na demanda, não devendo o causídico, pois, receber, também, a referida verba estatal.

Veja-se que a vedação vem expressa no art. 17, I, da Lei Complementar Estadual 155/97, no sentido de impossibilitar a fixação da verba quando o beneficiário for o vencedor na ação e o vencido tem condições de efetuar o pagamento da verba sucumbencial.

Da jurisprudência:

CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO – FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO – FALTA DE INTERESSE DE AGIR AFASTADA – DEMAIS PRELIMINARES AFASTADAS EM SANEADOR – AGRAVO NÃO INTERPOSTO – PRECLUSÃO – DIREITO À SAÚDE – EXEGESE DOS ARTS. 6º E 196, DA CF/88, E 153, DA CE/89 E DA LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL – OBRIGAÇÃO DO PODER PÚBLICO – AUSÊNCIA DE DOTAÇÃO ORÇAMENTÁRIA – POSSIBILIDADE DE DISPENSA DE LICITAÇÃO DADA A URGÊNCIA (ART. 24 DA LEI N. 8.666/93) – OFENSA AO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES – INEXISTÊNCIA – MULTA DIÁRIA APLICADA EM DECISÃO INTERLOCUTÓRIA QUE DEFERIU A TUTELA ANTECIPADA – AGRAVO NÃO INTERPOSTO – PRECLUSÃO – ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA – FIXAÇÃO DE URH – IMPOSSIBILIDADE – BENEFICIÁRIA DA ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA QUE RESTOU VENCEDORA NO PROCESSO – EXEGESE DO ART. 17, I, DA LEI COMPLEMENTAR ESTADUAL N. 155/1997 – VERBAS ADVOCATÍCIAS QUE SERÃO PAGAS PELA FAZENDA PÚBLICA SOMENTE CONFORME DETERMINA O ART. 20, § 4º, DO CPC – CONTRACAUTELA – NECESSIDADE.

[...]

É vedado o arbitramento de remuneração estatal ao causídico da beneficiária da assistência judiciária gratuita que restou vencedora na lide (art. 17, I, da Lei Complementar Estadual n. 155/1997), haja vista que o advogado receberá os honorários da parte sucumbente no processo, que tem condições de arcar com o pagamento da verba (Apelação Cível n. 2009.040445-6, de Tubarão. Relator: Des. Jaime Ramos).

Considerando que o Magistrado entendeu que o apelado tinha condições de pagamento dos honorários, com o que comungo, não se haveria, mesmo, de fixar URH's para o procurador da apelante.

DECISÃO

Ante o exposto, por unanimidade, conhece-se do recurso e dá-se provimento parcial para determinar a divisão dos bens amealhados pelas partes, nos moldes do item 2, 'a' e 'b' da presente decisão, na proporção de 50% para cada companheiro, alterados os ônus da sucumbência (item '4').

O julgamento, realizado no dia 11 de março de 2010, foi presidido pelo Exmo. Desembargador Cesar Abreu, com voto, e dele participou o Exmo. Desembargador Jorge Luiz de Borba.

Funcionou como representante do Ministério Público o Exmo. Sr. Dr. Antenor Chinato Ribeiro.

Chapecó, 22 de março de 2010.

Gilberto Gomes de Oliveira

RELATOR

Apelação Cível n. 2008.068211-2, de Xanxerê

Relator: Des. Gilberto Gomes de Oliveira

RECONHECIMENTO E DISSOLUÇÃO DE SOCIEDADE DE FATO COM PARTILHA DE BENS. SENTENÇA PARCIALMENTE PROCEDENTE PARA RECONHECER E DISSOLVER A UNIÃO, NO ENTANTO, RELEGANDO A PARTILHA DO PATRIMÔNIO DO CASAL PARA PROCEDIMENTO AUTÔNOMO. RECURSO DE APELAÇÃO INTERPOSTO PELO SUPPLICADO PRECEDIDO DE RECURSO ADESIVO. TESE DE NULIDADE DA DECISÃO DE PRIMEIRO GRAU, ANTE A IMPARCIALIDADE DA MAGISTRADA *A QUO* EM FAVOR DA PARTE AUTORA, AFASTADA. NULIDADE COM AMPARO NO § 2º DO ART. 249 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL RECHAÇADA. PRETENDIDO CERCEAMENTO DE DEFESA. INSUBSISTÊNCIA. EXEGESE DO ART. 330, INCISO I; ART. 334, E INCISOS; E, ART. 348, TODOS DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. DESNECESSIDADE DA PROVA TESTEMUNHAL EVIDENTE. SOCIEDADE DE FATO INICIADA EM 1.980. ALMEJADA A APLICAÇÃO DA SÚMULA 380 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. AO PATRIMÔNIO PRÉ-EXISTENTE É CORRETA A APLICAÇÃO DA SÚMULA 380 DO STF, ENTRETANTO, CONSOANTE JURISPRUDÊNCIA DOMINANTE, HAVENDO PROVA DA CONTRIBUIÇÃO INDIRETA - E TAMBÉM DIRETA - DA CONCUBINA-AUTORA, ASSISTE-LHE O DIREITO À MEAÇÃO DOS BENS. SUBROGAÇÃO DOS BENS PESSOAIS. ALEGAÇÃO DE QUE ALGUNS IMÓVEIS FORAM ALIENADOS OU INVADIDOS POR TERCEIROS. NO PONTO, AUSÊNCIA DE INTERESSE EM RECORRER. PATRIMÔNIO QUE, SE ALIENADO OU INVADIDO, FOI AFASTADO DA DIVISÃO PATRIMONIAL. BENS DE USO PESSOAL E DE USO PROFISSIONAL. CARÁTER PERSONALÍSSIMO. MANTIDA A EXCLUSÃO DA PARTILHA.

DIVISÃO RELEGADA PARA PROCEDIMENTO AUTÔNOMO. PROVIDÊNCIA ADEQUADA PARA O CASO. SUCUMBÊNCIA DIMINUTA. APLICAÇÃO DO PARÁGRAFO ÚNICO DO ART. 21 DO CPC. RECURSO DE APELAÇÃO PARCIALMENTE CONHECIDO E PROVIDO EM PARTE.

Sob a ótica processual, a suspeição de parcialidade do juiz singular, fundada no interesse do julgamento da causa em favor de uma das partes, tal qual previsto no inciso V do art. 135 do Código de Processo Civil, deve ser argüida em petição fundamentada e instruída, na primeira oportunidade em que lhe couber falar nos autos (§ 1º do art. 138 do Código de Processo Civil).

Dentro do sistema da livre apreciação das provas, ou da persuasão racional, avaliando-se o contexto probatório produzido ao longo do processo, o juiz sentenciante pode atribuir às provas o valor que entender como mais lógico e correto, desde que corresponda à realidade da causa e sua decisão seja esta devidamente fundamentada, nos termos da Constituição Federal de 1.988, em seu art. 93, IX, *verbis*: “*todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade (...)*”.

O apontado cerceamento de defesa, ante o julgamento imediato da causa, não deve ser analisado à luz do § 2º do art. 249 do CPC, ao qual estabelece: “*quando puder decidir o mérito a favor da parte a quem aproveite a declaração de nulidade, o juiz não a pronunciará nem mandará repetir o ato, ou suprir-lhe a falha*”, pela simples razão de que o recorrente não demonstra a nulidade de qualquer ato processual, nem sequer prejuízo em seu desfavor, inclusive, porque regularmente intimado para especificar as provas que pretendia produzir no feito.

Sendo público e notório o fato constitutivo do direito da parte autora, na forma do art. 330, inciso I, art. 334, e seus incisos, e, art. 348, todos do Código de Processo Civil, despidiendase torna a produção de prova a ele referente, notadamente, a testemunhal.

Antes da vigência das Leis nº 8.971/94 e nº 9.278/96 era possível a remuneração da concubina aos serviços domésticos prestados e a sua participação na divisão dos bens, nos termos do enunciado da Súmula nº 380 do Supremo Tribunal Federal, desde que mediante prova de contribuição para a sua aquisição. Após este interregno de tempo, entretanto, não cabe mais o pensionamento por serviços domésticos prestados e adota-se o regime de comunhão parcial de bens, a teor do art. 5º da Lei nº 9.278/96 e do art. 1725 do Código Civil.

O regime de comunhão parcial de bens, consoante o art. 6º da Lei de Introdução do Código Civil, que reza: *“a Lei em vigor terá efeito imediato e geral, respeitados o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada”*, no sentido de que as disposições que regulamentam o companheirismo possuem efeito imediato, só pode ter incidência com relação aos bens móveis ou imóveis adquiridos após a vigência das novas leis (1.994 e 1.996), sob pena de instabilidade jurídica.

Sobre o patrimônio pré-existente (*in casu*, 1.980 até 1.994), então, tem aplicação o ordenamento jurídico vigente, qual seja, a Súmula 380 do Supremo Tribunal Federal.

Considerando que a jurisprudência tem se posicionado no sentido de que, à luz do enunciado da Súmula 380 do STF, não apenas a contribuição financeira para a aquisição dos bens faz-se necessária (contribuição direta), nasce-lhe à concubina-autora o direito de exigir a meação diante de prova da participação indireta para o aumento do patrimônio do casal.

A alegação de que referido bem imóvel foi adquirido mediante sub-rogação de bens particulares, por tratar-se de exceção à regra, depende de prova robusta à respeito que, dada as particularidades do caso concreto, ser realizada em fase de liquidação de sentença.

O interesse para interpor um recurso se afere pelo prejuízo que a decisão de primeiro grau possa ter causado.

Os bens móveis de uso pessoal e profissional, dado o caráter personalíssimo, na forma do art. 1.659, V, do Código Civil de 2.002 ou, ainda, do art. 263, IX, do Código Civil de 1.916, vigente à época dos fatos, devem ser excluídos da comunhão, independentemente da data de aquisição e de seus respectivos valores.

Embora se tenha a certeza da propriedade dos bens móveis e imóveis discutidos na ação, não demonstrando a prova documental, naquele momento e com a certeza necessária, o patrimônio passível de divisão entre as partes, correta a decisão que relega a partilha para procedimento autônomo.

SENTENÇA DE NATUREZA NÃO CONDENATÓRIA, MAS, ANTES, CONSTITUTIVA E DECLARATÓRIA. INCIDÊNCIA DA REGRA DO § 4º DO ART. 20 DO CPC. RECURSO ADE-SIVO IMPROVIDO.

Tratando-se de sentenças de natureza constitutiva e declaratória, não fica o juiz adstrito aos percentuais estabelecidos no § 3º do art. 20 do Código de Processo Civil (10% até 20% sobre o valor da condenação), mas, tão somente aos critérios nele previstos.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 2008.068211-2, da Comarca de Xanxerê (2ª Vara Cível), em que são apelantes e apelados S. A. B. e M. de L. F. da S.:

ACORDAM, em Câmara Especial Regional de Chapecó, CONHECER em parte o recurso de apelação interposto por S. A. B. e, no mérito, DAR-LHE PARCIAL PROVIMENTO. Ato contínuo, NEGAR PROVIMENTO ao recurso adesivo interposto por M. de L. S. da F.

RELATÓRIO

Perante o Juízo de Direito da 2ª Vara Cível da Comarca de Xanxerê, M. de L. S. da F. ajuizou 'ação de dissolução de sociedade de fato cumulada com partilha de bens' contra S. A. B., alegando, em apertada síntese, que mantém união estável com o suplicado desde 15 de novembro de 1.980.

Tiveram dois filhos: R. da F. B. e M. da F. B.

Porém, em virtude de um relacionamento extraconjugal empreendido pelo suplicado, ocorreram alguns desentendimentos conjugais, não sendo mais possível a vida em comum.

Discorreu sobre o reconhecimento da união estável, sobre os bens móveis e imóveis adquiridos pelo casal e, ainda, sobre a necessidade de fixação de alimentos para os filhos.

Postulou pela procedência.

A prefacial veio instruída com os documentos de fls. 13/242.

Emenda à inicial à fl. 246 (retificado o valor atribuído à causa).

Citado (fl. 256), o suplicado S. A. B. compareceu na Audiência de Conciliação à fl. 271, ao qual restou inexitosa, e contestou (fls. 272/306).

Alegou que os requisitos da união estável não se fazem presentes.

Que o patrimônio não é objeto do esforço comum, mas, individual, razão pela qual *“excluem-se da partilha os bens que decorreram de investimentos individuais de cada um dos conviventes, não se prestando à comunhão, na*

medida em que com isso estar-se-ia permitindo o enriquecimento indevido de uma pessoa em detrimento da outra” (fl. 280).

Considerando que custeava integralmente as despesas da filha M. da F. B., é justo que a parte autora arque com as despesas do filho R. da F. B., inclusive, porque a manutenção da prole é dever mútuo.

Pediu, na seqüência, pela declaração da dissolução da união mantida entre as partes e pela partilha de bens, tal qual previsto na resposta.

Juntou documentos (fls. 307/826).

Impugnação à contestação às fls. 829/837.

Parecer Ministerial às fls. 947/948, pela não intervenção.

A MM. Juíza de Direito, Dra. Maira Salete Meneghetti, prolatou a sentença de fls. 991/1.013, cujo dispositivo foi assim redigido:

Assim sendo, **acolho em parte o pedido formulado** na inicial, para o fim de:

a) reconhecer a existência de sociedade conjugal de fato entre as partes, com fundamento no artigo 1723 do Código Civil e artigo 1º da Lei n. 9.278/96, no período compreendido entre 15/11/1980 e 04/06/2007;

b) dissolver essa mesma sociedade de fato e determinar a divisão dos bens móveis e imóveis, adquiridos na constância da união, conforme enumerados acima na fundamentação da presente decisão, atribuindo 50% (cinquenta por cento) da totalidade para cada uma das partes, sendo que a divisão propriamente dita deverá ser procedida em ação própria e específica (artigos 982 e seguintes do CPC).

Com fundamento no inciso I do artigo 269 do Código de Processo Civil, julgo extinto a presente ação de dissolução de sociedade conjugal de fato, bem como a separação de corpos em apenso, com julgamento do mérito, tornando definitiva a liminar lá concedida.

Tendo em vista que a requerente decaiu de parte mínima do pedido inicial da presente ação (parágrafo único do art. 21 do CPC), bem

como foi vencedora na ação em apenso, condeno o requerido no pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, os quais fixo em R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) para ambos os feitos, com fundamento no artigo 20, § 4º, do CPC.

A fim de resguardar os interesses da autora (já que ao réu, conforme demonstrado nos autos, cabe a administração da quase totalidade dos bens do casal), independentemente do trânsito em julgado, determino a expedição de ofício:

a) à repartição de trânsito de Xanxerê, a fim de que seja averbado no prontuário dos veículos pertencentes às partes, conforme reconhecido na presente a a decisão (itens 18 a 21 acima), a existência da presente demanda;

b) à junta comercial do Estado de Santa Catarina, dando-se ciência igualmente da presente ação para fins de registro junto às empresas que mantêm qualquer das partes como sócias, conforme itens 12 (e subitem 'a') e 15, 16 e 17 acima.

c) aos Cartórios de Registros de Imóveis onde se encontram registrados os imóveis ora reconhecidos como de propriedade de casal, a fim de que conste da respectiva matrícula a existência da presente demanda, conforme itens 1 a 11, inclusive e itens 26 e 27, acima.

Os ofícios deverão ser entregues diretamente à autora, para cumprimento.

Mantenho hígida, ademais, a decisão da folha 950.

Publique-se. Registre-se e intimem-se.

Cientifique-se o Ministério Público.

Fica o requerido desde já ciente do prazo de quinze dias a contar do trânsito em julgado da presente decisão, para efetuar, independentemente de nova intimação, o pagamento do valor da condenação (honorários advocatícios), sob pena de incidência da multa de 10% prevista no artigo 475-J do CPC.

Pagas as custas, arquivem-se ambos os processos.

Comunique-se do presente julgamento, via ofício, o relator do agravo de instrumento interposto da decisão que concedeu a separação

de corpos do casal, no processo em apenso, para as providências cabíveis. (destaques no original) (fls. 1011/1013).

Irresignado, o suplicado S. A. B. interpôs recurso de apelação (fls. 1.026/1.050). Para tanto, alega que o reconhecimento da união estável entre as datas de 15.11.1980 e 04.06.2007 deu-se de maneira parcial, considerando o magistrado *a quo* apenas a prova favorável à apelada.

Afirmou que o juízo singular *“veio conduzindo os presentes autos e os autos em apenso com parcialidade, deferindo liminar de afastamento do lar conjugal e reconhecendo a união estável do casal”* e que *“indicou à Apelada todos os caminhos e procedimentos necessários ao ajuizamento das ações competentes”* (fl. 1028).

Asseverou, ato contínuo, que a imposição do regime de comunhão parcial de bens é indevida, reclamando aplicação a Súmula 380 do Supremo Tribunal Federal, eis que as Leis específicas da união estável só foram editadas em 1.994 e 1.996, respectivamente.

Também, que não há prova de que a parte autora tenha colaborado na aquisição do patrimônio partilhado, posto que os recibos e demais documentos estão todos em nome do recorrente.

Possuía inúmeros bens antes do início da união estável, razão pela qual, nos termos do § 1º do art. 5º da Lei nº 9.278/96 e do art. 1.659, inciso I, do Código Civil, devem ser excluídos da partilha, ainda que vendidos na constância da sociedade de fato, e cujo produto tenha sido utilizado na aquisição de outros imóveis ou na constituição da empresa Artesanato do Brasil Ltda.

Pedi, ainda neste tópico: **(a)** pela exclusão da partilha de alguns lotes de terra, porque há prova inequívoca da alienação destes imóveis para terceiros; **(b)** pela inclusão na partilha dos bens que compõem o consultório médico da parte apelada, bem como suas jóias; e, por fim, **(c)**

pelo afastamento da divisão dos depósitos e aplicações em nome exclusivo do apelante.

Pugnou pela reciprocidade na distribuição do ônus de sucumbência.

Arguiu, em desfecho, a nulidade do *decisum*, na forma do art. 249, § 2º, do Código de Processo Civil, tendo em vista que “*por ocasião da especificação de provas, as partes, tanto o Apelante quanto à Apelada, manifestaram-se pela produção de prova testemunhal e avaliação dos bens*”, mas, “*no entender da magistrada, no entanto, estas provas eram totalmente desnecessárias, julgando antecipadamente a lide*” (fl. 1047).

Contrarrazões às fls. 1069/1074.

A autora M. de L. S. da F. também recorreu (fls. 1075/1077).

Postula tão-só pela majoração dos honorários advocatícios fixados em favor de seus procuradores em R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), nos moldes do § 3º do art. 20, do Código de Processo Civil, ou seja, pede seja a verba arbitrada entre o mínimo de 10% e o máximo de 20% sobre o valor da condenação – 50% do patrimônio comum.

Contrarrazões às fls. 1096/1099.

Parecer Ministerial à fl. 1100, ratificando a não intervenção.

Manifestação da Procuradoria-Geral de Justiça às fls. 1116/1118, rechaçando o apontado cerceamento de defesa e, no mais, reiterando a não intervenção.

É o relatório. Decido.

VOTO

Admissibilidade

O recurso do suplicado S. A. B. é tempestivo (fl. 1022 e fl. 1026) e o preparo foi efetuado (fl. 1050).

Já o recurso da autora M. de L. S., embora protocolizado na data de 17 de junho de 2.008 (fl. 1075), ou seja, há muito escoado o prazo para a apresentação do apelo (12.05.2008 até 02.06.2008, fl. 1022), não padece de vício algum, notadamente, porque interposto na forma adesiva, hipótese prevista no art. 500 do Código de Processo Civil, o que remete sua propositura ao prazo de que a parte dispõe para responder ao recurso principal, melhor dizendo, 15 (quinze) dias para o oferecimento das contrarrazões (art. 508 do Código de Processo Civil).

O preparo foi devidamente precedido (fl. 1.078).

A sucumbência é recíproca.

Desta forma, presentes os pressupostos de admissibilidade, ambas as irresignações devem ser conhecidas. Mas, o recurso da autora M. de L. S., porque adesivo, tão somente será apreciado após o exame do principal.

Pois bem. As proposições que despontam em nulidade, inobstante combatidas no desfecho do recurso do suplicado, dada a natureza, reclamam serem apreciadas com imediata antecedência. São elas:

*** Imparcialidade**

Bem verdade que a imparcialidade do juiz é pressuposto para que a relação processual seja válida. Esta disposição fundamental, inclusive, assegurada constitucionalmente, representa a garantia de justiça para as partes.

Neste caso, cuja situação é bem peculiar.

Afirma o recorrente que a magistrada *a quo* conduziu o processo com severa parcialidade. Disse que a juíza indicou à autora todos os caminhos e procedimentos necessários ao ajuizamento das ações competentes e, ainda, que emitiu opinião particular sobre o caso.

Porém, as razões expostas não passam de vãs alegações.

Primeiro, porque, sob a ótica processual, a suspeição de parcialidade do juiz, fundada no interesse do julgamento da causa em favor de uma das partes, tal qual previsto no inciso V do art. 135 do Código de Processo Civil, deve ser argüida em petição fundamentada e instruída, na primeira oportunidade em que lhe couber falar nos autos (§ 1º do art. 138 do Código de Processo Civil).

Nesta hipótese, tal circunstância não foi observada pelo recorrente e, porque não foi oportunamente formado o incidente, ouvido a parte contrária e facultada a produção de provas, não é lícito sustentar a imparcialidade neste momento processual.

Segundo. Não há neste caderno processual qualquer elemento que desabone a conduta da ilustre magistrada, que atuou dentro dos limites da lide.

Tão-só, nos termos do art. 131 e art. 458, II, ambos do Código de Processo Civil, evidencia-se a apreciação livre das provas, assim fundamentada:

Ainda que de forma dúbia, contraditória e por vezes até inacreditável (para não dizer lamentável!) - se confrontados todos os elementos de prova existente nos autos - o requerido insistiu na recusa em reconhecer, em toda a sua extensão, a existência da sociedade conjugal de fato mantida com a autora.

(...)

Aliás, a afrontosa e leviana negativa do réu em reconhecer tal fato chega às raias da ofensa à dignidade da sua companheira de décadas e da evidente má-fé em tumultuar o processo, cujo móvel – não vislumbro outro por mais lamentável que seja reconhecer – é a vil e egoísta decisão de não partilhar os bens adquiridos pelo esforço comum do casal ou, na melhor das hipóteses na visão do réu, restringir ao máximo o rol dos bens sujeitos a tal condição.

(...)

Na peça defensiva da ação principal, aduziu o réu (com incrível despudor) que a união nunca foi verdadeiramente estável; que as partes mantinham apenas encontros esporádicos; o relacionamento teve diversas interrupções; sempre deixou claro à autora que não se casaria; foram de sua iniciativa diversas tentativas de separação definitiva; a autora mudou-se para Xanxerê, em 1991, na sua companhia, mas a seu contragosto, e outras tantas afirmações do gênero, sem conteúdo crível ou palpável (fls. 272/306).

(...)

Já a ação cautelar em apenso (autos n. 080.07.002555-0), fora proposta pela autora em 18 de maio de 2007, a liminar cumprida em 4 de junho de 2007 (após tentativa anterior frustrada) e a contestação do réu ofertada em 11/06/2007 (ou seja, quatro meses, aproximadamente, antes da contestação ofertada na ação principal). Nesta reposta, aduziu o réu, *in verbis* (em completa dissonância com o que depois verberou na defesa da ação ordinária), sendo que se faz tal comparativa para realçar a inconsistência (ou a conveniência) das afirmações procedidas em processos diversos

(...)

Como facilmente se denota, o discurso do requerido – mediando um lapso temporal inferior minguado – é muito diverso. Na ação cautelar, como não pretendia deixar o lar conjugal (manuseou também agravo de instrumento da decisão concessiva da liminar), porque não lhe convinha, o requerido transmitiu a idéia de um casal em crise, mas em nenhum momento negou a união estável.

(...)

Já na defesa da ação principal, em total contradição, negou a existência da união estável, embora, de se reconhecer, não de forma muito enfática (negar o óbvio não é tarefa das mais fáceis, necessitando expedientes ardilosos), porquanto não explicou razoavelmente, por exemplo, - dentre outras tantas imponderações – como permitiu que a autora convivesse consigo mais de duas décadas, se não era do seu ânimo.

(...)

Difícil, neste contexto, imaginar que o réu não tenha consentido com décadas de relacionamento!

(...)

A conduta do réu, a rigor, se enquadra nas hipóteses contemplativas de litigância de má-fé. Não só aduziu defesa contra fato incontroverso (inciso I), como insiste em alterar a verdade (inciso II), além de pretender usar do processo para conseguir objetivo ilegal (inciso III), porquanto tenciona, sem dúvida, evitar ou retardar ao máximo a partilha de bens do casal. (fls. 992/996).

Ora. Dentro do sistema da livre apreciação das provas, ou da persuasão racional, avaliando-se o contexto probatório produzido ao longo do processo, a magistrada *a quo* pode atribuir às provas o valor que entender como mais lógico e correto, desde que corresponda à realidade da causa e sua decisão seja devidamente fundamentada, nos termos da Constituição Federal de 1.988, em seu art. 93, inciso IX, *verbis*: “*todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade (...)*”.

Este é o caso dos autos.

A julgadora monocrática, a par de suas convicções pessoais, mas aliada às evidências do feito, entendeu por julgar a lide desfavoravelmente ao recorrente, motivo de tamanha irresignação.

Como se observa, todas as suas conclusões estão amparadas pelas afirmações das partes e dos eventos processuais ocorridos no processo, inclusive, muitas das declarações foram transcritas no corpo da decisão de primeiro grau, de forma que inexistente a apontada parcialidade em favor da autora (parte recorrida), pois justificado o posicionamento no *decisum*.

Também não observo afronta ao princípio do contraditório e ampla defesa, ao qual está assegurado no art. 5º, inciso LV, da Constituição Federal, porque, muito embora o pedido tenha sido conhecido de forma direta (art. 330, inciso I, do Código de Processo Civil), circunstância que é objeto de proposição a ser examinada, foi oportunizado ao suplicado, em várias ocasiões, manifestar-se nos autos.

Inclusive, tendo a parte autora juntado farta documentação com a impugnação à contestação (fls. 838/946), determinou a nobre sentenciante, de imediato, a intimação do recorrente (fl. 949). Esta manifestação encontra-se às fls. 964/968.

Seguiu-se a isto, o regular trâmite do feito, com a intimação dos combatentes para especificar e justificar as provas que pretendiam produzir (fl. 970).

Vale citar o posicionamento da douta Procuradoria-Geral de Justiça:

Inicialmente, quanto ao argumento de imparcialidade da digna magistrada que teria implicado em cerceamento de defesa por considerar apenas as provas que favoreciam à apelada, pondera-se que sendo a convivência das partes em união estável um fato público e notório na cidade de Xanxerê, tal fato independe de prova, por serem as partes pessoas muito conhecidas naquele município e por conta do princípio da livre apreciação das provas e convencimento do julgador, de maneira que o simples sentenciar favorável a uma das partes não significa dizer se houve necessariamente imparcialidade no julgamento do processo. (fl. 1117)

E, se, de fato, *“não fez a digna Magistrada a melhor interpretação do direito e a aplicação da justiça, eis que sua decisão somente considerou as provas que favoreciam à apelada, desconsiderando e menosprezando os argumentos do apelante”* (fl. 1031), deve o recorrente, no mérito do recurso de apelação, desconstituir a decisão de primeiro grau, apontando melhores provas em seu favor.

Não se conhece, portanto, destas irresignações.

* **Nulidade**

Sustenta a parte recorrente a nulidade da decisão, com base no § 2º do art. 249 do Código de Processo Civil, ao qual dispõe: *“quando puder decidir o mérito a favor da parte a quem aproveite a declaração de nulidade, o juiz não a pronunciará nem mandará repetir o ato, ou suprir-lhe a falha”*.

A par disto, diz que as partes manifestaram-se pela produção de provas em audiência, além da avaliação dos bens, circunstância desconsiderada pela juíza, que proferiu julgamento antecipado.

Referido dispositivo trata do princípio de que todo e qualquer vício processual é superável pela possibilidade de prolação de sentença de mérito favorável à parte a quem aproveite a decretação de invalidade. Mas, para que isto ocorra, depende da efetiva demonstração do prejuízo.

Neste caso, o apontado cerceamento de defesa não deve ser analisado à luz desta extensão legislativa, pela simples razão de que a parte recorrente não demonstra a nulidade de qualquer ato processual ocorrido neste caderno processual.

Tão-pouco demonstra a ocorrência de prejuízos em seu desfavor, razão pela qual inexistente violação dos direitos fundamentais. Inclusive, porque, mesmo proferido julgamento na forma permitida no art. 330, inciso I, do Código de Processo Civil, a sentenciante oportunizou às partes a especificação de provas (fl. 970 e fl. 986). Tanto que o suplicado pugnou pela oitiva de testemunhas (fls. 989/990).

Além do mais: *“a nulidade dos atos deve ser alegada na primeira oportunidade em que couber à parte falar nos autos, sob pena de preclusão”* (art. 245 do Código de Processo Civil), circunstância não observada pelo recorrente quando o processo tramitava na instância inferior.

Então, inexistente qualquer nulidade nos atos processuais.

*** Cerceamento de defesa - julgamento imediato**

Todavia, o apontado cerceamento de defesa, ante o julgamento antecipado, melhor dizendo, frente à recusa em se ouvir testemunhas, deve ser analisado.

Isto porque, o cerne da questão reside em se verificar se as provas documentais amealhadas nos autos são suficientes para formar a convicção do julgador, até porque: *“cabera ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias à instrução do processo, indeferindo as diligências inúteis ou meramente protelatórias”* (art. 130 do CPC).

Não se pode olvidar, todavia, que esta opção harmoniza-se com o princípio da celeridade processual e encontra amparo entre os deveres do juiz: *“Art. 125. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, competindo-lhe: (...) II – velar pela rápida solução do litígio”*.

Pois bem. Afirma o suplicado que ‘a avaliação dos bens serviria para esclarecer a situação dos bens que integram a partilha’ (fl. 1047), no entanto, quando especificou suas provas (fls. 989/990), não pediu pela realização de perícia.

Em verdade, a parte autora é que pugnou pela avaliação de todos os bens (fl. 979), razão pela qual não pode o recorrente - agora - suscitar o apontado cerceamento de defesa.

De qualquer forma, a avaliação dos bens do casal, cujo fim é tão-só aferir a capacidade econômica de cada um deles, não é vital para a realização da partilha.

No que tange à prova testemunhal, justificou o recorrente:

- 1) depoimento pessoal da Autora, sob as penas da lei (art. 343 do CPC). O depoimento servirá para buscar a confissão da autora frente aos fatos que foram narrados na contestação;
- 2) Inquirição de testemunhas a seguir arroladas, que deverão ser intimadas. As testemunhas comprovarão os fatos narrados pelo réu na contestação, em contraposição aos fatos apresentados na peça inaugural (fl. 989).

A inquirição de testemunhas seria, de fato, desnecessário.

Isto porque, pretendia o recorrente, como anteriormente transcrito, comprovar os fatos narrados na contestação, em contraposição aos fatos apresentados na peça inicial, porém, como bem sopesado em primeiro grau, a existência da união estável ressoa cristalina das circunstâncias evidenciadas nos autos, inclusive, dos documentos, e, ainda, das próprias alegações do suplicado.

Cite-se, por exemplo, que na Medida Cautelar Inominada, em apenso (ação nº 080.07.002555-0), o suplicado afirmou que *“as partes há alguns meses, mantinham conversas amistosas, afim de realizarem a dissolução da sociedade de fato consensual do casal, inclusive, com a intermediação de seus procuradores”* (fl. 65).

Da leitura da contestação lá apresentada, inclusive, extrai-se que as partes conviviam maritalmente; que coabitavam de forma harmoniosa na cidade de Xanxerê; que tinham 02 (dois) filhos, sendo que um deles residia no exterior (certidão de nascimento às fls. 23/24); que não se justificava o deferimento da liminar de afastamento do lar conjugal (fls. 13/15), porque nunca houve contato físico com a parte autora; e, na visão do recorrente, que passavam por uma crise conjugal.

Na defesa exibida na ação principal, de seu turno, o suplicado não negou a existência da união estável mantida com a autora M. de L. S. da F., tão-só asseverando ‘que nunca foi verdadeiramente estável’ (fl. 273).

Neste âmago, consignou a magistrada *a quo*:

Nesse contexto, diante de robusta prova existente no processo, seria necessário um exercício excepcional de manifestas tentativas de ofensa ao bom senso e ao óbvio, para se poder negar a existência da união estável longa, duradoura e frutífera, que permeou a vida dos litigantes, por mais de vinte anos!

Aliás, a afrontosa e leviana negativa do réu em reconhecer tal fato chega às raias da ofensa à dignidade da sua companheira de décadas e da evidente má-fé em tumultuar o processo, cujo móvel – não

vislumbro outro por mais lamentável que seja reconhecer – é a vil e egoísta decisão de não partilhar os bens adquiridos pelo esforço comum do casal ou, na melhor das hipóteses na visão do réu, restringir ao máximo o rol dos bens sujeitos a tal condição. (fl. 993).

Além disto, o próprio suplicado subscreveu documento de natureza declaratória (fl. 16), dando conta de que mantinha sociedade de fato com a demandante desde a data de 15 de novembro de 1.980, e, se não bastasse, a convivência é pública naquela região (oeste), circunstância observada até mesmo pela Procuradoria-Geral de Justiça (fl. 1.117).

A regra é clara:

Art. 334. Não dependem de provas os fatos:

I – notórios;

II – afirmados por uma parte e confessados pela parte contrária;

III – admitidos, no processo, como incontrovertidos;

IV – em cujo favor milita presunção legal de existência ou de veracidade.

Art. 348. Há confissão, quando a parte admite a verdade de um fato, contrário ao seu interesse e favorável ao seu adversário. A confissão é judicial ou extrajudicial.

Art. 350. A confissão judicial faz prova contra o confitente, não prejudicando, todavia, os litisconsortes (Código de Processo Civil).

Diante deste quadro, não há a necessidade de constatação destes fatos diretamente por testemunhas, ou mesmo pelo depoimento pessoal da parte autora - inclusive, porque foi quem deflagrou esta ação de dissolução de união estável -, razão pela qual, acertadamente, não haviam motivos para se propiciar a instrução do feito.

Este Tribunal de Justiça já decidiu: “*sendo público e notório o fato constitutivo do direito dos autores despcienda se torna a produção de prova a ele referente*” (Apelação Cível nº 2002.001739-6, da Capital. Rel. Des. Luiz César Medeiros).

E, se a existência da união estável é fato incontroverso, a partilha dos bens adquiridos durante a constância da vida comum, via de consequência, deve ser procedida. A prova, para tal *mister*, é eminentemente documental, consoante registro do magistrado *a quo* às fls. 998/999.

Entrementes, caso se constate, quando da análise do mérito deste recurso de apelação, alguma possibilidade de que a ausência da oitiva das testemunhas causou cerceamento de defesa em desfavor do recorrente, isto na análise da partilha dos bens, a sentença, como se sabe, será declarada nula.

Por ora, vale o posicionamento acima exposto, no sentido de que inexistente o apontado cerceamento de defesa, ante o julgamento imediato da causa, à luz do art. 334, e incisos, do Código de Processo Civil.

Afasta-se, portanto, a tese.

Mérito

*** Esforço comum**

Defende o recorrente que o esforço comum, para a partilha de bens, não é presumível, devendo-se aplicar o enunciado da Súmula 380 do Supremo Tribunal Federal, ao qual: “*comprovada a existência de sociedade de fato entre os concubinos, é cabível a sua dissolução judicial, com a partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum*”.

A resolução desta questão demanda aprofundamento histórico.

Antes da Constituição Federal de 1.988 não existia lei especial que regulasse a união estável (sociedade de fato). Muito pelo contrário, o Código Civil de 1.916, consoante se observa nas disposições dos arts. 1.117, 248, inciso IV, 1.474 e art. 1.719, repudiava o então denominado concubinato.

Todavia, dado o aumento de pessoas vivendo em união estável, a jurisprudência se posicionou através da Súmula 380, acima citada, e da

Súmula 382, que assim estabelece: *“a vida em comum sob o mesmo teto more uxório, não é indispensável à caracterização do concubinato”*.

Com a promulgação da Constituição Federal de 1.988, como visto, houve significativa mudança, a teor do seu § 3º do art. 226: *“para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento”*, elevando-a à categoria de entidade familiar.

Após, foram editadas duas leis, em princípio a Lei nº 8.971, de 29 de dezembro de 1994, que regula o direito dos companheiros aos alimentos e à sucessão e, posteriormente, a Lei nº 9.278, de 10 de maio de 1.996 que, ao regular o § 3º do art. 226 da Constituição Federal, dispôs em seu art. 1º que: *“é reconhecida como entidade familiar a convivência duradoura, pública e contínua, de um homem e uma mulher, estabelecida com objetivo de constituição de família”*.

Finalmente, a partir de janeiro de 2.003, de acordo com a Lei nº 10.406 - institui o Código Civil -, a união estável foi regulada do art. 1.723 até o art. 1.727.

A par destas informações é possível concluir que, antes das Leis nº 8.971/94 e nº 9.278/96, era possível a remuneração da concubina aos serviços prestados e a sua participação na divisão dos bens, nos termos do enunciado da Súmula nº 380 do Supremo Tribunal Federal, desde que mediante prova de contribuição para a sua aquisição.

Após este interregno de tempo, não cabe mais o pensionamento por serviços domésticos prestados e adota-se o regime de comunhão parcial de bens, na forma do art. 5º da Lei nº 9.278/96: *“os bens móveis e imóveis adquiridos por um ou por ambos os conviventes, na constância da união estável e a título oneroso, são considerados fruto do trabalho e da colaboração comum, passando a pertencer a ambos, em condomínio e em partes iguais, salvo estipulação contrária em contrato escrito”*, e do art. 1.725 do atual Código Civil:

“na união estável, salvo contrato escrito entre os companheiros, aplica-se às relações patrimoniais, no que couber, o regime de comunhão parcial de bens”.

Todavia, consabido, não se comunicam os bens havidos a título gratuito ou herança, nem mesmo aqueles havidos de sub-rogação de bens particulares.

Pois bem. No caso, a união estável mantida entre os litigantes fica delimitada entre as datas de 15 de novembro de 1.980 e 04 de junho de 2.007, ou seja, a relação jurídica foi criada sob a égide de entendimento não mais aplicado (Súmula 380 do STF) e ultrapassou sucessivamente no tempo as recentes modificações (Lei nº 8.971/94; Lei nº 9.278/96; e, Lei nº 10.406/02).

Há, como se vê, um conflito de leis no tempo.

Neste *mister*, o recorrente entende, como exposto, que, porque a união iniciou no ano de 1.980, deve-se aplicar na partilha de bens a Súmula 380 do STF, ao qual exige prova efetiva da contribuição na aquisição (fl. 1.032).

Em contrapartida, a doura sentenciante compôs o litígio no sentido de que *“o patrimônio comum, adquirido durante a constância do relacionamento, é presumivelmente a ambos os companheiros pertencentes, impondo-se a partilha, na forma prevista para o regime de comunhão parcial de bens (pela ausência de contrato escrito entre os companheiros dispondo de forma diversa), independentemente da prova de contribuição do esforço comum”* (fls. 998/999).

Surge um paradoxo, pois sucessivas leis regulam a matéria.

A regra geral, consoante art. 6º da Lei de Introdução do Código Civil, que assim dispõe: *“a Lei em vigor terá efeito imediato e geral, respeitados o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada”*, é no sentido de que as disposições que regulamentam o companheirismo possuem efeito imediato.

Assim, a legislação aplicável à espécie deve partir do momento em que a união cessou, quando se apuram os direitos e deveres das partes.

Há uma exceção, pois. E refere-se aos direitos patrimoniais.

Isto porque, o art. 5º da Lei nº 9.278/96, que estabelece que os bens adquiridos a título oneroso durante a união estável são considerados frutos do trabalho e da colaboração comum, abrange todas as uniões que se formaram após sua edição.

Neste contexto, o regime de comunhão parcial só pode ter incidência com relação aos bens móveis ou imóveis adquiridos após estas datas (1.994 e 1.996), sob pena de severa instabilidade jurídica.

O doutrinador Guilherme Calmon Nogueira da Gama, no tocante aos bens adquiridos anteriormente à Lei de 1.994, ensina:

Uma observação importante, no que se refere ao regime de bens: mesmo que em 30 de dezembro de 1994 ainda vigorasse a união extramatrimonial fundada no companheirismo com aquisição patrimonial anterior à vigência da lei, é de se notar que em relação aos bens anteriores àquela data não prevalece o disposto no art. 3º, da Lei 8.971/94, pois caso contrário haveria retroatividade, o que é vedado no ordenamento jurídico brasileiro nestas situações, aplicando-se, portanto, o sistema vigente na época da aquisição do bem (Súmula 380, do Supremo Tribunal Federal, com a interpretação jurisprudencial mais consentânea com a realidade, admitindo-se a contribuição indireta). Quanto aos bens adquiridos a partir de 30 de dezembro de 1994, prevalece o disposto no art. 3º, da lei citada, inclusive quanto ao critério de partilhamento dos bens, ou seja, a metade. (GAMA; Guilherme Calmon Nogueira. O Companheirismo – uma espécie de família. p. 440).

Em outras palavras, sobre o patrimônio pré-existente, tem aplicação o ordenamento jurídico então vigente, qual seja, a Súmula 380 do STF.

Neste ínterim, verifica-se que razão assiste recorrente, pois, no que toca aos bens adquiridos durante o tempo em que se aplicou a Súmula 380

do Supremo Tribunal Federal, somente é possível a partilha mediante prova da contribuição. Inclusive, porque àquela época, como se sabe, deferiam-se os pedidos de remuneração pelos serviços domésticos prestados.

Inobstante estas relevantes circunstâncias, o desacerto da julgadora singular fica adstrito somente às questões didáticas, tendo em vista que a jurisprudência tem se posicionado no sentido de que, não apenas a contribuição financeira (direta) para a aquisição dos bens faz-se necessária, mas, também, nasce-lhe o direito de exigir a meação diante da contribuição indireta (trabalho) para o aumento do patrimônio.

Colhe-se do Superior Tribunal de Justiça: “*Deve-se considerar, na partilha de bens decorrentes de sociedade de fato terminada antes do advento da Lei nº 9.278/96, a contribuição (ainda que indireta) de cada companheiro, conforme a linha de entendimento jurisprudencial consolidada no STJ (...)*” (Resp nº 488.649-MG. Rel. Ministra Nancy Andriighi. j. 02.08.05).

E mais:

(...) Esta Corte de Uniformização Infraconstitucional já firmou entendimento no sentido de que, quando reconhecida a convivência *more uxorio* e a aquisição de bens naquele período, para a caracterização da sociedade de fato, basta a contribuição indireta da companheira, como a colaboração na administração do lar, gerenciando serviços domésticos, sendo irrelevante a entrega de dinheiro ou bens ao companheiro. Assim, tendo o casal em questão convivido maritalmente por mais de 28 anos, período em que o companheiro enriqueceu o seu patrimônio, é de ser reconhecida e dissolvida a sociedade de fato, com a conseqüente partilha proporcional dos bens adquiridos durante a vida em comum. 3 - Precedentes (REsp nºs 60.073/DF, 183.718/SP e 13.785/PR). 4 - Recurso conhecido e provido para, reformando o v. acórdão recorrido, julgar procedente a ação, nos termos em que pleiteada na inicial, invertendo-se o ônus da sucumbência. (REsp nº 239.234-SP, Rel. Ministro Jorge Scartezzini. j. 18.11.04) (destaque no original).

E:

CIVIL. FAMÍLIA. CONCUBINATO. SOCIEDADE DE FATO. PARTILHA DE BENS. SERVIÇOS DOMÉSTICOS. CONTRIBUIÇÃO INDIRETA. A contribuição da concubina, para se ter por configurada a sociedade de fato, quando reconhecida a convivência *more uxorio* e a existência de bens adquiridos nesse período, pode decorrer das próprias atividades exercidas no recesso do lar e não apenas pela entrega de dinheiro ou bens ao companheiro. Recurso parcialmente conhecido e, nessa parte, parcialmente provido. (REsp nº 60.073-DF, Rel. Ministro Barros Monteiro, Rel. p/ Acórdão Ministro Cesar Asfor Rocha, j. 19/10/1999).

Vale citar também:

DIREITO CIVIL. DISSOLUÇÃO DE SOCIEDADE DE FATO ANTERIOR À VIGÊNCIA DA LEI 9.278/96. PARTILHA DE BENS. PRESUNÇÃO DO ART. 5º. INAPLICABILIDADE DAS DISPOSIÇÕES DESSA LEI. NECESSIDADE DE DEMONSTRAÇÃO DO ESFORÇO COMUM NA AQUISIÇÃO DO PATRIMÔNIO DISPUTADO PARA ENSEJAR A SUA PARTILHA. PRECEDENTES. RECURSO DESACOLHIDO.

I - Não se aplicam às uniões livres dissolvidas antes de 13.05.96 (data da publicação) as disposições contidas na Lei 9.278/96, principalmente no concernente à presunção de se formar o patrimônio com o esforço comum, pois aquelas situações jurídicas já se achavam consolidadas antes da vigência desse diploma normativo.

II - A jurisprudência das Turmas que integram a Segunda Seção desta Corte é firme no sentido de que somente com a prova do esforço comum na formação do patrimônio disputado, mesmo que em contribuição indireta, tem lugar a partilha dos bens. (REsp nº 147.098-DF. Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. 25.03.1999).

A assertiva é mesmo absoluta, *primeiro*, porque a autora M. de L. S. da F. não pede - nesta demanda - por indenização pelos serviços domésticos prestados e tão-pouco há prova de que o tenha feito.

O objeto da ação é tão-só o reconhecimento e dissolução da união estável e a partilha dos bens adquiridos na fase de convivência pacífica.

Segundo. Inobstante a maioria dos bens móveis e imóveis estarem em nome do suplicado, está demonstrado no processo, de forma inconteste, a contribuição da concubina-autora (atualmente denominada companheira), na formação do patrimônio comum, pois: **(a)** quando da maternidade dos filhos R. da F. B. e M. da F. B., é circunstância incontroversa, contribuiu na criação e boa formação da prole - o que exige intensa dedicação e esmero; **(b)** é presumível, de igual forma, que durante a convivência tenha a demandante proporcionado dedicação ao suplicado, inclusive, porque coabitavam durante longo período de suas vidas (o suplicado só foi afastado do lar através da liminar deferida na medida cautelar de separação de corpos em apenso, ou seja, em 04/06/2007 (fl. 24)); **(c)** por óbvio que a parte recorrida, também, tenha contribuído com aporte de recursos financeiros na formação do patrimônio - diga-se, tanto quanto o suplicado - porquanto é médica concursada e mantém consultório particular, cujo renome é evidente nesta região (oeste), o que lhe garante excelente estabilidade econômica; e, não menos importante, **(d)** durante vários anos - 1.980 até 2.007 - gerenciou os afazeres domésticos, além de atuar como profissional da área da saúde, situação não negada pelo concubino (companheiro/recorrente).

Sendo assim, repita-se, tendo a autora da ação contribuído direta e indiretamente para a formação do patrimônio do casal por longos 27 (vinte e sete) anos, mantém-se incólume a sentença que reconheceu à concubina (companheira) o direito à meação dos bens adquiridos durante a união estável em discussão.

Após os anos de 1.994 e 1.996, como foi registrado, independe-se da prova de contribuição do esforço comum, cuja partilha é realizada à luz do regime da comunhão parcial de bens.

*** Sub-rogação**

Defende o recorrente, na sequência, que “*a decisão vergastada entendeu pela inclusão dos bens adquiridos pelo Apelante, com o produto da venda de outros bens já existentes em 15/11/1980*” (fl. 1.035).

Assim, à luz do § 1º do art. 5º da Lei nº 9.278/96 e do art. 1.659, inciso I, do Código Civil de 2.002, devem ser excluídos da partilha, ainda que vendidos na constância da sociedade de fato.

Observo, primordialmente, que as assertivas do suplicado mostram-se contraditórias. Isto porque, num primeiro momento, pede pela aplicação da Súmula 380 do Supremo Tribunal Federal, no que tange à divisão do patrimônio (fls. 1.031/1.034), cuja proposição foi analisada com antecedência.

Agora, pede pela exclusão de alguns bens - daquela época - e, para tanto, fundamenta sua pretensão no § 1º do art. 5º da Lei 9.278/96 e no art. 1.659, inciso I, do atual Código Civil.

Um tanto estranho!

Mas, de qualquer forma, a teor da Súmula 380 do Supremo Tribunal Federal ou da legislação atual, de fato, não se comunicam os bens havidos a título de gratuito ou herança, nem mesmo aqueles havidos de sub-rogação dos bens particulares.

Dito isto, ao estudo:

*** Imóvel Matrícula nº 11.757**

Afirma o suplicado que na sua declaração de bens do ano de 1.980 estavam registrados em seu nome:

- 1) Apartamento nº 407, Edifício D. Pedro I, na Rua Arcipreste M. Teodoro, 359, registrado com o valor de Cr\$ 559.433,00;
- 2) Terreno medindo 15.920 m², em Águas Lindas, Município de Ananindeua – PA, com benfeitorias, registrado com o valor de Cr\$ 140.000,00;

- 3) Dois lotes de terreno (9 e 19), Quadra E, do Loteamento Ariramba na Ilha do Mosqueiro, registrado pelo valor de Cr\$ 22.000,00;
- 4) Terreno na Vila Coqueiro – Ananindeua – PA, na Passagem Santa Terezinha, com 8.580 m², adquirido em 1987, registrado com o valor de Cr\$ 40.000,00;
- 5) Terreno na Vila Coqueiro – Ananindeua – PA, na Passagem Santa Terezinha nº 146, com área de 128 m², adquirido da Prefeitura municipal em 1979, registrado com o valor de Cr\$ 920,00;
- 6) Parte do terreno Agrícola (0,5), de 25 H, situado no Ramal Sto. Antônio, de Curuçá – PA, Distrito da Terra Alta, Colônia de Vista Alegre, adquirido em 1980, registrado com o valor de Cr\$ 17.500,00;
- 7) Linha Telefônica residencial em Belém, registrado com o valor de Cr\$ 10.116,00;
- 8) Automóvel Ford Corcel Mod. 1980, placas AI 3690, adquirido em 1980, registrado com o valor de Cr\$ 93.000,00;
- 9) Aplicações, caderneta de poupança e saldo bancário (itens 9, 10, 11 e 13 da declaração, no total de Cr\$ 393.000,00). (fls. 1036/1037).

E, com o produto da venda deste patrimônio, adquiriu o imóvel situado à Rua da Paz, nº 256, na cidade de Xanxerê, consistente nos lotes urbanos nº 03, 04, 12 e 13, com área de 420 m² cada um, totalizando uma área de 1.680 m², com benfeitorias (Matrícula nº 11.757).

Diante disso, afirma, referido bem não se comunica na partilha.

Antes de deliberar, alguns pontos devem ser esclarecidos.

Referido imóvel, consoante Contrato Particular à fl. 44 e Escritura Pública de Compra e Venda à fl. 41, de fato, foi adquirido durante a vigência da união estável mantida entre os combatentes, ou seja, no ano de 1.991 (fl. 44).

A publicidade do ato, de seu turno, marca de 1.992 (fl. 41).

Não há qualquer indício neste processo, ademais, cuja prova é eminentemente documental (art. 333, inciso II, do Código de Processo Civil), de que este imóvel pertença exclusivamente ao suplicado S. A. B.

Fosse esta a intenção, como bem asseverou a nobre sentenciante (fl. 1.000), haveria uma ressalva no contrato particular de compra e venda firmado com o vendedor primário ou mesmo na escritura pública lavrada um ano após. A autora, ademais, a pedido do suplicado, poderia firmar declaração de que tal bem lhe pertencia exclusivamente.

Ora. Como ficou esclarecido nesta decisão, a sub-rogação é exceção à regra da comunicabilidade do patrimônio e, sendo assim, não deve apenas ser alegada para excluir o bem da partilha, mas evidenciada através de provas idôneas.

Registre-se, neste particular, que as declarações de Imposto de Renda do apelante dos anos de 1.980 até 1.993 (fls. 308/353) não comprovam o investimento particular naquele imóvel, mas demonstram que, de fato, seus bens particulares foram alienados durante o enlace.

A colaboração da concubina-autora (companheira), desta maneira, seria presumida, inclusive, como foi inicialmente exposto, porque a aquisição deu-se após 11 (onze) anos de longa e duradoura convivência.

Em razão disto, o imóvel situado à Rua da Paz, nº 256, Xanxerê, integraria o patrimônio comum e, assim, deveria ser partilhado igualmente.

Ocorre que, analisando minuciosamente o contexto fático-probatório deste feito, evidencia-se forte divergência entre os companheiros sobre a partilha deste patrimônio, razão pela qual é direito do suplicado provar que seus bens próprios e exclusivos resultaram na aquisição deste imóvel e, bem por isto, que estão sendo indevidamente partilhados.

A negativa para realização desta prova, neste momento processual, implicaria em cerceamento de defesa - registre-se, tese defendida pelo suplicado - não fosse a possibilidade de relegar-se a discussão à liquidação de sentença, na forma do art. 475-E, do CPC, melhor dizendo, *“quando, para determinar o valor da condenação, houver a necessidade de alegar e provar fato novo”*.

Neste sentido:

(...) conhecido o acervo patrimonial dos conviventes, mas havendo divergência entre os mesmos sobre a sua natureza, qualidade, quantidade e valor, resolve-se o patrimônio comum em posterior liquidação de sentença (Apelação cível nº 2003.029393-0, de Blumenau. Relator: Des. Monteiro Rocha. j. 15.04.2.004).

Do Superior Tribunal de Justiça:

(...) cabe salientar que a partilha de bens é efeito jurídico secundário da sentença que decreta a separação/dissolução da união estável (conseqüência legal automática), sendo que o arrolamento dos bens a serem partilhados e a forma da partilha podem ser feitos em sede de liquidação de sentença. Portanto, se alguma perícia se fizer necessária para dirimir a partilha de bens, poderá ser feita em sede de execução de sentença, não havendo razão para anular a decisão guerreada por este motivo” (Ag. Nº 1274241, Rel. Min. Sidnei Beneti).

Desta maneira, repita-se, considerando que são indivisíveis os bens adquiridos com valores exclusivamente pertencentes a um dos cônjuges em sub-rogação dos bens particulares, e, havendo divergência acerca da contribuição de cada companheiro para aquisição (ou valoração) deste bem, a partilha do imóvel situado à Rua da Paz, nº 256, na cidade de Xanxerê, será resolvida em posterior liquidação de sentença.

*** Artesil Móveis Ltda.**

Defende o recorrente, também, que a empresa Artesil Móveis Ltda. lhe pertence com exclusividade, anteriormente denominada Artesanato do Brasil Ltda., consoante declaração de Imposto de Renda de 1.980.

Sem razão, novamente.

Aludido documento (fls. 308/319) só espelha que se trata de pessoas jurídicas distintas, visto que o CNPJ da empresa Artesanato do Brasil (83.813.808/0001-15) (fl. 319) é diverso da empresa Artesil Móveis Ltda. (80.645.369/0001-90) (fl. 221), ao qual o suplicado detém participação no capital social. No mais, nenhum argumento é apto a modificar esta realidade.

Sábia a conclusão:

Bem analisado os documentos anexados com a resposta, tenho que não logrou comprovar o réu que já era sócio da empresa Artesil Móveis, antes de iniciar o relacionamento conjugal com a autora.

Ao contrário do que menciona o réu, não há prova de que a empresa Artesanato do Brasil Ltda. veio a se transformar em Artesil Móveis. A declaração de bens e rendimentos relativa ao ano de 1981 (fl. 318) evidencia, isto sim, que se tratavam de empresas distintas, pois possuíam CNPJ distintos e também endereços diversos (a empresa Artesanato do Brasil tinha sede em Florianópolis). Veja-se que para o réu a prova de que as empresas eram as mesmas era de fácil demonstração, visto que bastava a juntada do respectivo contrato social e alterações. Logo, **tem-se que se trata de empresa cujas cotas pertencentes ao réu devem ser objeto de partilha, visto que se trata de patrimônio adquirido na constância da união conjugal.** (sublinhou-se) (fl. 1007)

É o quando basta.

* **Imóvel Matrícula nº 48.482**

Pede o recorrente sejam os lotes nº 274, 275, 276, 277 e 278, do loteamento Vila Aurá, com área de 139 m², situados no Município de Ananindeua, Estado do Pará, sejam excluídos da partilha. Disse que a aquisição deu-se antes da união com a autora.

Mas, esta não é a realidade extraída dos autos.

A Escritura Pública de Compra e Venda de fls. 77/79 dá conta de que a aquisição deste imóvel - composto por vários lotes de terra - deu-se na data de 08 de julho de 1.981. O registro, consoante papel de fl. 80, data de 18 de dezembro de 1.981.

Portanto, quando da aquisição deste bem - indiscutivelmente - as partes mantinham há algum tempo união estável, com o objetivo de constituir família. Daí que, na forma discriminada, tais lotes devem ser igualmente divididos.

No mais, o recorrente não apresenta nenhum argumento plausível que justifique a reforma da decisão de primeiro grau, resumindo-se a afirmar: *“ressalta-se que o fato da transcrição no Registro de Imóveis ter sido realizada posteriormente em data de 18/12/1981, quando supostamente as partes já se encontravam juntas, não pode ser considerado como integrante do patrimônio”* (fl. 1.039). Contudo, como acima visto, independentemente da data do registro imobiliário, a aquisição deu-se no ano de 1.981.

*** Bens imóveis alienados ou invadidos**

Defende o apelante, na sequência, que os lotes de terra nº 375 e 376; 386 e 387; e, 491, 492, 493, 494, 495, 496 e 497, todos do loteamento Vila Aurá, no Município de Ananindeua, Pará, foram alienados ou invadidos por terceiros, razão pela qual devem ser excluídos da partilha (fls. 1.040/1.041).

Falta-lhe, neste ponto, interesse em recorrer.

É que, consabido, o interesse para interpor um recurso se afere pelo prejuízo que a decisão de primeiro grau possa ter causado.

Nesta hipótese, inobstante a magistrada incluir os lotes na partilha (fls. 1.002/1.003), porque adquiridos durante o período de convivência comum, consignou que: *“por ocasião da apresentação do plano de partilha propriamente dito, o que se fará em ação própria, deverá ser efetuado o levan-*

tamento da realidade do imóvel, com a menção expressa dos lotes vendidos, ainda que por instrumento particular, bem assim a respectiva avaliação, a fim de que somente se partilhe entre o casal o montante que não fra direito de terceiros” (fl. 1.003).

Diante disto, porquanto só a sucumbência na ação é que justifica o manejo do recurso de apelação, esta irresignação não deve ser conhecida, pois concedida nos moldes da pretensão do suplicado.

*** Bens móveis integrantes do consultório médico e jóias**

Entende a parte apelante que os bens móveis e equipamentos que compõe o consultório médico da parte apelada, bem como suas jóias, devem integrar a partilha (fls. 1041/1042).

Mas, sem razão.

Entendo, para esta hipótese, ainda que a união tenha se iniciado há muito (1.980), dada a natureza destes bens (de uso pessoal e profissional), pela aplicação do art. 1.659, inciso V, do Código Civil, ao qual estabelece: *“excluem-se da comunhão: (...) os bens de uso pessoal, os livros e instrumentos de profissão”*, independente da data de aquisição e dos seus respectivos valores (art. 263, inciso IX, do Código Civil de 1.916).

Deve-se anotar, a incomunicabilidade destes bens, quer sejam de uso pessoal ou mesmo profissional, estende-se tanto à autora como ao próprio suplicado, e visa garantir as suas subsistências, pois de extrema utilidade para manutenção da profissão. Em outros termos, esta exclusão se deve ao caráter personalíssimo dos bens, sendo que somente devem pertencer àquele que exclusivamente o usa.

Ademais, este patrimônio, frente aos diversos bens móveis e imóveis partilhados nesta demanda, além das cotas sociais de várias empresas, possuem valor ínfimo/irrisório, a ponto de não influenciar na situação econômica de ambas as partes após a partilha.

A garantia estendida pelo legislador aos bens de uso profissional, ademais, ultrapassa a matéria versada, vindo a ser regulada, inclusive, na Lei nº 8.009/90 - dispõe sobre a impenhorabilidade do bem de família -, no parágrafo primeiro do art. 1º, ao estabelecer que a impenhorabilidade compreende, além do imóvel de uso residencial, todos os equipamentos de uso profissional.

* Depósitos e aplicações financeiras

No que se refere aos depósitos e demais aplicações financeiras em seu nome, postula o recorrente pela exclusão da partilha, pois as partes mantinham investimentos e patrimônio individual.

Todavia, este argumento, por si só, não possui o condão de modificar a decisão atacada, melhor dizendo, afastá-las da partilha/meação.

O *decisum*, pois, revela-se justo e equânime:

30. Depósitos e aplicações financeiras, conforme descrito nos subitens do item 'ee' da folha 9 dos autos: não diverge o requerido da sua existência. Logo, tenho como patrimônio pertencente a ambos os conviventes o saldo existente em ditas contas e aplicações financeiras, existentes na data de 04/06/2007, data da separação de corpos do casal, sendo que por ocasião da divisão do patrimônio, a ser objeto de ação específica, deverá ser juntado pelos interessados documento hábil das respectivas instituições financeiras, a fim de demonstrar o valor existente na época, o qual deverá ser objeto de meação. Caso não seja possível tal providência extrajudicialmente, em que pese o conteúdo da presente sentença, o juízo determinará, por ocasião da ação específica referida, a expedição dos necessários ofícios, requisitando-se as informações pertinentes, inclusive com a devida quebra do sigilo bancário na extensão que se fizer inevitável.

Também os saldos bancários que existiam nas contas da autora, por ocasião da mesma data acima referida, deverão ser objeto da partilha entre as partes, assim como as cotas que a autora detém junto à Cooperativa Unimed, sendo que o saldo apurado na data de 04/06/2007, é que deverá ser tomado por base para a meação a que cada um tem direito (grifos no original) (fl. 1.010).

* Procedimento autônomo da partilha

Sustenta a parte recorrente, em termos finais, que *“não se justifica que, havendo possibilidade de definir a partilha desde logo, ou pelo menos delimitar quais os bens que deverão ser partilhados, se deixe de decidir a matéria para remetê-la para juízo sucessivo”* (fl. 1.044).

Sua irrisignação nasceu do fato de que a juíza sentenciante, após delimitar os bens que deverão integrar a partilha, postergou a divisão patrimonial para procedimento próprio e específico, na forma do art. 982 e seguintes do Código de Processo Civil (fl. 1.012).

Bem verdade que não há que se retardar a prestação jurisdicional quanto à questões de direito, no caso, eminentemente patrimonial.

Contudo, nesta hipótese, inobstante prova documental demonstrar a propriedade da maioria dos bens a serem partilhados entre os combatentes, agiu com acerto o julgador, tendo em vista que: **(a)** não há exatidão nos saldos bancários das contas e aplicações financeiras em nome das partes, o que deverá ser apurado, mediante a expedição de ofícios às entidades bancárias (fl. 1.010); **(b)** as quotas sociais das empresas em nome dos litigantes deverão ser corretamente apuradas, bem como seus respectivos valores, quando da declaração de dissolução de união estável; **(c)** o patrimônio passivo destas pessoas jurídicas deverá ser igualmente apurado, para fins de redução (fl. 1.007); **(d)** deverá ser precedido um levantamento dos lotes que compõe o imóvel matrícula nº 5.799, ante a alegação de alienação de alguns destes, ou invasão por terceiros, tal qual decidido no primeiro grau de jurisdição (fls. 1.002/1.003), circunstância que, se verificada, afastará tais bens da meação; e, por fim, **(e)** no que tange ao imóvel situado à Rua da Paz, nº 256, na cidade de Xanxerê, a partilha será resolvida em liquidação de sentença, pois evidente a necessidade de prova pericial, inclusive, a fim de que se apure a contribuição de cada companheiro, à época da sua aquisição, bem como posterior valoração.

Assim, embora se tenha a certeza da propriedade dos imóveis, a prova documental não se presta para demonstrar, neste momento, o patrimônio passível de partilha, razão pela qual esta pretensão deve ser buscada em procedimento próprio, mediante provas autônomas, sem qualquer nulidade.

Nesse sentido:

APELAÇÃO. SEPARAÇÃO JUDICIAL. PARTILHA DE BENS. DISCUSSÃO QUANTO AOS BENS A SEREM PARTILHADOS. NECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO NÃO SUPRIDA. Não se há de retardar a prestação jurisdicional quanto à questão de estado em razão do litígio quanto à questão patrimonial. Partilha passível de ser feita em ação própria. RECURSO DESPROVIDO. (Apelação Cível nº 70006777379. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Rel: Catarina Rita Krieger Martins. j. em 09.10.2003).

Este procedimento, ademais, possibilitará, respeitado o *decisum*, maior discussão entre as partes sobre os fatos não apurados/constatados, bem como a interposição de eventual recurso. Não há qualquer prejuízo, nem sequer diante da suposta morosidade processual.

* **Honorários Advocatícios**

A exclusão de alguns bens - imóveis ou móveis - da divisão patrimonial, ao contrário do que defende a parte apelante (fls. 1.044/1.046), não importa em sucumbência recíproca, porque: **(a)** a partilha será discutida pormenorizadamente em procedimento autônomo; **(b)** de fato, a autora da ação decaiu da parte mínima dos seus pedidos (fls. 10/12), posto que reconhecida a união estável entre os litigantes - e, ato contínuo, dissolvida -, inclusive, na totalidade do período almejado na peça inicial; e, por derradeiro, **(d)** na medida cautelar de separação de corpos (apenso), ao qual foi julgada simultaneamente, foi deferida a liminar e mantida em seus ulteriores termos, ou seja, o recorrente foi afastado do lar conjugal.

Alguns bens foram afastados da partilha, é bem verdade, e à autora não lhe foi concedida pensão alimentícia em favor do filho R. da F. B.,

entretanto, reclama aplicação o parágrafo único do art. 21 do Código de Processo Civil: *“Se um litigante decair da parte mínima do pedido, o outro responderá, por inteiro, pelas despesas e honorários”*.

É o necessário.

Ultrapassado o exame deste apelo, parcialmente conhecido e parcialmente provido, a fim de que se promova a liquidação de sentença, a tarefa seguinte atem-se ao recurso adesivo interposto pela autora M. de L. S. da F. (fls. 1.075/1.077).

A questão é de fácil resolução, porque pede tão-só pela majoração dos honorários fixados em favor de seus procuradores em R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), nos moldes do § 3º do art. 20 do Código de Processo Civil, ou seja, almeja seja esta verba arbitrada entre o mínimo de 10% (dez por cento) e o máximo de 20% (vinte por cento) sobre o valor da condenação - 50% do patrimônio comum.

Todavia, esta não é a providência mais adequada para o caso, e os valores arbitrados em R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) remuneraram o trabalho dos causídicos de maneira honrosa, porque, como falado no tópico anterior, a partilha não foi precedida.

Inexiste, desta forma, condenação, de forma a incidir a regra do § 4º do art. 20 do Código de Processo Civil, que reza: *“nas causas de pequeno valor, nas de valor inestimável, naquelas em que não houver condenação ou for vencida a Fazenda Pública, e nas execuções embargadas ou não, os honorários serão fixados consoante apreciação equitativa do juiz, atendidas as normas das alíneas ‘a’, ‘b’ e ‘c’ do parágrafo anterior”*.

Ora. As sentenças constitutivas e declaratórias não são sentenças de condenação. Desta maneira, não fica o juiz adstrito aos percentuais (10% até 20% sobre o valor da condenação) estabelecidos no § 3º, mas, tão somente, aos critérios nele previstos.

E, como frisado, tal importância remunera com louvor os serviços prestados pelos advogados da parte autora - não de maneira aviltante.

No mais, nenhum argumento é apto a mudar esta realidade.

DECISÃO

Ante o exposto, à unanimidade, CONHECE-SE parcialmente do recurso interposto por S. A. B. e, no mérito, DÁ-SE PARCIAL PROVIMENTO e, ato contínuo, NEGA-SE provimento ao recurso interposto por M. de L. S. da F.

O julgamento, realizado no dia 27 de maio de 2.010, foi presidido pelo Excelentíssimo Desembargador César Abreu, com voto, e dele participou o Excelentíssimo Desembargador Edson Ubaldó. Funcionou como representante do Ministério Público o Exmo. Sr. Dr. André Carvalho.

Chapecó, 28 de maio de 2.010.

