

JURISPRUDÊNCIA
CATARINENSE

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

Ano XXXIX – 1º e 2º trimestres de 2012 – N. 124 – Florianópolis – SC – 2013

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

SUMÁRIO

9 COMPOSIÇÃO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA

NOTICIÁRIO

- 25 Discurso proferido pelo Desembargador Henry Goy Petry Júnior
- 27 Discurso de posse do Dr. Paulo Roberto Sartorato
- 32 Discurso de posse do Dr. Tulio José Moura Pinheiro
- 35 Discurso de posse do Dr. Carlos Alberto Civinsk
- 44 Discurso proferido pelo Desembargador Luiz César Medeiros
- 49 Discurso de posse do Dr. Ronaldo Moritz Martins da Silva
- 52 Discurso de posse do Dr. Ricardo José Roesler
- 56 Discurso de posse do Dr. Robson Luz Varella

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

- 63 Mandado de Injunção
- 67 Reclamação

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

- 89 Conflito de Competência
- 96 *Habeas Corpus*
- 102 Recurso Especial

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SANTA CATARINA

ÓRGÃO ESPECIAL

- 115 Ação Direta de Inconstitucionalidade

PRIMEIRA CÂMARA DE DIREITO CIVIL

- 124 Apelação Cível

SEGUNDA CÂMARA DE DIREITO CIVIL

- 136 Apelações Cíveis

TERCEIRA CÂMARA DE DIREITO CIVIL

165 Agravo de Instrumento

171 Apelações Cíveis

QUARTA CÂMARA DE DIREITO CIVIL

217 Apelações Cíveis

QUINTA CÂMARA DE DIREITO CIVIL

292 Apelações Cíveis

SEXTA CÂMARA DE DIREITO CIVIL

312 Apelação Cível

SEGUNDA CÂMARA DE DIREITO COMERCIAL

332 Agravo de Instrumento

TERCEIRA CÂMARA DE DIREITO COMERCIAL

338 Apelação Cível

345 Mandado de Segurança

QUARTA CÂMARA DE DIREITO COMERCIAL

352 Apelações Cíveis

QUINTA CÂMARA DE DIREITO COMERCIAL

409 Apelação Cível

SEGUNDA CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO

418 Apelações Cíveis

TERCEIRA CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO

464 Apelação Cível

CÂMARA CIVIL ESPECIAL

495 Agravo Regimental em Agravo de Instrumento

CÂMARA ESPECIAL REGIONAL DE CHAPECÓ

534 Apelação Cível

PRIMEIRA CÂMARA CRIMINAL

555 Apelações Criminais

SEGUNDA CÂMARA CRIMINAL

- 583 Agravo em Execução Penal
- 590 Apelação Criminal

TERCEIRA CÂMARA CRIMINAL

- 631 Apelação Criminal

QUARTA CÂMARA CRIMINAL

- 641 Apelações Criminais
- 703 Recurso Criminal

PRIMEIRA INSTÂNCIA

SENTENÇAS CÍVEIS

- 747 Comarca da Capital
- 774 Comarca de Joinville
- 782 Comarca de Lages
- 828 Comarca de Itajaí
- 850 Comarca de Papanduva

SENTENÇAS CRIMINAIS

- 866 Comarca da Capital
- 935 Comarca de Lages
- 949 Comarca de Otacílio Costa

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

975 **ÍNDICE NUMÉRICO**

981 **ÍNDICE POR ASSUNTO**

1011 **ÍNDICE ONOMÁSTICO**

COMPOSIÇÃO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA

COMPOSIÇÃO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA

(setembro 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
Juíza de Direito de Segundo Grau ROSANE PORTELLA WOLFF
Juíza de Direito de Segundo Grau DENISE DE SOUZA LUIZ FRANCOSKI
Juiz de Direito de Segundo Grau ARTUR JENICHEN FILHO
Juiz de Direito de Segundo Grau PAULO RICARDO BRUSCHI

ÓRGÃOS JULGADORES

TRIBUNAL PLENO

Des. CLÁUDIO BARRETO DUTRA - Presidente
Des. CARLOS PRUDÊNCIO
Des. José GASPAR 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. PEDRO MANOEL ABREU
Des. José TRINDADE DOS SANTOS
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. Antonio do Rêgo MONTEIRO ROCHA (Substituindo o Des. José GASPAR RUBICK)
Des. FERNANDO CARIONI
Des. José Antônio TORRES MARQUES (Substituindo o Des. ELÁDIO TORRET ROCHA)
Des. LUIZ CARLOS FREYESLEBEN (Substituindo o Des. LUIZ CÉZAR MEDEIROS)
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. RAULINO JACÓ BRÜNING
Des. JAIME LUIZ VICARI
Des. JOSÉ INÁCIO SCHAEFER

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. José TRINDADE DOS SANTOS
Des. Antonio do Rêgo MONTEIRO ROCHA
Des. FERNANDO CARIONI
Des. LUIZ CARLOS FREYESLEBEN
Des. MARCUS TULIO SARTORATO
Des. VICTOR José Sebem FERREIRA
Des. HENRY Goy PETRY JUNIOR
Des. JAIME LUIZ VICARI
Des. JOÃO BATISTA GÓES ULYSSÉA
Des. RONEI DANIELLI
Des. LUIZ FERNANDO BOLLER

Juiz de Direito de Segundo Grau STANLEY DA SILVA BRAGA (Ag. Nom. Juiz de Segundo Grau)

Juiz de Direito de Segundo Grau DENISE VOLPATO (Substituindo o Des. 3º Membro da 1ª Câmara de Direito Civil)

Juiz de Direito de Segundo Grau SAUL STEIL (Substituindo a Des. MARIA DO ROCIO LUZ SANTA RITTA)

Juiz de Direito de Segundo Grau ODSON CARDOSO FILHO (Substituindo o Des. JAIRO FERNANDES GONÇALVES)

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

Juiz de Direito de Segundo Grau GERSON CHEREM II (Substituindo o Des. JOEL Dias FIGUEIRA JÚNIOR)

GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO COMERCIAL

Des. RICARDO Orofino da Luz FONTES – Presidente

Des. SALIM SCHEAD DOS SANTOS

Des. LÉDIO ROSA DE ANDRADE

Desa. REJANE ANDERSEN

Des. CLÁUDIO VALDYR HELFENSTEIN

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

Juiz de Direito de Segundo Grau ALTAMIRO DE OLIVEIRA (Substituindo o Des. José Carlos CARSTENS KÖHLER)

GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO PÚBLICO

Des. PEDRO Manoel ABREU – Presidente

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

Juiz de Direito de Segundo Grau PAULO HENRIQUE MORITZ MARTINS DA SILVA (Substituindo o Des. José GASPAS RUBICK)

Juiz de Direito de Segundo Grau CARLOS ADILSON SILVA (Substituindo o Des. LUIZ CÉZAR MEDEIROS)

Juiz de Direito de Segundo Grau GUILHERME NUNES BORN (Substituindo o Des. CESAR Augusto Mimoso Ruiz ABREU)

Juiz de Direito de Segundo Grau DINART FRANCISCO MACHADO (Substituindo a Desa. SÔNIA MARIA SCHMITZ)

PRIMEIRA CÂMARA DE DIREITO CIVIL

Des. CARLOS PRUDÊNCIO – Presidente

Juíza de Direito de Segundo Grau DENISE VOLPATO (Substituindo o Des. 3º Membro da 1ª Câmara Civil)

Juiz de Direito de Segundo Grau GERSON CHEREM II (Substituindo o Des. JOEL Dias FIGUEIRA JÚNIOR)

Juíza de Direito de Segundo Grau DENISE VOLPATO (Cooperadora)

SEGUNDA CÂMARA DE DIREITO CIVIL

Des. José TRINDADE DOS SANTOS – Presidente

Des. LUIZ CARLOS FREYESLEBEN

Des. JOÃO BATISTA GÓES ULYSSÉA

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

TERCEIRA CÂMARA DE DIREITO CIVIL

Des. FERNANDO CARIONI – Presidente

Des. MARCUS TULIO SARTORATO

Juiz de Direito de Segundo Grau SAUL STEIL (Substituindo a Desa. MARIA DO ROCIO LUZ SANTA RITTA)

Juiz de Direito de Segundo Grau SAUL STEIL (Cooperador)

QUARTA CÂMARA DE DIREITO CIVIL

Des. VICTOR José Sebem FERREIRA – Presidente

Des. LUIZ FERNANDO BOLLER

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

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

QUINTA CÂMARA DE DIREITO CIVIL

Des. Antonio do Rêgo MONTEIRO ROCHA – Presidente

Des. HENRY Goy PETRY JUNIOR

Juiz de Direito de Segundo Grau ODSON CARDOSO FILHO (Substituindo o Des. JAIRO FERNANDES GONÇALVES)

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 (Ag. Nom. Juiz de Segundo Grau)

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

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 DINART FRANCISCO MACHADO (Cooperador)

TERCEIRA CÂMARA DE DIREITO COMERCIAL

Des. PAULO ROBERTO CAMARGO COSTA – Presidente

Des. TULIO José Moura PINHEIRO

Des. RONALDO MORITZ MARTINS DA SILVA

QUARTA CÂMARA DE DIREITO COMERCIAL

Des. LÉDIO ROSA DE ANDRADE – Presidente

Des. JOSÉ INÁCIO SCHAEFER

Juiz de Direito de Segundo Grau ALTAMIRO DE OLIVEIRA (Substituindo o Des. José Carlos CARSTENS KÖHLER)

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. NEWTON TRISOTTO – Presidente

Des. JORGE LUIZ DE BORBA

Juiz de Direito de Segundo Grau PAULO HENRIQUE MORITZ MARTINS DA SILVA (Substituindo o Des. José GASPAR RUBICK)

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. LUIZ CÉZAR MEDEIROS)

Juiz de Direito de Segundo Grau GUILHERME NUNES BORN (Substituindo o Des. CESAR Augusto Mimoso Ruiz ABREU)

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

QUARTA CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO

Des. JOSÉ VOLPATO DE SOUZA – Presidente

Des. JAIME RAMOS

Juiz de Direito de Segundo Grau DINART FRANCISCO MACHADO (Substituindo a Des. SÔNIA MARIA SCHMITZ)

Juiz de Direito de Segundo Grau JÚLIO CÉSAR KNOLL (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 LUIZ ZANELATO

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. ROBERTO LUCAS PACHECO

Des. CARLOS ALBERTO CIVINSKI

Des. RICARDO José ROESLER

Juiz de Direito de Segundo Grau RODRIGO Tolentino de Carvalho COLLAÇO (Ag. Nom. Juiz de Segundo Grau)

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

Juiz de Direito de Segundo Grau VOLNEI CELSO TOMAZINI (Substituindo a Des. SALETE SILVA SOMMARIVA)

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 VOLNEI CELSO TOMAZINI (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

Des. ROBERTO LUCAS PACHECO

Juiz de Direito de Segundo Grau JOSÉ EVERALDO SILVA (Ag. Nom. Juiz de Segundo Grau)

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

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

NOTICIÁRIO

DISCURSO PROFERIDO PELO DESEMBARGADOR HENRY GOY PETRY JUNIOR EM NOME DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA EM SAUDAÇÃO AOS TRÊS NOVOS DESEMBARGADORES EMPOSSADOS NO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SANTA CATARINA

“Meus caros amigos e colegas Paulo Roberto Sartorato, Tullio José Moura Pinheiro e Carlos Alberto Civinski. Honrado, extremamente lisonjeado, recebi a indicação dos recém-empossados para saudá-los em nome da Corte, em salutar iniciativa de Sua Excelência o Presidente. É honraria, das maiores com que fui distinguido, que divido com os integrantes deste Tribunal, com os magistrados e servidores deste Estado que me adotou. ‘Entre o semeador e o que semeia há muita diferença. Uma coisa é o soldado, e outra coisa é o que peleja; uma coisa é o governador, e outra coisa é o que governa. Da mesma maneira uma coisa é o semeador, e outra o que semeia; uma coisa é o pregador, e outra o que prega. O semeador e o pregador é nome; o que semeia e o que prega é ação; e as ações são as que dão o ser ao pregador. Ter nome de pregador, ou ser pregador de nome, não importa nada; as ações, a vida, o exemplo, as obras são as que convertem o mundo’ (Padre Vieira, Capela Real, Lisboa, ano de 1655). Recordo mais uma passagem iluminada do erudito orador sacro português porque, penso, amolda-se ela à jornada cumprida por Vossas Excelências. Por décadas, nos mais diferentes rincões do Estado, optaram por fazê-la ao largo da retórica fugaz e inconsequente; abdicaram do lazer, de vida social e mesmo do convívio da família; dedicaram-se, entregaram-se (talvez até em demasia), esmeraram-se nos limites possíveis a cada um, tudo para que, sob suas honradas mãos, o jurisdicionado tivesse rápida e qualificada resposta judicial. Não se cuida de expressões vazias, despidas de conteúdo verdadeiro ou distantes da realidade vivida. Não, sabemos

todos da extrema dedicação dos novos desembargadores, mesmo aos finais de semana e feriados, mesmo noite a dentio. Ao longo da jornada de cada qual, e ao lado das qualidades já exaltadas, os colegas Sartorato, Tulio e Civinski fizeram reconhecidas e aplaudidas aptidões outras, sinais destacados da personalidade de cada um. Peço licença para particularizar essas qualidades que, insisto, são comuns: sensibilidade, personalizada no carinho especial que o Sartorato sempre manifestou em relação a sua falecida irmã Iolanda e a seu cunhado Osvaldo; integração social, que o Civinski, *gentleman*, encarna com perfeição, desde Abelardo Luz; e companheirismo, que o Tulio, a seu modo e sem alarde, sempre demonstrou, desde o distante 12 de agosto de 1988 quando tomamos posse no cargo de Juiz Substituto. Destacá-los, então, é implicar redundância, é dizer o que sabem todos, é pronunciar o que aplaudem todos. José Bonifácio de Andrade e Silva, o Patriarca da Independência, em discurso na Assembleia-Geral, Constituinte e Legislativa, de 1823, disse: ‘A sociedade civil tem por base primeira a justiça, e por fim principal a felicidade dos homens’. Os Desembargadores Paulo Roberto Sartorato, Tulio José Moura Pinheiro e Carlos Alberto Civinski, tenham certeza, cumpriram essa sentença. Essa caminhada exitosa, porém, deve ser compartilhada com todos os familiares, amigos e companheiros de trabalho, e, em especial, Sartorato, com os teus pais Humberto e Osmarina, onde estiverem, com os teus irmãos Iolanda, Adilson, João Humberto e José Henrique, e os filhos Débora e Daniel; Tulio, com a tua mãe Cláudia, de todos conhecida, tua esposa Catarina e os filhos Larissa, Roberta e Tulio Eduardo; e Civinski, com os teus pais Raul e Silvéria, tua esposa Vanessa, e os filhos Bruna e Carlos Alberto Filho. Recebam meus cumprimentos e elogios. Enfim, qualifica-se este Tribunal com a posse de Vossas Excelências, ganha o Poder Judiciário Estadual e, certamente, melhor estará Sua Excelência o jurisdicionado. Sejam bem-vindos. Muito obrigado a todos.”

DISCURSO DE POSSE DO DOUTOR PAULO ROBERTO SARTORATO NO CARGO DE DESEMBARGADOR DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SANTA CATARINA

“Agradeço, inicialmente, ao Excelentíssimo Senhor Desembargador Henry Petry Junior pelas insígnias e generosas palavras a mim dirigidas e aos eminentes colegas, ora também empossados, fruto mais de sua bondade e generosidade, do que a realidade me faz merecedor. Honra-me, agora, ser saudado por Vossa Excelência, pessoa que aprendi a respeitar por sua postura de lealdade e de amor à Instituição, de respeito e consideração aos colegas, além de ser um dos mais dinâmicos e operosos dentre os membros deste Tribunal. Início meu pronunciamento rogando pela proteção e pelas bênçãos de Deus. Como é do conhecimento, minha promoção, por merecimento, decorreu em razão da abertura da vaga em face da promoção do eminente Desembargador Marco Aurélio Gastaldi Buzzi ao cargo de Ministro do Superior Tribunal de Justiça, a quem rendo minhas homenagens neste momento, por sua dedicação à causa da Justiça. Magistrado operoso e dinâmico, que enriqueceu esta Corte com sua inteligência, dignidade e visão nos anos em que aqui atuou. É com elevada honra que assumo o cargo de desembargador neste egrégio Tribunal, um dos mais conceituados do País, depois de quase vinte e sete anos de carreira como magistrado de primeiro grau de jurisdição. Ressalto, porém, que já estou na Instituição há trinta e oito anos, já que, antes de ingressar na magistratura, fui funcionário desta Casa, lotado na Diretoria Judiciária, tendo exercido também o cargo comissionado de secretário jurídico. Confesso estar vivenciando um momento especial, pleno de emoção, e, mesmo tendo participado como servidor de várias solenidades de posse de desembargadores, não posso deixar de confessar que esta tem um significado mais especial, pelo fato de ter conseguido atingir o ápice da carreira que

abraçei e me dediquei durante todo esse tempo. Apesar do peso da responsabilidade de ser chamado a integrar esta colenda Corte, estou seguro de que encontrarei o indispensável apoio dos eminentes colegas. Ainda recorde da data em que tomei posse como Juiz Substituto, em 13 de novembro de 1985, assumindo o exercício em 25 daquele mês e ano, bem como das comarcas por onde passei e aprendi um pouco mais da cultura e dos costumes da gente deste Estado. A primeira foi, inesquecivelmente, a comarca de Caçador, sendo que, a partir dela, muitas outras comarcas fizeram parte de minha carreira. São elas: Criciúma, Balneário Piçarras, Itajaí, Balneário Camboriú, Barra Velha, Brusque, Tangará, Itaiópolis, Laguna, Joinville e, finalmente, o Foro Distrital do Continente, comarca da Capital. Em cada uma dessas comarcas certamente passei momentos inesquecíveis, conheci pessoas memoráveis dos mais diferentes níveis, aprendi, amadureci, cresci. Gostaria de poder citar e discorrer sobre cada uma dessas pessoas que marcaram minha trajetória, mas temo ser injusto ou acabar esquecendo de alguém não menos importante do que outra. Assim, a todos aqueles com os quais convivi em cada comarca, meu singelo obrigado pela cordial e afável acolhida e pelos bons momentos de trabalho compartilhados. Foi a partir de novembro de 2007 que passei a exercer o cargo de Juiz de Direito de Segundo Grau nesta Corte de Justiça, tendo a honra de integrar, desde o início, a colenda Câmara Civil Especial. Após mais de quatro anos atuando junto à referida Câmara sobreveio minha promoção ao cargo de desembargador deste colendo Tribunal de Justiça, nova missão que abraço com indescritível alegria, sem, contudo, me olvidar da grande responsabilidade que ela traz consigo. Lamentáveis acontecimentos pretéritos, de conhecimento de todos, que tiveram lugar e que retardaram tal momento, nunca foram capazes de me esmorecer ou desanimar; pelo contrário, constituíram incentivo para que eu continuasse a jornada com esmero e perseverança, sempre pautado nos mesmos princípios éticos que cultivei por toda a carreira, tendo em conta minha própria consciência e com olhos ao bem maior da Instituição. Para finalizar,

agradeço novamente a Deus, por haver me permitido atingir o ápice da carreira e assumir o cargo de desembargador da Justiça do meu Estado, Ele que foi por demais generoso comigo e com minha família, já que desde o meu nascimento, tive a oportunidade de conviver com pessoas maravilhosas, além de ter contado com a colaboração de vários mestres, e todos, sem distinção, foram e são responsáveis por este momento ímpar de realização pessoal e profissional. Agradeço aos meus queridos pais, Humberto e Osmarina, já falecidos, que muito orgulho teriam em participar desta solenidade, e tenho certeza de que, onde estiverem, estarão sempre a velar por mim e meus irmãos, rogando para que me auxiliem nesta nova missão. Aos meus irmãos, Iolanda, Adilson, João Humberto e José Henrique, principalmente a primeira, que faleceu em setembro de 2009, e, ao meu cunhado Osvaldo, tenho muito que agradecer, com quem muito aprendi; ela, que foi praticamente uma segunda mãe, sendo que me acompanhou desde o primário, ginásio, científico, no vestibular, faculdade, concursos públicos, inclusive da magistratura, minha carreira e todas as promoções, minha vinda para a comarca da Capital, minha promoção para o cargo de Juiz de Direito de Segundo Grau, infelizmente não está presente neste momento, mas tenho certeza, onde quer que esteja, estará também torcendo muito pelo meu sucesso nessa nova missão. Agradeço aos meus filhos, Daniel e Débora, que souberam compreender como é árdua a vida de um pai magistrado, cuja busca da Justiça transpõe o seio familiar, pedindo desculpas pelas constantes mudanças de cidades e colégios, que por certo trouxeram alguns problemas quanto ao aprendizado escolar, mas que ao mesmo tempo serviram também de experiência de vida, em razão dos contatos mantidos com pessoas de outras origens e culturas. Agradeço, da mesma forma, aos colegas da minha época na Diretoria Judiciária, às servidoras da nossa Biblioteca, que muito me auxiliaram nas pesquisas jurídicas das quais necessitei fazer naquela época em que era secretário jurídico, bem como aos demais servidores das demais diretorias, que sempre me dispensaram um tratamento muito cordial, pedin-

do escusas por não citá-los nominalmente, por absoluta falta de tempo e até com o receio de esquecer de alguns nomes. Não posso deixar de lembrar, igualmente, da minha equipe de assessoria, sem os quais todos nós, Magistrados e Desembargadores, sabemos que não teríamos como prestar a atividade jurisdicional com tanta presteza e celeridade. Agradeço também, de forma especial, aos eminentes Desembargadores Francisco May Filho, hoje aposentado, Rid Silva, já falecido, e Wilson Guarany Vieira, também já aposentado, com quem tive a oportunidade de trabalhar, com o primeiro, que também foi meu professor no Curso de Direito, como Secretário de Câmara, e com o segundo e o terceiro como Secretário Jurídico, com quem aprendi muito, inclusive tendo o apoio e o incentivo para abraçar a nobre carreira da magistratura catarinense. Teria outros nomes que também poderia citar, mas deixo de fazê-lo no momento por absoluta falta de tempo e até com receio de esquecer de alguns deles. Ofereço aos colegas de faculdade e concurso, além de outros, e hoje meus pares, que me apoiaram sempre na carreira e fizeram crer que um dia poderia fazer parte desta colenda Corte, meu sincero muito obrigado. Agradeço também aos colegas de carreira que deixei no primeiro grau de jurisdição, esperando que, em breve, possa recebê-los de braços abertos. Agradeço, ainda, aos servidores de todas as varas e comarcas onde trabalhei (Caçador, Criciúma, Balneário Piçarras, Itajaí, Balneário Camboriú, Barra Velha, Brusque, Itaiópolis, Laguna, Joinville e Capital), especialmente ao Cartório da Vara da Família, Secretaria do Foro e do Serviço Social Forense, do Fórum Distrital do Continente, com quem convivi nos últimos dez anos, e da mesma forma que demonstro minha gratidão aos servidores dos cartórios da Justiça Eleitoral das comarcas por onde atuei como Juiz Eleitoral. Ciente da relevante responsabilidade inerente ao honroso cargo que passo a ocupar, devo assegurar, na nova empreitada, a manutenção dos mesmos valores que sempre me guiaram por toda a minha vida, tanto no exercício da magistratura como no convívio social, bem como a conservação do mesmo esmero como sempre atuei por toda minha carreira, na certeza de

que, com muita dedicação e retidão, serei capaz de corresponder à oportunidade a mim concedida, concretizando, caso a caso, a justiça que a sociedade reivindica desta instituição, órgão máximo do Judiciário catarinense. Aproveito também para parabenizar os eminentes colegas, ora também empossados, Doutores Tulio José Moura Pinheiro e Carlos Alberto Civinski, no cargo de desembargador deste colendo Tribunal, desejando-lhes sucesso nesta honrosa missão, que com certeza será desempenhada com zelo e dedicação, como sempre o fizeram, engrandecendo ainda mais o Judiciário catarinense. Finalizo, agradecendo a todas as autoridades e a todas as pessoas amigas aqui presentes, conferindo a esta solenidade maior brilhantismo. Deixo o meu abraço mais fraterno e os votos de boa sorte, e que Deus na sua infinita bondade proteja a todos. Meu muito obrigado.”