Gilberto Gomes de Oliveira
RELATOR

SEÇÃO CRIMINAL

EMBARGOS INFRINGENTES

Embargos Infringentes n. 2009.051225-8, de Joinville

Relator Designado: Des. Moacyr de Moraes Lima Filho

EMBARGOS INFRINGENTES E DE NULIDADE – ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR E HOMICÍDIO DUPLAMENTE QUALIFICADO – PRELIMINARES – NULIDADE DO INTERROGATÓRIO EXTRAJUDICIAL – PRISÃO REALIZADA COM OFENSA AO ART. 5º, LXI, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL – INDICIADO QUE, SEM QUALQUER MANDADO JUDICIAL, É “CONVIDADO” POR POLICIAIS, DURANTE A MADRUGADA, PARA SE DIRIGIR À DELEGACIA – CONFISSÃO EXTRAÍDA APROXIMADAMENTE APÓS 10 HORAS DO MAFADADO CONVITE – GRAVAÇÃO AUDIOVISUAL QUE DEMONSTRA A INQUIRÇÃO DO INDICIADO SEM PRÉVIA ENTREVISTA COM DEFENSOR E SEM CIENTIFICAÇÃO ACERCA DO SEU DIREITO DE PERMANECER EM SILÊNCIO – TRANSGRESSÃO AO ART. 5º, LXIII, DA CRFB – PROVA ILÍCITA – NULIDADE RECONHECIDA – DESENTRAMENTO DOS AUTOS QUE SE IMPÕE – EXEGESE DO ART. 5º, LVI, DA CRFB E DO ART. 157 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL.

“O indiciado é sujeito de direitos e dispõe de garantias legais e constitucionais, cuja inobservância pelos agentes do Estado, além de eventualmente induzir-lhes responsabilidade penal por abuso de

poder, pode gerar absoluta desvalia das provas ilicitamente obtidas no curso da investigação” (STF, Min. Celso de Mello).

PROVAS ILÍCITAS POR DERIVAÇÃO – REPRODUÇÃO SIMULADA DOS FATOS E LAUDO PERICIAL COMPLEMENTAR REALIZADOS A PARTIR DO TEOR DO INTERROGATÓRIO – NEXO DE CAUSALIDADE EVIDENTE – DESENTRANHAMENTO QUE SE IMPÕE.

Imprescindível o reconhecimento da ilicitude das provas derivadas de interrogatório nulo, quando demonstrado o nexo de causalidade entre elas, bem como verificada a impossibilidade de realizá-las a partir de outra fonte de prova.

CONJUNTO PROBATÓRIO REMANESCENTE INSUFICIENTE PARA DAR GUARIDA À INICIAL ACUSATÓRIA – FALTA DE JUSTA CAUSA – REJEIÇÃO DA DENÚNCIA E ANULAÇÃO DE TODOS OS ATOS SUBSEQUENTES.

Reconhecida a ilicitude do interrogatório extrajudicial e das provas dele derivadas, e não se verificando a existência de elementos a dar substrato à versão descrita na inicial – que desencadeou o início da persecução penal –, imperiosa a rejeição da denúncia, por faltar justa causa para a deflagração da ação penal, com a consequente anulação de todos os atos subsequentes.

EMBARGOS INFRINGENTES E DE NULIDADE ACOLHIDOS.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Embargos Infringentes n. 2009.051225-8, da comarca de Joinville (2ª Vara Criminal), em que é embargante Oscar Gonçalves do Rosário, e embargada A Justiça, por seu Promotor:

ACORDAM, em Seção Criminal, por maioria de votos, acolher a preliminar de nulidade do processo, a partir do despacho de recebimento

da denúncia, inclusive, julgando prejudicadas as demais teses recursais, determinando-se a imediata soltura do réu, se por outro motivo não estiver preso. Custas legais. Vencidos os Exmos. Srs. Des. Túlio Pinheiro, Marli Mosiman Vargas, Rui Fortes e Irineu João da Silva, que proferiram seus votos no sentido de “negar provimento ao recurso”.

RELATÓRIO

No Juízo da 2ª Vara Criminal da Comarca de Joinville, Oscar Gonçalves do Rosário foi denunciado como incurso nas sanções do art. 121, § 2º, III, IV e V, c/c o § 4º (segunda parte) e do art. 214, c/c o art. 224, “a”, todos do Código Penal e art. 9º da Lei n. 8.079/90.

Narra a exordial acusatória:

“A presente denúncia versa sobre hediondo crime de atentado violento ao pudor e homicídio triplamente qualificado, em concurso material, praticado no último dia 03 de março de 2007, por volta das 10h, no interior da Igreja Adventista do 7º Dia, situada na rua Cegonha, s/n., Aventureiro, nesta cidade de Joinville, contra a vítima G.C.E., com apenas um ano e seis meses de idade.

“Consta que depois de encontrar a vítima G. andando sozinha pela parte lateral externa, o denunciado abordou-a e levou-a para o interior da Igreja Adventista do 7º Dia, posicionando-se num corredor ermo que dá acesso ao tanque bastimal, longe da presença das pessoas que cuidavam das crianças e de terceiros que assistiam ao culto de inauguração do templo, inclusive os responsáveis pela menina. Em seguida, sentado num dos degraus da escada que leva ao tanque batismal, o denunciado colocou a pequena vítima sobre seu colo, de costas para si, baixou as próprias calças, afastou as fraudas e tentou inserir seu pênis viril no ânus da ofendida. Não logrou êxito, contudo. Em seguida, depois de virá-la de frente para si, novamente o denunciado afastou com as mãos a fraude e, desta feita com sucesso, inseriu o membro no ânus da menina, dando início ao ato sexual de cópula anal. Instantes depois, premido pela dor, o denunciado interrompeu o coito e retirou o seu pênis do ânus da criança. Para evitar a repercussão do choro e a contrarieda-

de da menina, o denunciado tapou a sua boca com uma das mãos, enquanto com a outra a segurava firmemente pela cintura, sem permitir o oferecimento de qualquer resistência, impedindo que se desvencilhasse de toda a infeliz e trágica ação sexual. O denunciado, portanto, constrangeu a menina a praticar ato libidinoso diverso da conjunção carnal, mediante violência real e também ficta.

“Em seguida, encerrada a cópula anal, prosseguindo com sua ação criminosa, com desígnio autônomo e a clara vontade de matar, sem que isso fosse preciso para satisfazer a sua lasciva sexual, o denunciado ergueu a menina pelo pescoço com uma das mãos e apertou sua garganta, até provocar-lhe o desmaio por asfixia, impedindo-a de respirar momentaneamente. Com a outra mão, o denunciado desferiu um golpe na cabeça da vítima, jogando-a no chão, o que lhe provou traumatismo craniano encefálico, inclusive. Logo, após, o denunciado masturbou-se e ejaculou sobre as vestes da criança desmaiada, a qual não podia oferecer resistência alguma. Após, ainda com a menina viva, o denunciado pegou-a nos braços, subiu mais alguns degraus da escada e jogou-a no tanque batismal, cujo interior continha certa quantidade de água, vindo a matá-la por asfixia decorrente de afogamento, tudo consoante consta do exame cadavérico incluso. Posteriormente, o denunciado fugiu do local sem ter a sua ação percebida pelas pessoas que estavam na igreja. A menina foi encontrada minutos depois, boiando de bruços sob a água do tanque batismal, oportunidade em que restou socorrida, porém morreu antes de chegar ao hospital, vítima de afogamento.

“O homicídio foi triplamente qualificado. O denunciado usou de meio cruel. Depois de praticar atos libidinosos, enforcou a menina com uma das mãos e jogou-a no tanque batismal, em cujo interior veio a morrer asfixiada por afogamento, sem que isso fosse preciso para matá-la, impondo-lhe sofrimento atroz e desnecessário. Ademais, a ação do denunciado tornou impossível a defesa da ofendida. Com a tenra idade de 01 ano e 06 meses, a vítima não pôde oferecer qualquer resistência. Por fim, como se não bastasse, o denunciado agiu para ocultar o crime anterior de atentado violento ao pudor e garantir a sua impunidade, posto que jogou a vítima no interior do tanque batismal, escondendo-a, sabendo que ela fatalmente morreria afogada, a fim de que todos pensassem tratar-se de um acidente, bem como para que pudesse fugir do local sem ter sua presença notada [...]” (fls. 2/4).

Ultrapassada a fase do *judicium accusationis*, sobreveio sentença acolhendo a denúncia, para pronunciar Oscar Gonçalves do Rosário como incurso nas sanções do art. 121, § 2º, III, IV e V, e art. 214, ambos do Código Penal (fls. 495/502).

Contra a sentença de pronúncia foi interposto recurso em sentido estrito pela defesa (fls. 526/546), que não foi provido (fls. 579/587).

Processado o julgamento pelo Conselho de Sentença, Oscar Gonçalves do Rosário foi condenado à pena de 20 (vinte) anos de reclusão, em regime inicial fechado, por infração ao preceito do art. 121, § 2º, IV e V, e art. 214, c/c o art. 224, “a” na forma do art. 69, todos do Código Penal (fls. 1.349/1.352).

Irresignada com a prestação jurisdicional, a defesa interpôs recurso de apelação, insurgindo-se contra a decisão dos jurados, ao argumento de que foi contrária à prova dos autos, tendo em vista que a morte decorreu de acidente (afogamento). Nesse contexto, reputou nulos: o Laudo Cadavérico n. 81/2007, uma vez que realizado por apenas um perito *ad hoc*, sem experiência; a reconstituição dos fatos; e a confissão extrajudicial. Sustentou, também, que não há provas da materialidade do delito de atentado violento ao pudor (fls. 1366/1393). Acostou, ao final, declaração da testemunha Tânia Regina Hach e parecer do médico legista Fortunato Antonio Badan Palhares (fls. 1.394/1.408).

O apelo, por maioria de votos, não foi provido (fls. 1.449/1.460), ficando vencida a Exma Des^a. Salete Silva Sommariva, que votou no sentido de, preliminarmente, reconhecer a nulidade do interrogatório policial e das provas derivadas (restituição simulada e resposta aos quesitos suplementares formulados pelo delegado de polícia) e, por consequência, rejeitar a denúncia por falta de justa causa para a deflagração da ação penal, nos moldes do art. 43, III, do CP (com redação anterior à Lei n. 11.718/08).

No mérito, manifestou-se pela anulação do julgamento, por ter sido contrário às provas dos autos (fls. 1.461/1.559).

O embargante opõe o presente recurso, com o intento de ver prevalecer o voto minoritário, para que seja reconhecida a nulidade do interrogatório policial e das provas derivadas (reconstituição simulada e resposta aos quesitos suplementares pelo Delegado de Polícia) e, por consequência, rejeitada a denúncia por falta de justa causa para a deflagração da ação penal. No mérito, postulou a anulação do julgamento, por ter sido contrário às provas dos autos (fls. 1.565/1.594).

Admitidos e distribuídos os embargos, a douta Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer da lavra do Dr. Humberto Francisco Scharf Vieira, pronunciou-se pela sua rejeição (fls. 1.633/1.637).

VOTO

Cuida-se de Embargos Infringentes e de Nulidade opostos por Oscar Gonçalves do Rosário, contra o acórdão que confirmou a sentença condenatória pelos delitos descritos no art. 121, § 2º, IV e V, e no art. 214, c/c o art. 224, “a”, na forma do art. 69, todos do Código Penal.

1 Inicialmente, necessário um breve relato acerca da dinâmica dos fatos que levaram à condenação de Oscar Gonçalves do Rosário, pela prática do suposto crime de atentado violento ao pudor e homicídio duplamente qualificado contra a vítima G. C. E., de 1 ano e 6 meses de idade.

No dia 3 de março 2007, por volta das 8h, Márcia Machado e seu namorado Willian Stiipp foram assistir ao culto da Igreja Adventista localizada no bairro Iririú, em Joinville, juntamente com G., prima de Márcia.

No interior do Templo, por volta das 9h, uma das auxiliares da igreja sugeriu que G. permanecesse em um espaço destinado às crianças. Aludido

local, denominado “Rol do Berço”, situava-se no final de um corredor, cujo acesso se dava por uma das portas localizadas na lateral da igreja.

Após deixarem a menina no local, de acordo com os depoimentos colacionados aos autos, Willian e Márcia retornaram algumas vezes para ver como ela estava e, segundo consta, com Willian é que G. teria sido vista pela última vez, por volta das 9h30min.

Às 10h, Márcia foi buscar G., momento em que constatou que esta não se encontrava no local no qual fora deixada.

Anunciado o desaparecimento da criança, um dos pastores presentes sugeriu que a procurassem na pia batismal, quando, então, encontraram-na naquele local, desacordada.

Segundo relato de testemunhas, o tanque se encontrava com aproximadamente 40 cm de água.

Levada ao hospital, a médica pediatra Dra. Lusinete Soares, após efetuar tentativas de reanimação, atestou o óbito de G. às 10h55min. No histórico do atendimento, relatou “*ânus dilacerado com fezes*” – tal afirmação foi retratada em Plenário, quando a médica explicou que “*constou no documento de abertura de procedimento de necropsia que o ânus da criança estava dilacerado e com fezes, tendo também consignado que estava íntegro [...] a esse respeito esclarece que se equivocou ao lançar o termo dilacerado, quando na verdade deveria ser dilatado [...]*” (fls. 1.337/1.339) – e, ao final, descreveu algumas hipóteses diagnósticas da pré-autopsia: “*afogamento, pe-téquias na região cervical (violência?), ânus íntegro?*” e *causa mortis* provável: “afogamento” (fl. 7).

O laudo de exame cadavérico n. 081/07, confeccionado pelo médico Dr. João Domingos Koerich e pelo especialista Dr. Francisco Vilika Rodrigues confirmou a *causa mortis* por “afogamento”. Todavia, a hipótese de que teria ocorrido violência sexual e física, que sugeriu a existência de

crime e não de simples acidente, deu-se em virtude do teor constante do histórico do laudo pericial cadavérico: *“equimose e hematomas na região cervical esquerda, equimose com ruptura perianal às 18 horas”* e traumatismo crânio-encefálico na região parietal direita, apesar de constatado *“ausência de lesões na região vulvar e anal”* (fl. 9). A partir disso, moveu-se considerável aparato policial para encontrar o autor do suposto crime.

Ato contínuo, colheu-se secreção vaginal e anal para realização de exames, bem como efetuou-se o exame da calcinha de Gabrielli, tendo todos os resultados constatado a ausência de espermatozóide (fls. 150/151 e 154/155).

Ainda no dia 3 de março 2007, colheu-se o depoimento de Márcia Machado, Willian Stiipp, Tahiana Gonzatto – auxiliar da escolinha da igreja – e Maiara Goerll da Silva – que teria avistado um indivíduo moreno de calça clara e camisa manga curta cor verde-claro, observando de um jeito estranho G. Nessa ocasião, iniciou-se a busca por um suspeito.

O primeiro identificado foi Deivide Soares, auxiliar de pedreiro, que residia nos fundos da própria igreja, o qual, inquirido pelo Delegado de Polícia, relatou que naquela data permaneceu no culto das 8h até por volta das 9h30min, quando saiu e ficou ao lado de fora da igreja, ocasião em que conversou com “Tuto” – frequentador da igreja –, até o momento em que um membro da congregação convidou-o para participar de uma apresentação, dirigindo-se até o corredor da escolinha, quando ouviu uma pessoa anunciar o desaparecimento de uma criança (fl. 13).

Após a testemunha Maiara não reconhecer Deivide como sendo aquele rapaz que teria olhado fixamente para G., as investigações tomaram outro rumo.

No dia 5 de março 2007, procedeu-se à nova oitiva de Márcia e Willian e, tendo em vista serem os principais suspeitos, a autoridade policial representou pela quebra do sigilo telefônico e interceptação telefônica em

desfavor de ambos, bem como do pai de G. (Juliarde Luiz Eichholz) (fls. 30/32), o que foi de imediato deferido pelo Juiz competente (fls. 33/34).

No dia 7 de março 2007, o investigador de polícia responsável pelo monitoramento das escutas prestou informação urgente ao Delegado, comunicando que, por volta das 8h, foi captada uma conversa de Willian com sua genitora, consistente, basicamente, na seguinte afirmação: “[...] os pastores poderiam oferecer dinheiro para o Delegado de Polícia, a fim de que este pudesse interferir no exame pericial, assim como ele quis te pagar pra dizer que foi tu que fez aquilo com a menina” (fl. 38, autos n. 038.07.006668-7). Diante disso, foi requerida e autorizada a quebra do sigilo telefônico e a interceptação dos terminais dos pastores Isaac e Paulo Machado, bem como das monitoras Tahiana e Andréia (fls. 39/42).

Das referidas gravações, infere-se extrema preocupação desses com a imagem da igreja, temendo eventual responsabilização pela morte da menina. Das ligações interceptadas, destacam-se as realizadas pelo Pastor Paulo para as monitoras da “escolinha”, com o intuito de “reconstruir”, por telefone, o que havia acontecido no local, imputando, por fim, a prática do crime a Willian, com quem a menina foi vista pela última vez.

Das interceptações, também se constata a ligação efetuada por Eleni para o Pastor Paulo, reclamando que o Pastor Isaac chamou Willian “e disse para ele confessar”. Eleni ainda indagou: “Como é que ele ia confessar se ele não é?” (fl. 60, autos n. 038.07.006668-7).

Também no dia 7 de março de 2007 foram colhidas declarações do pai e do tio da vítima. Nos dias 8 e 9 de março de 2007 colheram-se depoimentos de diversas testemunhas.

No dia 12 de março de 2007 foi juntada aos autos cópia das fotografias extraídas do laudo pericial (fls. 115/119).

Nessa mesma data, acostou-se ao inquérito o termo de interrogatório de Oscar Gonçalves do Rosário, servente de pedreiro, à época com 22 anos de idade, que, sem explicação aparente, confessou a autoria do fato criminoso objeto do procedimento inquisitorial (fls. 121/125).

2 Preliminares

2.1 Da nulidade do interrogatório extrajudicial

Segundo se infere dos autos, o policial militar Aldo Jaison de Souza informou ao Delegado de Polícia de Joinville que, na data do episódio, coincidentemente, Oscar Gonçalves do Rosário teria partido de Joinville, onde estava há dois meses, e retornado para Canoinhas para residir com sua família.

Diante dessa informação, no dia 12 de março de 2007, a equipe de investigação de Joinville dirigiu-se a Canoinhas e, por volta das 4h da manhã (fl. 129), “convidaram” Oscar para se encaminhar até a Delegacia de Polícia.

Às 14 horas do dia 12 março de 2007 realizaram o interrogatório de Oscar. É de se frisar que nesse momento Oscar era um mero suspeito, não foi preso em flagrante delito e não havia qualquer mandado de prisão expedido em seu desfavor.

Apesar disso, conforme se verifica da gravação audiovisual do interrogatório policial (fl. 566), Oscar foi interrogado algemado, permanecendo nesta condição durante a maior parte do ato.

O art. 5º, LXI, da Constituição da República Federativa do Brasil é claro ao dispor que “*ninguém deverá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem fundamentada da autoridade judicial competente*”.

Assim, tendo em vista que a autoridade policial não estava munida do competente mandado judicial, além de Oscar não se encontrar em qualquer

das hipóteses previstas nos arts. 302 e 303 do Código de Processo Penal, a sua prisão para comparecer ao ato do interrogatório era inadmissível.

Logo, considerando que a CRFB atribui poderes ao órgão do Poder Judiciário para controlar os atos administrativos e expurgar aqueles em que se verificar violação aos princípios e garantias fundamentais do indivíduo, o ato realizado com flagrante constrangimento ilegal em face de Oscar deve ser considerado nulo.

Salienta-se que o então indiciado somente prestou as declarações às 14 horas, conforme consta do termo (fl. 121), ou seja, 10 horas depois de ser “convidado” para ir até a delegacia, o que leva a crer que teve sua liberdade cerceada ilegalmente durante todo esse tempo, com manifesta violação à dignidade da pessoa humana.

Nada obstante, conforme bem relatou a Des. Salette Silva Sommariva no voto divergente proferido na apelação criminal n. 2008.062500-2:

“a ausência de documento nos autos do inquérito policial, no sentido de atestar a prévia designação do delegado policial para comparecimento de Oscar à Delegacia a fim de prestar esclarecimentos dos fatos objetos da investigação (CPP, art. 6º, V) – e somente cujo descumprimento justificaria eventual condução coercitiva –, bem como inadvertida chegada da polícia na residência de Oscar, e exigência de sua imediata presença na Delegacia, revestem-se de indiscutível ilegalidade, a ponto de corroborar a tese de transgressão às garantias constitucionais conferidas aos indivíduos” (fl. 1.479).

Consigne-se, a título de argumentação, que a coação ilegal é evidenciada, também, no conteúdo do termo de interrogatório, acostado às fls. 121/125, no qual se percebe diversas contradições entre a gravação audiovisual e àquela levada a termo, tais como:

a) Oscar descreveu a criança genericamente como *“pequeninha”*, *“nem muito morena nem muito branca”*; ao passo que no termo constou

“criança com aproximadamente dois anos de idade, morena clara, com cabelos curtos no ombro”;

b) indagado sobre como ocorreu o crime, Oscar, inicialmente, disse ter ficado de cócoras, sobre os calcanhares. Ato seguinte, após o Delegado fazer gestos com a mão, indicando uma escada, falou que sentou nos degraus. No termo não há menção ao fato de ter ficado de cócoras;

c) o indiciado mencionou, ainda, que quando pegou a menina “arredou” sua calcinha e, indagado sobre a fralda, confirmou que a tirou porque teriam lhe dito que ela usava fralda; no termo de interrogatório consta que Oscar teria afastado *“a calcinha ao que se recorda também uma fralda e um pano entre a fralda e a calcinha”*;

d) relatou, inicialmente, que não teria passado a mão pela genitália da menor de idade, mas, depois de pressionado, afirmou que apenas passou o dedo superficialmente; no termo consta que passou o dedo indicador da mão esquerda *“para verificar se a mesma tinha algum vestígio de sangue e não percebeu que estivesse sujo quando olhando [sic]”*;

e) no vídeo, Oscar afirma que não ejaculou, entretanto, no termo consta que *“enquanto a menina estava no chão desfalecida o mesmo masturbou-se e ao ejacular ficou de pé e inclusive respingando espermias se na hora [sic] vítima”*;

f) na gravação, Oscar mostra com as mãos como teria arrastado a criança pelas escadas. Tal relato não consta do termo. Também não há qualquer menção no laudo pericial sobre eventuais lesões nas pernas ou nos pés da vítima;

g) por fim, afirmou que tentou reanimar a criança na “bacia”; no termo consta que era uma bacia *“mais ou menos grande e tinha formato meio ovalado”*.

Como se vê, remanescem dúvidas acerca da veracidade/idoneidade do conteúdo do documento acostado às fls. 121/125, dúvida que é reforçada, ainda, com a comprovação do álibi levantado por Oscar em Plenário, momento em que relatou que na data dos fatos, por volta das 8h da manhã, dirigiu-se até o orelhão e tentou ligar para sua irmã Márcia, para saber se já haviam comprado as passagens para ele retornar para Canoinhas, não obtendo êxito, pois o celular para o qual ligava estava desligado. Novamente, por volta das 9h, dirigiu-se ao mesmo telefone público e, dessa vez, conseguiu falar com Márcia. Mencionado álibi foi confirmado pelo extrato das ligações remetido pela empresa Brasil Telecom, indicando que no dia 3 de março de 2007 foram efetuadas quatro ligações para o número indicado por Oscar (47-9113.7036), sendo que a última ocorreu às 9h22min, e foi finalizada às 9h24min (fl. 336).

Por determinação judicial, foi realizada diligência para se constatar a distância existente entre o orelhão e a igreja. Pelos caminhos mais prováveis, verificou-se que o orelhão fica a mais de 2 km da igreja (fl. 397). A partir dessa informação, constata-se que Oscar teria pouco menos de trinta minutos para dirigir-se até as proximidades da igreja, a pé, embriagar-se e, depois, praticar o crime.

O art. 5º, LVI, da CRFB preceitua que “*são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos*”. Tal previsão constitucional ganhou destaque com o advento da Lei n. 11.690/08, que conferiu nova redação ao art. 157 do Código de Processo Penal, dispondo: “*são inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais*”.

Segundo Paulo Rangel, “*a vedação da prova ilícita é inerente ao Estado Democrático de Direito que não admite a prova do fato e, conseqüentemente, punição do indivíduo a qualquer preço, custe o que custar*”

(*Direito processual penal*. 11. ed. rev. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 390).

Sobre o sistema da inadmissibilidade das provas ilícitas, mencionado autor acrescenta:

“O legislador constituinte, ao estatuir como direito e garantia fundamental a inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos, estabelece uma limitação ao princípio da liberdade da prova, ou seja, o juiz é livre na investigação dos fatos imputados na peça exordial pelo titular da ação penal pública – princípio da verdade processual –, porém, esta investigação encontra limites dentro de um processo ético movido por princípios políticos e sociais que visam à manutenção de um Estado Democrático de Direito” (ob. cit., p. 391).

Dessa feita, tendo em vista que o interrogatório extrajudicial se efetivou com manifesta transgressão ao art. 5º, LXI, da CRFB, imperioso o reconhecimento de sua ilicitude.

Em caso semelhante, recentemente decidiu o Tribunal de Justiça do Pará:

“APELAÇÃO. TRÁFICO DE ENTORPECENTES E PORTE DE ARMAS DE FOGO [...] DILIGÊNCIA POLICIAL ILEGAL. CONDENAÇÃO MEDIANTE FUNDAMENTAÇÃO JURIDICAMENTE INADMISSÍVEL. PROVA ILÍCITA: IMPRESTABILIDADE. ABSOLVIÇÃO QUE SE IMPÕE. DECISÃO UNÂNIME. [...] III - É fato inconteste que não havia mandado de busca e apreensão para a residência do apelante que a teve invadida, além de que soa no mínimo suspeita a versão dos agentes federais, de que a porta da casa lhes fora aberta espontaneamente - procedimento no mínimo curioso se fosse verdadeiro que os acusados estavam em situação de traficância no local. Outrossim, as testemunhas infirmam que tenha havido apreensão de drogas e balanças na residência, além de deixar claro que uma segunda propriedade fora invadida, mediante arrombamento. IV - O Estado Democrático de Direito repudia as provas ilícitas, tanto que foi instituída uma vedação, com dignidade de garantia fundamental do cidadão, no art. 5º, LVI, da Constituição Federal de 1988. No caso destes autos, agentes federais empreendiam diligências

para efetuar a prisão de pessoas estranhas ao presente feito, em cumprimento a um mandado não juntado a estes autos, o que não permite comprovar a legalidade da ação. V - Aplicada a teoria da árvore dos frutos envenenados, uma prova ilícita originária contamina todas as demais que sejam sua consequência causal, ou seja, até mesmo a apreensão de algumas armas de fogo e a despeito da confissão parcial do acusado. Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. VI - Recurso provido, para absolvição de todos os réus. Decisão unânime. (TJ-PA; Apelação Penal 20083002181-8, Tucuruí, Primeira Câmara Criminal Isolada; rel. Des. João José da Silva Maroja; j. em 30/6/2009, DJPA 2/7/2009).

Afora isso, no momento de sua oitiva, pelo teor da gravação, Oscar não foi cientificado acerca de suas garantias constitucionais, previstas no art. 5º, LXIII, da CRFB, cingindo-se o Delegado em afirmar que estava sendo ouvido na presença de “*advogado constituído e nomeado por nós*”, sem identificá-lo e, tampouco, oportunizar prévia entrevista do indiciado com o suposto defensor. Além disso, não consta qualquer menção ao fato de que ele teria o direito de permanecer calado.

De mais a mais, consoante observou a Des. Salette Silva Sommariva no voto divergente:

“[...] o Delegado faz menção a uma conversa anteriormente travada com Oscar. Todavia, não se tem elementos para atestar sob quais circunstâncias se operou tal diálogo prévio e informal em que Oscar teria confessado a autoria delitiva, a ponto de surgirem certas indagações. Nessa confissão informal, Oscar estava acompanhado de advogado? Em tal ocasião, Oscar teria sido efetivamente advertido de seu direito de permanecer em silêncio? Afinal, em que momento tomou-se o interrogatório por termo? Antes ou após a gravação? Tais questionamentos, não esclarecidos no transcorrer da persecução criminal, somente fortalecem a tese de violação à garantia constitucional da não auto-incriminação, consubstanciado no art. 5º, LXIII (‘o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência de família e advogado’)” (fls. 1.481/1.482).

Como se vê, além de a prisão ter sido ilegal, o interrogatório efetuado na etapa policial também ofende o art. 5º, LXIII, da CRFB.

Sobre a necessidade de cientificação do acusado acerca do direito a permanecer em silêncio, pronunciou-se o Supremo Tribunal Federal:

“Informação do direito ao silêncio (Const., art. 5º, LXIII): relevância, momento de exigibilidade, consequências da omissão: elisão, no caso, pelo comportamento processual do acusado. I. O direito à informação da faculdade de manter-se silente ganhou dignidade constitucional, porque instrumento insubstituível da eficácia real da vetusta garantia contra a auto incriminação que a persistência planetária dos abusos policiais não deixa perder atualidade. II. Em princípio, **ao invés de constituir desprezível irregularidade, a omissão do dever de informação ao preso dos seus direitos, no momento adequado, gera efetivamente a nulidade e impõe a desconsideração de todas as informações incriminatórias dele anteriormente obtidas, assim como das provas delas derivadas.** III. Mas, em matéria de direito ao silêncio e à informação oportuna dele, a apuração do gravame há de fazer-se a partir do comportamento do réu e da orientação de sua defesa no processo: o direito à informação oportuna da faculdade de permanecer calado visa a assegurar ao acusado a livre opção entre o silêncio - que faz recair sobre a acusação todo o ônus da prova do crime e de sua responsabilidade - e a intervenção ativa, quando oferece versão dos fatos e se propõe a prová-la: a opção pela intervenção ativa implica abdicação do direito a manter-se calado e das consequências da falta de informação oportuna a respeito” (HC n. 78.708/SP, rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. em 9/3/1999, grifou-se).

Na hipótese, o acusado é cidadão de poucas luzes, e caberia à autoridade policial adverti-lo do direito de permanecer calado e se, de fato, desejaria prosseguir com o interrogatório.

Veja-se:

“INQUÉRITO - DIREITO DE PERMANECER EM SILÊNCIO - ADVERTÊNCIA. A necessidade de a autoridade policial advertir o envolvido sobre o direito de permanecer em silêncio há de ser considerada no contexto do caso concreto. Sobressaindo o

envolvimento de cidadão com razoável escolaridade - 2º Tenente da Aeronáutica -, que, alertado quanto ao direito à presença de advogado, manifesta, no inquérito, o desejo de seguir com o interrogatório, buscando apenas gravá-lo, sendo o pleito observado, e, na ação penal, oportunidade na qual ressaltada a franquia constitucional do silêncio, confirma o que respondera, inclusive relativamente à negativa de autoria, não cabe concluir por vício, no que a ação penal fora ajuizada a partir do que contido nos autos do inquérito [...]” (STF, HC 88.950/RS, rel. Min. Marco Aurélio, j. em 25/9/2007).

Vale lembrar que, embora se considere a oitiva do acusado na fase administrativa um procedimento inquisitivo, é inadmissível a transgressão às normas constitucionais, pois, consoante já afirmou o Supremo Tribunal Federal, “[...] *O indiciado é sujeito de direitos e dispõe de garantias legais e constitucionais, cuja inobservância pelos agentes do Estado, além de eventualmente induzir-lhes responsabilidade penal por abuso de poder, pode gerar absoluta desvalia das provas ilícitamente obtidas no curso da investigação*” (STF, HC n. 73.271/SP, rel. Min. Celso de Mello, j. em 17/6/1999).

Diante de todo o expandido, imprescindível o reconhecimento da ilicitude do interrogatório produzido na etapa inquisitorial.

2.2 Das provas ilícitas por derivação

2.2.1 Reprodução simulada dos fatos (prova ilícita por derivação)

Dispõe o art. 157, § 1º, do Código de Processo Penal (com nova redação conferida pela Lei n. 11.690/08), que “*são também inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas, salvo quando não evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras, ou quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras*”.

Em que pese a ilicitude da prova derivada ter previsão legal posterior à realização da reconstituição do crime no presente caso, sua vedação já era adotada na doutrina e jurisprudência, com base na teoria do *fruits of the poisonous tree* – teoria dos frutos da árvore envenenada.

Sobre o tema, extrai-se do escólio de Alexandre de Moraes:

“É ilícita a prova produzida mediante escuta telefônica autorizada por magistrado, antes do advento da Lei n. 9.296 de 24-7-96, que regulamentou o art. 5º, XII, da Constituição Federal; são igualmente ilícitas, por contaminação, as dela decorrentes: aplicação da doutrina norte-americana dos frutos da árvore venenosa³ (STF – 2ª T. – HC n. 74.116/SP – Rel. Min. Néri da Silveira, Diário de Justiça, Seção I, 14 mar. 1997, p. 6.903)” (*Constituição do Brasil interpretada*. São Paulo: Atlas, 2004. p. 383/384).

Mais:

“A doutrina da proscrição dos *fruits of the poisonous tree*, é não apenas a orientação capaz de dar eficácia à proibição constitucional da admissão da prova ilícita, mas também a única que realiza o princípio de que, no Estado de Direito, não é possível sobrepor o interesse na apuração da verdade real à salvaguarda dos direitos, garantias e liberdades fundamentais, que tem seu pressuposto na exigência da legitimidade jurídica da ação de toda autoridade pública’ (STF – 1ª T. – HC n. 75.545-3/SP – Rel. Min. Sepúlveda Pertence, Diário de Justiça, Seção I, 9 abr. 1999, p. 2)” (Ob. cit., 2004. p. 384).

No caso em tela, considerando que a reprodução simulada dos fatos foi realizada a partir de uma prova ilícita (interrogatório extrajudicial), resta reconhecer sua inadmissibilidade, uma vez que comprovado o nexo de causalidade. Além disso, não haveria como realizar a reconstituição a partir de outra fonte de prova, pois o interrogatório é o único elemento probatório que imputa o suposto crime a Oscar, motivo pelo qual sua nulidade deve ser reconhecida.

Ressalta-se, ainda, que o Código de Processo Penal, em seu art. 7º, embora permita a reprodução simulada dos fatos, dispõe que sua realização não pode “*contrariar a moralidade e a ordem pública*”.

Sobre o tema, Guilherme de Souza Nucci assevera:

“veda-se a reconstituição do crime que ofenda a moralidade (regras éticas de conduta, espelhando o pudor social) e a ordem pública (segurança e paz sociais). Não se fará reconstituição de um crime

sexual violento, usando vítima e réu, por exemplo, o que contraria a moralidade, nem tampouco a reconstituição de uma chacina, num lugar onde a população ainda está profundamente revoltada com o crime, podendo até buscar o linchamento do réu” (*Código de processo penal*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 97).

Apesar disso, procedeu-se à reconstituição de um crime de atentado violento ao pudor seguido de homicídio duplamente qualificado, com manifesta violação ao aludido dispositivo.

Assim, porque derivada de prova ilícita e, ademais, eivada de ilegalidades, deve-se reconhecer a nulidade da reconstituição do crime.

Vale salientar, apenas a título de argumentação, que referida prova também está repleta de incoerências, além de ter sido realizada sem observância de peculiaridades imprescindíveis para a elucidação da suposta dinâmica delitiva.

Da análise da gravação (fl. 566), percebe-se que: a) Oscar, inicialmente, disse que entrou pela porta lateral que dava acesso ao salão da igreja; depois, alertado pelos policiais, dirigiu-se até a porta dos fundos; b) diferentemente do que afirmado na gravação do interrogatório, Oscar, na reconstituição do crime, disse que enquanto a vítima estava desmaiada, “*masturbou-se e ejaculou de pé, respingando na parede e em uma parte das vestes da menina*”. Tal fato, como já mencionado, apesar de não ter sido relatado na gravação do interrogatório, estranhamente consta no respectivo termo; c) quando colocou a boneca na água, o Delegado alertou “*Ela não ficou aí!*”, sugerindo que Oscar a empurrasse com os pés.

Ademais, conforme bem mencionou a Des. Salete Silva Sommariva:

“a ‘reconstituição’, em alguns momentos, contraria toda e qualquer lógica. A criança teria sido avistada e encontrada por Oscar na brita, no meio do estacionamento, onde havia vários veículos, conforme se constata das fotografias que constam dos autos. As indagações surgem: como poderia G. ser avistada da rua? Onde estavam Deivide, Willian, Márcia, as professoras? Ninguém avistou Oscar

chegar nem sair? Não há se olvidar que Deivide havia afirmado que permanecera do lado de fora da igreja entre aproximadamente 9h30min até o momento em que anunciaram o sumiço de G. Como não notara a entrada de um sujeito que trajava roupas não condizentes com os frequentadores da igreja, além de supostamente em estado de embriaguez. Ademais, havia cerca de duzentas pessoas no local” (fl. 1.544).

Como se vê, além de a reconstituição ser extremamente deficiente em demonstrar a dinâmica dos fatos, é derivada de prova ilícita, motivo pelo qual é imperioso o seu desentranhamento.

2.2.2 Laudo pericial complementar n. 105/07

No que tange ao laudo pericial complementar n. 105/07 (fls. 169/170) – realizado em face do ofício n. 045/07, datado de 15/3/2007, formulado pela autoridade policial –, constata-se que as respostas aos quesitos estão diretamente relacionadas aos relatos de Oscar na ocasião de seu interrogatório.

É o que bem analisou a Des. Salette Silva Sommariva no mencionado voto:

“Ditos quesitos não causariam maiores controvérsias caso não tivessem sido provocados pelas declarações de Oscar proferidas perante a autoridade policial, haja vista que, dentre as perguntas formuladas, constaram: ‘A equimose ou hematoma na região cervical à esquerda, é possível saber se foi em decorrência de esganadura ou espancamento?’ e ‘com relação a ruptura anal, as 18:00 horas, é possível saber a posição da vítima durante o coito?’. Infere-se que tais questionamentos foram provocados pela versão conferida por Oscar em seu interrogatório, diga-se, eivado de nulidades, ocasião em que ‘confessou’ a prática de violência física e atentado violento ao pudor contra G.

“Dessa forma, considerando-se que as perguntas suplementares ao laudo de exame cadavérico deram-se após o interrogatório de Oscar, pressupõe-se que tais foram premidas de quase certeza acerca da culpabilidade deste e já considerando como atestada a violação à

sexualidade da menor pela existência de ruptura anal. Do mesmo modo, se não fosse pelo interrogatório, não haveria motivos para esclarecer se as supostas lesões localizadas na região cervical decorreram de espancamento ou esganadura, tampouco a posição em que se encontrava a vítima no momento do coito.

“Vale salientar que, em momento algum antes da confecção das respostas aos quesitos suplementares, os médicos confirmaram, na acepção da palavra, a ocorrência de atentado violento ao pudor, mas tão somente a causa *mortis* por afogamento, além de detalharem no histórico a existência de hematomas na região parietal direita e na região cervical esquerda, o que não se presta a confirmar qualquer espécie de coito anal nesta etapa pré-processual” (fls. 1.489/1.490).

Logo, considerando a inadmissibilidade das provas derivadas das ilícitas, é de se reconhecer, também, a nulidade do laudo pericial complementar n. 105/07 (fls. 169/170).

2.3 Do laudo de exame cadavérico n. 081/07 (fl. 9)

Conforme se infere dos autos, a defesa de Oscar, quando das alegações finais, insurgiu-se, com base em matérias jornalísticas, contra o laudo pericial de exame cadavérico, salientando ter sido realizado por apenas um perito *ad hoc* e assinado posteriormente por um perito oficial (fls. 467/489).

A preliminar foi afastada na pronúncia (fls. 495/502).

Em sede de recurso em sentido estrito, a nulidade foi novamente arguida pela defesa (fls. 525/546), sendo, ao final, rechaçada por esta Corte, ao argumento de que “*não é nulo o laudo de exame cadavérico assinado por dois peritos, um dos quais é oficial*” (fl. 579).

Ocorre que, perante o Tribunal do Júri, confirmou-se que, de fato, o laudo cadavérico foi realizado por apenas um perito *ad hoc* – Dr. João Domingos Koerich –, e, posteriormente, foi assinado pelo oficial, Dr. Francisco Vieira Rodrigues. A confirmação foi relatada pelo técnico

em necropsia Edson Luiz da Silva, que auxiliou o Dr. João Domingos Koerich, afirmando que, no momento do exame, encontravam-se no local apenas “o médico [Dr. Koerich], o depoente e a auxiliar que tirou as fotos” (fl. 1.335/1.336).

Por sua vez, o Dr. João Domingos Koerich, também ouvido em Plenário, consignou que “*não é médico perito e não realizou necrópsias em crianças, esclarecendo que na época da graduação fez exame dessa espécie em crianças*”, além disso, aduziu que “*nunca havia analisado o ânus de uma criança por decorrência de violências, mas somente por outras patologias*” (fls. 1.341).

De posse dessa informação, a defesa, em apelação criminal, novamente arguiu a nulidade do laudo, tendo em vista que, dessa vez, fora comprovado que o exame não foi confeccionado nos termos legais (art. 159, § 1º, do Código de Processo Penal, vigente ao tempo dos fatos).

Com a reforma processual penal introduzida em 2008, o legislador passou a admitir o exame realizado “por perito oficial” (art. 159, *caput*, com a nova redação conferida pela Lei n. 11.690/08), consolidando o entendimento dos Tribunais de que são válidos os exames realizados por **um perito oficial**.

Neste sentido:

“RECURSO CRIMINAL. SENTENÇA DE PRONÚNCIA. HOMICÍDIO SIMPLES, NA MODALIDADE TENTADA. IRRESIGNAÇÃO DEFENSIVA. PRETENDIDA A DECLARAÇÃO DE NULIDADE DO LAUDO PERICIAL AO ARGUMENTO DE QUE DESPROVIDO DA ASSINATURA DE DOIS PERITOS. DESNECESSIDADE. EXAME TÉCNICO FIRMADO POR UM PERITO OFICIAL. PROCEDIMENTO SUFICIENTE, CONSOANTE DISPÕE O ART. 159, *CAPUT*, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. PRELIMINAR RECHAÇADA” (Recurso Criminal n. 2009.045119-4, de Ipumirim, rel. Des. Tulio Pinheiro, j. em 27/10/2009).

Ocorre que, na espécie, o exame foi realizado por um perito *ad hoc*, sem experiência em exames cadavéricos, o qual foi assinado pelo expert oficial posteriormente.

Ademais, no voto vencido da Desa. Salete Silva Somariva foi apontada a imprecisão do laudo (fls. 1.521/1.531), que é corroborada pelos depoimentos dos médicos Dr. Nelson Quirino (fls. 448/449), Dra. Luzinete Soares (fls. 1.337/1.339), Dr. José Maurício da Costa Ortiga (fls. 1.333/1.334), Dr. Nelson Quirino (fls. 448/449) e Dr. Badan Palhares, esse último, que, em parecer, concluiu:

“Em função da descrição, por alguém supostamente qualificado para realizar tal exame, e não contemplando esta, a realidade dos acontecimentos, acabou por induzir a erro todos quantos tiveram acesso ao documento. Acabaram por acreditar que de fato a ruptura tivesse ocorrido. Refiro-me aos delegados, investigadores, ministério público e magistratura.

“A morte dessa menor ocorreu em função de asfixia por afogamento. Não há qualquer sinal de maus tratos ou abuso sexual no corpo dessa menor. Um erro pericial, a exemplo de tantos outros, acabou por permitir que um crime que não ocorreu passasse a existir” (fl. 1.406).

Diante disso, não se poderia deixar de mencionar que a validade do mencionado laudo, diante da comprovação de ter sido realizado por um perito *ad hoc*, confessadamente sem experiência, é, realmente, questionável.

3 Da rejeição da denúncia por falta de justa causa para a deflagração da ação penal

Uma vez reconhecida a ilicitude do interrogatório extrajudicial e das provas dele derivadas, não restam elementos a dar substrato à versão descrita na inicial, que desencadeou o início da persecução penal, motivo pelo qual, acompanhando o entendimento proferido no voto vencido da Desa. Salete Silva Sommariva, no julgamento da apelação n. 2008.062500-2, reconhece-se a falta de justa causa para a deflagração da ação penal.

Nesse rumo, extrai-se precedente do Superior Tribunal de Justiça:

“PENAL. PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS*. 1. AÇÃO PENAL INSTAURAÇÃO. BASE EM DOCUMENTAÇÃO APREENDIDA EM DILIGÊNCIA CONSIDERADA ILEGAL PELO STF E STJ. AÇÕES PENAIS DISTINTAS. IRRELEVÂNCIA. PRINCÍPIOS DA ISONOMIA E SEGURANÇA JURÍDICA. 2. ILICITUDE DA PROVA DERIVADA. TEORIA DA ÁRVORE DOS FRUTOS ENVENENADOS. DENÚNCIA OFERECIDA COM BASE EM PROVA DERIVADA DA PROVA ILÍCITA. IMPOSSIBILIDADE. TRANCAMENTO. 3. ORDEM CONCEDIDA.

“1. Tendo o STF declarado a ilicitude de diligência de busca e apreensão que deu origem a diversas ações penais, impõe-se a extensão desta decisão a todas as ações dela derivadas, em atendimento aos princípios da isonomia e da segurança jurídica.

“2. Se todas as provas que embasaram a denúncia derivaram da documentação apreendida em diligência considerada ilegal, é de se reconhecer a imprestabilidade também destas, de acordo com a teoria dos frutos da árvore envenenada, trancando-se a ação penal assim instaurada.

“3. Ordem concedida para trancar a ação penal em questão, estendendo, assim, os efeitos da presente ordem também ao co-réu na mesma ação LUIZ FELIPE DA CONCEIÇÃO RODRIGUES” (HC n. 100.879/RJ, rela. Mina. Maria Thereza De Assis Moura, j. em 19/8/2008).

Desse modo, nos termos do art. 43, III, do Código Penal (vigente a época dos fatos), imprescindível a rejeição da denúncia, com a consequente anulação de todos os atos subsequentes.

DECISÃO

Ante o exposto, decide a Câmara, por maioria de votos, acolher a preliminar de nulidade do processo, a partir do despacho de recebimento da denúncia, julgando prejudicadas as demais teses recursais, determinando-se a imediata soltura do réu, se por outro motivo não estiver preso. Vencidos os Exmos. Srs. Des. Túlio Pinheiro, Marli Mosiman Vargas, Rui Fortes e

Irineu João da Silva, que proferiram seus votos no sentido de negar provimento ao recurso.

O julgamento, realizado no dia 25 de março de 2010, foi presidido pelo Excelentíssimo Sr. Des. Irineu João da Silva, com voto, e dele participaram os Excelentíssimos Srs. Des. Rui Fortes, Desa. Salete Silva Sommariva, Des. Alexandre d'Ivanenko, Des. Irineu João da Silva, Des. Torres Marques, Des. Túlio Pinheiro, Desa. Marli Mosiman Vargas. Lavrou parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Excelentíssimo Dr. Humberto Francisco Scharf Vieira.

Florianópolis, de 27 de abril de 2010.

Moacyr de Moraes Lima Filho
RELATOR DESIGNADO

*Declaração de voto vencido do Exmo. Sr. Desembargador Substituto
Tulio Pinheiro*

Ousei discordar do entendimento da douta maioria, porque, sob a minha ótica, a insurgência aviada nos embargos infringentes não merecia amparo.

E assim votei pelas razões já elencadas no acórdão acostado às fls. 1449/1460, da minha relatoria, cujo teor passa a fazer parte integrante deste voto.

Estas as razões pelas quais peço vênia para dissentir do respeitável entendimento majoritário.

Florianópolis, 17 de maio de 2010.

Tulio Pinheiro

Declaração de Voto Vencido da Exma. Des. Marli Mosimann Vargas

Ousei discordar da douta maioria pelos mesmos fundamentos exarados pelo voto do Exmo. Sr. Des. Rui Fortes, não havendo necessidade de maiores argumentações.

Florianópolis, 17 de maio e 2010.

Marli Mosimann Vargas

Declaração de voto vencido do Exmo. Sr. Des. Rui Fortes

Ementa Aditiva

EMBARGOS INFRINGENTES – HOMICÍDIO DUPLAMENTE QUALIFICADO E ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR – TRIBUNAL DO JÚRI – CONSELHO DE SENTENÇA – DISSIDÊNCIA CENTRADA NA ANULAÇÃO DO DECRETO CONDENATÓRIO, AO ARGUMENTO DE QUE FOI CONTRÁRIO À PROVA DOS AUTOS – INOCORRÊNCIA – CONJUNTO PROBATÓRIO QUE POSSIBILITA A AFERIÇÃO DE MAIS DE UMA VERSÃO PARA OS FATOS – CONFISSÃO EXTRAJUDICIAL DO RÉU, ALIADO AOS DEPOIMENTOS DE AGENTES PRISIONAIS, AOS QUAIS O DELITO FOI CONFESSADO DE MANEIRA INFORMAL – ELENCO PROBATÓRIO APTO A SUSTENTAR A DECISÃO DOS JURADOS E AFASTAR A TESE DEFENSIVA – PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA SOBERANIA DO VEREDICTO – DECISÃO MANTIDA – RECURSO DESPROVIDO.

Para se proclamar a nulidade da decisão proferida pelo Conselho de Sentença, ao argumento de que foi contrário à prova dos autos, o veredicto deve estar totalmente divorciado do conjunto probatório, a ponto de inviabilizar a interpretação no sentido do que fora deliberado pelos juízes de fato. Todavia, tal situação não ocorre quando o contexto dos autos possibilita a aferição de mais de uma versão para os fatos, acolhendo os jurados a que lhes parecer mais verossímil.

Dissenti, *data venia*, da douta maioria ao entendimento de que a decisão não contrariou a prova existente nos autos, pelos fundamentos que sustentarei, a seguir.

Trata-se de embargos infringentes cuja dissidência está centrada na decisão do Conselho de Sentença, porque manifestamente contrária à prova dos autos, uma vez que a morte da vítima ocorreu por acidente (afogamento), sustentando, dentre outras questões, a nulidade do interrogatório policial, da reprodução simulada dos fatos (reconstituição) e do laudo pericial complementar (Laudo Cadavérico n. 81/2007), devendo ser o réu submetido a novo julgamento.

Inicialmente, no que tange às nulidades aventadas pelo embargante, verifica-se que já foram devidamente afastadas quando do julgamento do Recurso Criminal n. 2007.055417-1, da relatoria do eminente Des. Sérgio Paladino, e cujo acórdão, transitado em julgado, repousa às fls. 579 a 588 (vol. II).

Em relação à dissidência, centrada na decisão dos jurados porque manifestamente contrária à prova dos autos, segundo a defesa, frisa-se que o Conselho de Sentença entendeu que o embargante, no dia 3 de março de 2007, por volta das 10 horas, conduziu a menor G.C.E., de 1 (um) ano e

6 (seis) meses de idade, para o interior da Igreja Adventista do Sétimo Dia, na cidade de Joinville, local em que submeteu-a à prática de coito anal, e, logo após, jogou-a na pia batismal, causando-lhe a morte por afogamento.

Por isso, restou condenado à pena de 20 (vinte) anos de reclusão, pela prática dos delitos previstos nos arts. 121, § 2º, IV e V (homicídio duplamente qualificado), e no art. 214 (atentado violento ao pudor), c/c o art. 224, *a*, na forma do art. 69, todos do CP.

É cediço que ao Tribunal do Júri é assegurada a soberania de seus veredictos, conforme preceito insculpido no art. 5º, XXXVIII, da CF/88, de modo que a repetição do julgamento somente se opera na hipótese prevista no art. 593, III, “d”.

Júlio Fabbrini Mirabete disserta sobre o assunto:

O art. 593, III, “d”, prevê a apelação para a decisão do Tribunal do Júri quando a decisão dos jurados for manifestamente contrária à prova dos autos. Trata-se de hipótese em que se fere justamente o mérito da causa, em que o error in iudicando é reconhecido somente quando a decisão é arbitrária, pois se dissocia integralmente da prova dos autos determinando-se novo julgamento. Não se viola, assim, a regra constitucional da soberania dos veredictos. Não é qualquer dissonância entre o veredicto e os elementos de convicção colhidos na instrução que autorizam a cassação do julgamento. Unicamente, a decisão dos jurados que nenhum apoio encontra na prova dos autos é que pode ser invalidada. É lícito ao Júri, portanto, optar por uma das versões verossímeis dos autos, ainda que não seja eventualmente essa a melhor decisão (Código de processo penal interpretado. 11. ed., São Paulo: Atlas, 2003, p. 1.487 e 1488).

A jurisprudência pátria, citada por Damásio de Jesus, já se posicionou no seguinte sentido:

É pacífico que o advérbio ‘manifestamente’ (III,d) dá bem a idéia de que só se admite seja o julgamento anulado quando a decisão do Conselho de Sentença é arbitrária, porque se dissocia integralmente da prova dos autos. E não contraria esta a decisão que, com supedâneo nos elementos de convicção deles constante, opte por

uma das versões apresentadas (TJMT, RT 562/442) (Código do processo penal anotado, 20. ed., São Paulo: Saraiva, 2003, p. 461).

Logo, para se proclamar a nulidade do julgamento pela hipótese em apreço, o veredicto deve estar totalmente divorciado do conjunto probatório, a ponto de inviabilizar a interpretação no sentido do que fora deliberado pelos juízes de fato. Todavia, tal situação não ocorre quando do contexto dos autos se possibilite a aferição de mais de uma versão para os fatos, acolhendo os jurados a que lhes parecer mais verossímil.

Nesse sentido, colhe-se da doutrina de Tourinho Filho:

É imperioso, contudo, esteja a decisão de todo dissociada das provas dos autos. A lei diz: manifestamente contra a prova dos autos. É preciso que a decisão dos jurados derive do acervo probatório. Assim se a prova dos autos demonstram, unanimemente, que o réu não agiu em legítima defesa, sua absolvição com base nessa excludente de ilicitude é declaradamente contra a prova dos autos. É vice-versa: se as provas demonstram, à unanimidade, que o réu agiu em legítima defesa, eventual condenação se dissocia das provas colhidas. Exige-se, contudo, que a decisão dos jurados não encontre arrimo em alguma prova. Afinal de contas, os jurados têm liberdade de julgar, e essa liberdade lhes confere o direito de optar por uma das versões. Se a sua decisão é estribada em alguma prova, não se pode dizer ser ela manifestamente contrária ao apurado no corpo do processo. (Código de Processo Penal Comentado, 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, v. 2, p. 338)

Ainda, traz-se à baila, a lição de Heráclito Antônio Mossim:

Como se extrata da vontade do legislador, não é qualquer desencontro entre a decisão dos juízes de fato e a prova consubstanciada nos autos que autoriza o acolhimento e provimento do apelo. Necessário se torna que a convicção dos jurados esteja em conflitância ou radical antagonismo com as questões fáticas colacionadas aos autos por meio do procedimento probatório. A decisão deverá estar integralmente divorciada das provas carreadas aos autos. As provas não autorizam o veredictum dos juízes de fato. Não há uma conciliação entre a verdade real que restou espelhada nos autos e a convicção exteriorizada pelos jurados. Enfim, decisão manifestamente contrária à prova dos

autos é aquela que não tem apoio em prova alguma, aquela proferida ao arrepio de tudo quanto mostram os autos. (Recursos em matéria criminal. 4.ed. Barueri: Manole, 2006, p. 90/91)

Nesse contexto, vislumbra-se que a decisão do Conselho de Sentença não é manifestamente contrária à prova dos autos, na medida em que acolheu uma das versões desencadeadas pelo conjunto probatório encartado no processo, no sentido de que o embargante foi, efetivamente, o autor dos delitos praticados contra a vítima G.C. E..

A propósito, em depoimento prestado na fase extrajudicial, o réu confessou o fato delituoso com riqueza de detalhes (fls. 121 a 125 – vol. I), *in verbis*:

[...] que na sexta feira que precedeu o ocorrido após sair do serviço desacompanhado foi até um bar em frente ao semáforo principal da rua das Cegonhas e lá comprou meia garrafa de cachaça da marca caninha em um litro de plástico branco com rótulo e R\$ 0,50 cinqüenta centavos de cigarro marca Derbi; QUE, ingerindo parte daquela cachaça no local, começou a passar mal e então guardou atrás de uma árvore aonde ficam os caminhões que fazem frete; QUE, diz o interrogado que então na manhã do dia seguinte acordou-se por volta das 08:00 horas sendo que só estava a esposa de seu parente e o mesmo saiu com a intenção de passear e buscar aquele litro de cachaça que havia deixado próximo aos caminhões que faziam frete; QUE, então chegou no local onde havia guardado o litro de cachaça e tomou quase todo o restante do litro, começou novamente a sentir-se mal e guardou no mesmo local; QUE, diz o interrogado um tanto quanto embriagado saiu andando pela rua sem muito destino e passou em frente a uma igreja de tamanho razoavelmente grande sendo que ao que se recorda o pátio era de brita e haviam alguns carros estacionados na frente não se recordando se no interior estavam veículos; QUE, diz o interrogado que da rua conseguiu visualizar uma criança que acredita tivesse aproximadamente 2 anos de idade, morena clara com cabelos curtos no ombro e trajando um vestido ao que se recorda de cor azul ou vermelho; QUE, diz o interrogando que esta criança estava na brita desacompanhada e próximo dela não havia nem uma outra pessoa e então resolveu ir até a vítima; QUE, diz o interrogando

que passou pelo portão e foi ao lado da igreja na brita onde estava a criança convidando-a para ir junto e pelas mãos da mesma levou-a para o interior da igreja; QUE, diz o interrogando com a criança foi para o tipo de um corredor que tinha uma parede; QUE, diz o interrogado que neste corredor tinha uma escada de alvenaria de tamanho pequeno com 5 ou 6 degraus onde sentou no primeiro e a criança ficou em pé a sua frente de costas; QUE, diz o interrogando que em seguida colocou a criança sentada em seu colo de costas para o mesmo erguendo o seu vestido afastando a calcinha ao que se recorda também uma fraude e um pano entre a fraude e a calcinha acredita para segurar e nesta hora tentou introduzir seu pênis no ânus da vítima sem conseguir; QUE, diz o interrogando então a vítima começou a chorar e com a mão direita tapou sua boca; QUE, diz o interrogando então como não conseguiu introduzir seu pênis no ânus da vítima mudou a mesma de posição em seu colo, colocando-a de frente em seu colo com as pernas separadas uma de cada lado das suas “a cavalo” e, novamente afastou a fraude, calcinha e o pano e nesta oportunidade apesar de dizer que estava com seu pênis não enrijecido conseguiu introduzir parte no ânus da hora vítima que começou a chorar; QUE, diz o interrogando que novamente segurou sufocando a vítima pela boca e com a outra mão tanto como na primeira como na segunda tentativa segurava pela cintura; QUE, diz o interrogando que sentiu dores e por isso interrompeu o ato de abuso sexual com a hora vítima já que seu pênis como próprio disse “a pelezinha ficou dolorida”; QUE diz o interrogando não chegou a ejacular e nesta hora colocou a vítima em sua frente e segurou a mesma em sua frente em pé segurando-a primeiro na boca tapando para que não chorasse e depois no pescoço até que começou a ficar roxa e perder os sentidos; QUE, antes porém de a criança desfalecer com seu dedo indicador da mão esquerda enquanto que com a outra mão segurava o pescoço da vítima passou no ânus e na vagina da criança para verificar se a mesma tinha algum vestígio de sangue e, não percebeu que estivesse sujo quando olhando; QUE, diz o interrogando então em determinado momento, largou o pescoço da criança e deu um tapa na altura do ouvido esquerdo com certa violência a qual caiu desacordada ao que percebeu batendo a cabeça no chão; QUE, perguntado ao interrogando como era o piso da igreja, o mesmo não se recorda se era com lajotas na cor branca ou piso bruto; QUE, diz o interrogando então enquanto a menina estava no chão desfalecida o mesmo masturbou-se e ao ejacular

ficou em pé e inclusive respingando espermas seu na hora vítima; QUE, diz o interrogando para manter este ato de abuso sexual com a vítima ficou facilitado porque trajava na oportunidade uma calça corsário com elástico com tecido parecido com pano de guarda chuva na cor cinza sem cinto, cueca de cor amarela inclusive é a que está usando no dia de hoje e uma camiseta na cor vermelha; QUE diz o interrogando, então após os atos ditos acima pegou a criança por debaixo dos braços, subiu as escadas, soltou a mesma no alto que desceu a qual desceu rolando e caiu naquela bacia com água de bruço; QUE, diz o interrogando inclusive que a bacia com água tinha aproximadamente de quatro a cinco palmos; QUE diz o interrogando que aquela bacia de água que o mesmo se refere era de tamanho mais ou menos grande e tinha formato meio ovalado, não sabendo precisar a cor; QUE, diz o interrogando a vítima ao que o mesmo percebeu ficou com a cabeça submersa na água; QUE, diz o interrogando esta bacia de água que se refere ficava no canto de uma parede; QUE, o interrogando diz que em todo este momento que esteve naquele local da igreja não chegou a visualizar pessoas, no entanto ouviu conversas; QUE, diz o interrogando que após estes fatos narrados deixou o interior da igreja pelo mesmo local que entrou e foi direto para a casa de seu tio, não sabendo precisar o horário, pois alega que estava embriagado e foi dormir por volta das 15:00 horas quando seu tio já nominado acordou avisando que sua genitora havia comprado sua passagem para retornar a Canoinhas pois já havia combinado esta situação; QUE, diz o interrogando que comentou este fato superficialmente com seu tio já nominado naquela tarde por volta das 14:00 horas em um plantão de programa de rádio não sabendo precisar a rádio ou programa; QUE, diz o interrogando na verdade não afirmou ao seu tio a autoria do crime em tela; QUE, nesta cidade diz o interrogando para justificar sua vinda repentina de Joinville de que quando de lá saiu no sábado dia dos fatos com o Ônibus da empresa Reunidas de lá saindo por volta das 18:30 horas e aqui chegando por volta das 23:30 horas, relatou a sua genitora dois a três dias após que havia se desentendido com algumas pessoas em Joinville e brigado e por isso veio embora; QUE, inclusive para o seu tio em Joinville disse o interrogado que havia bebido e “aprontado algo grave”, não dizendo exatamente do que se tratava; QUE, diz o interrogando nesta comarca de Canoinhas já foi processado pela prática de crime conta o patrimônio e outra oportunidade foi levado a delegacia de policia local em razão de

algumas meninas o acusarem de estar o mesmo as importunando, falando palavrões, isto a dois a três anos atrás; QUE, diz o interrogando que cerca de um mês na cidade de Joinville foi detido pela polícia local após ser surpreendido quando caiu do telhado de uma igreja em construção já que lá estava em companhia de outros para furtar ferramentas, sem êxito e, não chegou a ser levado a delegacia de polícia e liberado no local; QUE, diz o interrogando que não sabe informar se esta igreja trata-se daquela da ocorrência dos fatos hora apurados; QUE, diz o interrogando não estar ingerindo nenhum tipo de medicamento, não sofre de nenhuma moléstia grave, doença mental e que a única doença que se recorda foi uma paralisia infantil internado na infância; [...] QUE, diz o interrogando que as meninas referidas que molestou verbalmente a idade era de 12 a 14 anos [...].

Não bastasse isso, já na fase judicial, o depoimento do Sr. Dirceu Augusto Silveira Júnior (fls. 1323 a 1326 – vol. V), Delegado de Polícia, afirmando que o embargante, confessou com detalhes a autoria dos injustos penais.

Destaca-se, também, as declarações extrajudiciais do chefe de segurança do Presídio Regional de Joinville, Alex Moraes Cunha: “[...] Que, logo após a prisão de Oscar Gonçalves do Rosário, o declarante e outros funcionários, ouviram de Oscar e este teria confessado o crime a ele imputado; [...] Que, Oscar disse que estava possuído pelo ‘diabo’; [...], Que após a visita de ‘duas advogadas’, Oscar começou a negar o crime, dizendo não ter sido o autor; Que, Oscar a partir desse momento andava com uma bíblia e passou a se intitular ‘evangélico’” (fl. 203 – vol. I).

Além disso, o agente prisional Jean Pierre de Amorim declarou na fase indiciária que o próprio embargante lhe descreveu como praticou os crimes, *in verbis*:

[...] começou a conversar com Oscar e perguntou para o mesmo se foi ele o autor dos crimes praticados contra a vítima [G.]. Que Oscar sem titubear disse que sim. Que assustado pela espontaneidade da resposta o declarante então pediu para que o mesmo lhe dissesse como teria violentado a criança. Que Oscar disse que estava na

frente da Igreja e avistou uma menina saindo de dentro da Igreja indo em direção ao pátio. Que então Oscar disse ao declarante que “achou a menina bonita e resolveu pega-la”. Que Oscar disse que pegou a menina ainda no pátio da Igreja e a levou para um local onde não havia outras pessoas. Que Oscar ainda disse ao declarante que “as tias que cuidavam da menina deram uma bobeira”. Que o declarante então novamente ficou revoltado com a resposta de Oscar ainda perguntou sobre como aconteceu todo o restante da conduta criminosa e Oscar respondeu que depois de pegar a vítima, leva-la a um local isolado, passou a manter relação sexual com a mesma. Que então o declarante perguntou qual tipo de relação sexual e prontamente Oscar respondeu: “Só comi o cuzinho”. Que Oscar ainda disse que não ejaculou no ânus da vítima, afirmando que: “Virei pro lado e gozei na parede”. Que Oscar disse ainda que parte de seu esperma respingou na roupa da menina. Que Oscar ainda disse que durante o coito anal segurava a boca da vítima com uma das mãos mas não conseguia fazer com que ela parasse de gritar. Que Oscar ainda disse: “Ela gritava muito e não conseguia fazer com que ela parasse de gritar, por isso eu dei um empurrão nela”. Que Oscar então disse ao declarante que jogou a menina ainda viva “em um negócio de água”. Que Oscar disse ao declarante que viu a menina ainda viva agonizando na água antes de ir embora daquele local. Que então, o declarante perguntou a Oscar o porquê que ele não procurava mulheres com mais idades, e Oscar respondeu que: “Mulheres mais velhas são muito grande”, dando a entender que prefere manter relações sexuais com crianças ainda não desenvolvidas sexualmente [...] (fls. 629/631 – vol. III – sic).

Em juízo, referida testemunha ratificou, na íntegra, as suas declarações, acrescentando, ainda, que o recorrente, no momento do crime, afirmou que tapou a boca da menina, pois ouviu vozes próximas (fls. 1327 e 1328 – vol. V).

Em reforço às provas existentes nos autos, os agentes prisionais Frederico Guilherme Manteuffel e Cristina Petschow, na Delegacia de Polícia (fls. 625 e 628 – vol. V), informaram que o embargante, alguns dias após ter dado entrada no presídio, confessou o crime.

De outra parte, mister ressaltar que a materialidade dos delitos restou devidamente provada pelos boletim de ocorrência (fl. 4 – vol. I), laudo pericial n. 081/07 (fl. 9 – vol. I), fotos (fls. 115 a 119 – vol. I) e laudos periciais (fls. 149 a 155 – vol. I; e fls. 318 a 330 – vol. II).

Destaca-se, ainda, o teor do ofício firmado por dois médicos legistas, acostado às fls. 165 e 166 (vol. I), onde descrevem que a vítima apresentava lesão por esganadura, lesões e equimoses, além de ruptura anal, às 18:00 horas, decorrente da posição em que estava durante o coito (sentada no colo).

Como mencionado, no caso dos autos houve a comprovação da materialidade por meio de laudo pericial; todavia, *ad argumentandum tantum*, em delitos que atentam contra a liberdade sexual, frisa-se que é prescindível a comprovação da materialidade por meio de laudo pericial, posto que, na maioria das vezes, não deixam vestígios, podendo suprir-lhe a falta a prova testemunhal, nos termos do art. 167 do Código de Processo Penal:

Art. 167. Não sendo possível o exame de corpo de delito, por haverem desaparecido os vestígios, a prova testemunhal poderá suprir-lhe a falta.

A eminente Desa. Salete Silva Sommariva, vencida no julgamento que deu origem aos presentes Embargos Infringentes, nesse sentido se posicionou, *in verbis*:

Em se tratando de crimes de atentado violento ao pudor, notadamente aqueles praticados contra vítimas menores de catorze anos, geralmente não resultam vestígios no corpo da vítima, razão pela qual se tem admitido a dispensa de laudo pericial conclusivo, em especial quando existem nos autos outros elementos aptos a comprovar a materialidade delitiva, tais quais a certidão de nascimento e as declarações firmes e uníssonas desta e dos testigos, que servem, ainda, como fundamento bastante ao apontamento da autoria do crime (AC n. 2008.072872-4, de Braço do Norte, rel. Desa. Salete Silva Sommariva, j. 1.9.2009).

A decisão, a meu sentir não destoia do que foi colhido no decorrer da instrução, porque acolheu uma das versões existentes no caderno

processual, despontando nítido o elemento subjetivo do crime – dolo –, pois o embargante, em inúmeras oportunidades, na presença de pessoas diversas, revelou, com riqueza de detalhes, a maneira como praticou os delitos, o que torna inviável a alegação de que o julgamento deu-se de forma contrária à prova dos autos.

Embora a defesa tenha buscado, em suas razões recursais, reforçar a existência de uma única versão para o acontecido e, com isso, tentar desconstituir a versão acolhida pelo Tribunal do Júri, a lei penal é expressa quanto ao tema no sentido de que a cassação do veredicto somente é permitida quando a decisão estiver completamente dissociada das provas do processo, não sendo esta a hipótese dos autos.

A respeito, desta Corte de Justiça, colaciona-se:

APELAÇÃO CRIMINAL. JÚRI. HOMICÍDIO DUPLAMENTE QUALIFICADO POR MOTIVO TORPE E USO DE RECURSO QUE DIFICULTOU A DEFESA DA VÍTIMA. ALEGAÇÃO DE MANIFESTA CONTRARIEDADE À PROVA DOS AUTOS. INOCORRÊNCIA. CONJUNTO PROBATÓRIO APTO A SUSTENTAR A DECISÃO DOS JURADOS E AFASTAR A TESE DEFENSIVA. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA SOBERANIA DOS VEREDICTOS. DECISÃO DO CONSELHO DE SENTENÇA MANTIDA. (AC n. 2006.012183-8, de Criciúma, rel. Des. Túlio Pinheiro, j. em 19-3-2008).

E mais:

PENAL E PROCESSUAL – JÚRI – HOMICÍDIO QUALIFICADO – DECISÃO CONTRÁRIA À PROVA DOS AUTOS – INOCORRÊNCIA – CONDENAÇÃO MANTIDA – RECURSO DESPROVIDO.

O Júri é soberano.

“Não cabe à Justiça Togada, nos estritos limites da apelação contra veredicto do Tribunal do Júri, desqualificar prova idônea, produzida sob o crivo do contraditório” (HC 85904/SP – rel. Min. Joaquim Barbosa – j. 13.2.2007 – DJ 29.6.2007). (AC n. 2007.044215-1, de São José, rel. Des. Amaral e Silva, j. em 12-3-2008).

Em idêntico sentido:

RECURSO DEFENSIVO INTERPOSTO PELO OUTRO RÉU. DECISÃO MANIFESTAMENTE CONTRÁRIA A PROVA DOS AUTOS. VEREDICTO DOS JURADOS ARRIMADO NA VERSÃO QUE LHES PARECEU MAIS CONVINCENTE. NULIDADE INEXISTENTE. PEDIDO DE DESCLASSIFICAÇÃO DOS DELITOS QUE NÃO TEM GUARIDA EM SEDE DE APELAÇÃO INTERPOSTA CONTRA DECISÃO EMANADA DO CONSELHO DE SENTENÇA. (AC n. 2007.029478-7, de Itajaí, rel. Des. Roberto Lucas Pacheco, j. em 18-2-2008).

Conclui-se, assim, que o Conselho de Sentença condenou o réu com base em uma das versões existentes nos autos, por isso que não cabe a este Tribunal desconstituir o veredicto, porque não concluíram de maneira equivocada, ou seja, contrária as provas dos autos, merecendo ser mantida a decisão do Tribunal do Júri, que condenou o réu à pena de 20 (vinte) anos de reclusão, por violar o art. 121, § 2º, IV e V (homicídio duplamente qualificado), e o art. 214 (atentado violento ao pudor), c/c o art. 224, *a*, na forma do art. 69, todos do CP.

Essas as razões de minha divergência.

Florianópolis, 12 de maio de 2010.

Des. Rui Fortes

Declaração de voto vencido do Exmo. Sr. Des. Irineu João da Silva

Ousei divergir dos meus pares pelas mesmas razões expostas no voto do Exmo. Sr. Des. Rui Fortes.

Florianópolis, 25 de maio de 2010.

Irineu João da Silva

PRIMEIRA CÂMARA CRIMINAL

APELAÇÕES CRIMINAIS

Apelação Criminal n. 2008.077383-9, de São Joaquim

Relator: Des. Newton Varella Júnior

APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME PREVISTO NO ARTIGO 229 DO CÓDIGO PENAL. SENTENÇA ABSOLUTÓRIA. IRRESIGNAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. *ABOLITIO CRIMINIS* PELA LEI N. 12.015/2009 DA CONDUTA DE SIMPLEMENTE MANTER CASA DE PROSTITUIÇÃO PARA ENCONTROS COM FINS LIBIDINOSOS. RETROATIVIDADE DA LEI PENAL MAIS FAVORÁVEL. NECESSIDADE DE EXPLORAÇÃO DA ATIVIDADE SEXUAL PARA CONFIGURAÇÃO DO TIPO PENAL. AUSÊNCIA DE PROVAS ACERCA DA OCORRÊNCIA DE QUAISQUER DAS CONDUTAS. ABSOLVIÇÃO MANTIDA. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n. 2008.077383-9, da comarca de São Joaquim (1ª Vara), em que é apelante A Justiça, por seu Promotor, e apelados Nair das Graças Monteiro e outro:

ACORDAM, em Primeira Câmara Criminal, por votação unânime, conhecer do recurso e negar-lhe provimento. Custas legais.

RELATÓRIO

Nair das Graças Monteiro foi absolvida pelo Juízo de Direito da Vara Criminal da comarca de São Joaquim da imputação de prática do delito previsto no artigo 229 do Código Penal, com fulcro no artigo 386, inciso VII, do Código de Processo Penal.

Irresignado, o Ministério Público, por seu representante, interpôs o presente recurso de Apelação Criminal, no qual pugna, em síntese, pela condenação da acusada como incurso nas sanções do artigo 229 do Código Penal, aduzindo a existência de provas suficientes de que o bar de sua propriedade era realmente destinado à prostituição.

Contra-arrazoado o recurso, os autos ascenderam a esta superior instância e a douta Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer da lavra do Exmo. Sr. Dr. Robison Westphal, manifestou-se pelo conhecimento e provimento do apelo.

VOTO

Consta da denúncia que, há aproximadamente quinze anos, a apelada mantinha, juntamente com o companheiro, o estabelecimento conhecido como “Bar do Toninho”, localizado na av. Ivo Silveira, bairro Jardim Minuano, nesta cidade e Comarca, comércio que também funcionava como casa de prostituição ou lugar destinado a encontros para fins libidinosos, inclusive auferindo lucros com a venda de bebidas aos fregueses que para lá se dirigem na intenção de manter relações sexuais com as prostitutas que trabalhavam no local, uma vez que existem quartos localizados no seu interior destinados exclusivamente para comércio sexual.

O co-proprietário do estabelecimento e também companheiro da apelada, Sr. Antônio Silvestre Fernandes, teve extinta a sua punibilidade em razão do falecimento ocorrido durante o trâmite do processo (fl. 46).

O delito narrado na inicial é tipificado pelo artigo 229 do Código Penal, na redação vigente à época dos fatos, que assim dispõe:

Art. 229 - Manter, por conta própria ou de terceiro, casa de prostituição ou lugar destinado a encontros para fim libidinoso, haja, ou não, intuito de lucro ou mediação direta do proprietário ou gerente:

Pena - reclusão, de dois a cinco anos, e multa.

Acerca do tipo penal, Fernando Capez explica:

A ação nuclear do tipo consubstancia-se no verbo *manter*, isto é, conservar, sustentar casa de prostituição ou qualquer lugar destinado a encontros amorosos. Este último deve ser interpretado de forma restrita, isto é, somente se enquadra nesse conceito o local para encontro de prostituição. Assim não pode ser considerado o local destinado para encontro de amantes, namorados, companheiros (os “motéis” ou “hotéis de alta rotatividade”). (Curso de direito penal. Vol. 3. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 96).

Com a alteração procedida pela Lei n. 12.015/2009, o citado dispositivo passou a ter a seguinte redação: “Manter, por conta própria ou de terceiro, estabelecimento em que ocorra exploração sexual, haja, ou não, intuito de lucro ou mediação direta do proprietário ou gerente”.

O legislador alterou a expressão “casa de prostituição” por “estabelecimento em que ocorra exploração sexual”. Entretanto, manteve o título “Casa de Prostituição”.

Ocorre que, com a nova redação do art. 229 do Código Penal, dada pela referida lei, que por ser mais favorável ao réu tem aplicação retroativa, apenas manter casa de prostituição para encontros com fins libidinosos não mais configura crime, havendo *abolitio criminis* em relação a essa conduta. Para a configuração do crime afigura-se agora necessário que ocorra exploração sexual, com intuito ou não de lucro e pela mediação do proprietário ou gerente, de modo que passa a ser punível apenas a conduta de quem mantenha estabelecimento destinado à exploração sexual.

Sobre a referida lei, Luiza Nagib Eluf fez as seguintes ponderações:

Explorar é colocar em situação análoga à de escravidão, impor a prática de sexo contra vontade ou, no mínimo, induzir a isso, sob as piores condições, sem remuneração nem liberdade de escolha. A prostituição forçada é exploração sexual, um delito escabroso, merecedor de punição severa, ainda mais se praticado contra crianças (...). A meu ver, com a recente alteração trazida pela nova lei, os processos que se encontram em tramitação pelo crime de “casa de prostituição”, se não envolverem exploração sexual, deverão resultar em absolvição, pois a conduta de manter casa para fins libidinosos, por si só, não mais configura crime. (Luiza Nagib Eluf. Casa de Prostituição. Folha de São Paulo. São Paulo, 01.10.2009. p. A3)

Em caso semelhante destaco precedente desta c. Câmara de minha relatoria:

APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME CONTRA O PATRIMÔNIO. ROUBO. AUTORIA DUVIDOSA. ELEMENTOS PROBATÓRIOS INCONSISTENTES PARA SUSTENTAR A CONDENAÇÃO. CRIME CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL. CASA DE PROSTITUIÇÃO. ABOLITIO CRIMINIS PELA LEI N. 12.015/2009. RÉTROATIVIDADE DA LEI PENAL MAIS FAVORÁVEL. NECESSIDADE DE EXPLORAÇÃO DA ATIVIDADE SEXUAL PARA CONFIGURAÇÃO DO TIPO PENAL. ABSOLVIÇÃO QUE SE IMPÕE. RECURSO PROVIDO. (Apelação Criminal n. 2008.001193-5, de São José do Cedro, j. 27.10.09)

E ainda: Apelação Criminal n. 2009.026290-6, de Ituporanga, Rel. Desa. Marli Mosimann Vargas, j. 16.03.10.

No caso em apreço, diferentemente do que foi sustentado nas razões recursais, não há provas suficientes a ensejar a condenação da apelada.

Verifica-se que a narrativa por ela apresentada na fase inquisitória, de que mantinha algumas “mulheres de programa” junto ao bar (fl. 41), não encontra respaldo nas provas colhidas sob o crivo do contraditório. Isso porque, em juízo, Nair negou que o local fosse destinado à prostituição

ou que lá houvesse garotas de programa, explicando, ainda, que dos três quartos existentes no local, um deles residia com o seu companheiro e os demais eram utilizados para visitas de parentes (fl. 38).

A única testemunha de denúncia ouvida em juízo, uma moradora vizinha do estabelecimento da apelada, embora tenha iniciado o depoimento afirmando que lá funcionava uma casa de prostituição, foi bastante vaga a respeito, como se vê do termo de fl. 61: “acha que usavam os quartos para prostituição pois elas paravam lá. Nunca viu nenhuma mulher mantendo relações sexuais lá. Sabe que lá ocorria prostituição porque via as mulheres com homens junto. Não sabe se as mulheres cobravam. (...) Havia um anexo nos fundos do bar e as mulheres iam até lá para dormir com os homens.” (fl. 61)

As demais ouvidas sob o crivo do contraditório, arroladas pela defesa, negaram os fatos narrados na denúncia (fls. 23, 68 e 74), afirmando que no local funcionava apenas um bar frequentado por clientes, descartando completamente que o lugar fosse destinado à prostituição ou que fosse mantido para exploração sexual.

Vale transcrever seus depoimentos:

(...) Conheceu o bar do Toninho. O local não era destinado a prostituição, pelo menos pelo que via. O depoente chegava seguidamente no local para tomar um guaraná ou uma cerveja. Nunca viu prostitutas lá. Nunca ouviu falar que as pessoas iam até o bar com o objetivo de procurar prostitutas. Não chegou a ver mulher no local quando esteve lá. (...). (Nelson Ribeiro - fls. 68).

(...) Conhecia o bar do Toninho no bairro Jardim Minuano. Não se tratava de lugar onde ocorria prostituição. Chegou a muitas vezes, juntamente com sua esposa, ir lá jantar e almoçar e nunca viram prostituição. Nunca viu mulheres no local. Sua esposa ia junto consigo para jantar e almoçar porque o depoente e ela são conhecidos do Antônio e da Nair. (...) Nunca ouviu falar que no local havia prostituição. (...). (Antônio Adilson de Lima - fls. 74).

Assim, além de não se mostrar evidente nos autos a prática da exploração sexual, imprescindível para caracterizar o delito previsto no art. 229 do Código Penal, alterado pela Lei n. 12.015/2009, sequer restou provado se no local havia de fato uma casa de prostituição, devendo ser mantida a sentença absolutória.

Dessa forma, voto no sentido de conhecer do recurso e negar-lhe provimento.

DECISÃO

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

O julgamento, realizado no dia 20 de julho de 2010, foi presidido pelo Exmo. Sr. Des. Rui Fortes, com voto, e dele participou o Exmo. Sr. Des. Robson Luz Varella. Funcionou, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Robison Westphal.

Florianópolis, 27 de julho de 2010.

Newton Varella Júnior

RELATOR

Apelação Criminal n. 2008.007616-8, de Tubarão

Relator: Des. Newton Varella Júnior

APELAÇÃO CRIMINAL. TER EM DEPÓSITO, PARA VENDA, PRODUTO DESTINADO A FINS TERAPÊUTICOS OU MEDICINAIS SEM REGISTRO NO ÓRGÃO DE VIGILÂNCIA SANITÁRIA, DE PROCEDÊNCIA IGNORADA E ADQUIRIDO DE ESTABELECIMENTO SEM LICENÇA DA AUTORIDADE SANITÁRIA COMPETENTE (ART. 273, § 1º-B, I, V E VI, CP). MATERIALIDADE DEMONSTRADA. AUTORIA EVIDENCIADA PELOS DEPOIMENTOS DOS POLICIAIS MILITARES QUE EFETUARAM A PRISÃO EM FLAGRANTE DO ACUSADO E A APREENSÃO DO MATERIAL, BEM COMO DOS AGENTES DA VIGILÂNCIA SANITÁRIA QUE PARTICIPARAM DA DILIGÊNCIA, ASSIM COMO DAS PALAVRAS DO RÉU NA FASE DE INQUÉRITO. VERSÃO APRESENTADA EM FASE JUDICIAL PELO ACUSADO DE QUE OS MEDICAMENTOS SERIAM PARA USO PRÓPRIO E DE SUA FAMÍLIA. NÃO COMPROVAÇÃO. ÔNUS QUE CABERIA À DEFESA (ART. 156, CPP). ABSOLVIÇÃO INVIÁVEL. CONDENAÇÃO MANTIDA.

PRETENDIDA SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. VIABILIDADE. REQUISITOS DO ART. 44 DO CÓDIGO PENAL PREENCHIDOS. SENTENÇA REFORMADA NESSE PONTO. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n. 2008.007616-8, da comarca de Tubarão (2º Vara Criminal), em que é apelante Césio de Sá Bittencourt, e apelada a Justiça, por seu Promotor:

ACORDAM, em Primeira Câmara Criminal, por votação unânime, conhecer do recurso e dar-lhe parcial provimento. Custas legais.

RELATÓRIO

Césio de Sá Bittencourt foi condenado, nos autos da ação penal n. 075.01.008731-6, pelo MM. Juiz de Direito da Vara Criminal da comarca de Tubarão, à pena de 3 (três) anos de reclusão, em regime inicial fechado, mais pagamento de 50 (cinquenta) dias-multa, no valor unitário mínimo, pela prática do crime descrito no art. 273, § 1º-B, I, V e VI, do Código Penal.

Irresignado, o réu interpôs apelação criminal, pugnando pela sua absolvição, sob argumento de que os medicamentos apreendidos em sua lanchonete eram para uso próprio e de sua família, com a finalidade de inibir o sono por exigência de seu trabalho, bem como para emagrecimento, no caso de sua filha, não havendo provas de que os vendia, muito menos de que adulterava ou alterava a sua fórmula, tanto que restou constatado na instrução processual que as cartelas estavam devidamente lacradas, de modo que o simples fato de possuir os medicamentos para uso próprio em seu estabelecimento comercial não configura ilícito penal. Acrescenta ainda, que houve classificação errônea da tipificação do delito na denúncia, o que a torna nula. Caso mantida a condenação, postula pela substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos ou sua suspensão condicional.

Contra-arrazoado o apelo, os autos ascenderam a esta Superior Instância, tendo a douta Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer da lavra do Exmo. Sr. Dr. Paulo Roberto Speck, opinado pelo conhecimento e não provimento do reclamo.

VOTO

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso.

Narra a denúncia, em síntese, que, no dia 2 de novembro de 2001, agentes da vigilância sanitária, acompanhados de policiais civis e militares,

dirigiram-se ao estabelecimento comercial (lanchonete) do apelante, após monitoramento que vinham realizando sobre a venda ilegal de medicamentos controlados, ocasião em que, ao efetuarem busca no local, encontraram acondicionadas em uma caixa de papelão, ao lado do caixa registrador, 43 (quarenta e três) cartelas lacradas e 2 (duas) caixas do medicamento “Desobesi-M”, além de 8 (oito) frascos lacrados do medicamento “Dualid S”, de procedência ignorada e ainda adquiridos de estabelecimento sem licença da autoridade competente, medicamentos estes que se tratam de inibidores de apetite, somente podendo ser adquiridos com receita médica, e que o acusado os vendia sem o devido registro em órgão de vigilância sanitária.

O recorrente, então, foi denunciado e, ao fim, condenado pelo crime descrito no art. 273, § 1º-B, I, V e VI, do Código Penal, que prevê:

Art. 273 - Falsificar, corromper, adulterar ou alterar produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais:

Pena - reclusão, de 10 (dez) a 15 (quinze) anos, e multa.

§ 1º - Nas mesmas penas incorre quem importa, vende, expõe à venda, tem em depósito para vender ou, de qualquer forma, distribui ou entrega a consumo o produto falsificado, corrompido, adulterado ou alterado.

[...]

§ 1º-B - Está sujeito às penas deste artigo quem pratica as ações previstas no § 1º em relação a produtos em qualquer das seguintes condições:

I - sem registro, quando exigível, no órgão de vigilância sanitária competente;

[...]

V - de procedência ignorada;

VI - adquiridos de estabelecimento sem licença da autoridade sanitária competente. (sem grifo)

Frisa-se que a materialidade encontra-se evidenciada pelo Auto de Infração à fl. 10, pelo Auto de Intimação à fl. 11, pelo Termo de Apreensão à fl. 12 e pelo recibo à fl. 25.

Quanto à autoria, tem-se que o próprio apelante admitiu que possuía os medicamentos em sua lanchonete.

Como dito, a defesa funda-se na alegação de que tais medicamentos apreendidos eram destinados a uso próprio e de sua família, com o fim de inibir o sono, tendo em vista que sua jornada de trabalho era exaustiva, de modo que não há configuração de ilícito penal.

Todavia, é sabido que, a teor do disposto no art. 156 do Código de Processo Penal (“*A prova da alegação incumbirá a quem a fizer*”), o ônus da prova das circunstâncias apontadas caberia ao recorrente.

A respeito, cita-se a lição de Fernando da Costa Tourinho Filho:

Se a parte que fizer a alegação não prová-la, sofrerá amarga decepção. Cabe à Acusação demonstrar, e isso de modo geral, a materialidade e a autoria. Já à Defesa incumbe provar eventual alegação de exclusão de antijuridicidade do fato típico (causas excludentes de criminalidade, excludentes da antijuridicidade, causas justificativas ou discriminantes) ou excludentes de culpabilidade. Se o réu invoca um alibi, o ônus da prova é seu. Se argúi legítima defesa, estado de necessidade etc., o *onus probandi* é inteiramente seu. Se alegar e não provar, a decepção também será sua (*Código de Processo Penal comentado*. 13. ed. São Paulo: Saraiva: 2010. v. 1. p. 526).

No caso, a versão apresentada pelo acusado mostra-se frágil e desprovida de qualquer prova, ao contrário do que ocorre com os fatos descritos na peça acusatória.

Por primeiro, tem-se os agentes policiais que efetuaram a prisão em flagrante do acusado, que foram firmes ao confirmar que vinham investigando há algum tempo a venda dos medicamentos controlados pelo apelante em seu estabelecimento comercial.

O policial militar Edson Garcia Pacheco relatou na fase de inquérito (fl. 05):

Que, o declarante juntamente com outros policiais militares que trabalham no serviço reservado da Polícia Militar de Tubarão ao longo de muitos meses vem monitorando a venda de medicamentos controlados na Lanchonete de propriedade de Césio Sá Bittencourt instalada na rodovia BR 101, Km 342, s/n, nesta cidade;

Fábio Fernandes Nunes, policial militar, também destacou na Delegacia que “tinha conhecimento que inúmeros caminhoneiros que faziam lanche naquele estabelecimento comercial, compravam medicamento ingerido com coca-cola ou café inibia o sono” (05/06).

Não diferente foram as declarações do policial Diocésio Bento, em ambas as fases processuais (fls. 06 e 48).

Nota-se, ainda, que o próprio recorrente, embora não tenha afirmado que efetivamente vendia os medicamentos, confirmou na fase investigativa que já os forneceu a caminhoneiros (fls. 06/07):

Que, segundo o interrogado, estes produtos foram adquiridos em duas etapas de um caminhoneiro de quem não sabe o nome nem seu paradeiros, afirmando entretanto que empreende viagens ao Norte do país; Que, a primeira compra de vinte e cinco cartelas do medicamento Desobesi-M pagou R\$ 2,00 (Dois Reais) por vinte comprimidos acondicionados em um só blister o mesmo acontecendo em uma segunda oportunidade, quando comprou quantia igual, pelo mesmo valor, acrescida de mais oito frascos do medicamento Dualid S também pago R\$ 2,00 (Dois Reais) por cada vidro; Que, afirma ter fornecido de forma gratuita para algum caminhoneiro;

E a considerável quantidade de medicamentos encontrados consigo indica, com efeito, que não eram só destinados a uso próprio e de seus familiares, a saber (Auto de Intimação à fl. 11): 43 (quarenta e três) cartelas (*blisters*) de “Desobesi-M”, cada qual contendo 20 (vinte) cápsulas de 25mg (vinte e cinco miligramas), e 8 (oito) frascos de “Dualid S”, cada qual contendo 20 (vinte) comprimidos de 75 mg (setenta e cinco miligramas), no

que totaliza consideráveis 1.020 (mil e vinte) comprimidos, medicamentos estes que são conhecidos como “tarja preta”, que contém em sua fórmula substâncias estimulantes do sistema nervoso central, somente podendo ser vendidos com apresentação e retenção de notificação de receita médica.

Nota-se, a propósito, que as palavras do apelante a respeito da quantidade de medicamentos que usavam diariamente são imprecisas e desencontradas.

Ao ser ouvido na Delegacia - na presença de seu defensor constituído, vale salientar -, afirmou (fls. 06/07):

Que, afirma usar no máximo dois comprimidos por vez que eram ingeridos com café, pois pretendia permanecer acordado em razão de sua tarefa laborativa, fato este que se repetia no máximo três vezes por semana, enquanto seu filho e mais dois empregados que atuavam na mesma lanchonete, também faziam uso da medicação, afirmando também que não tem certeza se os mesmos ingeriam um ou dois comprimidos por etapa; (sem grifo)

Já em suas razões recursais trouxe outra versão, no sentido de que a quantidade de medicamentos era muito superior àquela primeira informação, além de que o uso não era apenas por seu filho, mas sim por toda a família (fl. 104):

E que seja esclarecido ainda, que cada pessoa - o Apelante e seus familiares, faziam uso de 04 (quatro) comprimidos diariamente. Cinco pessoas da família faziam uso desta medicação (o Apelante, sua esposa, duas filhas e um filho). Então consumiam em torno de 20 (vinte) comprimidos diariamente.

Chama a atenção, ainda, as circunstâncias em que os medicamentos foram encontrados, ou seja, em uma sacola de papelão dentro de uma caixa, também de papelão, que estava embaixo do caixa registrador da lanchonete, segundo extrai-se dos depoimentos de todos os agentes da Vigilância Sanitária do município de Tubarão que participaram da operação policial

(Edina Azolini Goulart, às fls. 15 e 49; Carolina Kuerten, às fls. 16 e 47; Wilson Luiz Salvador, à fl. 17).

É de registrar também que, além da grande quantidade da medicação apreendida no estabelecimento comercial do recorrente, foram encontrados pelos agentes policiais e da vigilância sanitária no momento da operação “02 (duas) caixas do medicamento Desobesi-M (cloridrato de femproporex)” e “02 (duas) caixas de papelão, vazias, com fita de segurança rompida, sendo que nas caixas, ambas de nº 144, bem como na fita de segurança consta grafado o nome Asta Médica”, conforme demonstra o Termo de Apreensão à fl. 12.

Infere-se, pois, que o conjunto probatório é por demais desfavorável à tese defensiva do apelante, que não fez a mínima prova de que tais medicamentos seriam exclusivamente para uso próprio e de seus familiares, valendo novamente lembrar que “Aquele que argúi fato impeditivo ou justificativo, para se isentar da culpa, tem o ônus de comprová-lo, na forma do artigo 156 do Código de Processo Penal” (Apelação Criminal n. 2008.026494-5, de Joinville. Relator: Des. Amaral e Silva. Julgada em 15.7.2008).

Vê-se que o recorrente nem sequer arrolou seus próprios familiares para serem ouvidos no feito, muito menos juntou, por exemplo, qualquer receituário médico ou indicação de profissional habilitado que pudesse demonstrar a autorização de uso.

E não se pode olvidar, por fim, que a lanchonete do acusado é localizada às margens da rodovia BR 101, ao lado de um posto de combustíveis, local notoriamente frequentado por inúmeros motoristas de caminhão que, como é cediço, muitas vezes se veem obrigados a utilizarem-se de tal medicação para conseguirem superar sua extenuante jornada de trabalho.

Por tudo isso, conclui-se que todas as provas e indícios militam em desfavor do apelante: depoimentos dos policiais militares e do agentes

da Vigilância Sanitária, grande quantidade de medicamentos apreendida e as circunstâncias em que foram encontrados, aliados à versão frágil e desprovida de qualquer elemento probatório apresentada pelo recorrente, o qual, inclusive, reconheceu em seu interrogatório extrajudicial, realizado na presença de seu defensor constituído, que já forneceu a medicação a motoristas de caminhão.

As testemunhas arroladas pela defesa (José Bittencourt Favarin, à fl. 55; Alberto Seidler Neto, à fl. 56; Roque Carrara, à fl. 57) não se mostram aptas a afastar as claras evidências até então vistas, porquanto apenas confirmaram que o réu lhes disse, ou seja, que os medicamentos eram para uso próprio e de seus familiares.

Desse modo, restou amplamente demonstrado que o recorrente, no mínimo, manteve em depósito para a venda, e também, de qualquer forma, distribuiu para consumo medicamentos de venda controlada, mais conhecidos como “tarja preta”, sem registro no órgão de vigilância sanitária competente, de procedência ignorada e adquiridos de estabelecimento sem licença da autoridade sanitária competente, conduta que amolda-se perfeitamente no tipo descrito no art. 273, § 1º-B, I, V e VI, do Código Penal, não havendo que se falar em classificação errônea da tipificação do delito.

Assim, insustentável o pleito absolutório, valendo citar os seguintes precedentes desta Corte, em situações semelhantes:

CRIME CONTRA A SAÚDE PÚBLICA - TER EM DEPÓSITO, PARA VENDA, MEDICAMENTO SEM REGISTRO E ADQUIRIDO EM ESTABELECIMENTO SEM LICENÇA DA AUTORIDADE COMPETENTE - INTELIGÊNCIA DO ART. 273, §1º-B, I E VI, DO CÓDIGO PENAL.

[...]

MÉRITO - RECURSO DEFENSIVO PRETENDENDO A ABSOLVIÇÃO - ALEGAÇÃO DE FALTA DE PROVAS - DENÚNCIAS ANÔNIMAS CONFIRMADAS PELA APREENSÃO DE 28 (VINTE E OITO) COMPRIMIDOS DO MEDICAMENTO

“CYTOTEC” NA RESIDÊNCIA DA RÉ, PELOS DEPOIMENTOS DAS CONSELHEIRAS TUTELARES E DOS POLICIAIS - DEPOIMENTOS CONVERGENTES NAS DUAS FASES EM QUE FORAM COLHIDOS - ALEGAÇÃO DE QUE O MEDICAMENTO ERA PARA USO PRÓPRIO - AUSÊNCIA DE QUALQUER PROVA A RESPEITO - CONFIRMAÇÃO DO DESTINO COMERCIAL DO MEDICAMENTO (Apelação Criminal n. 2006.004732-9, de São Miguel do Oeste. Relator: Des. Torres Marques. Julgada em 9.5.2006).

Ou ainda:

CRIME CONTRA A SAÚDE PÚBLICA - TER EM DEPÓSITO, PARA COMERCIALIZAÇÃO, MEDICAMENTO SEM REGISTRO, DE PROCEDÊNCIA IGNORADA E ADQUIRIDO DE ESTABELECIMENTO SEM LICENÇA DA AUTORIDADE SANITÁRIA COMPETENTE - EXEGESE DO ARTIGO 273, § 1º-B, INCISOS I, V E VI, DO CÓDIGO PENAL - SUBSTÂNCIA QUÍMICA DE PROPRIEDADE ABORTIVA - DENÚNCIAS ANÔNIMAS CERTIFICADAS PELAS INVESTIGAÇÕES POLICIAIS - VALIDADE.

[...]

O delito previsto no artigo 273, § 1º-B, incisos I, V e VI, do Código Penal é crime permanente, pois o simples fato de “ter em depósito” para vender ou, de qualquer forma, distribuir ou entregar a consumo o produto ilícito configura a prática criminosa, incidindo a apelante nas sanções da referida norma (Apelação Criminal n. 2005.013770-4 (Réu Preso), de Timbó. Relator: Juiz Jaime Luiz Vicari. Julgada em 13.9.2005).

No que tange ao pleito de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, merece acolhida.

De início, cabe destacar que o Magistrado, ao aplicar a pena no presente caso, valeu-se do entendimento jurisprudencial de que, em respeito ao princípio da proporcionalidade, a reprimenda deve ser aquela cominada ao delito de tráfico ilícito de drogas, e não a prevista no Código Penal para o crime descrito no art. 273, § 1º-B, I, V e VI (dez a quinze anos de reclusão,

e multa), razão pela qual considerou a pena de 3 (três) a 15 (quinze) anos, e pagamento de 50 (cinquenta) a 360 (trezentos e sessenta) dias-multa, prevista no art. 12 da Lei n. 6.368/1976, vigente à época dos fatos.

Já na fase da dosimetria (fl. 92), nenhuma das circunstâncias judiciais elencadas no art. 59 do Código Penal foram desfavoráveis ao apelante, tampouco houve incidência de circunstâncias agravantes ou atenuantes, nem causas especiais de aumento ou de diminuição da pena, resultando a reprimenda, portanto, em seu mínimo legal: 3 (três) anos de reclusão, e 50 (cinquenta) dias-multa.

Todavia, tal foi o que assentou o Magistrado na sentença ao negar a benesse ora pretendida (fls. 92/93):

Deixo de substituir à pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, haja vista que, considerando-se o art. 44, III, do Código Penal, bem como os motivos e as circunstâncias do crime, verifico que a substituição não será suficiente para atingir o fim almejado com a aplicação da reprimenda.

Como se vê, a fundamentação para a negativa da substituição da reprimenda não se mostra adequada, justamente porque os requisitos exigidos pelo citado inc. III do art. 44 do Código Penal (culpabilidade, antecedentes, conduta social, personalidade do condenado, motivos e circunstâncias do crime) já haviam sido analisados na fixação da pena-base e considerados todos favoráveis ao recorrente.

A propósito, cita-se a lição de Júlio Fabbrini Mirabete:

[...] necessário para a substituição que a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias, indiquem que a substituição é suficiente. Essas circunstâncias pessoais, que também devem ser observadas na fixação da pena-base, é que vão dar a medida da conveniência da substituição. Se forem elas favoráveis ao condenado, deve o juiz efetuar a substituição (*Código Penal interpretado*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005. p. 391).

Em sendo assim, não há como se negar ao acusado a almejada substituição, tendo em vista que os demais requisitos previstos no art. 44 do Diploma Penal mostram-se atendidos, a saber: a pena privativa de liberdade não é superior a 4 (quatro) anos e o crime não foi cometido com violência ou grave ameaça à pessoa (inc. I); o réu não é reincidente (inc. II).

Aliás, merece lembrar que “Não se trata de mera *faculdade* do aplicador da lei. Satisfeitos os requisitos legais, a substituição é obrigatória, constituindo um *direito público subjetivo* do condenado”, consoante esclarece Cezar Roberto Bitencourt (*Código Penal comentado*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 174).

Outrossim, o fato de o delito pelo qual o apelante foi condenado tratar-se de crime hediondo (art. 1º, VII-B, da Lei n. 8.072/1990) não impede a aplicação do benefício, seja por não haver vedação legal, seja porque tal instituto não é incompatível com os ditames da Lei dos Crimes Hediondos, conforme tranquila jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

Já decidiu o Superior Tribunal não serem incompatíveis o disposto na Lei nº 8.072/90 e o que previsto no art. 44 do Cód. Penal. Precedentes.

No caso, as circunstâncias judiciais (Cód. Penal, art. 59) foram consideradas favoráveis ao réu, motivo pelo qual foi a pena-base fixada no mínimo legal, nada a impedir, portanto, a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos (HC n. 90.380 / ES. Relator: Min. Nilson Naves. Julgado em 17.6.2008).

Ou ainda:

Não mais subsiste razão para que não se aplique aos condenados por crimes hediondos ou a ele equiparados, a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, desde que preenchidos os requisitos do art. 44 do Código Penal (HC n. 67.481 / DF. Relator: Min. Felix Fischer. Julgado em 6.2.2007).

Desse modo, nos termos do disposto no § 2º, segunda parte, do art. 44 do Código Penal, a pena privativa de liberdade é substituída por 2 (duas) restritiva de direitos, sendo: 1) prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas, à razão de 1 (uma) hora por dia de condenação, a ser implementada

pelo Juízo de Execução; 2) prestação pecuniária a entidade pública ou privada com destinação social, a ser definida pelo Juízo de Execução, no valor de 3 (três) salários mínimos vigentes à época dos fatos, corrigidos monetariamente, valor este que se mostra compatível com a situação econômica do apelante, considerando o fato de ser comerciante e de possuir defensor constituído nos autos.

Registra-se, por fim, que a suspensão condicional da pena mostra-se descabida, diante do disposto no art. 77, *caput*, do Código Penal.

Destarte, voto no sentido de dar parcial provimento ao recurso para substituir a pena privativa de liberdade por 2 (duas) restritiva de direitos, nos moldes acima mencionados.

DECISÃO

Ante o exposto, dá parcial provimento ao recurso para substituir a pena privativa de liberdade fixada na sentença por 2 (duas) restritivas de direitos, consistentes em: 1) prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas, à razão de 1 (uma) hora por dia de condenação, a ser implementada pelo Juízo de Execução; 2) prestação pecuniária a entidade pública ou privada com destinação social, a ser definida pelo Juízo de Execução, no valor de 3 (três) salários mínimos vigentes à época dos fatos, corrigidos monetariamente.

O julgamento, realizado no dia 13 de julho de 2010, foi presidido pelo Exmo. Sr. Des. Rui Fortes, com voto, e dele participou o Exmo. Sr. Des. Robson Luz Varela. Funcionou, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Jobél Braga de Araújo.

Florianópolis, 20 de julho de 2010.

Newton Varela Júnior
RELATOR

SEGUNDA CÂMARA CRIMINAL

APELAÇÕES CRIMINAIS

Apelação Criminal (Réu Preso) n. 2009.053628-9, de Caçador

Relator: Des. Sérgio Paladino

PROCESSO PENAL. JÚRI. LEITURA, EM PLENÁRIO, DO ACÓRDÃO QUE ANULOU JULGAMENTO ANTERIOR, EM QUE SE DESCLASSIFICOU A CONDUTA PARA A FORMA CULPOSA. NULIDADE. MALFERIMENTO DO ART. 478, INCISO I, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL QUANTO AO DETALHE. PREJUÍZO NÃO COMPROVADO. EIVA NÃO CONFIGURADA.

“Não é literalmente qualquer referência à sentença de pronúncia em plenário que invalida um julgamento – isso sequer teria sentido, posto que os jurados recebem cópia de tal decisão, tendo acerca dela pleno conhecimento. A finalidade do legislador com esta nova regra processual foi a de evitar que tão-somente a eloquência do orador, com argumentos legalmente injustos e equivocados, pudesse ser suficiente para definir um julgamento. Com o novo texto dado ao inciso I do art. 478 do CPP, a mera capacidade de oratória das partes já não pode ser a única responsável para o resultado do julgamento; agora a retórica tem de estar, necessariamente, baseada em algo que efetivamente possa ser considerado prova – e a sentença de pronúncia não é prova, mas simples ato jurisdicional. Assim, apenas há possibilidade de anular um julgamento com base no artigo 478, I, do CPP quando

restar claro que a parte se utilizou de um trecho da decisão de pronúncia (ou posterior que a tenha confirmado) a este conferindo um juízo de valor, interpretando-o de forma distorcida, com a clara finalidade de convencer os membros do Conselho de Sentença que o magistrado prolator da sentença estava “culpando” ou “inocentando” o réu. Do contrário, não vejo prejuízo algum a leitura de uma decisão imparcial que não expõe opinião pessoal do magistrado togado que a prolatou” (APR n. 7002780588, de Porto Alegre, rel. Des. Marcel Esquivel Hoppe, j. em 18.3.09, disponível em <[www.tjrs.jus.br/jurisprudência/integra da ementa/inteiro teor](http://www.tjrs.jus.br/jurisprudência/integra_da_ementa/inteiro_teor)> acesso em 11 mai. 2010).

ACÇÃO PENAL. TRIBUNAL DO JÚRI. RECURSO DO ACUSADO QUE TACHA A DECISÃO DE MANIFESTAMENTE CONTRÁRIA À PROVA DOS AUTOS.

RECURSO DESPROVIDO NO TOCANTE AO PRIMEIRO FUNDAMENTO E NÃO CONHECIDO QUANTO AO SEGUNDO, À LUZ DO PRECEITO INSCRITO NO ART. 593, § 3º, PARTE FINAL, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL.

Não se conhece da apelação alicerçada no art. 593, inciso III, alínea “d”, do Código de Processo Penal, se por idêntico fundamento anulou-se julgamento anterior.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal (Réu Preso) n. 2009.053628-9, da comarca de Caçador (Vara Criminal), em que é apelante Gilson da Silva e apelada a Justiça, por seu Promotor:

ACORDAM, em Segunda Câmara Criminal, à unanimidade, negar provimento ao recurso no tocante ao primeiro fundamento e dele não conhecer no que tange ao segundo. Custas legais.

RELATÓRIO

Na comarca de Caçador, o representante do Ministério Público ofereceu denúncia contra Gilson da Silva, dando-o como incurso nas sanções dos arts. 121, § 2º, incisos II e IV, do Código Penal, e 14, caput, da Lei n. 10.826/03, descrevendo assim o fato, *ipsis verbis*:

Consta no incluso caderno indiciário que, na parte da manhã do dia 18 de agosto de 2007, sábado, o denunciado Gilson da Silva, acompanhado de seu filho Adilson (seis anos de idade), deslocou-se até a residência de seu irmão Jair da Silva, situada no Assentamento Hermínio Gonçalves, nesta cidade de Caçador, onde permaneceu consumindo bebida alcoólica e esperando o almoço, sendo que na casa ainda se encontravam a companheira de Jair, de nome Juleide, e o filho deste, ora vítima, Jackson da Silva, nascido em 23.02.2001, portanto com seis anos de idade.

Por volta das 12h30min o almoço estava sendo servido, momento em que o denunciado solicitou que o sobrinho Jackson sentasse em seu colo, oportunidade em que tentou segurar o menino que se recusou a ir ao colo do tio e preferiu assentar-se no chão da cozinha para almoçar, inclusive segurava o prato com sua última refeição.

Contudo, Gilson não tolerou a atitude de seu sobrinho em se recusar a sentar no seu colo, razão pela qual, imbuído por este motivo fútil, resolveu ceifar a vida do menino, que além de sobrinho era também seu afilhado.

De imediato, Gilson da Silva sacou um revólver calibre 32 que trazia na cintura e o apertou na direção de Jackson, impossibilitando qualquer defesa do ofendido que, como já consta, era criança de apenas seis anos de idade e estava sentado no chão segurando a última refeição, sequer podendo imaginar o que lhe iria ocorrer. Também o pai e a madrasta do menino nada puderam fazer para defendê-lo ante a rapidez da inesperada atitude do ora denunciado.

Foi assim que, com o uso da arma que portava, o denunciado Gilson efetuou um disparo contra o infante Jackson, atingindo-o na região peitoral esquerda, onde se localiza o coração, o que foi a causa eficiente de sua morte por hemorragia aguda, conforme laudo pericial cadavérico de fl. 31/APF e certidão de óbito de fl. 37/APF.

Por fim, extrai-se do inquérito policial que o denunciado Gilson da Silva era proprietário da arma de fogo marca Taurus, calibre 32, nº 295459 (apreendida à fl. 14/APF), há aproximadamente um ano e, na data dos fatos, a estava portando fora de sua moradia, em desacordo com determinação legal ou regulamentar, vez que não possuía registro, tampouco porte (fls. II/III).

Homologado o auto de prisão em flagrante (fl. 43), recebida a denúncia (fl. 47), citado (fls. 56/57) e interrogado (fls. 51/53), o réu apresentou a defesa prévia, em que postulou a produção de prova oral (fls. 59/60), e, sem sucesso, o benefício da liberdade provisória (fls. 54/55).

Inquiridas as testemunhas arroladas na exordial (fls. 67/73) e duas das indicadas na peça de resistência (fls. 78/79), o acusado desistiu da remanescente, ofertando as partes, em seguida, suas derradeiras alegações, na ordem legal (fls. 83/97).

Pronunciado pela prática dos delitos capitulados no art. 121, § 2º, incisos II e IV, do Código Penal, e no art. 14, caput, da Lei n. 10.826/03 (fls. 98/106), vieram aos autos o libelo acusatório (fls. 119/120) e sua contrariedade (fls. 124/125).

Cumpridas as formalidades legais, o réu foi julgado pelo Conselho de Sentença, impondo-lhe a magistrada as penas de 1 (um) ano e 8 (oito) meses de detenção, pela perpetração do crime definido no art. 121, § 3º, do Código Penal, bem assim a 2 (dois) anos, 9 (nove) meses e 10 (dez) dias de reclusão, e 20 (vinte) dias-multa, no valor unitário equivalente a um trigésimo do salário mínimo vigente à época do evento, pelo cometimento da conduta incriminada no art. 14, caput, da Lei n. 10.826/03, restando a pena final em 4 (quatro) anos, 5 (cinco) meses e 10 (dez) dias de prisão, em face do concurso material, a serem cumpridos em regime fechado (fls. 358/368).

Inconformadas, as partes apelaram, tendo a Segunda Câmara Criminal, na sessão realizada no dia 5 de agosto de 2008, à unanimidade, provido

o recurso interposto pelo Ministério Público para anular o julgamento, e determinar que a outro fosse o réu submetido (fls. 438/444).

Negado seguimento ao recurso especial interposto pelo réu (fls. 487/488), e obedecidos os demais trâmites legais, realizou-se a nova sessão do júri, ocasião em que os jurados o reconheceram como autor dos disparos que ceifou a vida da vítima; negaram a tese do homicídio culposo; afirmaram as qualificadoras do motivo fútil e do recurso que impossibilitou a defesa da vítima; e reconheceram, ainda, o crime de porte ilegal de arma de fogo (fls. 647/649).

Sobreveio a sentença, por intermédio da qual a magistrada julgou procedente a denúncia, e condenou Gilson às penas de 15 (quinze) anos e 6 (seis) meses de reclusão, para cujo cumprimento estabeleceu o regime fechado, e 10 (dez) dias-multa, no valor unitário mínimo legal, por infração ao art. 121, § 2º, incisos II e IV, do Código Penal, e art. 14 da Lei n. 10.826/03. Ausentes os requisitos legais, a Juíza *a quo* deixou de substituir a privativa de liberdade por restritivas de direitos, recusou o sursis, negando ao apenado, por fim, o direito de recorrer em liberdade (fls. 650/657).

Irresignado, o sentenciado apelou, perseguindo a anulação do julgamento para que a outro seja submetido. Argumenta que o Promotor de Justiça leu, em plenário, o parecer da douta Procuradoria-Geral de Justiça e o acórdão que anulou o primeiro júri, desrespeitando a regra do art. 478, inciso I, do Código de Processo Penal. No mérito, busca a nulidade do julgamento por entender que a decisão dos jurados foi manifestamente contrária às provas dos autos. Argumenta que o representante do Ministério Público postulou em alegações finais o afastamento da qualificadora do motivo fútil, ficando evidente que o seu acolhimento, pelo Conselho de Sentença, contrariou as evidências encartadas no processo. Assevera, ainda, que o não cabimento do recurso sob o mesmo fundamento (art. 593, § 3º, parte final, do Código de Processo Penal), viola o princípio

do duplo grau de jurisdição, não tendo sido, por isso, recepcionado pela Constituição Federal (fls. 675/691).

Com as contrarrazões (fls. 696/703), os autos ascenderam a esta Corte, manifestando-se a douta Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer do Dr. Jobél Braga de Araújo, pelo parcial conhecimento do recurso, e, nessa parte, pelo desprovimento (fls. 717/723).

VOTO

Não procede a insurreição.

Consoante o art. 478, inciso I, do Código de Processo Penal, “durante os debates as partes não poderão, sob pena de nulidade, fazer referências:

I – à decisão de pronúncia, às decisões posteriores que julgaram admissível a acusação ou à determinação de uso de algemas como argumento de autoridade que beneficiem ou prejudiquem o acusado”.

Da ata do julgamento do júri extrai-se a transcrição que, segundo o apelante, ampara a sua pretensão, *verbis*:

(...).

Durante os debates, com a palavra o Ministério Público, a defesa, com base no art. 478 do CPP, impugnou a leitura do parecer da Procuradoria de Justiça (fls. 428/432) e também do acórdão de fls. 439/444, aduzindo que seria usada como argumento de autoridade, pois admitiu de forma indireta a acusação (fl. 633).

Inicialmente, a alusão feita pelo Dr. Promotor de Justiça foi ao parecer do Dr. Procurador de Justiça que se pronunciou sobre a primeira apelação, e ao acórdão que anulou o primeiro julgamento, não tendo sido da decisão da pronúncia ou da que a confirmou, explicitando, no particular, a magistrada:

(...).

Ora, as peças cuja leitura pleiteia o Ministério Público não se tratam de decisão de pronúncia, tampouco de decisão posterior que julgou admissível a acusação, mas tão-somente de parecer da Procuradoria de Justiça que antecedeu julgado da egrégia Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça de Santa Catarina que, provendo apelo do Ministério Público, determinou fosse o réu submetido a novo julgamento, anulando-se àquele realizado em 28/05/2008.

Assim e como não se pode dar interpretação extensiva a norma do art. 478 do Diploma Processual Penal, sob pena de flagrante cerceamento ao direito da parte explorar documento lícitamente constante nos autos, e, ainda, ao direito que têm os jurados de tomar conhecimento de todo conteúdo do processo, permitindo-lhes “autêntica soberania para julgar”, indefiro a impugnação da defesa (fl. 633).

Nesse tocante, decidiu esta Corte:

PROCESSO PENAL. JÚRI. ALEGADA NULIDADE POR VIOLAÇÃO AO DISPOSTO NO ARTIGO 478, INCISO I, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. LEITURA EM PLENÁRIO, PELO MINISTÉRIO PÚBLICO, DA EMENTA DO ACÓRDÃO QUE ANULOU JULGAMENTO ANTERIOR. HIPÓTESE NÃO PREVISTA NO ART. 478, INCISO I, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DE PREJUÍZO PELA DEFESA. NULIDADE INOCORRENTE. PRELIMINAR AFASTADA (APR n. 2009.043370-1, de Joaçaba, rel. Des. Torres Marques).

Não fosse apenas isso, o que consta na ata, referente à invocada nulidade, não se presta para demonstrar a sua ocorrência, pois ausente o principal requisito exigido pelo legislador quando alterou o Código de Processo Penal no particular, qual seja, de que foi realizada a leitura “como argumento de autoridade”. O que está consignado na ata em momento algum faz transparecer essa indispensável condição, referindo, apenas, que “seria” usada como argumento de autoridade, não demonstrando, contudo, que o foi.

A esse respeito, ponderou, percucientemente, o Dr. Procurador de Justiça:

Omissis.

Salvo melhor juízo, o objetivo da norma limitadora presente no inciso I do art. 478 do CPP é impedir a utilização da decisão de pronúncia e a exaltação dos fundamentos que, na visão do magistrado (ou do órgão reformador), levaram o réu a Júri Popular. Com efeito, o artigo em comento não impede a leitura de outras decisões que, finda a primeira fase do rito escalonado, sucederam a decisão de pronúncia.

Por esse motivo, a leitura do parecer da Procuradoria Criminal e do acórdão que invalidou a primeira decisão não pode ser considerada motivo suficiente à declaração de nulidade, mormente pelo fato de que a vedação não diz respeito somente à leitura do texto, mas à sua referência como argumento de autoridade, o que não ficou demonstrado na ata do julgamento (fl. 720).

A propósito, em hipótese assemelhada, decidiu o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

Não é literalmente qualquer referência à sentença de pronúncia em plenário que invalida um julgamento – isso sequer teria sentido, posto que os jurados recebem cópia de tal decisão, tendo acerca dela pleno conhecimento. A finalidade do legislador com esta nova regra processual foi a de evitar que tão-somente a eloquência do orador, com argumentos legalmente injustos e equivocados, pudesse ser suficiente para definir um julgamento. Com o novo texto dado ao inciso I do art. 478 do CPP, a mera capacidade de oratória das partes já não pode ser a única responsável para o resultado do julgamento; agora a retórica tem de estar, necessariamente, baseada em algo que efetivamente possa ser considerado prova – e a sentença de pronúncia não é prova, mas simples ato jurisdicional. Assim, apenas há possibilidade de anular um julgamento com base no artigo 478, I, do CPP quando restar claro que a parte se utilizou de um trecho da decisão de pronúncia (ou posterior que a tenha confirmado) a este conferindo um juízo de valor, interpretando-o de forma distorcida, com a clara finalidade de convencer os membros do Conselho de Sentença que o magistrado prolator da sentença estava “culpando”

ou “inocentando” o réu. Do contrário, não vejo prejuízo algum a leitura de uma decisão imparcial que não expõe opinião pessoal do magistrado togado que a prolatou (APR n. 7002780588, de Porto Alegre, rel. Des. Marcel Esquivel Hoppe, j. em 18.3.09, disponível em <[www.tjrs.jus.br/jurisprudência/integra da ementa/inteiro teor](http://www.tjrs.jus.br/jurisprudencia/integra-da-ementa/inteiro-teor)> acesso em 11 mai. 2010).

Diante disso, reputa-se plenamente válido o julgamento.

De outro vértice, não se pode conhecer do recurso na parte que alega decisão contrária à evidência dos autos, eis que se constitui em reiteração do fundamento do recurso intentado anteriormente pelo representante do Ministério Público e que culminou na anulação do primeiro julgamento (fls. 438/444), circunstância que configura a hipótese de incidência do cânone insculpido no art. 593, § 3º, última parte, do Código de Processo Penal.

Interpretando a norma supra referida e sintetizando a orientação que a jurisprudência predominante lhe conferiu, Ada Pellegrini Grinover, Antônio Magalhães Gomes Filho e Antônio Scarance Fernandes anotam:

Observe-se que, conforme o art. 593, § 3º, não será admitida segunda apelação pelo mesmo motivo, entendendo-se por mesmo motivo a mesma hipótese de cabimento, ou seja, o mesmo fundamento legal: decisão manifestamente contrária à prova dos autos. Haverá o impedimento de nova apelação ainda que a causa tenha sido alterada. Assim, se o promotor assentou a primeira impugnação da falta de amparo para a tese de negativa de autoria acolhida pelos jurados, não poderá, na segunda vez, usar de apelação porque agora a decisão popular admitiu a legítima defesa sem qualquer arrimo na prova. Pouco importa também se o primeiro recurso foi formulado pela parte contrária: se o réu recorre da condenação e invoca o art. 593, III, d, vindo o tribunal a determinar novo julgamento, que culmina com a absolvição do acusado, não poderá agora o promotor apelar porque teria havido manifesta divergência com a prova (Recursos no processo penal: teoria geral dos recursos, recursos em espécie, ações de impugnação, reclamação aos tribunais, 3. ed. rev., atual e ampl, São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 2001, pp. 125/126).

Idêntico entendimento sufragam Damásio E. de Jesus (Código de processo penal anotado, 18. ed. atual., São Paulo, Saraiva, 2002, pp. 444/445) e Guilherme de Souza Nucci (Código de processo penal comentado, 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 2008, p. 946).

Nesse sentido, proclamou o Supremo Tribunal Federal:

DIREITO CONSTITUCIONAL, PENAL E PROCESSUAL PENAL.

JÚRI. APELAÇÃO COM BASE NO ART. 593, III, “D”, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL: PROVIMENTO.

DESCABIMENTO DE NOVA APELAÇÃO, “PELO MESMO MOTIVO”, OU SEJA, PELO MESMO FUNDAMENTO, AINDA QUE INTERPOSTA PELA OUTRA PARTE (PARÁGRAFO 3º DO MESMO ARTIGO).

INOCORRÊNCIA DE VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA ISONOMIA.

1. Uma vez anulado o primeiro julgamento, perante Tribunal do Júri, em face de apelação interposta com base no art. 593, III, “d”, do Código de Processo Penal, outro recurso, com o mesmo fundamento, é descabido ainda que apresentado pela outra parte (parágrafo 3º do mesmo dispositivo).

2. Desse modo, fica respeitado o princípio da soberania do júri, tão constitucional quanto o da isonomia.

3. Apelação não conhecida.

4. “H.C.” indeferido.

5. Precedentes do S.T.F. (HC n. 77686-RJ, rel. Min. Sydney Sanches, j. em 20.10.98, disponível em <[www.stf.jus.br/jurisprudência/inteiro teor](http://www.stf.jus.br/jurisprudência/inteiro%20teor)> acesso em 11 mai. 2010).

Idêntica senda trilha o Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSUAL PENAL. RECURSO ESPECIAL. TENTATIVA DE HOMICÍDIO SIMPLES. APELAÇÃO. ART. 593, III, D DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. DECISÃO MANIFESTA-

MENTE CONTRÁRIA À PROVA DOS AUTOS, ART. 593, § 3º. CABIMENTO, POR ESTE MOTIVO, DE UM ÚNICO APELO.

A jurisprudência desta Corte é pacífica no sentido de que o recurso de apelação fundado no art. 593, III, d do CPP somente pode ser utilizado uma única vez, a teor do disposto na parte final do § 3º do mesmo dispositivo. (Precedentes desta Corte e do STF).

Recurso especial desprovido (REsp. n. 954914-DF, rel. Min. Felix Fischer, j. em 29.11.07, disponível em <[www.stj.jus.br/jurisprudência/integra do acórdão](http://www.stj.jus.br/jurisprudencia/integra%20do%20acordao)> acesso em 11 mai. 2010).

Não é outro o entendimento desta Câmara, *verbis*:

Decisão manifestamente contrária à prova dos autos. Argumento já invocado em recurso anteriormente interposto pelo Ministério Público, ao qual foi dado provimento para anular o julgamento. Inviabilidade de novo apelo sob o mesmo fundamento, ainda que interposto pela parte *ex adversa*. Vedação expressa do art. 593, § 3º, do Código de Processo Penal. Não conhecimento, sob esse aspecto (APR n. 00.018194-3, de Coronel Freitas, rel. Des. Maurílio Moreira Leite).

Portanto, não há ensejo a que se conheça da pretensão recursal quanto ao particular.

DECISÃO

Ante o exposto, negou-se provimento ao recurso no concernente ao primeiro fundamento e dele não se conheceu no que tange ao segundo.

Participaram do julgamento, realizado nesta data, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Irineu João da Silva e Salete Silva Sommariva, emitindo parecer pela douta Procuradoria-Geral de Justiça o Dr. Jobél Braga de Araújo.

Florianópolis, 11 de maio de 2010.

Sérgio Paladino
PRESIDENTE E RELATOR

Apelação Criminal (Réu Preso) n. 2009.075087-2, de Ponte Serrada

Relator: Des. Sérgio Paladino

APELAÇÃO CRIMINAL. TRIBUNAL DO JÚRI. HOMICÍDIO QUALIFICADO. VIOLAÇÃO DO ART. 472, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. CONTRARIEDADE A TEXTO EXPRESSO DE LEI. CÓPIA DOS AUTOS ENTREGUE AOS JURADOS NO MOMENTO DA INTIMAÇÃO PARA SESSÃO DO JÚRI. NULIDADE ABSOLUTA. ARGUMENTO PROCEDENTE.

RECURSO PROVIDO.

A cópia da pronúncia ou, se for o caso, das decisões posteriores que julgarem admissível a acusação, bem assim do relatório do processo, só serão entregues aos jurados em plenário, após a realização do juramento, *ex vi* do art. 472, parágrafo único, do Código de Processo.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal (Réu Preso) n. 2009.075087-2, da comarca de Ponte Serrada (Vara Única), em que é apelante Leocir dos Santos, apelada a Justiça, por seu Promotor, e interessado Leandro de Godoy:

ACORDAM, em Segunda Câmara Criminal, à unanimidade, dar provimento ao recurso para anular o julgamento do Tribunal do Júri e determinar que a outro seja o apelante submetido, estendendo-se os efeitos do julgado ao interessado, com fulcro no art. 580 do Código de Processo Penal. Custas legais.

RELATÓRIO

Na comarca de Ponte Serrada, a representante do Ministério Público ofereceu denúncia contra Leandro de Godoy e Leocir dos Santos, dando-os com incursos nas sanções do art. 121, § 2º, incisos II, III e IV, do Código Penal, pelos fatos assim narrados, *ipsis verbis*:

Na data de 7 de outubro de 2008, por volta das 23h, LEANDRO DE GODOY e LEOCIR DOS SANTOS encontraram-se, por acaso, com a vítima Gilberto Bitencourt Marques no “Bar do Polaco”, localizado na Rua Madre Maria Theodora, Centro, ponte Serrada, onde permaneceram por alguns instantes consumindo bebida alcóolica.

Tendo em vista que a vítima era conhecida de LEANDRO DE GODOY, os três decidiram ir até o “Bar do Fio”, localizado na Rua Ângelo Favretto, Centro, Ponte Serrada/SC, a fim de comprarem mais bebida.

Lá chegando, perceberam que o estabelecimento estava fechado, tendo, então, por motivos não esclarecidos, se iniciado uma discussão entre LEANDRO DE GODOY, LEOCIR DOS SANTOS e a vítima, ocasião em que esta tentou brigar com os denunciados, os quais saíram correndo.

Na seqüência, os denunciados, previamente ajustados, e já com intenção de matar, ficaram esperando a vítima no cruzamento da Rua Ângelo Favreto com a Rua Veranópolis, Bairro Cascatinha, Ponte Serrada/SC, tendo LEANDRO DE GODOY aguardado com uma pedra na mão.

Com a aproximação de Gilberto Bitencourt Marques, LEANDRO DE GODOY arremessou a pedra em direção à cabeça da vítima, vindo a acertá-la e fazendo com que ela desmaiasse e caísse no chão.

Em seguida, percebendo que a vítima ainda estava viva, os denunciados, em comunhão de esforços e visando a um fim comum, arrastaram-na, pegando cada um em um de seus braços, por cerca de 35 (trinta e cinco) metros, até a Rua Veranópolis, localizada no mesmo Bairro.

No local, os denunciados largaram os braços da vítima e deixaram-na deitada, ainda desmaiada.

Ato contínuo, com intenção homicida, LEANDRO DE GODOY pegou um pedra pesada, com aproximadamente 10 kg (dez quilos), que estava no local (vide foto de fl. 12), levantou-a e soltou-a em direção à cabeça da vítima, vindo a acertá-la.

Ressalte-se que, enquanto LEANDRO DE GODOY pegava a pedra e a soltava contra a cabeça da vítima, LEOCIR DOS SANTOS, também com intento homicida, permanecia ao seu lado, instigado e apoiando o comparsa, tendo inclusive desferido um chute contra a cabeça de Gilberto Bitencourt Marques após este receber a segunda pedrada.

As lesões provocadas pelas pedras que atingiram a cabeça de Gilberto Bitencourt Marques foram a causa da sua morte, no dia seguinte, conforme demonstra o laudo pericial de fl. 26.

O crime foi cometido por motivo fútil, em razão de os denunciados não se conformarem com a discussão ocorrida momentos antes e com o fato de a vítima tê-los feito correr.

Os denunciados agiram de modo a impossibilitar a defesa de Gilberto Bitencourt Marques, que estava desmaiado no chão em razão da primeira pedrada que havia recebido, e que, por isso, não podia se defender.

Ficou evidenciado, ainda, que o crime foi executado com o emprego de meio cruel, pois os golpes foram desferidos contra cabeça da vítima, com pedras, uma delas muito pesada, causando fratura dos ossos do crânio e da face e fazendo com que Gilberto Bitencourt Marques padecesse de intenso e desnecessário sofrimento até ser encontrado no início da manhã do dia seguinte, quando foi encaminhado ao Hospital São Paulo em Xanxerê e veio a falecer (fls. II/VI).

Decretada a prisão preventiva (fls. 26/28) e recebida a denúncia (fl. 38), citados (fl. 55), os acusados apresentaram defesas prévias, deixando de postular a produção de prova oral (fls. 60/67 e 74/77), oportunidade em que requereram, sem êxito, a revogação da custódia cautelar (fls. 71, 84/85).

Inquiridas as testemunhas arroladas na exordial acusatória (fls. 94/99 e 145/146) e indeferida a oitiva das indicadas, extemporaneamente, por Leandro (fls. 134/136), procedeu-se ao interrogatório dos réus (fls. 147/152).

Deduzidas as derradeiras alegações, na ordem legal (fls. 160/172, 200/208 e 209/233), a Dr. Juíza de Direito pronunciou Leandro e Leocir, como incurso nas sanções do art. 121, § 2º, incisos II, III e IV, do Código Penal (fls. 237/252).

Na fase a que alude o art. 422 do Código de Processo Penal, apenas o Dr. Promotor de Justiça fez requerimento, deixando, contudo, de apresentar rol de testemunhas (fl. 266).

Cumpridas as formalidades legais, os pronunciados foram submetidos a julgamento pelo Tribunal do Júri, havendo o Conselho de Sentença reconhecido a materialidade e a autoria do homicídio, condenando a ambos, havendo admitido, outrossim, em relação a Leandro, as qualificadoras do motivo fútil, do meio cruel e do recurso que impossibilitou a defesa da vítima, e no concernente a Leocir apenas a do recurso que impossibilitou a defesa da vítima, assentando, finalmente, que a sua participação foi de menor importância (fls. 312/315).

Ato contínuo, a Dra. Juíza Substituta proferiu a sentença, por intermédio da qual impôs a Leandro a pena de 14 (quatorze) anos de reclusão, para cujo resgate estabeleceu o regime inicialmente fechado, por infração ao art. 121, § 2º, incisos I, II e IV, do Código Penal e a Leocir 8 (oito) anos de reclusão, a ser cumprida em regime inicial semiaberto, pelo cometimento do crime capitulado no art. 121, § 2º, inciso IV, combinado com o art. 29, § 1º, ambos do Código Penal. Finalmente, a magistrada lhes negou o direito recorrer em liberdade (fls. 316/323).

Inconformado, Leocir apelou, arguindo, preliminarmente, a nulidade do julgamento, alegando a configuração de vício na comunicabilidade e imparcialidade dos jurados em decorrência da entrega de cópias de documentos encartados nos autos no momento em que foram intimados. No mérito, persegue a invalidação do julgamento, sustentando que o veredicto

contrariou, manifestamente, a prova dos autos. Alternativamente, pretende a exclusão da qualificadora (fls. 347/365).

Com as contrarrazões (fls. 416/433), o processo ascendeu a esta Corte, manifestando-se a douta Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer do Dr. Robison Westphal, pelo provimento do recurso para que se anule o veredicto do Júri Popular (fls. 441/447).

Converteu-se o julgamento em diligência a fim de que o analista jurídico certificasse a tempestividade do apelo interposto por Leocir, retornando os autos, em seguida, conclusos.

VOTO

O processo padece de vício insanável, eis que os mandados expedidos para a intimação dos vinte e cinco (25) jurados estavam acompanhados de cópias das principais peças do processo, cuja análise prévia, sem o devido esclarecimento, influenciou sobremaneira na decisão do Conselho de Sentença.

A nova redação do art. 472, parágrafo único, resultante da edição da Lei n. 11.689/08, que alterou o procedimento dos feitos sujeitos ao julgamento do Tribunal do Júri, autoriza a distribuição de cópias de alguns documentos ao corpo de jurados. Entretanto, determina que a entrega só ocorra após a realização do juramento que antecede a instrução em plenário nestes termos:

“Art. 472. Formado o Conselho de Sentença, o presidente, levantando-se, e, com ele, todos os presentes, fará aos jurados a seguinte exortação:

(...).

Parágrafo único. O jurado, em seguida, receberá cópias da pronúncia ou, se for o caso, das decisões posteriores que julgaram admissível a acusação e do relatório do processo”.

O malferimento do texto expresso de lei restou comprovado pela certidão de fl. 415, exarada pela chefe do cartório daquela comarca, atestando que remeteu, antecipadamente e sem o prévio consentimento da magistrada, as cópias aos jurados com intuito “de agilizar a preparação dos mesmos para o julgamento”, por ser prática “adotada pela antiga Juíza titular”, obrigando, assim, a que se reconheça a nulidade absoluta do julgamento realizado pelo Tribunal do Júri.

Quanto ao detalhe, assinalou, com propriedade, o Dr. Procurador de Justiça, *verbis*:

Todavia, na situação dos autos, tendo sido remetidas a todos os jurados sorteados cópias da denúncia, boletim de ocorrência, auto de exame de corpo de delito de um dos acusados, laudo pericial cadavérico, termos de depoimentos e de interrogatórios, decisão de pronúncia, relatório e mandado de intimação com o rol de todos os sorteados, compromete-se, ao nosso ver, a imparcialidade do veredicto, havendo o risco dos jurados se basearem nestas peças ao votarem, em razão da falta de esclarecimento das partes ou do juiz presidente quanto às suas reais finalidades.

É plenamente possível que os jurados, leigos, compareçam à Sessão de Julgamento predeterminados a decidirem a causa segundo a convicção extraída das peças fornecidas (fls. 445).

Portanto, como o veredicto do Conselho de Sentença padeça do vício da nulidade, impõe-se que o apelante seja submetido a novo julgamento, estendendo-se os efeitos do julgado ao interessado.

DECISÃO

Ante o exposto, deu-se provimento ao recurso para anular o julgamento realizado pelo Tribunal do Júri e determinar que a outro seja o apelante submetido, estendendo-se os efeitos do julgado ao interessado, com fulcro no art. 580, do Código de Processo Penal.

Participaram do julgamento, realizado nesta data, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Irineu João da Silva e Salete Silva Sommariva, emitindo parecer pela douta Procuradoria-Geral de Justiça o Dr. Robison Westphal.

Florianópolis, 8 de junho de 2010.

Sérgio Paladino
PRESIDENTE E RELATOR

TERCEIRA CÂMARA CRIMINAL

APELAÇÕES CRIMINAIS

Apelação / Estatuto da Criança e do Adolescente n. 2009.070813-4, da Capital

Relator: Des. Torres Marques

ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. TRÁFICO DE DROGAS. REQUERIDO O RECEBIMENTO DO APELO TAMBÉM NO EFEITO DEVOLUTIVO. APLICAÇÃO DO ART. 520, VII, DO CPC. RECURSO QUE DEVE SER RECEBIDO SOMENTE NO EFEITO DEVOLUTIVO QUANDO SE TRATAR DE DECISÃO QUE CONFIRMA A ANTECIPAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA. INTERNAÇÃO PROVISÓRIA (ART. 108 DO ECA) DURANTE O PROCESSO QUE SE ENQUADRA NESTA ESPECIFICIDADE. ADOÇÃO, PELO ESTATUTO, DO SISTEMA RECURSAL CIVIL. PREFACIAL REPELIDA.

MÉRITO. PRETENDIDA A IMPROCEDÊNCIA DA REPRESENTAÇÃO AO ARGUMENTO DE QUE NÃO HÁ PROVAS QUANTO À CONDUTA TÍPICA. MATERIALIDADE E AUTORIA EVIDENCIADAS. CONFISSÃO CORROBORADA PELAS DECLARAÇÕES DOS POLICIAIS. COMPROVADO QUE O ADOLESCENTE TRAZIA CONSIGO DROGA COM FINALIDADE COMERCIAL. NÚCLEO DO TIPO EVIDENCIADO. PROCEDÊNCIA DA REPRESENTAÇÃO MANTIDA.