DISCURSO DE POSSE DO DOUTOR TULIO JOSÉ MOURA PINHEIRO NO CARGO DE DESEMBARGADOR DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SANTA CATARINA

“Com 19 anos de idade ingressei neste egrégio Tribunal na função de agente administrativo. Na ocasião, passei a trabalhar no setor de datilografia de acórdãos, que eram datilografados em várias vias com papel carbono. Trabalho exaustivo, porém que aos poucos acabou despertando meu interesse para a área do direito, em função dos brilhantes votos que ia lendo enquanto trabalhava. Aos poucos fui ascendendo na carreira, até chegar ao cargo de assessor do eminente Desembargador Wilson Guarany Vieira, a quem sinceramente agradeço pelo apoio e também pelo incentivo para que eu fizesse o concurso de juiz. Porém, sinceramente, não esperava chegar tão longe. Hoje, passados 33 anos, posso dizer que tenho orgulho de estar compondo esta colenda Corte, uma das mais produtivas e com integrantes do mais alto gabarito e saber jurídico, que destacam nosso Tribunal no cenário jurisprudencial brasileiro. Também integraram o corpo de servidores deste Tribunal os colegas empossandos Carlos Alberto Civinski e Paulo Roberto Sartorato aos quais cumprimento nesta oportunidade. Ao Desembargador Henry Goy Petry Junior, agradeço, sensibilizado, as palavras de seu discurso de saudação. Sou pessoa simples, de origem humilde, mas com princípios que me foram passados e ensinados por minha mãe Claudia, a quem saúdo neste momento e também a meus irmãos aqui presentes. Funcionária do Tribunal de Justiça, hoje aposentada, minha mãe sempre foi muito bem quista e admirada no trabalho, a ponto de que na época muitos me conheciam mais como o filho da Dona Claudia. Tive a sorte e o privilégio de ter conhecido também outra mulher de personalidade forte e cativante, altamente sociável e que compensa minha maneira reservada de ser. Falo de minha esposa Catarina, que prontamente aceitou ir comigo

para o interior do Estado, deixando o Balneário do Estreito por outras terras para ela desconhecidas. Em cada cidade que chegávamos, ela rapidamente conquistava a comunidade local com seu jeito cativante e sorridente de ser. Aliás, foi em uma das primeiras comarcas que um casal me viu na rua e alguém perguntou: Quem é esse rapaz? É o juiz da comarca respondeu a outra pessoa... Juiz? É, o marido da Catarina. Passei de filho da Dona Cláudia a marido da Catarina, mas juro que isso nunca me incomodou pois tenho o maior orgulho de ambas. Catarina amo você e nossos filhos Larissa, Roberta e Eduardo. Obrigado a vocês por tornarem minha vida mais feliz e por suportarem minhas ausências naqueles momentos em que a carga invencível de trabalho ocupa nosso tempo e também nossas mentes. Muitos poderão achar que estou falando de uma forma singela, que talvez não fosse muito adequada a uma ocasião solene, porém tenho para mim que este momento, antes de pompa, é um momento de felicidade, posto que tenho muito orgulho da profissão que abracei e do elevado cargo que ora passo a ocupar. Ademais, a vida e as pessoas simples muitas vezes nos dão ensinamentos que doutrinadores e teóricos não conseguem. Logo em uma de minhas primeiras audiências, na comarca de São Carlos, cujo povo é altamente respeitador da Justiça, tive um processo envolvendo um litígio entre vizinhos, com várias testemunhas. Entre elas, estava um senhor de idade, muito conversador, e, ao término da inquirição, pedi a ele que não falasse com as outras testemunhas que ainda seriam ouvidas. Passados alguns minutos ele voltou e, batendo timidamente na porta, perguntou se era para NUNCA mais falar com os seus vizinhos. Esse fato bem demonstrou para mim, de imediato, a responsabilidade do juiz por suas palavras, seus atos, suas decisões, posto que tudo que fazemos repercute em vidas alheias e essa lição tenho comigo até hoje. Brinco um pouco com minhas palavras porque penso que não podemos julgar os outros, como fazemos diariamente, sendo infelizes ou amargurados. O Judiciário passa, é verdade, por uma crise em que muitos nos agridem gratuitamente, mas acredito que um dos deveres inerentes ao cargo de juiz é o dever de ser

feliz, pois só assim poderemos melhor julgar os problemas, as mágoas e as tristezas que são continuamente despejadas em nossa mesa de trabalho. E é o que farei, pois me recuso a ceder a manifestações oportunistas que buscam ferir nossa dignidade e nossa honra. Abracei a causa de ser juiz, amo o que faço e defenderei sempre a função, procurando julgar com isenção, com calma de espírito, com presteza e sem me deixar abalar por ventos contrários. Não posso, porém, deixar de registrar um momento de pesar. É que assumo hoje o cargo de Desembargador na vaga deixada pelo falecimento de um grande amigo, e companheiro de Câmara por vários anos. Quis o destino que uma das pessoas que mais torciam para que eu chegasse ao cargo de Desembargador me desse sua própria vaga. Desembargador Irineu João da Silva, grande mestre e julgador, pessoa firme e ao mesmo tempo gentil e extremamente educada, foi um magnífico professor e magistrado criminalista. Honra-me sucedê-lo neste Tribunal e só posso dizer que envidarei todos os meus esforços para não decepcioná-lo no cargo que me legou. Vou para uma nova e derradeira etapa na carreira, gostaria de agradecer nominalmente a todos que me possibilitaram chegar até aqui, mas não posso porque o tempo não permitiria; contudo não posso deixar de mencionar alguns amigos que tornaram a minha vida de juiz mais feliz e que a acompanharam mais proximamente, falo do Desembargador José Antônio Torres Marques e de meus amigos Paulo Ricardo Bruschi e Vilmar Espindola. Agradeço também a minha assessoria, aos quais sempre digo que o Gabinete do Desembargador Tulio Pinheiro não é constituído apenas por mim, mas por uma equipe que se completa, e a Ricardo Albino França, meu Secretário por muitos anos e que hoje assessora a Presidência deste Tribunal. Teremos, todos, é certo, novos desafios pela frente, mas, novamente, prometo fazer tudo que estiver ao meu alcance para fazer jus a estar entre tão eminentes e ilustres pares. Muito obrigado.”

DISCURSO DE POSSE DO DOUTOR CARLOS ALBERTO CIVINSKI NO CARGO DE DESEMBARGADOR DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SANTA CATARINA

“Excelentíssimo Senhor Desembargador Cláudio Barreto Dutra, Digníssimo Presidente do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, em nome de quem cumprimento todas as autoridades que compõem a mesa diretora dos trabalhos; Excelentíssimo Senhor Desembargador Henry Goy Petry Junior, desde já agradeço a saudação de boas-vindas, interpretando este momento em que a Corte recebe três novos integrantes e, em seu nome, saúdo todos os demais Desembargadores integrantes do Pleno deste Tribunal; Excelentíssimo Senhor Desembargador José Mazzoni Ferreira, em nome de quem saúdo os Desembargadores aposentados desta Corte. Vossa Excelência aposentou-se recentemente abrindo vaga para a qual ora estou sendo conduzido. Coincidências à parte, registro que também ocupei a vaga deixada por Vossa Excelência em Blumenau quando de sua remoção para esta Capital. É uma honra poder suceder um magistrado com os predicados de Vossa Excelência, que exerceu por décadas a magistratura com dignidade, imparcialidade, eficiência e devoção. Autoridades, Familiares, Amigos, Senhoras e Senhores... Olhando ligeiramente para meu passado, passei a apreciar um filme por mim protagonizado, com cenas que achei oportuno lembrar neste momento especial, quando passo a integrar o mais alto colegiado da magistratura catarinense. As origens mais remotas da minha família estão lá no velho continente, num espaço em que não habitei e num mundo que não conheci. A exemplo de todas as gerações de imigrantes, meus avós trabalharam na terra. Na lavoura, buscaram o meio socioeconômico numa atividade bruta e exigente, com uma vida ética e social inspirada nos valores cristãos. Sem me ater à tradição oral sobre a luta dos meus ascendentes para vencer um quadro de carência

generalizado nos tempos da colonização, quero aqui reverenciar minha família, grupo que fala mais alto na minha história e que me ensinou os rudimentos do amor, da virtude e do dever. Quando despertei para a vida social, passando a entender a realidade da minha casa, encontrei um lar de gente humilde e voltada para o trabalho. Lá, daquela infância modesta junto com meus irmãos, ficou a lembrança da disciplina rígida, das regras da moral religiosa, da observância aos bons costumes e de uma fiscalização ostensiva dos meus pais para evitarmos assimilar vícios e comportamentos nocivos às boas relações sociais. Fui crescendo num ninho familiar feliz. Vindos das bases mais humildes e populares da sociedade brusquense, meus pais sempre enriqueceram nosso lar com valores da moral social da nossa Igreja Católica. Sem formação acadêmica, eles foram nossos mestres. Pelo bom exemplo, nos encaminharam ao apreço à verdade, ao bem, à disposição para o trabalho e a outros tantos valores na direção do ser. Aquele ambiente gostoso, sustentado pela liga do amor, da rigidez com ternura de minha mãe italiana, e da prudência com muita paciência do meu pai polonês, da fraternidade dos meus irmãos, permitiu-me vencer as barreiras do ensino primário, lá da escolinha pública Pe. Lux, do ensino fundamental e médio, do Colégio Cenecista Honório Miranda, da Faculdade de Ciências Jurídicas da Fundação Educacional da Região de Blumenau – Furb, das especializações e das participações em simpósios e de tantos outros cursos e fóruns de estudos jurídicos, cujos conteúdos científicos exigem lucidez e dedicação. Se não fosse toda essa boa carga de afetividade do meu lar, certamente não teria vencido os obstáculos das práticas intelectuais que permeiam a vida de quem objetiva alcançar a magistratura, um sacerdócio que exige mérito. É por isso, Senhor Presidente desta Corte, que reverencio, neste meu primeiro ato, a aliança matrimonial dos meus pais Silvéria Lira com Raul Civinski, bem como a excelente relação que sempre mantive com meus irmãos Luiz Carlos, Vera Lúcia e Rosângela. Neste sagrado grupo da obra divina, vivi momentos interessantes e empolgantes. Em todos os meus passos e conquistas, eles

sempre se empolgavam com as minhas iniciativas, desde os meus dez anos, quando comecei com o trabalho remunerado, numa pequena fábrica de tapetes artesanais, e, posteriormente, dos treze para os catorze anos, como balconista e gerente em uma casa de comércio de produtos agropecuários, primeiro em Brusque e depois na cidade de Gaspar. Após alcançar a maioridade e independência social, os sentimentos de meus familiares passaram a ser de satisfação diante das minhas conquistas. Assim foi na festa de formatura do Curso de Direito e nos concursos públicos que passei para os cargos de Oficial de Justiça, Escrivão Judicial, Juiz Substituto, ascensões aos de Juiz Titular, Juiz de Direito de Segundo Grau, e hoje eles estão todos aí nas galerias deste Plenário, para mais uma vez manifestar a solidariedade que nunca me faltou. Obrigado meus pais! Obrigado meus irmãos! Muito obrigado! Lá, nos meados dos anos oitenta, ainda serventuário da Justiça no Fórum de Brusque, eu e Vanessa Maria nos afeiçoamos, aprimoramos uma saudável relação, que resultou em nossa aliança matrimonial. Desde aqueles primeiros tempos de namoro, ganhei um novo grupo de amigos e aliados. A família Carvalho acolheu-me com fidalguia e me incorporou com efusão. Era mais uma força a incentivar os meus propósitos e a apostar nas possibilidades. Lembro aqui a imagem tutelar do Senhor Aderbal Carvalho, sogro, amigo e incentivador. Seria muito prazeroso se ele estivesse aqui, partilhando as alegrias deste momento. Rendo, pois, homenagens póstumas a essa pessoa especial, com o preito de perene gratidão. Ao me dirigir à Dona Ivani, minha sogra e matriarca de um lar sólido e feliz, encaminho meus agradecimentos aos Carvalho e aos Walendowsky, com redobrado carinho e consideração. Estas referências familiares expressam a certeza de que não cheguei até aqui sozinho. Foi toda uma história construída ao longo dos últimos 30 anos, que envolveu comunidades, pessoas e instituições. Vou começar por Brusque, minha terra, lugar onde não posso contar vantagens. Todos me conhecem desde os tempos das calças curtas. Endereço gratidão às inomináveis amizadas que deixei nos municípios de Gaspar, Abelardo Luz, Xanxerê, São Lou-

renço do Oeste, Dionísio Cerqueira, Balneário Camboriú, São Domingos, Santa Cecília, Campos Novos, Curitiba, Blumenau e Brusque, por onde trabalhei no exercício da magistratura, amadurecendo e acumulando experiências. No dia a dia, convivi com magistrados de escola, dividindo aflições e buscando orientações. Em nome de todos, saúdo os pragmáticos, judiciosos e cultos Desembargadores Newton Janke, Victor Sebem Ferreira, Claudio Valdyr Helfenstein, José Inácio Schaefer e Domingos Paludo. Também convivi com valorosos servidores. Para fazer uma rápida e merecida saudação a todos que me auxiliaram, com muita dedicação e lealdade nesta jornada, invoco as palavras proferidas pelo Desembargador Victor Sebem Ferreira, que, no seu discurso de posse, assim se expressou: ‘Em toda essa minha andança, só encontrei dedicados trabalhadores em prol da Justiça, às vezes estressados por tantas tarefas, mas sempre em busca do melhor para a sociedade. Aliás, sempre digo que os nossos servidores, dentro do serviço público, são os que mais trabalham’. Especial referência merece o meu Secretário Jurídico, Doutor Rodrigo de Lima Mosimann, que me acompanha há tantos anos, sempre se dedicando à causa da justiça, com muita seriedade, responsabilidade, educação e ética. Das tantas instituições com as quais me relacionei no exercício jurisdicional, faço especial menção ao Ministério Público, que saúdo na pessoa dos eternos amigos, Doutor Eroni José Salles, exemplo de serenidade e inteligência, e Doutor Luiz Eduardo Braunsperger, exemplo de descontração e cultura. Tenho certeza de que papai do céu permitiu que vocês viessem aqui acompanhar este momento tão especial para mim. Externo meus cumprimentos à classe dos advogados saudando o amigo dos duros tempos do curso de especialização de processo civil em Joaçaba e da escola da magistratura, Doutor Ricardo Vianna Hoffmann, atual Presidente da Ordem dos Advogados do Brasil, Subseção de Brusque. Quantas idas e vindas nos anos de 1985, 1986 e 1987, inicialmente de Brusque para Joaçaba e, depois, de Brusque para Florianópolis pela BR 101 não duplicada e, pior, sem a terceira ponte ainda. Obrigado pela presença, amizade e apoio incondi-

cional. Não teria condições de nominar tantas pessoas que, em vários momentos desta minha trajetória, deram-me conselhos, apoio, incentivos e até reprimendas. Mas, peço permissão para formalizar gratidão pública a José Germano Schaefer, carinhosamente tratado como Seu Pilolo. Este cidadão é uma unanimidade na sociedade brusquense. Foi Desportista, Oficial do Registro Civil, Vereador, Prefeito de Brusque e ocupante de importante cargo no Executivo estadual. No usufruto de seus 86 anos, transpira simpatia, credibilidade e muitas virtudes. Desde minha juventude, espelhei-me nos exemplos pessoais e públicos desta pessoa, tempero ético e moral indispensáveis em qualquer sociedade. Não posso deixar ainda de me referir à pessoa que acreditou em mim quando eu ainda era auxiliar da justiça, ocupante do cargo de Oficial de Justiça na comarca de Brusque. O Magistrado que me mostrou que não é necessário ser rude para ter o respeito do jurisdicionado; que, às vezes, a educação e a cordialidade ao atender às partes causam maior alegria do que uma sentença favorável, pois muitos buscam a Justiça apenas para serem ouvidos. E mostrou ainda que é preciso criatividade e coragem para ser um bom juiz, porque, muitas vezes sem orçamento e pessoas, os problemas existem e precisam ser solucionados. Vi nesse Magistrado, ainda, a iniciativa de designação de audiências de conciliação em processos inclusive de rito ordinário e especial, com o propósito de resolver o problema das partes como um todo e não só a demanda, quando nem sequer o Código de Processo Civil tinha previsão para tal providência. Hoje, depois de muitos anos, não só existe previsão legal para tal finalidade como os integrantes do Supremo Tribunal Federal, Superior Tribunal de Justiça e os do próprio Conselho Nacional de Justiça recomendam a conciliação como forma de tornar a Justiça mais rápida e efetiva. Também vi nele a solidariedade, ao circular em botes infláveis por ocasião de enchentes ocorridas na cidade de Brusque, para distribuir remédios e alimentos aos atingidos. Logo, vejo a educação, cordialidade, criatividade e coragem como marcas do Juiz que me escolheu para ser o gerente do Foro, apesar de ser o servidor mais

moderno daquela Comarca em 1984. Portanto, prezados Desembargadores, por dever de reconhecimento e consideração, rendo minhas homenagens ao Desembargador Carlos Prudêncio, que acreditou em mim quando nem sequer me conhecia direito e me incentivou e permitiu que eu cursasse especialização em processo civil na Faculdade de Joaçaba em 1985 e ingressasse na 1ª Turma da Escola da Magistratura do nosso Estado em 1986 e com término em 1987. Apesar do desejo de alcançar meus sonhos e da força de vontade para superar o cansaço e a distância, sem o aval do Juiz Diretor do Foro isso não teria sido possível. Após esses relatos mais de caráter pessoal, em função do ato cerimonioso, quero dizer a todos, a propósito desta minha modesta história, que sou um juiz com fortes sentimentos humanitários. Vejo que a sociedade passa hoje por transformações tão rápidas que, para as pessoas da minha geração, não é possível afirmar que estamos evoluindo ou não como sociedade. Sou do tempo em que os filhos respeitavam os pais; hoje em dia, não há mais muito respeito pelos pais e professores e, com essa evolução, amanhã não haverá mais respeito algum por qualquer autoridade. A proliferação de drogas tem sido uma terrível causa de degradação dos valores da família e isso reflete no aumento da criminalidade, na desídia das pessoas nos seus respectivos empregos, na falta de educação das pessoas. Aliado a isso, temos a impaciência dos cidadãos com os seus semelhantes, a indiferença de quase todos à corrupção que graceja pelos Poderes Públicos. Jean Ziegler não consegue compreender como o povo brasileiro, que gasta todo dinheiro que ganha e não tem muitas perspectivas de uma vida digna, vive sempre feliz, recebe a todos com simpatia e energia contagiantes e sempre acredita num futuro melhor. Não sei se é possível dizer que nosso povo é feliz. Penso que apenas quem tem saúde é feliz neste País. Porque quem precisa de um médico ou medicamentos e não pode pagar padecerá nas filas do SUS, aguardando atendimento. As deficiências sociais, todos sabemos, estão em todos os níveis e setores, inclusive no âmbito da Justiça. Sei que, como magistrado, mudarei muito pouco isso tudo, mas o que posso dizer, depois de

24 anos de magistratura, é que cada um de nós presente neste auditório e cada cidadão pode fazer a sua parte: basta sermos honestos em nossas atitudes. Não precisamos de salvadores da pátria, pessoas com grande coragem ou inteligência para combater um suposto mal, ou de políticos que reformularão tudo e alcançarão com suas ações o bem comum. Precisamos apenas que cada cidadão se conscientize que, ao cumprir seus deveres cívicos e morais, nossa sociedade será a ideal. Se cada pessoa deste auditório for honesta consigo e com a sociedade, construiremos um mundo ideal. Não há corrupto, sem corruptor, nem traficante, sem usuário de drogas. Não há espaço para político desonesto se o eleitor for probo. Não há espaço para administrador público relapso e mal intencionado se a sociedade civil se organizar. Não haverá abuso de prerrogativas se houver cidadania ativa. Desnecessários os órgãos reguladores, a censura ou o controle externo, se cada um fizer o seu próprio controle interno. Isso tudo depende da cooperação que deve existir entre cada cidadão e os magistrados desta Nação. É necessário conscientizar o povo que o Poder Judiciário, nós Juízes, estamos aqui para aplicar a lei àqueles que insistem em promover os maus exemplos, em procurar o caminho fácil, em portar-se voluntariamente à margem do que a lei determina. Quer concordemos ou não com a lei imposta pelo Poder Legislativo, temos que aplicar as normas para que a ordem seja mantida, para que os valores éticos, morais e familiares sejam preservados. Portanto, digo aos homens de bem, continuem sendo corretos, acreditem na honra, na lealdade e nos bons valores, porque há Juízes em Santa Catarina para punir os transgressores. De fato, precisaremos de Juízes para punir a malandragem, se não houver obediência ao conselho do pai, da família, da Igreja, da escola ou da sociedade. Ingresso hoje não num órgão de segunda instância mas no respeitado Tribunal de Justiça de Santa Catarina. O respeito que gozamos na comunidade jurídica não se deve apenas ao fato de cedermos mentes brilhantes para integrar o Superior Tribunal de Justiça. O pioneiro Ministro Hélio Mosimann que, com sua cortesia e inteligência, abriu as portas para que, depois, as-

cendessem ao Tribunal da Cidadania o dinâmico e eloquente Ministro Paulo Gallotti; o racionalizador e eficiente Ministro Jorge Mussi e o aguerrido e espirituoso Ministro Marco Aurélio Gastaldi Buzzi. Deve-se também ao fato de termos magistrados brilhantes, pessoas que abriram mão do convívio familiar em troca da atividade jurisdicional, pessoas que passaram a vida estudando e resolvendo problemas alheios em prejuízo da vida pessoal. Não há juiz que não leve problemas alheios para casa, ainda que seja em sua mente na busca da solução mais adequada. Como compatibilizar a necessidade social de respostas céleres quando precisamos decidir em pouco tempo ações que advogados muitas vezes levam semanas e semanas preparando e articulando as estratégias? Como manter o ânimo, apesar da crescente violação das nossas prerrogativas? Como manter o ritmo forte de trabalho, sabendo que a atividade funcional gera, a longo prazo, inúmeros problemas de saúde (problemas de visão, de coluna, do coração, de circulação nas pernas entre outros) e a aposentadoria de todos será reduzida drasticamente sob um pretexto mentiroso de conter déficits da previdência? Como compreender que todo cidadão tem o horário de repouso respeitado, mas nós, apesar de vivermos em permanente plantão, não fazemos jus à hora extra e ainda teremos as férias reduzidas? Como permanecer sereno no exercício da magistratura, quando periodicamente aumenta-se o valor das compras nos supermercados, dos planos de saúde, das mensalidades escolares dos nossos filhos e nossos subsídios não recebem sequer a reposição inflacionária? A equiparação dos subsídios dos Juízes com o baixo salário do cidadão tem como propósito tirar o foco do problema e enfraquecer o Poder Judiciário, que dizem não ser respeitado; só que, diante do arbítrio, é a saída de emergência de todo cidadão. A crescente incompreensão social traz novos desafios para a minha geração de magistrados, e só posso dizer aos eminentes Desembargadores aposentados que me empenharei para manter a alta reputação e a boa imagem da Corte que vocês construíram. Meu compromisso com a Instituição que vocês construíram é reafirmado diariamente desde o dia doze de agosto de 1988.

Quanta honra poder contribuir com a grandiosa obra que vocês edificaram e quanta responsabilidade integrar uma Corte com tanta respeitabilidade. Aos Desembargadores do nosso Tribunal, peço que tolerem as minhas deficiências humanas, que, por certo, são muitas, mas saibam que esforço pessoal e preocupação em fazer o que entendo ser correto sempre nortearam e nortearão a minha vida. Aos magistrados de primeiro grau, digo-lhes que continuem firmes no exercício diário da judicatura porque, apesar de todas as dificuldades, é nosso dever construir uma sociedade mais justa. Sem nosso labor, a sociedade ficará à mercê dos maus exemplos. Nossa luta vale a pena... Já finalizando, gostaria de ressaltar aos jurisdicionados o compromisso com o futuro do meu Estado, lugar em que morei a minha vida inteira e permanecerei até o final dessa existência. Espero que meus filhos perpetuem os bons valores que herdei dos meus ascendentes seja neste ou em qualquer outro solo. Lutarei até o fim das minhas forças para que possamos viver num lugar melhor do que aquele em que fui criado. Por fim, emocionado pelo brilho desta celebração cívica, agradeço a minha mulher Vanessa Maria, companheira solidária e sempre compreensiva a todas as demandas que envolvem a vida de um juiz. Renovo aqui, querida Vanessa, o meu amor por você. Aos meus filhos Bruna e Carlos Filho, um beijo em cada um de quem os ama de paixão ao seu modo. Suplico aos Céus que, pelo Divino Espírito de Deus, continue a me iluminar na interpretação das leis e na distribuição de Justiça no exercício do cargo que ora assumo. Muito obrigado.”