MEDIDA SOCIOEDUCATIVA DE LIBERDADE ASSISTIDA. INTENTADA A FIXAÇÃO DE OUTRA MAIS BRANDA. DECISÃO FUNDAMENTADA. DEMONSTRADO SER A MEDIDA

IRROGADA A MAIS CONDIZENTE COM AS CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO CONCRETO.

RECURSO DESPROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação / Estatuto da Criança e do Adolescente n. 2009.070813-4, da comarca da Capital (Vara da Infância e da Juventude), em que é apelante F. L. da C., e apelada a Justiça, por seu Promotor:

ACORDAM, em Terceira Câmara Criminal, por unanimidade de votos, afastar a preliminar e negar provimento ao recurso. Custas na forma da lei.

RELATÓRIO

Perante o juízo da Vara da Infância e da Juventude, o representante do Ministério Público ofertou representação contra o adolescente F. L. da C., pela prática do ato infracional descrito no art. 33 da Lei n. 11.343/06, conforme se infere da inicial:

No dia 25 de junho de 2009, por volta das 16h:00min, na Rua Laura Caminha Meira, Servidão Topázio, na escadaria do Morro da Mariquinha, Centro, Florianópolis, F. L. da C. ora representado trazia consigo, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, 65,2g de cocaína, acondicionada em um pacote plástico, e 406,5g de maconha. Tais substâncias entorpecentes são capazes de causar dependência física e/ou psíquica (Laudo de Constatação à fl. 11 e Termo de Apreensão de fl. 09).

Policiais militares que acompanhavam a movimentação de pessoas no local, dirigiram-se até a escadaria do Morro da Mariquinha e flagraram o adolescente na posse do material entorpecente.

Não fora isso, os milicianos apreenderam na pochete do adolescente 1 balança de precisão e R\$ 270,90, ambos elementos denotativos do tráfico de entorpecentes.

Finda a instrução, a representação foi julgada procedente, sendo aplicada ao adolescente a medida socioeducativa de liberdade assistida cumulada com frequência à programa de auxílio, orientação e tratamento a toxicômanos, pela prática do ato infracional descrito no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/06.

Inconformado (fl. 98), o adolescente recorreu da decisão, alegando (fls. 99/109) que os policiais que realizaram sua apreensão não mencionaram tê-lo visto comercializando drogas. Aduziu que não há provas de que tenha praticado algum ato que caracterizasse o comércio de drogas, pugnando, assim, pela improcedência da representação. Sucessivamente, requereu a substituição da medida socioeducativa por outra mais branda.

Contra-arrazoado o recurso (fls. 110/115) e proferido o despacho de manutenção da decisão (fl. 116), ascenderam os autos a esta superior instância, opinando a Procuradoria Geral de Justiça, em parecer da lavra do Dr. Humberto Francisco Scharf Vieira, pelo desprovimento do apelo.

VOTO

Trata-se de apelação criminal interposta por F. L. da C. contra decisão que lhe aplicou a medida socioeducativa de liberdade assistida pela prática do ato infracional descrito no art. 33 da Lei n. 11.343/06.

Preliminarmente, pugnou o apelante pelo recebimento do recurso também em seu efeito suspensivo.

O Estatuto da Criança e do Adolescente, ao dispor sobre os efeitos do recebimento do recurso, estipulou que, via de regra, a insurgência deve ser recebida apenas no efeito devolutivo, a teor do art. 198, VI, da Lei n. 8.069/90. O Estatuto ainda adotou o sistema recursal do Código de Processo Civil, ressalvadas as adaptações nele previstas (art. 198, *caput*, do ECA).

Adveio então a Lei n. 12.010/09, que dispôs em geral sobre a adoção, alterando e acrescentando diversos dispositivos no Estatuto da Criança e do Adolescente. O art. 8º da lei em comento revogou os incisos IV, V e VI do art. 198 do ECA, sem estipular nenhuma outra forma de tratar a matéria. De acordo com a novel legislação, não há mais regramento, no próprio estatuto, relativamente aos efeitos nos quais o recurso deve ser recebido. Porém, a lacuna em evidência é de simples preenchimento, sendo suficiente uma interpretação sistemática da Lei n. 8.069/90 e do Código de Processo Civil para dirimi-la.

Por se tratar de matéria recursal, deve ser adotado o sistema próprio do Código de Processo Civil e, de acordo com o art. 520 desta norma, a apelação deve ser recebida, regra geral, no duplo efeito. O mesmo artigo, entretanto, elenca algumas situações em que o apelo deverá ser recebido apenas no efeito devolutivo e dentre elas se enquadra a hipótese em que o recurso é interposto contra sentença que “confirmar a antecipação dos efeitos da tutela” (art. 520, VII, do CPC).

Diante dessa dicção legal e seguindo o art. 198, *caput*, do ECA, é possível sustentar a aplicação do art. 520, VII, do CPC ao ECA, haja vista que a internação provisória, no curso da instrução, admitida pelo art. 108 da Lei n. 8.069/90, de certa forma, apresenta-se como uma antecipação da medida socioeducativa, que é a tutela perseguida na ação destinada à apuração de ato infracional.

É notório que nos casos afetos à Infância e Juventude a internação pode ser decretada desde o início do processo (art. 108 do ECA), ou seja, quando ainda não há instrução probatória nem sentença. Todavia, a internação – ou outra medida, como no caso em evidência – aplicada como medida socioeducativa necessita de prova cabal quando à materialidade e à autoria do ato infracional, bem como do cumprimento dos requisitos do art. 122 do ECA.

Dessa feita, não seria lógico entender que qualquer medida socioeducativa poderia ser irrogada após o trânsito em julgado e que a internação provisória – que houve no caso em voga (fls. 24/25) – poderia ocorrer a qualquer tempo.

Se a legislação admite que o magistrado realize o menos (conter provisoriamente o adolescente, sem a análise probatória), não seria razoável que o mesmo legislador vedasse o mais (manter a contenção ou aplicar qualquer medida após a análise de todas as provas e conclusão sobre a responsabilidade do adolescente). *Mutatis mutandis*:

HABEAS CORPUS. ECA. INTERNAÇÃO. PRESCRIÇÃO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CONFIGURADO. RECEBIMENTO DA APELAÇÃO. EFEITO SUSPENSIVO. DESCABIMENTO. INTERNAÇÃO PROVISÓRIA ANTERIOR. MANUTENÇÃO DA SEGREGAÇÃO. Da prescrição. Inocorrência da prescrição em concreto, porquanto o prazo prescricional da medida sócio-educativa de internação é de quatro anos. Dos efeitos da apelação. Em tese, é cabível o recebimento da apelação no efeito suspensivo, contra sentença que aplica a medida sócio-educativa de internação à adolescente, sob pena de dano irreparável ou de difícil reparação. Inteligência do art. 198, inciso VI, do ECA. No peculiar do presente caso, contudo, tendo em vista que contra o adolescente já havia sido determinada a internação provisória anterior a sentença, não se constitui em ato ilegal ou abusivo a decisão que recebeu o recurso de apelação apenas no efeito devolutivo. DENEGARAM A ORDEM. (Habeas Corpus n. 70025735556, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, rel. Rui Portanova, j. em 02/10/2008).

Nesse sentido, colhe-se de decisão pretérita deste signatário:

HABEAS CORPUS. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. ATO INFRACIONAL EQUIPARADO A ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR (ART. 214, *CAPUT*, DO CP). INSURGÊNCIA CONTRA DECISÃO QUE JULGOU PROCEDENTE A REPRESENTAÇÃO E DETERMINOU A IMEDIATA INTERNAÇÃO DOS PACIENTES. PLEITO RELACIONADO AOS EFEITOS DO RECEBIMENTO DO RECURSO. APELO QUE, VIA DE REGRA, ERA RECEBIDO

APENAS NO EFEITO DEVOLUTIVO, A TEOR DO ART. 198, VI, DO ECA. SUPERVENIÊNCIA DA LEI N. 12.010/09 QUE REVOGOU CITADO DISPOSITIVO SEM DISPOR SOBRE A MATÉRIA. NECESSIDADE DE INTERPRETAÇÃO SISTEMÁTICA ENTRE O ECA E O CPC. INTELIGÊNCIA DO ART. 198, *CAPUT*, DO ECA QUE ADOTA O SISTEMA RECURSAL PROCESSUAL CIVIL.

APLICAÇÃO DO ART. 520, VII, DO CPC. RECURSO QUE DEVE SER RECEBIDO SOMENTE NO EFEITO DEVOLUTIVO QUANDO SE TRATAR DE DECISÃO QUE CONFIRMA A ANTECIPAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA. INTERNAÇÃO PROVISÓRIA (ART. 108 DO ECA) DURANTE O PROCESSO QUE SE ENQUADRA NESTA ESPECIFICIDADE. IMPOSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DA NORMA PROCESSUAL PENAL DIANTE DA ADOÇÃO, PELO ESTATUTO, DO SISTEMA RECURSAL CIVIL. ORDEM DENEGADA. (Apelação/Estatuto da Criança e do Adolescente n. 2009.063104-6, de Canoinhas, j. 17/11/2009).

Dessa forma, arreda-se a prefacial, passando-se ao exame do mérito do apelo.

A materialidade infracional ficou comprovada por meio do Auto de Apreensão de Adolescente Infrator (fls. 2/6), do Boletim de Ocorrência (fl. 7), do Termo de Exibição e Apreensão (fl. 9), do Laudo de Constatação (fl. 11) e do Laudo Pericial (fls. 50/52).

A autoria restou demonstrada pela confissão do adolescente, bem como pelas declarações dos policiais que realizaram sua apreensão.

Extrai-se dos autos que a autoridade policial, após denúncias sobre a ocorrência de tráfico de drogas no local denominado Morro da Mariquinha, nesta cidade, diligenciou na região e confirmou a veracidade das informações.

Assim, os policiais chegaram ao local e perceberam alguns adolescentes reunidos, dentre eles o representado, com quem foi encontrado o

material descrito no termo de fl. 9, qual seja, um pacote contendo 65,2 (sessenta e cinco gramas e dois decigramas) de cocaína, um torrão de 406,5g de maconha (quatrocentos e seis gramas e cinco decigramas) e uma balança de precisão.

Em todas as ocasiões em que foi ouvido, o adolescente confirmou que estava exercendo a mercancia de drogas no local e que assim procedia para sustentar sua dependência química. Na delegacia de polícia (fl. 5), afirmou que estava com “uma pochete contendo 01 (uma) balança de precisão, certo valor em reais, a qual o declarante não sabia precisar, e certa quantidade de cocaína e maconha”, salientando que “comercializava sozinho as referidas substâncias entorpecentes na localidade”.

Quando da audiência de apresentação perante o representante do Ministério Público, o representado confirmou suas anteriores asserções, esclarecendo que na ocasião em evidência “tinha aproximadamente 20 gramas de cocaína e 150g de maconha; que vendia a cocaína no valor de R\$ 30,00 à grama; que a maconha era pro seu consumo” (sic).

Não foram divergentes as suas declarações sob o crivo do contraditório, na presença de seu advogado, ocasião em que assim se pronunciou (fl. 41):

Que estava no local dos fatos, não na boca de fumo mas sim um pouco mais abaixo, e estava apenas com 20 gramas de cocaína, 150 gramas de maconha e a pochete com dinheiro, balança e anotações de pessoas que pegam droga para pegar depois; que estava traficando há apenas 3 ou 4 dias e a venda da droga era para pagar o seu consumo de maconha.

Percebe-se que as informações prestadas pelo representado foram sempre condizentes entre si, não apresentando dissonâncias, principalmente pelo fato de sempre assumir a responsabilidade pela conduta perpetrada.

Mas como se não bastasse, presente no caderno processual as declarações dos agentes de segurança pública que realizaram a apreensão do adolescente.

O policial condutor Cleber Molossi relatou, de forma uníssona na delegacia de polícia (fls. 2/3) e em juízo (fl. 61), como ocorreu a apreensão do adolescente. Descreveu que foi realizado um monitoramento no local em razão da existência de denúncias sobre o tráfico de drogas desempenhado por adolescentes. Afirmou que no dia dos fatos cercaram o morro, oportunidade em que encontraram o representado nos fundos de uma residência, sendo com ele encontrados maconha, cocaína, balança de precisão, dinheiro trocado e papéis com anotações de venda.

No mesmo sentido foram os palavras do policial Valdelino Darci Bernardes (fls. 4 e 62), pelo que, para ilustrar, extrai-se de suas assertivas perante a autoridade judicial:

Que no dia dos fatos utilizaram do helicóptero para verificar onde as pessoas que estavam traficando no local corriam quando da chegada da polícia, por ser um local de difícil acesso; que estavam monitorando o local há vários dias; que quando estavam subindo o morro viram o portão de uma casa aberto, e uns cachorros latindo nos fundos, dirigindo-se para lá encontraram o representado; que com ele foi encontrado maconha, cocaína, salvo engano, duas balanças de precisão.

Esse é o conjunto probatório carreado ao feito, do qual se conclui que a conduta do adolescente de trazer consigo drogas destinada à mercancia encaixa-se na figura descrita no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/06.

Nem se diga que o fato do adolescente não ter sido visto no momento em que comercializava a substância obsta o reconhecimento do ato infracional, haja vista que, como citado, o fato de trazer consigo droga para este fim é suficiente à configuração da figura típica, razão pela qual mantém-se a decisão que julgou procedente a representação pela prática do ato infracional em tela.

No concernente à pretendida alteração da medida socioeducativa irrogada – liberdade assistida cumulada com frequência à programa de auxílio, orientação e tratamento a toxicômanos –, melhor sorte não assiste ao apelante.

Denota-se da decisão objurgada que foram sopesadas as circunstâncias pessoais do agente, bem como aquelas relativas ao ato infracional por ele praticado, concluindo-se ser a liberdade assistida cumulada com frequência a programa relacionado ao tratamento da dependência química do adolescente a medida mais condizente ao caso.

Isso porque, como mencionou a togada, “somente um trabalho socioeducativo sério e efetivo poderá ensejar as mudanças almejadas no caráter e na personalidade do adolescente, servindo de estímulo à reflexão acerca do ato ilegal praticado” (fls. 90/91).

É sabido, ainda, que a medida em voga, conforme leciona Wilson Donizete Liberati, “tem ampla abrangência na linha de acompanhamento, auxílio e orientação ao adolescente, visando à sua perfeita integração familiar e comunitária” (Comentários ao estatuto da criança e do adolescente. 9. ed. rev. e ampl. Malheiros Editores, 2006, p. 108).

Situação semelhante foi apreciada por este signatário em oportunidade pretérita:

APELAÇÃO. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. ATOS INFRACIONAIS DE TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO (ART. 33, *CAPUT*, E ART. 35, AMBOS DA LEI N. 11.343/06). PLEITO ABSOLUTÓRIO CALCADO NA INSUFICIÊNCIA DE PROVAS. CONFISSÃO DO ADOLESCENTE CORROBORADA PELAS PALAVRAS DOS POLICIAIS. COMPROVADO O TRANSPORTE DE DROGA E O VÍNCULO ASSOCIATIVO. GRANDE QUANTIDADE DE MACONHA ENCONTRADA NA POSSE DA ADOLESCENTE E DE MAIOR IMPUTÁVEL QUE O ACOMPANHAVA. PROCEDÊNCIA DA REPRESENTAÇÃO MANTIDA.

PRETENDIDA ALTERAÇÃO DA MEDIDA SÓCIO-EDUCATIVA APLICADA. FIXADA A INTERNAÇÃO EM RAZÃO DA GRAVIDADE DO ATO INFRACIONAL PERPETRADO. NÃO PREENCHIDOS OS REQUISITOS DESCRITOS NO ART. 122 DO ECA. LIBERDADE ASSISTIDA QUE SE MOSTRA MAIS ADEQUADA DIANTE DAS CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO CONCRETO. MEDIDA ALTERADA. DESINTERNAÇÃO DO ADOLESCENTE QUE SE IMPÕE.

RECURSO PROVIDO EM PARTE. (Apelação/Estatuto da Criança e do Adolescente n. 2008.068964-2, de Xanxerê, j. 18/12/2008).

Dessa feita, mantém-se a decisão combatida, negando-se provimento ao recurso.

DECISÃO

Ante o exposto, afasta-se a preliminar e nega-se provimento ao recurso.

Participaram do julgamento, realizado no dia 2 de fevereiro de 2010, os Exmos. Des. Alexandre d'Ivanenko e Moacyr de Moraes Lima Filho. Funcionou na sessão, pela Procuradoria Geral de Justiça, o Exmo. Dr. Sérgio Antônio Rizelo.

Florianópolis, 24 de março de 2010.

Torres Marques
PRESIDENTE E RELATOR

Apelação Criminal (Réu Preso) n. 2010.049754-1, de Canoinhas

Relator: Des. Torres Marques

PROCESSO PENAL. JÚRI. ALEGADA NULIDADE POR VIOLAÇÃO AO DISPOSTO NO ART. 478, I, DO CPP. ENTREGA AOS JURADOS, PELA ACUSAÇÃO, DE CÓPIA DO ACÓRDÃO QUE ANULOU JULGAMENTO ANTERIOR. INEXISTÊNCIA DE MANIFESTAÇÃO, COM ARGUMENTO DE AUTORIDADE, SOBRE O CONTEÚDO DA DECISÃO. NULIDADE INOCORRENTE. PREFACIAL AFASTADA.

“A distribuição da cópia da decisão de pronúncia pelo magistrado não evidencia qualquer nulidade, até porque, ‘os jurados têm direito de tomar conhecimento de todo conteúdo do processo, o que lhes garante a autêntica soberania para julgar’ (Guilherme de Souza Nucci, Código de Processo Penal Comentado, 8ª edição, 2008, São Paulo, pág. 803), ato, aliás, que hoje se encontra alicerçado no art. 472, parágrafo único, do Código de Processo Penal, novidade trazida pela Lei n. 11.689/2008” (TJPR, Apelação Crime n. 562.622-2, de Londrina, rel. Macedo Pacheco, j. 7/8/2009).

HOMICÍDIO QUALIFICADO. ALEGAÇÃO DE DECISÃO MANIFESTAMENTE CONTRÁRIA À PROVA DOS AUTOS. RECURSO DE APELAÇÃO ANTES INTERPOSTO PELO MINISTÉRIO PÚBLICO, TAMBÉM COM BASE NO ART. 593, III, “D”, DO CPP. INADMISSIBILIDADE DE SEGUNDA APELAÇÃO PELO MESMO MOTIVO, A TEOR DO ART. 593, § 3º, ÚLTIMA PARTE, DO CPP. RECURSO NÃO CONHECIDO NESSE ASPECTO.

SUSTENTADA A OCORRÊNCIA DE ERRO OU INJUSTIÇA NA APLICAÇÃO DA REPRIMENDA. PENA-BASE FIXADA

ACIMA DO MÍNIMO PREVISTO. ADEQUADA VALORAÇÃO DAS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DO ART. 59 DO CP, RELATIVAS ÀS CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME E AO COMPORTAMENTO DA VÍTIMA. MANUTENÇÃO. RECURSO NÃO PROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal (Réu Preso) n. 2010.049754-1, da comarca de Canoinhas (Vara Criminal), em que é apelante Sandro de Lima, e apelado o Ministério Público do Estado de Santa Catarina:

ACORDAM, em Terceira Câmara Criminal, por votação unânime, conhecer em parte do recurso, afastar a preliminar e negar-lhe provimento. Custas de lei.

RELATÓRIO

Na comarca de Canoinhas (Vara Criminal), o representante do Ministério Público denunciou Sandro de Lima, dando-o como incurso nas sanções do art. 121, § 2º, II e IV, do Código Penal, pelos fatos assim narrados na exordial acusatória:

Consta do caderno indiciário incluso, que, no dia 29 de junho de 2008, um domingo, por volta das 20 horas, no interior da residência localizada na Travessa Albino Vieira, n. 103, casa, Distrito de São Cristóvão, Município de Três Barras/SC, o denunciado Sandro de Lima, com verdadeira intenção homicida, investiu contra a vítima Maria Renilda Martins Moreira, sua companheira e, com um machado, desferiu-lhe um golpe na cabeça e a matou.

Restou apurado que, no dia dos fatos, no período da tarde, o denunciado, em estado de embriaguez, discutiu com sua amásia, saindo, em seguida, de casa.

Contudo, no início da noite, Sandro de Lima, ainda embriagado, retornou, para novamente discutir com a vítima. Dessa vez, pegou

de um machado e, agindo por motivo fútil, motivado pela simples discussão havida, desentendimentos, que, inclusive, já eram corriqueiros, atacou a companheira, desferindo-lhe violento golpe na cabeça e, assim, produzindo os ferimentos descritos no laudo pericial cadavérico, de fls. 13/14, suficientes para causar o óbito de Maria Renilda Martins Moreira.

Consta, ainda, que o denunciado cometeu o homicídio, mediante utilização de recurso que, no mínimo, dificultou a defesa da ofendida. Isso porque, mesmo com a superioridade em forças e armas, desferiu, por trás, o golpe de machado em Maria Renilda, surpreendendo-a, evidentemente, atingindo-lhe a cabeça na região occipital superior, conforme laudo cadavérico já referido.

Encerrada a instrução, a denúncia foi admitida para pronunciá-lo como incurso nas sanções do art. 121, § 2º, II e IV, do CP, determinando-se o seu julgamento perante o Tribunal do Júri (sentença de fls. 126/127).

A pronúncia restou preclusa (certidão de fl. 138).

Submetido a julgamento pelo Tribunal do Júri, o réu foi condenado à pena de 9 (nove) anos de reclusão, a ser cumprida inicialmente em regime fechado, pela prática de homicídio duplamente qualificado, reconhecido o benefício previsto no § 1º do art. 121 do CP (sob o domínio de violenta emoção). Foi-lhe negado o direito de apelar em liberdade (sentença de fls. 195/198).

Ao recurso de apelação interposto pelo representante do Ministério Público, esta Terceira Câmara Criminal, por votação unânime, deu provimento para anular o julgamento (acórdão de fls. 240/246).

Realizado novo julgamento, Sandro de Lima foi condenado à pena de 13 (treze) anos e 6 (seis) meses de reclusão, a ser cumprida inicialmente em regime fechado, por infração ao art. 121, § 2º, II e IV, do CP. Foi-lhe negado o direito de apelar em liberdade (sentença de fls. 293/296).

Inconformada com o resultado, a defesa interpôs recurso de apelação, com fulcro no art. 593, III, “a”, “c” e “d”, do CPP. Nas razões apresentadas às fls. 311/313, é apontada a nulidade do julgamento por ter sido disponibilizada cópia do acórdão que anulou o julgamento anterior, circunstância que “viciou qualquer manifestação dos jurados que pautaram sua decisão a partir da decisão do Tribunal de Justiça e não pela vontade e pelo que dos autos consta” (fl. 311). Quanto ao mais, aduz a defesa que foi “o julgamento contrário à prova dos autos e efetivamente na punição em pena acima do que realmente deveria ser aplicada” (fl. 312).

Contrarrazões às fls. 314/320, no sentido de ser mantida na íntegra a decisão recorrida.

A Procuradoria Geral de Justiça, por intermédio do Exmo. Dr. Humberto Francisco Scharf Vieira, opinou pelo não provimento do apelo (fls. 325/332).

VOTO

Cuida-se de recurso de apelação interposto por Sandro de Lima contra a decisão do Conselho de Sentença que o reconheceu como autor do homicídio duplamente qualificado, em que figura como vítima sua ex-companheira Maria Renilda Martins Moreira, crime ocorrido em 29 de junho de 2008.

Na ordem de prevalência das matérias suscitadas nas razões recursais, deve ser inicialmente apreciada a arguição de nulidade do julgamento, pois não reconhecida pelo Juiz Presidente “a nulidade do ato em disponibilizar aos jurados a decisão do Tribunal de Justiça em decisão que remeteu a novo júri o presente processo” (fl. 311), cuja alegação constitui fundamento do próprio recurso, consoante o disposto na alínea “a” do inciso III do art. 593 do CPP.

Conforme alegado nas razões, a acusação ao proceder à entrega de cópia do acórdão relativo ao julgamento do apelo interposto em face do primeiro veredito, “viciou qualquer manifestação dos jurados que pautaram sua decisão a partir da decisão do Tribunal de Justiça de Santa Catarina e não pela vontade e pelo que dos autos consta” (fl. 311).

Dentre outras inovações, a Lei n. 11.689/08, em vigor desde 9 de agosto de 2008, estabeleceu no art. 478 do CPP que durante os debates em plenário as partes, sob pena de nulidade, não poderão fazer referências:

- I - à decisão de pronúncia, às decisões posteriores que julgaram admissível a acusação ou à determinação do uso de algemas como argumento de autoridade que beneficiem ou prejudiquem o acusado;
- II - ao silêncio do acusado ou à ausência de interrogatório por falta de requerimento, em seu prejuízo.

Segundo se retira da ata de julgamento, a defesa, tão logo terminada a explanação da acusação, requereu fosse dissolvido o conselho de sentença diante da ocorrência de nulidade por cerceamento de defesa, decorrente da entrega de cópia do acórdão aos jurados. Na sequência, o juiz-presidente, indeferiu o pleito, considerando que não houve malferimento ao disposto no art. 478, I, do CPP, pois o representante do Ministério Público “apenas entregou cópia de tal decisão para que os jurados o lessem”, não utilizando a decisão como “argumento de autoridade” (fl. 300). Em relação a essa matéria, a defesa consignou o inconformismo na ata de julgamento, de acordo com as regras que regem as nulidades, sendo possível, agora, a análise do recurso sob esse aspecto.

Como se observa do art. 478, I, do CPP, a proibição legal ali contida não abrange qualquer menção ou referência ao julgamento anterior e, poderia se dizer mais, nem à pronúncia ou decisões posteriores que admitiram a acusação, mas somente sua utilização como argumento de autoridade, de forma a criar no jurado a sensação de que estaria vinculado àquele posicionamento. Ou seja, a vedação não diz respeito à simples leitura do

texto de prestação jurisdicional, o proibido é a má utilização do conteúdo da decisão com o intuito de influenciar o jurado integrante do Conselho de Sentença. Tal, não ocorre no presente caso, que, conforme registrado na ata de julgamento, a acusação apenas entregou cópia da decisão, sem qualquer manifestação a respeito.

Logo, a simples entrega de cópia do acórdão não pode ser entendida como uso do seu conteúdo como meio de argumentação a fim de determinar a sorte do réu perante os jurados.

A respeito, vide julgado do Tribunal de Justiça do Paraná:

APELAÇÃO CRIMINAL. TRIBUNAL DO JÚRI. [...] ENTREGA DA DECISÃO DE PRONÚNCIA AOS JURADOS. GARANTIA DE ACESSO AOS JURADOS DE TODOS OS ATOS DO PROCESSO. [...].

A distribuição da cópia da decisão de pronúncia pelo magistrado não evidencia qualquer nulidade, até porque, ‘os jurados têm direito de tomar conhecimento de todo conteúdo do processo, o que lhes garante a autêntica soberania para julgar’ (Guilherme de Souza Nucci, Código de Processo Penal Comentado, 8ª edição, 2008, São Paulo, pág. 803), ato, aliás, que hoje se encontra alicerçado no art. 472, parágrafo único, do Código de Processo Penal, novidade trazida pela Lei n. 11.689/2008 (Apelação Crime n. 562.622-2, de Londrina, rel. Macedo Pacheco, j. 7/8/2009).

Demais disso, quando o inciso I do art. 478 do CPP veda que durante os debates as partes façam referências “à decisão de pronúncia” ou “às decisões posteriores que julgaram admissível a acusação”, visa a impedir que as partes assim procedam exclusivamente no que toca à decisão de pronúncia e aos demais pronunciados do Poder Judiciário (embargos declaratórios ou acórdão proferido em recurso criminal) prolatados em vista de eventual recurso manejado para modificá-la. A vedação contida na norma em comento, não alcança, como no feito em exame, decisão proferida quando do julgamento do apelo aviado contra sentença que

reconheceu ao acusado, o privilégio previsto no § 1º do art. 121 do CP, no júri anteriormente realizado.

Diante do exposto, não se verifica a nulidade do julgamento apontada, por violação ao disposto no art. 478, I, do CPP.

Quanto ao fundamento da alínea “d” do inciso III do art. 593 do CPP, a pretensão é de que seja anulado o julgamento por ser a decisão dos jurados contrária à prova existente nos autos.

Nos processos que tramitam sob o procedimento do Tribunal do Júri é inadmissível a interposição de segunda apelação versando sobre a hipótese prevista no art. 593, III, “d”, do CPP (“quando a decisão dos jurados for manifestamente contrária à prova dos autos”), em razão de expressa vedação legal (art. 593, § 3º, última parte, do CPP).

No caso, a arguição de decisão manifestamente contrária à prova dos autos já foi analisada por este Tribunal por ocasião do julgamento da apelação anteriormente interposta pelo Ministério Público, que ensejou a nulidade do primeiro julgamento realizado pelo Tribunal do Júri.

Anota-se, por oportuno, que o fato de o primeiro recurso ter sido interposto pela acusação e este pela defesa não tem relevância, já que a lei não faz nenhuma distinção a respeito. Sobre essa questão, extrai-se do escólio de Júlio Fabbrini Mirabete:

Anulado o julgamento por ser a decisão manifestamente contrária à prova dos autos e repetindo-se a mesma decisão, não se permite nova anulação. É proibida também nova apelação se, agora, a decisão foi a inversa da anterior, ou seja, é indiferente ter sido da parte *ex adversa* a interposição do apelo anterior. Para a doutrina e jurisprudência, a expressão “pelo mesmo motivo” significa “pelo mesmo fundamento”. Sendo outro o fundamento, nada impede seja anulado o segundo julgamento (Código de Processo Penal Interpretado. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 1488).

Nesse sentido, leia-se:

A letra da lei é expressa (Código de Processo Penal, artigo 593, parágrafo 3º, *in fine*) e o discurso doutrinário é firme em que a proibição da renovação de recurso com mesmo fundamento não faz distinção de parte, pouco importando, assim, que o primeiro tenha sido interposto pelo Ministério Público, o que certamente exclui o cabimento de apelação ainda que com novo fundamento formal, mormente quando as qualificadoras do homicídio afastado pelo Júri foram reconhecidas pelo Juiz-Presidente como circunstâncias legais agravantes, sem qualquer recurso do réu condenado (STJ, HC 37107/SP, rel. Min. Hamilton Carvalhido, 6ª Turma, DJe 28/4/2008).

A parte final do § 3º do art. 593 do CPP, veda a interposição de segunda apelação com base no inciso III, alínea “d” (decisão manifestamente contrária à prova dos autos), mesmo que a primeira apelação tenha sido interposta pela parte *ex adversa*. Precedente. A expressão “pelo mesmo motivo” há de entender-se como “pelo mesmo fundamento”, qual seja, o de ser a decisão manifestamente contrária à prova dos autos (STF, RTJ 45/44). (STJ, HC n. 14.968/PR, rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, 5ª Turma, DJ 3/9/2001).

APELAÇÃO CRIMINAL. TRIBUNAL DO JÚRI. RECURSO DO ACUSADO QUE TACHA A DECISÃO DE MANIFESTAMENTE CONTRÁRIA À PROVA DOS AUTOS. NÃO CONHECIMENTO, À LUZ DO ESTATUÍDO NO ART. 593, § 3º, PARTE FINAL, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL (Ap. Crim. n. 2008.046439-4, de São José, rel. Des. Sérgio Paladino, 2ª Câmara Criminal).

Por este motivo, não se conhece desta parte do recurso, tendo em vista buscar novamente a anulação do júri com base no art. 593, III, “d”, do CPP.

No que se refere ao terceiro fundamento (alínea “c” – erro ou injustiça na aplicação da pena), alega a defesa que a pena foi aplicada “acima do que realmente deveria ser aplicada” (fl. 312).

Na análise das circunstâncias judiciais do art. 59 do CP, foi considerada desfavorável aquela relativa às circunstâncias do crime, fundamentada na qualificadora prevista no inciso IV do § 2º do art. 121 do CP (acolhida

pelos jurados); e aquela relativa ao comportamento da vítima, pois “que nada fez para ser agredida”. Com isso, a pena-base foi fixada um pouco acima do mínimo, ou seja, em 13 (treze) anos e 6 (seis) meses de reclusão.

Como se vê, os fundamentos apontados para a majoração da pena, são suficientes e aptos a determinar o pequeno aumento verificado na pena-base aplicada, de modo que não há o que reformar na sentença, também sob esse aspecto.

DECISÃO

Ante o exposto, conhece-se em parte do recurso, afasta-se a preliminar e nega-se-lhe provimento.

Participaram do julgamento, realizado no dia 14 de setembro de 2010, os Exmos. Des. Alexandre d’Ivanenko e Roberto Lucas Pacheco. Funcionou na sessão, pela Procuradoria Geral de Justiça, o Exmo. Dr. Sérgio Rizelo.

Florianópolis, 17 de setembro de 2010.

Torres Marques
PRESIDENTE E RELATOR

Apelação Criminal (Réu Preso) n. 2009.067429-7, da Capital

Relator: Des. Moacyr de Moraes Lima Filho

APELAÇÃO CRIMINAL – INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA – ARGUIÇÃO DE NULIDADE – ESCUTAS PRECEDIDAS DE AUTORIZAÇÃO JUDICIAL – PRAZO QUE NÃO EXTRAPOLOU O LIMITE LEGAL DE 30 DIAS (15 DIAS PRORROGÁVEIS POR MAIS 15).

DEGRAVAÇÃO REALIZADA POR PERITOS “AD HOC” – VALIDADE – DESNECESSIDADE DE EXAME PERICIAL – PRECEDENTES.

TRANSCRIÇÃO PARCIAL DAS CONVERSAS – UTILIZAÇÃO SOMENTE DAQUELAS QUE REALMENTE TENHAM UTILIDADE COMO PROVA – HOMENAGEM À INTIMIDADE DAS PESSOAS – INOCORRÊNCIA DE EDIÇÃO – CDS COM O CONTEÚDO INTEGRAL DAS GRAVAÇÕES À DISPOSIÇÃO DA DEFESA, PARA EVENTUAL IMPUGNAÇÃO – INÉRCIA – PRECLUSÃO.

QUEBRA DO SIGILO TELEFÔNICO DETERMINADO NOMINALMENTE EM RELAÇÃO AOS INVESTIGADOS – CAPTAÇÕES DAS CONVERSAS QUE, NO ENTANTO, REVELAM A PRESENÇA DE TERCEIROS NO CRIME – AGENTES QUE SE UTILIZARAM DOS TERMINAIS CONTROLADOS – PROVA VÁLIDA CONTRA TODOS.

TERMINAL TELEFÔNICO INVESTIGADO QUE, NO CURSO DAS INTERCEPTAÇÕES, ENTRA EM DESUSO – ACUSADO QUE TROCA A LINHA TELEFÔNICA E EFETUA LIGAÇÃO AOS DEMAIS TELEFONES CONTROLADOS – POSSIBILIDADE DE SER DECRETADA QUEBRA DE SIGILO PARA O NOVO NÚMERO.

ARGUIÇÃO DE NULIDADE, SOB O FUNDAMENTO DE QUE AS OPERADORAS DE TELEFONIA NÃO FORAM

CIENTIFICADAS A RESPEITO DA QUEBRA DO SIGILO TELEFÔNICO – INOCORRÊNCIA – OFÍCIOS EXPEDIDOS PELO JUÍZO E DEVIDAMENTE CUMPRIDOS – AUSÊNCIA DE IRREGULARIDADES – PREFACIAL REPELIDA.

MÉRITO – ACUSADOS CONDENADOS POR TRÁFICO DE ENTORPECENTES (ART. 33, *CAPUT*, DA LEI N. 11.343/06) E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO (ART. 35 DA LEI N. 11.343-06) – APREENSÃO DE DROGAS DECORRENTE DE AMPLA INVESTIGAÇÃO POLICIAL – PRETENDIDA A ABSOLVIÇÃO – IMPOSSIBILIDADE – MATERIALIDADE E AUTORIA SOBEJAMENTE DEMONSTRADAS – VÍNCULO ESTÁVEL E PERMANENTE COMPROVADO POR MEIO DO CONTEÚDO DAS CONVERSAS INTERCEPTADAS – DESCLASSIFICAÇÃO PARA O DELITO DE POSSE PARA CONSUMO PRÓPRIO INVIÁVEL – CONDIÇÃO DE USUÁRIO QUE NÃO INIBE A DE TRAFICANTE – CONDENAÇÕES MANTIDAS.

CRIME DE LAVAGEM DE DINHEIRO – OCULTAÇÃO E DISSIMULAÇÃO, CONVERSÃO EM ATIVO LÍCITO, UTILIZAÇÃO EM ATIVIDADE ECONÔMICA (ART. 1º, I, C/C § 2º, I, DA LEI N. 9.613/98) – HABITUALIDADE DA PRÁTICA DELITIVA (§ 4º DO ART. 1º DA LEI N. 9.613/98) DEVIDAMENTE DEMONSTRADA – AGENTES QUE UTILIZARAM-SE DE ATIVOS FINANCEIROS PROVENIENTES DO TRÁFICO DE DROGAS, REINTRODUZINDO-OS NO SISTEMA POR MEIO DE AQUISIÇÃO DE IMÓVEIS E VEÍCULO – ALEGAÇÃO DE QUE TODA A RENDA PROVINHA DO SALÃO DE BELEZA DO QUAL SÃO PROPRIETÁRIOS NÃO COMPROVADA – INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA, ADEMAIS, QUE COMPROVA O BRANQUEAMENTO DO CAPITAL – CONDENAÇÕES MANTIDAS – RECURSO NÃO PROVIDO.

APELO MINISTERIAL QUE VISA À CONDENAÇÃO DOS CORRÉUS NO DELITO DE ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO – CRIME AUTÔNOMO E QUE PRESCINDE DA PRÁTICA

EFETIVA DOS DELITOS QUE MOTIVARAM A REUNIÃO – ELEMENTOS DO TIPO PENAL PREENCHIDOS – CONDENAÇÃO DEVIDA – PROVIMENTO.

CORRÉ ABSOLVIDA DO CRIME DE TRÁFICO – MANUTENÇÃO – DÚVIDA QUANTO À PRÁTICA EFETIVA DOS VERBOS INSERTOS NO ART. 33, *CAPUT*, DA LEI DE DROGAS – NÃO PROVIMENTO, NO PONTO.

DOSIMETRIA – AFASTAMENTO DA AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA – APELADO COM SENTENÇA CONDENATÓRIA TRANSITADA EM JULGADO ANTES DO PRESENTE FATO – CONDENAÇÃO NÃO UTILIZADA NA PRIMEIRA FASE INOCORRÊNCIA DE *BIS IN IDEM* – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal (Réu Preso) n. 2009.067429-7, da comarca da Capital (4ª Vara Criminal), em que é apte/apdo A Justiça, por seu Promotor e outros, e apdo/apte Ruann Diego Correia Jerônimo e outros:

ACORDAM, em Terceira Câmara Criminal, por votação unânime, afastar a preliminar, negar provimento aos recursos defensivos e dar parcial provimento ao apelo ministerial. Custas de lei.

RELATÓRIO

Na comarca da Capital, o órgão do Ministério Público ofertou denúncia contra **Ruann Diego Correa Jerônimo** como incurso nas sanções do art. 33, *caput*, e art. 35, *caput*, ambos *c/c* o art. 40, incisos V e VI, todos da Lei n. 11.343/06, e art. 1º, inciso I, *c/c* o § 1º, inciso I, e § 4º, da Lei n. 9.613/98, por seis vezes, todos em concurso material; **Jamael Pedra da Silva** como incurso nas sanções do art. 33, *caput*, art. 35, *caput*, ambos *c/c* o art. 40, incisos V e VI, todos da Lei n. 11.343/06, em concurso

material; **Tatiane Regina de Oliveira** como incurso nas sanções do art. 33, *caput* e art. 35, *caput*, ambos c/c o art. 40, incisos V e VI, todos da Lei n. 11.343/06, em concurso material; **Gleyson Cristian Gomes** como incurso nas sanções do art. 35, *caput*, c/c o art. 40, incisos V e VI, todos da Lei n. 11.343/06; **Jesse dos Santos** como incurso nas sanções do art. 1º, inciso I, c/c o § 1º, inciso I, § 2º, inciso I e § 4º, da Lei n. 9.613/98, por seis vezes, em concurso material; e **Denize Terezinha Correia** como incurso nas sanções do art. 1º, inciso I, c/c o § 1º, inciso I, § 2º, inciso I e § 4º, da Lei n. 9.613/98, por cinco vezes, em concurso material, em virtude dos fatos assim narrados na exordial acusatória:

“DA ASSOCIAÇÃO E DO TRÁFICO

“A partir do ano de 2005, os denunciados **RUANN DIEGO CORREA JERÔNIMO**, **JAMAE PEDRA DA SILVA**, vulgo ‘CÁCA’, **TATIANE REGINA DE OLIVEIRA**, vulgo ‘TÁTA’ (filha do XECA-XECA), juntamente com **GLEYSON CRISTIAN GOMES**, além de terceiros ainda não identificados, com o envolvimento de crianças e adolescentes, associaram-se de forma estável e permanente para o fim de promover a comercialização, distribuição e fornecimento de drogas provenientes de outros Estados da Federação, nos pontos de venda existentes no ‘Morro do 25’ ou ‘Morro do XECA-XECA’, fazendo deste o seu principal meio de vida e fonte de renda.

“A constatação da associação delitiva se deu através do recebimento de denúncias anônimas, investigações, campanhas, apreensões e interceptações telefônicas (judicialmente autorizadas) promovidas por investigadores policiais da Divisão de Repressão a Entorpecentes (DRE-DEIC), sendo possível constatar que os denunciados exerciam o tráfico de entorpecentes de forma reiterada, organizada hierarquicamente e com a distribuição de tarefas, sob a seguinte estrutura:

“O denunciado **RUANN DIEGO CORREA JERÔNIMO**, chefe do tráfico no ‘Morro do 25’ e líder do grupo, comandava as atividades ilícitas dos demais, sendo responsável pela aquisição das drogas junto a fornecedores no Estado do Paraná e Mato Grosso do Sul, bem como, através de contatos telefônicos com **JAMAEL (CÁCA)**, também fiscalizava a movimentação do tráfico no Morro, promovia a ocultação e depósito das drogas em matagais e diariamente recolhia o dinheiro (‘moedas’) provenientes das vendas.

“O denunciado **JAMAEL PEDRA DA SILVA**, vulgo ‘CÁCA’, ‘gerente’ do tráfico no ‘Morro do 25’ sob o comando de **RUANN**, era o responsável pelo controle, guarda e abastecimento dos pontos de venda e comercialização de drogas, realizando também a cooptação de pessoas para integrar o grupo. **JAMAEL**, também, realizava o fornecimento de armas e rádios aos adolescentes responsáveis pela vigilância e venda direta aos usuários, bem como, pelo recolhimento do dinheiro obtido com as vendas e cobrança de dívidas de outros traficantes e usuários, no que contava com o auxílio de outros indivíduos ainda não identificados.

“A denunciada **TATIANE REGINA DE OLIVEIRA**, vulgo ‘TÁTA’, mulher de fato de **RUANN** (fl. 727), realizava tarefas de apoio ao tráfico de drogas, eis que, além de auxiliar no abastecimento dos pontos de venda, com o transporte de pequenas quantidades, coletava o numerário advindo de sua comercialização e auxiliava na contabilidade dos lucros, providenciando, ainda, a confirmação de pagamento a fornecedores.

“O denunciado **GLEYSON CRISTIAN GOMES**, por sua vez, sob o comando de **RUANN** e gerência de **JAMAEL**, era o responsável pela administração e abastecimento do principal ponto de venda de drogas no Morro do 25, situado na esquina da rua João Carvalho com a José Pedro Gil (foto de fl. 794), donde, com auxílio de adolescentes, realizava a comercialização direta aos usuários que ali compareciam.

“Obedecendo a este organograma, os denunciados promoveram o incremento do seu patrimônio em razão do tráfico de drogas no ‘Morro do 25’ por longo período, até que significativas apreensões começaram a ocorrer no corrente ano (2008).

“Assim é que, em 19 de março de 2008, quando realizava o transporte de maconha para comercialização, distribuição, fornecimento e abastecimento de ponto de venda sob sua administração no ‘Morro do 25’, sob o comando de **RUANN** e **JAMAEL**, o denunciado **GLEYSON CRISTIAN GOMES** foi interceptado e preso por policiais, encontrando-se em seu poder, dentro de seu veículo, **14 tabletes de maconha** envoltos em fita adesiva bege (**23.943,6 gramas**) e **06 torrões da mesma substância (982,3 gramas)** (autos nº 023.08.018134-4).

“Posteriormente, no dia 05 de junho de 2008, após o recebimento de denúncia anônima dando conta da localização de drogas pertencentes aos denunciados **RUANN DIEGO CORREA JERÔNIMO**, **JAMAEL PEDRA DA SILVA**, vulgo ‘CÁCA’, **TATIANE REGINA DE OLIVEIRA**, vulgo ‘TÁTA’, policiais civis dirigiram-se até um matagal existente em terreno baldio próximo à residência da mãe de **JAMAEL** e lograram apreender, dentro de uma bolsa, **16 tijolos de maconha** e **08 pacotes de cocaína**.

“Consta que, após a apreensão, os denunciados passaram a comunicar-se por telefone, oportunidade que revelaram a existência de mais droga no local, razão pela qual foram realizadas novas buscas e localizados mais **04 tijolos e 02 torrões de maconha**, resultando na apreensão total de **32.750,0 gramas de maconha** e **820,4 gramas de cocaína** (foto de fl. 11 e laudo de fl. 20), tudo já previamente dividido e embalado, que os denunciados **RUANN**, **JAMAEL** e **TATIANE** guardavam e mantinham em depósito, para fins de comercialização, distribuição e fornecimento no

‘Morro do 25’, sem autorização e em desacordo com determinação legal e regulamentar.

“DA LAVAGEM DE DINHEIRO

“Consta dos autos que, após amealhar vultosa quantidade de dinheiro e bens provenientes, direta e indiretamente, do tráfico de drogas diuturnamente realizado nos pontos de venda sob seu comando no ‘Morro do 25’, o denunciado **RUANN DIEGO CORREA JERÔNIMO**, com o auxílio, colaboração, cobertura e consentimento dos denunciados **JESSE DOS SANTOS** e **DENIZE TEREZINHA CORREIA**, passou a ocultar e dissimular a origem e propriedade daqueles bens e valores, sendo que, para tanto, **JESSE** e **DENIZE** converteram-nos em ativos lícitos, através da aquisição de carros, terrenos, eletrodomésticos e materiais de construção.

“Inicialmente, apurou-se que os denunciados **JESSE DOS SANTOS** e **DENIZE TEREZINHA CORREIA** mantêm um salão de beleza, localizado na Rua Lauro Linhares, 468, Trindade, nesta Capital, custeado por **RUANN**, que serve de ‘fachada’ para o branqueamento do dinheiro advindo do tráfico de drogas no ‘Morro do 25’. Mesmo não tendo qualquer tipo de registro legal, CNPJ, cadastro na Junta Comercial ou rendimentos declarados à Receita Federal, os denunciados se valem de sua existência fática para justificar o vertiginoso acréscimo patrimonial.

“Assim, conforme se infere dos autos, a fim de mascarar o dinheiro obtido com a venda de drogas no ‘Morro do 25’, o denunciado **RUANN**, através de **JESSE** e **DENIZE**, em 31 de janeiro de 2007, adquiriu um terreno localizado na Av. Jacarandá, 1480, Praia da Daniela, nesta Capital/SC, registrado sob a Matrícula nº 7372 do Cartório do 2º Ofício do Registro de Imóveis da Comarca de Florianópolis (cf. fl. 765 e 767, frente e verso), pagando o valor de R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais), convertendo-o em ativo aparentemente lícito, eis que registrado em nome de **JESSE** e **DENIZE**.

“Novamente, com o intuito de ocultar e dissimular a origem e propriedade de bens e valores advindos da comercialização de drogas, o denunciado **RUANN**, através de **JESSE** e **DENIZE**, em 13 de junho de 2007, adquiriu um terreno localizado no bairro Córrego Grande, nesta Capital/SC, designado por lote 05 da quadra 04, do Loteamento Domus Augusta, registrado sob a Matrícula nº 71576 do Cartório do 2º Ofício do Registro de Imóveis da Comarca de Florianópolis (cf. fl. 766, frente e verso), pagando o valor de R\$ 65.000,00 (sessenta e cinco mil reais), convertendo-o, assim, em ativo aparentemente lícito, eis que registrado em nome de **JESSE** e **DENIZE**.

“Consta dos autos que, no primeiro terreno adquirido, no decorrer do ano de 2007 e 2008, o denunciado **RUANN**, com a colaboração e auxílio dos denunciados **JESSE** e **DENIZE**, construiu e mobiliou uma residência de alto padrão e com dois pavimentos (fotos de fls. 782/792), totalmente incompatível com seus ganhos declarados, onde inclusive passou a residir, convertendo, assim, o dinheiro proveniente do tráfico de entorpecentes em ativo aparentemente lícito, haja vista que, aos olhos da lei, o imóvel pertenceria a **JESSE** e **DENIZE**.

“Recentemente, o denunciado **JESSE DOS SANTOS**, convertendo novamente em ativo lícito dinheiro proveniente do tráfico, em 19 de maio de 2008, utilizou os valores ilícitos de **RUANN** na aquisição de eletrodomésticos destinados a mobiliar a residência deste, dentre os quais um forno elétrico Fischer, um jogo de panela Tramontina, um tanque com balcão e um refrigerador Bosch (foto de fl. 792), adquiridos através do pagamento de R\$ 4.544,00 (quatro mil, quinhentos e quarenta e quatro reais), conforme nota fiscal de fl. 689.

“Apurou-se nos autos também que, com o intuito de ocultar e dissimular a origem e propriedade de bens e valores advindos da comercialização de drogas levado a efeito por **RUANN**, os denunciados **JESSE**

DOS SANTOS e RUANN, com a colaboração e cobertura de **DENIZE**, que sequer possui Carteira Nacional de Habilitação, em 09 de maio de 2007, adquiriram e passaram a utilizar um **VEÍCULO AUDI/A3, PRETO, 2003, PLACAS MCH-0206**, convertendo, assim, o dinheiro do tráfico em ativo aparentemente lícito, eis que registrado em nome de **DENIZE TEREZINHA CORREIA**.

“Por fim, com o intuito de ocultar e dissimular a origem e propriedade de bens e valores advindos da comercialização de drogas, o denunciado **RUANN**, com a colaboração e cobertura de sua mãe **DENIZE**, que sequer possui Carteira Nacional de Habilitação, em 07 de janeiro de 2008, adquiriu um **VEÍCULO VW/POLO HATCH, PRATA, 2003, PLACAS LOL-6165**, inclusive assinando o termo de compra no nome desta (cf. fl. 692), convertendo, assim, em ativo aparentemente lícito, eis que registrado em nome de **DENIZE**. Posteriormente, em 05 de junho de 2008, o denunciado **RUANN**, com o auxílio de **DENIZE**, buscando dissimular a origem do dinheiro do tráfico, dando em troca o VW/Polo acima referido, adquiriu e passou a utilizar diariamente um **VEÍCULO TOYOTA/COROLLA, PRETO, 2003, PLACAS DIH-9534**, registrando-o, porém, em nome de **DENIZE**, sua mãe.

“Levados os fatos ao conhecimento desse Juízo Criminal, foram expedidos mandados de prisão e busca e apreensão, logrando-se encontrar na residência de **RUANN** (Av. Jacarandá, 1480, Praia da Daniela), os seguintes materiais, objetos e valores: duas porções de maconha e uma de haxixe; R\$ 10.800,00 (dez mil e oitocentos reais) em espécie, fruto do lucro operacional da quadrilha voltada ao tráfico de drogas comandada por **RUANN**; 26 (vinte e seis) fotos de uma festa patrocinada por **RUANN**, contando com a presença de conhecidos traficantes fazendo uso de drogas, além de crianças; diversas correntes e anéis de ouro e prata (um dos quais com inscrição em ‘R’), aparelhos celulares e TVs de última geração, tudo produto e proveito do tráfico; bem como, uma mochila contendo em seu

interior vários elásticos de borracha, usadas para atar dinheiro” (fls. II/XI, grifos no original).

Finda a instrução criminal, o Magistrado *a quo* julgou parcialmente procedentes os pedidos formulados na denúncia para: a) condenar o acusado **Ruann Diego Correa Jerônimo** como incurso na sanções do art. 33, *caput*, e art. 35, *caput*, da Lei n. 11.343/06 e art. 1º, I, c/c 1º, I, e § 4º, da Lei n. 9.613/98 e, em consequência, aplicar a pena de 13 (treze) anos de reclusão, em regime inicial fechado, além do pagamento de 1263 (mil duzentos e sessenta e três) dias-multa, cada qual no valor de 1/30 do salário mínimo vigente à época dos fatos; b) condenar o acusado **Jamael Pedra da Silva** como incurso na sanções do art. 33, *caput* e art. 35, *caput*, da Lei n. 11.343/06 e, em consequência, aplicar a pena de 8 (oito) anos e 6 (seis) meses de reclusão, em regime inicial fechado, além do pagamento de 1250 (mil duzentos e cinquenta) dias-multa, cada qual no valor de 1/30 do salário mínimo vigente à época dos fatos; c) condenar o acusado **Jesse dos Santos** como incurso na sanções do art. 1º, I, c/c o § 1º, I, § 2º, I e § 4º, da Lei n. 9.613/98 e, em consequência, aplicar a pena de 4 (quatro) anos de reclusão, em regime inicial aberto, substituída por 2 (duas) restritivas de direitos, consistentes na prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas, devendo ser cumprida à razão de uma hora de tarefa por dia de condenação (art. 46, § 3º, do Código Penal) e prestação pecuniária no valor equivalente a 5 (cinco) salários mínimos vigente à época dos fatos, além do pagamento de 13 (treze) dias-multa, cada qual no valor de 1/30 do salário mínimo vigente à época dos fatos; d) condenar a acusada **Denize Terezinha Correia** como incurso na sanções do art. 1º, I, c/c § 1º, I, § 2º, I e § 4º, da Lei n. 9.613/98 e, em consequência, aplicar a pena de 4 (quatro) anos de reclusão, em regime inicial aberto, substituída por 2 (duas) restritivas de direitos, consistentes na prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas, devendo ser cumprida à razão de uma hora de tarefa por dia de condenação (art. 46, § 3º, do Código Penal) e prestação

pecuniária no valor equivalente a 5 (cinco) salários mínimos vigente à época dos fatos, além do pagamento de 13 (treze) dias-multa, cada qual no valor de 1/30 do salário mínimo vigente à época dos fatos; e) absolver a acusada **Tatiane Regina Oliveira** da imputação dos crimes descritos no art. 33, *caput*, e art. 35, *caput*, ambos c/c o art. 40, V e VI, todos da Lei n. 11.343/06, com base no art. 386, VII, do Código de Processo Penal; f) absolver o acusado **Gleyson Cristian Gomes** da imputação do crime descrito no art. 35, *caput*, c/c art. 40, V e VI, ambos da Lei n. 11.343/06, com base no art. 386, VII, do Código de Processo Penal (fls. 1828/1883).

Inconformados com a entrega da prestação jurisdicional, acusação e defesa interpõem apelações criminais.

O Ministério Público postula a condenação de Tatiane e Gleyson, a primeira como incurso nas sanções dos arts. 33 e 35 da Lei n. 11.343/06 e o segundo no art. 35 da citada Lei, bem como o reconhecimento da agravante da reincidência em relação ao acusado Ruann (fls. 1889/1909).

Por outro lado, apelam Ruann, Jamael, Jessé e Denize e, em preliminar, arguem a nulidade das interceptações telefônicas. No mérito, pleiteiam a absolvição por insuficiência de provas. Subsidiariamente, Ruann requer a desclassificação do crime de tráfico para o delito inserto no art. 28 da Lei Antidrogas (fls. 1963/1995).

Com as respectivas contrarrazões (fls. 1996/2003 e 2005/2045), a defesa protocolizou, tempestivamente, aditamento às razões recursais (fls. 2046/2105) no qual postula, inclusive, a devolução dos bens perdidos em favor da União, descritos à fl. 1872.

Os autos ascenderam a esta Corte, perante a qual a douta Procuradoria-Geral de Justiça, por intermédio do Dr. Robison Westphal, manifesta-se pelo provimento do apelo ministerial e não provimento do recurso defensivo (fls. 2169/2187).

VOTO

Os recursos preenchem os pressupostos objetivos e subjetivos de admissibilidade, devendo ser conhecidos.

O aditamento às razões recursais defensivas, por ter sido protocolizado dentro do interregno legal, será com elas analisado.

1 Preliminarmente, os apelantes se apoiam nos seguintes aspectos a fim de verem anuladas as interceptações telefônicas:

1.1 Da interceptação não ter sido precedida de autorização judicial

Contrário ao que alega a defesa, a interceptação telefônica foi precedida de autorização judicial e, portanto, constitui prova válida.

Acerca do prazo, consignou o Magistrado sentenciante:

“as interceptações telefônicas foram deferidas às fls. 25/27, com prorrogação para alguns numerais em segunda decisão à fls. 181/185, tudo nos autos em apenso n. 023.08.030209-5. Em análise dos relatórios da Autoridade Policial e das transcrições realizadas, verifico que os monitoramentos se deram dentro dos prazos estabelecidos pela legislação vigente, de maneira que a prova se mostra utilizável para instruir o feito. As buscas e apreensões levadas a efeito nos autos também foram provenientes de ato decisório exarado por este juízo (fls. 181/185 – autos n. 023.08.030209-5), sendo cumpridas na estrita legalidade [...]” (fls. 1.835/1.836).

O causídico sustenta que “*as interceptações já vinham sendo realizadas mesmo antes da autorização judicial*” (fl. 2.069). Fundamenta tal alegação em excerto do depoimento prestado pelo policial João Luiz Souza, no qual afirma que tal testemunha teria dito: “*que as investigações contra o acusado Ruann começaram no DEIC, no mês de fevereiro, principalmente pelas escutas telefônicas [...]*” (fl. 2.068).

Ocorre, porém, que a referida testemunha, ouvida à fl. 1.005, na verdade declarou: “*que as investigações contra Ruann começaram no DEIC no mês de fevereiro, as investigações revelaram principalmente pelas escutas telefônicas que Ruann era o patrão e o dono da droga*”.

Com efeito, tal circunstância somente demonstra “um equívoco” da defesa, ao editar e manipular um depoimento prestado por uma testemunha em Juízo, uma vez que, de uma leitura integral do mencionado depoimento, verifica-se que em nenhum momento o policial declarou que as interceptações se iniciaram em fevereiro, mas tão somente que as investigações, em sentido lato, iniciaram-se em fevereiro.

Para arrematar, bem consignou o Juiz *a quo*,

“a alegação baseada no depoimento da testemunha João Luiz Souza, o qual teria dito que as investigações estariam sendo feitas desde fevereiro, de nenhuma forma servem de argumento para a inutilização da prova, uma vez que conferindo todos os atos da escuta telefônica não se observa qualquer monitoramento datado de fevereiro ou outra data alheia aos limites impostos pelas decisões exaradas por este Juízo. Se houve ou não escutas ilegais anteriores às judicialmente deferidas não se sabe, contudo nada há nos autos neste sentido, nem qualquer prova ilegal e que fuja às determinações da lei específica será usada para fundamentação e análise dos crimes discriminados na denúncia” (fls. 1.835/1.836).

Afastada a nulidade, portanto.

1.2 Do deferimento e da prorrogação do pedido de interceptação telefônica

O primeiro pedido que visava a interceptar os terminais utilizados pelos acusados Ruann, Jamael, Tatiane e Denize foi realizado pelo Delegado da Polícia Civil, em 13 de maio de 2008 (fls. 2/3 dos autos n.

023.08.030209-5), e protocolizado judicialmente na mesma data (fl. 2/v dos autos n. 023.08.030209-5).

Em 15 de maio de 2008, o Ministério Público manifestou-se pelo deferimento do pedido.

Conclusos os autos, o Magistrado deferiu o pedido de quebra do sigilo telefônico, tal qual solicitado pelo Delegado (fls. 25/27 dos autos n. 023.08.030209-5).

O início das interceptações se deu em 3 de junho, prazo que expirou em 18 de junho.

Considerando o término do prazo da interceptação, bem como o conteúdo revelado pelas conversas interceptadas, a autoridade policial requereu, além da prisão preventiva de Ruaan, Jamael e Tatiane (fls. 36/38 dos autos n. 023.08.030209-5), a prorrogação da quebra do sigilo telefônico (fls. 39/41 dos autos n. 023.08.030209-5).

Embora nos ofícios expedidos pelo Delegado de Polícia – para prisão preventiva e prorrogação das escutas telefônicas – conste as datas de 17 e 18 de maio de 2008, respectivamente, percebe-se que há um erro material – que, no entanto, não os invalida.

Constata-se no próprio corpo do ofício que os investigadores sugeriram a prorrogação ao argumento de que “***no início do mês de junho do corrente ano, os agentes desta Diretoria começaram a monitorar os terminais utilizados pelos integrantes desta verdadeira organização criminoso***” (fl. 43 dos autos n. 023.08.030209-5, grifou-se).

Aliás, os fatos motivadores do pedido que almejava a prorrogação estão narrados no requerimento, a exemplo de uma ligação que Tatiane recebeu, informando que as viaturas estavam subindo o morro e perguntando se Ruann estava em casa. Saliente-se que a operação policial a que Tatiane fazia referência na ligação foi justamente aquela que se deu em

5 de junho, ocasião em que ocorreu a apreensão das drogas pertencentes aos acusados.

Assim, inconcebível crer que a interceptação telefônica foi extemporânea, ou, como alega a defesa, que, antes mesmo de ser deferido o pedido originário de quebra do sigilo telefônico, o Delegado teria postulado a prorrogação da interceptação (fl. 2080). Alegação, esta, totalmente impertinente, por se tratar unicamente de um equívoco na aposição da data no documento.

Dito isso, vê-se que à época – 20/6/2008 – o Ministério Público se pronunciou pelo deferimento do pedido (fls. 16/179 dos autos n. 023.08.030209-5) e, ato contínuo, o Magistrado *a quo*, no mesmo dia, deferiu a prorrogação da interceptação telefônica, circunstância que valida as prova produzidas mediante as escutas (fls. 181/185 dos autos n. 023.08.030209-5).

Logo, o prazo limite de 30 (trinta) dias (quinze dias prorrogáveis por mais quinze) foi obedecido, motivo pelo qual a prova reputa-se válida.

1.3 Da transcrição das gravações resultantes da interceptação por perito

O argumento defensivo de que a degravação é nula, por não ter sido confeccionada por perito, também não procede.

Em primeiro lugar, porque os Tribunais pátrios já firmaram entendimento de que é “*desnecessário que a transcrição das gravações resultantes da interceptação telefônica seja feita por peritos oficiais: tarefa que não exige conhecimentos técnicos especializados, podendo ser realizada pelos próprios policiais que atuaram na investigação*” (TRF4 – ACR n. 2000.71.04.003642-3/RS, rel. Des. Federal Amir Sarti, DJ 16/1/2002, p. 1396).

No mesmo norte, o Superior Tribunal de Justiça:

“*HABEAS CORPUS*. PROCESSUAL PENAL. TRÁFICO DE SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE E ASSOCIAÇÃO AO TRÁFICO. INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA. DEGRAVAÇÃO. PERITO OFICIAL. DESNECESSIDADE. EXAME PERICIAL. EXIGÊNCIA NÃO-ESTABELECIDADA NA LEI 9.296/96. [...] 1. A Lei 9.296/96 não faz exigência de que a escuta seja submetida à perícia para a identificação de vozes, nem que seja feita por peritos oficiais, cabendo à defesa o ônus da realização de exame pericial, se por ela requerido” (HC 91717-PR, rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j. em 18/12/2008, DJ 2/3/2009).

Ainda:

“É válida a prova obtida por meio de interceptação de comunicação telefônica, quando a autoridade policial observa todos os requisitos exigidos pela Lei n.º 9.269/96, que, ressalte-se, não determina que gravação das conversas interceptadas seja feita por peritos oficiais. 2. Se a Defesa não impugna no momento oportuno a autenticidade da voz do Paciente, preclusa a alegação de nulidade desta prova [...]” (STJ, HC 66967/SC, rela. Mina. Lautita Vaz, j. em 14/11/2006, DJ 11/12/2006).

Desta Corte:

“[...] INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA. INVALIDADE SUSCITADA EM VIRTUDE DA TRANSCRIÇÃO NÃO ESTAR SUBSCRITA POR PERITOS OFICIAIS E DA AUSÊNCIA DE PERÍCIA DESTINADA AO RECONHECIMENTO DE VOZ. OBSERVÂNCIA DE TODOS OS REQUISITOS PREVISTOS NA LEI 9.296/96. PRELIMINAR REPELIDA.

“Autorizada pelo juiz e realizada com observância dos requisitos exigidos pela Lei n. 9.296/96, a interceptação telefônica não padece de invalidez, máxime se os apelantes tiveram a oportunidade de contestar a autenticidade das vozes e não o fizeram [...]” (Apelação Criminal n. 2008.021368-7, de Mondaí, rel. Des. Sérgio Paladino, j. em 28/7/2009).

Além disso, as gravações foram precedidas de Termos de Compromisso “Ad Hoc”, nos quais foram nomeados peritos para o caso a fim de que transcrevessem os diálogos cursados nos CDs de interceptação, gravação e escuta telefônica (fls. 79, 135, 224, 297 e 308).

Não há, pois, que se falar em nulidade.

1.4 Da transcrição parcial das conversas interceptadas

A defesa se insurge quanto ao fato de não constar nos autos a totalidade das conversas havidas entre os terminais interceptados. Alega que as interceptações são “*editadas, o que fulmina a credibilidade e a torna inútil*” (fl. 2047).

Razão não lhe assiste.

Isso porque as conversas que não possuíam relação com os fatos investigados foram corretamente excluídas, em homenagem à intimidade das pessoas.

Consigne-se que “*a lei não exige que as transcrições das conversas interceptadas sejam feitas na forma integral e, sim, que sejam feitas transcrições somente daquelas que realmente tenham utilidade como prova*” (Voto do Min. Gilson Dipp proferido por ocasião do julgamento do *Habeas Corpus* n. 37227/SP, rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, j. em 19/10/04).

O julgado está assim ementado:

“INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA. ART. 6º, §§ 1º E 2º, DA LEI 9.296/96. DESNECESSIDADE DE REDUÇÃO A TERMO DE TODO O CONTEÚDO DAS CONVERSAS INTERCEPTADAS, UMA VEZ QUE AS PARTES TIVERAM ACESSO À INTEGRALIDADE DAS GRAVAÇÕES. INOBSERVÂNCIA DE VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA. Ordem denegada”.

Em hipótese assemelhada, decidiu o Supremo Tribunal Federal:

“É desnecessária a juntada do conteúdo integral das gravações das escutas telefônicas realizadas nos autos do inquérito no qual são investigados os ora Pacientes, pois bastam que se tenham degravados os excertos necessários ao embasamento da denúncia oferecida, não configurando, essa restrição, ofensa ao princípio do devido processo legal (art. 5º, inc. LV, da Constituição da República)” (HC-MC/RJ n. 91207, rela. Mina. Cármen Lúcia, j. em 11/6/07).

De resto, insta registrar que, conforme informou o Promotor de Justiça em sede de alegações finais (fl. 1757), os CDs de áudio que acompanham o presente inquérito estavam arquivados em cartório e à disposição dos Procuradores (cf. certidão à fl. 818).

Logo, sendo o acesso aos autos – e a todo o conteúdo a ele relacionado – franqueado a todos os réus e seus respectivos defensores, não podem, nesse momento, alegarem desconhecimento do conteúdo integral das conversações, tampouco a nulidade da transcrição parcial.

A defesa se limita a alegar genericamente que as transcrições são editadas, sem ao menos pontuar quais conversas ou trechos estariam, de fato, “manipulados”.

Afora isso, desde aquele momento poderia a defesa requerer, por exemplo, a confecção e uma perícia de voz. No entanto, os interessados mantiveram-se silentes a esse respeito e nem sequer negaram que a voz existente nas gravações não era dos apelantes.

A esse respeito, ensina Lenio Luiz Streck:

“[...] Lembra Parizatto, a propósito desse tema, que ‘não há dúvida de que, apresentada a transcrição da prova obtida pela interceptação de comunicação telefônica, o réu contra ela poderá se insurgir, requerendo, sendo o caso, a realização de perícia, caso conteste a autenticidade da voz a si atribuída, discutindo, ainda, não a possibilidade de tal meio de prova, eis

que legalmente admitido pela Lei 9.296, mas sim a responsabilidade penal que se lhe quis atribuir com tal prova. É o exercício da ampla defesa, com os recursos a ela inerentes, previstos na Carta Magna (art. 5º. LV), para quem aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes” (*As interceptações telefônicas e os Direitos Fundamentais: Constituição, Cidadania, Violência: a Lei 9.296/96 e seus reflexos penais e processuais*, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 1997. p. 79/80).

Logo, não há nulidade.

1.5 Do requerimento nominal dos investigados para fins de quebra do sigilo telefônico

A defesa sugere que nas decisões de interceptação e de prorrogação da interceptação não está expresso o nome da apelante Denize, motivo pelo qual tal prova, em relação a ela, seria nula.

Mais uma vez, sem razão.

O pedido originário de quebra do sigilo telefônico refere-se expressamente à acusada Denize, conforme se verifica à fl. 2 dos autos n. 023.08.030209-5. O mencionado pedido é acompanhado de um relato de investigação policial, no qual há descrição da conduta típica perpetrada pela genitora de Ruann (fls. 4/10 dos autos n. 023.08.030209-5).

Na decisão que determinou a quebra do sigilo telefônico, o pedido foi totalmente deferido, o que, via de consequência, engloba todos os acusados relacionados no requerimento da autoridade policial (fls. 25/27 dos autos n. 023.08.030209-5).

Do mesmo modo, o pedido de prorrogação (fls. 39/41 dos autos n. 023.08.030209-5), além de fazer referência à acusada Denize, está amparado no relatório de informe policial, o qual também descreve a conduta criminosa de Denize (fls. 42/47 dos autos n. 023.08.030209-5).

Por outro lado, embora o acusado Jesse não fosse alvo das investigações desde o início da operação, no curso das interceptações verificou-se possuir um envolvimento direto com os delitos praticados pelos demais.

A participação do acusado Jesse no crime de lavagem de dinheiro foi descoberta por meio da captação das ligações, numa das quais confessa a participação no crime de lavagem de dinheiro, inclusive. Tais circunstâncias não tornam nula a prova, uma vez que Jesse usava uma linha controlada – com a devida autorização judicial – para efetuar e receber as chamadas (terminal n. 48 9980 6783, em nome de Denize – cf. fls. 311/312).

1.6 Dos terminais utilizados pelo acusado Ruann

A defesa alega que o laudo de degravação à fl. 298 é nulo, porquanto “*foi elaborado em 16/6/2008 e referiu-se ao telefone (48) 9618-5593 de titularidade de Ruann [...], no entanto a escuta para o referido terminal só foi deferida em 20/6/2008*” (fl. 2084).

De fato, a quebra de sigilo referente ao terminal n. 48 9618-5593 foi autorizada somente em 20 de junho. Isso porque, conforme consta no pedido de prorrogação e de interceptação, a autoridade policial informou ter verificado que “*o investigado Ruann passou a utilizar o terminal telefônico n. (48) 9618 5593*”, com o qual continuava comandando o tráfico de drogas na região do “Morro do 25” (fl. 40 dos autos n. 023.08.030209-5).

Os investigadores descreveram que após a apreensão da droga que ocorreu no dia 5 de junho, o terminal telefônico até então utilizado por Ruann (8446-4765) “*não mais apresentou sinal de qualquer conversação*” e, posteriormente, verificou-se que Ruann passou a utilizar o terminal n. 8446-4768, por meio do qual começou a manter contato com os demais réus (fl. 44 dos autos n. 023.08.030209-5). Nada obstante, no dia 18 de junho, “*após a análise das interceptações que estavam em andamento, os subscritores do presente relatório constataram que o investigado Ruann*

mais uma vez mudou o número do seu telefone celular, passando a utilizar o terminal número (48) 9618-5593” (fl. 46 dos autos n. 023.08.030209-5).

Apesar de no laudo de degravação, acostado à fl. 298, constar o deferimento do pedido para quebra do sigilo referente ao terminal 9618-5593 com data de 16 de junho, percebe-se novamente um mero equívoco na oposição da data.

Isso porque as conversas relativas ao referido laudo estão datadas a partir do dia 21 de junho, ou seja, após a autorização judicial (fls. 299/307).

Não há qualquer evidência nos autos que comprove que no período não autorizado houve interceptação. E, se houve, não estão acostadas aos autos a fim de influenciar na decisão ou se declarar eventual nulidade.

Pelas razões expostas, não procede a insurgência.

1.7 Dos ofícios expedidos às operadoras de telefonia

Por fim, a defesa sugere que não há nos autos documento hábil a comprovar *“a data em que as operadoras de telefonia foram cientificadas para dar cumprimento à decisão que determinou a prorrogação das escutas telefônicas”* (fl. 2083).

Argumenta que, embora a decisão judicial (fl. 40, autos apensos) tenha sido proferida em 20 de junho, na data de 24 de junho a empresa de telefonia ainda não havia cumprido a determinação, razão pela qual as escutas datadas do dia 21 em diante são nulas.

Pois bem.

Extrai-se do conteúdo do referido ofício: *“aos 20 de junho do corrente ano, recebemos o ofício em epígrafe, que menciona decisão anexa, porém, cumpre-nos comunicar que até a presente data, não acusamos o recebimento da mesma. Desta forma, solicitamos o envio a fim de implementarmos as demais nela contidas”* (fl. 203).

O “ofício em epígrafe”, mencionado em tal documento, é aquele encartado à fl. 190 dos autos n. 023.08.030209-5, o qual, além de determinar a prorrogação da interceptação do telefone n. 9613-3030 e interceptação dos telefones ns. 9618-5593 e 9980-6783, exigiu à empresa o cumprimento de medidas secundárias.

Dessa forma, verifica-se que a Operadora informou que somente faltavam ser implementadas eventuais medidas que não constavam no Ofício n. 023080302095-000-005, quais sejam: “*fornecer relatório das ligações originadas e recebidas do referido terminal [...] devendo tais informações serem encaminhadas para a autoridade requerente por meio do endereço eletrônico [...], tudo nos termos da decisão exarada nos autos epigrafiados [...]*” (fl. 190). Isso significa dizer que as medidas referentes às interceptações já haviam sido levadas a efeito.

De resto, frise-se que as determinações para quebra e prorrogação da interceptação telefônica se deram por meio de Ofícios expedidos por Juiz de Direito (fl. 190), circunstância que afasta a alegação defensiva de que o pedido foi efetuado pela polícia investigativa e extrajudicialmente.

Portanto, inexistindo qualquer irregularidade que possa tornar imprestável a prova, afasta-se a preliminar de nulidade da interceptação e passa-se à análise da questão de fundo.

2 Mérito

2.1 Tráfico Ilícito de Entorpecentes – Ruann Diego Corrêa Jerônimo e Jamael Pedra da Silva

A materialidade está estampada, principalmente, pela apreensão de vultuosa quantidade de substâncias entorpecentes de propriedade da organização liderada pelo apelante Ruann, ocultadas em um terreno baldio próximo à residência da mãe do apelante Jamael, e outras quantias em poder dos réus, por ocasião do cumprimento dos mandados de prisão,

conforme registrado no Termo de Apreensão (fl. 5), no Laudo de Constatção n. 439/08 (fl. 20), no Laudo Pericial de Identificação de Substâncias Entorpecentes ou que Determinem Dependência Física ou Psíquica n. 5269/08 (fls. 21/25), no Termo de Apreensão (fls. 685/688), nos Termos de Apreensão (fl. 736 e fl. 737), no Laudo Pericial de Identificação de Substâncias Entorpecentes ou que Determinem Dependência Física ou Psíquica n. 6533/08 (fls. 881/884) e no Laudo Pericial de Identificação de Substâncias Entorpecentes ou que Determinem Dependência Física ou Psíquica n. 6957/08 (fls. 885/888).

Os exames periciais comprovaram tratar-se da substância química denominada cocaína, da erva *Cannabis sativa* Linneu e da resina vegetal da família das moráceas, vulgarmente conhecida por haxixe, as quais possuem princípio ativo que podem causar dependência física e/ou psíquica, estando o seu uso e comércio proibidos em todo o território nacional, nos termos da portaria n. 344/98, da Secretaria de Vigilância Sanitária do Ministério da Saúde, atualizada pela RDC n. 07/2009.

A autoria, no que tange aos crimes de tráfico e de associação para o tráfico, está comprovada tanto pelo interrogatório do acusado Jamael como pelas declarações dos policiais que procederam à apreensão do material, e, outrossim, pelo conteúdo das interceptações telefônicas (autos n. 023.08.030209-5).

Jamael Pedra da Silva, por ocasião do interrogatório na fase jurisdicional, afirmou:

“que o único fato constante da denúncia é que o declarante é traficante, [...] **que a polícia encontrou com o declarante uma pequena quantidade de maconha; que depositava as drogas que possuía na rua Angelo Laporta, onde foi encontrada parte das drogas pela polícia; que neste local tinha 33 Kg de maconha e 800g de pó; que essa droga era toda pertencente ao declarante;** que não quer comentar de onde

adquiriu a droga pois está correndo risco de vida; **que pagou por essa droga uns R\$ 20.000,00 ou R\$ 25.000,00; [...] que fazia o comércio de drogas sozinho, sendo que comprava e vendia diretamente para os usuários; que seu ponto de drogas era na rua Angelo Laporta; que seu movimento existia porque seu ponto era na frente de um bar; que vendia uns R\$ 500,00 de peteca de pó e uns R\$ 300,00 ou R\$ 400,00 de maconha; que só vendia para usuários e consumidores e não para outros traficantes; que seu movimento era bastante variável, as vezes vendia para cinco pessoas num dia, as vezes para dez ou vinte; que não sabe precisar mas acredita que o máximo de pessoas para as quais vendeu drogas num dia foram vinte; [...]; que lucra em torno de R\$ 5.000,00 a 6.000,00 reais por mês com o tráfico de drogas; [...] que umas duas vezes na semana recebia ligação informando que a polícia estava no morro; [...] que ‘inteiros’ constante de uma ligação telefônica que fez significa dinheiro, sendo que quando é inteiros é porque é mais de mil e inteiro é mil [...]**” (fls. 1.537/1.540).

Por outro lado, embora Jamael tente eximir a responsabilidade de Ruann, bem como este último negue o cometimento dos crimes, alegando ser mero usuário (fls. 1533/1536), os agentes da autoridade policial ouvidos pelo Juízo foram uníssonos ao ratificar os fatos narrados na denúncia, descrevendo como se deu a apreensão dos entorpecentes, que fora precedida pelo recebimento de denúncias anônimas e de interceptação telefônica devidamente autorizada, juntamente com a apreensão de grande quantidade de dinheiro oriundo do comércio de drogas.

Destaca-se:

“que o depoente integrava a equipe responsável pela investigação de eventual prática de tráfico de drogas cometida por RUAN, a investigação contra RUAN começou de 4 a 5 meses antes que o mesmo fosse preso; ouve interceptação dos telefones de Ruan, antes da prisão de RUAN, foi preso

o acusado Gleysson com certa quantidade de maconha transportada em um Golf na avenida Beira-Mar, algumas denúncias chegaram até a polícia dizendo que a droga iria ser entregue para Ruan, Gleysson trabalhava com Diego Costa e este ultimo veio a ser preso com 5 kg e meio de cocaína um tempo depois da prisão de Gleysson; algumas denúncias chegaram a polícia informavam que a cocaína era de Ruan, posteriormente a polícia filmou Ruan, conversando com Emerson Kunh, posteriormente Emerson veio a ser preso com 30 a 40 kg de maconha dentro de um tubo de gás veicular, na polícia federal de barra velha; **em relação a droga apreendida na rua Ângelo La Porta; o depoente soube que os policiais da central de polícia receberam uma denúncia e foram até o local; depois que os policiais da Central encontraram a droga o acusado Cáca, ligou chorando para Tatiane contando que a droga tinha sido apreendida e esta ligou para Ruan, como os acusados estavam com as linhas interceptadas houve o retorno dos policiaes da central até a rua Ângelo La Porta e lá nova quantidade de droga acabou sendo encontrada;** nas conversas posteriores á primeira apreensão os réus Ruan, Tatiane e Cáca comentaram sobre a existência de mais droga e chegaram a mencionar o local em que o em entorpecente estava escondido; em razão dos levantamentos efetuados pediram ao Juizo um mandado de busca e apreensão relacionado ao endereço em que o irmão de Ruan residia na praia da Daniela; chegando ao local constataram que Ruan não estava na casa de seu irmão e que residia sozinho em outro imóvel naquele balneário; acharam que Ruan residia com seu irmão porque neste costumava deixar seu veículo estacionado na frente da casa do irmão; na casa do irmão de Ruan encontraram uma pequena quantidade de maconha; na casa de Ruan nada foi encontrado; chegaram a campanar Ruan e não observaram nenhuma atividade laborativa desenvolvida pelo mesmo; viram o carro de Ruan algumas vezes no salão de beleza de sua mãe; que Ruan usava para seus deslocamentos um Toyota Corolla e um Audi; **com base nas interceptações telefônicas chegou a conclusão que Cáca era o gerente do tráfico e que Ruan não**

botava a mão na droga; diariamente Ruan ligava para Cáca para saber quanto tinha sido vendido, e para saber quanto tinham faturado; que Tatiane foi interceptada falando que faria depósitos para vendedores da droga e também passava Fax comprovando os depósitos feitos em favor desses fornecedores; Tatiane também ligava para Cáca avisando da chegada de polícia no morro; que Tatiane morava no morro do 25; Cáca também morava no morro do 25; que Gleysson levava os filhos de Ruan creche todos os dias; que a polícia apurou que alguns dos bens de Ruan estão em nome de Denise e Jesse, Denise tem um salão de beleza, mas não sabe dizer se Jesse trabalha no referido salão; não sabe qual a ocupação profissional de Jesse, Denise trabalha no salão de beleza; que as fotografias recebidas pelo delegado da festa na casa de Ruan, chegaram há autoridade policial antes da prisão do réu Ruan; que entrou na investigação contra os acusados em Março ou Abril de 2008; que antes do depoente entrar na investigação em Março ou Abril de 2008, a conduta dos acusados já estava sob investigação da polícia; que entrou no DEIC em outubro de 2007 e naquela época já ouviu falar da investigação contra Ruan, pelas interceptações e por denúncias observou que Ruan manteve contato com fornecedores de droga na cidade de Ponta Porã no Mato Grosso do Sul, Foz do Iguaçu no Paraná e no caso de Emerson Kuhn a droga veio do Paraguai; **que na época investigavam que Gleysson trabalhava para Ruan,** que o delegado falou que a droga apreendida com Gleysson era para Ruan, **a droga encontrada pela polícia na rua Ângelo La Porta, pertencia a Ruan em razão do que foi ouvido na interceptação telefônica; que pela interceptação telefônica foi possível constatar que Ruan, comandava o tráfico tanto que ligava para Cáca fazendo cobranças a respeito das atividades do mesmo;** Tatiane era responsável pelos depósitos e pela remessa de fax aos fornecedores e quando Gleysson foi preso ao que recorda o depoente ainda não havia interceptação telefônica; que pelo que observaram nas escutas telefônicas Ruan e Tatiane eram casados e costumavam se encontrar nos finais de semana; **que Cáca falava sobre detalhes do local em que a droga estava**

escondida como por exemplo; dizendo que a droga estava escondida em um buraco do muro; um dia antes da central de polícia achar a droga ainda ouviu conversas nesse sentido” (Luciano Dutra, fls. 1.008/1.010).

No mesmo sentido, o Delegado de Polícia Cláudio Monteiro:

“que o depoente viveu até os treze anos na casa de sua vó materna no Morro do 25; que em razão disso, conhece os acusados; que depois que saiu do morro do 25 para morar com sua vó paterna o depoente continuou freqüentando a comunidade do morro do 25; que em relação aos fatos tratados no presente feito, o depoente após uma reunião de trabalho decidiu investigar os grandes traficantes da região; que inicialmente foi preso Rodrigo da Pedra e depois Alexandre Hoffmann; que encerrados os trabalhos em relação a esses dois traficantes, o depoente voltou o foco da atividade policial para o acusado Ruann; que inicialmente começaram a fazer levantamentos para identificar os agentes e os veículos que os mesmos utilizavam para a prática criminosa; que chamou-lhe a atenção as vezes em que foi jogar futebol naquele local que o acusado Gleyson que nunca havia trabalhado apareceu inicialmente com o um Corsa bordo e posteriormente com um Golf preto; que perguntou o que estava havendo e **algumas pessoa lhe disseram que Gleyson estava trabalhando para o homem lá de cima, interpretado pelo depoente como sendo a pessoa de Ruann;** que depois de identificar os veículos e as pessoas que trabalhavam para Ruann, solicitaram uma interceptação telefônica; **que após começar a interceptação telefônica o depoente ouviu uma ligação do acusado Caca para a acusada Tata na qual a mesma dizia que a polícia tinha apreendido a droga que tinha escondido;** que Caca pedia para falar com Ruann, mas Tata disse que o mesmo estava na academia; que o depoente foi pesquisar o local em que seus policiais se encontravam, bem como colher informações a respeito da localização da PM, tendo chegado a conclusão que a operação que apreendera droga tinha sido comandada pela Central de Polícia; que junto com alguns policiais deslocou-se até a

central de polícia e lá constatou a apreensão de grande quantidade maconha e 800 g de cocaína; que durante as conversas interceptadas ficaram com a impressão que havia mais droga escondida no local; que o depoente pediu para o delegado Kale voltar ao local da descoberta para fazer nova busca; que o delegado retornou e conseguiu apreender outras tabletes de maconha; **que durante essas interceptações os acusados utilizavam a palavra ‘mafu’, que na interpretação do depoente significava fumo ao contrário, ‘verde e branco’, na interceptação do depoente, alusão à cocaína; que os acusados quase não falam nada comprometedor ao telefone; que durante estas ligações, Ruann alertou Caca para tomar cuidado com o que falavam;[...] que Caca era responsável pela administração do tráfico selecionando o posicionamento dos vendedores de droga, distribuindo rádios de comunicação e fazendo cobranças;** que inclusive Caca está sendo investigado em um processo de homicídio no qual se apurar a morte de um elemento que teria sido determinada por Ruann; que conseguiu cópia desse processo e encaminhou a este juízo; **que pelas informações que obteve com a investigação pode concluir que Ruann, Jamael, Tatiane, Gleyson, Jesse e Denize formavam uma organização criminosa;** que algumas pessoas não foram identificadas porque não eram conhecidas pelo depoente, como Barkley, Gordinho e Tinhinho, além de Keia; **que Emerson Kun fornecia droga para Ruann; que Diego Costa também trazia droga para Ruann; que na casa de Ruann apreenderam dentro de outros objetos comprometedores um recibo de um bem adquirido de Pedro Ruann Cabalero na Casa China, cidade conhecida como um dos pontos de droga;** que Ruann chegou a ficar quinze dias em Foz do Iguaçu um tempo antes de ser preso; que os fornecedores de Ruann eram do Paraná e do Mato Grosso do Sul; **que o próprio Ruann fazia a administração financeira do tráfico; que Ruann passava perto do ‘Bem Bolado’ e recolhia o dinheiro; que quando Ruann foi preso apreenderam mais de dez mil reais;** que Caca também recolhia o dinheiro nos pontos de venda de tráfico; **que Caca repassava o dinheiro para Tatiane e Ruann;**

que algumas veze Tata estava sem dinheiro e Ruann mandava Caca entregar dinheiro para a mesma; [...] que disseram que Ruann trabalhava no salão de beleza, mas o depoente pode constatar que o mesmo passava a manhã em sua residência na Praia da Daniela e no período da tarde vinha para o Centro da Cidade, permanecendo normalmente junto ao Morro do Céu, local onde foi flagrado num encontro com Emerson Kun, o qual foi devidamente filmado; [...] que Ruann não toca na droga; **que durante a busca e apreensão encontraram uma certa quantidade de haxixe na casa de Ruann;** que encontraram também uma certa quantidade de haxixe na casa de Jamael; que a embalagem em que a droga foi encontrada na casa de Ruann e Jamel eram provavelmente iguais; [...] que a inteceptação começou no dia três de junho e não recorda quando ocorreu a prisão dos acusados; que não conhecia Denize, Jesse e Jamael; que recebeu várias denúncias de pessoas que procuraram a polícia para incriminar os acusados, mas estas pessoas falaram sobre sigilo para preservar suas integridade físicas e o depoente não pode revelar o nome das mesmas; que o depoente não fornecesse os nomes das pessoas que incriminaram os acusados para preservar a integridade das mesmas; que não fizeram buscas apenas nas casas de Denize e Jesse; que não fizeram a busca, porque acreditavam que a mesma residia na Rua Araranguá, mas Denize já tinha se mudado; que não fizeram busca no salão de Jesse e Denize; **que quando Caca ligou para Tata e Ruann para contar da apreensão da droga o mesmo estava chorando [...]**” (Cláudio Monteiro, fls. 1.048/1.052, grifou-se).

Ainda:

“que o depoente trabalhava na central de polícia e recebeu a visita de uma pessoa que denunciou o local em que Ruann e Caca guardavam, substância entorpecente; que a referida pessoa indicou exatamente o local em que a droga estava escondida e relatou que Caca e Ruann algumas vezes apareceriam no local dentro de um carro preto importado, cujo nome e marca a testemunha não soube identificar; que o

depoente foi até o local acompanhada de outros policiais; que após aproximadamente duas hora de buscas achou escondidas dentro de malas certa quantidade de maconha; que de posse da droga foram para a central de polícia e naquele local foram procurados pelo delegado Cláudio Monteiro; que o delegado relatou que estavam investigando Ruann e que o mesmo se achava com o telefone interceptado e **pelo teor das conversas ocorridas após a primeira apreensão deveria haver mais droga no local; que em razão disso, voltaram ao local indicado e acharam mais uma quantidade de maconha e uma lata com cocaína;** que a pessoa que fez a denúncia não explicou sua motivação; **que foram apreendidas duas malas grandes com maconha e uma lata de cocaína;** que só ficou sabendo que o DEIC estava monitorando os acusados depois que fez a primeira apreensão da droga; que o terreno em que a droga foi encontrada era muito grande e como estavam procurando a droga fazia duas horas acreditaram que a maconha achada inicialmente representava todo o tóxico escondido no local; que somente com as informações passadas pelo delegado Cláudio decorrentes da escuta telefônica é que pudera volta ao local para realizar novas buscas; **que o acusado Ruann e o acusado Caca eram investigados pela Central de Polícia pela 5ª DP por tráfico de drogas e envolvimento com homicídios [...]**” (Ernane Corrêa da Silva, fls. 1.053/1.054, grifou-se).

Mais:

“que o depoente trabalhava na central de polícia e recebeu um informante dizendo que Ruann e Caca eram vistos constantemente no fim da Rua Ângelo Laporte em um terreno manuseando malas e escondendo drogas; que o depoente montou um equipe com 12 policiais e foi até o local indicado pelo informante; que chegando no terreno apontado, fizeram vários buscas e acabaram encontrando uma mala com maconha; que, de posse da droga, voltaram para a central de polícia e lá foram procurados pelo pessoal do DEIC que informou que

os acusados estavam com os telefones grampeados e que pelo teor das conversas que mantinham havia mais droga no local que não havia sido achada pela polícia; **que retornaram ao terreno e depois de novas buscas e encontraram mais maconha e uma lata com cocaína**; que de posse dessa nova droga, retornaram à central; que o depoente não investigava e não tem informação sobre a participação dos demais; que conhece Denize de longa data e que sabe que a mesma tem um salão de beleza e nunca ouviu falar do envolvimento dela com o tráfico; **que chegavam denúncias na central de polícia dizendo que Ruann era o chefe do tráfico do Morro**, mas não chegaram a instalar uma investigação a respeito do ocorrido; que as denúncias davam conta da participação de Caca no tráfico junto com Ruann; [...] **que há pelo menos um ano e meio antes da prisão do Ruann já era alvo de denúncias anônimas pelo 181 dando conta da prática de tráfico** [...] que o depoente não revela o nome dos informantes porque os mesmo podem ser mortos; que as denúncias são feitas por telefone e as pessoas não se identificam” (Augusto Luiz Fernandes Júnior, fls. 1.055/1.056, grifou-se).

Para arrematar:

“Ruan era o patrão e o dono da droga que Tatiane fazia o financeiro cuidando dos depósitos relacionados ao pagamento da compra e venda de drogas e que **Cáca era o gerente responsável pela guarda e venda de tóxico** [...] **Jamel não tem ocupação lícita; Ruan também não trabalha**” (João Luis de Souza, fls. 1.005/1.007, grifou-se).

Ressalte-se que a alegação do apelante de que houve perseguição pessoal partida do delegado de polícia Cláudio Monteiro, contra o acusado Ruann (fl. 1.986), em nenhum momento encontra suporte nos autos.

Não demonstrado pelo réu que os agentes faltaram com a verdade ou de qualquer forma deturpam a realidade do ocorrido, não existem razões

para o não acolhimento de seus depoimentos como alicerce à condenação, pelo só fato de emanar de agentes do Estado incumbidos da repressão penal.

A jurisprudência desta Corte firmou entendimento que os depoimentos de policiais só não têm valia quando demonstrado que estes estão agindo de má-fé, o que não é o caso dos autos (Apelação Criminal n. 2006.046973-8, rel. Des. Amaral e Silva, j. em 30/1/2007).

Além disso, a condenação não está embasada somente nos depoimentos dos policiais, mas em consideráveis trechos de conversas interceptadas entre Ruann e Jamael – conforme se verá no próximo item –, fator que comprovou não só a prática do crime de tráfico ilícito de entorpecentes, mas também a associação entre ambos para tal fim.

Por fim, o pedido de Ruann que visa à desclassificação do crime de tráfico para o crime de porte para consumo próprio não procede. Isso porque eventual condição de usuário não exclui a responsabilidade pela conduta típica deflagrada, tampouco, possibilita a desclassificação, pois nada impede que o usuário ou viciado seja também traficante, e, se a prova dos autos indicar essa condição – como no caso –, obstada se encontra o afastamento da condenação.

2.2 Associação para o Tráfico – Ruann Diego Corrêa Jerônimo e Jamael Pedra da Silva

Consoante à condenação pelo crime descrito no art. 35 da Lei Antidrogas, melhor sorte não socorre aos apelantes.

Para a configuração de tal crime é necessária a união de duas ou mais pessoas para o fim de praticar, reiteradamente ou não, algum dos delitos previstos nos arts. 33, *caput* ou § 1º, ou, ainda, 34 da Lei de Drogas. Exige-se, também, que a associação seja estável e permanente, uma vez que a união de esforços ocasional e transitória caracteriza apenas o concurso eventual,

rechaçado pela nova lei, e que exista o elemento subjetivo especial, manifestado pela vontade de cometer em conjunto aquelas condutas típicas.

Sobre o tema, Guilherme de Souza Nucci preleciona:

“Exige-se elemento subjetivo do tipo específico, consistente no ânimo de associação, de caráter duradouro e estável. Do contrário, seria um mero concurso de agentes para a prática do crime de tráfico. Para a configuração do delito do art. 35 (antigo art. 14 da Lei 6.368/76) é fundamental que os ajustes se reúnam com o propósito de manter uma meta comum. Não existe a forma culposa” (*Leis Penais e Processuais Penais Comentadas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1. ed., 2006. p. 785).

No caso em tela, os elementos coligidos, mormente os depoimentos dos policiais – que promoveram prolongada investigação –, bem como o conteúdo das interceptações telefônicas, bastam para que se conclua pelo preenchimento dos requisitos legais do art. 35, *caput*, da Lei de Drogas com relação a Ruann e Jamael.

Além dos depoimentos, prestados pelos policiais já transcritos neste voto (João Luis de Souza, fls. 1.005/1.007, Luciano Dutra, fls. 1.008/1.010, Cláudio Monteiro, fls. 1.048/1.052, Ernane Corrêa da Silva, fls. 1.053/1.054, Augusto Luiz Fernandes Júnior, fls. 1.055/1.056), consta dos autos de interceptação telefônica n. 023.08.030209-5, diálogos que comprovam a associação habitual e duradoura entre os mencionados acusados.

Primeiramente, demonstrando a estabilidade e a habitualidade criminosa, como bem mencionou o Magistrado *a quo*, Jamael “*fazia relatos periódicos a Ruann sobre o andamento do comércio ilícito*”.

Em 5 de junho de 2008:

“RUAN - Então

CACA - Então

RUAN - Tudo certo

CACA - Ta ficando

RUAN - Ta o que eu ia falar pra ti, o Snoop ficou lá embaixo?

CACA - Huhum

RUAN - Não ficou ninguém lá embaixo?

CACA - Ficou

RUAN - Fazendo corre não?

CACA - Háram

RUAN - E drapé (pedra ao contrario) alguma coisa ou não?

CACA - há?

RUAN - Mais já saiu alguma coisa ou não?

CACA - Já

RUAN - Uns 30 ou 30?

CACA - Há?

RUAN - 30?

CACA - 30 e 7

RUAN - Então vê se arruma uns R\$ 30,00 e da pra minha mina ali

CACA - Pode crer

[...] (fl. 87, grifou-se).

Em 7 de junho de 2008:

“RUAN - Então

CACA - Então, eh naquela la...

RUAN - Olha

CACA - É, dois ponto zero

RUAN - ... Dois ponto zero?

CACA - É dezenove e dezenove e meio, dois ponto zero

RUAN - Ta com mais cinquenta e pouco da outra né

CACA - É

RUAN - Ta, então...

CACA - Da stenta e sete ja

RUAN - Ta, então da um jeito ali depois de ir no Fe la e da um fio pro Gordo e fala isso ai

CACA - Aham

RUAN - Ve segunda feira vai ter a moeda dele la só que e... vai ter isso ai, vai ter esse real ai e tem que ver os outros la que falta contar né cara

CACA - Aha

RUAN - Ai tem que ... pra ele la, o bagulho parece que vai passar de cem real, então ja pra ele ja dar uns toque la que vai... calculadora

CACA - Certo

RUAN - falo” (fl. 92, grifou-se).

Na data de 9 de junho, verifica-se que Ruann determinou que Jamael cobrasse uma dívida havida por um terceiro:

“[...] Ruan - Ta e...esse ...se tiver alguém aí de bobeira aí, vê se dá um... bota uma galera carro meu ir e **vai naquele desgraçado daquele seco lá**

Cacá - Pode crer

Ruan - O já ... diz pra ele que é o seguinte né meu, **diz pra ele que... ele tem até (incompreensível) , se não o bagulho vai ficar loco**

Cacá - Pode crer

Ruan – falo” (fl. 93, grifou-se).

E mais, em 10 de junho de 2008:

“CACA - Então

RUAN – Eh, só tu mesmo pra fazer um favor

[...]

RUAN – Tem que ligar lá pro pesado... La e seguinte é dizer pra ele entrar em contato com os irmãos lá, ta ligado

CACA - Á

RUAN – E seguinte, dizer que hoje hoje nós ja vai acertar tudo, só que é o seguinte, essas sessenta real ai diz pra ele botar na ponta do lápis ja e vim cedo pra nos trocar ideia

CACA - Pode crê

RUAN – Diz pra ele deixar avisado que tem mais dois quitado daquele jeito [...]” (fl. 98).

No mesmo dia:

“[...]

CACA - Então

RUAN - Eh, aquele MAFU (FUMO) nosso la de fazer fumaça la que tava la, ja pegasse?

CACA - Eu peguei um

RUAN - Á?

CACA - Eu peguei um já

RUAN - Esse tempo todo só pegasse um irmão?

CACA - ... procurando la... tem uma coisarada [omissis] que jogaram por cima, por isso que... só um né...

RUAN - Qual que você encontrou?

CACA - Aquele do Maninho

RUAN - Á?

CACA - Do Maninho” (fl. 102, grifou-se).

Nada obstante, das seguintes conversas percebe-se que, na região investigada, o comércio de drogas ocorria em vários pontos, envolvendo, inclusive, um número indeterminado de subalternos.

Em 11 de junho de 2008:

“CACCA - Não o bombado não, a ele ligou faz o que, faz cinco minutos perguntando se não podia ir la que ele tem uma moeda e ja queria trocar uma ideia

RUAN - Certo... Ta e aquela outra moedinha la arrumasse pra mim?

CACA - Arrumei

RUAN - Isso, ai eu ja vou te ligar, ai tu desce naquele mesmo lugar ali

CACA - Aham. Só to esperando o Digo que ele foi ali ele foi buscar um dinheiro pra nós, ai eu emprestei a moto pra ele

RUAN - Ah, não não certo, mas vai demorar um...” (fl. 104, grifou-se).

Em 12 de junho:

“RUAN - Ta vou dizer uma coisa pra ti, tá o se eu precisar de R\$ 90,00 tem aí agora?

CACA - Tem

RUAN - Hãm?

CACA - Tem

RUAN - Já te ligo já então

CACA - Pode crer” (fl. 106).

Ainda no dia 12:

“[...]

RUAN - E o [omissis] da [omissis] dos irmão mandou aquela moedinha lá?

CACA - Mandou o tartaruga ninja ali debaixo?

RUAN - É

CACA - Mandou os 200 que faltava e mandou mais 3 perninha

RUAN - Tais falando no quilo pesado?

CACA - É

RUAN - A ta, eu to falando dos irmão galego la de cima lá

CACA - Não

RUAN - O tem que devolver o bagulho e tem que i lá pegar o dinheiro cara

CACA - Não, não, não to viajando ta lá casa cara

RUAN - Na real ta uma bagunça essa merda desse morro ai cara, bagunça do [omissis]

CACA - Pois é queria falar contigo, era pra deixar aqueles raidinho na mão” (fl. 109, grifou-se).

No dia 14 de junho Jamael liga para Ruann informando que um sujeito de alcunha “Gordinho” não trabalhará mais na venda de entorpecentes:

“[...] CACA - Ah, agora que ta tudo errado, **esse viado desse gordinho aqui não quer mais trabalhar e vai tomar no [omissis] dele então**

RUAN - Não quer?

CACA - Não quer, pagou o que devia ali, agora também não vendo mais nada né

RUAN - Por que que ele ta nessa pô?

CACA - Não sei, eu nem perguntei nada, não vou ficar me estressando com ele né cara, **arrumo outra pessoa** mas não vou ficar me estressando mais com ele não

RUAN - Olha, que horas ... sete horas né?

CACA - É

RUAN - Ta loco, e os cara tão la na esquina ali?

CACA- Tão” (fl. 115, grifou-se).

Note-se ainda do dia 5 de junho de 2008 – após a apreensão da droga que estava escondida no matagal, descrita à fl. VI da denúncia – uma conversa mantida entre Jamael e um desconhecido, acerca da operação policial, e referindo-se a Ruann como “R”:

“CACA = Tão

= Beleza?

CACA = Beleza, e aí pô

= **Falasse com o “R”?**

CACA = ô, tá uma sujeirada [omissis] pô!

= Foda né

CACA = E aquele nosso ladinho lá?

= Qual ladinho, lá dos cara lá em cima?

CACA = É, onde tu tava ontem

= O que que tem?

CACA = Sujou

= Sujou?

CACA = Pá [omissis]!

= Batero lá

CACA = Ahm?

= Batero lá?

CACA = Acharo

= Fecharam também?

CACA = Não, não

= Não pegaro ninguém?

CACA = Não, só os pertence

= Mas chegaro a leva?

CACA = Levaro

= Acharam muita coisa?

CACA = Arram

= Ui. Que [omissis]!

CACA = É, tá [omissis]

= **Só! E o “R”?**

CACA = Não, nem falei com ele cara” (fl. 163, grifou-se).

No dia seguinte (6/6/08), Jamael recebeu ligações de compradores ou possíveis revendedores de droga, que, além de solicitarem entorpecente, solidarizaram-se com a situação em que se encontravam seus fornecedores Ruaan e Jamael:

“DESCONHECIDO - E ai ...

CACA - E ai

DESCONHECIDO - Tranquilo?

CACA - Tranquilo

DESCONHECIDO - Como tão as coisas ai?

CACA - Não, ta mais calmo né cara, mas [omissis], levaram... [omissis]

DESCONHECIDO - Mas ta sussegado pro lado do nosso amigo la?

CACA - É, não ta né, não ta porque pa, eles andaram catando umas coisas ai

DESCONHECIDO - [omissis] né, mas deu alguma perca ou não?

CACA - Aham

DESCONHECIDO - Oh é [omissis] em cara, é [omissis]. Ehim, então quer dizer só semana que vem vai dar pra quitar esse lado então?

CACA - Pô, só tu mesmo se puder esperar memo cara, sei que ja esperou de mais, mas só tu mesmo

DESCONHECIDO - ... querendo trabalhar denovo...?

CACA - Aham

DESCONHECIDO - Tem qualquer coisa, pouca coisa...?

CACA - Nada cara, levaram tudo que nós tinha cara

DESCONHECIDO - Eita [omissis]. Levaram alguém de voceis também...

CACA - Não, não, não

DESCONHECIDO - Menos mau né cara?

CACA - Menos mau

DESCONHECIDO - Então ta la, eu te ligo la pela segunda feira então ai

CACA - Só tu mesmo

DESCONHECIDO - Ta bom então, valeu cara, abraço pra você, te cuida ai negão

CACA - Pode crê” (fl. 143, grifou-se).

Ainda, referindo-se à quantidade de droga apreendida:

“CACA - ...

DESCONHECIDO - E ai?

CACA - E ai pô

DESCONHECIDO - Beleza?

CACA - Beleza

DESCONHECIDO - Como tão as coisas ai?

CACA - Não, não to na area não, to fazendo um giro la pra ver se arrumo uma moeda tua la

DESCONHECIDO - Então beleza

CACA - Pode crê...

DESCONHECIDO - E R?

CACA - Ah?

DESCONHECIDO - E R?

CACA - Não sei onde é que ta não

DESCONHECIDO - ta e ai, eu vi o que passou na televisão ontem né

CACA - Visse?

DESCONHECIDO - ... trinta?

CACA - é, e mais umas buchas...

DESCONHECIDO - Ta bom então, to no aguardo ta? Falou?

CACA - ... não entendi

DESCONHECIDO - To aguardando ai qualquer coisa

CACA - Pode crê

DESCONHECIDO - Falou

CAÇA - Falo” (fl. 146, grifou-se).

Também:

“CACA - ... Jogador

DESCONHECIDO - Então beleza?

CACA - Beleza

DESCONHECIDO - O... ta por ai, não?

CACA - Não ta pô, nem aparece ai po, nosso morro fechou denovo

DESCONHECIDO - ... não consegui entender, tava meio ruim a ligação

CACA - Uhm

DESCONHECIDO - Fecharam tudo denovo irmão?

CACA - Fecharam tudo denovo né cara

DESCONHECIDO - ... o negócio fechou federal mesmo, e o lado de la também né

CACA - Agora os dois né, agora eu to cercado

DESCONHECIDO – [omissis], mas naquela de ontem não foi ninguém

CACA - Não... o bagulho

DESCONHECIDO - Áh?

CACA - Vou ter que ir la amanhã

DESCONHECIDO - Tem que se apresentar?

CACA - Aham

DESCONHECIDO - Não louco, fazer isso

CACA - Não, não mas o advogado ja garantiu ja

DESCONHECIDO - A não ta louco, vai la e fica la de graça” (fl. 148, grifou-se).

Por fim, no dia subsequente à apreensão da droga e prevendo possível prisão e conseqüente interrogatório, Ruann e Jamael têm o seguinte diálogo, por meio do qual combinam dissimular os fatos:

“CACA - Então

RUAN - Então

CACA - Então

RUAN - E... ve tudo certinho la as marcação la que é o seguinte, tem que ter, **tem que ter quinhentos real daquele novo ta ligado**

CACA - Certo

RUAN - Porque nós tava fazendo a conta com do Tininho, mas o Tininho não pode fazer a conta

CACA - Só

RUAN - Ta ligado?

CACA - Só (SOM DE RADIO COMUNICADOR AO FUNDO)

RUAN - Tem que ser quinhentos real distribuido

CACA - Oi

RUAN - Tem que ser quinhentos real distribuido

CACA - Certo

RUAN - Tais ai em cima?

CACA - To

RUAN - Tudo certo?

CACA - É... ai mesmo

RUAN - É a hora ... desceu o Pirulito tava la na esquina

CACA - Aham

RUAN - Ta e teu negócio la é amanhã de manhã?

CACA - É

RUAN - E se os cara pergunta se tu conhece o irmão ta ligado

CACA - Á?

RUAN - Negócio é o seguinte irmão, é diz que não... ta ligado

CACA - Claro

RUAN - É.. porque é o seguinte, só pelo simples fato de tu morar no ladinho, ta ligado

CACA - Só

RUAN - É... não tem, não tem muito intimidade mas conhece de... ta ligado

CACA - Certo

RUAN - Mas não sabe nada da vida, pá ja era... não sei da uma falada com o desgraçado la antes, pra ver o que que ele acha se é melhor, se é melhor fala ou não

CACA - Certo

RUAN - Falo

CACA – Falo” (fl. 149, grifou-se).

Dessa forma, demonstrada à sociedade a formação de estável *societas criminis* para a prática da conduta prevista no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/06, preservam-se as condenações.

2.2 Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Associação para o Tráfico – Tatiane Regina de Oliveira

O órgão Ministerial pretende a reforma da sentença para que Tatiane Regina Oliveira seja condenada pelo crime de tráfico ilícito de entorpecentes, bem como pelo delito de associação para o tráfico.

Segundo consta das razões recursais, Tatiane “*realizava tarefas de apoio ao tráfico de drogas, tendo em vista que, além de auxiliar no abastecimento dos pontos de venda, com o transporte de pequenas quantidades, coletava o numerário advindo dessa comercialização e auxiliava na contabilidade dos lucros, providenciando, ainda, a confirmação de pagamento a fornecedores*” (fls. 1.896/1.897).

2.2.1 Quanto à efetiva prática do tráfico ilícito de entorpecentes (art. 33, *caput*, da Lei n. 1.343/06), embora a materialidade esteja comprovada (cf. item. 2.1), a autoria não pode ser imputada à apelada.

Interrogada, Tatiane negou a sua participação, descrevendo que mantinha um relacionamento com Ruann, que, inclusive, é pai de um de seus filhos e que “*conhece ‘Caca’ em razão de que é casado com uma amiga de infância da interroganda, inclusive irá batizar o filho deles*”. Acrescentou que “*Jamael às vezes ia na casa da interroganda conversar com Ruan quando ele ainda morava lá; que Ruan e Jamael são amigos*”.

Sobre os delitos narrados na denúncia, afirmou:

“que nunca fez transporte de pequenas quantidades de drogas ou abasteceu posto de venda ou coletou numerário advindo do comércio de drogas; que não auxiliava na contabilidade de lucros ou fazia confirmação de pagamento a fornecedores [...] que não tem envolvimento com o tráfico de drogas, apenas cuidava de seus filhos e não saía de casa [...] que na sua casa não tem balança de precisão; que não foi apreendido dinheiro em sua casa; que também não foi encontrado qualquer apetrecho relacionado ao tráfico de drogas, como seda, murrinhas ou outros; que não tinha relacionamento com qualquer traficante ou dava orientação sobre o tráfico de drogas” (fls. 1.489/1.492).

Cláudio Monteiro, Delegado de Polícia responsável pelas investigações, relatou que “*com Tata não foi encontrada droga; que na casa de Tata houve busca e apreensão mas não encontraram droga; que não conhece ninguém que comprou drogas dos acusados*” (Cláudio Monteiro – fls. 1.048/1.052).

Relembre-se que, a rigor, a ausência de apreensão da droga não exime eventual condenação pelo crime de tráfico – assim como aconteceu com o acusado Ruann.

No entanto, em relação à apelada Tatiane, não se logrou comprovar, inclusive pelas interceptações telefônicas, que praticava algum dos verbos do art. 33, sendo temerária a sua condenação.

2.2.2 Por outro lado, procede a insurgência que visa à condenação de Tatiane pelo crime descrito no art. 35 da Lei Antidrogas.

Salienta-se, antecipadamente, que a associação para o tráfico constitui delito autônomo, ou seja, a sua caracterização não depende da prática de qualquer dos crimes previstos no tipo penal, que, se ocorridos, atraem a regra estabelecida no art. 69, *caput*, do Código Penal (STJ, *Habeas Corpus* n. 86924/SP, rel. Min. Felix Fischer, j. em 27/3/2008; TJSC, *Apelação Criminal* n. 2008.068899-4, de Itapoá, rel. Des. Torres Marques, j. em 16/1/2009).

Por consequência, a associação para o tráfico prescinde da apreensão e análise dos entorpecentes para a comprovação da materialidade, até porque “*não há necessidade de que algum dos delitos de tráfico venha a ocorrer, desde que demonstrado que a associação de pessoas continha um ajuste prévio e duradouro com tal finalidade*” (GOMES, Luiz Flávio Gomes (coord). *Lei de drogas comentada artigo por artigo*: Lei 11.343, de 23.08.2006. 3. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 208).

Conforme leciona Fernando Capez, “*o momento consumativo dá-se com a formação da associação para o fim de cometer tráfico, independentemente*

da eventual prática dos crimes pretendidos pelo bando” (Curso de direito penal. v. 4, 3. ed., São Paulo: Saraiva, 2008. p. 743).

Bem delineadas as tênues linhas que separam as duas condutas típicas imputadas ao apelado, infere-se que, no que tange ao delito do art. 35, *caput*, da Lei n. 11.343/06, a prova coligida é robusta e permite a condenação.

Para a configuração de tal crime é necessária a união de duas ou mais pessoas para o fim de praticar, reiteradamente ou não, algum dos delitos previstos nos arts. 33, *caput* e § 1º, e 34 da Lei de Drogas. Exige-se, também, que a associação seja estável e permanente, uma vez que a união de esforços ocasional e transitória caracteriza apenas o concurso eventual, rechaçado pela nova lei, e que exista o elemento subjetivo especial, manifestado pela vontade de cometer em conjunto aquelas condutas típicas.

Guilherme de Souza Nucci preleciona:

“Exige-se elemento subjetivo do tipo específico, consistente no ânimo de associação, de caráter duradouro e estável. Do contrário, seria um mero concurso de agentes para a prática do crime de tráfico. Para a configuração do delito do art. 35 (antigo art. 14 da Lei 6.368/76) é fundamental que os ajustes se reúnam com o propósito de manter uma meta comum. Não existe a forma culposa” (*Leis penais e processuais penais comentadas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1. ed., 2006. p. 785)

No caso dos autos, os elementos probatórios evidenciam o preenchimento de todos os requisitos do preceito incriminador, porquanto a apelada estava associada, de maneira estável e permanente, com Ruann e Jamael – talvez que com muitos outros traficantes que figuraram nas interceptações telefônicas –, com o fim específico de perpetrar a conduta proscribida do art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/06.

Assim, em que pese na residência de Tatiane não te sido encontrada droga, balança de precisão, ou qualquer outro elemento que sugerisse, por exemplo, a efetiva colocação do entorpecente à venda, o crime de associação para o tráfico perdura intacto.

As testemunhas de acusação, todos policiais militares envolvidos nas investigações que culminaram na prisão dos acusados, assim relataram em juízo:

“[...] Tatiane fazia o financeiro cuidando dos depositos relacionados ao pagamento da compra e venda de drogas [...] Tatiane também não trabalha [...]” (João Luis de Souza – fls. 1.005/1.007).

“[...] nas conversas posteriores há primeira apreensão os réus Ruan, Tatiane e Cáca comentaram sobre a existência de mais droga e chegaram a mencionar o local em que o em entorpecente estava escondido [...];que Tatiane foi interceptada falando que faria depositos para vendedores da droga e também passava Fax comprovando os depositos feitos em favor desses fornecedores; Tatiane também ligava para Cáca avisando da chegada de policia no morro; que Tatiane morava no morro do 25 [...];que pelo que observaram nas escutas telefonicas Ruan e Tatiane eram casados e costumavam se encontrar nos finais de semana; [...]” (Luciano Dutra – fls. 1.008/1.010).

“[...] que pelo que pode apurar as investigações Tata era responsável pela distribuição de pequenas quantidade de drogas para pequenos traficantes e também pela comprovação do pagamento das compras realizadas junto a um traficante do Mato Grosso do sul, chamado Jeison Catão; que Jeison era chamado por Ruan de ‘Le Cadian’; que em uma oportunidade Ruann e Caça chegaram a encontrar com Le Cadian perto do Mc Donald’s da Agronômica; que o depoente não pode filmar o encontro, pois não tinha filmadora, e também conseguiu seguir os acusados para não queimar o trabalho; que Le Cadian ficou hospedado no Hotel Cruzeiro em São José

[...]que pelas informações que obteve com a investigação pode concluir que Ruann, Jamael, Tatiane, Gleyson, Jesse e Denize formavam uma organização criminosa; [...]que Caça repassava o dinheiro para Tatiane e Ruann; que algumas vezes Tata estava sem dinheiro e Ruann mandava Caça entregar dinheiro para a mesma; [...] que Gleyson, Jamael e Tatiane não desenvolviam nenhuma atividade lícita conhecida pelo depoente[...]"(Cláudio Monteiro – fls. 1.048/1.052).

No mesmo sentido: Ernane Corrêa da Silva – fls. 1.053/1.054 e Augusto Luiz Fernandes Júnior – fls. 1.055/1.056.

Como se viu, não há que se falar em desconsideração do testemunho de policiais, até mesmo porque encontram respaldo nas demais provas coligidas nos autos, principalmente na interceptação telefônica judicialmente autorizada.

Ademais, a prova colhida por meio da interceptação telefônica dá suporte ao que foi relatado pelos policiais.

No dia em que ocorreu a apreensão da droga (5 de junho de 2008), Tatiane intermediou as conversas entre Jamael e Ruann, e o teor dos diálogos evidencia o conhecimento e a participação da apelada no crime.

Primeiramente, Jamael entrou em contato com Tatiane, com o objetivo de falar com Ruann:

“[...]

TATA – o que aconteceu homem?

CACA – ah, os homens deram ... (inaudível)... Alguém deu os negócios lá e os homens levaram

TATA – levaram quem?

CACA – Ah levaram um monte de coisa Tata

TATA – Ai meu Deus, aonde guri?

CACA – Lá no morro, onde nós tava Tata

TATA – Ai meu Deus, eu vou mandar ele ligar pra ti [...]” (às 10h43min; fl. 114 dos autos n. 023.08.030209-5).

Com a notícia, Tatiane telefona a Ruann:

“ RUAN - Oi

TATA – Ruan, tenho uma coisa bem ruim pra te falar.(...) Não sei se dá pra falar pelo telefone.

RUAN – O quê?

TATA – Ai meu Deus!!! O Cacá ta chorando um monte.

RUAN – O Cacá?

TATA – É, foram lá no La Porta e pegaram tudo que tinha lá.

RUAN – Ah é?

TATA – Tudo, tudo, ele tá chorando um monte, monte.

RUAN – Tá, falô.

TATA – Tá (às 10h44min; fl. 115 dos autos n. 023.08.030209-5).

Jamael telefona novamente a Tatiane, pois não havia conseguido falar com Ruann:

TATA – ah, então é, é porque ele já ta vindo, ele ta na academia ele não pode falar. Pegaram tudo, tudo, tudo cara?

CACA – não, não, não, tudo, as camisetas verdes e a camiseta branca que tinha partido no meio eles levaram tudo.

TATA – Ai meu Deus, porque fizeram isso né, alguém denunciou né?

CACA – alguém denunciou.

TATA – é, né? Ai que ódio né, que gente safada meu Deus. Isso pode deixar, ele já ta vindo pra casa ele já vai te ligar, fica tranquilo, ta” (às 10h49min; fl. 115 dos autos n. 023.08.030209-5).

Minutos depois, Ruann estabelece contato com Jamael:

RUAN - Alô

CACA - então

RUAN - então

CACA – hei... Orra... os guris vieram aqui agora e me disseram que os “Homens” tavam tudo lá em cima naquele negócio onde nós guardava tudo lá, tá ligado?

RUAN - Ah

CACA – Mas não da camiseta branca, ta ligado?

RUAN - Ah

CACA – Levaram o MAFU (fumo invertido) todinho e aquela oitocentos que tinha do branco

[...] (às 10h53min; fl. 116 dos autos n. 023.08.030209-5).

Ainda naquele dia, Tatiana telefona a Ruann, para avisar que a Polícia continuava monitorando o local – às 15h45min e às 18h08min; fls. 135 e 136 dos autos n. 023.08.030209-5.

No dia seguinte (6 de junho), a apelada novamente presta informações a Ruann de que a polícia está no morro – às 18h49min; fl. 139 dos autos n. 023.08.030209-5.

As conversas se protraem nos dias subsequentes, como as que se transcreve a seguir:

“RUAN - Alô

TATA – Os homens tão lá no morro, major Nilton e tudo

[...]

TATA – É a Deise falou, mas eles agora tão lá embaixo, tem até câmara né?

[...]” (em 13/6/08, às 9h39min; fl. 153 dos autos n. 023.08.030209-5).

E:

“TATA - Alo

RUAN - Alo

TATA – Michel foi ali na Deise ... que a polícia ta subindo e quer entrar na minha casa, que quer tu e ele ... desgraçado, e a Deise não consegue avisar pra Quéia

RUAN - ... Pra entrar em casa?

TATA – Tão subindo porque querem pegar, querem tu e ele, e ele saiu correndo a Deise falou

[...]” (em 13/6/08, às 9h42min; fl. 154 dos autos n. 023.08.030209-5).

Assim, evidenciada a associação de Tatiane com os acusados Ruann e Jamael para a efetiva prática do tráfico de entorpecentes, a condenação é a medida que se impõe.

Passa-se, pois, à aplicação da pena.

Em função da ausência de circunstâncias judiciais favoráveis do artigo 59 do Código Penal e do art. 42 da Lei 11.343/06, fixa-se a pena-base em 3 (três) anos de reclusão, em regime inicial aberto, e 700 (setecentos) dias-multa, no piso legal, quantia que se torna definitiva tendo em vista a ausência de agravantes ou atenuantes e de causas de aumento ou de diminuição de pena – conforme o teor das judiciosas razões explanadas nas sentença às 1.856/1.857.

Nos termos do art. 44 do Código Penal, substitui-se a pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos, consistentes em prestação de serviços à comunidade – a ser definida pelo Juízo da Execução – e prestação pecuniária, no importe de 1 (um) salário mínimo – a entidade a ser definida também pelo Juízo da Execução Penal.

2.3 Associação para o Tráfico – Gleyson Cristian Gomes

O apelo do Ministério Público também almeja a condenação de Gleyson Cristian Gomes pelo crime de associação para o tráfico.

Com efeito, em 19 de março de 2008, Gleyson foi surpreendido quando transportava em seu veículo mais de 23 (vinte e três) quilos de entorpecentes, ocasião em que foi preso em flagrante delito. Processado, julgado e condenado por tal fato (processo n. 023.08.018134-4), passou a cumprir a pena então estabelecida de 5 (cinco) anos e 6 (seis) de reclusão, em regime inicial fechado, por infração ao disposto no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/06.

Com a prisão de Ruann e Jamel, Gleyson também foi denunciado por associação para o tráfico, uma vez que, segundo consta, aquela droga apreendida com ele, no mês de maio, pertencia ao grupo do qual era associado para fins de cometer o crime de tráfico de drogas.

O acusado, interrogado na fase jurisdicional, negou a prática delitiva, aduzindo que não estava sob as ordens de Ruann:

“[...] que conhece Ruann do morro, encontrando-o em pagodes e no futebol, assim como Kaká; que conhece Tatiane apenas de vista; [...]; que a rua João Carvalho é próxima de sua casa, mas o declarante não ficava neste local vendendo drogas, que as vezes ficava ali porque é próximo de sua casa; que confirma que foi apreendido em seu veículo a droga descrita na fl. 05 de denúncia, mas não estava transportando para Ruann sob o comando deste e de Jamael, sendo essa droga exclusivamente sua; que essa droga era destinada para a venda pelo próprio declarante; [...] que já foi condenado em razão desta droga; [...] que antes da presente audiência ou antes do presente processo nunca teve ciência de que Ruann e os demais co-réus estariam traficando drogas; que nunca guardou qualquer envelope, caixa ou qualquer outro objeto para os demais acusados; que nunca recebeu qualquer dinheiro ou qualquer tipo de vantagem para qualquer coisa lícita ou ilícita, dos demais acusados; que tem conhecimento que Ruann tem filhos e já deu carona para estes até o colégio em que estudavam [...]” (fls. 1.548/1.550).

Embora apresente algumas escusas, a prova para a sua condenação também pelo delito do art. 35 é farta e consiste, principalmente, nos depoimentos dos policiais que investigavam o caso, segundo os quais o acusado seria responsável pela administração e abastecimento do principal ponto de droga comandado por Ruann, assim como por realizar o comércio direto a usuários.

Destaca-se:

“[...]Gleysson foi preso transportando 30 kg de maconha, Gleysson levava os filhos de Ruan diariamente até a creche primeiro com um Corsa Bordo, e depois com um Golf Preto que o mesmo adquiriu [...] que Gleysson era responsável pelo transporte da droga para Ruan tanto assim que ficaram esperando pelo mesmo na cabeceira da ponte e o abordaram na avenida beiramar quando o mesmo foi preso com maconha; [...]Gleysson não trabalha [...]” (João Luis de Souza – fls. 1.005/1.007).

“que o depoente integrava a equipe responsável pela investigação de eventual pratica de tráfico de drogas cometida por RUAN, a investigação contra RUAN começou de 4 a 5 meses antes que o mesmo fosse preso; [...] antes da prisão de RUAN, foi preso o acusado Gleysson com certa quantidade de maconha transportada em um Golf na avenida Beira-Mar, algumas denúncias chegaram até a polícia dizendo que a droga iria ser entregue para Ruan, Gleysson trabalhava com Diego Costa e este ultimo veio a ser preso com 5 kg e meio de cocaina um tempo depois da prisão de Gleysson; algumas denúncias chegaram a polícia informavam que a cocaina era de Ruan, posteriormente a polícia filmou Ruan, conversando com Emerson Kunh, posteriormente Emerson veio a ser preso com 30 á 40 kg de maconha dentro de um tubo de gás veicular, na polícia federal de barra velha [...] que Gleysson levava os filhos de Ruan creche todos os dias; **que na época investigavam que Gleysson trabalhava para Ruan,** que o delegado falou que a droga apreendida com Gleysson era para

Ruan, [...]; quando Gleysson foi preso ao que recorda o depoente ainda não havia intercptação telefonica; [...]; pelo que passaram ao depoente Gleysson residia na rua José Carvalho proxima da Pedro Gil e naquele local funcionavam pontos de venda de drogas de Gleysson e Diego Costa; que as informações referentes as denúncias eram repassadas a equipe de investigação pelo delegado Claudio Monteiro; [...]" (Luciano Dutra – fls. 1.008/1.010).

"[...] que chamou-lhe a atenção as vezes em que foi jogar futebol naquele local que o acusado Gleyson que nunca havia trabalhado apareceu inicialmente com o um Corsa bordo e posteriormente com um Golf preto; que perguntou o que estava havendo e algumas pessoa lhe disseram que Gleyson estava trabalhando para o homem lá de cima, interpretado pelo depoente como sendo a pessoa de Ruann; [...]; **que pelas informações que obteve com a investigação pode concluir que Ruann, Jamael, Tatiane, Gleyson, Jesse e Denize formavam uma organização criminosa;** [...]; que Gleyson não estava monitorado pela Polícia e a prisão do mesmo decorreu de uma denúncia anônima; que segundo apurou Gleyson transportava a droga que tinha sido inicialmente recebida pelo seu cunhado chamado Kika, que parece que se encontrava preso por tráfico de drogas, que Gleyson pegou esta droga perto do Detran e foi preso quando levava a droga para Ruann, conforme seu entendimento; que quando houve a interceptação o acusado Gleyson já estava preso; que a ligação entre Gleyson e Ruann decorreu de fotografias apreendidas na casa de Ruann, a qual mostrava Ruann e Gleyson participando de uma festa; [...]que Gleyson, Jamel e Tatiane não desenvolviam nenhuma atividade lícita conhecida pelo depoente; [...]; que Gleyson administrava um ponto de venda de drogas na esquina da Rua João Carvalho com a José Pedro Gil; que Gleyson levava os filhos de Ruann até o colégio Vivência na subida da Rua Ângelo Laporta; [...]; que ficou surpreso quando soube que Gleyson integrava o esquema do tráfico há mais tempo; que soube em fevereiro deste ano Gleyson também

integrava a organização criminosa há aproximadamente um ano; [...]; que ficou surpreso quando soube que Gleyson estava envolvido com o tráfico de drogas; que ficou surpreso com o envolvimento de Gleyson porque o mesmo vem de uma família decente; [...]; que Gleyson foi preso na Avenida Beira-Mar quando levava droga para Ruann, no seu entendimento; que não participou da operação que resultou na prisão de Gleyson; que não sabia em que local seria a droga entregue; que conhecia todo o modus operandi da quadrilha e faltava apenas definir o local em que a droga ficava escondida no Morro; que o caso foi solucionado com a apreensão realizada pela Central de Polícia; que não sabia exatamente qual o local em que a droga seria entregue, mas seria no Morro; que abordaram o acusado Gleyson na Beira-Mar porque estava acompanhando o mesmo com um veículo cedido pelo judiciário, tratando-se de um celta com baixa potência; que se fossem deixar para abordar Gleyson no morro, jamais o pegariam; que além disso procuram não mostrar aos investigados que utilizam para as campanhas policiais; que além do veículo celta também um blazer ou uma scenic fez parte da operação que prendeu Gleyson; que o próprio depoente lavrou o flagrante da prisão de Gleyson [...]; que não fizeram nenhuma busca na casa de Gleyson, pois o mesmo foi preso portando a droga; que os demais acusados foram interrogados sem a presença de advogado e fizeram uso da prerrogativa de falar apenas em juízo; [...]; que na foto da festa em que Ruan e Gleyson estavam juntos apareciam pessoas consumindo drogas, inclusive perto de crianças, mas que não aparecem pessoas transacionando drogas; [...]” (Cláudio Monteiro – fls. 1.048/1.052).

No mesmo rumo: Ernane Corrêa da Silva – fls. 1.053/1.054 e Augusto Luiz Fernandes Júnior – fls. 1.055/1.056.

Por outro lado, certamente das escutas telefônicas nada poderia ser extraído, uma vez que Gleyson encontrava-se preso nos prazos em que ocorreu a interceptação.

Portanto, considerando o robusto conjunto probatório, a condenação é a medida de rigor, passando-se, por conseguinte, à aplicação da pena.

2.3.1 Analisando as operadoras alinhadas no art. 59 do Código Penal e no art. 42 da Lei Antidrogas, verifica-se que, na hipótese, a culpabilidade é acentuada, porquanto o acusado não considerou o alcance social de sua conduta, agindo com total desprezo ao bem jurídico tutelado – saúde pública. As demais circunstâncias são normais à espécie, motivo pelo qual a pena basilar resta estabelecida em 3 (três) anos de reclusão, em regime inicial fechado (art. 44 da Lei de Drogas), e 700 (setecentos) dias-multa, no piso legal, quantia que se torna definitiva tendo em vista a ausência de agravantes ou atenuantes e de causas de aumento ou de diminuição de pena – pelas judiciosas razões explanadas nas sentença às 1.856/1.857.

Deixa-se de substituir a pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, uma vez que o acusado não preenche os requisitos do art. 44 do Código Penal, principalmente pelo alto grau de culpabilidade.

3 Lavagem de Dinheiro – Ruann Diego Corrêa Jerônimo, Jesse dos Santos e Denize Terezinha Correia

Segundo consta, o dinheiro advindo do tráfico de drogas movimentado pelo acusado Ruann era repassado aos acusados Denize e Jessé, para a lavagem desses valores. Estes utilizaram os ativos financeiros provenientes do tráfico de drogas, reintroduzindo-os no sistema por meio da aquisição de imóveis e automóveis, objetivando levar a crer que as operações efetuadas eram lícitas, pois supostamente advindas do salão de beleza de que são proprietários.

Foram enquadrados no crime inserto no art. 1º, I, c/c o § 1º, I, § 2º, I e § 4º, da Lei n. 9.613/98. *Verbis*:

“Art. 1º Ocultar ou dissimular a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente, de crime:

I - de tráfico ilícito de substâncias entorpecentes ou drogas afins;

Pena: reclusão de três a dez anos e multa.

§ 1º Incorre na mesma pena quem, para ocultar ou dissimular a utilização de bens, direitos ou valores provenientes de qualquer dos crimes antecedentes referidos neste artigo:

I - os converte em ativos lícitos;

§ 2º Incorre, ainda, na mesma pena quem:

I - utiliza, na atividade econômica ou financeira, bens, direitos ou valores que sabe serem provenientes de qualquer dos crimes antecedentes referidos neste artigo;

§ 4º A pena será aumentada de um a dois terços, nos casos previstos nos incisos I a VI do *caput* deste artigo, se o crime for cometido de forma habitual ou por intermédio de organização criminosa”.

3.1 A materialidade está comprovada por meio dos seguintes documentos: a) extratos bancários das contas correntes e poupança dos apelantes Denize e Jesse (fls. 1.137/1.261, 1.272/1.273); b) Perícia Contábil realizada por técnicos do Ministério Público (fls. 1.569/1.573v), a partir dos extratos das contas correntes e poupança dos Réus encaminhadas pelas Instituições Financeiras por meio dos CDs juntados na fl. 1695; c) recibos de pagamentos e notas fiscais de compras de materiais realizados por Jesse para a construção do imóvel na Praia da Daniela (fls. 1.295/1.376); d) nas Escrituras Públicas das fls. 765/767v; nas informações prestadas pela Receita Federal na fl. 116 dos autos n. 023.08.003750-2 (anexo) e respectivos documentos; na interceptação telefônica transcrita às fls. 311/312, cujo

áudio se encontra em CD que garante os autos (fls. 813 e 818); e) no termo de apreensão de diversos documentos e bens na residência de Ruann (fls. 685/688); f) no termo de compra de veículo da fl. 692; g) e termo de apreensão do veículo TOYOTA/Corolla preto com Ruann (fl. 683).

As autorias, apesar de negadas pelos apelantes por ocasião de seus interrogatórios (Ruann Diego Correa Jerônimo às fls. 1.533/1.536; Jesse dos Santos, às fls. 1.541/1.544; Denize Terezinha Correia, às fls. 1.545/1.547), estão comprovadas pelas declarações e relatórios dos policiais responsáveis pela investigação (João Luis de Souza, fls. 1.005/1.007, Luciano Dutra, fls. 1.008/1.010, Cláudio Monteiro, fls. 1.048/1.052, Ernane Corrêa da Silva, fls. 1.053/1.054, Augusto Luiz Fernandes Júnior, fls. 1.055/1.056) e pela conversa interceptada entre Jesse e Alex, encartada às fls. 311/312 dos autos, além de todo acervo já mencionado.

3.2 Para que se entenda as etapas do branqueamento do dinheiro, há que se fazer uma breve digressão acerca dos acontecimentos.

Inicialmente, cumpre frisar que Ruann mantinha um modo de vida e patrimônio incompatíveis com os supostos rendimentos lícitos comprovados – possuía uma casa de padrão alto na praia da Daniela e dirigia um veículo importado.

Para justificar tal modo de vida, a defesa utiliza as seguintes escusas:

Segundo a acusada Denize, Ruann prestava serviços no salão e “*mensalmente pagava a Ruann em torno de R\$ 900,00 a 1.100,00 por mês e quando a semana era boa dava mais uns R\$ 50,00 por semana*”. Desta suposta remuneração, Ruann auxiliava Tatiane com R\$ 600,00 por mês mais R\$ 50,00 semanais, o que totaliza R\$ 800,00 mensais (cf. interrogatórios de Tatiane Regina de Oliveira à fl. 1489 e Denize Terezinha Correia às fls. 1.545/1.547). Vê-se, portanto, que ainda que percebesse alguma ajuda de custo de sua mãe, pouco sobraria para as suas despesas pessoais, incluindo

aí o rol de bens apreendidos em seu poder (o montante de R\$ 10.800,00, correntes e anéis em prata e ouro etc., fls. 685/688).

Além disso, as próprias testemunhas arroladas pela defesa, inclusive clientes do salão de beleza, afirmaram não terem visto Ruann no referido estabelecimento (Andrea Marys Holler Sotto Mayor de Moraes, fls. 1.493/1.494). Do mesmo modo, Ricardo Luiz dos Santos disse que nunca viu Ruann no salão (fls. 1.495/1.496). As demais testemunhas nada esclareceram a respeito do crime em comento (Adriano Alves Pinto, fl. 1.497; Vera Joana Polucena, fl. 1.498; Jislaine Fátima Freitas, fl. 1.499; Rosana Mohr, fl. 1.500). Ricardo Darcy, cunhado de Denize, e Sandra Regina dos Santos, empregada dos acusados, por exemplo, declararam que Ruann prestava serviços ao salão (fls. 1.501/1.502 e 1.443/1444).

Nada obstante, Jamel Pedra da Silva, quando interrogado, confessou que auferia mensalmente, com o tráfico de drogas, valores que variavam entre R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) e R\$ 6.000,00 (seis mil reais) (fls. 1.537/1.540). Assim, considerando a comprovação da associação para o tráfico entre Jamael e Ruann, e que Jamael era subalterno de Ruann, conclui-se, por simples lógica, que Ruann lucrava muito mais com tal atividade ilícita ou, ainda, que as quantias referidas por Jamael eram repassadas – integral ou parcialmente – a Ruann.

Consta das interceptações telefônicas, um diálogo mantido entre Ruann e Jamael, no dia em que ocorreu a apreensão da droga no Morro do 25:

“CACA - Então

RUAN – Ta... E...E...E.. Os inteiros?