DISCURSO PROFERIDO PELO DESEMBARGADOR LUIZ CÉZAR MEDEIROS EM NOME DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA EM SAUDAÇÃO AOS TRÊS NOVOS DESEMBARGADORES EMPOSSADOS NO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SANTA CATARINA

“O momento que estamos vivendo é de um significado especial, de particular importância para o Poder Judiciário e em especial aos juízes que hoje alcançaram o píncaro de suas carreiras no Tribunal de Justiça catarinense. É a oportunidade de renovação do sagrado juramento de bem cumprir a missão de magistrado, agora no segundo grau de jurisdição, com fidelidade às leis e à Constituição. Aparentemente nada muda; porém, intimamente, para todos nós que pertencemos ao Poder Judiciário, é um recomeço, agora sob novo prisma jurídico-institucional. É o momento de proceder-se a uma reflexão sobre o passado e projetar-se novas metas e ideais para o futuro. Agora os Senhores são Desembargadores e, acrescida à nobre e espinhosa função de julgar, inerente a todos os magistrados, Vossas Excelências passam a compor o Tribunal Pleno, Órgão deliberativo e com substancial poder decisório na regência das ações institucionais do Poder Judiciário de nosso Estado. Vossas Excelências, em parceria com os órgãos diretivos da Corte estadual, passam a ser também gestores e responsáveis por todas as ações que direta ou indiretamente interferem na vida funcional e na carreira de nossos juízes, e principalmente as que têm ressonância na organização judiciária e no aprimoramento da prestação jurisdicional, sem dúvida, nossa missão e razão de ser da Instituição “Poder Judiciário”. Exatamente por isso é que um novo caminho se descortina. Quando chega o dia de comemorar a vitória, não há como permanecermos alheios, quando aqueles a quem devotamos amizade, admiração, respeito ou amor, na amplitude axiológica que a palavra exprime, sobem ao pódio.

E se acompanhamos mais de perto a trajetória desses triunfadores, a alegria, como já disse, transforma-se em verdadeira cumplicidade. Hoje é celebrada a vitória de cada um dos Senhores sobre todas as dificuldades que a busca pela concretização de um sonho, de um verdadeiro ideal, impõe. Desde a árdua batalha enfrentada por ocasião do concurso de ingresso na magistratura, pelo difícil período inicial de adaptação às novas e importantes funções judicantes, pelas constantes mudanças de cidades, até a satisfação em ver que, se a luta não terminou, pelo menos a experiência carreada nos longos anos de judicatura a tornaram menos extenuante. O Desembargador Ronaldo Moritz Martins da Silva, natural de Florianópolis, iniciou sua trajetória vitoriosa nos idos de 1987, como Juiz Substituto da Circunscrição de Blumenau. De lá, ainda como Juiz Substituto, removeu-se para a Capital, e em seguida deixou para trás a Ilha da Magia, seus parentes e amigos, rumando para Fraiburgo; na sequência foi promovido para Dionísio Cerqueira, Caçador e Blumenau. Retornou à Capital novamente por remoção, de onde foi guindado ao cargo de Juiz de Direito Substituto de Segundo Grau, chegando hoje à titularidade nesta Instância Jurisdicional. E lá se foram 25 anos – praticamente uma vida. O Desembargador Ricardo José Roesler, natural de São Bento do Sul, também no ano de 1987, iniciou a judicatura como Juiz Substituto na Circunscrição de Joinville. Na sequência, foi promovido para a Comarca de Barra Velha, Sombrio, Jaraguá do Sul e Joinville, de onde veio para Florianópolis desempenhar as funções inerentes ao cargo de Juiz de Direito de Segundo Grau, e nesta data alça ao maior posto da jurisdição estadual. Desembargador Ricardo – tudo parece ter acontecido tão rápido; mas lá se foram 25 anos. O Desembargador Robson Luz Varela, natural de Florianópolis, ingressou na magistratura em 1989 como Juiz Substituto da Circunscrição Judiciária de São Bento do Sul, removendo-se em seguida para a Circunscrição de Blumenau. Vitaliciado, foi promovido para a Comarca de Anchieta, e na sequência para São Lourenço do Oeste, São Miguel do Oeste e Blumenau. Veio à Capital por remoção, alçando ao cargo de Juiz de

Direito de Segundo Grau, e hoje empossado no cargo de Desembargador. Nesse caminhar esvaíram-se 23 anos. Por onde passaram, esses ilustres magistrados, a seu modo, deixaram suas marcas, seus feitos. Por certo, cada uma dessas comunas tem nos registros de suas histórias a passagem dos Desembargadores Ronaldo, Ricardo e Robson. Em cada um desses locais ficaram amigos, lembranças, histórias, saudades. Fatos que hoje são por nós e certamente por vocês relatados com a mesma naturalidade que os juízes mais experientes, a quem chamávamos não tão carinhosamente de “velhinhos do Tribunal”, nos contavam tempos atrás. Essa vitória, certamente tem como participantes ativos pais, cônjuges, companheiros, enfim, todos os familiares e amigos que de uma forma ou de outra acompanharam cada um dos Senhores, renunciando prazeres e dividindo as aflições que naturalmente assolaram os seus espíritos nas horas mais difíceis. A eles, dirijo as felicitações da Corte e o reconhecimento de que foram e continuarão sendo imprescindíveis ao sucesso de seus entes queridos. É, a vida de um juiz realmente não é um mar de rosas; é uma trajetória penosa, mas gratificante, mesmo que por vezes ausente o devido reconhecimento justamente pela destinatária final de nossas ações – a própria sociedade. Não obstante as vicissitudes e as distorções intencionalmente maliciosas que a conjuntura político-social nos dias atuais inflige à atuação dos juízes, generalizando particularidades nefastas e minimizando a exuberante qualidade e produtividade da absoluta maioria dos magistrados, não há lugar para o desalento. O desânimo é passageiro e se esvai com um desabafo feito a um ouvido amigo ou por meio da “rede magis”. E não há lugar para o desalento porque o verdadeiro juiz, o juiz por vocação, não vive de “obrigados”. Sua conquista pessoal reside no convencimento de que em cada despacho, em cada sentença, em cada voto, contribuiu para a concretização da justiça. Digo isso porque este Tribunal e a sociedade catarinense têm a certeza de que cada um dos Senhores, com a mesma tenacidade, garra e vontade de vencer, demonstradas no árduo caminho que trilham até esta marcante solenidade, continuarão a desempenhar com

galhardia as relevantíssimas atribuições de magistrado da Corte catarinense. Como sabemos, e em complemento ao que se disse antes, a aurora de uma fase vencida é também o prenúncio de novos desafios. Em reforço ao antes afirmado, os bons juízes não ficam parados e frustrados porque o serviço é invencível; porque o número de funcionários é pequeno; porque os vencimentos não têm o caráter retributivo esperado; porque a sociedade por vezes não reconhece os méritos de seu trabalho; ou porque o Tribunal não tenha dado respostas às suas angústias e até olvidado o seu esforço quando de uma eventual promoção. As metas de vida do bom juiz são bem maiores do que a simples satisfação de sentimentos subjetivos imediatos. O seu sonho é vencer, e vencer não significa simplesmente o fim da luta com resultados positivos. Vencer para o bom magistrado é lutar diuturnamente contra as vicissitudes que a nobre arte de distribuir justiça impõe. Vence o magistrado que repousa ou desfruta do aconchego de sua família e amigos com o sentimento da tranquilidade daqueles que têm a plena consciência do dever cumprido, mesmo sabendo que na trincheira – seu Gabinete – uma nova plethora de processos o aguarda para a continuidade do bom combate. O mestre De Nicola, de sua alta sensibilidade humana, deixou escrito: ‘Não sei conceber nada mais alto, nem mais solene, nem mais terrível do que a missão do Juiz. Descobrir a verdade entre as mentiras que o envolvem e as astúcias que o insidiam; resistir às paixões que o cercam; ser justo sem indulgência nem rigor; conhecer o coração humano com suas fraquezas e nas suas imperfeições; não obedecer aos ódios e não se deixar arrastar pelas querências; manter-se impassível ante os contrastes e os choques da vida; traçar os limites do justo com mão segura e com olhar esperto; ser intérprete não da palavra, mas do espírito informador e vivificador da lei; dispor da honra, dos haveres, do futuro, da própria vida de seus semelhantes. Tal o seu complexo de deveres altos e solenes que da alma arrancam este grito: que funções sublimes!’. Os Senhores, não há qualquer dúvida, detêm as mais altas qualificações, não só para fazer justiça no caso concreto mas para ser um dos partícipes ativos

na edificação de um Direito que corresponda às expectativas e necessidades sociais. Um Direito que, embora não seja sinônimo de Justiça, venha a ser efetivamente o instrumento que a concretiza, que a realiza. Um Direito que não se reduz à lei, mas que traduz o conjunto de princípios que exprime o sentido ético da vida humana. A lei tem que ser interpretada a partir do Direito, e não se substituir nele. Na verdade esse desafio é de nós todos; é uma meta ideal que temos que perseguir em todos nossos afazeres, desde o mais simples despacho até a sentença mais complexa. Mais do que operadores do Direito, devemos ser pensadores do Direito, refletir sobre a realidade que nos cerca e, com a força do nosso conhecimento, no exercício de nossa missão constitucional, modificá-la. É pensamento que externo sempre que tenho oportunidades honrosas como esta. É fundamental tornar a Justiça mais humana, voltada para a solução das angústias de cada cidadão deste País. Nesse contexto, é de todo pertinente a manifestação do Justice Oliver Holmes, da Suprema Corte Americana: ‘o Direito não é apenas lógica, mas sobretudo experiência’. E, de fato, como observou Mauro Cappelletti, com igual sabedoria: ‘Sob a ponte da Justiça passam todas as dores, todas as misérias, todas as aberrações, todas as opiniões políticas, todos interesses sociais. Justiça é compreensão, isto é, tomar em conjunto e adaptar os interesses opostos: a sociedade de hoje e a esperança de amanhã’. Para dar cabo de desiderato dessa magnitude, os juízes e juízas precisam ser homens e mulheres de caráter que, na definição de José Ingenieros são aqueles ‘seguros em suas crenças, leais a seus afetos; fiéis à sua palavra, nunca se obstinam no erro, não traem, nunca, a verdade. Vão contra os obstáculos e enfrentam as dificuldades. São respeitosos na vitória e se dignificam na derrota, como se, para eles, a beleza estivesse na lição, e não, no resultado’. Essas qualidades, de forma clara e inafastável, encaixam-se no perfil de nossos colegas que hoje foram empossados nesta sessão solene. Obrigado.”

DISCURSO DE POSSE DO DOUTOR RONALDO MORITZ MARTINS DA SILVA NO CARGO DE DESEMBARGADOR DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SANTA CATARINA

“Agradeço, inicialmente, sensibilizado, a saudação proferida pelo Excelentíssimo Senhor Desembargador Luiz César Medeiros, que é conhecido pela sua inteligência, cultura, cavalheirismo e gentileza. Sua manifestação jamais será esquecida. Após sair de um treino de futebol no Colégio Catarinense à época da minha adolescência, observei, nas imediações da Rua São Jorge, uma aglomeração. Curioso, como todo ilhéu, fui verificar o seu motivo. Ali se realizava um Júri Popular, sob a presidência do Juiz de Direito Doutor Ernani de Palma Ribeiro. Foi o meu primeiro contato direto com uma sessão de julgamento. Perdi a hora, de tão fascinado com o belíssimo trabalho, e cheguei tarde da noite em casa. Passadas as incertezas naturais da escolha de uma profissão, decidi estudar Direito. Formado em julho de 1983, pela Universidade Federal de Santa Catarina, exerci, por breve período, a advocacia. Fiz muitos amigos. Em 1985, anos após aquele Júri, fui nomeado Secretário Jurídico do Desembargador Ernani de Palma Ribeiro. A partir daí, despertou o desejo de ingressar na magistratura estadual, que se realizou em maio de 1987. Ao saudoso Desembargador Ernani, que tantas lições outorgou-me, a minha gratidão e homenagem. Desde que fui aprovado no concurso para o cargo de Juiz Substituto, fiz da profissão escolhida um ideal permanente de vida. Tenho a plena convicção de que encontrei a minha vocação, que me realiza, me faz feliz e conforta meu espírito. Com imensa honra, integro o Poder Judiciário de Santa Catarina, certamente um dos mais conceituados do nosso País, pelas suas mais elevadas e reconhecidas tradições. Iniciei a carreira na comarca de Blumenau. Fui recebido com grande afetividade por todos os magistrados que lá judicavam. A primeira missão foi a de substituir o Doutor Antônio

Fernando do Amaral e Silva, à época Juiz de Direito Titular da Vara da Família, Menores, Sucessões e Registros Públicos. Transcorrido razoável tempo, o Desembargador Amaral, na condição de Presidente do Tribunal Regional Eleitoral e, após, desta Corte, deu-me posse nos cargos de Juiz Efetivo, na categoria de Juiz de Direito, e de Juiz de Direito de Segundo Grau. Concluído o ciclo de promoções, fui removido para a Capital. Como Juiz Especial, minha primeira obrigação foi substituir o Doutor Cláudio Barreto Dutra, Juiz Titular da 5ª Vara Cível. Removido a Juiz de Direito de Segundo Grau, fui designado para atuar na Câmara Civil Especial, sob o comando do Desembargador Cláudio, que hoje preside esta solenidade de posse no cargo de desembargador. Por essas agradáveis coincidências, peço máxima licença, para, nas pessoas dos insignes Presidentes, prestar minha homenagem a todos os Desembargadores deste Tribunal de Justiça, o qual constitui um templo de equilíbrio, de sensibilidade, de vocações serenas e sólidas, de coragem, de honra, de probidade, de sofisticada atividade intelectual, de ética verdadeira, de isenção e de culto a uma ordem jurídica justa, enfim, de todas as virtudes que se destinam a realizar o bem e a distribuir Justiça, que estendo a toda a magistratura catarinense. Minha homenagem, também, aos ilustres advogados e integrantes do Ministério Público, os quais, em conjunto com a magistratura, em condições de igualdade, colaboram e são essenciais na incessante e difícil obra de administração da justiça. Pela dedicação, lealdade e competência, meu reconhecimento e gratidão às atuais e ex-assessoras e assessor, Doutoradas: Priscila Leonel Vieira, Ana Carolina Serpa Schaefer Martins, Manuela Ávila Búrigo, Muriel Godinho Barbosa de Souza, Raquel Schaefer Besen Hardt, Candy Erine Komatsu, Rosa Maria Vieira Velho, Sheila da Cunha, Patrícia Gutjahr Freysleben, Doutor Juliano Serpa (atualmente Juiz de Direito em São Miguel do Oeste) Doutoradas Nireni Macarini Olivo, Giesa Carla Cirino e Gabrielle Abreu. Nossa família, desde a instalação deste Tribunal, em outubro de 1891, presta serviços a Santa Catarina, mediante a magistratura de carreira. No âmbito administrativo, meu pai, o Doutor Paulo

Gonzaga Martins da Silva, exerceu, por 27 anos, o cargo de Secretário-Geral desta Corte. Todos conhecem as suas inesgotáveis qualidades. A ele, a minha querida mãe, Léa Moritz Martins da Silva, e aos meus irmãos, Doutores Ivam e Edson, e Desembargador Substituto Paulo Henrique, meu carinho e gratidão permanentes. À Doutora. Yara Coelho de Souza Lampert, de quem sempre recebi apoio, meu reconhecimento. Agradeço, ainda, aos meus parentes e amigos, que acompanham a minha carreira e alegram-se com as conquistas. Assumir o mais elevado cargo da hierarquia do Poder Judiciário estadual representa especial honra, elevada distinção, que conforta, orgulha e motiva, cada vez mais, a dar continuidade a uma vida dedicada à causa da justiça. Isso só foi possível por ter ao meu lado, nesses 25 anos de carreira, minha querida e amada esposa, Maria Francisca Coelho de Souza Martins da Silva, a Kika, com quem partilho os méritos dessa conquista. Reafirmo meu compromisso de lealdade e de respeito a este Tribunal e as suas tradições. Muito obrigado.”

DISCURSO DE POSSE DO DOUTOR RICARDO JOSÉ ROESLER NO CARGO DE DESEMBARGADOR DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SANTA CATARINA

“Se ontem é passado e amanhã futuro, hoje é uma dádiva; por isso que se chama presente. Contemplando 25 anos de carreira, Vossas Excelências Senhores Desembargadores materializaram essa dádiva, no presente momento de minha promoção para a mais alta Corte catarinense de Justiça. Poderia aqui e agora fazer um retrospecto de minha carreira, mas isso, se não é conhecido, foi mencionado no currículo. Poderia relatar as dificuldades e angústias por que passamos em toda a trajetória de nossas carreiras, mas isso é desnecessário, simplesmente porque repetiria o que de todos é conhecido. Poderia enaltecer tantos personagens que comigo viajaram nesse trem da vida, desde o embarque. Poderia homenagear tantos amigos que já desembarcaram durante a viagem, mas que, em cada estação, e em cada desembarque, já tive a oportunidade de sofrer, reverenciar e despedir-me. Poderia enfatizar a importância do Poder Judiciário e dos Juízes para a consolidação do Estado Democrático de Direito, mas isso é constantemente repetido e, muitas vezes, só é compreendido quando necessário ou conveniente. Poderia reafirmar o significado distintivo do associativismo na carreira dos magistrados. Poderia criticar a opinião, não a pública, mas a publicada, que enaltece as nossas mazelas, maldizendo o chamado ‘ativismo judicial’ diante da inércia legislativa. Poderia lembrar que o judiciário não é um nicho incólume à corrosão denotada em todos os setores, mas um organismo que interage com os valores disseminados e que sofre os mesmos influxos aos quais está submetida a sociedade. Poderia destacar a importância da ética, matéria-prima insubstituível em todas as relações sociais e, notadamente, em nosso ofício, salientando que o círculo vicioso só pode ser quebrado com a virtude, para que se torne um círculo

virtuoso; mas todos sabem: se cada um agir corretamente, o todo terá a atuação correta. Esse será o maior legado a nossos filhos e netos. Poderia comentar sobre o perigo do silêncio dos bons. Poderia falar da excessiva erudição em detrimento da efetividade dos julgados. Poderia enaltecer a importância do esporte na formação e inclusão social dos jovens. Poderia lembrar que iniciei a minha educação na prática desportiva, aprendendo tudo do pouco que sei a respeito das relações sociais dentro desse microsistema: foi uma escola de vida. Poderia registrar a importância dos servidores, dos promotores de justiça e dos advogados e até mesmo dos jurisdicionados que passaram e ainda viajam comigo nessa fase da vida. Poderia sublinhar a importância destacada de São Bento do Sul na minha formação; de Joinville, terra de meus príncipes e filhos, na minha vida e no meu trabalho. Poderia alinhar todos que ajudaram a construir esse momento, mas resolvi, como em muitas oportunidades, fazer uma reverência à gratidão. Se aqui cheguei é porque passei por inúmeras fases incentivado e apoiado. É de Charles Chaplin (1889-1977) uma reflexão que merece registro: ‘Cada pessoa que passa em nossa vida, passa sozinha, é porque cada pessoa é única e nenhuma substitui a outra. Cada pessoa que passa em nossa vida passa sozinha e não nos deixa só porque deixa um pouco de si e leva um pouquinho de nós. Essa é a mais bela responsabilidade da vida e a prova de que as pessoas não se encontram por acaso’. Por isso é que alguns, mesmo com o risco da incompreensão de outros, precisam ser lembrados. Inicialmente agradeço ao ilustre e destacado Desembargador Luiz César Medeiros, Presidente do TRE/SC, pela magnanimidade das palavras que calaram fundo e, citando o seu nome, reconheço a atuação de todos os Desembargadores do meu Tribunal pelo companheirismo e confiança depositada. Gratidão eterna ao meu pai, Leonardo Roesler, que com sabedoria ensinou-me a trilhar o caminho da responsabilidade, do respeito, da dignidade, da ética e da importância da família; e hoje, em algum lugar desse universo, está a abençoar-me com o seu espírito de luz. Sou grato a minha mãe, Yolanda Luci, pelas lições de humildade, mora-

lidade e de amor maternal. Sou grato a minha querida e amada esposa Sandra e aos meus filhos, Shana e Leonardo José, pela força, compreensão, cumplicidade e união desse núcleo que nos blinda e fortalece. Sou grato a meus irmãos Solange e Luis Fernando pelo companheirismo em qualquer ocasião. Diante dos colegas sou grato ao Juiz jubilado Osmar João de Geus, pelo incentivo na escolha da carreira; pela retidão de conduta e de caráter; pela competência e dedicação: um dos melhores juízes de sua época e que ainda é lembrado pelo exemplo. Pelo Ministério Público, minha gratidão vai para o Promotor de Justiça jubilado Manoel Roberto da Silva, pelo incentivo nos estudos, pelo profissionalismo e comprometimento com a causa pública. Em nome dos advogados, Senhor Presidente da OAB/SC, minha gratidão vai para o decano dos advogados da querida São Bento do Sul, Braulio José Roesler pelo exemplo de profissional íntegro e probo na lida dessa paixão que é a ciência jurídica. Minha gratidão às comarcas de Barra Velha e Sombrio pela experiência adquirida; à de Jaraguá do Sul pelos grandes amigos conquistados; e, finalmente, à de Joinville, verdadeira locomotiva da economia catarinense, pelo complemento de minha história. Representando os servidores de todas as comarcas, a gratidão, a admiração e o respeito vai para a minha equipe de gabinete: Fernanda Borges Pereira, Cleon Bassani Ribas, Mariana Silva Albino, Tathiana Carlin, Andréa Juliana Soares, Gilmara Hoepers, Alexandre Schmidt Fernandes, Bárbara Kreutzfeld, Alessandra Martinelli e Eduardo Xavier, além de outros tantos servidores e estagiários que hoje labutam em outras paragens. Somos uma unidade; um time competente, ético, responsável, cúmplice, eficiente, produtivo, comprometido com o trabalho, que, desde o início, vem acompanhando-me no segundo grau de jurisdição. Gratidão aos meus amigos e verdadeiros irmãos da escola da alma, um abraço de gratidão pela compreensão de minha falibilidade. Gratidão ao inesquecível e insubstituível Desembargador Newton Janke, um dos melhores que minha geração teve a oportunidade de conhecer, amigo e companheiro diário cuja vaga eu coincidente e orgulhosamente passo a ocupar nesse egrégio Tribunal. Aos

Desembargadores Cid José Goulart Júnior, João Henrique Blasi, Nelson Schaefer Martins, Orli de Athaíde Rodrigues e Cesar Abreu, pela amizade e pelo aprendizado na Segunda Câmara de Direito Público. A todos os conhecidos e competentes Desembargadores do Grupo de Câmaras de Direito Público, nas pessoas dos Desembargadores Newton Trisotto, Vanderlei Romer, José Volpato de Souza e Jaime Ramos, contemporâneos da comarca de Joinville, sou grato pelas lições. Ao Desembargador Solon d'Eça Neves, em memória, pela amizade dedicada; aos Desembargadores José Antônio Torres Marques e Sérgio Torres Paladino, pelo companheirismo e confiança no trabalho. Não poderia deixar de grifar o destacado significado de minha experiência nas lides associativas incentivado pelo Desembargador Ricardo Fontes e pelo Juiz Rodrigo Collaço, que realizou, reconhecidamente, uma das melhores gestões em nossa associação nacional. Minha gratidão, enfim, a todos aqueles que me emprestaram a solidariedade nos momentos mais difíceis, ajudando-me na construção de uma sociedade mais justa e solidária. Minha mais sincera gratidão finalmente àqueles que me criticaram porque eles foram meus verdadeiros mestres. Espero realizar sempre o melhor com saúde, tolerância e sabedoria, usando a melhor fórmula no preparo da argamassa que une esse mosaico de conflitos sociais, para, ao fim e ao cabo de cada julgamento, disseminar novas ideias, exercer o imprescindível papel docente e ser o mais justo possível na distribuição da justiça. Concluo agradecendo a presença de todos e as mensagens daqueles que aqui não puderam comparecer, não sem antes renovar a minha fé em Deus, a minha crença na justiça e no futuro que nos espera. Viva a magistratura catarinense. Eu vivo”.