CACA – Oi?

RUAN – E os inteiros?

CACA – os inteiros tavam em outro lugar, eu tinha deixado em outro lugar

RUAN – mas tá seguro ou tá a perigo ainda?

CACA – não, tá seguro

RUAN – falou

[...]” (em 5/6/08, às 10h54min; fl. 77 dos autos n. 023.08.030209-5).

Acerca do termo “inteiros”, esclareceu Jamael em seu interrogatório que “*significa dinheiro, sendo que quando é inteiros é porque é mais de mil e inteiro é mil*” (fl. 1.540).

Por fim, o Delegado de Polícia, Cláudio Monteiro, afirmou:

“[...] que disseram que Ruann trabalhava no salão de beleza, mas o depoente pode constatar que o mesmo passava a manhã em sua residência na Praia da Daniela e no período da tarde vinha para o Centro da Cidade, permanecendo normalmente junto ao Morro do Céu, local onde foi flagrado num encontro com Emerson Kun, o qual foi devidamente filmado; [...]” (fls. 1.048/1.052).

Por sua vez, o acusado Jesse alegou que parte da renda seria derivada das atividades que desenvolve como corretor de imóveis. No entanto, conforme pontuou o Magistrado sentenciante, “*compulsando as Declarações de Imposto de Renda referentes aos anos de 2004 a 2007, facilmente se constata que a empresa ‘JJ Corretores de Imóveis’ esteve com as atividades paralisadas durante o referido período*” (fl. 1.866).

Por sua vez, a acusada Denize sustenta que o montante auferido no período investigado – além de ser parcialmente decorrente da atividade de corretor de Jesse – é oriundo do salão de beleza “Denize Hair Desing (fl. 1.446)”.

A acusada é titular da conta corrente n. 14.546, agência 3.191, do Banco do Brasil e da conta corrente n. 6.308-4, agência 1.575, do Banco Itaú, bem como das contas poupança n. 5.948-8, agência 1575, do Banco

Itaú (fls. 1.576/1.578) e n. 010.014.546-9, agência 3191, do Banco do Brasil (fls. 1.272/1.273).

Da análise contábil das contas bancárias, realizada pelo Centro de Apoio Operacional de Informações e Pesquisas – CIP e pela Coordenadoria de Assessoramento Técnico do Ministério Público (fls. 1.569/1.573/v), e dos demais documentos constantes dos autos, vê-se que as mencionadas contas correntes de titularidade de Denize “*têm fluxo financeiro fundamentado pela entrada de valores por meio de cartão de crédito*” (fl. 1.573), e os “*valores creditados e debitados nas contas indicam movimentação característica de um salão de beleza*” (fl. 1.571).

Tais contas corrente, no ano de 2006, tiveram o seguinte fluxo: entrada consolidada no valor de R\$ 134.472,73 e saída consolidada no valor de R\$ 137.051,62, sendo que “*a diferença entre as entradas e as saídas foi sustentada pelos saldos iniciais de 2006 (R\$ 3.015.33 do Banco do Brasil e R\$ 857,09 do Banco Itaú)*” (fl. 1.571).

Pois bem.

Para percorrer as etapas do crime e operacionalizar a lavagem do capital oriundo do tráfico, Ruann utilizou as duas contas poupança de titularidade de Denize – conta poupança n. 5.948-8, agência 1575, do Banco Itaú (fls. 1.576/1.578) e conta poupança n. 010.014.546-9, agência 3191, do Banco do Brasil (fls. 1.272/1.273).

Consta-se, de singela leitura do documento expedido pelo Banco do Brasil, que durante os anos de 2006 e 2007, na poupança n. 010.014.546-9, foram efetuados depósitos de valores consideráveis, que variavam de dez mil a cinquenta e cinco mil reais, experimentando um aumento líquido, somente em 2006, de R\$ 139.402,84 (fl. 1.272).

Já a conta poupança do Banco Itaú – n. 5.948-8 –, no ano investigado, experimentou um aumento líquido de R\$ 54.265,21, cujos depósitos também foram efetuados em elevadas quantias (fls. 1.576/1.578).

Note-se inexistir qualquer comprovação de outra fonte de renda que pudesse justificar o vertiginoso acréscimo patrimonial. Nem sequer o suposto empréstimo que Jesse, em seu interrogatório (fls. 124/139), alegou ter efetivado junto ao Banco do Brasil foi comprovado.

A título de argumentação, ainda que a defesa possa cogitar que nem todos os rendimentos auferidos no ano de 2006 foram declarados à Receita Federal, poderia, para fins de prova, ter juntado aos autos os valores declarados no ano de 2009 (referentes a 2008), por exemplo. Assim, se os valores que alega ter obtido licitamente com o salão se mantivessem no novo período, demonstraria que o referido comércio, de fato, possui uma renda bruta anual aproximada a R\$ 429.822,72, resultante: a) da entrada consolidada nas contas corrente no valor de R\$ 134.472,73; b) do aumento líquido na poupança do Banco do Brasil na quantia de R\$ 139.402,84; c) do aumento líquido na poupança do Banco Itaú no valor de R\$ 54.265,21; d) dos valores somados dos recibos inerentes à construção da casa, totalizando R\$ 101.681,94 – excetuados os recibos que tiveram correlação com saques das poupanças.

Conforme mapeamento realizado à fl. 1.571/v, há a nítida correlação entre a movimentação financeira das contas poupança de titularidade de Denize com a aquisição de bens pelos acusados, notadamente os imóveis.

Com efeito, “*na data da aquisição do terreno da Praia da Daniela, no valor de R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais), ocorreram saídas consideráveis (num total de R\$ 60.000) da Conta Poupança 5.948-8 (Banco Itaú: R\$ 42.500,00 em 31/1/2007) e da Conta Corrente 14.546 (Banco do Brasil: R\$ 7.500,00 em 2/2/2007)*” (fl. 1.571/v).

Ademais, a data de aquisição do terreno situado no Córrego Grande “coincidiu com a data da saída de R\$ 22.467,00 [...] da Conta Poupança 5.948/500 do Banco Itaú” (fl. 1.571/v).

Em resumo, o diálogo mantido entre o apelante Jesse e seu filho Alex, no dia em que foi cumprido o mandado de prisão contra Ruaan – 25 de junho de 2008 –, é conclusivo e embasa tudo o que foi relatado no presente voto:

JESSÉ - Oi filho

ALEX - Oi pai

JESSÉ - Ta tudo beleza

ALEX - Ta tudo beleza o que?

JESSÉ - Ta tudo beleza, ta tudo limpo, tudo tranquilo, ta. To te ligando porque o pai ta bem tranquilo, não tem nada... realmente pegaram eles tudo

ALEX - Há

JESSÉ - É pegaram, não teve... não teve arrego

ALEX - O pai sabia dessas coisas, né pai

JESSÉ - Ah o pai sabe, o pai sabe... o pai não pode falar né filho... essas coisa é... coisa que... o pai nunca se envolveu com essas coisas, jamais o pai vai tar envolvido nisso. A única coisa que o pai fez foi construir a casa, só que a casa para todos os efeitos a casa é do pai

ALEX - Pois é...

JESSÉ - Não isso dai até... eu vou ter que dar evidencias em dinheiro, até porque todo o material tudo quem comprou foi tudo o pai né. Em tudo conté loja de material de construção era o pai que comprava, mão de obra era o pai... ele nunca apareceu na casa, ele nunca... ele foi pra la depois da casa pronta

ALEX - Uhum

JESSÉ - Entendesse, então a única coisa que vai aparecer derrepente eles vão me chamar e vão dizer, tu construiu, como é que tu construiu, dinheiro da onde?

ALEX - Sei

JESSÉ - Ai eu vou ter que mostrar olha, dinheiro eu tinha pouco dinheiro é... eu... peguei empréstimo, porque eu peguei empréstimo do banco também

ALEX - Áha

JESSÉ - Porque aquele empréstimo é claro que foi pra casa do pai ali, mas eu vou dizer que foi pra la

ALEX - Uhum

JESSÉ - Peguei, peguei dinheiro emprestado recentemente do banco, peguei outra grana emprestada com a mãe da Denise, mas tudo isso eu tenho que provar... mostrar que esse dinheiro entrou na minha conta entende

ALEX - Uhum

JESSÉ - E vou... vou dizer que foi assim que eu fui construindo, até nem acabei a casa, só que isso ai...

ALEX - ...

JESSÉ - Há?

ALEX - É complicado

JESSÉ - É complicado porque vai envolver né... Envolve, essas coisas envolve e ai tu sabe como é que é

ALEX - Eu ja imaginava isso pai, o pai lembra...

JESSÉ - Eu sei que tu ja imaginava...

ALEX - ...

JESSÉ - Eu sei,... mas eu sei...

ALEX - ... Respeito...

JESSÉ - Eu sei, mas eu não posso, eu não posso falar né filho. Isso é uma coisa que, é, não, não se fala assim. Entende, até porque ele é um bom guri

ALEX - Uhum

JESSÉ - Em tudo ele é um bom rapaz, ele é um bom rapaz, não tem, eu fico com pena tudo, é... o que que eu vou dizer, não tem nem o que falar, o máximo eu posso dizer é assim ó, ele é um bom rapaz

ALEX - Como é que ta a Denise?

JESSÉ - Ah, imagina como é que ela ta, imagina

ALEX - Ela falou que ela tinha caído la...

JESSÉ - É, ela caiu ontem, ontem de manhã

ALEX - Ela ta bem?

JESSÉ - Ta, agora ta,ta, mas ela ta detonada, imagina.

ALEX - Uhum

JESSÉ - Imagina até porque tudo isso dai agora vem a tona né. Vão botar meu nome, vão botar o dela, eles vão envolver

ALEX - Uhum

JESSÉ - Ta e até qualquer coisa eu, qualquer coisa eu te pedi dinheiro emprestado também, ta?

ALEX - Uhum

JESSÉ - Ta isso dai não da nada, eu emprestei dinheiro pro meu pai, não tem problema, pra ele acabar a casa. Qualquer coisa tu vai comprovar que... não a casa é do meu pai

ALEX - Acho melhor agente conversar uma outra hora com tempo pai, hora que tiver melhor ai...

JESSÉ - Não, não eu só to, eu só to aqui me prevenindo porque senão isso dai começa a... eu não quero que chegue pra mim, eu não, não quero problema

ALEX - Uhum

JESSÉ - Então, só que pra todos os efeitos hoje, eu sou obrigado a dizer que a casa é nossa

ALEX - Uhum

JESSÉ - Eu não vou chegar la e dizer, não a casa é...

ALEX - A questão é a seguinte, eles vão associar que o pai foi um laranja...

JESSÉ - Exatamente, exatamente... eu não posso...

ALEX - Dai é o seguinte, dai eles vão, se eles conseguirem comprovar isso dai a casa vai a leilão e o pai também cumpre pena também por causa disso, porque...

JESSÉ - Pois é, por isso que eu to dizendo, por isso eu tenho que ir até o fim dizendo que a casa é minha, eu sou obrigado a ir até o final dizendo que é minha

ALEX - O pai não tem saída

JESSÉ - A casa é minha. Agora como eles vão, eu... vai ...eles vão olhar...

ALEX - E o terreno lá no Córrego Grande? Eles vão descobrir também...

JESSÉ - Ta mas o terreno, o terreno vão descobrir, o terreno eu comprei. To abrindo uma construtora, quero construir. Eu comprei um terreno. E tudo isso agente tava fazendo e na real, na real, na real, agente tava fazendo isso pra ajudar, pra tirar ele disso dai. Ta? É, é o maior sonho da Denise, é o maior sonho. Tu não quero saber, ela não consegue dormir, toda vida foi isso dai, entende. Mas isso dai outra hora nós vamos conversar pessoalmente porque assim não da, é ruim eu te explicar por telefone

ALEX - Não, não, eu sei...

JESSÉ - Nem, nem, nem tenha nada mal, eu só te pesso assim porque não, não existe a Denise, nem a Denise nem o pai, não tem, pelo amor de deus isso jamais, jamais, Né só que tudo com a intenção de ajudar, só que na intenção de ajudar o que que acontece, agente acaba se complicando né, só que agora ja que tá eu vou ter que ir até o final. Agora eu não posso, eu não posso chegar la e dizer, não mas eu fiz isso...

ALEX - Quando deu a primeira chamada ali pai, hã, deu a primeira chamada assim, preso o traficante não sei o que na casa de luxo da Daniela, e dai quando mostrou aquele lixeiro abrindo e fechando, só, não mostrou nem a cara dele...

JESSÉ - Ahã

ALEX - Eu pensei assim, é o Ruan. Eu ja falei, ja imaginei na hora...

JESSÉ - Uhum... é mas...

ALEX - Ai depois que deu a reportagem, só confirmou [...]” (fls. 311/312).

Como se denota da conversa transcrita, os acusados Denize e Jesse tinham inteira ciência acerca da atividade ilícita desenvolvida por Ruann, embora Jesse dê conotação de que somente quisesses ajudá-lo. No entanto, como bem afirmou a Promotoria de Justiça em sede de alegações finais, *“boas intenções, visando tirar Ruann do tráfico de drogas, não os eximem de qualquer responsabilidade, pois sabiam que o dinheiro que investiam em imóveis e veículos era ilícito”* (fl. 1.761).

3.3 Consoante à aquisição dos materiais de construção para a construção da casa no terreno localizado na Praia da Daniela, comprovou-se, principalmente pelos próprios recibos de pagamento e cupons fiscais trazidos pela defesa (fls. 1.295/1.376), que Jessé e Denize, de forma reiterada, inseriam na economia os valores advindos do tráfico.

Cruzando os dados retirados da movimentação das contas corrente e das contas poupança com recibos acostados aos autos, a análise contábil encartada aos autos concluiu que:

“dos 120 (cento e vinte) recibos (total de 107.195,63) fornecidos pelos acusados e anexados ao processo (fls. 1.259-1.376 da ação n. 023.08.047884-3), somente 4 (quatro) compras (total de 5.513,69) podem ter sido creditadas na Conta Corrente 14.546, da Agência 3.191, do Banco do Brasil” (fl. 1.573-v).

3.4 Quanto ao veículo Toyota Corolla, placas DIH 9534, a situação não difere.

Embora tal automóvel estivesse registrado em nome da acusada Denize – que nem sequer possui carteira de habilitação para dirigir –, as testemunhas João Luis de Souza, fls. 1.005/1.007, Luciano Dutra, fls. 1.008/1.010, Cláudio Monteiro, fls. 1.048/1.052, Ernane Corrêa da Silva, fls. 1.053/1.054, Augusto Luiz Fernandes Júnior, fls. 1.055/1.056, Tatiane Regina de Oliveira (fls. 1.489/1.492), entre outras, afirmaram que Ruann era quem o utilizava, sendo, de fato, o verdadeiro dono do bem.

Tanto é verdade que o Termo de Responsabilidade pela Compra do Veículo VW/Polo Hatch, prata, 2003, placa LOL 6165 (dado em troca do Corolla), em que pese estar em nome de Denize, foi assinado por Ruann (fl. 692).

No tocante ao veículo AUDI/A3, placas MCH 0206, asseverou o Juiz *a quo*: “*não teve origem relacionada com o tráfico, sendo que Jesse o*

utilizava, havendo testemunhas que atestaram que o acusado já possuía outro veículo do mesmo modelo e trocou pelo atual. Assim, forçoso dizer que tal bem não está satisfatoriamente ligado à atividade ilícita, porquanto a decretação de sua perda não se mostra inviável” (1.870).

3.5 Acerca da qualificadora, como acertadamente pontuou o Juiz sentenciante, “*também está clara nos autos, uma vez que o esquema era duradouro e se protraiu no tempo, sendo que o acusado Ruann, utilizando-se do artifício, logrou construir uma luxuosa residência na Praia da Daniela, além de ter adquirido um terreno no Córrego Grande. Assim como exercia o tráfico de forma habitual, o mesmo se pode afirmar quanto à lavagem de dinheiro, método a que recorria com vistas a descaracterizar suas atividades ilegais” (fl. 1.872).*

Pelas razões expostas, deve ser mantida.

3.6 Do mesmo modo, a aplicação da pena não merece reparos, uma vez que foi fixada com atenção às operadoras inculpidas no art. 59 do Código Penal e aos demais parâmetros legais, que garantem a sua individualização e contribuem para a efetivação dos objetivos da reprimenda, quais sejam: retribuição, prevenção e ressocialização dos apenados.

Em relação aos apelantes Jesse e Denize, a pena privativa de liberdade foi corretamente substituída por duas restritivas de direitos, nos moldes do preceito do art. 44, § 2º, segunda parte, do Código Penal, e não comporta alteração.

3.7 Por fim, a decretação do perdimento dos bens decorreu da comprovação de tais posses – **veículo Toyota Corolla**, placas DIH-9534 e os **terrenos** situados nos bairros Córrego Grande (lote 05, quadra 04, Loteamento Domus Augusta, matrícula n. 71.576) e Daniela (Rua das Acácias, frente ao n. 620, matrícula n. 7.372), assim como a **residência construída** neste (fls. 765/767-v), o **valor de R\$ 10.800,00** (dez mil e oitocentos reais) descrito à fl. 685, além dos **objetos apreendidos no in-**

terior da residência situada na Praia da Daniela, discriminados no termo de apreensão de fls. 685/688 – foram adquiridas com proventos oriundos do tráfico de droga e ainda encontravam-se envolvidos no esquema de lavagem de dinheiro, não se cogita de reforma da sentença.

4 Da aplicação da pena em relação a Ruann Diego Correia Jerônimo

Com razão o órgão Ministerial quando pretende a reforma da sentença para fins do reconhecimento da agravante da reincidência em relação ao apelado Ruann.

Isso porque nenhuma ilegalidade há em majorar a reprimenda, na segunda fase da dosimetria, pela aplicação da agravante da reincidência, visto que tal aumento não é inconstitucional por suposta violação ao princípio do *non bis in idem*.

Aliás, por ser uma circunstância subjetiva, ampara o princípio da individualização da pena, inclusive.

Com base nesse entendimento e assentando a recepção, pela CF/88, do inciso I do art. 61 do CP, decidiu o Supremo Tribunal Federal, em acórdão da relatoria do Min. Eros Grau:

“*HABEAS CORPUS. PENAL. REINCIDÊNCIA. BIS IN IDEM. INOCORRÊNCIA. [...] 1. A pena agravada pela reincidência não configura bis in idem. O recrudescimento da pena imposta ao paciente resulta de sua opção por continuar a delinquir [...]*” (HC 94816/RS, j. em 4/8/2009).

Em caso semelhante, no qual se deixou de aplicar a agravante da reincidência, o Superior Tribunal de Justiça decidiu: “*A Corte a quo, efetivamente, negou vigência ao art. 61, I, do Código Penal, que prevê a reincidência como circunstância legal que sempre deverá agravar a pena, sendo essa norma, portanto, de natureza cogente, ou seja, de aplicação obrigatória*” (Resp. n. 080298/RS, rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j. em 24/4/2007).

Tecidas tais considerações, passa-se à adequação das reprimendas.

4.1 Tráfico Ilícito de Drogas – art. 33, caput, da Lei n. 11.343/06

A pena-base foi fixada em 5 (cinco) anos e 6 (seis) meses de reclusão. Na segunda fase, presente a agravante da reincidência (certidão fl. 1706, processo n. 023.03.029405-6), eleva-se a pena em 1 (um) ano, restando definitiva em 6 (seis) anos e 6 (seis) meses, diante da inexistência de causas de aumento ou de diminuição de pena, além de 525 (quinhentos e vinte e cinco) dias-multa, no piso legal.

4.2 Associação para o Tráfico – art. 35, caput, da Lei n. 11.343/06

A pena basilar totalizou 3 (três) anos e 6 (seis) meses de reclusão. Na fase intermediária, em razão da reincidência (fl. 1706), majora-se a reprimenda em 8 (oito) meses. Ausentes atenuantes, causas de diminuição ou de aumento de pena, totaliza 4 (quatro) anos e 2 (dois) meses, e 725 (setecentos e vinte e cinco) dias-multa, no valor unitário mínimo legal.

4.3 Lavagem de Capitais – art. 1º, inciso I, c/c o § 1º, inciso I, e § 4º, da Lei n. 9.613/98

Na primeira fase, a pena foi estabelecida no mínimo legal (três anos). Na segunda etapa, reconhecida a agravante da reincidência (fl. 1706), eleva-se a reprimenda em 6 (seis) meses. Por fim, presente a causa especial de aumento de pena do art. 1º, § 4º da Lei 9.613/98, pela qual o Magistrado *a quo* em majorou 1/3 (um terço), resta estabelecida em 4 (quatro) anos e 8 (oito) meses de reclusão, e pagamento de 13 (treze) dias-multa, nos termos da sentença.

4.4 Considerando o preceito do art. 69 do Código Penal, a pena se torna definitiva em 15 (quinze) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, com as demais cominações estabelecidas na sentença.

5 Portanto, dá-se parcial provimento ao recurso interposto pelo Ministério Público – para condenar Tatiane Regina de Oliveira à pena de 3 (três) anos de reclusão, em regime inicial aberto e Gleyson Cristiano Gomes, à pena de 3 (três) anos de reclusão, em regime inicial fechado, ambos incurso no art. 35, *caput*, da Lei n. 11.343/06, bem como adequar a pena imposta a Ruann Diego Correia Jerônimo –, e nega-se provimento ao recurso defensivo.

DECISÃO

Ante o exposto, decide a Câmara, por unanimidade de votos, dar parcial provimento ao recurso interposto pelo Ministério Público e negar provimento ao recurso defensivo.

O julgamento, realizado no dia 16 de março de 2010, foi presidido pelo Excelentíssimo Sr. Des. Torres Marques, com voto, e dele participou o Excelentíssimo Sr. Des. Roberto Lucas Pacheco.

Lavrou parecer, pela douta Procuradoria Geral de Justiça, o Excelentíssimo Dr. Robison Westphal.

Florianópolis, 9 de março de 2010.

Moacyr de Moraes Lima Filho
RELATOR

Apelação Criminal (Réu Preso) n. 2010.029201-3, de São Bento do Sul

Relator: Des. Moacyr de Moraes Lima Filho

APELAÇÕES CRIMINAIS – PRELIMINARES – INÉPCIA DA DENÚNCIA – INDIVIDUALIZAÇÃO DETALHADA DAS CONDUTAS – CRIMES DE AUTORIA COLETIVA – DESNECESSIDADE – REQUISITOS LEGAIS ATENDIDOS – NULIDADE DA PRORROGAÇÃO DAS INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS – VISÍVEL NECESSIDADE DA MEDIDA – OB-SERVÂNCIA DOS ARTS. 5º, XII, E 93, IX, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E DA LEI N. 9.296/96 – PROVA ILÍCITA – CONFISSÃO EXTRAJUDICIAL OBTIDA MEDIANTE TORTURA – CIRCUNSTÂNCIA QUE NÃO ENCONTRA AMPARO NOS AUTOS – EIVAS AFASTADAS.

Conforme firme entendimento jurisprudencial, nos crimes de autoria coletiva, não se exige a individualização minuciosa das ações de cada agente.

RECONHECIMENTO DA CONTINUIDADE DELITIVA – PROCESSOS DISTINTOS – IMPOSSIBILIDADE – COMPE-TÊNCIA DO JUÍZO DA EXECUÇÃO – ART. 66, III, “A”, DA LEI DE EXECUÇÃO PENAL – NÃO CONHECIMENTO.

ROUBO CIRCUNSTANCIADO – MATERIALIDADE E AUTORIAS DELITIVAS COMPROVADAS – PALAVRAS DAS VÍTIMAS E FIRME ELENCO PROBATÓRIO – CON-DENAÇÕES PRESERVADAS – CAUSAS ESPECIAIS DE AU-MENTO DE PENA – ART. 157, § 2º, I, II E V – MANUTEN-ÇÃO – PROVA SEGURA – ELEMENTOS PREENCHIDOS.

1 Nos crimes contra o patrimônio, normalmente praticados na clandestinidade, as palavras das vítimas gozam de especial valor probante, mormente quando corroboradas pelos demais indícios e pelas circunstâncias.

2 “Não se mostra necessária a apreensão e perícia da arma de fogo empregada no roubo para comprovar o seu potencial lesivo, visto que tal qualidade integra a própria natureza do artefato. [...] A qualificadora do art. 157, § 2º, I, do Código Penal, pode ser evidenciada por qualquer meio de prova, em especial pela palavra da vítima – reduzida à impossibilidade de resistência pelo agente – ou pelo depoimento de testemunha presencial” (STF, Ministro Ricardo Lewandowski).

DOSIMETRIA – PENA-BASE – CONDENAÇÕES DEFINITIVAS CONSIDERADAS COMO MAUS ANTECEDENTES – TRANSCURSO DO PRAZO DEPURADOR DA REINICIÇÃO – REDUÇÃO DE OFÍCIO – APLICAÇÃO DAS MAJORANTES DO ART. 157, § 2º, I E II, DO CÓDIGO PENAL – AUSÊNCIA DE CRITÉRIOS MERAMENTE MATEMÁTICOS – ANÁLISE DAS PECULIARIDADES DO CASO CONCRETO – *QUANTUM* ADEQUADO.

1 “Não caracterizam maus antecedentes processos cuja condenação pretérita se enquadra no inciso I do artigo 64 do Código Penal, porquanto decorridos mais de 5 (cinco) anos do cumprimento ou da extinção da pena” (Des. Amaral e Silva).

2 Embora o aumento decorrente do § 2º do art. 157 do Código Penal deva corresponder, precipuamente, ao número de majorantes reconhecidas, não se pode descurar da análise dos elementos concretos que envolveram a prática delituosa, como a quantidade mínima ou excessiva de agentes no concurso de pessoas ou de armas utilizadas.

RECURSOS NÃO PROVIDOS.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal (Réu Preso) n. 2010.029201-3, da comarca de São Bento do Sul (2ª Vara), em

que são apelantes C. J. D. V. e outros, e apelado Ministério Público do Estado de Santa Catarina:

ACORDAM, em Terceira Câmara Criminal, por votação unânime, afastar as preliminares, conhecer parcialmente do recurso de Clauri José Dalla Valle para negar-lhe provimento, conhecer dos demais apelos para negar-lhes provimento e, de ofício, adequar a reprimenda imposta a Roberto Hugo Macacari. Custas de lei.

RELATÓRIO

Trata-se de apelações criminais interpostas por Clauri José Della Valle, Almedorino Quintana Queiroz Neto, José Odirlei Antunes Mariano e Roberto Hugo Macacari contra sentença condenatória prolatada pelo Juiz de Direito da 3ª Vara da comarca de São Bento do Sul, que também condenou Vanderlei Selzlein Manenti e Adriano Steinbach e absolveu Jeison José de Souza (fls. 2060/2088).

Clauri José Della Valle foi condenado à pena de 5 (cinco) anos e 8 (oito) meses de reclusão, em regime inicial semiaberto, e ao pagamento de 14 (quatorze) dias-multa, no valor unitário de 1,5 (um e meio) salário mínimo, por infração ao art. 157, § 2º, I, II e V, do Código Penal.

Almedorino Quintana Queiroz Neto foi condenado à pena de 5 (cinco) anos e 8 (oito) meses de reclusão, em regime inicial semiaberto, e ao pagamento de 14 (quatorze) dias-multa, no valor unitário de 1/15 (um quinze avos) do salário mínimo, por infração ao art. 157, § 2º, I, II e V, do Código Penal.

José Odirlei Antunes Mariano foi condenado à pena de 9 (nove) anos, 8 (oito) meses e 14 (quatorze) dias de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 153 (cento e cinquenta e três) dias-multa, no

valor unitário de 1/14 (um quatorze avos) do salário mínimo, por infração ao art. 157, § 2º, I, II e V, do Código Penal.

Roberto Hugo Macacari foi condenado à pena de 7 (sete) anos, 1 (um) mês e 17 (dezesete) dias de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 153 (cento e cinquenta e três) dias-multa, no valor unitário de 1/20 (um vigésimo) do salário mínimo, por infração ao art. 157, § 2º, I, II e V, do Código Penal.

Vanderlei Selzlein Manenti e Adriano Steinbach foram condenados à pena de 5 (cinco) anos e 8 (oito) meses de reclusão, em regime inicial semiaberto, e ao pagamento de 14 (quatorze) dias-multa, dosados no valor unitário de 1/4 (um quarto) e 1/12 (um doze avos), respectivamente, do salário mínimo, ambos por afronta ao art. 157, § 2º, I, II e V, do Código Penal.

Narra a denúncia que, no dia 16 de dezembro de 2007, por volta das 21h45min, os acusados Roberto Hugo Macacari, Jeison José de Souza, Almedorino Quintana Queiroz Neto, José Oderlei Antunes Mariano e Adriano Steinbach, munidos de armas de fogo, dirigiram-se à residência do casal de empresários Luiz Roberto Garcia e Anete Bollmann Garcia, localizada no município de São Bento do Sul.

Após invadirem sorrateiramente o pátio da propriedade das vítimas, os agentes renderam o vigilante particular Gilson José Chaves e o levaram até uma casa de gás, onde foi obrigado a entregar o seu fardamento e permaneceu sob a vigilância armada e ameaçadora de Almedorino Quintana Queiroz Neto.

Na sequência, enquanto Adriano Steinbach se vestiu com o uniforme do vigilante, passando a agir como tal para não gerar desconfianças, os outros integrantes do grupo arrombaram uma janela da cozinha da residência e nela adentraram, passando a vasculhá-la à procura de objetos de valor.

Ocorre que, por volta das 00h40min, os proprietários da casa chegaram ao local, cada qual em um automóvel. Sem perceber qualquer anormalidade, Anete Bollmann Garcia desceu do veículo que conduzia, mas, tão logo abriu a porta dos fundos, foi surpreendida pelo réu Roberto Hugo Macacari e conduzida à copa da residência. Para o mesmo local, momentos depois, foi levado Luiz Roberto Garcia e o vigilante Gilson José Chaves.

Com o controle da situação, os denunciados voltaram a vasculhar os cômodos da casa, ao passo que José Oderlei Antunes Mariano permanecia na vigilância das vítimas.

Nesse clima de absoluto terror, os ofendidos foram mantidos sob o controle armado e as ameaças dos assaltantes por cerca de duas horas, tendo que colaborar para a localização de bens de valor e dinheiro que era mantido no local.

Depois de percorrerem toda a residência e terem, inclusive, arrombado um cofre, os acusados subtraíram para si, do patrimônio do casal, aproximadamente R\$ 100.000,00 (cem mil reais) e US\$ 4.000,00 (quatro mil dólares) em dinheiro, diversas joias, 23 (vinte e três) relógios, 1 (um) computador portátil, marca Sony, e 2 (dois) telefones celulares.

Antes de fugirem do local a bordo do veículo Mercedes Benz/E320, de placas MBG-1409, pertencente a Luiz Roberto Garcia, os denunciados tolheram qualquer possibilidade de reação imediata das vítimas, deixando-as amarradas e amordaçadas na copa da residência.

Apesar de não terem participado diretamente da subtração, não menos importantes foram as tarefas desempenhadas por Clauri José Dalla Valle e Vanderlei Selzlein Manente. O primeiro, amigo íntimo do líder do bando (Roberto Hugo Macacari) e único residente na região do planalto-norte catarinense, foi o responsável pela escolha do alvo da empreitada criminosa e recepção dos demais comparsas. Coube-lhe, também, permanecer na retaguarda dos executores diretos do saque, dando a estes as

coordenadas do que acontecia do lado de fora da residência das vítimas. Igualmente atuando na retaguarda dos concorrentes do delito, o segundo foi incumbido de advertir a ocorrência de qualquer movimento externo que pudesse por em risco o êxito da empreitada, além ficar à disposição como “soldado de reserva”.

Irresignados com a prestação jurisdicional, com exceção de Jeison José de Souza, Vanderlei Selzlein Manenti e Adriano Steinback, os réus recorreram da sentença:

a) Clauri José Dalla Valle pugna, preliminarmente, pela declaração de nulidade da prorrogação das interceptações telefônicas, por falta de fundamentação e proporcionalidade. No mérito, sustenta a absolvição na ausência de provas para um decreto condenatório. Não acolhido o pleito absolutório, pretende o reconhecimento da continuidade delitiva, considerando o delito discutido nestes autos e aquele ocorrido no dia 27 de outubro de 2007, que fora investigado nos autos n. 058.08.1828-6. Por fim, busca a redução do valor unitário atribuído aos dias-multa (fls. 2095/2107).

b) Almedorino Quintana Queiros Neto sustenta, inicialmente, a nulidade da confissão que prestou perante a autoridade policial, a qual teria decorrido de tortura. Como matéria de fundo, aduz que não existem provas suficientes de que teria concorrido para o crime, salientando que a condenação se baseou exclusivamente na prova que considera ilícita (fls. 2144/2154).

c) José Odirlei Antunes Mariano argumenta, igualmente, que os elementos probatórios coligidos não bastam para a manutenção do decreto condenatório, não devendo ser acreditados os reconhecimentos efetuados pelas vítimas. Subsidiariamente, busca o afastamento das majorantes do emprego de arma e da restrição de liberdade das vítimas (fls. 2155/2166).

d) Roberto Hugo Macacari, em sede preliminar, aponta a inépcia da denúncia, que não teria individualizado as condutas praticadas pelo acusado. No mérito, pleiteia a absolvição e a exclusão das causas especiais de aumento de pena do art. 157, § 2º, I, II, V, do Código Penal (fls. 2179/2185).

As contrarrazões foram prestadas às fls. 2222/2244.

A douta Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer do Dr. Paulo Roberto Speck, manifesta-se pelo não provimento dos apelos (fls. 2373/2389).

VOTO

Analisa-se, inicialmente, as preliminares invocadas pelos apelantes.

1 Inépcia da denúncia

Roberto Hugo postula a rejeição da denúncia, porquanto a narrativa dos fatos levada a efeito pelo órgão do Ministério Público não teria individualizado as condutas praticadas por cada acusado.

Vale ressaltar 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 os indícios suficientes da autoria.

No caso dos autos, a exordial acusatória trouxe satisfatoriamente o fato criminoso, embasada em robusto inquérito policial, indicando a capitulação em que os réus incidiram e as suas qualificações, possibilitando a plenitude de defesa.

Vale lembrar que *“se a denúncia estava formalmente perfeita, contendo a descrição clara dos fatos que, em tese, configuram crime, e não havia prova inequívoca em sentido contrário, impunha-se o respectivo recebimento, porquanto existia justa causa para a instauração da ação penal, não se podendo*

repelir a acusação com fundamento na ausência de prova relativamente àquilo que o dominus litis se propôs a demonstrar no curso da instrução” (Apelação Criminal n. 2007018155-2, rel. Des. Sérgio Paladino, j. em 3/7/2007).

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).

Entendimento contrário conduziria, sem dúvida alguma, à impossibilidade de apuração de crimes sempre que praticados em concurso. Ademais, segundo o Supremo Tribunal Federal, posicionamento “*firmou-se no sentido de não exigir a individualização das ações de cada agente quando se trata de crime de autoria coletiva*” (STF, HC n. 98.156/RJ, rela. Mina. Ellen Gracie, j. em 29/9/2009).

O Superior Tribunal de Justiça não destoia:

“PENAL E PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS*. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. DELITO SOCIETÁRIO. DENÚNCIA. IMPUTAÇÃO GENÉRICA. INDÍCIOS DE AUTORIA E MATERIALIDADE. AÇÃO PENAL. TRANCAMENTO. FALTA DE JUSTA CAUSA. IDONEIDADE DA DENÚNCIA. OMISSÕES SUPRÍVEIS ANTES DA SENTENÇA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL DESCARACTERIZADO. ORDEM DENEGADA. 1. É idônea a denúncia que narra crime de autoria coletiva, sem a particularização das condutas dos agentes, mas que permite o exercício da ampla defesa [...]” (RHC n. 16.244/PR, rel. Min. Og Fernandes; j. em 1º/7/2008).

E este Tribunal de Justiça, sistematicamente, tem se manifestado no mesmo sentido, conforme se depreende da Apelação Criminal n. 2008.057600-8, de São Bento do Sul, rel. Des. Alexandre d’Ivanenko, j.

em 3/11/2008 e Apelação Criminal n. 2006.047038-4, de Joinville, rel. Des. Sérgio Paladino, j. em 13/3/2007.

Dessarte, infere-se que estão satisfeitos os requisitos do art. 41 do Código de Processo Penal, não conduzindo os argumentos lançados à inépcia da denúncia.

2 Nulidade das interceptações telefônicas

O apelante Clauri José, ainda em sede preliminar, sustenta a nulidade das prerrogativas das interceptações telefônicas, destacando que tal procedimento não seria proporcional, tampouco sua adoção foi justificada.

Colhe-se dos autos que o interesse pela quebra do sigilo telefônico originou-se da ocorrência de crimes contra o patrimônio, perpetrados com sensível proximidade temporal e identidade de *modus operandi*, nos quais, entre diversos objetos, foram subtraídos aparelhos de telefone celular.

Diante da complexidade das investigações e da manifesta contribuição que o relato das ligações telefônicas poderia operar, a autoridade policial requereu interceptações nos terminais levados das vítimas dos crimes contra o patrimônio praticados pela quadrilha, bem como daqueles cuja utilização era revelada pelo acompanhamento das ligações.

O Magistrado de Primeiro Grau, compreendendo a necessidade da medida e a sua potencial contribuição para a apuração da autoria daqueles crimes graves, em decisões fundamentadas, embora tenha em algumas delas se remetido à anterior, deferiu as interceptações telefônicas requeridas e prorrogou algumas delas, atentando-se aos arts. 5º, XII, e 93, IX, da Constituição Federal e aos requisitos da Lei n. 9.296/96.

Percebe-se, por conseguinte, que a adoção dessa modalidade de investigação, sabidamente excepcional, era preemente e indispensável, e não desproporcional, tanto que permitiu a elucidação quase completa dos fatos discutidos.

Embora o prazo previsto para a realização das interceptações telefônicas seja de 15 (quinze) dias (art. 5º da Lei n. 9.296/96), a *“jurisprudência assente e remansosa aponta, contudo, para a possibilidade de esse prazo ser renovado, quantas vezes for necessário, até que se ultimem as investigações, desde que comprovada a necessidade, observada a razoabilidade e a proporcionalidade”* (HC n. 88.241/RJ, rela. Mina. Laurita Vaz, j. em 29/9/2009).

In casu, a identificação dos agentes envolvidos nas práticas delituosas, bem como a interrupção das atividades da quadrilha, só foi possível com a manutenção prolongada de tal procedimento investigativo.

3 Nulidade da confissão extrajudicial

Almedorino aduz que foi torturado na Delegacia de Polícia para que fosse extraída a confissão dos fatos narrados na denúncia.

Vê-se, entretanto, que o apelante não trouxe nenhuma prova, tampouco o menor indício, de que tivesse sido vítima de tortura durante seu interrogatório extrajudicial.

Como ressaltou o Sentenciante, ao deparar-se com o esse pleito: *“seu interrogatório, tomado em 12 de abril de 2008, nesta cidade (fls. 33/34), foi presenciado por duas testemunhas e o acusado não pediu nem mesmo a oitiva dessas pessoas, que poderiam esclarecer como foram colhidas as declarações do acusado”* (fl. 2069).

Além disso, vale ressaltar que a confissão extrajudicial traz a descrição da senda criminosa, cujos detalhes coincidem com aqueles apresentados pelas vítimas e pelo corréu Roberto Hugo em seus depoimentos judiciais.

Desse modo, não existe qualquer mácula sobre referido elemento informativo.

Afastadas as preliminares, passa-se à análise dos recursos.

4 Continuidade delitiva

Clauri José, de maneira subsidiária, pretende o reconhecimento da continuidade delitiva do crime patrimonial discutido neste processo com aquele que lhe é imputado nos autos n. 058.08.001828-6.

Salienta-se, entretanto, que a análise de tal pleito é descabida neste momento processual. O reconhecimento da continuidade delitiva pode ser deferido em incidente de unificação das penas, nos termos do art. 66, III, “a”, da Lei de Execução Penal.

Dessa feita, considerando que essa matéria deve ser perquirida perante o Juízo da Execução, não se conhece do pedido.

No mais, preenchidos os requisitos objetivos e subjetivos de admissibilidade, promove-se à aferição do mérito.

5 Roubo circunstanciado

A materialidade do delito narrado na denúncia encontra-se devidamente comprovada por meio da prova testemunhal coligida ao longo da persecução, dos boletins de ocorrência (fls. 4/6 e 9/10), do auto de verificação e descrição do local do delito (fls. 7/8), dos termos de exibição e apreensão (fls. 25, 28, 309/310, 331/335, 349, 356 e 378), dos termos de reconhecimento e entrega (fls. 26, 340/341) e do termo de avaliação (fls. 342/343).

Segundo a versão acusatória, que acabou parcialmente acolhida na sentença, no dia 16 de dezembro de 2007, por volta das 21h45min, no município de São Bento do Sul, aproveitando-se das informações e do auxílio fornecidos por Clauri José e Vanderlei, os acusados Roberto Hugo, Jeison José, Almedorino, José Oderlei e Adriano adentraram na residência e deram azo à execução de um crime de roubo circunstanciado (art. 157, § 2º, I, II e V), perpetrado contra as vítimas Luiz Roberto Garcia e Anete Bollmann Garcia.

Inconformados com a condenação, os apelantes apontam a inexistência de provas de autoria.

Ao serem interrogados pelo Juízo, Clauri José, Almedorino e José Oderlei negaram a prática do crime.

Em síntese, Almedorino negou a veracidade das acusações e disse que não conhecia os demais denunciados. Acrescentou que, no dia dos fatos, provavelmente estava na casa de sua mãe, localizada em Sapucaia do Sul. Quanto aos objetos encontrados em seu poder, que foram reconhecidos pelas vítimas, esclareceu que os adquiriu em Itapema de um tal de Denilson, mas não sabe onde encontrá-lo (fls. 600/601).

Clauri José negou a prática do crime, salientando que, naquele momento, estava na Pizzaria Napolitana. No que tange às ligações efetuadas para Roberto Hugo durante o evento criminoso, justificou que desejava apenas tratar do pagamento de transação comercial. Além desse réu, aduziu que conhece Almedorino e Jeison José, todos em virtude da venda de um veículo. Perguntado sobre os R\$ 4.000,00 (quatro mil reais), em dinheiro, que teria recebido após o delito, contou que tal numerário seria proveniente da compra e venda de mato (fls. 596/597).

Assim como os corréus, José Odirlei negou o cometimento do delito. Afirmou que, ao tempo do ocorrido, estava em Florianópolis, cuidando dos filhos que estavam no hospital. Disse, ainda, que não conhece os demais acusados e que teria comprado as joias encontradas em seu poder, igualmente pertencentes aos ofendidos, de um casal depois de tê-los ajudado no trevo de Navegantes (fls. 605/606).

Por outro lado, Roberto Hugo confessou que concorreu para a infração penal, na qual teriam participado apenas Almedorino e “Paulinho” (fls. 608/609).

As escusas apresentadas pelos apelantes não gozam de credibilidade nem encontram suporte no vasto elenco probatório.

Perquirido pela autoridade policial, Almedorino, ao contrário dos codenunciados (fls. 38, 43, 47, 51, 55/56 e 59), confessou a veracidade das imputações, admitindo o seu envolvimento no crime praticado contra a família Garcia, bem como a concorrência de Roberto Hugo, José Odirlei, Adriano e Paulo, além de ter reconhecido Clauri José.

Do depoimento, extrai-se:

“[...] que, admite ter participado do roubo na residência do Sr. Luiz Garcia, fato ocorrido no final do ano passado; que, então participaram o interrogado, ‘Baixinho’ Roberto Hugo Macacari (elemento identificado como nº 01), ‘Paraná’ José Odirlei Antunes Mariano (elemento nº 02) e outro elemento conhecido por ‘Paulo’ (sobrenome desconhecido, acredita ser residente em Tijucas); que, também houve a participação de Adriano Steinbach (elemento nº 03), o qual não chegou a participar efetivamente do roubo, porém foi o elemento que dirigiu o veículo Fiat/Tipo cor prata, de propriedade de Paulo, para o deslocamento da quadrilha; que, em certa oportunidade Roberto lhe telefonou dizendo ter um ‘serviço’; que, então encontraram-se no dia marcado e seguiram viagem até São Bento; que, esta ocorrência foi organizada pelos quatro elementos acima, ou seja, não havia uma pessoa só que comandava; que, não sabe informar de que forma Roberto tinha as coordenadas da escolha da residência a ser roubada, ou seja, desconhece quem seria o ‘informante’; que, já próximo da casa, tiveram acesso ao interior do terreno através dos fundos, onde pularam uma cerca de tela; que, o interrogado e Odirlei permaneceram nos fundos, enquanto que Roberto e Paulo foram para a frente da edificação e abordaram o vigilante; que, então despiram o vigilante e prenderam-no no depósito de gás, enquanto que Odirlei vestiu seu uniforme, permanecendo na guarita, fingindo-se de vigilante; que, o interrogado permaneceu ‘cuidando’ do ‘verdadeiro’ vigilante no depósito do gás, enquanto os demais, Roberto e Paulo adentraram na casa e renderam o casal proprietário deixando-os na sala; que, não sabe informar onde o dinheiro e objetos foram encontrados na casa; que, o roubo rendeu U\$ 2.000,00, R\$ 100.000,00 em espécie e várias joias e relógios, e

um veículo Mercedes Benz; que, após o roubo, o vigilante foi levado ao interior da casa, onde permaneceu com o casal, todos amarrados e amordaçados; que, não chegou a adentrar na casa mais nenhuma pessoa da família; que; ao interrogado rendeu a importância de R\$ 25.000,00 e um relógio Momo, masculino (estragado); que, também roubaram um veículo Mercedes cor preta, o qual foi pilotado por Roberto, acompanhado de Odirlei enquanto que o interrogado deslocou-se com Adriano no Fiat/Typo até a cidade de Tijucas/SC, onde permaneceram numa casa alugada por um dos integrantes da quadrilha, não podendo dizer qual, de onde o interrogado somente tomou banho e deslocou-se para a cidade de Sapucaia/RS, local onde reside sua mãe, lá permanecendo por duas semanas; que, o interrogado é proprietário de um celular prefixo 47, final 0017 (início não lembrado) bem como o nº 51 8411-7438, telefones estes que usava para fazer os contatos com a quadrilha; que, além dos elementos anteriormente identificados, o interrogado identifica as pessoas de Nilton José Ferreira e o elemento de nº 06 (Clauri José Dalla Valle), o qual em duas oportunidades dos três roubos que envolveu-se, na entrada da cidade de São Bento, teve contato pessoal com Roberto; que, então ambos conversavam rapidamente fora do carro; que, nestas duas oportunidades Clauri estava motorizado com um Ford/Escort de cor branca [...] (fls. 33/34).

Como se sabe, a condenação não pode ser fundamentada exclusivamente nos elementos informativos, assim entendidos aqueles colhidos na investigação policial (art. 155, *caput*, do Código de Processo Penal, com a redação que lhe deu a Lei n. 11.690/08). No entanto, a confissão extrajudicial de Almedorino encontra ressonância nos demais indícios e foi ratificada pelos elementos probatórios, que foram produzidos sob o crivo do contraditório.

Ao ser interrogado pelo Juízo, Roberto Hugo Macacari afirmou:

“[...] que no dia do crime estava junto com Paulinho, e com Almedorino; que este Paulinho está sendo confundido com o acusado Jeison; que ficou sabendo por conta própria quem eram as vítimas; que primeiro o interrogando e o Paulinho renderam o vigilante e depois as vítimas; que o Almedorino entrou com o interrogando na casa; que depois Paulinho também entrou dentro de casa; que foi

roubado R\$ 100.000,00 em dólares; que não levaram quase nada em joias; que levaram alguns relógios; que não levaram nenhum *leptop* e nem celulares; que conhece o Jeison, pois é seu advogado; que não se lembra o número de seu celular; que vendeu uma Pálio para José Oderlei e por isso conhece o mesmo; que trocou um Escort com uma Pálio pertencente ao Clauri; que depois vendeu a Pálio para José Oderlei; que esta Pálio estava na Tijuel; que conhece Oderlei há algum tempo da cidade de Tijucas; que Adriano Stenback é padrinho do seu filho com a sua ex-mulher; que conhece Clauri pois encontrou o mesmo em um restaurante na rodovia; que manteve contato com o mesmo por causa deste negócio com o carro; que Clauri frequentou a sua casa na praia de Araçá em Bombinhas; que estava neste local o Vanderlei, Clauri, Almedorino e Jeison; que neste momento apresentou Jeison para Almedorino; que Vanderlei ficou pouco tempo em sua casa; que conhece o telefone do Clauri que é (47) 99456696; que não lembra do telefone de Almedorino e do Adriano; que não ligou para Clauri e Adriano e Almedorino na hora do roubo; que não tem certeza que seu celular é 99573192, em razão do número 57; que sabe que Almedorino lhe delatou na fase policial. [...] Que dentro da residência da vítimas todos os acusado tiraram o capuz; que as vítimas ficaram sentadas no sofá; que as vítimas conseguiam ver todos os acusados; que o reconhecimento na polícia foi feito somente com a presença dos sete presos; que houve pressão do delegado para que as vítimas reconheçam os réus; que vários dos acusados foram torturados na delegacia; [...] que tirando o interrogando e o Almedorino todos os demais acusados são inocentes (fls. 607/609).

O apelante Roberto Hugo confessou a prática do crime na companhia do corréu Almedorino, que o havia delatado na fase inquisitorial. Afora isso, é possível notar que a dinâmica dos acontecimentos apresentada ao Juízo pelo apelante Roberto Hugo, quase seis meses depois, em muito se assemelha com aquela que fora narrada por Almedorino. Nota-se, também, que, enquanto José Odirlei e Almedorino afirmaram que não o conheciam, Roberto Hugo tratou de desmenti-los, salientando, ainda, que o último, juntamente com Clauri José, esteve em sua casa de praia em Bombinhas.

As provas vão além.

Sempre que ouvida, Anete Bollman Garcia narrou com detalhes como se deu a empreitada criminosa e reconheceu os réus Roberto Hugo, José Oderlei e Adriano Stenback como autores do crime, além de mencionar a existência de outras pessoas que davam suporte por telefone.

Veja-se:

“Que a depoente ratifica o seu depoimento prestado às fls. 13 e 14 perante a autoridade policial, porém o depoimento foi prestado no dia 17 e não 14; que a depoente ratifica que foi assaltada por três elementos no interior de sua casa, porém acredita que existia mais um do lado de fora o qual rendeu seu marido Luiz; que também existia um outro elemento que vestiu a roupa do guarda; que viu o mesmo de perfil e com um kep na cabeça; que também acredita haver mais um elemento, pois o assaltante que estava vestido de guarda conversava no pátio com uma outra pessoa; que conseguiu ver três elementos dentro de sua casa, porém dois estavam de capuz; que o terceiro assaltante estava atrás do líder da quadrilha quando este lhe pegou, que esse elemento era uma pessoa muito cínica; que confirma ter sido roubados os objetos descritos no boletim de ocorrência de fls. 10; que reconheceu na delegacia o acusado Macacari diante da sua compleição física, estatura e pela voz; que reconheceu um dos acusados o qual não se lembra o nome, mas foi por causa do seu cinismo, bem como porque estava sem capuz, que com esta pessoa também foram encontradas joias; que reconheceu o acusado que se vestiu de guarda pois viu o mesmo de perfil, bem como por ser parecido com uma pessoa que a depoente conhece; que a depoente tem receio de reconhecer qualquer um dos acusados pessoalmente neste recinto; que ao ser questionada se a testemunha reconhece o acusado Macacari, colocado atrás do espelho, esta afirmou positivamente; que reconhece o acusado José Oderlei também apresentado neste ato atrás do espelho, como aquele que estava dentro de casa; que reconhece o acusado Adriano Stenback, como o elemento que estava vestido de guarda; que não reconhece mais nenhum dos acusados; que os assaltantes falavam muito com o celular dentro de casa; que os assaltantes estavam armados e que ameaçaram as vítimas de morte; que recuperaram algumas joias, sendo inclusive uma que era de seu filho já falecido; que fez uma avaliação das joias roubadas o que totalizaram em tomo de R\$ 30.000,00, sendo que isto não foi nem um quarto dos bens roubados. que os assaltantes

mostravam conhecimento da vida das vítimas; que chegaram a comentar com o vigilante do filho da depoente que já é falecido; que seu filho já é falecido há 4 anos; que eles também sabiam que sua filha não morava aqui e que ameaçavam de ir na casa de seu filho que não mora com a depoente [...]” (fls. 1083/1084).

Apesar de fornecer menos detalhes, Luiz Roberto Garcia prestou declarações semelhantes, ratificando a dinâmica dos fatos secundada pela sua consorte (fls. 1085/1086)

Em que pese a tentativa do apelante José Oderlei de infirmar as declarações prestadas pelos ofendidos, infere-se que tais narrativas foram coerentes e harmônicas, revelando claramente o seu envolvimento direto, bem como de Roberto Hugo e Adriano Steinnach, na subtração da *res furtiva*.

Vale lembrar que nos crimes contra o patrimônio, normalmente praticados na clandestinidade, as palavras das vítimas gozam de especial valor probante, mormente quando corroboradas pelos demais indícios e pelas circunstâncias.

Nesse norte:

“CRIME CONTRA O PATRIMÔNIO. ROUBO TRIPLAMENTE CIRCUNSTANCIADO. EMPREGO DE ARMA, CONCURSO DE AGENTES E RESTRIÇÃO DE LIBERDADE DAS VÍTIMAS. AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS. RECONHECIMENTO DO AUTOR DOS FATOS PELAS VÍTIMAS. ÁLIBI NÃO DEMONSTRADO. CONJUNTO PROBATÓRIO SUFICIENTE A LASTREAR O DECRETO CONDENATÓRIO. CONDENAÇÃO MANTIDA.

“[...]”

“Os crimes contra o patrimônio são, em sua maioria, cometidos na clandestinidade, longe dos olhos de possíveis testemunhas, razão pela qual as PALAVRAS da vítima, aliadas às demais provas, têm força probatória e autorizam a prolação do decreto condenatório”

(TJSC, Apelação Criminal n. 2008.064627-1, de Barra Velha, rel. Des. Roberto Lucas Pacheco, j. em 18/10/2008).

Há, ainda, o depoimento prestado pelo vigilante Gilson José Chaves (fls. 1206/1207), no qual o réu Roberto Hugo é novamente reconhecido e é reprisada a narrativa dos fatos.

Somam-se à prova oral, a recuperação de parte da *res furtiva* e os relatórios das interceptações telefônicas e das ligações efetuadas pelos réus durante e depois da empreitada criminoso.

Conforme o termo de apreensão carreado às fls. 309/310, na posse do apelante Almedorino foram apreendidos US\$ 57,00 (cinquenta e sete dólares), R\$ 1.082,00 (mil e oitenta e dois reais), um relógio dourado, marca Seiko, e um relógio prata, marca Tommy Helfiger, que foram reconhecidos e recuperados pela vítima Anete Bollman Garcia (fls. 340/341), além de um aparelho de telefone celular, com o n. (51) 8411-7438 e outros objetos de procedência duvidosa.

Já na residência pertencente ao réu José Oderlei, situada em Tijucas, foi apreendida grande quantidade de joias, das quais se destaca a corrente em ouro amarelo, com placa de identificação contendo a inscrição do nome do filho (Daniel) dos ofendidos, e, ainda, dois relógios femininos e dois relógios masculinos importados, tudo produto do evento criminoso. Os agentes da autoridade policial apreenderam, também, três aparelhos de telefone celular, um deles com o n. (48) 9145-0961 e IMEI 354769012359958 e o outro com o n. (48) 9957-0740 (fls. 340/341).

Não socorrem aos réus Almedorino e José Oderlei as inverossímeis justificativas apresentadas para ilidir a presunção trazida pela posse da *res furtiva*.

Com o réu Clari José foram apreendidos cinco aparelhos de telefone celular, com os ns. (47) 9945-6696, (47) 9616-5696 e 8406-8978, com os IMEIs 3574830008321116 e 359590001830543 (fl. 378).

Como se viu, as vítimas relataram que, durante a empreitada criminosa, os agentes mantiveram constante comunicação com outras pessoas, que lhes ofereciam suporte. Esse comportamento adotado pelos responsáveis pela subtração da *res furtiva* foi retratada pelos relatórios das ligações telefônicas efetuadas e recebidas pelos apelantes.

Fazendo uso do n. (47) 9957-3192, Roberto Hugo efetuou e recebeu diversas ligações entre as 21 horas do 16/12/2007 e 1h55min do dia 17/12/2007, enquanto estava no município de São Bento do Sul (fl. 407). Constatou-se que, nesse período, foram mantidas: 7 (sete) ligações com Clauri José, que se utilizou do n. (47) 9945-6696; 7 (sete) ligações com Almedorino, que fez uso do n. (47) 9656-0017; e 4 (quatro) ligações com Adriano, por meio do n. (48) 9624-3732.

Não se pode acolher a alegação do réu Almedorino de que o n. (47) 9656-0017 não lhe pertencia, haja vista que tal fato foi admitido na confissão extrajudicial (fls. 33/34) e está em conformidade com as demais provas.

Poucas horas depois, entre 3h22min e 3h55min do dia 17/12/2007, Roberto Hugo fez 7 (sete) ligações de seu telefone do município de Ilhota, sendo que duas delas para o corrêu Almedorino (fl. 407).

O cotejo dessas informações permite notar que, no momento do roubo, Roberto Hugo estava em São Bento do Sul e, logo depois, dirigiu-se para Ilhota, onde foi encontrado o veículo Mercedes Benz/E320, pertencente ao casal Garcia, com uma touca de motoqueiro 'bala clava', de cor preta, em seu interior (fls. 26/28).

Além das ligações mantidas com Roberto Hugo durante a prática do crime, o relatório das ligações efetuadas demonstra que Clauri José, utilizando-se do n. (47) 9945-6696, efetuou uma ligação para Adriano Steinbach e outras 7 (sete) ligações. Destaca-se, também, que a análise das

ERBs demonstram que Clari José estava nas proximidades da residência das vítimas (fl. 423).

Pesa, ainda, contra o apelante Clauri José a declaração efetuada por Almedorino na fase policial, as conversas telefônicas mantidas com Roberto Hugo, nas quais demonstra ser o responsável pela escolha dos alvos dos roubos e que sua relação com este não é meramente resultante da venda de um veículo (fls. 478/479), e as declarações da sua esposa e da testemunha protegida (fl. 79).

Perquirida pela autoridade policial, Vivian Claudine Hoffmann afirmou:

“[...] que vive em união estável com Clauri José Dalla Valle há 1 ano e meio, porém conhece-o há cerca de 04 anos; que, reconhece as fotografias das pessoas ora identificadas como sendo Roberto Hugo Macacari de alcunha ‘Baixinho’, Vanderlei Manente, Nilton José Ferreira, Jeison José de Souza (que sabia ser advogado), [...] que, no ano passado, um final de semana antes do Natal, Clauri convidou a declarante para passarem dois dias na Praia do Araçá, em Porto Belo; que, na casa lá também se encontravam a pessoa de Roberto, sua esposa Maristela, e algumas crianças, Vanderlei e sua esposa (nome não lembrado), Jeison (advogado), com sua namorada bem como o irmão desta e mais outra pessoa com aparência de Jesus, razão pela qual era assim chamado e sua esposa, e ainda Nilton José Ferreira; [...] que, recorda-se que durante aquele final de semana foi consumido grande quantidade de bebidas alcoólicas, mais precisamente whisky e energético, sendo que o esbanjamento era visível; [...] que, indagada, não sabe informar se Clauri conhecia Luiz Garcia ou o proprietário do Supermercado Belém; que, Clauri costumeiramente comparecia na empresa Móveis Consular (local onde a declarante trabalha), situada na Rua José Grossl, 242, que, esta fábrica está situada nos fundos da empresa Planor [de propriedade das vítimas]; que, no final do ano passado, mês de dezembro, Clauri chegou em casa com a importância de R\$ 4.000,00 em espécie, dizendo que teria feito uma venda de madeiras; que, este dinheiro não foi depositado e teria sido utilizado para pagar material e mão de obra em uma reforma que estava sendo realizada em sua casa” (fls. 65/66).

Em Juízo, a companheira do réu Clauri José tentou amenizar as declarações ofertadas, tentando restringir o vínculo mantido entre este e Roberto Hugo e dar origem lícita ao numerário recebido no mês em foi perpetrado o crime (fls. 1087/1088). No entanto, as demais provas demonstram que os dois réus não realizavam apenas transações comerciais.

Vale transcrever as ponderações do Magistrado de Primeiro Grau:

“Conforme se conclui da prova colhida, os acusados, unidos em quadrilha, arquitetavam roubos em casas de empresários bem sucedidos de diversos municípios.

“Para tanto, escolhiam as vítimas e passavam a analisá-las muito bem, antes de executar a empreitada.

“Para São Bento do Sul, coube ao réu Clauri, o ‘informante’ de Macacari, que Almedorino disse desconhecer, único residente nesta comarca, escolher a vítima e apurar os detalhes do cotidiano destas, repassando as informações a Macacari, no encontro que teve com este nesta cidade, na presença do também acusado Almedorino, porém, a princípio, não se envolvia na execução direta dos roubos, permanecendo nas redondezas para dar o apoio que fosse necessário, inclusive no que tange à movimentação e rotas de fuga.

“Clauri, é bom destacar, não mantinha apenas ligação comercial com Macacari, como sustentado em seu interrogatório, mas tinha uma relação de intimidade, como se pode constatar pelas transcrições das ligações telefônicas interceptadas.

“Aliás, a função de Clauri é confirmada pela conversa interceptada em 09.03.08, às 14h57min (fl. 478/479), na qual fica claro que a ele cabia escolher o alvo, levantar informações e ajudar no planejamento da ação, sendo que, ‘cobrar um cara’, na gíria do grupo era executar o roubo, conforme relatório da polícia” (fls. 2075/2076).

Por outro lado, salienta-se que as testemunhas defesa prestaram declarações meramente abonatórias (fls. 1211/1213, 1378 e 1473/1474).

O documento carreado à fl. 1400, juntado por Clauri José, contém declaração unilateral e estranha ao contraditório. Portanto, incapaz de infirmar os demais elementos probatórios. Ademais, se a origem do montante

recebido no mês de dezembro de 2007 fosse lícita, o apelante poderia ter arrolado João Eliseu Ferreira como testemunha ou, pelo menos, ter a ele se referido ao ser interrogado.

Dessa forma, verifica-se que o cotejo do caderno probatório impõe o afastamento dos pleitos absolutórios lançados pelos apelantes, bastando as provas produzidas ao longo da persecução para a manutenção do decreto condenatório.

Caso preservadas as condenações, José Odirlei e Roberto Hugo pleiteam o afastamento das causas especiais de aumento de pena.

5.1 Emprego de arma de fogo

Além das vítimas na fase policial (fls. 11/14), a testemunha Gilson José Chaves deixou manifesto ao Juízo o emprego de grave ameaça, consubstanciada no uso ostensivo de armas de fogo, o que caracteriza o crime de roubo (grave ameaça) e dá ensejo à incidência da causa especial de aumento de pena do art. 157, § 2º, I, do Código Penal (uso da arma).

A não realização de perícia no armamento, na espécie, não acarreta o afastamento de tal majorante, pois a sua utilização restou evidenciada nos elementos probatórios.

Embora a questão seja controvertida, o Supremo Tribunal Federal, em sessão plenária, decidiu recentemente:

“ROUBO QUALIFICADO PELO EMPREGO DE ARMA DE FOGO. APREENSÃO E PERÍCIA PARA A COMPROVAÇÃO DE SEU POTENCIAL OFENSIVO. DESNECESSIDADE. CIRCUNSTÂNCIA QUE PODE SER EVIDENCIADA POR OUTROS MEIOS DE PROVA. ORDEM DENEGADA. I - Não se mostra necessária a apreensão e perícia da arma de fogo empregada no roubo para comprovar o seu potencial lesivo, visto que tal qualidade integra a própria natureza do artefato. II - Lesividade do instrumento que se encontra *in re ipsa*. III - A qualificadora do art. 157, § 2º, I, do Código Penal, pode ser evidenciada por qualquer

meio de prova, em especial pela palavra da vítima - reduzida à impossibilidade de resistência pelo agente - ou pelo depoimento de testemunha presencial. IV - Se o acusado alegar o contrário ou sustentar a ausência de potencial lesivo da arma empregada para intimidar a vítima, será dele o ônus de produzir tal prova, nos termos do art. 156 do Código de Processo Penal. V - A arma de fogo, mesmo que não tenha o poder de disparar projéteis, pode ser empregada como instrumento contundente, apto a produzir lesões graves. VI - Hipótese que não guarda correspondência com o roubo praticado com arma de brinquedo. VII - Precedente do STF. VIII - Ordem indeferida” (HC n. 96.099/RS, rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. em 19/2/2009).

Nesse sentido, colhe-se da jurisprudência desta Corte:

“APELAÇÃO CRIMINAL. TENTATIVA DE ROUBO CIRCUNSTANCIADO PELO EMPREGO DE ARMA E CONCURSO DE AGENTES. AUTORIA E MATERIALIDADE FARTAMENTE DEMONSTRADAS. PRETENDIDA ABSOLVIÇÃO. INVIABILIDADE.

“[...]

“CAUSA DE AUMENTO DE PENA PREVISTA NO INCISO I DO § 2º DO ART. 157 DO CÓDIGO PENAL ALMEJADA EXCLUSÃO. ARMA NÃO APREENDIDA. IRRELEVÂNCIA. CIRCUNSTÂNCIA AGRAVANTE CARACTERIZADA.

“A configuração do roubo circunstanciado pelo emprego de arma prescinde da respectiva apreensão se a prova, incontestada, demonstra” (Apelação Criminal n. 2008.055979-6, da Capital, rel. Des. Sérgio Paladino, j. em 24/3/2009).

Por oportuno, salienta-se que, tratando-se de circunstância objetiva, basta o emprego de arma por um dos agentes para que o aumento da pena atinja a todos os coautores (Apelação Criminal n. 2005.024625-4, de Santo Amaro da Imperatriz, rel. Des. Torres Marques, j. em 7/11/2006).

5.2 Concurso de pessoas

No que tange ao concurso de agentes (art. 157, § 2º, II, do Código Penal), mostra-se inviável a sua descaracterização, porquanto os relatos dos

ofendidos e do vigilante Gilson, bem como os elementos informativos, deixaram nítida a união de esforços para o cometimento do crime.

5.3 Restrição de liberdade das vítimas

O Magistrado *a quo* reconheceu, também, a incidência da majorante estatuída no art. 157, § 2º, V, da Lei Penal, haja vista que os réus, para garantir a execução do delito e facilitar a fuga, constrangeram as vítimas por longo período, além de deixá-las amordaçadas e amarradas (fl. 8).

Sobre tal majorante, Fernando Capez defende a sua configuração quando *“a privação de liberdade da vítima for utilizada como meio para a realização de um roubo ou, após a sua consumação, como forma de fugir à ação policial”* (Curso de direito penal: parte especial. v. 2, 8. ed., São Paulo: Saraiva, 2008. p. 445).

Esse é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

“AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. ROUBO CONSUMADO. DESNECESSIDADE DA POSSE MANSO E TRANQUÍLA DA RES FURTIVA. PRECEDENTES DO STJ. RESTRIÇÃO DA LIBERDADE DA VÍTIMA. INEXIGÊNCIA DE LARGO LAPSO TEMPORAL. CARACTERIZAÇÃO DA CAUSA DE AUMENTO DO ART. 157, § 2º., V DO CPB. INOVAÇÃO RECURSAL. IMPOSSIBILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

“[...]

“2. A causa de aumento prevista no art. 157, § 2º., V do CPB demanda, tão-somente, para sua incidência, a restrição da liberdade da vítima, que, uma vez caracterizada, autoriza a exasperação da reprimenda de um terço até a metade. Não é feita qualquer menção ao lapso temporal necessário de tal restrição, bastando, para fins de subsunção ao tipo circunstanciado, a efetiva privação da liberdade, necessária à prática do delito de roubo, tal como configurada na espécie [...]” (AgRg no Resp n. 1.020.270/RS, rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, j. em 8/9/2009).

E deste Tribunal de Justiça:

“APELAÇÃO CRIMINAL. CRIMES CONTRA O PATRIMÔNIO. RÓUBOS CIRCUNSTANCIADOS PELA RESTRIÇÃO DA LIBERDADE DAS VÍTIMAS. PLEITO ABSOLUTÓRIO COM BASE NA NEGATIVA DE AUTORIA E NA INEXISTÊNCIA DE PROVAS. DEPOIMENTOS FIRMES E COERENTES DAS VÍTIMAS CORROBORADOS PELO CONTEXTO PROBATORIO. APELANTE QUE FOI RECONHECIDO PELAS OFENDIDAS NAS DUAS FASES PROCESSUAIS. AUTORIA E MATERIALIDADE DEMONSTRADAS. PRETENDIDO O AFASTAMENTO DA CAUSA ESPECIAL PREVISTA NO ART. 157, § 2º, V, DO CP. CIRCUNSTÂNCIA DE AUMENTO QUE RESTOU COMPROVADA. CONDENAÇÃO MANTIDA” (Apelação Criminal n. 2008.058903-6, de Brusque, rel. Des. Torres Marques, j. em 5/12/2008).