DISCURSO DE POSSE DO DOUTOR ROBSON LUZ VARELLA NO CARGO DE DESEMBARGADOR DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SANTA CATARINA

“Quero, inicialmente, sem fanatismo, agradecer a Deus pelas infalíveis promessas e a todos aqueles que invocaram a sua perfeita justiça para que hoje um sonho fosse realizado. A este mesmo Altíssimo que trouxe a existência, a figura paterna do meu querido pai Norton Paulo Varella e Danila Carneiro da Cunha Luz Varella que sabiamente e com demonstração de carinho criaram os seus filhos e pela permissividade divina estão hoje, pela sua graça e misericórdia, assistindo um pedacinho da minha história e o coroamento de uma carreira paulatinamente granjeada. O meu amor por vocês é difícil dimensioná-lo, porque, invariavelmente, sujeitaria-se a etimologia da palavra “infinito”. A minha querida esposa Daniela Gastaldi Varella, com quem convivo há quase 14 anos, organizadora dos nossos ideais, que com simplicidade mas com tamanha sabedoria, nos momentos de aflição, confiou em mim e recobrou a necessária tranquilidade para que a concórdia e a placidez do convívio se tornasse suave e livre de obstáculos. É exemplo de responsabilidade, superação e companheirismo. Ao meu querido irmão Everton Luz Varella, médico operoso, orgulho de pessoa e fraternidade, que com o seu potentoso juízo crítico e científico traz na informação o seu maior aliado para reequilibrar e promover a saúde daqueles que clamam pela sua intervenção. Que as suas mãos continuem devolvendo saúde, sorriso nos lábios daqueles que chegam muitas vezes desesperansos clamando por solução. À minha carinhosa filha Priscila Varella, que traz no sorriso a minha contínua motivação para brindar a vida com alegria e persistência, sabedor de que todos os seus obstáculos foram conquistados primeiramente pela sua imensa vontade de superá-los e também pela família, que sempre lhe dava suporte para alcan-

çar os seus objetivos. Ao Desembargador Cesar Augusto Mimoso Ruiz Abreu e à Desembargadora Maria do Rocio Luz Santa Ritta que sempre acreditaram na minha modestíssima proficiência jurídica e que, até mesmo no silêncio de um período, eram capazes de entender uma necessidade lídima e que revelava equidade. Ambos sempre tiveram coragem para imprimir às suas decisões aquele conteúdo social e humano, que nem sempre, no entrosamento de interesses, aflora de maneira clara ao encarregado de distribuir justiça. Coragem, para interpretar os fatos humanos, não pela simples e enganosa verdade aparente, mas pela sua mais profunda exegese social. Coragem, na abordagem de temas que objetivavam desenvolver o constante aperfeiçoamento da Instituição, como instrumento que é a serviço da comunidade, tudo isso partilhado, naturalmente, pela sensibilidade feminina da eminente Desembargadora. À saudosa memória do Advogado Doutor Ennio Luz, que me traz a clara lembrança de que ajudar o próximo vale a pena, faz bem e conforta a alma. Aos respeitáveis e dignos colegas que passaram e aos que permanecem na Segunda Câmara de Direito Comercial que me transferiram a mais absoluta tranquilidade no julgamento colegiado e souberam pacientemente me escutar, ainda que pela minha imaturidade, por vezes, balbuciava, pela ansiedade em querer acertar. Ao Excelentíssimo Desembargador Francisco José Rodrigues de Oliveira Filho, ex-Presidente deste egrégio Tribunal, meus sinceros agradecimentos pelo excelente convívio e por tudo que aprendi na Universidade “Cautelar” de Santa Catarina, desculpe o trocadilho, mas era a cadeira que Vossa Excelência ministrava com o mais absoluto domínio, e pelos judiciosos ensinamentos que me fez crescer como operador do direito e que digna e honradamente também prestou justa e merecida homenagem em seu mandato ao saudoso Desembargador Eduardo Luz, que muito contribuiu e se dedicou para a causa da justiça, como um verdadeiro empreendedor e paladino do direito. Também ao Excelentíssimo Desembargador João José Ramos Schaefer, ex-Presidente desta egrégia Corte, que muitas vezes me acolhia em sua residência para que eu pudesse colher

a sua impressão sobre determinada controvérsia jurídica, já que sua larga experiência na área me confortava para direcionar num ou noutro sentido. Ao Excelentíssimo Senhor Desembargador Luiz César Medeiros, a quem emocionadamente agradeço, pela efetiva e cativante saudação que me dirigiu, cuja expressão jurídica e cultural de nossa Casa é de uma inexcusável qualidade literária e que aprendi a respeitá-lo e admirá-lo no curso da minha trajetória profissional. Ao eminente Presidente desta Corte, Desembargador Cláudio Barreto Dutra, de finíssimo trato, vocacionado na carreira jurídica, muito me orgulha ao vê-lo no patamar máximo desta Corte. Louvo pela direção dada aos assuntos institucionais e pela objetividade e rapidez com que tem professado suas deliberações. Aos meus eficientes e corajosos colaboradores da minha estabilidade emocional e profissional que integram o meu gabinete, Daniele Ballock, Regina Assad, Carolina Santos, Luciana Meneguel, Larissa Bischoff, Paula Kovalski, Tatiana Durante e Fernando Baggio, meu profundo agradecimento e que continuem sendo operosos e declaradores de justiça e bem-estar. E, também, aos demais Desembargadores desta Corte que conferiram crédito na minha presente ascensão para que eu pudesse contribuir um pouquinho com a causa da justiça. E, transpondo, agora, a ordem dos agradecimentos, reconheço na justiça catarinense, sem desmerecer a operosidade dos demais magistrados de outros entes federativos, uma justiça efetivamente preocupada em prover rapidez e celeridade aos seus jurisdicionados, sempre engajados em melhor aparelhar a estrutura judiciária, promovendo principalmente a efetividade das decisões jurisdicionais. A exemplo disto, convivemos com agendas rigorosas estabelecendo prioridades e metas anuais visando uma rápida solução dos conflitos, sem falar nos permanentes projetos, tais como programas alternativos de solução de conflitos, núcleos de conciliação, mediações dos juizados especiais, mediações familiares, juizados informais, mutirões de sentença, mutirões cartoriais, justiça presente nos estádios, além dos projetos sociais institucionais de vanguarda como “Doar é Legal”, “Crack nem Pensar”, “Portal da Infância e da Juventude”, todos visivelmente estampados no

próprio *site* deste Tribunal. E com eventos e programas que aproximem o cidadão do Judiciário, mostrando-lhe que a Justiça é um Direito seu, é um bom começo. Ao promover esta aproximação estamos nos tornando partícipes na descoberta destes caminhos. Parabéns ao povo catarinense que pode contar com esta extensão auxiliadora que abraça os anseios da nossa sociedade. É claro que precisamos, ainda mais, aperfeiçoar o aparato judiciário, com medidas que visem ao máximo diminuir o tempo de resposta na solução das lides, evidentemente amparado com todas as garantias constitucionais, a exemplo da ampla defesa e do devido processo legal. Penso que também seria necessária outra intervenção legislativa para diminuir o número de recursos que se desdobram em escalada improdutiva, apesar dos recentes avanços, e com penalidades mais severas nas reproduções de temas sem a mínima dialeticidade, mas que, sem a necessária e indispensável provisão de cargos na magistratura, seria difícil implementar a tão almejada efetividade. São itens que estão intimamente interligados e que devem coexistir em harmonia. Mas, não basta que tenhamos boas instituições e bons marcos jurídicos. É necessário, também, que o povo conheça os caminhos que lhe permitam ocupar os espaços públicos que a Constituição garante. Sim, estamos também preocupados com programas que valorizem a magistratura, como um todo, instituindo-se encontros regionais e nacionais, a exemplo do que tem sido implacável o CNJ que, sob a campanha “Unidos por Soluções”, busca discutir e propor alternativas que valorizem a atividade e a prestação jurisdicional, numa tentativa de balancear as exigências de produtividade e qualidade da missão institucional dos magistrados. Destaco o esforço concentrado que a CGJ acaba de empreender para, com a utilização da tecnologia, suplantar a meta estipulada pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) de promover inspeções em pelo menos 30% das serventias extrajudiciais de cada Estado. Com efeito, a importância do Poder Judiciário na estrutura institucional em que se organiza o aparelho de Estado assume significativo relevo político, histórico e social, já que, sem juízes independentes, não há cidadãos livres! O fato inquestio-

nável, Senhor Presidente, é que inexistente, na história das sociedades políticas, qualquer registro de um Povo, que, despojado de um Judiciário independente, tenha conseguido preservar os seus direitos e conservar a sua própria liberdade. É verdade que a ordem jurídica não pode permanecer indiferente a comportamentos de quaisquer autoridades que hajam incidido em censuráveis desvios éticos no desempenho de suas funções, pois é imperioso proclamar, Senhor Presidente, sem qualquer hesitação ou tergiversação, que o cidadão tem o direito de exigir que o Estado seja dirigido por administradores íntegros, por legisladores probos e por juízes incorruptíveis. Em uma palavra: o direito ao governo honesto traduz uma prerrogativa insuprimível da cidadania. Mas também é fato que devemos ter coragem para romper com a barreira da morbidade intelectual em enfrentar adequadamente estes mesmos desvios, com escorreita juridicidade, atento rigorosamente às circunstâncias, sem interpretações teratológicas para que alardes infundados não tomem proporções irreversíveis, porque, depois de instalado o dano, conclusões em favor do ofendido raramente devolvem a estabilidade moral construída. Ora, os fatos teimados, normalmente são a caixa de ressonância dos potencializadores dos problemas, muitas vezes, para atingir objetivos setoriais, mas cedo ou tarde emergem com toda força de sua depuradora crueza e constitui uma rebelião inescusável contra o projeto intencional da ordem criada. Mas os seguros da palavra não se envolvem com indícios e não são permeáveis à síndrome da indulgência omissiva. E, concluindo, se ao Direito cabe ditar as regras do jogo da vida social, mormente as que mais temerariamente instabilizam a convivência humana, o Poder Judiciário é que detém o monopólio da interpretação e aplicação final do sistema de normas em que esse Direito consiste. É a definitiva âncora de cognição e aplicabilidade vinculativa do Direito, como uma espécie de luz no fim do túnel das nossas mais acirradas e até odientas confrontações. É o Poder que não pode jamais perder a confiança da coletividade, sob pena de esgarçar o próprio tecido da coesão nacional. Muito obrigado a todos.”

**SUPREMO TRIBUNAL
FEDERAL**

MANDADO DE INJUNÇÃO

Mandado de Injunção n. 1064, de Santa Catarina

Relator: Ministro Marco Aurélio

Impetrante: José Martim da Silva

Advogada: Grace Santos da Silva Martins

Impetrado: Presidente da República

Advogado: Advogado-Geral da União

Interessado: Estado de Santa Catarina

Procurador: Procurador-Geral do Estado de Santa Catarina

MANDADO DE INJUNÇÃO – ATIVIDADES EXERCIDAS EM CONDIÇÕES DE RISCO OU INSALUBRES – APOSENTADORIA ESPECIAL – SERVIDOR PÚBLICO – ARTIGO 40, § 4º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL – INEXISTÊNCIA DE LEI COMPLEMENTAR – MORA LEGISLATIVA – PRECEDENTES DO PLENÁRIO – PROCEDÊNCIA PARCIAL DO PEDIDO.

1. O Plenário, na sessão realizada em 30 de agosto de 2007, concedeu, à unanimidade, a ordem no Mandado de Injunção nº 721-7/DF, da minha relatoria, reconhecendo a omissão legislativa em razão da inexistência de lei viabilizadora de aposentadoria em atividade realizada sob condições especiais. Assentou que, ante a mora legislativa, há de ser adotado o sistema revelado pelo Regime Geral de Previdência Social, previsto no artigo 57 da Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991. Eis a síntese do julgado:

MANDADO DE INJUNÇÃO – NATUREZA. Conforme disposto no inciso LXXI do artigo 5º da Constituição Federal, conceder-se-á mandado de injunção quando necessário ao exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade,

à soberania e à cidadania. Há ação mandamental e não simplesmente declaratória de omissão. A carga de declaração não é objeto da impetração, mas premissa da ordem a ser formalizada.

MANDADO DE INJUNÇÃO – DECISÃO – BALIZAS. Tratando-se de processo subjetivo, a decisão possui eficácia considerada a relação jurídica nele revelada.

APOSENTADORIA – TRABALHO EM CONDIÇÕES ESPECIAIS – PREJUÍZO À SAÚDE DO SERVIDOR – INEXISTÊNCIA DE LEI COMPLEMENTAR – ARTIGO 40, § 4º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. Inexistente a disciplina específica da aposentadoria especial do servidor, impõe-se a adoção, via pronunciamento judicial, daquela própria aos trabalhadores em geral - artigo 57, § 1º, da Lei nº 8.213/91.

Nesse mesmo sentido são os seguintes precedentes:

DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. MANDADO DE INJUNÇÃO. SERVIDORA PÚBLICA. ATIVIDADES EXERCIDAS EM CONDIÇÕES DE RISCO OU INSALUBRES. APOSENTADORIA ESPECIAL. § 4º DO ARTIGO 40 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. AUSÊNCIA DE LEI COMPLEMENTAR. MORA LEGISLATIVA. REGIME GERAL DA PREVIDÊNCIA SOCIAL.

1. Ante a prolongada mora legislativa, no tocante à edição da lei complementar reclamada pela parte final do § 4º do artigo 40 da Magna Carta, impõe-se ao caso a aplicação das normas correlatas previstas no artigo 57 da Lei nº 8.213/91, em sede de processo administrativo.

2. Precedente: MI 721, da relatoria do Ministro Marco Aurélio.

3. Mandado de injunção deferido nesses termos.

(Mandado de Injunção nº 788/DF, relator Ministro Carlos Ayres Britto, Tribunal Pleno, acórdão publicado no Diário da Justiça de 8 de maio de 2009)

MANDADO DE INJUNÇÃO. APOSENTADORIA ESPECIAL DO SERVIDOR PÚBLICO. ARTIGO 40, § 4º, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. AUSÊNCIA DE LEI COMPLEMENTAR A DISCIPLINAR A MATÉRIA. NECESSIDADE DE INTEGRAÇÃO LEGISLATIVA

1. Servidor público. Investigador da polícia civil do Estado de São Paulo. Alegado Exercício de atividade sob condições de periculosidade e insalubridade.
 2. Reconhecida a omissão legislativa em razão da ausência de lei complementar a definir as condições para o implemento da aposentadoria especial.
 3. Mandado de injunção conhecido e concedido para comunicar a mora à autoridade competente e determinar a aplicação, no que couber, do artigo 57 da Lei nº 8.213/91.
- (Mandado de Injunção nº 795/DF, relatora Ministra Cármen Lúcia, Tribunal Pleno, acórdão publicado no Diário da Justiça de 22 de maio de 2009)

No julgamento dos Embargos Declaratórios no Mandado de Injunção nº 758/DF, também da minha relatoria, cujo acórdão foi publicado no Diário da Justiça de 14 de maio de 2010, o Colegiado esclareceu que não cabe mesclar os dois sistemas – o da Lei nº 8.213/91 e o da Constituição Federal –, tomando-se de empréstimo o primeiro quanto ao tempo de serviço e o segundo no tocante à idade. Confirmam com a ementa elaborada:

EMBARGOS DECLARATÓRIOS – PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. Os embargos declaratórios visam ao aperfeiçoamento da prestação jurisdicional, devendo, por isso mesmo, merecer compreensão por parte do órgão julgador.

APOSENTADORIA ESPECIAL – SERVIDOR PÚBLICO – TRABALHO EM AMBIENTE INSALUBRE – PARÂMETROS. Os parâmetros alusivos à aposentadoria especial, enquanto não editada a lei exigida pelo texto constitucional, são aqueles contidos na Lei nº 8.213/91, não cabendo mesclar sistemas para, com isso, cogitar-se de idade mínima.

A par desse aspecto, o Tribunal tem limitado a eficácia das decisões proferidas em mandado de injunção ao assentar que o exame dos requisitos exigidos para a concessão da aposentadoria especial não se confunde com o fundamento da inexistência de norma regulamentadora de tal direito. Cumpre, portanto, ao Supremo realizar a integração normativa e averiguar,

em cada situação, a possibilidade de aplicação da regra do artigo 57 da Lei nº 8.213/91. À autoridade administrativa, presente a integração legislativa, incumbe verificar se é, ou não, caso de aposentação. Assim ficou consignado no acórdão prolatado nos Embargos de Declaração no Mandado de Injunção nº 1.286/DF, quando a relatora, Ministra Cármen Lúcia, fez ver:

[...]

O objeto do mandado de injunção é a ausência de norma regulamentadora que inviabiliza o exercício do direito. Se o direito está perfeitamente configurado para ser exercido no caso em exame somente a análise e a conclusão das condições de fato, funcionais e jurídicas da situação da Impetrante, a serem feitas em sede administrativa, podem conduzir.

O que cumpre ao Poder Judiciário é verificar a omissão da norma regulamentadora e a possibilidade de a Impetrante poder se valer de regra jurídica aplicável à situação por ele descrita, afastando-se o impedimento que lhe advém da ausência da regulamentação constitucionalmente prevista, o que, no caso, é aqui prestado.

[...]

2. Ante o quadro, julgo parcialmente procedente o pedido formulado para, de forma mandamental, assentar o direito da parte impetrante a ter analisado o pleito da aposentadoria de que cogita o § 4º do artigo 40 da Constituição Federal, aplicando-se o regime da Lei nº 8.213/91. Cabe ao órgão a que integrada o exame do atendimento dos requisitos de aposentação.

3. Publiquem.

RECLAMAÇÃO

Reclamação n. 13.218, de Santa Catarina

Relatora: Ministra Cármen Lúcia

Reclamante: Estado de Santa Catarina

Procurador: Procurador-Geral do Estado de Santa Catarina

Reclamado: Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina

Interessado: Sindicato dos Trabalhadores em Estabelecimentos de Serviços de Saúde de Florianópolis – Sindsaúde

Advogado: Fernando Santos da Silva

DECISÃO

RECLAMAÇÃO. CONSTITUCIONAL. COMPETÊNCIA DE TRIBUNAL DE JUSTIÇA PARA PROCESSAR E JULGAR AÇÃO JUDICIAL SOBRE A LEGALIDADE DO EXERCÍCIO DO DIREITO DE GREVE POR SERVIDOR PÚBLICO ESTADUAL. PRECEDENTES. RECLAMAÇÃO JULGADA PROCEDENTE.

RELATÓRIO

1. Reclamação, com pedido de medida liminar, ajuizada pelo Estado de Santa Catarina, em 26.1.2012, contra julgado proferido na Ação Cautelar Inominada n. 2009.064601-6 e na Ação Declaratória n. 2009.073888-3/000100 pela 2ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, que teria desrespeitado as decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal nos Mandados de Injunção n. 670, 708 e 712.

O CASO

2. Em 23.10.2009, o Presidente do Sindicato dos Trabalhadores em Estabelecimentos de Serviços de Saúde Públicos e Privados de Florianópolis – Sindsaúde informou ao Secretário de Estado de Saúde de Santa Catarina que, em assembleia geral, teria sido deflagrada greve da categoria dos servidores públicos da saúde em todas as unidades de saúde estaduais representadas pelo Sindicato a partir de 3.11.2009 (doc. 6).

Contra essa paralisação o Estado de Santa Catarina ajuizou a Ação Cautelar Inominada n. 2009.064601-6 e a Ação Declaratória n. 2009.073888-3/000100 (doc. 7).

Em 21.6.2011, a 2ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de Santa Catarina declarou-se incompetente para deliberar sobre a legalidade do movimento grevista dos trabalhadores estaduais da saúde e determinou a remessa da ação declaratória e da medida cautelar para o juízo da Fazenda Pública da Comarca da Capital:

1. RELATÓRIO

Trata-se de ação declaratória cumulada com preceito cominatório, precedida de medida cautelar inominada, ajuizada pelo Estado de Santa Catarina contra o Sindicato dos Trabalhadores em Estabelecimentos de Serviços de Saúde de Florianópolis (SINDSAÚDE) em que se controverte sobre a legalidade do movimento grevista anunciado e deflagrado pelos servidores públicos lotados na Secretaria Estadual da Saúde em novembro de 2009.

Em destaque preliminar, o requerente, evocando precedente do Supremo Tribunal Federal, defende a competência deste Tribunal de Justiça para conhecer e julgar originariamente a ação, expondo, na sequência, os seus fundamentos de fato e de direito.

O Sindicato-réu contestou as duas ações (principal - fls. 141/173; cautelar - fls. 229/259).

A d. Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer do ilustre Procurador Antenor Chinato Ribeiro, opinou pela procedência parcial da ação principal e pela procedência integral da medida cautelar.

2. VOTO

A controvérsia instalada nas demandas diz respeito ao exercício do direito de greve por servidores públicos estaduais vinculados à Secretaria de Estado de Saúde.

Os fatos estão situados no final do ano de 2009 quando os servidores públicos da saúde, sob a liderança do sindicato da categoria, deflagraram um movimento paredista que atingiu os hospitais e centros de saúde instalados nos Municípios da região metropolitana da Grande Florianópolis.

Segundo os relatos dos meios de comunicação, centros de emergência, ortopedia e pediatria foram fechados, atendimentos médicos recusados, cirurgias canceladas ou remarçadas, tudo afetando os usuários do sistema público de saúde.

O Estado de Santa Catarina, visando restabelecer e garantir a continuidade do serviço e o pronto atendimento da comunidade, ajuizou inicialmente uma medida cautelar para compelir o sindicato a determinar que os seus filiados retornassem às atividades. Em passo seguinte, veio a ação principal, de cunho declaratório, com pedido de reconhecimento da ilegalidade do movimento grevista e, conseqüentemente, a reparação dos danos dela emergentes.

Assentou-se, na petição inicial de ambas as ações, que seria da competência originária do Tribunal de Justiça conhecer dos pedidos.

Data venia, esta premissa processual não procede.

Não se ignora o entendimento do Supremo Tribunal Federal a respeito desta questão, sintetizado do seguinte modo em um dos vários casos apreciados por aquela Corte:

“(...) 3. Até a devida disciplina legislativa, devem-se definir as situações provisórias de competência constitucional para a apreciação desses dissídios no contexto nacional, regional, estadual e municipal. Assim, nas condições acima especificadas, se a paralisação for de âmbito nacional, ou abranger mais de uma região da justiça federal, ou ainda, compreender mais de uma unidade da federação, a competência para o dissídio de greve será do Superior Tribunal de Justiça (por aplicação analógica do art. 2º, I, ‘a’, da Lei n. 7.701/1988). Ainda no âmbito federal, se a controvérsia estiver adstrita a uma única região da justiça federal, a competência será dos Tribunais Regionais Federais (aplicação

analógica do art. 6º da Lei n. 7.701/1988). *Para o caso da jurisdição no contexto estadual ou municipal, se a controvérsia estiver adstrita a uma unidade da federação, a competência será do respectivo Tribunal de Justiça (também por aplicação analógica do art. 6º da Lei n. 7.701/1988). As greves de âmbito local ou municipal serão dirimidas pelo Tribunal de Justiça ou Tribunal Regional Federal com jurisdição sobre o local da paralisação, conforme se trate de greve de servidores municipais, estaduais ou federais*” (STF, MI n. 708/DF, Rel. Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, j. em 25/10/2007, DJe-206, p. em 31/10/2008).

No corpo do acórdão, o Min. Gilmar Mendes assim justificou essa definição da competência:

“Nesse particular, assim como argumentei com relação à Lei Geral de Greve, creio ser necessário e adequado que fixemos balizas procedimentais mínimas para a apreciação e julgamento dessas demandas coletivas.

A esse respeito, no plano procedimental, vislumbro que é recomendável a aplicação da Lei nº 7.701/1988 (que cuida da especialização das turmas dos tribunais do trabalho em processos coletivos), no que tange à competência para apreciar e julgar eventuais conflitos judiciais referentes à greve de servidores públicos que sejam suscitados até o momento de colmatação legislativa da lacuna ora declarada.

Ao desenvolver mecanismos para a apreciação dessa proposta constitucional para a omissão legislativa, creio não ser possível argumentar pela impossibilidade de se proceder a uma interpretação ampliativa do texto constitucional nesta seara, pois é certo que, antes de se cogitar de uma interpretação restritiva ou ampliativa da Constituição, é dever do intérprete verificar se, mediante fórmulas pretensamente alternativas, não se está a violar a própria decisão fundamental do constituinte. No caso em questão, estou convencido de que não se está a afrontar qualquer opção constituinte, mas, muito pelo contrário, se está a engendrar esforços em busca de uma maior efetividade da Constituição como um todo.

(...)

Nesse contexto, conforme já tive oportunidade de sustentar algumas vezes, não há como, em Constituição tão detalhada como a nossa, deixar de fazer uma interpretação compreensiva do texto constitucional. Principalmente levando em consideração a questão ora sob análise (exercício do direito de greve por servidores públicos), resulta impossível não empreender esse tipo de compreensão.

Vê-se, pois, que o sistema constitucional não repudia a ideia de competências implícitas complementares, desde que necessárias para colmatar lacunas constitucionais evidentes. Por isso, considero viável a possibilidade de aplicação das regras de competência insculpidas na Lei nº 7.701/88 para garantir uma prestação jurisdicional efetiva na área de conflitos paredistas instaurados entre o Poder Público e os servidores públicos estatutários (CF, arts. 5º, XXXV, e 93, IX).

Diante dessa conjuntura, é imprescindível que este Plenário densifique as situações provisórias de competência constitucional para a apreciação desses dissídios no contexto nacional, regional, estadual e municipal” (STF, MI nº 708/DF).

Sem embargo destes relevantes fundamentos, a definição da competência privativa ou originária dos tribunais não pode ser fruto de interpretação ampliativa.

Com efeito, numa primeira mirada, a competência do Tribunal de Justiça é definida na Constituição Estadual (art. 125, §1º, CF).

Segundo José Afonso da Silva, em comentário ao art. 125 da CF, “no mais se pode dizer que o constituinte estadual continua livre para estruturar sua Justiça, desde que preveja o Tribunal de Justiça como órgão de cúpula da organização judiciária estadual, crie os Juizados Especiais e a Justiça de Paz, crie Varas especializadas com competência exclusiva para dirimir conflitos fundiários e outras questões agrárias e mantenha o Tribunal do Júri, nos termos do art. 5º, inc. XXXVIII, porque estão configurados na Constituição Federal, que até já lhes define algumas competências (arts. 93, III, 96, I e II, 125 e 126)” (in Comentário Contextual à Constituição. 6ª ed., São Paulo: Malheiros, 2009, p. 590).

Alexandre de Moraes ressalta que “a autonomia dos Estados-membros consiste em sua tríplice capacidade de autoorganização e legislação própria, autogoverno e auto-administração, (...). Essa autonomia reflete-se no campo do Poder Judiciário na possibilidade de os Estados organizarem sua Justiça, inclusive podendo fixar a competência de seus tribunais e criar a Justiça Militar Estadual” (in Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional. 7ª ed., São Paulo: Atlas, 2007, p. 1.632).

Aliás, alguns exemplos ilustram a legitimidade da competência definida pela Constituição Estadual: “Não afronta a Constituição da República a norma de Constituição estadual que, disciplinando competência origi-

nária do Tribunal de Justiça, lhe atribui para processar e julgar vereador” (STF, RE nº 464.935, Rel. Min. Cezar Peluso, j. em 03/06/2008, Segunda Turma, DJE de 27/06/2008); “Constitucionalidade do inciso XII, do art. 136, da Constituição da Paraíba, que fixa a competência do Tribunal de Justiça para processar e julgar, originariamente, nos crimes comuns ou de responsabilidade, o Procurador-Geral de Justiça” (STF, ADI nº 541, Rel. Min. Carlos Velloso, j. em 10/05/2007, Plenário, DJ de 06/09/2007).

Uma vez respeitados os postulados e as diretrizes previstas pela Constituição Federal (princípio da simetria), “a Constituição Estadual – e só ela – tem plena autonomia e autoridade para fixar as competências da Justiça Estadual. E assim é porque, nos dizeres do Min. Celso de Mello, “a Constituição estadual representa, no plano local, a expressão mais elevada do exercício concreto do poder de auto-organização deferido aos Estados-membros pela Lei Fundamental da República. Essa prerrogativa, contudo, não se reveste de caráter absoluto, pois se acha submetida, quanto ao seu exercício, a limitações jurídicas impostas pela própria Carta Federal (art. 25)” (STF, ADI nº 4.190-MC, Rel. Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, j. em 10/03/2010, DJe de 11/06/2010).

No caso catarinense, a Constituição Estadual estabeleceu as seguintes competências originárias do Tribunal de Justiça:

“Art. 83 - Compete privativamente ao Tribunal de Justiça:

(...)

XI - processar e julgar, originariamente:

- a) nos crimes comuns, o Vice-Governador do Estado, os Deputados e o Procurador-Geral de Justiça;
- b) nos crimes comuns e de responsabilidade, os Secretários de Estado, salvo a hipótese prevista no art. 75, os juízes e os membros do Ministério Público, os Prefeitos, bem como os titulares de Fundações, Autarquias e Empresas Públicas, nos crimes de responsabilidade, ressalvada a competência da Justiça Eleitoral;
- c) os mandados de segurança e de injunção e os habeas-data contra atos e omissões do Governador do Estado, da Mesa e da Presidência da Assembleia Legislativa, do próprio Tribunal ou de algum de seus órgãos, dos Secretários de Estado, do Presidente do Tribunal de Contas, do Procurador-Geral de Justiça e dos juízes de primeiro grau;

- d) os habeas-corpus quando o coator ou paciente for autoridade diretamente sujeita a sua jurisdição;
- e) as ações rescisórias e as revisões criminais de seus julgados;
- f) as ações diretas de inconstitucionalidade de leis ou atos normativos estaduais e municipais contestados em face desta Constituição;
- g) as representações para intervenção em municípios;
- h) a execução de sentença nas causas de sua competência originária, facultada a delegação de atribuições para a prática de atos processuais;
- i) a reclamação para a preservação de sua competência e garantia da autoridade de suas decisões;
- j) o pedido de medida cautelar das ações diretas de inconstitucionalidade;

XII - julgar, em grau de recurso, as causas decididas em primeira instância, bem como a validade de lei local contestada em face de lei estadual ou desta Constituição; e

XIII - exercer as demais funções que lhe forem atribuídas por lei.

(...)”.

Trata-se de rol taxativo ou exaustivo no qual não há previsão de competência originária para processar e julgar ação aviada contra entidade sindical, tendo por objeto o exercício do direito de greve pelos servidores públicos estaduais.

Numa segunda perspectiva, a competência interna dos Tribunais é definida privativamente através de seus regimentos (art. 96, inc. I, CF).

É importante destacar que o sindicato-requerido não representa todos os servidores públicos do Estado, mas somente aqueles baseados na Grande Florianópolis (Municípios de Águas Mornas, Alfredo Wagner, Angelina, Anitápolis, Antônio Carlos, Biguaçu, Florianópolis, Garopaba, Governador Celso Ramos, Leoberto Leal, Major Gercino, Palhoça, Paulo Lopes, Rancho Queimado, Santo Amaro da Imperatriz, São Bonifácio, São José, São Pedro de Alcântara), conforme informação registrada na certidão emitida pelo Ministério do Trabalho e do Emprego (fls. 19 e 20 da medida cautelar).

Ainda que tenha esta base territorial, o fato é que o réu, como tantos outros sindicatos que possuem afiliados espalhados em todo o Estado, está domiciliado em Florianópolis.

O só fato dos seus atos projetarem reflexos além dos limites do território em que está radicado é insuficiente para justificar a instituição, por via exegética, de um foro privilegiado.

Todo e qualquer provimento judicial, quer seja declaratório, constitutivo, condenatório ou mandamental terá como destinatário único o sindicato-réu na qualidade de substituto processual dos seus afiliados. É dizer, a execução de qualquer decisão (multas, reparação de danos, etc...) terá lugar na Comarca da Capital, como também teria se os efeitos da greve fossem circunscritos ao território do Município de Florianópolis. Portanto, não há nenhuma razão jurídica lógica para dizer-se que, na última hipótese, a competência é do Juízo singular e, no caso de reflexos regionais ou estaduais, a competência seria do Tribunal de Justiça.

A competência deve, portanto, ser resolvida pela qualidade do réu que - repita-se - não foi aquinhado pelo Constituinte estadual por nenhum privilégio processual.

A circunstância de determinada conduta projetar reflexos além dos limites jurisdicionais do domicílio dos protagonistas processuais não é causa para - repita-se - gerar uma inusitada e seletiva regra de competência.

Note-se, por exemplo e a propósito, que, nas ações coletivas sob a regência do Código de Defesa do Consumidor, mesmo quando o dano for regional, ou seja, ultrapassar as fronteiras de mais de um município ou Comarca, a competência para julgar a demanda permanece no juízo de primeiro grau do Foro da Capital do Estado (art. 93, inc. II, do CDC).

Com estas considerações, declarando a incompetência desta Corte, determino a remessa de ambas as ações para o Juízo da Fazenda Pública da Comarca da Capital.

3. DECISÃO

Nos termos do voto do relator, decidiu a Câmara, por unanimidade, determinar a remessa dos autos ao Juízo da Fazenda Pública da Comarca da Capital.

Participaram do julgamento, realizado nesta data, os Exmos. Desembargadores Cid Goulart e João Henrique Blasi, lavrando parecer, pela

Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Procurador Antenor Chinato Ribeiro (doc. 35, fls. 1-8, grifos nossos).

É contra essa decisão que se ajuíza a presente reclamação.

3. Alega o Reclamante que “*ajuizou ação declaratória cumulada com preceito cominatório contra o Sindicato dos Trabalhadores em Estabelecimentos de Serviços de Saúde de Florianópolis – SINDSAÚDE, precedida de ação cautelar com pedido de liminar, na qual busca a declaração da ilegalidade do movimento paredista deflagrado em todo o território estadual*” (fl. 2).

Afirma que, “*na ação cautelar inominada, liminarmente, acolheu-se o pedido veiculado para determinar ‘a imediata cessação da greve, com o retorno dos servidores à atividade, nos respectivos cargos e funções, restabelecendo o atendimento ao público em sua integralidade, sob pena de incidência de multa diária no valor de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais) em caso de descumprimento.’ Posteriormente, ante a notícia do descumprimento da medida de urgência, sobreveio decisão que majorou a multa para R\$ 100.000,00 (cem mil reais) e autorizou o Estado de Santa Catarina a realização de contratações temporárias para suprimento das medidas emergenciais*” (fl. 2).

Argumenta que “*o Excelso Pretório decidiu, nos referidos julgamentos [MI 670, 708 e 712] com efeitos erga omnes, que ‘para o caso da jurisdição no contexto estadual ou municipal, se a controvérsia estiver adstrita a uma unidade da federação, a competência será do respectivo Tribunal de Justiça (também por aplicação analógica do art. 6º da Lei n. 7.701/1988). As greves de âmbito local ou municipal serão dirimidas pelo Tribunal de Justiça ou Tribunal Regional Federal com jurisdição sobre o local da paralisação, conforme se trate de greve de servidores municipais, estaduais ou federais’*” (fls. 6-7).

Sustenta que, “*não obstante o inequívoco teor da v. decisão supra referida, originada no egrégio Supremo Tribunal Federal e dotada de efeito erga omnes, o r. ato decisório reclamado é manifestamente contrário à determinação da Corte Constitucional, sem embargo aos sólidos argumentos utilizados*” (fl. 7).

Salienta que “o colendo Tribunal de Justiça de Santa Catarina, não obstante demonstrar conhecimento das decisões supracitadas, declinou de sua competência para julgamento da Ação n. 2009.073888-3, e, por consequência, concessa venia, não preservou a autoridade das decisões do Supremo Tribunal Federal” (fl. 8).

Assevera que “é notório o direito aduzido pelo Estado de Santa Catarina, inclusive superando os parâmetros de plausibilidade e verossimilhança” (fl. 9).

Ressalta que “não menos relevante é o risco na demora da obtenção de provimento nesta reclamação. Eis algumas das consequências do não deferimento: I. considerável atraso ao trâmite processual, que terá todos os seus atos declarados nulos no provimento final; II. prejuízo ao próprio erário catarinense, pelos atos que serão praticados pelo Poder Judiciário e perderão seu valor jurídico; III. a insegurança gerada pela diversidade de posições sobre a competência nas ações de greve entre os colendos Tribunal de Justiça de Santa Catarina e Supremo Tribunal Federal; IV. a remota, mas não afastada, possibilidade de a indefinição nestes autos reabrir divergências sobre a greve neles retratada” (fl. 10).

Requer “medida liminar para determinar o processamento da Ação n. 2009.073888-3/000100 no Tribunal de Justiça de Santa Catarina, até o julgamento final da reclamação” (fl. 10).

Pede, “no mérito, que o pedido seja julgado procedente, com a fixação da competência para o processamento do feito no Tribunal de Justiça de Santa Catarina” (fl. 11).

4. Em 1º.2.2012, deferi a medida liminar pleiteada para suspender os efeitos da decisão reclamada até o julgamento final da presente reclamação, requisitei informação à autoridade reclamada e determinei vista dos autos ao Procurador-Geral da República (doc. 38).

Em 2.3.2012, o Presidente do Tribunal de Justiça de Santa Catarina informou que “*as competências jurisdicionais e as atribuições administrativas do Tribunal de Justiça constam da Constituição do Estado de Santa Catarina*” (fl. 2, doc. 43), na qual não há previsão de competência originária para processar e julgar ação ajuizada contra sindicato cujo objeto seja o exercício do direito de greve por servidores públicos estaduais.

Em 12.4.2012, o Procurador-Geral da República opinou pela procedência do pedido da reclamação:

Reclamação. Direito de greve dos servidores públicos. Decisão do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina que declinou da competência para o Juízo da Fazenda Pública da Comarca da Capital. Aplicação das Leis n. 7.783/89 e n. 7.701/88 aos conflitos e às ações judiciais que envolvam o direito de greve dos servidores públicos. Competência dos Tribunais de Justiça. Desrespeito à decisão proferida pelo STF nos Mandados de Injunção n. 712, n. 708 e n. 670 configurado. Parecer pela procedência do pedido (fl. 1, doc. 45).

Examinados os elementos havidos nos autos, *DECIDO*.

5. O que se põe em foco na presente reclamação é se, ao declarar a competência do juízo da Fazenda Pública da Comarca da Capital para processar e julgar a Ação Cautelar Inominada n. 2009.064601-6 e a Ação Declaratória n. 2009.073888-3/000100, a 2ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de Santa Catarina teria descumprido as decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal nos Mandados de Injunção n. 670, 708 e 712.

6. No julgamento dos Mandados de Injunção 670, 708 e 712, este Supremo Tribunal decidiu que, até a edição da lei regulamentadora do direito de greve, previsto no art. 37, inc. VII, da Constituição da República, as Leis n. 7.701/1988 e 7.783/1989 poderiam ser aplicadas provisoriamente para possibilitar o exercício do direito de greve pelos servidores públicos.

Este Supremo Tribunal assentou ainda que os tribunais de justiça seriam competentes para decidir sobre a legalidade da greve.

Confira-se, a propósito, excerto do julgado:

As greves de âmbito local ou municipal serão dirimidas pelo Tribunal de Justiça ou Tribunal Regional Federal com jurisdição sobre o local da paralisação, conforme se trate de greve de servidores municipais, estaduais ou federais. 6.4. Considerados os parâmetros acima delineados, a par da competência para o dissídio de greve em si, no qual se discuta a abusividade, ou não, da greve, os referidos tribunais, nos âmbitos de sua jurisdição, serão competentes para decidir acerca do mérito do pagamento, ou não, dos dias de paralisação em consonância com a excepcionalidade de que esse juízo se reveste. Nesse contexto, nos termos do art. 7º da Lei n. 7.783/1989, a deflagração da greve, em princípio, corresponde à suspensão do contrato de trabalho. Como regra geral, portanto, os salários dos dias de paralisação não deverão ser pagos, salvo no caso em que a greve tenha sido provocada justamente por atraso no pagamento aos servidores públicos civis, ou por outras situações excepcionais que justifiquem o afastamento da premissa da suspensão do contrato de trabalho (art. 7º da Lei no 7.783/1989, in fine). 6.5. *Os tribunais mencionados também serão competentes para apreciar e julgar medidas cautelares eventualmente incidentes relacionadas ao exercício do direito de greve dos servidores públicos civis, tais como: i) aquelas nas quais se postule a preservação do objeto da querela judicial, qual seja, o percentual mínimo de servidores públicos que deve continuar trabalhando durante o movimento paredista, ou mesmo a proibição de qualquer tipo de paralisação; ii) os interditos possessórios para a desocupação de dependências dos órgãos públicos eventualmente tomados por grevistas; e iii) as demais medidas cautelares que apresentem conexão direta com o dissídio coletivo de greve.* 6.6. Em razão da evolução jurisprudencial sobre o tema da interpretação da omissão legislativa do direito de greve dos servidores públicos civis e em respeito aos ditames de segurança jurídica, fixa-se o prazo de 60 (sessenta) dias para que o Congresso Nacional legisle sobre a matéria. 6.7. Mandado de injunção conhecido e, no mérito, deferido para, nos termos acima especificados, determinar a aplicação das Leis ns. 7.701/1988 e 7.783/1989 aos conflitos e às ações judiciais que envolvam a interpretação do direito de greve dos servidores públicos civis” (MI 670, Redator para o acórdão o Ministro Gilmar Mendes, Plenário, DJe 31.8.2008, grifos nossos).

7. No caso em exame, a 2ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de Santa Catarina encaminhou a Ação Cautelar Inominada n. 2009.064601-6 e a Ação Declaratória n. 2009.073888-3/000100 ao juízo da Fazenda Pública da Comarca da Capital, pois o Sindicato dos Trabalhadores em Estabelecimentos de Serviços de Saúde Públicos e Privados de Florianópolis – Sindsaúde não teria abrangência em todo o território do Estado de Santa Catarina nem a Constituição Estadual teria a previsão de competência originária daquele Tribunal de Justiça para processar e julgar ação ajuizada contra entidade sindical cujo objeto fosse o exercício do direito de greve pelos servidores públicos estaduais:

No caso catarinense, a Constituição Estadual estabeleceu as seguintes competências originárias do Tribunal de Justiça:

“Art. 83 - Compete privativamente ao Tribunal de Justiça:

(...)

XI - processar e julgar, originariamente:

a) nos crimes comuns, o Vice-Governador do Estado, os Deputados e o Procurador-Geral de Justiça;

b) nos crimes comuns e de responsabilidade, os Secretários de Estado, salvo a hipótese prevista no art. 75, os juízes e os membros do Ministério Público, os Prefeitos, bem como os titulares de Fundações, Autarquias e Empresas Públicas, nos crimes de responsabilidade, ressalvada a competência da Justiça Eleitoral;

c) os mandados de segurança e de injunção e os habeas-data contra atos e omissões do Governador do Estado, da Mesa e da Presidência da Assembleia Legislativa, do próprio Tribunal ou de algum de seus órgãos, dos Secretários de Estado, do Presidente do Tribunal de Contas, do Procurador-Geral de Justiça e dos juízes de primeiro grau;

d) os habeas-corpus quando o coator ou paciente for autoridade diretamente sujeita a sua jurisdição;

e) as ações rescisórias e as revisões criminais de seus julgados;

f) as ações diretas de inconstitucionalidade de leis ou atos normativos estaduais e municipais contestados em face desta Constituição;

- g) as representações para intervenção em municípios;
- h) a execução de sentença nas causas de sua competência originária, facultada a delegação de atribuições para a prática de atos processuais;
- i) a reclamação para a preservação de sua competência e garantia da autoridade de suas decisões;
- j) o pedido de medida cautelar das ações diretas de inconstitucionalidade;

XII - julgar, em grau de recurso, as causas decididas em primeira instância, bem como a validade de lei local contestada em face de lei estadual ou desta Constituição; e

XIII - exercer as demais funções que lhe forem atribuídas por lei.

(...)”.

Trata-se de rol taxativo ou exaustivo no qual não há previsão de competência originária para processar e julgar ação aviada contra entidade sindical, tendo por objeto o exercício do direito de greve pelos servidores públicos estaduais.

Numa segunda perspectiva, a competência interna dos Tribunais é definida privativamente através de seus regimentos (art. 96, inc. I, CF).

É importante destacar que o sindicato-requerido não representa todos os servidores públicos do Estado, mas somente aqueles baseados na Grande Florianópolis (Municípios de Águas Mornas, Alfredo Wagner, Angelina, Anitápolis, Antônio Carlos, Biguaçu, Florianópolis, Garopaba, Governador Celso Ramos, Leoberto Leal, Major Gercino, Palhoça, Paulo Lopes, Rancho Queimado, Santo Amaro da Imperatriz, São Bonifácio, São José, São Pedro de Alcântara), conforme informação registrada na certidão emitida pelo Ministério do Trabalho e do Emprego (fls. 19 e 20 da medida cautelar).

Ainda que tenha esta base territorial, o fato é que o réu, como tantos outros sindicatos que possuem afiliados espalhados em todo o Estado, está domiciliado em Florianópolis.

O só fato dos seus atos projetarem reflexos além dos limites do território em que está radicado é insuficiente para justificar a instituição, por via exegética, de um foro privilegiado.

Todo e qualquer provimento judicial, quer seja declaratório, constitutivo, condenatório ou mandamental terá como destinatário único o sindicato-réu na qualidade de substituto processual dos seus afiliados. É dizer, a execução de qualquer decisão (multas, reparação de danos, etc...) terá lugar na Comarca da Capital, como também teria se os efeitos da greve fossem circunscritos ao território do Município de Florianópolis. *Portanto, não há nenhuma razão jurídica lógica para dizer-se que, na última hipótese, a competência é do Juízo singular e, no caso de reflexos regionais ou estaduais, a competência seria do Tribunal de Justiça.*

A competência deve, portanto, ser resolvida pela qualidade do réu que - repita-se - não foi aquinhoado pelo Constituinte estadual por nenhum privilégio processual.

A circunstância de determinada conduta projetar reflexos além dos limites jurisdicionais do domicílio dos protagonistas processuais não é causa para – repita-se – gerar uma inusitada e seletiva regra de competência.

Note-se, por exemplo e a propósito, que, nas ações coletivas sob a regência do Código de Defesa do Consumidor, mesmo quando o dano for regional, ou seja, ultrapassar as fronteiras de mais de um município ou Comarca, a competência para julgar a demanda permanece no juízo de primeiro grau do Foro da Capital do Estado (art. 93, inc. II, do CDC) (doc. 35, grifos nossos).

Esse julgado do Tribunal de Justiça de Santa Catarina contraria as decisões do Supremo Tribunal Federal nos Mandados de Injunção n. 670, 708 e 712, nos quais se decidiu que, até que o Congresso Nacional legisle sobre a matéria, deverão ser aplicadas as Leis n. 7.701/1988 e 7.783/1989 aos conflitos e às ações judiciais que envolvam o direito de greve dos servidores públicos civis, como ressaltou o Procurador-Geral da República:

No julgamento dos Mandados de Injunção n. 712, n. 708 e n. 670, o Supremo Tribunal Federal reconheceu a mora legislativa na regulamentação do exercício do direito de greve dos servidores públicos, assegurado no artigo 37, VII, da Constituição Federal, e determinou, até a edição da lei regulamentadora do aludido direito, a aplicação provisória das Leis n. 7.783/89 e n. 7.701/88, no que couber.

(...)

Traçados os parâmetros de competência, verifica-se que a decisão impugnada está em confronto com aquelas proferidas por esta Corte nos mandados de injunção referidos, em relação à competência para o processamento e julgamento de ação que envolve o exercício do direito de greve de servidores públicos, cuja competência foi conferida, no caso, servidores públicos estaduais, aos Tribunais de Justiça (fls. 2-4, doc. 45).

8. Assim, por discutir-se na Ação Cautelar Inominada n. 2009.064601-6 e na Ação Declaratória n. 2009.073888-3/000100 a legalidade da greve deflagrada pelos servidores públicos da Secretaria Estadual de Saúde de Santa Catarina, a competência para processar e julgar as ações é do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, conforme interpretação do art. 6º da Lei n. 7.701/1988, dada pelo Supremo Tribunal Federal nos Mandados de Injunção n. 670, 708 e 712.

Nesse sentido:

O Supremo Tribunal Federal, ao julgar o MI n. 712, afirmou entendimento no sentido de que a Lei n. 7.783/89, que dispõe sobre o exercício do direito de greve dos trabalhadores em geral, é ato normativo de início inaplicável aos servidores públicos civis, mas ao Poder Judiciário dar concreção ao artigo 37, inciso VII, da Constituição do Brasil, suprimindo omissões do Poder Legislativo (Rcl 6.568, Rel. Min. Eros Grau, Plenário, DJe 25.9.2009).

Objetiva o reclamante garantir a autoridade dos acórdãos proferidos pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal nos julgamentos dos Mandados de Injunção 670/ES, 708/DF e 712/PA.