Infere-se, portanto, que não se exige que a restrição de liberdade seja prolongada. Aliás, na espécie, o constrangimento se deu por tempo juridicamente relevante (aproximadamente três horas).

Reprisa-se que, em se tratando de circunstância objetiva, a restrição de liberdade, assim como o emprego de arma, exercida por um dos agentes conduz ao aumento da pena de todos os concorrentes (Apelação Criminal n. 2005.024625-4, de Santo Amaro da Imperatriz, rel. Des. Torres Marques, j. em 7/11/2006).

Assim, presentes os requisitos legais, preservam-se as majorantes.

6 Superada essa fase, passa-se à aferição das reprimendas.

6.1 Roberto Hugo Macacari (art. 157, § 2º, I, II e V, do Código Penal)

Considerando desfavoráveis os antecedentes criminais, a conduta social e a personalidade do apelante, o Sentenciante fixou a pena-base em 5 (cinco) anos, 10 (dez) meses e 15 (quinze) dias de reclusão e 108 (cento e oito) dias-multa.

No que tange aos antecedentes criminais, segundo posicionamento desta Corte, ultrapassado o prazo depurador de 5 (cinco) anos do cumpri-

mento ou da extinção da pena, as condenações pretéritas não podem mais ser utilizadas para caracterizar maus antecedentes criminais.

Nesse norte, colhem-se inúmeras decisões deste Sodalício:

“[...] Não caracterizam maus antecedentes processos cuja condenação pretérita se enquadra no inciso I do artigo 64 do Código Penal, porquanto decorridos mais de 5 (cinco) anos do cumprimento ou da extinção da pena” (Apelação Criminal n. 2008.031015-6, de Campos Novos, rel. Des. Amaral e Silva, j. em 22/7/2008).

Ainda: Apelação Criminal n. 2007.001040-4, de Biguaçu, rel. Des. Torres Marques, j. em 27/2/2007, Apelação Criminal n. 2009.017872-6, de São José, rel. Des. Torres Marques, j. em 27/7/2009; Apelação Criminal n. 2007.052442-2, de Capinzal, rel. Des. Subst. Victor Ferreira, j. em 25/6/2008.

Remanescendo apenas a qualificação negativa das demais circunstâncias judiciais (conduta social e personalidade), conforme esboçado na sentença, reduz-se, de ofício, a pena basilar para 5 (cinco) anos e 6 (seis) meses de reclusão e 13 (treze) dias-multa.

Na etapa intermediária, mantém-se a redução de 1/7 (um sétimo), em razão do reconhecimento da atenuante da confissão espontânea.

Na última fase, presentes as causas especiais de aumento do art. 157, § 2º, I, II, e V, do Código Penal, majora-se a pena em 5/12 (cinco doze avos), a fim de concretizá-la em 6 (seis) anos, 8 (oito) meses e 4 (quatro) dias de reclusão e 18 (dezoito) dias-multa, no valor unitário de 1/20 (um vigésimo) do salário mínimo vigente à época dos fatos (fls. 607/609).

Vale lembrar que a fixação da pena, a fim de que se garanta a individualização da reprimenda acometida ao réu, não se deve pautar em critérios meramente matemáticos, que sejam desprovidos da análise das peculiaridades do caso concreto.

Embora referido aumento deva corresponder, precipuamente, ao número de majorantes reconhecidas, não se pode descuidar da análise dos elementos concretos que envolveram a prática delituosa, como a quantidade mínima ou excessiva de agentes no concurso de pessoas ou de armas utilizadas.

Neste sentido:

“HABEAS CORPUS. PENAL. ROUBO DUPLAMENTE QUALIFICADO. RECONHECIMENTO DE FAVORECIMENTO REAL OU PARTICIPAÇÃO DE MENOR IMPORTÂNCIA. DESCABIMENTO. REEXAME DE MATÉRIA FÁTICO PROBATÓRIA. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. INTELIGÊNCIA DOS ARTS. 59 E 33, § 2º, DO CÓDIGO PENAL. AUMENTO DE 3/8 EM RAZÃO DE DUPLA QUALIFICAÇÃO. FUNDAMENTAÇÃO INSUFICIENTE. [...] a presença de duas majorantes no crime de roubo (emprego de arma de fogo e concurso de agentes) não é causa obrigatória de aumento da punição em percentual acima do mínimo previsto, a menos que seja constatada a existência de circunstâncias que indiquem a necessidade da exasperação, o que não se deu na espécie. Precedentes do Superior Tribunal de Justiça [...]” (STJ, HC n. 116.250/SP, rela. Mina. Laurita Vaz, j. em 6/11/2008).

Na espécie, em que pese o inconformismo da defesa, a fração de aumento foi oportuna, haja vista o grande número de armas empregadas e de pessoas que concorreram para a prática do crime.

A quantidade de pena, associada à análise desfavorável das elementos do art. 59 do Código Penal, impõe a manutenção do regime fechado para o início do cumprimento da reprimenda (art. 33, § 3º, da Lei Penal).

Tratando-se de crime cometido com grave ameaça à pessoa e em virtude do qual foi cominada pena superior a 4 (quatro) anos, não é cabível a sua substituição (art. 44 do Código Penal) ou suspensão (art. 77 do mesmo Código).

6.2 Clauri José Della Valle (art. 157, § 2º, I, II e V, do Código Penal)

Diante da análise favorável das circunstâncias judiciais e da ausência de circunstâncias agravantes e atenuantes, a pena superou a segunda fase da dosimetria no mínimo legal, não podendo ser alterada em razão da inexistência de recurso da acusação.

Na etapa derradeira, reconhecida a incidência das causas especiais de aumento de pena previstas nos incisos I, II e V do art. 157 do Código Penal, a pena foi devidamente aumentada em 5/12 (cinco doze avos) – em razão dos mesmos fundamentos – e concretizada em 5 (cinco) anos e 8 (oito) meses de reclusão e 14 (quatorze) dias-multa, no valor unitário de 1,5 (um e meio) do salário mínimo vigente à época dos fatos.

Clauri José pugna pela redução do valor unitário dos dias-multa. No entanto, infere-se que a fração adotada se contabiliza com as *condições econômicas do apenado e ao grau de reprovabilidade da conduta delituosa*” (Apelação Criminal n. 2009.042190-2, de Trombudo Central, rel. Des. Sérgio Paladino, j. em 27/10/2009), mormente se considerada a renda que foi declarada no interrogatório (fls. 596/597).

Preserva-se o regime semiaberto para o início do cumprimento da reprimenda (art. 33, § 2º, “b”, da Lei Penal).

Tratando-se de crime cometido com grave ameaça à pessoa e em virtude do qual foi cominada pena superior a 4 (quatro) anos, não é cabível a sua substituição (art. 44 do Código Penal) ou suspensão (art. 77 do mesmo Código).

6.3 Almedorino Quintana Queiroz (art. 157, § 2º, I, II e V, do Código Penal)

Consideradas igualmente favoráveis as circunstâncias judiciais, a pena-base foi fixada no mínimo legal – 4 (quatro) anos de reclusão e 10 (dez) dias-multa.

Na segunda fase, apesar de reconhecida a atenuante da confissão espontânea, a sanção foi mantida, uma vez que essa circunstância não pode conduzi-la aquém do mínimo legal (Súmula 231 do Superior Tribunal de Justiça).

Na última etapa, reconhecida a incidência das causas especiais de aumento de pena previstas nos incisos I, II e V do art. 157 do Código Penal, a pena foi devidamente aumentada em 5/12 (cinco doze avos) – em razão dos mesmos fundamentos – e concretizada em 5 (cinco) anos e 8 (oito) meses de reclusão e 14 (quatorze) dias-multa, no valor unitário de 1/15 (um quinze avos) do salário mínimo vigente à época dos fatos (fls. 600/601).

Preserva-se o regime semiaberto para o início do cumprimento da reprimenda (art. 33, § 2º, “b”, da Lei Penal).

Tratando-se de crime cometido com grave ameaça à pessoa e em virtude do qual foi cominada pena superior a 4 (quatro) anos, não é cabível a sua substituição (art. 44 do Código Penal) ou suspensão (art. 77 do mesmo Código).

6.4 José Odirlei Antunes Mariano

Considerando desfavoráveis os antecedentes criminais, a conduta social e a personalidade do réu, o Magistrado *a quo* fixou a pena-base em 5 (cinco) anos, 10 (dez) meses e 15 (quinze) dias de reclusão e 108 (cento e oito) dias-multa.

No que tange aos antecedentes criminais, ainda que não seja possível a consideração das condenações pretéritas depois de decorridos mais de 5 (cinco) anos do cumprimento ou da extinção da pena, mantém-se a qualificação desfavorável, haja vista que o apelante possui mais de uma condenação definitiva que escapa das hipóteses previstas nos incisos I e II do art. 64 do Código Penal (fls. 136/137).

Sobre o tema:

“PENAL. TRÁFICO E ASSOCIAÇÃO. PENA. FIXAÇÃO. ILEGALIDADE. NÃO OCORRÊNCIA. VÁRIAS CONDENAÇÕES. CONSIDERAÇÃO. PENA-BASE E REINCIDÊNCIA. *BIS IN IDEM*. NÃO CARACTERIZAÇÃO.

“1. Somente se caracteriza *bis in idem* se a mesma condenação é levada em conta para exasperar a pena-base, à guisa de circunstâncias judiciais desfavoráveis e, em um segundo momento, também para a reincidência. Precedentes.

“2. Se o juiz, como no caso concreto, na primeira fase, a da pena-base, sopesa algumas condenações e, depois, para a reincidência, outras são consideradas, não há falar em ilegalidade.

“3. Ordem denegada” (STJ, HC n. 105.316/MS, rela. Mina. Maria Thereza de Assis Moura, j. em 18/5/2010).

Como as demais circunstâncias judiciais se mostram igualmente aptas a majorar a reprimenda (conduta social e personalidade), conforme esboçado no *decisum*, preserva-se a pena-base estabelecida na sentença.

Na segunda etapa, devidamente reconhecida a agravante da reincidência, deve ser mantido o aumento imposto pelo Sentenciante.

Por derradeiro, reconhecida a incidência das causas especiais de aumento de pena previstas nos incisos I, II e V do art. 157 do Código Penal, a pena foi escorreitamente majorada em 5/12 (cinco doze avos) – em razão dos mesmos fundamentos – e concretizada em 9 (nove) anos, 8 (oito) meses e 14 (quatorze) dias de reclusão e 153 (cento e cinquenta e três) dias-multa, no valor unitário de 1/14 (um quatorze avos) do salário mínimo vigente à época dos fatos (fls. 605/606).

O *quantum* da pena e a análise negativa das circunstâncias judiciais impõem a manutenção do regime inicial fechado (art. 33, §§ 2º, “a”, e 3º, da Lei Penal) e obstam a substituição da pena e concessão de *sursis*.

À vista de todo o exposto, afastam-se as preliminares, conhece-se parcialmente do recurso de Clauri José Dalla Valle para negar-lhe provimento, conhece-se dos demais apelos interpostos para negar-lhes provimento e, de ofício, adequa-se a reprimenda imposta a Roberto Hugo Macacari.

DECISÃO

Pelo exposto, a Câmara, após debates, decidiu, por unanimidade de votos, afastar as preliminares, conhecer parcialmente do recurso de Clauri José Dalla Valle para negar-lhe provimento, conhecer dos demais apelos para negar-lhes provimento e, de ofício, adequar a reprimenda imposta a Roberto Hugo Macacari.

O julgamento, realizado no dia 24 de agosto de 2010, foi presidido pelo Exmo. Sr. Des. Torres Marques, com voto, e dele participou o Exmo. Sr. Des. Roberto Lucas Pacheco.

Pela douta Procuradoria-Geral de Justiça lavrou o parecer o Dr. Paulo Roberto Speck.

Florianópolis, 24 de agosto de 2010.

Moacyr de Moraes Lima Filho

RELATOR

**SEGUNDA TURMA
DE RECURSOS**

APELAÇÃO CÍVEL

Apelação Cível nº 2008.200296-9, de Blumenau

Relator: Juiz Roberto Lepper

EXECUÇÃO DE SENTENÇA – AUSÊNCIA DE BENS DE PROPRIEDADE DO EXECUTADO QUE SEJAM PASSÍVEIS DE PENHORA – EXTINÇÃO DO PROCESSO DECRETADA COM BASE NO DISPOSTO NO ART. 53, § 4º, DA LEI Nº 9.099/95 – DISPOSIÇÃO LEGAL QUE, ALÉM DE INAPLICÁVEL NO CASO CONCRETO, AFRONTA OS PRINCÍPIOS NORTEADORES DO JUIZADO ESPECIAL CÍVEL – SENTENÇA TERMINATIVA CASSADA – APLICAÇÃO SISTEMÁTICA DO DISPOSTO NO ART. 791, INC. III, DO CPC – RECURSO PROVIDO

Tanto o artigo 52 quanto o 53 da Lei nº 9.099/95, que tratam respectivamente da execução de título executivo judicial e extrajudicial, imantaram um microsistema inserido no macro, que é o Código de Processo Civil.

No entrechoque de princípios processuais com a letra cega da lei, deve prevalecer a interpretação que dá concretude aos postulados constitucionais do acesso à ordem jurídica justa, razoável duração da prestação jurisdicional e também aos da efetividade e economia processual. Por isso, não sendo localizados bens de propriedade do executado que sejam passíveis de constrição judicial, o caminho a ser trilhado não deverá ser o da simples extinção do processo de execução, mas a sua prudente suspensão, com inspiração no disposto no artigo 791, inciso III, do Código de Processo Civil.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 2008.200296-9, de Blumenau, em que é apelante Edite Vescovi (exequente) e apelado Luiz Eduardo Scheller (executado):

ACORDAM, em Segunda Turma de Recursos, à unanimidade, conhecer do apelo e, por maioria, provê-lo, para cassar a sentença terminativa recorrida. Vencido o Juiz Rubens Schulz, que votou pelo desprovimento do recurso interposto.

I – RELATÓRIO:

Trata-se de Apelação Cível interposta por EDITE VESCOVI contra sentença que extinguiu a execução de sentença homologatória de transação havida nos autos de ação de indenização por danos causados em acidente de trânsito, ao fundamento de que, sem a identificação de bens do executado LUIZ EDUARDO SCHELLER que fossem passíveis de constrição, é inviável a suspensão do processo executório (CPC, art. 267, inc. II, c/c Lei nº 9.099/95, art. 53, § 4º).

No recurso, a apelante sustentou que não se aplicam as disposições emanadas do artigo 53, § 4º, da Lei nº 9.099/95 às execuções de título judicial. Pediu a reforma da sentença para que o processo seja apenas suspenso nos moldes do que preconiza o disposto no artigo 791, inciso III, do Código de Processo Civil, até que sejam localizados bens do executado que sejam passíveis de penhora e alienação.

Nas contrarrazões, o apelado, ao mesmo tempo em que requereu a manutenção da sentença terminativa atacada, afirmou que, assim que estiver em condições de fazê-lo, honrará integralmente os termos do acordo entabulado entre as partes.

II – VOTO:

Não desconheço o entendimento de que, mesmo “**na execução por título judicial, não havendo bens a serem penhorados, aplicar-se-á ao processo o disposto no § 4º do art. 53 da Lei n. 9.099/95**” (RICARDO CUNHA CHIMENTI, “Teoria e Prática dos Juizados Especiais Cíveis Estaduais e Federais”, 8ª ed., São Paulo: Saraiva, 2005, pág. 306). É o que consta também no Enunciado nº 75 do FONAJE, *in verbis*: “**A hipótese do § 4º, do 53, da Lei 9.099/1995, também se aplica às execuções de título judicial, entregando-se ao exeqüente, no caso, certidão do seu crédito, como título para futura execução, sem prejuízo da manutenção do nome do executado no Cartório Distribuidor**”.

Data venia, não é o que penso, tanto calçado em fundamentos de ordem técnica quanto de natureza teleológica. Vou a eles:

Antes mesmo da edição da Lei Complementar nº 95/98, tinha-se a compreensão de que a unidade básica de articulação dos textos normativos é concentrada em *artigos*, que, por sua vez, poderão desdobrar-se em parágrafos ou em incisos (art. 10, incs. I e II). A própria LC nº 95/98 disciplinou, em prestigamento à ordem lógica das coisas, que deve-se restringir o conteúdo de cada artigo a um único assunto ou princípio (art. 11, inc. III, letra ‘b’), bem como “*expressar por meio dos parágrafos os aspectos complementares à norma enunciada no caput do artigo e as exceções à regra por este estabelecida*” (letra ‘c’).

Na Lei nº 9.099/95 existem apenas dois artigos que tratam do processo de execução no procedimento do Juizado Especial Cível: o 52 cuida da execução de título executivo judicial (sentença); o 53, da execução de título executivo extrajudicial. Temas distintos tratados em artigos diferentes.

Pois bem, a regra de que “*não encontrado o devedor ou inexistindo bens penhoráveis, o processo será imediatamente extinto, devolvendo-se os documentos ao autor*”, foi alocada no § 4º do artigo 53 da Lei nº 9.099/95.

Logo, conclui-se, sem maior esforço, que a referida regra relaciona-se com os processos de execução de título executivo extrajudicial (art. 53), não com a execução de título judicial, caso dos autos.

Mas não é essa a tônica da minha insurreição, até simplista. Vou além, na perspectiva de que **“interpretar leis é lê-las, entender-lhes e criticar-lhes o texto e revelar-lhe o conteúdo. Pode ela chocar-se com outras leis, ou consigo mesma. Tais choques têm de ser reduzidos, eliminados; nenhuma contradição há de conter a lei. O sistema jurídico, que é sistema lógico, há de ser entendido em toda a sua pureza”** (PONTES DE MIRANDA, “Tratado de Direito Privado”, 2ª ed., Campinas: Bookseller, 2000, Tomo I, pág. 16).

Tanto pela redação do *caput* do artigo 52 quanto a do 53, ambos da Lei nº 9.099/95, percebe-se que o processo de execução a lhe servir de vetor de orientação é aquele do Código de Processo Civil (veja-se a dicção do art. 52: “[...] *aplicando-se, no que couber, o disposto no Código de Processo Civil, com as seguintes alterações [...]*”; e a do art. 53: “[...] *obedecerá ao disposto no Código de Processo Civil, com as modificações introduzidas por esta Lei*”). Noutras palavras, basicamente adotou-se, como linha de inspiração, o mesmo procedimento do processo de execução regulado pelo CPC, porém com algumas alterações cujo propósito, em última análise, era justamente prestigiar os princípios evidenciados no artigo 2º da mesma Lei (oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade, buscando, sempre que possível, a conciliação ou a transação). Criou-se, em verdade, um microsistema contido no macro, que é o Código de Processo Civil. Eis algumas dessas alterações:

O artigo 52 desdobra-se em nove incisos que inovam a execução da sentença no intuito de conferir-lhe maior agilidade. A mais significativa, talvez, seja a adoção do sincretismo processual – encampou-se tal ideia no CPC somente em 2006, com a Lei nº 11.232/2005 –, trazendo

para uma única relação jurídico-processual as fases de conhecimento e de execução (o inciso IV dispensa citação na execução; o V já falava em “*fase de execução*”).

O artigo 53 também inovou o processo de execução de título extrajudicial ao introduzir a audiência de conciliação no limiar do processo (§ 1º), cuja solenidade até era prevista no CPC (art. 599, inc. I), mas raramente utilizada no meio forense. Também autorizou a oposição de embargos nos mesmos autos da execução (não em apenso), pois, àquela época, a apresentação dessa modalidade de defesa suspendia, *incontinenti*, a tramitação da execução. Quanto a isto, aliás, não há dúvida que, após as alterações promovidas no CPC pela Lei nº 11.382/2006, a execução tornou-se até mais ágil do que a do próprio Juizado Especial Cível. Assim, para que o anacronismo de alguns parágrafos do artigo 53 da Lei nº 9.099/95 não emperrem o azeitado microsistema, é bem vinda a interpretação sistemática entre as duas leis. Quero dizer que não vejo empecilho, por exemplo, em autuar-se (em separado) os embargos à execução, pois, atualmente, a suspensão da execução ocorrerá só se houver deliberação judicial (art. 739-A, com a redação dada pela Lei nº 11.382/2006), para, com isso, facilitar a intelecção do desencadeamento sequenciado dos atos processuais (cognição e de execução) afinados entre si.

Nota-se, pois, um esforço comum dos operadores do Direito para tornar mais efetivo o processo civil (no caso, de execução), atendendo aos reclamos da sociedade contemporânea, ávida por *acesso à justiça*, não apenas aos órgãos jurisdicionais, mas realmente à *ordem jurídica justa*.

De acordo com CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, “**falar em instrumentalidade do processo ou em sua efetividade significa, no contexto, falar dele como algo posto à disposição das pessoas com vista a fazê-las mais felizes (ou menos infelizes), mediante a eliminação dos**

conflitos que as envolvem, com decisões justas” (“A Instrumentalidade do Processo”, 13ª ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2008, pág. 359).

Noutro enfoque, CARLOS ROBERTO SIQUEIRA CASTRO destaca o seguinte:

“A via da jurisdição, embora se apresente como mecanismo ancilar a ser utilizado quando esgotadas ou ineficazes as alternativas de equacionamento espontâneo (ou estimulado) dos conflitos de interesses individuais e coletivos, há de ser operosa e confiável aos olhos do grande público, sob pena de levar ao descrédito a instituição estatal como um todo. Quando a Justiça não funciona, o Estado, por igual, não funciona. Justamente por ser a cidadela derradeira dos oprimidos, não pode o Judiciário faltar ao seu papel de resgatador das ilusões perdidas e de socorro aos gemidos da noite. Tudo porque, na feliz expressão de Aurélio Wander Bastos, ‘o sistema judiciário processualiza funcionalmente a ‘processualidade’ conflitual da sociedade’. Conquanto o Poder Judiciário não tenha por função precípua *eliminar* os conflitos sociais, mas sim ministrar a solução legal, e a mais possível legítima segundo o sentimento de justiça da comunidade, para a parcela de litigiosidade trazida à sua cognição e julgamento, sua serventia enquanto instituição muito crescerá se souber responder aos anseios maiores do povo, formulando parâmetros de ordenação e pacificação que sirvam de modelo para além das fronteiras estreitas da relação processual. Assim, a questão da qualidade da Justiça, tal como a questão da qualidade da vida, é hoje uma questão de democracia. E o regime democrático está a exigir uma crescente correção de identidade entre a realidade social com sua dinâmica conflitiva, as soluções propostas pela ordem jurídica substantiva e a atuação dos agentes públicos e privados encarregados de sua implementação, com relevo para os órgãos da magistratura e do Ministério Público, sem esquecer a valorosa classe dos advogados e a sadia participação

popular na administração da Justiça” (“O Devido Processo Legal e os Princípios da Razoabilidade e da Proporcionalidade”, 4ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2006, págs. 332/333).

Daí porque se diz que **“a afirmação e plena consciência da necessidade de extrair dos provimentos jurisdicionais e do próprio sistema todo proveito que deles seja lícito esperar têm a sua valia na medida em que sejam capazes de conduzir a uma *postura mental* favorável a essa idéia instrumentalista. Em situações inúmeras e imprevisíveis, coloca-se para o intérprete o dilema entre duas soluções, uma delas mais acanhada e limitativa da utilidade do processo e outra capaz de favorecer a sua efetividade. E pairam ainda no ar muitos preconceitos irracionais que opõem resistência à plenitude da consecução dos objetivos eleitos. É dever do juiz e do cientista do processo, nesse quadro, romper com eles e dispor-se a pensar como mandam os tempos, conscientizando-se dos objetivos de todo o sistema e, para que possam ser efetivamente alcançados, usar intensamente o instrumento processual.**

“[...]

“Sem transformar as regras formais do processo ‘num sistema orgânico de *armadilhas* ardilosamente preparadas pela parte mais astuciosa e estrategicamente dissimuladas no caminho do mais incauto’, mas também sem renegar o valor que têm, o que se postula é, portanto, a colocação do processo em seu devido lugar de instrumento que não pretenda ir além de suas funções; ‘instrumento cheio de dignidade e autonomia científica, mas nada mais do que instrumento’. O processo bem estruturado na lei e conduzido racionalmente pelo juiz cômico dos objetivos preestabelecidos é o melhor penhor da segurança dos litigantes” (CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, obr. cit., pág. 318).

Todos queremos não só *acesso à ordem jurídica justa. **Pari passu*** à aceleração das comunicações nos dias de hoje, cobra-se a celeridade na solução aos processos. Não por nada a Emenda Constitucional nº 45/2004 acrescentou o inciso LXXVIII no artigo 5º da Constituição Federal, ***in verbis***: “*a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação*”. Mas a razoável duração do processo, com célere tramitação, não deve dar-se a esmo, de cambulhada, a qualquer preço, com desprezo a outros valores constitucionais e processuais imbricados ao estado democrático de direito, caso do contraditório e da ampla defesa.

Numa abordagem ainda mais amplificada, “**a duração razoável é da prestação jurisdicional efetiva, não do processo pura e simplesmente**” (BRUNO SILVEIRA DE OLIVEIRA, “Conexidade e Efetividade Processual”, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, pág. 298).

Em face destas vertentes, BRUNO SILVEIRA DE OLIVEIRA assere, ainda, que “**volta, portanto, ao tablado das discussões o equilíbrio que se deve buscar entre dois dos valores fundamentais do sistema (talvez os valores), meta tão árdua aos processualistas quanto conhecida por todos. Bem a expressa, sinteticamente, o professor José Carlos Barbosa Moreira, ao ponderar que ‘nem o valor *celeridade* deve primar, pura e simplesmente, sobre o valor *verdade*, nem este sobrepor-se, em quaisquer circunstâncias, àquele’.**

“Essa eterna tensão entre a celeridade e a justiça é estampada com a beleza das expressões artísticas nas palavras de Carnelutti.

“[...]

“O processo dura; não se pode fazer tudo de uma vez. É preciso ter paciência. Semeia-se, como faz o camponês, e é necessário que se espere para colher. Ao lado da atenção, coloca-se a paciência entre as virtudes necessárias ao juiz e às partes. Infelizmente, estas são impa-

cientes por definição; impacientes como os doentes, porque sofrem como eles. Uma das tarefas dos defensores é aquela de inspirar-lhes a paciência. O slogan da justiça rápida e segura, que anda nas bocas dos políticos inexperientes, contém infelizmente, uma contradição *in adiecto*: se a justiça é segura não é rápida, se é rápida não é segura. Por vezes, a semente da verdade leve anos, até mesmo séculos, para se tornar uma espiga (*veritas filia temporis*)” (obr. cit., pág. 281).

Não bastasse o *acesso à justiça*, em tempo *razoável*, trago à baila a ideia de *economia processual*, critério informado no artigo 2º da Lei nº 9.099/95. O conceito clássico de economia processual elaborado por GIUSEPPE CHIOVENDA – “[...] **economia processual mais não é que a aplicação do princípio de menor esforço à atividade jurisdicional, e não só em cada processo, mas igualmente em referência a vários processos relacionados entre si: importa obter o máximo resultado na atuação da lei com o mínimo emprego possível de atividade processual**” (obr. cit., pág. 271) –, sinalizava duas dimensões que seriam chamadas por LUIGI PAOLO COMOGLIO de *interna* (ou *endoprocessual*) e *externa* (ou *ultraprocessual*). O mesmo professor BRUNO, em livre tradução do italiano, anotou que “**em sentido endo-processual (ou interno), o princípio da economia processual atua sobre a relação entre cada ato e entre as diversas fases ou graus sucessivos de um mesmo processo, visando a obter uma equilibrada e harmoniosa repartição das ferramentas processuais.**’ Já em sentido ultraprocessual (ou externo), ‘**ele projeta para além do julgado mesmo a exigência de poupança de atividades ou despesas supérfluas, preocupando-se em evitar a futura instauração de novos processos, pelo aproveitamento adequado daquele em curso**” (pág. 272).

Após este resgate doutrinário, retorno ao caso concreto, convicto de que a extinção da execução de sentença, por ausência de localização de bens do devedor que sejam passíveis de penhora, está na contramão

do sistema processual civil como um todo, seja em face dos postulados constitucionais do acesso à justiça (art. 5º, inc. XXXV), da efetividade e da duração razoável do processo (inc. LXXVII), e até – a título de *obiter dictum* – da ampla defesa (inc. LV) e da propriedade (inc. XXII), seja em face das regras do Código de Processo Civil (art. 731, inc. III) e também dos princípios explicitados na Lei nº 9.099/95 (art. 2º).

Note-se que, pela técnica processual, a extinção da execução de sentença implica, necessariamente, na extinção da relação jurídico-processual, sem prejuízo obviamente dos atos processuais já alcançados pela preclusão, dentre os quais a máxima (trânsito em julgado da sentença – fl. 112). A manter-se o *decisum*, na hipótese de o credor futura e eventualmente encontrar algum bem de propriedade do devedor que seja passível de constrição judicial, deverá ele provocar nova relação processual, que tornará imprescindível nova citação do acionado, com nova oportunidade de defesa meritória, e por aí vai. Ou seja, haverá perda de tempo e dinheiro, em rota de colisão com a ideia de concretude do Direito.

Ouso dizer que também na execução de título extrajudicial a extinção do processo por ausência de bens penhoráveis vai de encontro aos princípios reitores do sistema processual civil. Além dos inconvenientes já relacionados, acrescenta-se a potencial discussão que pode ser germinada em torno da eventual interrupção (ou não) da prescrição da pretensão executória do título (CC/16, art. 173; CC/2002, art. 202, parágrafo único).

A adoção de determinado procedimento executivo por outro – e, no caso de título judicial, nem mesmo haverá esta opção –, para quem provoca a atividade estatal, não pode constituir-se numa loteria. Quando o credor propõe a execução, quer calcado em título judicial, quer em extrajudicial, ele ainda não tem a certeza de que terá sucesso em sua empreitada. Conta com a mão forte da Justiça para localizar o devedor e, é claro, encontrar lastro para fazer valer o seu direito. Se soubesse de antemão que, num

primeiro momento, não encontraria bens do executado passíveis de penhora, mantido o propósito de acionar a máquina judiciária, com certeza optaria por ajuizar a execução nos moldes do Código de Processo Civil, justamente para, com isso, preservar o seu direito creditório. É que a opção pelo Juizado Especial, com a possibilidade de extinção do processo, não lhe seria favorável, dado o fantasma da prescrição. Isso não seria justo (art. 6º), tampouco sensato à luz dos próprios princípios reitores do Juizado Especial. Ora, neste caso, se a parte ainda quiser brigar pelos seus direitos, ao invés de respaldar sua pretensão com base num título extrajudicial, deverá submeter-se a outro processo, desta vez cognitivo, para buscar, com base em documento de crédito prescrito, outro título (judicial), que, então, o levará – pasmem – justamente à situação em que estava no momento em que escolheu (mal) o procedimento do Juizado Especial para vindicar o seu crédito, cuja opção, naquele momento, certamente lhe pareceu mais célere e descomplicada.

Como reforço de sustentação, vale dizer, *exempli gratia*, que a ritualística do Juizado Especial veda, por expresse, qualquer possibilidade de intervenção de terceiros (art. 10). O acionado, pergunta-se então, teria tolhido o seu direito de denunciar da lide em relação àquele que esteja obrigado, por lei ou por contrato, a indenizar, em ação regressiva, o prejuízo do que perder a demada? Penso que não, pois isso implicaria na suplantação do processo pelo procedimento. E este, como se sabe, está a serviço daquele. A solução para o impasse é híbrida: admite-se o requerimento justificado de denunciação à lide e opera-se a metamorfose procedimental, como, aliás, já decidiu esta Segunda Turma de Recursos (Apelação Cível nº 2.543/05, de Timbó, rel. Juiz ROBERTO LEPPER, julgada em 21.06.2006). Como se vê, entre mortos e feridos, salvaram-se todos.

Assim, tanto na execução de título judicial quanto na de extrajudicial, a suspensão do processo, com fundamento no disposto no artigo

791, inciso III, do Código de Processo Civil, é medida que, a meu sentir, harmoniza-se ao sistema processual civil como um todo na medida em que prestigia a vocação principiológica do próprio Juizado Especial Cível, tema sobre o qual mereceu o detido estudo do magistrado catarinense PEDRO MANOEL ABREU (“Acesso à Justiça e Juizados Especiais: o desafio histórico de uma justiça cidadã no Brasil”, Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004).

Essas as razões que me levam a prover o recurso interposto para cassar a sentença vergastada e, por corolário, suspender a execução até a localização de bens de propriedade do devedor que sejam capazes de responder pela dívida cobrada.

III – DECISÃO:

Nos termos do voto do Juiz relator, decide a Segunda Turma de Recursos, à unanimidade, conhecer do apelo e, por maioria, dar-lhe provimento para, cassando a sentença terminativa recorrida, determinar a suspensão do processo de execução de sentença nos moldes do disposto no artigo 791, inciso III, do Código de Processo Civil.

Participaram os juízes Rubens Schulz e Claudia Inês Maestri Meyer.

Blumenau, 14 de janeiro de 2009

Roberto Lepper
PRESIDENTE E RELATOR

**QUINTA TURMA
DE RECURSOS**

RECURSO INOMINADO

Recurso Inominado nº 2009.501407-0, de Joinville

Relator: Juiz Roberto Lepper

PROCESSUAL CIVIL – REPRESENTAÇÃO PROCESSUAL DA PARTE – PRESENÇA DO AUTOR E DO SEU ADVOGADO NA SESSÃO DE CONCILIAÇÃO QUE TORNA DISPENSÁVEL A OUTORGA DE INSTRUMENTO DE MANDATO, SALVO QUANTO AOS PODERES ESPECIAIS – ENUNCIADO Nº 77 DO FONAJE

O advogado cujo nome figurar no termo de audiência estará habilitado a praticar todos os atos do processo, inclusive para interposição de recurso (Enunciado nº 77 do FONAJE).

PROCESSUAL CIVIL – RECURSOS INDIVIDUALMENTE INTERPOSTOS PELOS DOIS RÉUS – RECOLHIMENTO INTEGRAL DO PREPARO (CUSTAS PROCESSUAIS MAIS O PREPARO PROPRIAMENTE DITO) PELO PRIMEIRO RECORRENTE – DESNECESSIDADE DE O SEGUNDO RECORRENTE RECOLHER O VALOR DAS CUSTAS

Porque as custas processuais constituem taxas que remuneram serviço público específico e divisível (STF) prestado no primeiro grau de jurisdição, o seu recolhimento não pode acontecer em duplicidade, sob pena de a exigência consistir em excesso de exação e o pagamento redundar em enriquecimento sem causa pelo Estado.

RECURSO INOMINADO – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – AÇÃO PROPOSTA POR ADQUIRENTE DE UTILITÁRIO CONTRA CONCESSIONÁRIA DA MARCA

(ONDE O BESTA FOI ADQUIRIDO) E TAMBÉM CONTRA A KIA MOTORS DO BRASIL LTDA (IMPORTADORA) – LEGITIMIDADE PASSIVA DE AMBAS RECONHECIDA – APLICABILIDADE DAS NORMAS DO CDC À LUZ DA TEORIA MAXIMALISTA – SOLIDARIEDADE PASSIVA VERIFICADA – VEÍCULO UTILIZADO NO TRANSPORTE DE ESCOLARES – DANO MORAL DECORRENTE DOS TRANSTORNOS DERIVADOS DOS SUCESSIVOS ESTRAGOS NO PROPULSOR DA PERUA – INDENIZAÇÃO MANTIDA – RECURSO DESPROVIDO

A partir do momento em que o Juiz necessita avaliar a prova encartada nos autos do processo para verificar se a parte tem alguma responsabilidade em relação ao adverso, ou, ainda, para identificar o regime desta responsabilidade (se unitária, solidária ou subsidiária), aí já não mais estar-se-á falando de legitimidade de parte, mas do mérito da causa que está sob testilha (LIEBMAN).

À luz da teoria maximalista interessa perquirir se o consumidor é o destinatário final dos produtos ou serviços (CDC, art. 2º), sendo irrelevante indagar qual o proveito que isso lhe trará. Exceção a essa regra: quando houver finalidade de revenda. No caso, o bem adquirido pelo consumidor destinava-se a servir de instrumento para viabilizar a atividade econômica explorada por ele, qual seja, o transporte remunerado de passageiros.

A falta de habilidade da concessionária em executar o conserto do motor de veículo ainda na garantia, causando não só frustração na expectativa (do consumidor) cevada pelo fornecedor, mas também uma série de transtornos e, no caso concreto, até angústia decorrente da impossibilidade de uso do bem, induz o reconhecimento de dano moral, que deverá ser reparado solidariamente por aqueles que integrem a cadeia de comércio (fabricante, importador, revendedor etc) (CDC, art. 7º, parágrafo único).

A indenização de R\$ 5.000,00 arbitrada em decorrência do dano moral, se não pune, ao menos compensa, de forma heterogênea, o mal causado pelo deficiente atendimento prestado ao consumidor.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso Inominado nº 2009.501407-0, de Joinville, em que são recorrentes Power Imports Veículos Ltda e Kia Motors do Brasil Ltda (rés), e recorrido Carlos Wilson Garcia:

ACORDAM, em Quinta Turma de Recursos, por unanimidade, conhecer dos recursos e negar-lhes provimento.

I – RELATÓRIO:

Trata-se de recursos inominados interpostos pelas rés contra sentença que as condenou solidariamente no pagamento de indenização por dano moral, estipulada em R\$ 5.000,00, em razão dos constantes incômodos decorrentes de defeitos verificados no propulsor do “Kia/Besta GS”, cujo veículo o autor adquiriu novo.

No recurso interposto por Power Imports Veículos Ltda (fls. 176/179) sustentou-se que o julgamento antecipado da lide importou cerceamento de defesa porquanto não lhe foi possível produzir a prova pericial (que atestaria a inexistência de defeitos), tampouco colher-se o depoimento pessoal do autor (que confirmaria que ele não experimentou mais do que mero aborrecimento) nem a audição de testemunhas (os mecânicos e vendedores demonstrariam que não se poupou esforços para que os problemas de que se queixava o autor fossem resolvidos, inclusive pelo fato de que se lhe ofertou um veículo similar e, por outro lado, que a substituição de componentes até resultou na valorização do veículo). No mérito, afirmou: a) que o autor foi agraciado com o

empréstimo de um veículo reserva; b) que não houve desvalorização da perua por causa das avarias (20% de depreciação é normal em relação a todo veículo que sai da concessionária); c) que as reclamações do cliente foram atendidas, os problemas resolvidos e até houve o empréstimo de um veículo similar ao dele; d) que o consumidor é que deveria ser mais precavido e contratar seguro de veículo; e) que o recorrido não experimentou qualquer constrangimento ou humilhação, mas apenas mero aborrecimento do cotidiano, mormente em se tratando de profissional experimentado no ramo em que atua e que é até presidente da Associação dos Condutores de Transporte Escolar; f) defendeu ainda que, caso seja mantida a indenizabilidade, o valor deverá ser mitigado.

No recurso interposto por Kia Motors do Brasil Ltda (fls. 133/171) reeditou-se a arguição, inaugurada na contestação, de carência de ação por ilegitimidade passiva, pois defende que a legitimada deveria ser “Kia Motors Corporation”, fabricante do veículo, ou, então, a importadora “Brazil Trading Ltda”, ou ainda a importadora de peças e acessórios “K.M.B. Distribuidora Ltda”. Que sua atividade é apenas conceder o direito de uso da marca “Kia” no Brasil. Argumentou também: a) a ausência denexo etiológico, pois não deu causa ao suposto dano por não ser nem a fabricante, nem a importadora ou tampouco quem comercializa o veículo em território nacional; b) a inexistência de defeito no produto e a ocorrência de conduta culposa de terceiro; c) a nulidade da sentença por ausência de fundamentação quanto à classificação jurídica do adverso como sendo consumidor; d) a inaplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor (CDC), pois o adverso não pode ser considerado “destinatário final” do produto; e) que não se pode inverter o ônus da prova pois não se demonstrou a verossimilhança da alegação do consumidor (o defeito não existe), tampouco a condição de hipossuficiência do autor. Queixou-se ainda da impropriedade do momento em que foi praticada a inversão, ou seja, na fundamentação da sentença, quando isso

só poderia ter acontecido no transcorrer do processo; f) a inexistência de solidariedade, em face da inaplicabilidade do artigo 18 do Código de Defesa do Consumidor, pois não fabrica ou importa veículos, nem lhe cabe realizar reparos e consertos; g) a inexistência de dano moral pois não há prova nem dos fatos nem das suas consequências. Tampouco demonstrou-se a ocorrência de ato ilícito, sendo certo que, mesmo que os fatos alegados tivessem sido provados, não seriam o bastante para que se pudesse compreendê-los como indutores de dano moral.

Transcorrido em branco o prazo para apresentação de contrarrazões (fl. 185), os autos ascenderam a esta Turma de Recursos.

II – VOTO:

1. Embora o advogado Alexandre Füchter não tenha exibido instrumento de mandato subscrito pelo recorrido, sabe-se que **“o advogado cujo nome constar do termo de audiência estará habilitado para todos os atos do processo, inclusive para o recurso”** (Enunciado nº 77 do FONAJE), em orientação que amolda ao comando emanado no artigo 9º, § 3º, da Lei nº 9.099/95, a saber: *“o mandato ao advogado poderá ser verbal, salvo quanto aos poderes especiais”*. Considerando que o referido causídico fez-se presente na sessão de conciliação (fl. 26), não há irregularidade na representação processual a ser sanada.

2. Em regra, **“sem o pagamento das custas do processo em primeiro grau, juntamente com o valor do preparo recursal, o recurso não pode ser conhecido, na forma dos arts. 42, § 1º e 54, parágrafo único, da Lei 9099/1995”** (Sexta Turma de Recursos – Ap. Cível nº 2008.601306-9, de Joaçaba, rel. Juiz LEANDRO PASSIG MENDES, j. em 19.12.2008; no mesmo sentido: Primeira Turma de Recursos – Recurso Inominado nº 2008.100861-6, da Capital, rel. Juiz SAUL STEIL, publ. no DJE nº 627, de 17.02.2009).

O caso dos autos, entretanto, é distinto. O recurso interposto por Power Imports Veículos Ltda foi protocolizado tempestivamente em 10.11.2008, veio corretamente escotado com as guias de recolhimento das custas processuais e também do preparo recursal, ambos realizados no dia 07.11.2008 (fl. 180). Já o recurso apresentado *a posteriori* por Kia Motors do Brasil Ltda, mais precisamente em 12.11.2008, foi instruído apenas com a guia de recolhimento do preparo recursal propriamente dito, também realizado em 12.11.2008 (fl. 173), sem comprovação do recolhimento das custas processuais.

A seguir-se cegamente aquela orientação jurisprudencial, ter-se-ia que o recurso interposto por Kia Motors do Brasil Ltda não poderia ser conhecido, pois o preparo não foi realizado por completo (faltou o recolhimento das custas). Sei que, em liminar deferida em maio deste ano, nos autos da Reclamação nº 4.179/RS, pelo colendo Superior Tribunal de Justiça, foi determinada a suspensão de todos os processos em trâmite nas Turmas Recursais nos quais tenha sido estabelecida idêntica controvérsia (possibilidade de complementação do preparo). Mas chamo à reflexão: **“as custas, a taxa judiciária e os emolumentos constituem espécie tributária, são taxas, segundo a jurisprudência iterativa do Supremo Tribunal Federal”** (STF – Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.145/PB, Pleno, un., rel. Min. CARLOS VELLOSO, j. em 03.10.2002), “[...] **resultando da prestação de serviço público específico e divisível e que têm como base de cálculo o valor da atividade estatal referida diretamente ao contribuinte**” (STF – Medida Cautelar da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.772/MG, Pleno, un., rel. Min. CARLOS VELLOSO, j. em 15.04.98). E se assim o é, está claro que não se pode exigir outro recolhimento do valor relativo às custas processuais quando qualquer das partes já o tenha feito, até porque isso poderia ser compreendido como excesso de exação e, caso o recolhimento fosse realizado outra vez, haveria indubitavelmente en-

riquecimento sem causa por parte do Estado, na medida em que estaria sendo remunerado duplamente pelo mesmo serviço público. Note-se que as custas processuais referem-se aos serviços judiciários prestados no primeiro grau de jurisdição; para o segundo grau existe o chamado “preparo recursal”.

Logo, como a recorrente Kia Motors do Brasil Ltda não estava obrigada a recolher o valor relativo às custas processuais, conheço do recurso que a referida parte interpôs, porque devidamente preparado.

3. O recorrido dirigiu esta demanda também contra a pessoa jurídica Kia Motors do Brasil Ltda por acreditar que ela tivesse corresponsabilidade pelos vícios notados no veículo “Kia/Besta GS” que havia adquirido. Mas, desde a contestação, aquela pessoa jurídica quer fazer acreditar que apenas detinha o direito de uso da marca “Kia” no Brasil, o que, segundo entende, a isentaria de qualquer responsabilidade por vícios do produto.

Assim como LIEBMAN, citado por MACHADO GUIMARÃES, penso que **“todo problema, quer de interesse processual, quer de legitimação *ad causam*, deve ser proposto e resolvido, admitindo-se, provisoriamente e em via hipotética, que as afirmações do autor sejam verdadeiras; só nesta base é que se pode discutir e resolver a questão pura da legitimação ou do interesse. Quer isto dizer que, se da contestação do réu surge a dúvida sobre a veracidade das afirmações feitas pelo autor, e é necessário fazer-se uma instrução, já não há mais um problema de legitimação ou de interesse, já é um problema de mérito”** (“Carência de ação e limites objetivos do recurso de apelação”, Rio de Janeiro: Instituto Brasileiro de Direito Processual Civil, 1962, págs. 19/20, nº 12). De fato, **“as condições da ação ‘são aferidas no plano lógico e da mera asserção do direito, e a cognição a que o juiz procede consiste em simplesmente confrontar a afirmativa**

do autor com o esquema abstrato da lei. Não se procede, ainda, ao accertamento do direito afirmado' (Kasuo Watanabe)" (TJSC – Agravo de Instrumento nº 98.008396-6, da Capital, rel. Des. SILVEIRA LENZI, publ. no DJSC nº 10.095, de 17.11.98, pág. 9).

No caso concreto, para verificar se a recorrente Kia Motors do Brasil Ltda tem responsabilidade perante o recorrido, ou ainda, para identificar o regime de responsabilidade (se unitária, solidária ou subsidiária), é necessário avaliar a prova documental encartada no processo, ou seja, é imperioso enveredar-se no exame do mérito da causa. E se assim o é, a recorrente Kia Motors do Brasil Ltda não pode ser reconhecida como parte ilegítima passiva *ad causam*.

4. Sei que a 2ª Seção do Superior Tribunal de Justiça, especializada em Direito Privado, assimilou, como vetor de orientação aos seus julgados, a teoria finalista ou subjetiva na definição do que seja consumidor (veja-se o seguinte *leading case*: Recurso Especial nº 541.867/BA, maioria, rel. designado Min. BARROS MONTEIRO, j. em 10.11.2004; no mesmo sentido: Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 27.512/BA, Terceira Turma, un., relatora Ministra NANCY ANDRIGHI, j. em 20.08.2009; Recurso Especial nº 603.763/RS, Quarta Turma, un., rel. Min. HONILDO AMARAL DE MELLO CASTRO, j. em 20.04.2010), interpretando que **“para que o consumidor seja considerado destinatário econômico final, o produto ou serviço adquirido ou utilizado não pode guardar qualquer conexão, direta ou indireta, com a atividade econômica por ele desenvolvida; o produto ou serviço deve ser utilizado para o atendimento de uma necessidade própria, pessoal do consumidor”** (Conflito de Competência nº 92.519/SP, Segunda Seção, unânime, rel. Min. FERNANDO GONÇALVES, julgado em 16.02.2009).

Contudo, não enxergo esta restrição no artigo 2º, *caput*, do Código de Defesa do Consumidor, quando enuncia textualmente que “*consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final*”. Firme na premissa de que ***ubi lex non distinguit, nec interpres distinguere debet*** (onde a lei não diferencia, não pode o intérprete fazê-lo) e até mesmo em prestigiamto ao princípio da máxima efetividade da norma constitucional, que determina a convivência harmônica do postulado da defesa do consumidor (CF, art. 170, inc. V) com os princípios da propriedade privada (inc. II), da função social da propriedade (inc. III) e da livre concorrência (inc. IV), vejo no CDC um **“Código geral sobre o consumo, um Código para a sociedade de consumo, que institui normas e princípios para todos os agentes de mercado, os quais podem assumir os papéis ora de fornecedores, ora de consumidores”** (CLÁUDIA LIMA MARQUES, ANTÔNIO HERMAN V. BENJAMIN, “Comentários ao Código de Defesa do Consumidor”, 2ª ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006), donde tenho a compreensão que o *destinatário final* é **“aquele que o retira do mercado e o utiliza, o consome, por exemplo, [...] a fábrica de celulose que compra carros para o transporte dos visitantes, o advogado que compra uma máquina de escrever para o seu escritório, ou mesmo o Estado, quando adquire canetas para uso nas repartições, e, é claro, a dona de casa que adquire produtos alimentícios para a família”** (idem).

Por vincar na isonomia de que trata o artigo 5º, *caput*, da Constituição Federal, não vejo o quê justifique o tratamento díspar para situações idênticas, caso da pessoa física que adquire um automóvel com o intuito de transportar sua família e a que compra um carro com o objetivo de transportar escolares (caso do autor/recorrido). Em ambas as situações, o adquirente é o destinatário final do *produto* (veículo) adquirido. Ele é dono da coisa (postulado da propriedade privada),

respondendo perante terceiros por eventuais danos; ele dirá quando, onde e como será utilizada a coisa (princípio da função social da propriedade). No primeiro caso, o contrato (gratuito, quiçá) de transporte de pessoas se dará entre os membros do mesmo núcleo familiar, ou seja, estes serão os *beneficiários* (não os *destinatários*) do produto; já no segundo caso, os *beneficiários* do contrato (oneroso) de transporte serão os escolares. Note-se que, se alguma falha no veículo causar dano aos passageiros, os prejudicados terão ação inclusive contra o fabricante, contra o produtor, contra o construtor e também contra o importador, porém não na condição de consumidores diretos (art. 2º), mas na de equiparados (art. 17).

Num apanhado geral, **“para a teoria maximalista, basta que o consumidor seja o ‘destinatário final’ dos produtos ou serviços (CDC, art. 2º), incluindo-se aí não apenas aquilo que é adquirido ou utilizado para uso pessoal, familiar ou doméstico, como também o que é adquirido para o desempenho de atividade ou profissão, bastando, para tanto, que não haja finalidade de revenda”** (TJSC – Apelação Cível nº 2004.005718-0, da Capital, Terceira Câmara de Direito Civil, rel. Des. Substº. HENRY GOY PETRY JUNIOR, j. em 19.02.2008; no mesmo sentido: Apelação Cível nº 2007.061828-6, da Capital, Quarta Câmara de Direito Civil, rel. Des. TRINDADE DOS SANTOS, j. em 06.03.2008).

Logo, incidem as regras do Código de Defesa do Consumidor na relação jurídica entabulada entre o recorrido, que se enquadra no conceito de consumidor (art. 2º, *caput*), e as recorrentes, que se amoldam ao de fornecedoras (art. 3º, *caput*). Embora a ré Kia Motors do Brasil Ltda afirme e reafirme que detém apenas o direito de uso exclusivo da marca sul-coreana no Brasil, não há prova disso nos autos; ao contrário, o seu objetivo social sinaliza no sentido de ter *“participação acionária relevante em atividades econômicas de terceiros, exercendo o controle (con-*

troladora) sobre as sociedades e delas participam em caráter permanente com investimento relevante em seu capital, numa relação de dominação com suas filiadas e subsidiárias – cláusula 6.4.1 do contrato social). Consta do site www.kiaclub.com.br (acesso em 21.07.2010) que a Kia Motors do Brasil Ltda é representante oficial e exclusiva da montadora sul-coreana Kia Motors Corporation desde 1992, representada por José Luis Gandini, tendo sua sede em Itu, no Estado de São Paulo.

A imprensa também divulgou com alarde que, com o resultado recorde de vendas no atacado (26.061 veículos), a Kia Motors do Brasil foi considerada a melhor distribuidora de 2009 dentre aquelas que atuam nas regiões América do Sul, Central e Caribe. O prêmio foi recebido por José Luiz Gandini, presidente da importadora brasileira, no início de maio deste ano, durante a Convenção Mundial da Kia Motors Corporation, que aconteceu na ilha de Jeju, na Coreia do Sul.

Ora, para o autor/recorrido pouco interessa saber qual é exatamente a relação jurídica entre a fabricante dos carros (Kia Motors Company) e o importador brasileiro. Ele comprou um veículo da marca “Kia” e quem lhe pareceu legitimado a responder pelos defeitos foi exatamente a importadora Kia Motors do Brasil Ltda. É o quanto basta (CDC, art. 12, *caput*).

5. O recorrido, que atua no ramo de transporte de escolares, adquiriu da Power Imports, em 31.01.2005, um veículo “Kia/Besta GS”, zero quilômetro. Apesar de terem sido realizadas as revisões de 1.000 km e de 4.000 km, com 8.714 quilômetros rodados o motor parou de funcionar (o veículo tinha apenas três meses de uso). O conserto do motor, que, ao todo, levou 26 dias, foi realizado na garantia e a concessionária até disponibilizou outro veículo similar para que o recorrido dele fizesse uso. Poucos dias depois da revisão dos 10.000 km, realizada em 09.06.2005, o propulsor da perua novamente deixou de funcionar.

E esta segunda pane foi a gota d'água para que o seu dono, além de notificar formalmente a concessionária exigindo a substituição do carro, contatasse a central de atendimento da Kia (via 0800) participando-lhe dos graves problemas verificados no seu veículo. Mas, novamente premido pelas circunstâncias, não viu alternativa a não ser rodar com outro veículo similar até que o impasse fosse solucionado.

A promessa de retorno pelo teleatendimento ficou nisso. Só em 01.08.2005 é que o recorrido recebeu missiva da concessionária participando-lhe de que a pretendida substituição seria impossível de ser atendida porque o veículo já havia rodado mais de 12.000km.

Todos esses fatos, além de estarem, em boa parte, documentalmente provados, são incontroversos.

Após a assunção de Fernando Affonso Collor de Mello à Presidência da República, em 1990, foi autorizada a importação de automóveis para concorrer com os produzidos pela indústria nacional, que Sua Excelência rotulava pejorativamente de “carroças”. Embalados pela novidade, os importadores não tardaram a trazer para o Brasil, dentre outros tantos, os soviéticos Lada (o rústico jipe Niva, o *hatch* Samara e o espartano Laika), o sueco Saab 9000 turbo, o Espero, da Daewoo, o Charade e o Feroza, da japonesa Daihatsu, o Swift, da Suzuki, e o Saturn, da GM. Em 1993 vieram o Towner (que ainda hoje é o preferido de nove entre dez vendedores ambulantes de cachorro-quente) e o Topic, ambos da Asia Motors; o Corolla, da Toyota; o Civic, da Honda; o 205, da Peugeot, o ZX Volcane, da Citroën, e, algum tempo depois, o Tipo, da Fiat, que, vez ou outra, até chegou a ocupar o topo no *ranking* dos mais vendidos entre 1994 e 1995. A Kia chegou ao Brasil, em 1991, trazendo em seu portfólio para o reconhecimento do terreno tupiniquim, entre outros, o conhecido utilitário Besta e o descontinuado sedan Sephia.

O mau atendimento do pós-venda, a falta de adaptação dos carros ao piso lunar das nossas rodovias e até a gasolina misturada com álcool acabaram com a reputação de muitos modelos, cujos fabricantes fizeram as malas e abandonaram os arrependidos consumidores, que ficaram com os micos nas mãos. Foi o caso da Lada, por exemplo. A Kia Motors Corporation passou maus momentos na década de noventa e quase foi à bancarrota, mas acabou sendo incorporada, no início de 1999, pelo Grupo Hyundai, que passou a ser o seu controlador acionário. De lá para cá muita coisa mudou. Quem insistiu na empreitada tentou fincar sua bandeira trazendo carro de melhor qualidade, otimizando e ampliando a rede de assistência técnica e, em alguns casos, até montando fábricas no Brasil, caso da Toyota (Indaiatuba-SP), da Honda (Sumaré-SP), da Renault (São José dos Pinhais-PR), da Peugeot (Porto Real-RJ) e da Citroën (Porto Real-RJ) e, mais recentemente, a Hyundai Motor Company (Anápolis-GO).

A Kia Motors ainda não tem a sua fábrica no Brasil, mas percebeu que tinha potencial para encarar a concorrência com muito mais apetite do que tempos atrás. Aos poucos, foi ampliando o leque de modelos oferecidos aos potenciais compradores, que outrora torciam o nariz para os sul-coreanos. Tinham preço e eram bem equipados, mas faltava-lhes *glamour*. A Sportage de segunda geração era muito mais bem apanhada que a primeira trazida ao País, mas nunca causou *frisson*. O sofisticadíssimo Ophirus, com o seu estilo prá lá de conservador, conferia ao seu proprietário o *status* de um octagenário bem resolvido na vida. Foi para tornar-se mais agressiva que a Kia Motors Corporation contratou, a peso de ouro, o *designer* alemão Peter Schreyer, criador do icônico Audi TT, ainda referência de estilo de automóvel. Do departamento de *design* da Kia Motors Corporation, que está sob o seu comando, saíram os contornos dos carros que a Kia hoje oferece no mercado mundial,

dentre os quais o Brasil: o Soul, o *new Cerato* (Forte, nos EUA), além dos novos Sportage, o *sport-utility* Sorento e o Magentis.

Com produtos redesenhados, exalando sofisticação e qualidade de acabamento, a estratégia interna passou a ser a de torná-los objeto de desejo. Investiu-se na apresentação dos *show rooms*, em propaganda e até *merchandising* – e, ao que se percebe, não foi pouco. Traço desse comportamento agressivo foi notado na última Copa do Mundo, na África do Sul, onde a logomarca Kia aparecia marcante nos estádios. Forte também é a presença da marca aqui no Brasil nos campeonatos de futebol. Na novela “Viver a Vida”, que a Globo recentemente exibiu em seu horário mais nobre (21 horas), descartado do elenco o rico e esbanjador empresário vivido pelo ator José Mayer, que ora se deslocava num Jaguar, ora num Mercedes, ora num BMW, quase todos os demais personagens do folhetim eram felizes proprietários de Kia, do Mohave ao Picanto. Parecia até a antiga União Soviética, onde quase todos andavam de Jiguli (que aqui ficou conhecido como Lada Laika sedan). Se na época em que a novela foi ao ar já estivesse sendo por aqui comercializado o sofisticado – e abundante em tecnologia embarcada – Cadenza, cujo lançamento deverá acontecer por ocasião do próximo Salão do Automóvel, em outubro, nem mesmo aquele personagem teria deixado de desfilas com seu plantel feminino a bordo dum Kia.

Segundo os indicadores econômicos do mercado automobilístico nacional, todo esse investimento pesado deu resultado. A Kia, que adotou o *slogan* “o poder de surpreender”, tornou-se uma marca de prestígio. Tanto é assim que, nos últimos dois anos, a Kia multiplicou exponencialmente a sua participação no mercado interno e já começa a incomodar as grandes montadoras nacionais, inclusive porque oferece aos seus carros prazos de garantia que tiram o sono da concorrência.

Está, sem dúvida alguma, no caminho do sucesso, mas, como já expus, nem sempre foi assim.

Embora a concessionária Power Imports, na época, tenha tentado minimizar, na época, os problemas que o mau funcionamento do propulsor do Besta causou ao seu dono, inclusive disponibilizando-lhe outro veículo similar, esse estorvo representou ao recorrido muito mais do que mero aborrecimento ou mero desconforto. A falta de habilidade da concessionária em consertar o motor, causando frustração na expectativa estimulada pelo comprador, e a aflição gerada pelo fato de o proprietário, então Presidente da Associação dos Condutores do Transporte Escolar em Joinville, transportar pessoas de modo “clandestino” (num veículo não dotado de faixas, por exemplo), não é pouca coisa. O risco de que pudesse acontecer algo de ruim aos passageiros em caso de acidente mexeria com o íntimo de qualquer um.

E a responsabilidade, em casos deste jaez, é solidária por força do disposto no artigo 7º, parágrafo único, do Código de Defesa do Consumidor.

Os R\$ 5.000,00 arbitrados a título de dano moral, se não punem – e, pelo que se disse anteriormente, hoje nem mais se justificariam pela mudança de mentalidade do importador –, ao menos compensam, de alguma forma, o mal causado pelo deficiente atendimento técnico que acabou sendo prestado ao consumidor.

III – DECISÃO:

Nos termos do voto do Juiz relator, decide a Quinta Turma de Recursos, à unanimidade, conhecer dos recursos e negar-lhes provimento, condenando as recorrentes no pagamento das despesas processuais e

honorários advocatícios, que se estabelece em 20% do valor atualizado da condenação (Lei nº 9.099/95, art. 55, *caput*).

Presidiu o julgamento o Juiz Yhon Tostes e dele participou o Juiz Davidson Jahn Mello.

Joinville, 26 de julho de 2010

Yhon Tostes
JUIZ PRESIDENTE

Roberto Lepper
RELATOR

PRIMEIRA INSTÂNCIA

SENTENÇA

COMARCA DE JOINVILLE

Autos nº 038.07.105776-2

Vistos etc.

SALMO DUARTE e **SILÂNIA XAVIER DUARTE**, brasileiros, casados entre si, ele repórter fotográfico, ela do lar, residentes e domiciliados na rua Barão de Teffé, nº 498, bairro Bom Retiro, em Joinville – SC, propuseram **AÇÃO DE USUCAPIÃO** contra **HUSKY S/A**, pessoa jurídica de direito privado, sediada na rua Rolf Colin, nº 109, centro, em Joinville, dizendo que exercem a posse do imóvel urbano onde residem desde 11.08.2000, adquirido por contrato de compra e venda entabulado com Davi Zeferino Kuhenen, que, por sua vez, o havia comprado, em 11.05.2000, de Alício e Rozélia Prusseck, cujo casal vinha exercendo boa posse há mais de 15 anos.

Explicaram que tal imóvel, contendo 252,00 m² de área e também uma edificação, consiste numa fração de outro, matriculado no 1º Ofício do Registro de Imóveis desta comarca sob o nº 7.765, que informa ser a ré a proprietária. Salientaram que, assim como os antecessores, mantêm a posse mansa, pacífica, ininterrupta, com *animus domini*, e justo título, e informaram não serem proprietários de qualquer outro imóvel, urbano ou rural. Como entendem ter contemplado os requisitos informados no artigo 550 do Código Civil de 1916, pleitearam o reconhecimento do usucapião extraordinário. Requereram também o deferimento da assistência judiciária gratuita a seu favor e exibiram documentos (fls. 10/46).

Na decisão de fl. 48, deferiu-se o benefício da Justiça Gratuita aos autores.

Notificado (ofício fl. 58; AR fl. 63), o Município de Joinville informou não ter interesse no desfecho da lide, até porque o imóvel não lhe pertence (fls. 66/67).

A ré, citada (ofício fl. 50; AR fl. 64), apresentou contestação (fls. 73/76), arguindo ausência dos pressupostos de constituição e desenvolvimento válido e regular do processo, bem como carência de ação, por ilegitimidade ativa *ad causam*. No mérito, confirmou que o imóvel efetivamente era seu mas acabou sendo desapropriado pelo Município de Joinville (Ação de Desapropriação nº 038.00.010420-2).

Prosseguiu alegando que o seu imóvel foi invadido por posseiros de quem os autores adquiriram a posse precária, donde compreende não ser possível falar-se em posse mansa, pacífica, ininterrupta e sem contestação ou oposição de terceiros. Alertou para o fato de que o imóvel usucapiendo apresenta área inferior à mínima de parcelamento urbano. Impugnou o instrumento do contrato de compra e venda que instruiu a inicial porque não foi subscrito pela proprietária do imóvel. Alfim, requereu a declaração de improcedência do pleito exordial. Enxertou documentos (fls. 77/85).

Na réplica (fls. 91/99), os autores invocaram dúvidas acerca da representação processual da ré porque, no documento de fl. 82/85, aparecem dois diretores, mas a procuração *ad juditia* foi subscrita apenas por um deles. Salientaram que não faz sentido a ré dizer que o imóvel seria do Município – quando este, ouvido, reconheceu que não o é –, ou mesmo que a área é inferior à mínima legal. Enfatizaram que na certidão de inteiro teor, relativa ao imóvel maior, datada de 30.10.2007, não consta pertencer ao Município de Joinville. Discordaram da alegada invasão de terra, sequer provada pela ré, cujo ônus era seu. Finalizou destacando que a ré litiga de má-fé, devendo ser punida por isso.

Também citada (mandado fls. 101/102), a confrontante Rosemere de Souza Madeira, por intermédio de procurador (fls. 103/104), apresentou contestação (fls. 109/110), insurgindo-se, em parte, contra a pretensão deduzida pelos autores, que, segundo ela, omitiram a existência de uma servidão, que consiste no seu único acesso à via pública (o imóvel fica nos fundos daquele ocupado pelos autores). Registrou que, embora não haja qualquer disposição neste sentido de sua parte, os autores têm insistido em comprar o seu imóvel. Anotou que eles até ergueram um muro, estreitando ainda mais o acesso de aproximadamente 2,0m de largura. Terminou requerendo a reserva de, pelo menos, 3,0m de largura para servidão, mínimo necessário para que um caminhão que transporta material de construção possa ter acesso ao seu terreno. Adensou documentos (fls. 111/117).

Ouvidos (fls. 121/128), os autores registraram jamais terem demonstrado qualquer interesse na aquisição do imóvel da confrontante Rosemere. Por outro lado, admitiram que o imóvel desta mulher está encravado e, por isso, faz jus à passagem forçada, que tem natureza jurídica distinta de servidão. Salientaram, contudo, que a área usucapienda não engloba a área destinada à passagem forçada. Insurgiram-se contra a pretendida ampliação da aludida passagem, cujo intuito é apenas conferir maior comodidade ao imóvel da confrontante. Caso sejam judicialmente compelidos a isto, o outro vizinho também deverá sê-lo, sendo certo que fazem jus à indenização cabal relativamente à redução de área, sem falar na obrigação de a confrontante arcar com o custo da demolição e reconstrução do novo muro.

Determinou-se que a ré Husky S/A exhibisse seus atos constitutivos e eventuais alterações estatutárias (fl. 143), o que foi cumprido às fls. 146/151.

Reiterada a intimação do Município de Joinville para que se manifestasse sobre o teor da contestação apresentada pela ré (fl. 143; ofício

fl. 144; AR fl. 152), informou-se inexistir interesse no resultado da lide deflagrada a partir da inicial (fls. 153/154).

Certificado o decurso de prazo e a ausência de manifestação da União, Estado de Santa Catarina, demais confrontantes e eventuais interessados citados por edital (fl. 130), designou-se audiência de instrução e julgamento (fl. 132), oportunidade em que as partes dispensaram a produção da prova oral porque não só a ré, como também a confrontante Rosemere, concordaram com o pedido formulado pelos autores (fl. 155).

É o relatório

DECIDO.

1. Malgrado a participação do Ministério Público tenha se restringido apenas ao ciente de fl. 151-verso, a exigência de que fala o artigo 944 do Código de Processo Civil pode ser suprida com a intimação do *custos legis* sobre a sentença (confira-se: TJSC – Apelação Cível nº 2007.010214-7, de Itajaí, Primeira Câmara de Direito Civil, un., rel. Des. MOACYR DE MORAES LIMA FILHO, j. em 20.11.2007; Ap. Cível nº 2006.030788-5, de Itajaí, Terceira Câmara de Direito Civil, un., rel^a. Des^a. SALETE SILVA SOMMARIVA, j. em 03.10.2006).

2. Ainda que o artigo 33 do Estatuto Social de Husky S/A sugira a necessidade de que dois diretores representem, em Juízo, a companhia (alínea 'a'), o artigo 35 do mesmo Estatuto autoriza que um só Diretor realize esse papel (fls. 149/150). Como o subscritor da procuração de fl. 77, Ditmar von Gehlen, acumula as funções de Diretor Presidente e de Diretor de Relações com o Mercado (fl. 151), não se há falar em irregularidade na representação processual da companhia.

3. Estão presentes os pressupostos de constituição e desenvolvimento válido e regular do processo, pois a petição inicial é apta aos fins alme-

gados, as citações foram regulares e o órgão judiciário tem competência jurisdicional.