O Juízo de Direito da 5ª Vara Cível e Fazenda Pública da Comarca de Macapá – AP, nos autos do Processo 0044608-13.2009.8.03.0001, concedeu a tutela antecipada requerida pelo Estado do Amapá para determinar que a AAPO se abstinhasse de promover paralisação ou suspensão de atividades que causem a diminuição dos serviços essenciais prestados por peritos criminais e médicos legistas.

A decisão impugnada está em confronto com aquelas proferidas por esta Corte, em 25.10.2007, nos julgamentos dos Mandados de Injunção 670/ES e 708/DF, em relação à competência para o processamento e julgamento dos

processos que tratem do exercício do direito de greve de servidores públicos. Nesse sentido extraio os seguintes excertos das ementas de seus acórdãos:

“MANDADO DE INJUNÇÃO. GARANTIA FUNDAMENTAL (CF, ART. 5º, INCISO LXXI). DIREITO DE GREVE DOS SERVIDORES PÚBLICOS CIVIS (CF, ART. 37, INCISO VII). EVOLUÇÃO DO TEMA NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF). DEFINIÇÃO DOS PARÂMETROS DE COMPETÊNCIA CONSTITUCIONAL PARA APRECIACÃO NO ÂMBITO DA JUSTIÇA FEDERAL E DA JUSTIÇA ESTADUAL ATÉ A EDIÇÃO DA LEGISLAÇÃO ESPECÍFICA PERTINENTE, NOS TERMOS DO ART. 37, VII, DA CF. EM OBSERVÂNCIA AOS DITAMES DA SEGURANÇA JURÍDICA E À EVOLUÇÃO JURISPRUDENCIAL NA INTERPRETAÇÃO DA OMISSÃO LEGISLATIVA SOBRE O DIREITO DE GREVE DOS SERVIDORES PÚBLICOS CIVIS, FIXAÇÃO DO PRAZO DE 60 (SESSENTA) DIAS PARA QUE O CONGRESSO NACIONAL LEGISLE SOBRE A MATÉRIA. MANDADO DE INJUNÇÃO DEFERIDO PARA DETERMINAR A APLICAÇÃO DAS LEIS Nos 7.701/1988 E 7.783/1989.

(...)

6. DEFINIÇÃO DOS PARÂMETROS DE COMPETÊNCIA CONSTITUCIONAL PARA APRECIACÃO DO TEMA NO ÂMBITO DA JUSTIÇA FEDERAL E DA JUSTIÇA ESTADUAL ATÉ A EDIÇÃO DA LEGISLAÇÃO ESPECÍFICA PERTINENTE, NOS TERMOS DO ART. 37, VII, DA CF. FIXAÇÃO DO PRAZO DE 60 (SESSENTA) DIAS PARA QUE O CONGRESSO NACIONAL LEGISLE SOBRE A MATÉRIA. MANDADO DE INJUNÇÃO DEFERIDO PARA DETERMINAR A APLICAÇÃO DAS LEIS Nos 7.701/1988 E 7.783/1989.

(...)

6.2. Nessa extensão do deferimento do mandado de injunção, aplicação da Lei n. 7.701/1988, no que tange à competência para apreciar e julgar eventuais conflitos judiciais referentes à greve de servidores públicos que sejam suscitados até o momento de colmatação legislativa específica da lacuna ora declarada, nos termos do inciso VII do art. 37 da CF.

6.3. *Até a devida disciplina legislativa, devem-se definir as situações provisórias de competência constitucional para a apreciação desses dissídios no*

contexto nacional, regional, estadual e municipal. Assim, nas condições acima especificadas, se a paralisação for de âmbito nacional, ou abranger mais de uma região da justiça federal, ou ainda, compreender mais de uma unidade da federação, a competência para o dissídio de greve será do Superior Tribunal de Justiça (por aplicação analógica do art. 2º, I, 'a', da Lei no 7.701/1988). Ainda no âmbito federal, se a controvérsia estiver adstrita a uma única região da justiça federal, a competência será dos Tribunais Regionais Federais (aplicação analógica do art. 6º da Lei no 7.701/1988). Para o caso da jurisdição no contexto estadual ou municipal, se a controvérsia estiver adstrita a uma unidade da federação, a competência será do respectivo Tribunal de Justiça (também por aplicação analógica do art. 6º da Lei no 7.701/1988). As greves de âmbito local ou municipal serão dirimidas pelo Tribunal de Justiça ou Tribunal Regional Federal com jurisdição sobre o local da paralisação, conforme se trate de greve de servidores municipais, estaduais ou federais.

(...)” (Mandados de Injunção 670/ES e 708/DF, rel. Min. Gilmar Mendes, Plenário, DJe 31.10.2008).

Ressalte-se também que esta Suprema Corte, ao determinar a aplicação da Lei 7.783/1989 aos casos de greve no serviço público, não considerou a possibilidade de, diante do caso concreto, estabelecer-se regime mais severo.

Todavia, tal ponderação só pode ser feita pelo juízo competente. No presente caso, tal juízo é o Tribunal de Justiça do Estado do Amapá, tendo em vista que o movimento paredista tem âmbito estadual.

Asseverar-se, finalmente, que a presente decisão não avança sobre o mérito da questão da legitimidade do movimento paredista, mas somente reconhece a incompetência do Juízo de Direito da 5ª Vara Cível e Fazenda Pública da Comarca de Macapá para processamento e julgamento da referida ação declaratória.

5. Ante o exposto, com fundamento no art. 161, parágrafo único, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, *julgo procedente em parte a reclamação apenas e tão-somente para determinar a imediata remessa dos autos do Processo 0044608-13.2009.8.03.0001 ao Tribunal de Justiça do Estado do Amapá, cassando a decisão ora impugnada* (Rcl 9.630, Rel. Min. Ellen Gracie, DJe 7.6.2010, grifos nossos).

9. Pelo exposto, na linha do entendimento firmado por este Supremo Tribunal, *julgo procedente a presente reclamação para cassar a decisão impugnada e fixar a competência do Tribunal de Justiça de Santa Catarina para processar e julgar a Ação Cautelar Inominada n. 2009.064601-6 e a Ação Declaratória n. 2009.073888-3/000100.*

Publique-se.

**SUPERIOR TRIBUNAL
DE JUSTIÇA**

CONFLITO DE COMPETÊNCIA

Conflito de Competência n. 117.902, de Santa Catarina (2011/0148783-8)

Relator: Ministro Vasco Della Giustina (Desembargador Convocado do TJ/RS)

Suscitante: Terceira Turma de Recursos do Juizado Especial Cível do Estado de Santa Catarina

Suscitado: Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina

Interessada: Justiça Pública

Interessado: André Luiz Guiotto Schuartz

DECISÃO

Trata-se de conflito negativo de competência, suscitado pela Terceira Turma de Recursos do Juizado Especial Cível do Estado de Santa Catarina, com espeque no art. 105, inciso I, alínea “d”, da Constituição da República, em face do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, nos autos da apelação criminal interposta por André Luiz Guiotto Schuartz.

O Tribunal de Justiça de Santa Catarina entendeu que o delito tipificado pelo art. 331 do Código Penal se enquadraria no conceito de crime de menor potencial ofensivo, declinando da competência para uma das Turmas Recursais.

Já a Terceira Turma de Recursos do Juizado Especial Cível do Estado de Santa Catarina, a suscitante, assentou que o processo tramitou e foi julgado por juiz criminal investido na competência comum ordinária, circunstância que atrai a competência do Tribunal de Justiça para julgar o recurso de apelação.

O Ministério Público Federal, em parecer acostado às fls. 217-228, e-STJ, opina pelo não-conhecimento do conflito, bem como pela concessão de “habeas corpus” de ofício.

É o breve relatório.

DECIDO.

Como narrado em epígrafe, a hipótese versa sobre pretensão conflito negativo de competência instaurado entre o Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina e a Terceira Turma de Recursos do Juizado Especial Cível do Estado de Santa Catarina.

A Terceira Seção desta Corte superior há muito vem decidindo pelo afastamento da competência do Superior Tribunal de Justiça em matéria de eventual conflito entre o Tribunal Regional Federal e Turma Recursal do Juizado Especial Federal a ele vinculado, seguindo a *ratio* do RE nº 590.409/RJ, de relatoria do eminente Ministro Ricardo Lewandowski, julgado pelo Pleno do Supremo Tribunal Federal no dia 26 de agosto de 2009.

Entendeu o Pleno do Pretório Excelso que a competência deste Superior Tribunal de Justiça para julgar conflitos de competência está circunscrita aos litígios que envolvam tribunais distintos ou juízes vinculados a tribunais diversos, inviabilizando, assim, o conhecimento do presente conflito. Confirmam-se os seguintes precedentes:

CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA ENTRE TRIBUNAL DE JUSTIÇA E COLÉGIO RECURSAL DO MESMO ESTADO. CONFLITO NÃO CONHECIDO. RECURSO EM SENTIDO ESTRITO INTERPOSTO DE DECISÃO PROFERIDA POR JUÍZO COMUM DE VARA ESTADUAL. COMPETÊNCIA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA PARA APRECIÇÃO.

DECISÃO DO TRIBUNAL QUE AFASTA A SUA COMPETÊNCIA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CONFIGURADO.

1. Inexiste conflito de competência entre Tribunal de Justiça e Turma Recursal de Juizado Especial Criminal no âmbito do mesmo Estado, tendo em vista que este não se qualifica como Tribunal.
2. No caso, conquanto não haja conflito, configura-se constrangimento ilegal a decisão do Tribunal de Justiça de São Paulo que, ao não conhecer do recurso em sentido estrito interposto contra decisão de Juízo Co-

num de Vara Estadual, determinou sua remessa dos autos ao Colégio Recursal, sob o argumento de ser o delito de menor potencial ofensivo.

3. Conflito de competência não conhecido. *Habeas corpus* concedido, de ofício, para determinar que Tribunal de Justiça de São Paulo aprecie o recurso em sentido estrito interposto.

(CC 107.994/SP, Rel. Min. Og Fernandes, DJe 17.06.2010)

PROCESSUAL PENAL. CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA ENTRE TRIBUNAL DE JUSTIÇA E TURMA RECURSAL DO MESMO ESTADO. CONFLITO NÃO CONHECIDO.

RECURSO EM SENTIDO ESTRITO INTERPOSTO CONTRA DECISÃO DE JUÍZO DE 1º GRAU DA JUSTIÇA COMUM. COMPETÊNCIA DO RESPECTIVO TRIBUNAL DE JUSTIÇA PARA SUA APRECIÇÃO. DECISÃO DO TRIBUNAL QUE AFASTA A SUA COMPETÊNCIA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CONFIGURADO. *HABEAS CORPUS* CONCEDIDO DE OFÍCIO.

1. Não compete a esta Corte Superior conhecer do conflito de competência instaurado entre Tribunal de Justiça e Colégio Recursal de Juizado Especial Criminal no âmbito do mesmo Estado, tendo em vista que este não se qualifica como Tribunal. (RE 590.409/RJ, Min. Rel. RICARDO LEWANDOWSKI).

2. O entendimento do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo é no sentido de ser competente o Colégio Recursal para processar e julgar Recurso em Sentido Estrito interposto contra decisão proferida por autoridade judiciária investida de competência comum ordinária, tendo em vista que o processo principal versa sobre delito de menor potencial ofensivo.

3. Sendo o réu processado por Juízo de 1º Grau da Justiça Comum, ainda que se trata de delito de menor potencial ofensivo, cabe ao respectivo Tribunal de Justiça analisar os recursos eventualmente interpostos.

4. Configura constrangimento ilegal a decisão do Tribunal de Justiça que afirma a competência da Turma Recursal para apreciar Recurso em Sentido Estrito contra decisão de Juízo de 1º Grau da Justiça Comum.

5. Conflito de competência não conhecido. *Habeas corpus* concedido, de ofício, para anular o acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de

São Paulo e determinar que aprecie o Recurso em Sentido Estrito interposto perante ele.

(CC 90.072/SP, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, DJe 30.04.2010)

Vale destacar ainda, do voto condutor do paradigmático aresto do Supremo Tribunal Federal, que restou assentado que as Turmas Recursais dos Juizados Especiais não têm *status* de Tribunal, razão pela qual não teria foro neste Superior Tribunal de Justiça os conflitos de competência surgidos entre tais colegiados e os Tribunais aos quais se vinculam. E o fez nos seguintes termos:

Observo, ainda, por oportuno, que a Constituição não arrola as Turmas Recursais dentre os órgãos do Poder Judiciário, os quais são por ela discriminados, em *numerus clausus*, no art. 92. Apenas lhes outorga, no art. 98, I, a incumbência de julgar os recursos provenientes dos Juizados Especiais.

Vê-se, assim, que a Carta Magna não conferiu às Turmas Recursais, sabidamente integradas por juízes de primeiro grau, a natureza de órgãos autárquicos do Poder Judiciário, e nem tampouco a qualidade de tribunais, como também não lhes outorgou qualquer autonomia com relação aos Tribunais Regionais Federais.

É por essa razão que, contra suas decisões, não cabe recurso especial ao Superior Tribunal de Justiça, a teor da Súmula 203 daquela Corte, mas tão somente recurso extraordinário ao Supremo Tribunal Federal, nos termos de sua Súmula 640.

Isso ocorre, insisto, porque elas constituem órgãos recursais ordinários de última instância relativamente às decisões dos Juizados Especiais, mas não tribunais, requisito essencial para que se instaure a competência especial do STJ.

Assim, se não é possível qualificar as Turmas Recursais como tribunais, não é lícito, em consequência, concluir que os juízes dos Juizados Especiais estão a elas vinculadas, salvo – e exclusivamente – no concernente ao reexame de seus julgados.

Por tais argumentos, concluo que não cabe ao Superior Tribunal de Justiça julgar conflitos de competência entre Juizados Especiais e juízes de primeiro grau da Justiça Federal de uma mesma Seção Judiciária.

(RE 590.409/RJ, Min. Rel. Ricardo Lewandowski).

Quer dizer, muito embora as Turmas Recursais dos Juizados Especiais possuam competência recursal relativamente às decisões dos Juizados Especiais, não se qualificam como tribunais. Assim, prevaleceria a decisão do Tribunal a que vinculada a Turma Recursal, porque a ele subordinado administrativamente, não havendo conflito de competência a ser apreciado nesta instância especial.

Nessa esteira de entendimento, é o julgado que ora se traz à colação, cuja ementa restou vazada nos termos que seguem:

CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. TURMA RECURSAL DE JUIZADO ESPECIAL FEDERAL E TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL. FALTA DE COMPETÊNCIA DO STJ. REMESSA DOS AUTOS AO TRF.

1. O Supremo Tribunal Federal, na assentada de 26.08.09, ao julgar o RE 590.409/RJ, da lavra do Min. Ricardo Lewandowski, concluiu que compete ao Tribunal Regional Federal o julgamento de conflito de competência estabelecido entre Juizado Especial Federal e juiz de 1º grau da Justiça Federal da mesma Seção Judiciária.
2. Ressaltou-se, na ocasião, que “a Carta Magna não conferiu às Turmas Recursais, sabidamente integradas por juízes de primeiro grau, a natureza de órgãos autárquicos do Poder Judiciário, e nem tampouco a qualidade de tribunais, como também não lhes outorgou qualquer autonomia com relação aos Tribunais Regionais Federais”.
3. As Turmas Recursais, em verdade, são instituídas pelo Tribunal Regional Federal da região correspondente e integrados por juízes de 1º grau. Embora possuam competência recursal relativamente às decisões dos Juizados Especiais Federais, não se qualificam como tribunais.
4. Falece competência ao Superior Tribunal de Justiça para dirimir conflito estabelecido entre a Segunda Turma Recursal da Seção Judiciária de Santa Catarina e o Tribunal Regional Federal da 4ª Região, devendo os presentes autos ser remetidos ao TRF, para que decida como entender de direito.

Precedente: CC 107.223/PR, Rel. Min. Castro Meira, julgado em 10.02.10, pendente de publicação.

5. Conflito de competência não conhecido, com remessa dos autos ao TRF da 4ª Região. (CC 108.288/SC, Rel. Min. Castro Meira, Primeira Seção, DJ 25.02.10)

No caso em exame, o Tribunal de Justiça de Santa Catarina, ao julgar recurso de apelação criminal interposto contra sentença proferida pelo Juízo de Direito da 1ª Vara Criminal de Chapecó, declinou da competência, por entender se tratar de delito de menor potencial ofensivo.

Todavia, este Superior Tribunal de Justiça já decidiu que mesmo em se tratando de crimes de menor potencial ofensivo, se o feito foi processado perante o Juízo comum de 1º grau, a competência para o julgamento de eventuais recursos dali surgidos é do respectivo Tribunal de Justiça ou Tribunal Regional Federal a que vinculado o Juízo recorrido.

Configura então constrangimento ilegal a recusa do Tribunal de Justiça de Santa Catarina à análise do recurso de apelação criminal ali interposto. Apontando na mesma diretriz o seguinte julgado:

CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA ENTRE TRIBUNAL DE JUSTIÇA E COLÉGIO RECURSAL DO MESMO ESTADO. CONFLITO NÃO CONHECIDO. RECURSO EM SENTIDO ESTRITO INTERPOSTO DE DECISÃO PROFERIDA POR JUÍZO COMUM DE VARA ESTADUAL. COMPETÊNCIA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA PARA APRECIACÃO. DECISÃO DO TRIBUNAL QUE AFASTA A SUA COMPETÊNCIA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CONFIGURADO.

1. Inexiste conflito de competência entre Tribunal de Justiça e Turma Recursal de Juizado Especial Criminal no âmbito do mesmo Estado, tendo em vista que este não se qualifica como Tribunal.

2. No caso, conquanto não haja conflito, configura-se constrangimento ilegal a decisão do Tribunal de Justiça de São Paulo que, ao não conhecer do recurso em sentido estrito interposto contra decisão de Juízo Comum de Vara Estadual, determinou sua remessa dos autos ao Colégio Recursal, sob o argumento de ser o delito de menor potencial ofensivo.

3. Conflito de competência não conhecido. *Habeas corpus* concedido, de ofício, para determinar que Tribunal de Justiça de São Paulo aprecie o recurso em sentido estrito interposto. (CC 107.994/SP, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEXTA TURMA, julgado em 26/05/2010, DJe 17/06/2010)

Assim é que, na linha dos precedentes já citados, é de se conceder ordem de ofício, para determinar ao Tribunal de Justiça de Santa Catarina que aprecie o recurso de apelação ali manejado.

Ante o exposto, não conheço do conflito de competência, e concedo ordem de “habeas corpus”, de ofício, para determinar que o Tribunal de Justiça de Santa Catarina analise o pedido formulado no recurso de apelação criminal defensivo.

Publique-se.

Intime-se.

HABEAS CORPUS

Habeas Corpus n. 221.594, de Santa Catarina (2011/0244240-4)

Relatora: Ministra Nancy Andrighi

Impetrante: Andrea Cristina Oliveira Rusch

Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina

Paciente: A. A. C. (Menor)

EMENTA

HABEAS CORPUS. BUSCA E APREENSÃO DE MENOR. DETERMINAÇÃO DE ACOLHIMENTO INSTITUCIONAL. ADOÇÃO.

Salvo no caso de evidente risco físico ou psíquico ao menor, não se pode conceber que o acolhimento institucional ou acolhimento familiar temporário, em detrimento da manutenção da criança no lar que tem como seu, traduza-se como o melhor interesse do infante.

Ordem concedida.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas constantes dos autos, por unanimidade, conceder a ordem, nos termos do voto do(a) Sr(a). Ministro(a) Relator(a). Os Srs. Ministros Massami Uyeda, Sidnei Beneti, Paulo de Tarso Sanseverino e Ricardo Villas Bôas Cueva votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília (DF), 13 de março de 2012 (Data do Julgamento)

Ministra Nancy Andrighi, Relatora

RELATÓRIO

Cuida-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado por ANDREA CRISTINA OLIVEIRA RUSCH, em favor de A. A. A. C. (MENOR), contra decisão unipessoal proferida pelo Desembargador Relator, que negou liminar pleiteada em *habeas corpus* requerido perante o TJ/SC.

Ação: de busca e apreensão de menor, ajuizada pelo Ministério Público Estadual, objetivando o recolhimento da paciente em abrigo, para posterior adoção.

Decisão: o Desembargador Relator indeferiu o pedido de liminar formulado no *habeas corpus*, impetrado perante o TJ/SC, sob o fundamento de que houve consentimento espontâneo da mãe quanto à adoção da criança, não se vislumbrando nenhuma ilegalidade na determinação de busca e apreensão.

Habeas corpus (STJ): com pedido liminar, impetrado em favor da paciente. Sustenta a existência de vícios de consentimento em relação a entrega da criança para a adoção; a supressão da ordem natural para adoção, por terem sido preteridos os parentes, quando do envio da menor para o abrigo e o perigo de dano irreparável, tendo em vista a possibilidade de se começar, em breve lapso temporal, os procedimentos relativos à adoção da paciente.

Em decisão unipessoal, deferi, liminarmente, a ordem, solicitando informações ao Tribunal de origem e parecer do Ministério Público Federal (fls. 149/151, e-STJ).

Às fls. 232/246, e-STJ, as informações prestadas pelo Tribunal de origem relatam o julgamento do *habeas corpus*, na origem, com a denegação da ordem.

Às fls. 249/252, parecer do Ministério Público Federal, de lavra do Subprocurador-Geral da República Pedro Henrique Távora Niess, pela concessão da ordem.

É o relatório.

VOTO

Inicialmente, importa declinar que José Luiz Pereira de Arruda e Fabrizia Pereira de Araújo de Arruda interpuseram agravo contra a decisão que deferiu, liminarmente, a ordem de *habeas corpus*, sob a alegação de que, após o abrigo institucional da infante, lograram conseguir a guarda da menor, no curso de processo de adoção.

Tangencio, contudo, esse debate, pois desborda dos estreitos limites impostos à apreciação de *habeas corpus*, voltado, tão somente, para suprimir constrição ilegal à liberdade ambulatoria da adotanda, que foi retirada do lar de sua mãe biológica e encaminhada para abrigo.

Quanto a essa decisão, importa ainda reproduzir a ementa do acórdão do Tribunal de origem, que em julgamento posterior ao deferimento do pedido liminar, denegou a ordem.

HABEAS CORPUS. DECISÃO JUDICIAL QUE ORDENA O ABRIGAMENTO DE INFANTE PARA OPORTUNA ADOÇÃO.

ILEGALIDADE OU ABUSIVIDADE NÃO VERIFICADA. MÃE BIOLÓGICA QUE ENTREGA A FILHA A CASAL INTERESSADO EM ADOTAR À BRASILEIRA. DECISÃO JUDICIAL QUE ORDENA BUSCA E APREENSÃO DA MENOR, DETERMINANDO A INSTITUCIONALIZAÇÃO. POSTERIOR RENÚNCIA EXPRESSA AO PODER FAMILIAR. DECISÃO QUE DISPONIBILIZA A INFANTE PARA A ADOÇÃO. ARREPENIMENTO DA GENITORA QUE, POR SI SÓ, NÃO RESULTA NA DEVOLUÇÃO DA CRIANÇA PARA A FAMÍLIA DE ORIGEM. AUTORIDADE JUDICIÁRIA QUE, EM ATENÇÃO AOS INTERESSES PRIORITÁRIOS DA PACIENTE, DILIGENCIA

PARA ASSEGURAR TAIS PRERROGATIVAS, SOBRETUDO O DIREITO FUNDAMENTAL À DIGNIDADE. AUSÊNCIA DE INJURICIDADE.

DENEGAÇÃO DA ORDEM.

Em sede de *habeas corpus*, na qualidade de remédio constitucional de natureza excepcionalíssima e sumaríssima, não há a possibilidade de discussão acerca do mérito de qualquer demanda, ficando o seu objeto adstrito à aferição da ilegalidade ou do abuso de poder constante da decisão capaz de privar o paciente de sua liberdade de locomoção. (Habeas Corpus n. 2009.025349-5, de Joinville, relator Des. Joel Figueira Júnior, DJe de 17.07.2009)

Limita-se, então, a discussão trazida neste *habeas corpus*, à validade da determinação legal de abrigamento de A. A. A. C.

Na visão do Tribunal de origem, a medida judicial não tem mácula, porquanto houve (em 17 de agosto de 2011), renúncia expressa ao poder familiar, concordando a mãe da infante, no ato, com o seu encaminhamento para adoção.

Ocorre, porém, que o próprio Tribunal relata que em 26 de agosto de 2011 houve arrependimento formulado pela mãe biológica da criança, quanto à sua entrega para adoção, pleito deduzido por meio de ação de guarda ajuizada pela mãe da menor, pela qual buscava recuperar a posse de sua filha.

Da legalidade da determinação judicial de abrigamento da menor e encaminhamento para adoção

A questão posta em desate neste *habeas corpus* - legalidade da determinação de abrigamento e posterior encaminhamento para adoção - deve ser apreciada de forma bifronte, pois requer tanto um sopesar da decisão judicial que ignorou o arrependimento manifestado pela mãe biológica, quanto a apreciação da validade da determinação de abrigamento da criança.

No primeiro aspecto, embora as circunstâncias fáticas tenham levado o julgador a manter a decisão de encaminhar a infante para adoção, apesar do arrependimento maternal exarado em juízo, não se pode ignorar a literalidade do texto legal de regência - Lei 12.010/2009 (nova Lei de adoção), quando trata do tema e expressamente afirma, em seu artigo 1º, § 1º, que:

A intervenção estatal, em observância ao disposto no caput do art. 226 da Constituição Federal, será prioritariamente voltada à orientação, apoio e promoção social da família natural, junto à qual a criança e o adolescente devem permanecer, ressalvada absoluta impossibilidade, demonstrada por decisão judicial fundamentada. (sem grifos no original).

A decisão do Juízo de 1º Grau que manteve a ordem de abrigo da criança, mesmo após o célere arrependimento da genitora - apenas 09 dias após o consentimento para que sua filha fosse adotada -, revelou-se contrária ao comando legal citado, que privilegia a manutenção da criança e do adolescente junto à sua família natural.

É de se notar, aqui, que o próprio julgador não identificou nenhuma alegação de risco para a menor, mas, ao revés, afirmou que:

Não se alega maus tratos, negligência ou qualquer violação dos direitos da criança, apenas, repisa-se, houve entrega da mãe (sic) espontaneamente ao juízo. (Fl. 33, e-STJ).

Ora, inexistindo maus-tratos ou negligência e havendo retratação quanto ao consentimento para a adoção, deveria ter sido dada plena aplicação à regra que prioriza a permanência da criança com sua família natural.

De outro turno, a 3ª Turma do STJ, em julgado recente - MC nº 18.329/SC, no qual fui relatora para acórdão, julgada em 20/09/2011 -, fixou o entendimento de que, na ausência de perigo de violência física ou psicológica contra a criança, a sua busca e apreensão com acolhimento

institucional, no curso de qualquer ação em que se discuta a custódia física da infante, representa evidente afronta ao melhor interesse do menor.

Assim, mesmo que, diante do contexto fático, o julgador de origem entendesse que deveria prosseguir como o procedimento de adoção, a oposição da mãe biológica a essa determinação já lhe garantiria a custódia física de sua filha biológica, até o curso final de uma ação qualquer que desse contornos definitivos à desvinculação legal entre mãe e filha biológicas.

Em consonância com esses entendimentos, mostra-se necessária a concessão da ordem para, privilegiando a família natural, manter a decisão liminar que determinou a busca e apreensão de A. A. A. C. (MENOR), onde quer que se encontrasse, e a sua devolução à genitora.

Forte nessas razões, **CONCEDO** a ordem.

RECURSO ESPECIAL

Recurso Especial n. 1.239.147, de Santa Catarina (2011/0041063-2)

Relatora: Ministra Laurita Vaz

Recorrente: Ministério Público do Estado de Santa Catarina

Recorrido: Jandir Nunes de Melo

Advogado: Claudio José Duarte Filho – Defensor Dativo

EMENTA

RECURSO ESPECIAL. PENAL. POSSE ILEGAL DE ARMA DE FOGO E DE MUNIÇÕES DE USO PERMITIDO COM NUMERAÇÃO RASPADA. ALEGADA NEGATIVA DE VIGÊNCIA AO ART. 16, PARÁGRAFO ÚNICO, INCISO I, DA LEI N.º 10.826/03. TIPICIDADE, EM TESE, DA CONDUTA DESCRITA NA DENÚNCIA. *ABOLITIO CRIMINIS* TEMPORÁRIA NÃO ESTENDIDA AO PORTE, NEM À POSSE DE ARMA OU DE MUNIÇÃO DE USO RESTRITO. RECURSO PROVIDO.

1. A conduta relativa à posse ilegal de arma de fogo de uso permitido com numeração raspada, equiparada à de uso restrito, praticada em 13 de abril de 2009, subsume-se, em tese, ao crime previsto no art. 16, parágrafo único, inciso IV, do Estatuto do Desarmamento.

2. O caso em comento não foi abarcado pela denominada *abolitio criminis* temporária, prevista nos arts. 30, 31 e 32 da Lei 10.826/03, tendo em vista que a nova redação dada aos dispositivos legais pela Medida Provisória n.º 417, convertida na Lei n.º 11.706/2008, prorrogando o prazo para a regularização de armas de fogo de uso permitido, não contemplou as armas ou munições de uso restrito, como no caso dos autos.

3. Recurso ministerial provido para reformar o acórdão recorrido nos termos explicitados no voto.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da QUINTA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conhecer do recurso e lhe dar provimento, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Jorge Mussi, Marco Aurélio Bellizze e Adilson Vieira Macabu (Desembargador convocado do TJ/RJ) votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Gilson Dipp.
Brasília (DF), 21 de junho de 2012 (Data do Julgamento)
Ministra Laurita Vaz, Relatora

RELATÓRIO

A EXMA. SRA. MINISTRA LAURITA VAZ (Relatora): Trata-se de recurso especial interposto pelo MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA, em face de acórdão proferido na apelação criminal n.º 2010.000912-6, pelo Tribunal de Justiça local, com fundamento no art. 105, inciso III, alíneas *a* e *c*, da Constituição Federal.

Consta nos autos que JANDIR NUNES DE MELO foi denunciado pela prática do crime do art. 157, § 2.º, incisos I e II, do Código Penal; e do crime do art. 16, parágrafo único, inciso IV, da Lei n.º 10.826/03.

Narra a denúncia que, no dia 13 de abril de 2009, no interior da residência, situada no Município de São José/SC, o Recorrido foi surpreendido na posse de duas armas de fogo com numeração suprimida.

A Defesa, em sede de apelação criminal, postulou a absolvição por deficiência probatória e a absorção do delito de posse de arma de fogo pelo de roubo.

O Tribunal a quo deu parcial provimento ao apelo defensivo, em acórdão assim ementado, *litteris*:

DELITO CONTRA O PATRIMÔNIO. ROUBO CIRCUNSTANCIADO PELO EMPREGO DE ARMA DE FOGO E CONCURSO DE AGENTES (CP, ART. 157, § 2.º, INCS. I E II). AUTORIA E MATERIALIDADE EVIDENCIADAS, TANTO NA CONFISSÃO JUDICIAL DO APELANTE, COMO NOS DIZERES DAS VÍTIMAS QUE EFETUARAM O RECONHECIMENTO NA FASE POLICIAL E SOB O CRIVO DO CONTRADITÓRIO. ABSOLVIÇÃO PELA DÚVIDA INVIÁVEL.

ESTATUTO DO DESARMAMENTO. POSSE ILEGAL DE ARMA DE FOGO COM NUMERAÇÃO RASPADA (ART. 16, PARÁGRAFO ÚNICO, INC. IV, DA LEI 10.826/2003). CONDUTA ALCANÇADA PELO MANTO DA “*ABOLITIO CRIMINIS TEMPORÁLIS*”. ATIPICIDADE CARACTERIZADA. ABSOLVIÇÃO QUE SE IMPÕE. ENTENDIMENTO VENCIDO, DESTES RELATOR. RECURSO PROVIDO, EM PARTE (fl. 249).

Em face desse acórdão o *Parquet* opôs embargos declaratórios, rejeitados pelo Tribunal *a quo* (fls. 268/271).

Irresignado, o Ministério Público Estadual interpôs o presente recurso especial, alegando contrariedade ao art. 619 do Código de Processo Penal e aos arts. 30 e 32 da Lei 10.826/03, ao entender pela atipicidade da conduta prevista no art. 16, parágrafo único, inciso I, do Estatuto do Desarmamento e dissídio jurisprudencial na interpretação dos referidos institutos legais. Alega que apenas possuidores e proprietários de armas de uso permitido foram compreendidos pela *abolitio criminis*, sendo típica a conduta descrita na inicial acusatória.

Contrarrazões às fls. 308/311.

Instado a se manifestar, o Ministério Público Federal opinou pelo provimento do recurso (fls. 329/339).

É o relatório.

VOTO

A EXMA. SRA. MINISTRA LAURITA VAZ (Relatora): O Recorrido foi denunciado pela prática do crime do art. 157, § 2.º, incisos I e II do Código Penal; e do crime do art. 16, parágrafo único, inciso IV, do Estatuto do Desarmamento.

Com relação ao crime de posse ilegal de arma de fogo com numeração raspada, o acórdão recorrido fundamenta-se nos seguintes termos, *litteris*:

[...]

Todavia, predominou a posição da douta maioria, no de que o acusado deve ser absolvido do delito de posse ilegal de arma de fogo com numeração raspada, por conta da “*abolitio criminis temporalis*”.

Isso porque, entendem os doutos pares que, “não obstante a omissão da MP n. 417/2008 acerca do prazo de entrega de armas de fogo de uso permitido com numeração raspada, esta Segunda Câmara Criminal, por maioria, vem entendendo que a conduta de posse ilegal de artefato bélico com essa característica (Lei 10.826/2003, art. 16, par. ún., IV) está abarcada pela citada “*abolitio criminis temporalis*”, em razão do espírito norteador da norma, a saber, o desarmamento (vide Ap. Crim. n. 2008.060912-5, de Navegantes, desta relatora, j. em 6-3-2009; HC n. 2008.031464-2, de Tijucas, desta relatora, j. em 16-12-2008; Ap. Crim. n. 2008.049108-5, de Tubarão, rel. Des. Sérgio Paladino, j. em 11-12-2008; Ap. Crim. 2008.026623-1, da Capital, rel. Des. Sérgio Paladino, j. em 10-3-2009)” (Ap. Crim. n. 2008.017146-8, de Anchieta, rela. Des. Salete Silva Sommariva, j. 27.11.2009).

Dessarte, merece guarida o pedido da defesa, ainda que por argumento diverso do contido no recurso, procedendo-se à absolvição do apelante no que diz respeito ao delito previsto no art. 16, parágrafo

único, inc. IV, da Lei n. 10.826/2003, com fulcro no art. 386, inc. III, do Código de Processo Penal (fls. 256/257).

Em que pese a relevância dos fundamentos expostos no aresto oburgado, entendo que esse entendimento deve ser reformado.

A Lei n.º 10.826, de 23 de dezembro de 2003 – Estatuto do Desarmamento – que dispõe inteiramente sobre registro, posse e comercialização de armas de fogo e munição, define claramente a conduta praticada em tese pelo Recorrido.

O claro intuito do legislador foi tratar de modo mais rígido o porte e o uso de arma de fogo e munições, ampliando o rol das condutas delituosas, como se vê:

Art. 16. Possuir, deter, portar, adquirir, fornecer, receber, ter em depósito, transportar, ceder, ainda que gratuitamente, emprestar, remeter,empregar, manter sob sua guarda ou ocultar arma de fogo, acessório ou munição de uso proibido ou restrito, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar:

Pena – reclusão, de 3 (três) a 6 (seis) anos, e multa.

Parágrafo único. Nas mesmas penas incorre quem:

IV - portar, possuir, adquirir, transportar ou fornecer arma de fogo com numeração, marca ou qualquer outro sinal de identificação raspado, suprimido ou adulterado;

Ademais, desde a nova redação dada aos dispositivos legais pela Medida Provisória n.º 417, convertida na Lei n.º 11.706/2008, há distinção entre os crimes previstos nos arts. 12 e 16 do Estatuto do Desarmamento, devendo ser reconhecida a *vacatio legis* para o crime de posse de arma de fogo de uso restrito apenas no período compreendido entre o dia 23 de dezembro de 2003 e o dia 25 de outubro de 2005.

Na hipótese em apreço, o Recorrido foi denunciado com incurso no art. 16, parágrafo único, inciso IV, da Lei n.º 10.826/2003, porque no dia 13 de abril de 2009 possuía, no interior de residência, duas armas de fogo

de uso permitido, com numeração raspada ou suprimida, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar.

Ora, segundo a jurisprudência firmada por este Superior Tribunal de Justiça, a arma de uso permitido com numeração raspada equipara-se à de uso restrito.

Nesse contexto, verifica-se que é típica a conduta atribuída ao Recorrido, uma vez que a sua prisão em flagrante delito ocorreu em 13/04/2009, ou seja, fora do período de abrangência para o referido tipo de armamento – equiparado ao de uso restrito –, qual seja, de 23/12/2003 a 23/10/2005, motivo pelo qual não se encontra abarcada pela excepcional *vacatio legis* indireta prevista nos arts. 30 e 32, da Lei n.º 10.826/2003.

Nesse sentido:

HABEAS CORPUS. PENAL E PROCESSUAL PENAL. ARGUIÇÃO DE AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO DO DECRETO DE PRISÃO PREVENTIVA. REITERAÇÃO DE PEDIDO JÁ APRECIADO POR ESTA QUINTA TURMA NOS AUTOS DO HC 119.876/PE. PENAL. ESTATUTO DO DESARMAMENTO. POSSE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DE USO RESTRITO (ARTIGO 16 DA LEI 10.826/03). ABOLITIO CRIMINIS TEMPORÁRIA. NÃO OCORRÊNCIA. ORDEM PARCIALMENTE CONHECIDA E, NESSA PARTE, DENEGADA.

1. A arguição de ausência de fundamentação da decisão que decretou a prisão preventiva já foi objeto de deliberação por parte desta Quinta Turma nos autos do HC 119.876/PE, tendo sido o acórdão publicado no DJe de 14/12/2009.

2. *A jurisprudência desta Corte é no sentido de que a “prorrogação do prazo para regularização de armas de fogo, até 31 de dezembro de 2008, trazida pela MP 417/2008, convertida na Lei 11.706/08, que alterou a redação do art. 30 da Lei 10.826/03 – Estatuto do Desarmamento –, beneficia somente os possuidores de arma de fogo de uso permitido, nos exatos termos da Lei, não mais alcançando os possuidores de armas e munições de uso restrito, cujo prazo para regularização expirou em 23 de outubro de 2005.”*

(HC 108.633/RO, 5.^a Turma, Rel. Min. FELIX FISCHER, DJe de 16/03/2009.)

3. Ordem parcialmente conhecida e, nessa parte, denegada. (HC 130.801/PE, 5.^a Turma, Rel. Ministra LAURITA VAZ, DJe de 02/12/2011; sem grifo no original.)

HABEAS CORPUS. PORTE ILEGAL DE MUNIÇÃO DE USO RESTRITO. ALEGAÇÃO DE ATIPICIDADE DA CONDUTA. NÃO-OCORRÊNCIA. ABOLITIO CRIMINIS TEMPORÁRIA NÃO ESTENDIDA AO PORTE, NEM À POSSE DE ARMA OU MUNIÇÃO DE USO RESTRITO.

1. Não prospera a alegação de que é ilegal a condenação relativa ao crime previsto no art. 16, parágrafo único, inciso IV, da Lei n.º 10.826/03, porquanto o mencionado delito foi cometido durante a *vacatio legis* da novel legislação.

2. Somente as condutas delituosas relacionadas à posse de arma de fogo foram abarcadas pela denominada *abolitio criminis* temporária, prevista nos arts. 30, 31 e 32 da Lei 10.826/03, não sendo possível estender o benefício ao crime de porte ilegal de arma de fogo. Precedentes.

3. Ademais, a nova redação dada aos dispositivos legais pela Medida Provisória n.º 417, convertida na Lei n.º 11.706/2008, prorrogando o prazo para a regularização de armas de fogo de uso permitido, não contemplou as armas ou munições de uso restrito, como no caso dos autos.

4. Ordem denegada. (HC 136.879/SC, 5.^a Turma, Rel. Ministra LAURITA VAZ, DJe de 02/12/2011; sem grifo no original.)

CRIMINAL. HABEAS CORPUS. ART. 16, CAPUT, DA LEI 10.826/03. PLEITO DE ABSOLVIÇÃO. ATIPICIDADE DA CONDUTA. ERRO DE PROIBIÇÃO. ANÁLISE VEDADA EM SEDE DE WRIT. NECESSIDADE DE REVOLVIMENTO DO CONJUNTO FÁTICO-COMPROBATÓRIO. APREENSÃO DE MUNIÇÃO DE USO RESTRITO. CRIME DE PERIGO ABSTRATO. CONDUTA TÍPICA. ABOLITIO CRIMINIS TEMPORÁRIA NÃO VERIFICADA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO VISLUMBRADO. ORDEM DENEGADA.

I. Análise das alegações concernentes ao pleito de absolvição do réu e de ocorrência de erro de proibição que demandaria o revolvimento do conjunto fático-probatório, inviável em sede de *habeas corpus*.

II. A via estreita do *writ* é incompatível com a investigação probatória, nos termos da previsão constitucional que o institucionalizou como meio próprio à preservação do direito de locomoção, quando demonstrada ofensa ou ameaça decorrente de ilegalidade ou abuso de poder (art. 5º, inciso LXVIII).

III. Possuir munição de uso restrito, por si só, configura a prática do delito do art. 16, *caput*, da Lei 10.826/03, pois o núcleo do tipo prevê, explicitamente, que tal conduta é antijurídica, independentemente da disponibilidade de arma de fogo para efetuar disparo.

IV. Trata-se de delito de perigo abstrato, que prescinde de comprovação do efetivo risco à paz pública.

V. *A Lei n.º 10.826/03, nos arts. 30 e 32, determinou que os possuidores e proprietários de armas de fogo não registradas deveriam, sob pena de responsabilidade penal, no prazo de 180 (cento e oitenta) dias após a publicação da Lei, solicitar o seu registro apresentando nota fiscal de compra ou a comprovação da origem lícita da posse ou entregá-las à Polícia Federal.*

VI. *Durante esse prazo estipulado pelo legislador, identificado como vacatio legis indireta pela doutrina, a simples conduta de possuir arma de fogo e munições, de uso permitido (art. 12) ou de uso restrito (art. 16), não seria crime.*

VII. *Incidência da abolitio criminis temporária tanto no tocante ao art. 12, quanto ao art. 16, ambos da Lei n.º 10.826/2003, que, pela simples posse, ficaram desprovidos de eficácia durante o período estipulado nos arts. 30 e 32 da referida norma legal. Destaca-se que o interstício se iniciou em 23.12.2003 e teve seu termo final prorrogado até 23.10.2005 (cf. Medida Provisória nº 253/2005 convertida na Lei nº 11.191/2005), no tocante à posse irregular de arma de fogo ou munição de uso permitido e restrito ou proibido.*

VIII. *Esse termo final foi estendido até 31 de dezembro de 2008, alcançando, todavia, somente os possuidores de arma de fogo e munição de uso permitido (nos exatos termos do art. 1º da Medida Provisória nº 417, de 31 de janeiro de 2008, convertida na Lei 11.706, de 19*

de junho de 2008, que conferiu nova redação aos arts. 30 e 32 da Lei nº 10.826/03). Por meio da Lei nº 11.922/2009, referido prazo foi prorrogado para o dia 31/12/2009.

IX. Conforme o entendimento desta Corte, deve ser considerada típica a conduta praticada pelo paciente em 9.4.2007, de possuir, no interior de sua residência, munição de uso restrito.

X. Ordem denegada, nos termos do voto do Relator. (HC 190.568/DF, 5.ª Turma, Rel. Ministro GILSON DIPP, DJe de 16/05/2011; sem grifo no original.)

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. POSSE DE ARMA DE FOGO DE USO PERMITIDO COM NUMERAÇÃO RASPADA. EQUIPARAÇÃO À DE USO RESTRITO. CONDUTA PERPETRADA FORA DO PERÍODO DA VACATIO LEGIS. NÃO APLICAÇÃO DA EXEGESE DO ART. 30 DA LEI 10.826/2003. TIPICIDADE DA CONDUTA. ORDEM DENEGADA.

1. É considerada atípica a conduta relacionada ao crime de posse de arma de fogo, seja de uso permitido ou de uso restrito, incidindo a chamada *abolitio criminis* temporária nas duas hipóteses, se praticada no período compreendido entre 23 de dezembro de 2003 a 23 de outubro de 2005. Contudo, este termo final foi prorrogado até 31 de dezembro de 2008 somente para os possuidores de arma de fogo de uso permitido (art. 12), nos termos da Medida Provisória nº 417 de 31 de janeiro de 2008, que estabeleceu nova redação aos arts. 30 a 32 da Lei nº 10.826/03, não mais albergando o delito de posse de arma de uso proibido ou restrito - previsto no art. 16 do referido Estatuto.

2. Segundo a jurisprudência firmada por esta Corte de Justiça, a arma de uso permitido com numeração raspada equipara-se à de uso restrito, logo, vislumbra-se que é típica a conduta atribuída ao paciente, tendo em vista que as buscas efetuadas no interior do estabelecimento ocorreram em 30-4-2007, isto é, fora do período de abrangência da Lei em comento para o referido tipo de armamento - equiparado ao de uso restrito -, qual seja, de 23 de dezembro de 2003 a 23 de outubro de 2005, motivo pelo qual não se encontra abarcada pela excepcional *vacatio legis* indireta prevista nos arts. 30 e 32 da Lei nº 10.826/03.

3. Ordem denegada. (HC 139.547/SP; 5.^a Turma, Rel. Min. JORGE MUSSI, DJe 04/10/2010.)

Ante o exposto, DOU PROVIMENTO ao recurso para, reformando acórdão recorrido, restabelecer a condenação do Acusado JANDIR NUNES DE MELO pela prática do crime do art. 16, parágrafo único, inciso IV, da Lei n.º 10.826/2003.

É como voto.

**TRIBUNAL DE JUSTIÇA
DE SANTA CATARINA**

ÓRGÃO ESPECIAL

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE

Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2012.039099-9, de Xanxerê

Relator: Des. Jaime Luiz Vicari

MEDIDA CAUTELAR EM AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. COMPETÊNCIA. ÓRGÃO ESPECIAL. CASO DE EXCEPCIONAL URGÊNCIA. ART. 10, § 3º, DA LEI ESTADUAL 12.096/2001. DECRETO LEGISLATIVO N. 003/2011 DO MUNICÍPIO DE XANXERÊ. MAJORAÇÃO DO NÚMERO DE VEREADORES A COMPOR A CÂMARA LEGISLATIVA. NECESSIDADE DE EMENDA À LEI ORGÂNICA. ALEGADA AFRONTA AO ART. 29, INCISO IV, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA E AO ART. 111, INCISO V, DA CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DE SANTA CATARINA. REQUISITOS DA CAUTELARIDADE PRESENTES. *FUMUS BONI IURIS* E *PERICULUM IN MORA*. RISCO À EFICÁCIA PLENA E À PERFEITA ATUAÇÃO DO PROVIMENTO FINAL. POSTULAÇÃO CAUTELAR DEFERIDA.

A Constituição da República e a Constituição do Estado de Santa Catarina dispõem ser a Lei Orgânica a carta normativa de regência do município. Dispõem, ainda, dever ela atender aos princípios constitucionais e aos preceitos arrolados nos incisos de seus respectivos artigos 29 e 111, dentre os quais constam as regras para a composição da Câmara Municipal.

“O TSE já decidiu que a fixação do número de vereadores é da competência da Lei Orgânica de cada Município, devendo essa providência ocorrer até o termo final do período das convenções partidárias” (Agravo Regimental no Agravo de Instrumento n. 11.685, rel. Min. Arnaldo Versiani, j. em 17-5-2011).

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2012.039099-9, em que é requerente o Promotor de Justiça da Comarca de Xanxerê e requerida a Câmara de Vereadores do Município de Xanxerê:

O Órgão Especial decidiu, por votação unânime, deferir a medida cautelar para suspender, até a decisão final, a eficácia do Decreto Legislativo n. 003/2011 do Município de Xanxerê.

O julgamento, realizado em 4 de julho de 2012, foi presidido pelo Exmo. Sr. Des. Cláudio Barreto Dutra, com voto, e dele participaram os Exmos. Srs. Desembargadores Gaspar Rubick, Pedro Manuel Abreu, Newton Trisotto, Sérgio Paladino, Vanderlei Romer, José Volpato de Souza, Fernando Carioni, José Antônio Torres Marques, Marcus Túlio Sartorato, Ricardo Fontes, Salim Schead dos Santos, Maria do Rocio Luiz Santa Ritta, Jaime Ramos, Lédio Rosa de Andrade, Jânio Machado, Paulo Roberto Camargo Costa e Raulino Jacó Brüning.