4. Na visão objetiva de LIEBMAN, citado por MACHADO GUIMARÃES, “**todo problema, quer de interesse processual, quer de legitimação *ad causam*, deve ser proposto e resolvido, admitindo-se, provisoriamente e em via hipotética, que as afirmações do autor sejam verdadeiras; só nesta base é que se pode discutir e resolver a questão pura da legitimação ou do interesse. Quer isto dizer que, se da contestação do réu surge a dúvida sobre a veracidade das afirmações feitas pelo autor, e é necessário fazer-se uma instrução, já não há mais um problema de legitimação ou de interesse, já é um problema de mérito**” (“Carência de ação e limites objetivos do recurso de apelação”, Rio de Janeiro: Instituto Brasileiro de Direito Processual Civil, 1962, págs. 19/20, nº 12). De fato, “**as condições da ação ‘são aferidas no plano lógico e da mera asserção do direito, e a *cognição* a que o juiz procede consiste em simplesmente confrontar a afirmativa do autor com o esquema abstrato da lei. Não se procede, ainda, ao accertamento do direito afirmado’ (Kasuo Watanabe)**” (TJSC – Agravo de Instrumento nº 98.008396-6, da Capital, rel. Des. SILVEIRA LENZI, publ. no DJSC nº 10.095, de 17.11.98, pág. 9).

Como os autores afirmam exercer a posse mansa, pacífica, ininterrupta e com *animus domini* sobre uma parte do imóvel que, no Registro de Imóveis, está inscrito em nome da ré, têm eles legitimidade para pleitearem o que de fato postulam. Se os fatos alegados estão provados ou não provados é só o exame do mérito que deverá responder. Destarte, rejeito a invocada carência de ação, por ilegitimidade ativa.

5. O Município de Joinville, maior interessado em defender o imóvel que, pelo que disse a ré, seria seu, não apresentou qualquer objeção à pretensão deduzida pelos autores (fls. 66/67 e 153/154), donde se conclui

que não se trata de imóvel público, o que, se verificado, inviabilizaria o deferimento do pleito inicial (CF, art. 183, § 3º).

6. Não há indicação de que a área usucapienda seja menor do que a mínima de parcelamento do solo urbano prevista na legislação municipal. Nem o Município de Joinville afirmou isso.

7. Ainda que a ré tenha concordado com pleito dos autores, no que foi acompanhado pela confrontante Rosemere de Souza Madeira, isso não suplanta a necessidade de os autores provarem o fato constitutivo do direito invocado (CPC, art. 333, inc. I). ***Mutatis mutandis*, é “consabido que os efeitos da revelia devem ser analisados com certa restrição, isto porque, mesmo incidente seus efeitos, necessário que o autor não se desvincule dos ônus processuais que lhe são inerentes”** (TJSC – Apelação Cível nº 2002.010572-0, de Anita Garibaldi, Primeira Câmara de Direito Civil, un., rel. Des. SÉRGIO ROBERTO BAASCH LUZ, j. em 19.07.2005).

Compulsando os autos, não encontrei prova de que Alício e Rozélia Prussek tivessem exercido a posse sobre o imóvel havia mais de quinze anos quando o alienaram a Davi Zeferino Kuhenen, cuja pessoa revendeu-o aos autores. Contudo, existe um contrato particular subscrito pelo casal Prussek transferindo a posse do imóvel usucapiendo a Davi ainda no transcorrer do ano de 2000 (fls. 24/26; o reconhecimento da firma de Davi como verdadeira é de 14.08.2000). Existe ainda nos autos outro contrato semelhante àquele, no qual Davi transfere o mesmo imóvel ao autor Salmo, por negócio datado de 11.08.2000, mas com as assinaturas reconhecidas por verdadeiras somente em 02.07.2002. Além disso, apresentou-se uma fatura referente ao consumo de energia elétrica da residência dos autores no mês de outubro de 2002, cujo documento já informa o nome do usuário como sendo o autor Salmo (fl. 14). Já a fatura de abastecimento de água referente ao mês de maio/2001, emitida em nome de Alício Prussek, refere-se à unidade consumidora hoje habitada pelos autores (fl. 17).

Os outros documentos são mais recentes: fatura de energia elétrica ref. agosto/2007 (fl. 13); fatura de serviços de telecomunicações vencida em junho/2007 (fl. 15); fatura de água vencida em março/2007 (fl. 16); IPTU ref. 2007 (fls. 18 e 46).

Portanto, **“inexistente a prova da posse do bem usucapiendo por mais de 20 (vinte) anos ininterruptos, com *animus domini*, não há que se cogitar de usucapião extraordinária, como bem dispõe o art. 550 do Código Civil/1916”** (TJSC – Apelação Cível nº 2002.010572-0, de Anita Garibaldi, Primeira Câmara de Direito Civil, un., rel. Des. SÉRGIO ROBERTO BAASCH LUZ, j. em 19.07.2005).

Contudo, **“não é *extra petita*: (...) b) a decisão que, apreciando o suporte fático que faz objeto da ação, em vez de aplicar a regra jurídica *a*, entende que o caso é regido pela regra jurídica *b* e é de deferir-se, ou não, o pedido (*Iura novit curia!*), porque a aplicação da lei só envolve aí, *quaestio juris*, e não depende de citação de texto, nem fica sacrificada pelo erro de invocação da regra jurídica’** (MIRANDA, Pontes de. **Comentários ao Código de Processo Civil. Rio de Janeiro: Forense; Brasília: INL, 1973, tomo II, p. 356**)” (TJSC – Apelação Cível nº 00.021312-8, de Criciúma, Primeira Câmara de Direito Civil, un., rel. Des. ORLI RODRIGUES, j. em 12.03.2002). E é a partir desta perspectiva que passo a analisar a questão ***sub judice***.

Segundo o artigo 183 da Constituição Federal, **“aquele que possuir como sua área urbana de até duzentos e cinqüenta metros quadrados, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, utilizando-a para sua moradia ou de sua família, adquirir-lhe-á o domínio, desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural”**. Redação idêntica consta no artigo 1.240, ***caput***, do atual Código Civil, e, algo parecido, no artigo 9º, ***caput***, do Estatuto da Cidade (Lei nº 10.257/2001).

Tem-se, portanto, que “**para o sucesso da ação de usucapião especial urbana, o usucapiente deve demonstrar, sob pena de improcedência do pedido, a posse quinquênaria, ininterrupta, mansa e pacífica de terreno urbano de até 250m², utilizado para sua residência ou a de sua família**” (TJSC – Apelação Cível nº 2006.030954-2, de Chapecó, Segunda Câmara de Direito Civil, un., rel. Des. LUIZ CARLOS FREYESLEBEN, j. em 28.08.2008).

De 02.07.2002, quando os autores investiram-se na posse do imóvel (cláusula 4ª do contrato – fl. 25) – e digo “autores” porque, embora o contrato tenha sido firmado apenas por Salmo, ele está casado com Silânia Xavier pelo regime da comunhão parcial de bens desde 06.08.1999 (fl. 20) –, até 03.12.2007, data do ajuizamento desta ação de usucapião, transcorreu cinco anos, cinco meses e um dia.

Conquanto a ré Husky S/A tenha colocado em xeque a qualidade da posse exercida pelos autores, dizendo-a precária, tal alegação cai por terra quando ela expressamente concorda com o pleito formulado pelos autores à fl. 155 (CPC, art. 333, inc. II), donde se infere, até mesmo pelas demais provas documentais, especialmente as certidões da Distribuidora Judicial desta comarca (fls. 27/31), que eles exercem a posse *ad usucapionem*, fixando aí sua residência.

Por outro lado, sabe-se que “**é vedada a usucapião especial de terreno urbano com área superior a 250m² (duzentos e cinquenta metros quadrados)**” (TJSC – Apelação Cível nº 2008.055356-7, de Chapecó, Segunda Câmara de Direito Civil, rel. Des. FERNANDO CARIONI, j. em 05.12.2008). *In casu*, o memorial descritivo informa que a área que se pretende usucapir é de 252m² (fl. 39).

Atinente à área em si, malgrado existam respeitadas vozes em sentido contrário (TJSC – Apelação Cível nº 2004.006372-5, de Orleans, Quarta Câmara de Direito Civil, un., rel. Des. RONALDO MORITZ MAR-

TINS DA SILVA, j. em 24.09.2009; Apelação Cível nº 2005.038381-3, de Dionísio Cerqueira, Terceira Câmara de Direito Civil, un., rel. Des. FERNANDO CARIONI, j. em 25.05.2006; Apelação Cível nº 2007.011833-9, da Capital, Segunda Câmara de Direito Civil, maioria, rel. Des. MAZONI FERREIRA, j. em 04.06.2009), estou com aqueles que entendem, até mesmo em razão do disposto no artigo 5º da Lei de Introdução ao Código Civil (Decreto-Lei nº 4.657/42), que **“o fim social da norma [CF, art. 183] deve ser levado em consideração. O que se quer, por meio da permissão constitucional, é permitir que mesmo as pessoas que não gozem de boas condições sócio-econômicas possam ter uma moradia. Assim, atende-se aos preceitos da justiça social e da dignidade da pessoa humana encartados na *Lex Mater*, permitindo-se que mesmo aqueles que não podem adquirir imóvel por meio de compra e venda tenham um lar, uma moradia, indispensáveis para qualquer vida minimamente digna”** (Declaração de voto vencido do eminente Desembargador SÉRGIO IZIDORO HEIL na Apelação Cível nº 2007.011833-9, da Capital).

Pelo sim pelo não, não soaria razoável sacrificar o reconhecimento do domínio só porque, no todo, a área excede 2 metros quadrados do limite previsto na Constituição Federal, que é de 250 metros quadrados, ou seja, menos de 1%. Que se reduza, então, para o limite de 250m². Mas de onde será descontado o excesso? Penso que tal dedução deva ser da área onde foi erguido o muro do lado direito (de quem olha da rua – fotografias à fl. 115). Explico: o imóvel usucapiendo tem 21m de comprimento (fls. 39/40). Para distribuir 2m² nesses 21m, são necessários 9,53cm, que é aproximadamente o espaço do terreno que o muro toma. A quem pertence o muro, então? Pelo que disse a confrontante Rosemere de Souza Madeira, o muro foi erguido pelos autores; eles, então, são os donos (CC, art. 1.297, § 1º). Eles precisam demolir? Não, por enquanto; mas, se o fizerem, a reconstrução deverá observar a metragem correta. Enquanto isso não acontecer, o muro ficará lá, sobre 10cm

de largura de um imóvel que não se sabe se é de José Francisco de Oliveira (neste caso, a nesga de terra que dá acesso às terras de Rosemere consistiria numa passagem forçada) ou se é efetivamente de Rosemere.

Adiante, **“ainda que configurados os demais requisitos capazes de gerar a prescrição aquisitiva, é imprescindível que o demandante comprove não ser proprietário de outro bem imóvel urbano ou rural para que se viabilize a declaração do domínio pela usucapião especial urbana (art. 183, *caput*, da Constituição Federal, art. 9º, *caput*, da Lei n. 10.267/01 e art. 1.240, *caput*, do Código Civil)”** (TJSC – Apelação Cível nº 2005.018498-5, de Balneário Camboriú, Primeira Câmara de Direito Civil, un., rel. Des. JOEL DIAS FIGUEIRA JÚNIOR, j. em 31.08.2009), o que se deu pela declaração firmada pelos autores de que não possuem qualquer bem imóvel (fls. 32/33).

Tudo posto e ponderado, atendidos os requisitos constitucionais e legais, deve-se reconhecer, em favor dos autores, a aquisição do domínio, pelo usucapião especial urbano, de 250m² do imóvel individualizado às fls. 39/40.

8. A resistência ofertada pela confrontante Rosemere de Souza Madeira obliterou-se com a superveniente concordância ao pedido dos autores, anunciada à fl. 155.

9. **“Só há litigância de má-fé quando comprovado dolo processual, resistência completamente injustificada, intenção malévola. Alegações e resistência, mesmo desarrazoadas, mas dentro do princípio do contraditório, não constituem litigância de má-fé”** (TJSC – Apelação Cível nº 96.004985-1, de São Francisco do Sul, rel. Des. AMARAL E SILVA, publ. no DJSC de 17.09.96, pág. 49) (Segunda Turma de Recursos – Apelação Cível nº 2006.200507–9, de Presidente Getúlio, un., rel. Juiz ROBERTO LEPPER, j. em 18.07.2006).

10. “Embora o processo judicial exista, fundamentalmente, para resolver os conflitos de interesses, buscando a ‘justa composição da lide’ no magistério de CARNELLUTTI, são numerosos os casos de *processos necessários*, ou seja, casos em que somente por intermédio do processo poderá o titular da pretensão obter o ‘bem da vida’ pretendido. Em tais hipóteses, como refere YUSSEF SAID CAHALI, é posto de parte o princípio do sucumbimento, e mesmo da causalidade, como instrumento capaz de resolver os problemas surgidos para a imposição dos ônus do processo; prevalece, nos processos necessários, a regra do ‘interesse’ (‘Honorários Advocatícios, ed. RT, 2ª ed., n. 15, pág. 40/41).

“Cuidando especificamente do processo de usucapião, o ilustre processualista sustenta que tal processo ‘mais se identifica como sendo um procedimento administrativo, ou de jurisdição voluntária, informado pelo princípio do interesse’ (ob. cit., n. 169, b, pág. 555), salvante quando a apresentação de contestação, por qualquer dos litisconsortes necessários, venha a demonstrar a efetiva existência de *lide*, no sentido de ‘pretensão resistida’. Se não for oposta resistência, ‘... neste caso são de responsabilidade exclusiva do promovente as custas e os honorários de seu advogado: esvaziado o processo de qualquer conteúdo litigioso, a sua feição administrativa remanescente define os encargos processuais segundo o *princípio do interesse*; e o interesse para a ação foi exclusivo do autor’ (ob. cit., n. 169, b, pág. 557)” (excerto do voto do Ministro ATHOS CARNEIRO, relator no Recurso Especial nº 23.369/PR, Quarta Turma, un., j. em 22.09.92).

Diante do exposto, com espeque no disposto no artigo 183, *caput*, da Constituição Federal c/c artigo 941 do Código de Processo Civil, **JULGO PROCEDENTE, em parte**, o pedido formulado nesta **AÇÃO DE USUCAPIÃO** proposta por **SALMO DUARTE** e **SILÂNIA XAVIER DUARTE**, declarando, em favor dos autores, o domínio de apenas 250m² do imóvel descrito no memorial descritivo de fl. 39.

Arcarão os autores com o pagamento das despesas processuais, cuja obrigação, entretanto, ficará suspensa até que se comprove que eles poderão adimplí-la sem prejuízo do sustento próprio e o da família (Lei nº 1.060/50, art. 12).

Embora a ré e a confrontante Rosemere de Souza Madeira tenham admitido, num segundo momento, a procedência do pedido exordial, a princípio resistiram à pretensão dos autores. Por esta razão e considerando que **“nas ações não condenatórias, como as de usucapião, os honorários advocatícios devem ser arbitrados eqüitativamente (art. 20, § 4º, CPC), sem observância do *caput* do § 3º do mesmo artigo, mas mediante os critérios estabelecidos em suas alíneas”** (TJSC – Ap. Cível nº 2006.015857-4, de Campos Novos, Quarta Câmara de Direito Civil, un., rel. Des. MONTEIRO ROCHA, j. em 29.11.2007), ambos arcarão com o pagamento dos honorários advocatícios devidos à procuradora da autora, que estipulo em R\$ 1.200,00 (a ser pago pela ré Husky S/A) e em outros R\$ 300,00, a ser adimplido pela confrontante.

Transitada em julgado esta sentença, expeça-se o respectivo mandado ao Registro de Imóveis.

As custas deverão ser contadas na forma da lei.

Publique-se. Registre-se. Intimem-se, inclusive o Ministério Público.

Joinville, 4 de junho de 2010

Roberto Lepper
1º JUIZ ESPECIAL

RELAÇÃO DAS COMARCAS
DO ESTADO DE SANTA CATARINA

Fórum da Comarca de Abelardo Luz
 Av. Padre João Smedt, 1.667 — Centro
 CEP: 89830-000 — Abelardo Luz
 Telefone: (49) 3445-8100

Fórum da Comarca de Anchieta
 Av. Anchieta, 722 — Centro
 CEP: 89970-000 — Anchieta
 Telefone: (49) 3653-3000

Fórum da Comarca de Anita Garibaldi
 Rua Vidal Ramos Júnior, s/n — Centro
 CEP: 88590-000 — Anita Garibaldi
 Telefone: (49) 3543-5300

Fórum da Comarca de Araquari
 Rua Antonio Ramos Alvim, 500 — Centro
 CEP: 89245-000 — Araquari
 Telefone: (47) 3447-7500

Fórum da Comarca de Araranguá
 Rua Cel. João Fernandes, 195 — Centro
 CEP: 88900-000 — Araranguá
 Telefone: (48) 3521-6000

Fórum da Comarca de Armazém
 Rua Antônio David Filet, s/n — Centro
 CEP: 88740-000 — Armazém
 Telefone: (48) 3645-4200

Fórum da Comarca de Ascurra
 Rua Padre Simão Majcher, 65 — Centro
 CEP: 89138-000 — Ascurra
 Telefone: (47) 3383-3300

Fórum da Comarca de Balneário Camboriú

Av. das Flores, s/n — Bairro dos Estados
CEP: 88330-000 — Balneário Camboriú
Telefone: (47) 3261-1700

Fórum da Comarca de Barra Velha

Rua Vice-Prefeito José do Patrocínio de Oliveira, 1.003 — Centro
CEP: 88390-000 — Barra Velha
Telefone: (47) 3446-7500

Fórum da Comarca de Biguaçu

Rua Rio Branco, 29 — Centro
CEP: 88160-000 — Biguaçu
Telefone: (48) 3279-9200

Fórum da Comarca de Blumenau

Rua Elesbão Pinto, 620 — Bairro da Velha
CEP: 89036-200 — Blumenau
Telefone: (47) 3321-9200

Fórum da Comarca de Bom Retiro

Rua 14 de Janeiro, 165 — Centro
CEP: 88680-000 — Bom Retiro
Telefone: (49) 3277-3000

Fórum da Comarca de Braço do Norte

Rua Jorge Lacerda, s/n (Pça. Padre Roher) — Centro
CEP: 88750-000 — Braço do Norte
Telefone: (48) 3658-9200

Fórum da Comarca de Brusque

Praça das Bandeiras, s/n — Centro
CEP: 88350-051 — Brusque
Telefone: (47) 3251-1500

Fórum da Comarca de Caçador
 Rua Conselheiro Mafra, 790 — Centro
 CEP: 89500-000 — Caçador
 Telefone: (49) 3561-2500

Fórum da Comarca de Camboriú
 Rua Goiânia, 104 — Centro
 CEP: 88340-000 — Camboriú
 Telefone: (47) 3365-9300

Fórum da Comarca de Campo Belo do Sul
 Rua Major Teodósio Furtado, 30 — Centro
 CEP: 88580-000 — Campo Belo do Sul
 Telefone: (49) 3249-3300

Fórum da Comarca de Campo Erê
 Rua Maranhão, s/n — Centro
 CEP: 89980-000 — Campo Erê
 Telefone: (49) 3655-3500

Fórum da Comarca de Campos Novos
 Praça Lauro Müller, 121 — Centro
 CEP: 89620-000 — Campos Novos
 Telefone: (49) 3541-6400

Fórum da Comarca de Canoinhas
 Rua Vidal Ramos, 650 — Centro
 CEP: 89460-000 — Canoinhas
 Telefone: (47) 3621-5600

Fórum da Comarca de Capinzal
 Rua Carmelo Zoccoli, 133 — Centro
 CEP: 89665-000 — Capinzal
 Telefone: (49) 3555-8000

Fórum da Comarca da Capital (Central)
Av. Governador Gustavo Richard, 434 — Centro
CEP: 88020-901 — Florianópolis
Telefone: (48) 3251-6500

Fórum Distrital do Norte da Ilha
Campus da UFSC – Av. Desembargador Vitor Lima, 183 – Fundos – Serrinha
CEP: 88040-400 — Florianópolis
Telefone: (48) 3331-3300

Fórum Distrital do Continente
Rua São José, 300 — Estreito
CEP: 88075-310 — Florianópolis
Telefone: (48) 3271-1900

Fórum da Comarca de Capivari de Baixo
Rua Engenheiro Márcio Portela, 36 — Centro
CEP: 88745-000 — Capivari de Baixo
Telefone: (48) 3621-4800

Fórum da Comarca de Catanduvas
Rua Felipe Schmidt, 1.435 — Centro
CEP: 89670-000 — Catanduvas
Telefone: (49) 3525-6400

Fórum da Comarca de Chapecó
Rua Augusta Müller Bohner, 300-D — Passo dos Fortes
CEP: 89805-900 — Chapecó
Telefone: (49) 3321-9400

Fórum da Comarca de Concórdia
Rua Dr. Maruri, 865 — Centro
CEP: 89700-000 — Concórdia
Telefone: (49) 3441-1500

Fórum da Comarca de Coronel Freitas

Rua Minas Gerais, 586 — Centro
 CEP: 89840-000 — Coronel Freitas
 Telefone: (49) 3347-3300

Fórum da Comarca de Correia Pinto

Rua Vitória Régia, 254 — Pro-Flor
 CEP: 88535-000 — Correia Pinto
 Telefone: (49) 3243-6300

Fórum da Comarca de Criciúma

Av. Santos Dumont, s/n — Milanesi
 CEP: 88804-301 — Criciúma
 Telefone: (48) 3431-5200

Fórum da Comarca de Cunha Porã

Rua Benjamin Constant, 832 — Centro
 CEP: 89890-000 — Cunha Porã
 Telefone: (49) 3646-3000

Fórum da Comarca de Curitibaanos

Rua Antônio Rossa, 241 — Centro
 CEP: 89520-000 — Curitibaanos
 Telefone: (49) 3221-0500

Fórum da Comarca de Descanso

Rua Thomaz Koproski, 615 — Centro
 CEP: 89910-000 — Descanso
 Telefone: (49) 3623-6400

Fórum da Comarca de Dionísio Cerqueira

Av. Washington Luís, 670 — Centro
 CEP: 89950-000 — Dionísio Cerqueira
 Telefone: (49) 3644-6200

Fórum da Comarca de Forquilha

Rodovia Antônio Valmor Canela, 106 — Santa Izabel

CEP: 88850-000 — Forquilha

Telefone: (48) 3463-8300

Fórum da Comarca de Fraiburgo

Av. Curitibaanos, 375 — Centro

CEP: 89580-000 — Fraiburgo

Telefone: (49) 3256-2100

Fórum da Comarca de Garopaba

Rua Santa Rita, 100 — Centro

CEP: 88495-000 — Garopaba

Telefone: (48) 3254-8300

Fórum da Comarca de Garuva

Av. Celso Ramos, 1.226 — Centro

CEP: 89248-000 — Garuva

Telefone: (47) 3445-8000

Fórum da Comarca de Gaspar

Av. Deputado Francisco Mastella, s/n — Sete de Setembro

CEP: 89110-000 — Gaspar

Telefone: (47) 3331-6100

Fórum da Comarca de Guaramirim

Rua 28 de Agosto, 2000 — Centro

CEP: 89270-000 — Guaramirim

Telefone: (47) 3373-9500

Fórum da Comarca de Herval 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
 Rodovia SC 444, km 5, 150, Loteamento Simone/Jaqueline
 CEP: 88820-000 — Içara
 Telefone: (48) 3467-1100

Fórum da Comarca de Imaruí
 Av. Governador Celso Ramos, s/n — Centro
 CEP: 88770-000 — Imaruí
 Telefone: (48) 3643-8000

Fórum da Comarca de Imbituba
 Rua Ernani Contrin, 643 — Centro
 CEP: 88780-000 — Imbituba
 Telefone: (48) 3355-8000

Fórum da Comarca de Indaial
 Rua Tiradentes, 111 — Centro
 CEP: 89130-000 — Indaial
 Telefone: (47) 3281-5400

Fórum da Comarca de Ipumirim
 Rua Bento Gonçalves, 143 — Centro
 CEP: 89790-000 — Ipumirim
 Telefone: (49) 3438-3300

Fórum da Comarca de Itá
 Praça dos Expedicionários, s/n — Pioneiros
 CEP: 89760-000 — Itá
 Telefone: (49) 3458-9600

Fórum da Comarca de Itaiópolis
Rua Alfredo Fernandes Luiz, 130 — Centro
CEP: 89340-000 — Itaiópolis
Telefone: (47) 3652-6000

Fórum da Comarca de Itajaí
Rua Uruguai, 222 — Centro
CEP: 88301-902 — Itajaí
Telefone: (47) 3341-0500

Fórum da Comarca de Itapema
Av. Marginal Oeste da BR 101, 7.980 — Morretes
CEP: 88220-000 — Itapema
Telefone: (47) 3268-8800

Fórum da Comarca de Itapiranga
Rua São José, 10 — Centro
CEP: 89896-000 — Itapiranga
Telefone: (49) 3678-8400

Fórum da Comarca de Itapoá
Rua Mariana Michels Borges, 776 — Itapema do Norte
CEP: 89249-000 — Itapoá
Telefone: (47) 3443-8000

Fórum da Comarca de Ituporanga
Rua Vereador Joaquim Boing, s/n — Centro
CEP: 88400-000 — Ituporanga
Telefone: (47) 3533-8100

Fórum da Comarca de Jaguaruna
Rua Nestor Horácio Luiz, s/n — Cristo Rei
CEP: 88715-000 — Jaguaruna
Telefone: (48) 3624-8000

Fórum da Comarca de Jaraguá do Sul
Rua Guilherme Cristiano Wackerhagen, 87 — Vila Nova
CEP: 89259-300 — Jaraguá do Sul
Telefone: (47) 3275-7200

Fórum da Comarca de Joaçaba
Rua Salgado Filho, 160 — Centro
CEP: 89600-000 — Joaçaba
Telefone: (49) 3551-4100

Fórum da Comarca de Joinville
Rua Hermann August Lepper, 980 — Saguapu
CEP: 89201-900 — Joinville
Telefone: (47) 3461-8500

Fórum da Comarca de Lages
Rua Belisário Ramos, 3.650 — Centro
CEP: 88501-902 — Lages
Telefone: (49) 3221-3500

Fórum da Comarca de Laguna
Rua Arcângelo Bianchini, 69 — Centro
CEP: 88790-000 — Laguna
Telefone: (48) 3644-8300

Fórum da Comarca de Lauro Müller
Travessa 20 de Janeiro, s/n — Centro
CEP: 88880-000 — Lauro Müller
Telefone: (48) 3464-8600

Fórum da Comarca de Lebon Régis
Rua Valdir Ortigari, 45 — Centro
CEP: 89515-000 — Lebon Régis
Telefone: (49) 3247-6000

Fórum da Comarca de Mafra
Av. Cel. José Severiano Maia, 863 — Centro
CEP: 89300-000 — Mafra
Telefone: (47) 3641-4200

Fórum da Comarca de Maravilha
Av. Anita Garibaldi, 1.181 — Centro
CEP: 89874-000 — Maravilha
Telefone: (49) 3664-8800

Fórum da Comarca de Modelo
Rua Presidente Vargas, 20 — Centro
CEP: 89872-000 — Modelo
Telefone: (49) 3365-2500

Fórum da Comarca de Mondaí
Rua Aurora, 65 — Centro
CEP: 89893-000 — Mondaí
Telefone: (49) 3674-3000

Fórum da Comarca de Navegantes
Av. Prefeito José Juvenal Mafra, 498 — Centro
CEP: 88375-000 — Navegantes
Telefone: (47) 3342-9100

Fórum da Comarca de Orleans
Rua Rui Barbosa, 320 — Centro
CEP: 88870-000 — Orleans
Telefone: (48) 3466-6100

Fórum da Comarca de Otacílio Costa
Rua Clementino Zambonato, 119 — Centro
CEP: 88540-000 — Otacílio Costa
Telefone: (49) 3275-8000

Fórum da Comarca de Palhoça
 Rua Cel. Bernardino Machado, 95 — Centro
 CEP: 88130-220 — Palhoça
 Telefone: (48) 3279-3300

Fórum da Comarca de Palmitos
 Rua Padre Manoel da Nóbrega, s/n — Centro
 CEP: 89887-000 — Palmitos
 Telefone: (49) 3647-9400

Fórum da Comarca de Papanduva
 Rua Simeão Alves de Almeida, 411 — Centro
 CEP: 89370-000 — Papanduva
 Telefone: (47) 3653-6000

Fórum da Comarca de Pinhalzinho
 Av. Porto Alegre — Esq. com a Rua São Luiz, 735 — Centro
 CEP: 89870-000 — Pinhalzinho
 Telefone: (49) 3366-6100

Fórum da Comarca de Pomerode
 Rua XV de Novembro, 700 — Centro
 CEP: 89107-000 — Pomerode
 Telefone: (47) 3387-7400

Fórum da Comarca de Piçarras
 Av. Emanuel Pinto, 1.655 — Centro
 CEP: 88380-000 — Piçarras
 Telefone: (47) 3347-4000

Fórum da Comarca de Ponte Serrada
 Rua 3 de Maio, 460 — Centro
 CEP: 89683-000 — Ponte Serrada
 Telefone: (49) 3435-6500

Fórum da Comarca de Porto Belo
Av. Gov. Celso Ramos, 2.890 — Centro
CEP: 88210-000 — Porto Belo
Telefone: (47) 3369-7100

Fórum da Comarca de Porto União
Rua Voluntários da Pátria, 365 — Centro
CEP: 89400-000 — Porto União
Telefone: (42) 3521-3700

Fórum da Comarca de Presidente Getúlio
Rua Kurt Hering, 14 — Centro
CEP: 89150-000 — Presidente Getúlio
Telefone: (47) 3352-5000

Fórum da Comarca de Quilombo
Rua Presidente Juscelino, 703 — Centro
CEP: 89850-000 — Quilombo
Telefone: (49) 3346-2000

Fórum da Comarca de Rio do Campo
Rua 29 de Dezembro, s/n — Centro
CEP: 89198-000 — Rio do Campo
Telefone: (47) 3564-8900

Fórum da Comarca de Rio do Oeste
Rua XV de Novembro, 1.570 — Centro
CEP: 89180-000 — Rio do Oeste
Telefone: (47) 3543-9300

Fórum da Comarca de Rio do Sul
Rua Dom Bosco, 820 — Jardim América
CEP: 89160-000 — Rio do Sul
Telefone: (47) 3531-4700

Fórum da Comarca de Rio Negrinho
 Rua Carlos Hantschel, 425 — Bela Vista
 CEP: 89295-000 — Rio Negrinho
 Telefone: (47) 3641-1700

Fórum da Comarca de Santa Cecília
 Rua XV de Novembro, s/n — Centro
 CEP: 89540-000 — Santa Cecília
 Telefone: (49) 3244-6500

Fórum da Comarca de Santa Rosa do Sul
 Rua Raul José dos Santos, 120 — Centro
 CEP: 89965-000 — Santa Rosa do Sul
 Telefone: (48) 3534-8200

Fórum da Comarca de Santo Amaro da Imperatriz
 Rua Frei Fidêncio Feldmann, 425 — Centro
 CEP: 88140-000 — Santo Amaro da Imperatriz
 Telefone: (48) 3245-4000

Fórum da Comarca de São Bento do Sul
 Av. São Bento, 401 — Colonial
 CEP: 89290-000 — São Bento do Sul
 Telefone: (47) 3631-1900

Fórum da Comarca de São Carlos
 Rua La Salle, 243 — Centro
 CEP: 89885-000 — São Carlos
 Telefone: (49) 3325-1000

Fórum da Comarca de São Domingos
 Rua Major Azambuja, 138 — Centro
 CEP: 89835-000 — São Domingos
 Telefone: (49) 3443-6800

Fórum da Comarca de São Francisco do Sul
Rua Leôncio Pereira, 304 — Rocío Pequeno
CEP: 89240-000 — São Francisco do Sul
Telefone: (47) 3471-1500

Fórum da Comarca de São João Batista
Rua Otaviano Dadam, 201 — Centro
CEP: 88240-000 — São João Batista
Telefone: (48) 3265-6300

Fórum da Comarca de São Joaquim
Rua Domingos Martorano, 302 — Centro
CEP: 88600-000 — São Joaquim
Telefone: (49) 3233-6000

Fórum da Comarca de São José
Rua Domingos André Zannini, 380 — Barreiros
CEP: 88117-200 — São José
Telefone: (48) 3271-9600

Fórum da Comarca de São José do Cedro
Rua Padre Aurélio, 235 — Centro
CEP: 89930-000 — São José do Cedro
Telefone: (49) 3643-6600

Fórum da Comarca de São Lourenço do Oeste
Rua Dom Pedro II, 966 — Centro
CEP: 89990-000 — São Lourenço do Oeste
Telefone: (49) 3344-8200

Fórum da Comarca de São Miguel do Oeste
Rua Marcílio Dias, 2.070 — Sagrado Coração
CEP: 89900-000 — São Miguel do Oeste
Telefone: (49) 3631-1500

Fórum da Comarca de Seara
 Rua do Comércio, 171 — Centro
 CEP: 89770-000 — Seara
 Telefone: (49) 3452-8700

Fórum da Comarca de Sombrio
 Rua Edílio Antônio da Rosa, 974 — Centro
 CEP: 88960-000 — Sombrio
 Telefone: (48) 3533-6700

Fórum da Comarca de Taió
 Rua Expedicionário Rafael Busarello, 484 — Centro
 CEP: 89190-000 — Taió
 Telefone: (47) 3562-8000

Fórum da Comarca de Tangará
 Rua Luís Menoncin, s/n — Centro
 CEP: 89642-000 — Tangará
 Telefone: (49) 3532-7500

Fórum da Comarca de Tijucas
 Rua Florianópolis, 130 — Centro
 CEP: 88200-000 — Tijucas
 Telefone: (48) 3263-8000

Fórum da Comarca de Timbó
 Av. Getúlio Vargas, 736 — Centro
 CEP: 89120-000 — Timbó
 Telefone: (47) 3281-1700

Fórum da Comarca de Trombudo Central
 Rua Emílio Graubner, s/n — Vila Nova
 CEP: 89176-000 — Trombudo Central
 Telefone: (47) 3544-8100

Fórum da Comarca de Tubarão
Rua Wenceslau Brás, 560 — Vila Moema
CEP: 88701-901 — Tubarão
Telefone: (48) 3621-1500

Fórum da Comarca de Turvo
Rua Nereu Ramos, 609 — Centro
CEP: 88930-000 — Turvo
Telefone: (48) 3525-8000

Fórum da Comarca de Urubici
Rua Nereu Ramos, n. 200 — Centro
CEP: 88650-000 — Urubici
Telefone: (49) 3278-6900

Fórum da Comarca de Urussanga
Rua Barão do Rio Branco, 115 — Centro
CEP: 88840-000 — Urussanga
Telefone: (48) 3441-1300

Fórum da Comarca de Videira
Rua Vítor Meirelles, s/n — Ed. Brasil-Austria — Matriz
CEP: 89560-000 — Videira
Telefone: (49) 3551-1700

Fórum da Comarca de Xanxerê
Rua Victor Konder, 898 — Centro
CEP: 89820-000 — Xanxerê
Telefone: (49) 3441-7100

Fórum da Comarca de Xaxim
Rua Rui Barbosa, 385 — Centro
CEP: 89825-000 — Xaxim
Telefone: (49) 3353-9600

ÍNDICE NUMÉRICO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE

2.730 (STF) – Santa Catarina75

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO

361.855 (STF) – Santa Catarina87

AGRAVOS DE INSTRUMENTO

2009.060743-0 – Chapecó403
 2010.018422-8 – Capital.....475
 2010.024038-2 – Capital.....487

APELAÇÃO/ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

2009.070813-4 – Capital.....659

APELAÇÕES CÍVEIS

2004.010364-6 – Capital.....177
 2006.007814-2 – Xanxerê.....504
 2006.046598-1 – Capital.....326
 2006.046599-8 – Capital.....326
 2006.049126-1 – Blumenau356
 2007.017770-4 – Capital.....348
 2007.026799-3 – Urubici193
 2007.032404-2 – Rio do Sul.....221
 2008.002916-9 – Pinhalzinho.....516
 2008.002917-6 – Pinhalzinho.....516
 2008.013741-1 – Araranguá258
 2008.040794-7 – Araranguá205
 2008.052980-3 – Tubarão283
 2008.061963-8 – Laguna.....298

2008.063810-2	– Palmitos.....	534
2008.068211-2	– Xanxerê.....	549
2008.068459-4	– Bom Retiro.....	214
2008.077538-3	– Jaraguá do Sul.....	375
2008.200296-9	– Blumenau.....	783
2009.027144-8	– Capital.....	228
2010.000881-8	– Ituporanga.....	419
2010.009544-0	– São Lourenço do Oeste.....	495
2010.027791-8	– Chapecó.....	446

APELAÇÕES CRIMINAIS

2008.007616-8	– Tubarão.....	629
2008.077383-9	– São Joaquim.....	623
2009.053628-9	– Caçador.....	641
2009.067429-7	– Capital.....	678
2009.075087-2	– Ponte Serrada.....	652
2010.029201-3	– São Bento do Sul.....	750
2010.049754-1	– Canoinhas.....	669

EMBARGOS INFRINGENTES

2009.051225-8	– Joinville.....	586
2010.007299-2	– Concórdia.....	149
2010.029337-6	– Capital.....	170

HABEAS CORPUS

99.114 (STF)	– Santa Catarina.....	90
108.184 (STJ)	– Santa Catarina.....	103
162.782 (STJ)	– Santa Catarina.....	115

RECURSO ESPECIAL

1.149.427 (STJ) – Santa Catarina 126

RECURSO INOMINADO

2009.501407-0 – Joinville 797

SENTENÇA

038.07.105776-2 – Joinville 815

ÍNDICE POR ASSUNTO

AÇÃO CIVIL PÚBLICA

— Improbidade administrativa – Prefeito municipal. Demissão de médico e enfermeira, que denunciaram ao sindicato competente empresa por práticas abusivas contra seus empregados. Conduta do agente político que pôs em risco serviço público essencial. Desvio de finalidade e ofensa aos princípios da impessoalidade, eficiência e moralidade administrativas caracterizados. Ato ímprobo. Recurso parcialmente provido.419

AÇÃO COMINATÓRIA C/C PERDAS E DANOS

— Responsabilidade civil – Indenizatória por perdas e danos. Criadouro de avestruz. Aquisição de equipamento destinado à incubação e nascimento das aves. Defeito do maquinário. Dever de indenizar do fabricante. Danos emergentes. Indenização de todos os exemplares perdidos. Decisão que, para a fixação da indenização, leva em conta as perdas naturais da criação e, ainda, o inadequado manejo nos trabalhos do criatório. Recurso parcialmente provido.221

AÇÃO DE CANCELAMENTO DE PROTESTO COM PEDIDO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS

— Protesto indevido de duplicata mercantil – Sentença que reconhece a ilegitimidade passiva das instituições financeiras demandadas. Condenação da primeira ré ao pagamento da verba indenizatória. Recursos do autor e da primeira demandada. Insurgência comum nos apelos. Responsabilidade objetiva daqueles que auferem lucro com exploração da atividade econômica. Legitimidade passiva das casas bancárias evidenciada. Dever de indenizar solidariamente entre os réus. Recurso do autor provido e o da ré parcialmente provido.258

AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL COM ANTECIPAÇÃO DE TUTELA

— Inexistência de negócio jurídico subjacente à duplicata levada a protesto – Acolhimento. Relação negocial que deveria ter sido comprovada pelos réus. Insuficiência de provas. Dano moral caracterizado. Prejuízo presumido a partir do protesto indevido de título. Responsabilidade do banco de se certificar da idoneidade do título antes do protesto. Dever de repararem o dano solidariamente. Recurso parcialmente provido.....283

AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR ATO ILÍCITO

— Responsabilidade civil – Morte de menor (4 anos). Afogamento em piscina de hotel. Ausência de delimitação da área de lazer e do acesso à praia. Culpa concorrente do estabelecimento e dos pais da vítima. Indenização devida. Recurso da ré desprovido e o dos autores parcialmente provido. Maioria de votos. VOTO VENCIDO.....177

AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS

— Ação proposta contra o Estado – Assalto praticado por quadrilha da qual dois integrantes eram fugitivos de penitenciária agrícola. Tempo exíguo entre a fuga e o roubo. Circunstância para verificação do nexo de causalidade. Falha no dever de vigilância. Autor submetido à violência física e moral. Evento danoso que gera graves distúrbios psicológicos ao apelado, além da doença denominada *alopecia areata*, da qual resulta a perda total de cabelos e pelos do corpo. Aplicação da teoria subjetiva. Dano moral caracterizado. Dever de indenizar. Recurso parcialmente provido.....446

AÇÃO DE INEXIGIBILIDADE DE TÍTULO C/C CANCELAMENTO DE PROTESTO

— Protesto por indicação – Impossibilidade. Ausência de demonstração da efetiva remessa e retenção da duplicata. Sentença mantida. Inexistência do débito relativo ao valor total das transações comerciais realizadas entre

os litigantes. Compra e venda financiada pelo BNDES. Informação à instituição financeira pela vendedora/ré que as compras foram adimplidas pela compradora/autora. Quitação. Recurso da ré desprovido e o da autora provido.....375

AÇÃO DECLARATÓRIA DE NULIDADE DE TÍTULO E INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS

— Duplicata mercantil – Título protestado pelo banco. Ausência da comprovação para a cobrança da cártula. Forma de endosso. Ônus da prova que incumbia ao interessado. Inserção no verso da duplicata de cláusula de transmissão da cambial. Ausência de prova do lastro do saque da duplicata. Cambial que se mostra nula diante da não ocorrência de causa à emissão. Impontualidade. Hipótese não verificada. Ato ilícito configurado. Dano imaterial *in re ipsa*. Necessidade da reparação do dano extrapatrimonial. Rejeição às preliminares. Recursos desprovidos.298

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE

— Lei Estadual n. 12.385/2002 que cria programa de assistência às pessoas portadoras da doença celíaca e altera as atribuições de Secretarias Estaduais – Vício formal. Ação julgada parcialmente procedente.75

AÇÃO ORDINÁRIA

— Contrato para construção de empreendimento imobiliário – Não quitação das 3 últimas parcelas. Obra inacabada e entregue fora do prazo contratual. Pequenas imperfeições. Compensação dos defeitos nos valores a receber. Protesto dos títulos. Infração contratual evidenciada. Previsão de prêmio pela economia na obra. Não cumprimento de todas as obrigações. Não acolhimento. Recurso da ré desprovido e o da autora parcialmente provido.....228

AGRAVO DE INSTRUMENTO

— *Vide* Recurso.

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO

— *Vide* Recurso

ALVARÁ JUDICIAL

— Autorização para venda de bem imóvel pertencente aos filhos menores
 – Pedido indeferido. Manifesta vantagem dos infantes não demonstrada.
 Inteligência do art. 1.691 do CC/2002. Recurso desprovido.214

ANULAÇÃO DE ATOS JURÍDICOS E IMISSÃO DE POSSE

— Compra e venda de imóvel – Prescrição reconhecida. Alegação de nulidade do negócio jurídico pela incapacidade do agente. Não ocorrência. Transcurso de mais de 30 anos entre a celebração da avença e a interdição do alienante. Prescrição consumada. Recurso desprovido.193

ASSOCIAÇÃO PARA TRÁFICO DE ENTORPECENTES E LAVAGEM DE DINHEIRO

— Autorização judicial para quebra de sigilo telefônico determinada nominalmente aos investigados dentro do prazo legal – Apreensão de drogas após investigação policial. Materialidade e autoria demonstradas. Vínculo comprovado por meio das conversas interceptadas. Condenação. Crime de lavagem de dinheiro. Ocultação e dissimulação, conversão em ativo lícito. Agentes que se utilizaram de dinheiro proveniente do tráfico de drogas para aquisição de imóveis e veículos. Alegação de ser renda proveniente de salão de beleza, do qual são proprietários, não comprovada. Condenação. Recursos defensivos desprovidos e o do Ministério Público parcialmente provido.678

CASA DE PROSTITUIÇÃO

— Sentença absolutória com base na Lei n. 12.015/2009 – Irresignação do Ministério Público. Manutenção de casa de prostituição para encontros com fins libidinosos. Retroatividade da lei penal mais favorável. Necessidade de exploração da atividade sexual para configuração do tipo penal. Ausência de provas acerca da ocorrência de quaisquer das condutas. Absolvição mantida. Recurso desprovido.623

CÓDICO CIVIL

— Art. 1.725	534, 549
— Art. 1.691	214
— Art. 1.660, II.....	534
— Art. 1.659, V.....	549
— Art. 1.641, II.....	534
— Art. 1.240, <i>caput</i>	815
— Art. 1.063 (1916).....	326
— Art. 1.062, <i>caput</i> (1916).....	228
— Art. 944	446
— Art. 933	258
— Art. 932, III	258
— Art. 927, parágrafo único	298
— Art. 927	258, 446
— Art. 901	375
— Art. 591	326
— Art. 550 (1916).....	815
— Art. 476	228
— Art. 454, § 1º (1916)	193
— Art. 422	348
— Art. 407	170
— Art. 406	326, 298, 516
— Art. 405	446
— Art. 401	170

— Art. 398	516, 170
— Art. 397	170
— Art. 394	170
— Art. 384 (1916).....	177
— Art. 320, parágrafo único	375
— Art. 308	375
— Art. 296	326
— Art. 263, IX (1916).....	549
— Art. 258, parágrafo único, II (1916).....	534
— Art. 219	375
— Art. 206, § 3º, V	446
— Art. 186	446, 177
— Art. 159 (1916).....	177
— Art. 159	403
— Art. 113	348
— Art. 112	348

CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR (Lei n. 8.078/1990)

— Art. 18	797
— Art. 17	516
— Art. 14	516
— Art. 12, <i>caput</i>	797
— Art. 7º, parágrafo único.....	797
— Art. 6º, VIII	149
— Art. 3º.....	516, 797
— Art. 2º.....	326, 516, 797

CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

— Art. 1.109, <i>caput</i>	214
— Arts. 1.103 e seguintes.....	214
— Art. 791, III	783
— Art. 543-C	25

— Art. 543-B.....	25
— Art. 538	504
— Art. 535	126
— Art. 523, § 1º.....	516
— Art. 520, VII	659
— Art. 520	25
— Art. 515, § 3º.....	258, 356
— Art. 475-E.....	177
— Art. 475-C	177
— Art. 469	205
— Art. 462	205
— Art. 348	549
— Art. 334 e incisos.....	549
— Art. 333, II.....	283, 298, 258, 375, 149
— Art. 333, I.....	149, 815
— Art. 330, I e II.....	193
— Art. 330, I.....	348, 549
— Art. 284	177
— Art. 283	504
— Art. 282, III	177
— Art. 282	504
— Art. 273, <i>caput</i>	487
— Art. 269, IV	193
— Art. 267, II.....	783
— Art. 249, § 2º.....	549
— Art. 138, § 1º.....	549
— Art. 135, V.....	549
— Art. 132, <i>caput</i> e parágrafo único.....	228
— Art. 131	193
— Art. 130	193
— Art. 125, II.....	193
— Art. 111	356
— Art. 103	534

— Art. 100, IV, <i>b</i>	356
— Art. 88, I e II.....	356
— Art. 21, parágrafo único	549
— Art. 21, <i>caput</i>	446, 177
— Art. 20, § 4º.....	534, 228, 149, 815
— Art. 20, §§ 3º e 4º.....	205, 549, 326, 375, 193
— Art. 20, § 3º, <i>a, b e c</i>	258, 228
— Art. 20, § 3º.....	516
— Art. 18	177
— Art. 14, V e parágrafo único	25
— Art. 14, I, II e III.....	177

CÓDIGO DE PROCESSO PENAL

— Art. 593, III, <i>d</i> , e § 3º, parte final.....	641, 669
— Art. 593, III, <i>d</i>	586
— Art. 593, III, <i>a, c e d</i>	669
— Art. 580	652
— Art. 478, I.....	641, 669
— Art. 472, parágrafo único	652, 669
— Art. 422	652
— Art. 386, VII.....	623, 678
— Art. 315	103
— Art. 312	103
— Art. 311	103
— Art. 303	586
— Art. 302	586
— Art. 167	586
— Art. 159	586
— Art. 157	586
— Art. 156	629
— Art. 155, <i>caput</i>	750
— Art. 41	750

CÓDIGO PENAL

— Art. 333, parágrafo único	115
— Art. 288, parágrafo único	90
— Art. 288	115
— Art. 273, § 1º-B, I, V e VI.....	629
— Art. 229	623
— Art. 224, <i>a</i>	586
— Art. 214	586
— Art. 171, § 2º, I.....	115
— Art. 157, § 2º, I, II e V.....	750
— Art. 157, § 2º, I e II	90
— Art. 121, § 4º.....	586
— Art. 121, § 3º.....	641
— Art. 121, § 2º, II e IV.....	641, 669
— Art. 121, § 2º, II, III, IV e V.....	586
— Art. 121, § 2º, II, III e IV	103
— Art. 121, § 2º, I, II, III e IV	652
— Art. 121, § 1º.....	669
— Art. 77	750
— Art. 77, <i>caput</i>	629
— Art. 69	586, 87
— Art. 69, <i>caput</i>	678
— Art. 68	115
— Art. 64, I e II.....	750
— Art. 61, I.....	678
— Art. 59	750, 629, 669, 678, 115
— Art. 46, § 3º.....	678
— Art. 44	750, 629, 678
— Art. 43, III	586
— Art. 33, §§ 2º, <i>a</i> e <i>b</i> , e 3º.....	750
— Art. 33, § 2º, <i>b</i>	115
— Art. 29, § 1º.....	652

CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL (Lei n. 5.172/1966)

— Art. 161, § 1º298

CONSTITUIÇÕES

—

FEDERAL-1988

— Art. 244	475
— Art. 229	177
— Art. 227, § 2º	475
— Art. 183, § 3º	815
— Art. 170, V	797
— Art. 170	326
— Art. 133	403
— Art. 105, III, <i>a e c</i>	126
— Art. 103-A	25
— Art. 102, § 1º	25
— Art. 102, III, <i>a</i>	87
— Art. 93, XIII	475
— Art. 93, IX	549, 750, 115, 103
— Art. 61, § 1º, II, <i>e</i>	75
— Art. 37, § 6º	446
— Art. 37, XIII e XIV	87
— Art. 37, X	495
— Art. 24, V e XII	75
— Art. 7º, V	177
— Art. 7º, IV	298, 177
— Art. 5º, LXXVIII	475, 25
— Art. 5º, LXVI	103
— Art. 5º, LVI, LXI e LXIII	586
— Art. 5º, LV	678, 25
— Art. 5º, XXXVI	87

— Art. 5º, XXVIII.....	586
— Art. 5º, XXII.....	348
— Art. 5º, XII.....	750, 115
— Art. 5º, <i>caput</i>	797

CRIME CONTRA A SAÚDE PÚBLICA

— Depósito para venda de produto para fins terapêuticos ou medicinais sem registro na vigilância sanitária, de procedência ignorada e adquirido de estabelecimento sem a competente licença – Materialidade e autoria evidenciadas. Prisão em flagrante e apreensão do material. Alegação de que seria para uso próprio e da família. Não comprovação. Condenação. Substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos. Viabilidade. Recurso parcialmente provido.....	629
--	-----

DECLARATÓRIA DE NULIDADE CONTRATUAL

— Contrato de compra e venda de ponto comercial – Imóvel locado. Impossibilidade jurídica do objeto. Interpretação conforme intenção das partes e regras de experiência da prática empresarial. Rescisão posterior da locação. Iniciativa do locatário. Duração inferior ao prazo que confere direito de renovação. Indenização indevida. Recurso desprovido.....	348
---	-----

DISSOLUÇÃO DE SOCIEDADE DE FATO COM PARTILHA DE BENS

— Sentença que reconhece e dissolve a união, relegando a partilha dos bens para procedimento autônomo – Providência adequada para o caso. Comprovação. Necessidade de certeza da propriedade dos bens móveis e imóveis passíveis de divisão entre as partes. Recurso parcialmente provido..	549
---	-----

DISSOLUÇÃO DE UNIÃO ESTÁVEL

— Partilha de bens – Companheiro sexagenário. Bens adquiridos na constância da união estável. Partilha igualitária. Desnecessidade de perquirir sobre esforço comum. Prêmio de loteria. Bem adquirido por fato eventual

durante união estável. Bens partilháveis na proporção de 50% para cada parte. Recurso parcialmente provido.....534

DOCTRINA

— A trama recursal no processo civil brasileiro e a crise da jurisdição estatal – Joel Dias Figueira Júnior, Desembargador do Tribunal de Justiça de Santa Catarina.25

— Sociedade e justiça: Aspectos desta relação no Brasil e no Canadá – Sérgio Luiz Junkes, Juiz de Direito em Santa Catarina.40

EMBARGOS À EXECUÇÃO E AÇÃO DECLARATÓRIA

— Contrato de fomento mercantil – Promissórias vinculadas. Inexigibilidade. Nulidade da execução. Relação de consumo. Prestação de serviço para assessoria creditícia. Responsabilidade pela solvência do devedor. Indenização. Prejuízo ausente. Concessão de crédito camuflada por operação de fomento mercantis. Juros. Limites legais. Recurso dos embargos provido e o da declaratória desprovido.....326

EMBARGOS INFRINGENTES

— *Vide* Recurso e Recurso Crime.

— *Vide* Recurso.

EMENDA CONSTITUCIONAL

— N. 45/2004.....25

ESTATUTO DA ADVOCACIA E DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL (Lei n. N. 8.906/1994)

— Art. 32. III403

— Art. 2º, § 3º403

ESTATUTO DA CIDADE (Lei n. 10.257/2001)

— Art. 9º, *caput*.....815

ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE (Lei n. 8.069/1990)

— Art. 122659

— Art. 108659

— Art. 22177

EXECUÇÃO DE SENTENÇA

— Ausência de bens de propriedade do executado que sejam passíveis de penhora – Extinção do processo com base na Lei n. 9.099/1995. Disposição legal que, além de inaplicável no caso concreto, afronta os princípios norteadores do juizado especial cível. Sentença terminativa cassada. Recurso provido. Maioria de votos. VOTO VENCIDO.....783

HABEAS CORPUS

— Nulidade das interceptações telefônicas – Matéria não enfrentada pelo Tribunal de origem. Supressão de instância. *Writ* não conhecido pela suposta reiteração. Acórdão equivocado. Matérias diversas. Constrangimento ilegal. Ordem de ofício.115

— Homicídio triplamente qualificado – Prisão preventiva. Fundamentação concreta. Garantia da ordem pública. Ordem denegada.....103

— Três roubos sujeitos à competência da Justiça Comum e um roubo de competência da Justiça Federal – Continuidade delitiva entre todos eles. Questão não examinada pelo Superior Tribunal de Justiça porque não foi submetida ao Tribunal de Justiça local. Supressão de instância. Negativa de prestação jurisdicional não configurada. Ordem denegada.90

HOMICÍDIO QUALIFICADO

- Júri – Leitura em plenário do acórdão que anulou julgamento anterior. Nulidade. Ausência de previsão legal. Prejuízo não comprovado. Recurso do acusado que tacha a decisão de manifestamente contrária à prova dos autos. Não conhecimento. Recurso desprovido.....641
- Alegação de decisão manifestamente contrária à prova dos autos – Recurso anteriormente interposto pelo Ministério Público. Inadmissibilidade de segunda apelação pelo mesmo motivo. Pena acima do mínimo previsto. Valoração das circunstancias judiciais do art. 59 do CP. Recurso desprovido.....669
- Tribunal do júri – Violação do art. 472, parágrafo único, do CP. Contrariedade a texto expreso de lei. Cópia dos autos entregue aos jurados no momento da intimação para sessão do júri. Nulidade absoluta. Argumento procedente. Recurso provido.652

INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS

- Aquisição de veículo utilitário novo – Ação proposta contra a concessionária da marca e a importadora. Legitimidade passiva de ambas reconhecida. Solidariedade passiva verificada. Veículo utilizado para transporte de escolares. Dano moral decorrente dos transtornos derivados dos sucessivos estragos no motor da perua. Indenização. Recursos desprovidos.797
- Concessão comercial de revenda de veículos automotores – Vedação de comercialização dentro da área de atuação de outra concessionária. Aplicação da *Lei Ferrari* (Lei n. 6.279/1979) e alterações. Inconstitucionalidade afastada. Provas cabais que demonstram postura ativa da concessionária requerida. Indenização. Recurso desprovido.....504

INDENIZATÓRIA

- Ressarcimento decorrente de quebra contratual – Contratos de distribuição, representação, licença e uso de marca. Extinção fundada na

conveniência de processamento da ação no juízo estrangeiro. Protocolo de Buenos Aires sobre jurisdição internacional em matéria contratual. Jurisdição concorrente. Retomada do curso regular do processo. Impossibilidade. Recurso da autora provido e o da ré não conhecido.356

LEGISLAÇÃO ESTADUAL

LEI

— N. 12.385/200275

LEGISLAÇÃO FEDERAL

DECRETOS

— N. 57.663/1966
 *Vide* Lei Uniforme sobre Letras de Câmbio e Notas Promissórias.
 — N. 22.626/1933 *Vide* Lei de Usura.
 — N. 20.910/1932446

DECRETOS-LEIS

— N. 6.259/1944 Art. 58, § 1º, a.....115
 — N. 4.657/1942 *Vide* Lei de Introdução ao Código Civil.

LEIS

— N. 12.015/2009623
 — N. 12.010/2009 Art. 8º.....659
 — N. 11.690/2008 750, 586
 — N. 11.689/2008 652, 669
 — N. 11.672/200825
 — N. 11.464/2007 103
 — N. 11.418/200625
 — N. 11.417/200625
 — N. 11.343/2006 *Vide* Leis Antitóxicos.
 — N. 10.826/2003 Art. 14, caput.....641
 — N. 10.406/2002375

— N. 10.257/2001	<i>Vide</i> Estatuto da Cidade.	
— N. 9.882/1999		25
— N. 9.748/1999		25
— N. 9.613/1998	Art. 1º, § 4º	678
— N. 9.613/1998	Art. 1º, V e VII	115
— N. 9.613/1998	Art. 1º, § 1º, I, e § 2º, I	678
— N. 9.492/1997	Art. 21	375
— N. 9.492/1997	Art. 8º, parágrafo único	375
— N. 9.296/1996	Art. 5º	750, 115
— N. 9.296/1996	Art. 2º, I e II	115
— N. 9.278/1996	Art. 5º	534, 549
— N. 9.099/1995	Art. 55, caput	797
— N. 9.099/1995	Art. 54, parágrafo único	797
— N. 9.099/1995	Art. 53, § 4º	783
— N. 9.099/1995	Art. 52	783
— N. 9.099/1995	Art. 42, § 1º	797
— N. 9.099/1995	Art. 9º, § 3º	797
— N. 8.971/1994		549
— N. 8.906/1994		
.....	<i>Vide</i> Estatuto da Advocacia e da Ordem dos Advogados do Brasil.	
— N. 8.884/1994		504
— N. 8.437/1992	Art. 2º	487
— N. 8.429/1992	Art. 17, § 8º	403
— N. 8.429/1992	Art. 12, III	419
— N. 8.429/1992	Art. 11	419, 126
— N. 8.245/1991	<i>Vide</i> Lei do Inquilinato.	
— N. 8.132/1990		504
— N. 8.079/1990	Art. 9º	586
— N. 8.078/1990	<i>Vide</i> Código de Defesa do Consumidor.	
— N. 8.072/1990	<i>Vide</i> Lei dos Crimes Hediondos.	
— N. 8.069/1990	<i>Vide</i> Estatuto da Criança e do Adolescente.	

— N. 7.853/1989	Art. 3º.....	475
— N. 7.210/1984	<i>Vide Lei de Execução Penal.</i>
— N. 6.729/1979	Art. 5º e parágrafos	504
— N. 6.368/1976	<i>Vide Leis Antitóxicos.</i>
— N. 5.474/1968	<i>Vide Lei das Duplicatas.</i>
— N. 5.172/1966	<i>Vide Código Tributário Nacional.</i>
— N. 4.595/1964	Art. 17	326
— N. 1.521/1951	Art. 2º, IX.....	115
— N. 1.060/1950	<i>Vide Lei da Assistência Judiciária.</i>

LEI DA ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA (Lei n. 1.060/1950)

— Art. 12	177
— Art. 20, § 1º	283
— Art. 20	298
— Art. 8º	375
— Art. 6º	375
— Art. 2º	298
— Art. 1º	298

LEI DE EXECUÇÃO PENAL (Lei n. 7.210/1984)

— Art. 66, III, <i>a</i>	750
--------------------------------	-----

LEI DE INTRODUÇÃO AO CÓDIGO CIVIL (Decreto-Lei n. 4.657/1942)

— Art. 12	356
— Art. 9º	356
— Art. 6º	549
— Art. 1º, § 4º	487

LEI DE USURA (Decreto n. 22.626/1933)

— Art. 1º	326
-----------------	-----

LEI DO INQUILINATO (Lei n. 8.245/1991)

— Art. 5º, § 3º348

LEI DOS CRIMES HEDIONDOS (Lei n. 8.072/1990)

— Art. 2º, II103

— Art. 1º, VII-B.....629

LEI UNIFORME SOBRE LETRAS DE CÂMBIO E NOTAS PROMISSÓRIAS
(Decreto n. 57.663/1966)

— Art. 18298

— Art. 14298

LEIS ANTITÓXICOS

— N. 11.343/2006 Art. 42678

— N. 11.343/2006 Art. 40, V e VI.....678

— N. 11.343/2006 Art. 35678

— N. 11.343/2006 Art. 34678

— N. 11.343/2006 Art. 33, § 4º115

— N. 11.343/2006 Art. 33659

— N. 11.343/2006 Art. 33, caput, e § 1º678

— N. 11.343/2006 Art. 28678

— N. 6.368/1976 Art. 14678

— N. 6.368/1976 Art. 12629

LEIS COMPLEMENTARES

— N. 485/2010 (Estadual) Art. 20, II, a.....487

— N. 161/1997 (Estadual)446

— N. 156/1997 (Estadual)446

— N. 155/1997 (Estadual) Art. 17, I.....534

— N. 155/1997 (Estadual)283

MANDADO DE INJUNÇÃO

— Omissão no envio de projeto de lei visando o reajuste anual dos servidores municipais – Competência privativa do prefeito. Existência de lei relativa ao exercício de 2006. Impossibilidade para reajustes de períodos pretéritos. Envio de projeto de lei referente ao exercício de 2008, adiante convertido em lei, antes da sentença. Perda do objeto. Recurso provido.....495

NOTICIÁRIO

— 20 anos do Estatuto da Criança e do Adolescente: Reflexões64

— Discurso de posse do Dr. Jânio Souza Machado no cargo de Desembargador do TJSC.59

PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVAS E INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS

— Cautelar – Assistência judiciária deferida em grau de recurso. Conhecimento. Homologação de provas produzidas. Indenização. Publicação de fotos íntimas na internet, após término de relacionamento amoroso. Exposição da vida íntima sexual do casal. Ausência de prova da autoria da página. Responsabilidade objetiva. Provedor. Teoria do risco. Relação de consumo configurada. Indenização devida. Recursos parcialmente providos.516

RECURSO

— Agravo de instrumento – Ação civil pública por improbidade administrativa. Concurso público. Pedido liminar sustatório dos atos de nomeação e posse dos candidatos aprovados para o cargo de assistente jurídico da Procuradoria-Geral do Estado indeferido pelo Juízo de origem e concedido monocraticamente nesta Corte. Exigência de inscrição na OAB. Inexistência do requisito no edital, por força de veto governamental. Inserção

- posterior, mercê da rejeição do veto. Ausência de prova das alegações. Recurso desprovido.487
- Embargos infringentes – Responsabilidade civil. Contrato verbal de parceria suinícola. Embargante que entrega suínos infectados pela doença de *Aujeszky*, com a conseqüente contaminação e extinção do rebanho dos embargados. Sentença de improcedência reformada por maioria de votos. Recurso provido para fazer prevalecer conclusão do voto vencido. Maioria de votos. VOTO VENCIDO.....149
- Agravo de instrumento – Ação civil pública. Improbidade administrativa. Recebimento da petição inicial. Parecer emitido por procurador-geral do município. Ato meramente opinativo. Culpa não comprovada. Decisão reformada para rejeitar o recebimento da inicial. Recurso provido.403
- Agravo regimental no recurso extraordinário – Estabilidade financeira. Gratificação de produtividade. Inexistência de direito adquirido a regime jurídico. Precedentes. Recurso desprovido.87
- Embargos infringentes – Voto vencido que aplicava o *dies a quo* de incidência dos juros moratórios, tratando-se de ação de indenização por danos morais, como da data do ilícito. Votos majoritários que o faziam incidir desde a data do arbitramento. Prevalência destes devida. Data na qual a obrigação se tornou líquida e certa. Votos majoritários mantidos. Recurso desprovido.170
- Agravo de instrumento – Ação civil pública. Obrigação de fazer. Determinação judicial, por medida liminar, de realização de obras de acesso para portadores de deficiência física. Ato discricionário titularizado pelo Poder Executivo. Intromissão indébita do Poder Judiciário. Precedentes da Corte. Notícia de providências administrativas quanto à acessibilidade no município. Interlocutória desconstituída. Recurso provido.475

RECURSO CRIME

- Embargos infringentes e de nulidade – Atentado violento ao pudor e homicídio duplamente qualificado. Provas ilícitas por derivação. Re-

produção simulada dos fatos e laudo pericial complementar realizados a partir do teor do interrogatório. Nexo de causalidade evidente. Conjunto probatório remanescente insuficiente para dar guarida à inicial acusatória. Falta de justa causa. Rejeição da denúncia e anulação de todos os atos subsequentes. Nulidade do processo a partir do recebimento da denúncia. Preliminar acolhida. Maioria de votos. VOTOS VENCIDOS.....586

RECURSO ESPECIAL

— Ação civil pública – Improbidade administrativa. Ressarcimento de dano ao erário. Ausência de dano e de má-fé (dolo). Aplicação das penalidades. Princípio da proporcionalidade. Divergência jurisprudencial não demonstrada. Recurso provido.126

REINTEGRAÇÃO DE POSSE

— Arrendamento mercantil *leasing* – Reintegração de posse. Mora. Inexistência. Sentença de improcedência mantida. Recurso desprovido.205

ROUBO QUALIFICADO

— Concurso de agentes – Materialidade e autoria delitiva comprovadas. Palavras das vítimas e firme elenco probatório. Condenações. Reprimenda. Adequação a um dos réus. Preliminares afastadas. Recursos desprovidos.750

SENTENÇA

— Ação de usucapião – Imóvel urbano. Justiça gratuita. Deferimento. Aquisição do terreno por contrato de compra e venda. Posse do bem por mais de cinco anos, ininterruptamente, para fins de moradia. Ação procedente em parte para declarar aos autores o domínio de apenas 250m² do imóvel usucapiendo.815

SÚMULAS-STF

— N. 491	177
— N. 380	549
— N. 377	534
— N. 369	205
— N. 362	283, 298
— N. 313	177
— N. 306	446
— N. 54	283, 446, 177, 516, 170
— N. 37	177

TRÁFICO DE DROGAS - ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

— Representação criminal – Pedido de improcedência por falta de provas quanto à conduta típica. Materialidade e autoria evidenciadas. Confissão corroborada pelas declarações dos policiais. Comprovação que o adolescente trazia consigo droga com finalidade comercial. Núcleo do tipo presente. Representação procedente. Aplicação de medida socioeducativa de liberdade assistida. Recurso desprovido.659

TRÁFICO DE TÓXICOS

— *Vide* Crime contra a saúde pública.

ÍNDICE ONOMÁSTICO

Altamiro de Oliveira.....	356, 375
Carlos Prudêncio.....	167
Cármem Lúcia	75
Cláudio Valdyr Helfenstein	228, 258
Eládio Torret Rocha.....	214, 221, 167
Gilberto Gomes de Oliveira.....	534, 549
Irineu João da Silva.....	622
Jânio Machado	59
João Henrique Blasi.....	487, 475
Joaquim Barbosa	87
Joel Dias Figueira Júnior.....	25
José Carlos Carstens Köhler.....	283, 298
José Inácio Schaefer.....	326, 348
Luiz Felipe Siegert Schuch.....	64
Luiz Fux.....	126
Maria do Rocio Luz Santa Ritta	205, 149
Maria Thereza de Assis Moura	115
Marli Mosimann Vargas	611
Moacyr de Moraes Lima Filho.....	750, 678, 586
Newton Janke.....	502, 485
Newton Varella Júnior	623, 629
Og Fernandes.....	103
Ricardo Lewandowski	90
Ricardo Roesler	495

Roberto Lepper	783, 797, 815
Ronaldo Moritz Martins da Silva.....	169
Rui Fortes.....	611
Saul Steil	504, 516
Sérgio Izidoro Heil.....	193, 177, 167
Sérgio Luiz Junkes	40
Sérgio Paladino.....	652, 641
Sérgio Roberto Baasch Luz	403, 170
Torres Marques.....	669, 659
Tulio Pinheiro	610
Vanderlei Romer	446, 419
Victor Ferreira	167

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SANTA CATARINA

Diretoria de Documentação e Informações

Divisão de Documentação

Adelson André Brüggemann

Seção de Revisão

Patrícia de Oliveira

Índice numérico e legislativo

Jorge Silveira

Índice por assunto

José Leopoldo Abatti

Projeto gráfico e direção de arte

Cláudio Trindade

Editoração Eletrônica

Gustavo Coelho da Costa

Montagem, impressão e acabamento: Divisão de Artes Gráficas/DIE