Florianópolis, 4 de julho de 2012.

Jaime Luiz Vicari
RELATOR

RELATÓRIO

O Ministério Público do Estado de Santa Catarina, por intermédio de seu Promotor de Justiça titular da 2ª Promotoria de Justiça de Xanxerê, propôs ação direta de inconstitucionalidade, com pedido liminar, em face do Decreto Legislativo n. 3/2011, do Município de Xanxerê.

Segundo aduziu o representante ministerial, o Decreto Legislativo Municipal n. 3/2011 modificou o número de vereadores que compõe a Câmara de Legislativa daquele Município.

Disse padecer tal ato normativo do vício da inconstitucionalidade formal, haja vista que a majoração do número de vereadores do município é matéria que depende de emenda à Lei Orgânica municipal, sujeita a processo legislativo mais custoso do que o da edição de decretos legislativos, estes editados em turno único e condicionados à aprovação por maioria simples.

Afirmou que em outras oportunidades o número de vereadores do Município também foi fixado por via diversa da emenda à Lei Orgânica municipal, como ocorreu com o Decreto Legislativo n. 9/04, revogado pelo n. 3/2011. Dessarte, sustentou não haver falar em efeitos repristinatórios, porquanto o Decreto Legislativo n. 9/2004 também padeceria de vício de inconstitucionalidade formal.

Com o afastamento do efeito repristinatório, segundo sustentou, haveria de se manter o atual número de 9 (nove) parlamentares na Câmara municipal, número este obtido por meio da aplicação das Resoluções n. 21.702/2004 e 21.803/2004, ambas do Tribunal Superior Eleitoral. Asseverou que, por razões de segurança jurídica, a decisão a ser proferida haverá de determinar que não seja alterado o número de vereadores do município antes da posse dos eleitos, em janeiro de 2013.

Discorreu a respeito da presença *in casu* dos pressupostos da cautelaridade. Nessa senda, afirmou presentes o *fumus boni iuris*, caracterizado pela alegada inconstitucionalidade formal da Decreto Legislativo em exame, e o *periculum in mora*, este oriundo da elevação dos gastos decorrentes da criação das quatro novas cadeiras na Câmara de Vereadores, bem como em razão dos inconvenientes decorrentes do início de processo eleitoral destinado ao preenchimento de cargos eletivos que poderão, ao final, ser excluídos dos quadros do Legislativo Municipal

Por conta disso, o Representante do Ministério Público requereu a suspensão, em caráter cautelar, do Decreto Legislativo n. 3/2011, do Município de Xanxerê, bem como a expedição de ordem que obste “nova modificação legislativa sobre o tema enquanto durar o processo eleitoral de 2012 (até 1º de janeiro de 2013)”.

Requereu, por fim, a declaração de inconstitucionalidade formal do aludido Decreto Legislativo, por afronta ao art. 111, inciso V, da Constituição do Estado de Santa Catarina, e ao art. 29, inciso IV, da Constituição Federal; bem assim o reconhecimento da inconstitucionalidade do Decreto Legislativo n. 9/2004, para que permaneça o número de 9 vereadores fixados atualmente, facultado a modificação desse número através de Emenda à respectiva Lei Orgânica, apenas após encerrado o processo eleitoral em curso.

Este é o relatório.

VOTO

De início, deve-se consignar tratar-se de caso de “*excepcional urgência*”, tal como indica o § 3º do art. 10 da Lei Estadual 12.069/2011, de sorte que este Órgão Especial decidirá o pedido de medida cautelar em sede de ação direta de inconstitucionalidade sem a prévia audiência do órgão do qual emanou o Decreto Legislativo impugnado.

A urgência dessa apreciação funda-se no fato de que, às dezenove horas de amanhã, dia 5 de julho, esgota-se o prazo para que os partidos políticos e coligações apresentem no cartório eleitoral competente o requerimento de registros de seus candidatos a vereador (art. 11, *caput*, da Lei n. 9.504/1997). O número de registros de candidaturas que cada partido ou coligação pode requerer é calculado sobre o número de lugares a preencher na Câmara Municipal, como bem se pode ver da redação do *caput* e do § 1º do art. 10 da Lei das Eleições.

Assim, como por intermédio do pedido cautelar *sub examinen* objetiva o requerente a suspensão da eficácia do Decreto Legislativo n. 3/2011 e a consequente redução do número de lugares a preencher na Câmara Legislativa daquele Município, conclui-se presente a “*excepcional urgência*” supracitada.

Pois bem.

A tema é ponderoso e reclama agudo exame. No entanto, o juízo cognitivo vertical que ora se lança sobre a questão é sumário e desse limite não pode transbordar.

Dessarte, o que de pronto se observa é que, por intermédio da Emenda Constitucional n. 58, de 23 de setembro de 2009, o constituinte derivado reformador deu nova redação ao inciso IV do art. 29 da Constituição da República e estabeleceu o número máximo de vereadores a compor cada Câmara Municipal.

Assim dispõe a redação atual do aludido artigo:

Art. 29. O Município reger-se-á por lei orgânica, votada em dois turnos, com o interstício mínimo de dez dias, e aprovada por dois terços dos membros da Câmara Municipal, que a promulgará, atendidos os princípios estabelecidos nesta Constituição, na Constituição do respectivo Estado e os seguintes preceitos:

[...]

IV - para a composição das Câmaras Municipais, será observado o limite máximo de:

[...]

c) 13 (treze) Vereadores, nos Municípios com mais de 30.000 (trinta mil) habitantes e de até 50.000 (cinquenta mil) habitantes; [...].

Tal como referido acima, o que estabeleceu a Emenda Constitucional n. 58/2009 foi apenas o número máximo de edis de cada município, de sorte que a este é que cabe definir o número de componentes de sua Câmara Municipal, respeitado, sempre, o teto previsto na Constituição da República.

Vale transcrever, também, o texto do *caput* e do inciso V do art. 111 da Constituição do Estado de Santa Catarina. *In verbis*:

Art. 111 — O Município rege-se por lei orgânica, votada em dois turnos, com interstício mínimo de dez dias, e aprovada por dois terços dos membros da Câmara Municipal, que a promulgará, atendidos os princípios estabelecidos na Constituição Federal e nesta Constituição, e os seguintes preceitos:

[...]

V - número de Vereadores proporcional à população do Município, obedecidos os limites da Constituição Federal; [...].

Naquilo que é objeto deste exame sumário, vê-se presente cada um dos requisitos da cautelaridade, a começar pelo *fumus boni iuris*.

Assemelha-se acertado, sim, na linha da argumentação lançada pelo requerente da presente medida cautelar, depreender da redação dos artigos transcritos caber à Lei Orgânica a definição do número de vereadores que comporá a Câmara Municipal.

A Constituição da República e a Constituição do Estado de Santa Catarina dispõem ser a Lei Orgânica a carta normativa de regência do município. Dispõem, ainda, dever ela atender aos princípios constitucionais

e aos preceitos arrolados nos incisos dos supra-indicados artigos, dentre os quais constam as regras para a composição da Câmara Municipal.

Por meio do Decreto Legislativo n. 003/2011 alterou-se a redação do art. 1º do Regimento Interno da Câmara de Vereadores de Xanxerê. No exame sumário que ora se realiza, a conclusão a que se aporta é a de que a fixação do número de vereadores é, sim, matéria da competência de Lei Orgânica e não do Regimento Interno do Poder Legislativo Municipal.

Precedente do Superior Tribunal Eleitoral corrobora essa interpretação:

Número de vereadores. Fixação. Lei Orgânica.

- O TSE já decidiu que a fixação do número de vereadores é da competência da Lei Orgânica de cada Município, devendo essa providência ocorrer até o termo final do período das convenções partidárias. Precedentes: Agravo Regimental no Recurso Especial nº 30.521 e Res.-TSE nº 22.82312008.

Agravo regimental a que se nega provimento (Agravo Regimental no Agravo de Instrumento n. 11.685, rel. Min. Arnaldo Versiani, j. em 17-5-2011).

De igual sentido, o julgamento do Agravo Regimental no Agravo de Instrumento n. 11.248.

Vale apontar, ainda, que embora já encerradas as convenções partidárias (em 30 de junho), não se vê esteja este Tribunal impedido de proferir decisão que resulte na alteração do número de vereadores do município. É que o vício da inconstitucionalidade obsta que a lei ou o ato normativo que dele padeça produza qualquer efeito válido e isso desde o seu nascedouro. Tanto é assim, que a decisão que declara a inconstitucionalidade produz efeitos repristinatórios – restabelece a legislação anterior que por ela foi revogada –, efeito esse que é também próprio da medida cautelar deferida em sede de ação direta de inconstitucionalidade (art. 11, § 2º, Lei Estadual n. 12.069/2001, e art. 11, § 2º da Lei n. 9.869/99).

Dessarte, se a declaração de inconstitucionalidade ou o deferimento da cautelar importará na redução do número de cadeiras na Câmara de Vereadores de Xanxerê, isso dar-se-á apenas por que desprovido de efeitos, desde a sua origem, o Decreto Legislativo em tese viciado de inconstitucionalidade.

De outra banda, apura-se presente o *periculum in mora*, haja vista que o aguardo da tutela definitiva porá em risco a eficaz e perfeita atuação do final provimento jurisdicional.

Se admitido a cada partido ou coligação o registro de candidaturas em número proporcional ao número de cadeiras apontado no Decreto Legislativo n. 003/2011, e após, julgada procedente a ação direta de inconstitucionalidade, reduzir-se esse número, haverá sério e quiçá irreversível comprometimento de todo o processo eleitoral.

Com base no número de cadeiras em disputa, como dito acima, apura-se o número de registros de candidaturas que cada partido ou coligação pode requerer. Indo-se mais adiante, vale referir que o número de lugares a preencher integra, também, a equação que levará ao quociente eleitoral (art. 106 do Código Eleitoral).

Dessarte, conclui-se ser fundado e objetivo o temor de que, aguardada a tutela definitiva, venha esta a se esvaziar de eficácia.

Assim, com esteio nesses fundamentos defere-se a medida cautelar para suspender, até a decisão final, a eficácia do Decreto Legislativo n. 003/2011 do Município de Xanxerê, que alterou a redação do art. 1º do Regimento Interno do Poder Legislativo daquele Município para fixar o número de vereadores a compor a Câmara Legislativa;

Porque amanhã encerra-se o prazo para o registro de candidaturas, imperioso que se proceda à imediata comunicação dos termos do acórdão

ao Excelentíssimo Senhor Presidente do Tribunal Regional Eleitoral de Santa Catarina, bem como à d. Juíza Eleitoral da 43ª Zona Eleitoral.

Publique-se a parte dispositiva dessa decisão, na forma do art. 11 da Lei Estadual n. 12.069/2001, e notifique-se a Câmara de Vereadores do Município de Xanxerê para que preste informações no prazo de 30 dias.

Decorrido o prazo das informações, intime-se o Procurador-Geral do Município de Xanxerê para que, em 15 dias, proceda à defesa do ato impugnado. Em seguida, encaminhem-se os autos à d. Procuradoria-Geral de Justiça para manifestação em igual prazo.

Este é o voto.

PRIMEIRA CÂMARA DE DIREITO CIVIL

APELAÇÃO CÍVEL

Apelação Cível n. 2011.043809-0, de Catanduvas

Relatora: Des. Subst. Denise Volpato

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE ALIMENTOS. EXTINÇÃO DO FEITO SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO. ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA. VERBA HONORÁRIA DENEGADA. APLICAÇÃO DO ARTIGO 17, V, DA LEI COMPLEMENTAR ESTADUAL N. 155/1997.

INSURGÊNCIA DA PROCURADORA DA REQUERENTE. PLEITO PELA REFORMA DO JULGADO PARA FIXAÇÃO DE REMUNERAÇÃO ASSISTENCIAL. SUBSISTÊNCIA. RESTRIÇÃO LEGAL QUE SE MOSTRA CONTRÁRIA AOS DITAMES CONSTITUCIONAIS DE PROMOÇÃO DO TRABALHO COMO FORMA DE “ASSEGARAR A TODOS EXISTÊNCIA DIGNA” (ARTIGOS 1º, IV, E 170, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL). EXTRAPOLAÇÃO, ADEMAIS, DA COMPETÊNCIA LEGISLATIVA CONCORRENTE PELO ESTADO DE SANTA CATARINA (ARTIGO 24, XIII, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL). NORMA GERAL DA UNIÃO QUE DETERMINA O PAGAMENTO AO DEFENSOR DATIVO NOMEADO. INTELLIGÊNCIA DO §1º, DO ARTIGO 22, DA LEI N. 8.906/1994. SENTENÇA REFORMADA. FIXAÇÃO DE HONORÁRIOS DE ACORDO COM A TABELA DO CONSELHO SECCIONAL CATARINENSE DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. RECURSO PROVIDO.

1 - “O advogado possui legitimidade para recorrer acerca da verba honorária na qualidade de terceiro interessado” (STJ- 4ª T., REsp 311.092, Min. Barros Monteiro, j.19.2.04, DJU 3.5.04).

2 - “Ainda que o processo tenha sido extinto sem julgamento do mérito, em razão do pedido de desistência formulado pela parte autora, em se tratando de causa tramitante sob os auspícios da gratuidade judicial, impõe-se mitigada a aplicação do Art. 17, inc. V, da Lei Complementar Estadual n. 155/97, admitindo-se o arbitramento de remuneração em favor do assistente judiciário do promovente de ação revisional de alimentos, sob pena de desprestigiar-se o trabalho do profissional de Direito que atuou de forma gratuita, em defesa dos interesses de cliente carente de recursos financeiros e em atenção à nomeação judicial feita.” (TJSC, Ap. Cív. N. 2007.043209-5, rel. Des. Trindade dos Santos, julgado em 28/08/2008)

3 - “Os advogados nomeados para assistir os necessitados - obrigação do Estado e não de entidade de classe - devem ser remunerados de acordo com o disposto no art. 22, §1º, do EOAB, aplicando-se a tabela do Conselho Seccional da OAB.” (TJSC, Apelação Cível n. 2002.008496-0, rel. Des. Monteiro Rocha, julgado em 10/10/2002).

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2011.043809-0, da comarca de Catanduvas (Vara Única), em que é apelante Maria Helena Cerino, e apelado G. P.:

A Primeira Câmara de Direito Civil decidiu, por votação unânime, conhecer do recurso e dar-lhe provimento. Custas legais.

Participaram do julgamento, realizado nesta data, o Excelentíssimo Desembargador Carlos Prudêncio, presidente com voto, e a Excelentíssima Desembargadora Cinthia Beatriz da Silva Bittencourt Schaefer.

Florianópolis, 29 de maio de 2012.

Denise Volpato
RELATORA

RELATÓRIO

Maria Helena Cerino interpôs recurso de apelação (fls. 47/54) contra a Sentença (fls. 40/45), de lavra do Eminentíssimo Juiz Substituto Eduardo Passold Reis, que deixou de fixar a remuneração assistencial a recorrente (procuradora da autora) com fulcro no artigo 17, V, da Lei Complementar Estadual n. 155/1997.

Eu seu apelo, a advogada colaciona vasta jurisprudência desta Corte acerca do entendimento de ser cabível a fixação da remuneração assistencial em caso de efetiva prestação de serviços, mesmo que o processo tenha sido extinto sem resolução de mérito.

Recebido o recurso (fl. 55), ascenderam os autos a esta Corte de Justiça.

Lavrou parecer pela douta Procuradoria-Geral de Justiça o Exmo. Sr. Dr. Mário Gemin, que deixou de opinar por entender demanda de caráter eminentemente privado (fl. 61).

Este é o relatório.

VOTO

1- Admissibilidade

É consabido que o procedimento recursal exige o preenchimento de pressupostos específicos, necessários para que se possa examinar o

mérito do recurso interposto. Portanto, torna-se imperiosa, num primeiro momento, a análise dos pressupostos recursais, em razão de constituírem a matéria preliminar do procedimento recursal, ficando vedado ao Tribunal o conhecimento do mérito no caso de não preenchimento de quaisquer destes pressupostos.

Tais pressupostos são classificados como *intrínsecos* (cabimento, interesse recursal, legitimidade recursal, inexistência de fato extintivo do direito de recorrer) e *extrínsecos* (regularidade formal, tempestividade e preparo – dispensado em face da assistência judiciária gratuita). Os pressupostos intrínsecos estão atrelados ao direito de recorrer, ao passo que os extrínsecos se referem ao exercício desse direito. *In casu*, a advogada nomeada Assistente Judiciária (fl.14) *ex vi* do disposto no art.499/CPC combinado com art.23 do EA tem legitimidade recursal.

Assim, preenchidos os pressupostos de admissibilidade, passa-se à análise do mérito.

2- Mérito

Cinge-se o recurso da apelante ao requerimento de arbitramento de honorários por ter atuado como defensora dativa nomeada na forma da lei.

Alega em recurso não ter dado causa à extinção do feito sem a resolução do mérito, razão pela qual lhe é devida verba honorária a ser adimplida pelo Estado.

O pleito há de ser acolhido.

O benefício da Assistência Judiciária Gratuita tem previsão legal na Lei n. 1.060/1950, bem como na Lei Complementar Estadual n. 155/1997. Sua concessão isenta a parte beneficiária tanto do pagamento das custas processuais quanto dos honorários advocatícios, que devem ser arcados pelo Estado. Nos termos da legislação estadual, para ter direito a esse benefício, a parte deve direcionar petição escrita ao Juiz da Vara, devendo referida

petição estar instruída com documento fornecido pela OAB/SC, do qual constará a designação do advogado dativo para o patrocínio da causa, o que ocorreu no caso em análise (fl. 09).

Com efeito, por meio da inicial e da declaração de hipossuficiência de fl. 08 a autora postulou a Concessão da Assistência Judiciária, evidenciando sua impossibilidade de arcar com as custas processuais e honorários advocatícios.

A Sentença de Primeiro Grau denegou o pleito de fixação de remuneração honorária assistencial à defensora da apelante.

Pois bem.

Os óbices legais impostos à remuneração do Assistente Judiciário encontram-se prescritos no art. 17 da Lei Complementar Estadual 155/97:

“Não será devida a remuneração ao Advogado Assistente Judiciário ou Defensor Dativo quando:

[...];

V – ocorrer a extinção do processo na forma do art. 267 e seus incisos, do Código do Processo Civil”.

Desta feita, segundo a interpretação literal do referido artigo supratranscrito razão não socorreria a apelante.

Ocorre que, o Direito não é uma ciência exata. A Justiça, assim, não está adstrita à aplicação imediata da letra fria da lei, mas sim deve ser alcançada por meio da descoberta pelo intérprete da função social do instituto jurídico analisado diante de uma interpretação sistemática de princípios e regras.

Essa é a lição interpretativa na qual se baseia nosso sistema jurídico, há anos positivada na Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro (anteriormente denominada Lei de Introdução ao Código Civil), *verbis*:

“Art. 5º Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum.”

Portanto, em uma sociedade que elege os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa como seu fundamento primordial (artigo 1º, IV, da Constituição Federal), e meio de “assegurar a todos existência digna” (artigo 170, da Constituição Federal), não se mostra razoável e em harmonia com a Constituição Federal norma jurídica que afasta a remuneração de qualquer espécie ou categoria de profissional, mormente quando exerce um *munus* público essencial à administração da Justiça. Extrai-se da Constituição:

“Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

I - a soberania;

II - a cidadania;

III - a dignidade da pessoa humana;

IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

V - o pluralismo político.” [grifei]

“Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: [...]”

Nesse viés, igualmente decorre do artigo 7º, *caput* e incisos, da Constituição, o direito do trabalhador, seja qual for a atividade desenvolvida, receber remuneração digna e condizente com o esforço empregado.

A restrição ao pagamento da defensora dativa imposta pelo artigo 17, V, da Lei Complementar Estadual n. 155/1997, portanto, não se harmoniza com os princípios de valorização do trabalho impressos no sistema constitucional brasileiro.

Curial destacar, a Defensoria Dativa catarinense se trata de sistema subsidiário (espécie de “tapa-buracos”) à Defensoria Pública organizada, que visa garantir aos catarinenses ao menos um mínimo de acesso aos meios judiciais de promoção da cidadania – entretanto, sabe-se que a assistência jurídica integral compreende muito mais que a interposição de ações perante o Poder Judiciário.

Demais disso, a Constituição Federal determina em seu artigo 24, XIII, ser de competência concorrente da União, Estados e Distrito Federal legislar sobre “assistência jurídica e Defensoria pública”.

Nesse sentido, impende destacar que o texto da norma complementar estadual colide com determinação constante na norma geral estabelecida pela União em matéria de assistência judiciária. Assim dispõe a Lei n. 8.906/1994 (Estatuto da OAB):

“Art. 22. A prestação de serviço profissional assegura aos inscritos na OAB o direito aos honorários convencionados, aos fixados por arbitramento judicial e aos de sucumbência.

§ 1º O advogado, quando indicado para patrocinar causa de juridicamente necessitado, no caso de impossibilidade da Defensoria Pública no local da prestação de serviço, tem direito aos honorários fixados pelo juiz, segundo tabela organizada pelo Conselho Seccional da OAB, e pagos pelo Estado.” [grifei]

In casu, plenamente aplicável a determinação constante na referida lei porquanto o estado de Santa Catarina se encontra em permanente mora constitucional ao deixar de organizar a Defensoria Pública como instituição autônoma essencial à função jurisdicional do Estado (artigo 134, da Constituição Federal, e disposições constantes na Lei Complementar n. 80/1994) – conforme reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADI 4270 (j. em 14/03/2012). Assim, não havendo Defensoria Pública organizada, aplica-se subsidiariamente as regras concernentes à assistência judiciária, instituto jurídico semelhante, porém diverso.

Indiferente, ressalta-se, o fato da norma estadual ser uma *lei complementar*, e a norma federal uma *lei ordinária*. Isso porque, conforme consabido, não há hierarquia entre as referidas normas, mas tão-somente restrições atinentes à pertinência temática. Ora, o sistema de atendimento jurídico catarinense não se enquadra no conceito de Defensoria Pública (matéria afeta à lei complementar, segundo artigo 134, § 1º, da Constituição Federal), mas sim no de assistência judiciária, sendo, portanto, plenamente possível a regulamentação de diretivas basilares pela União por meio de lei ordinária (no caso, o disposto no § 1º, artigo 22, do Estatuto da OAB).

Deste modo, segundo as regras de competência legislativa, não poderia a norma estadual contrariar a norma geral federal que determina ser necessário o pagamento ao advogado patrocinador de causas no sistema (subsidiário à Defensoria Pública) de assistência judiciária independentemente de circunstâncias afetas à características objetivas do processo – como a extinção sem resolução do mérito, por exemplo.

Nesse sentido, uma forma de restrição ao pagamento, contrária à regra geral da Lei n. 8.906/1994, somente poderia ser imposta acaso judicialmente reconhecida a desídia ou má-fé do defensor nomeado, o que não é o caso dos autos. A limitação ao pagamento do mau profissional seria, assim, legítima porquanto decorreria dos princípios administrativos da eficiência e auto-tutela.

É o que já decidiu a jurisprudência:

“Não se está, registre-se, a criticar a exceção prevista no art. 17,V, da LC 155/1997. Ao revés, ela está bem posta, mas deve ser compreendida segundo a melhor *mens legis*. O propósito é evitar que o simples ajuizamento, quiçá de demanda sabidamente natimorta, se concretize para o fim exclusivo de alcançar a verba do Estado. Agora, se a atuação do profissional se dá nos moldes exigíveis e a contento, e a extinção ocorre por ato voluntário e exclusivo da própria.” (TJSC, Ap. Cív. N. 2008.080345-5, rel. Des. Subst. Henry Petry Junior, julgado em 27/05/2009)

Assim, qualquer interpretação contrária seria negar vigência ao princípio maior de assistência jurídica integral com vistas à promoção da cidadania. A lei complementar afronta claramente a razoabilidade do sistema normativo assistencial.

Em caso idêntico, a jurisprudência desta Corte já se manifestou pelo afastamento da determinação do artigo 17, V, da Lei Complementar Estadual n. 155/1997, em decorrência da incongruência com os fins almejados pelo sistema de assistência jurídica:

“A Carta Magna de 1988 estabelece que a Defensoria Pública é instituição essencial à função jurisdicional do Estado. Todavia, passados aproximadamente quinze anos de sua promulgação, não foi a aludida instituição edificada em Santa Catarina.

Nesta esteira, os jurisdicionados mais carentes vem sendo socorridos por intermédio da defensoria dativa organizada pela seccional da OAB e regulamentada pela mencionada Lei.

Muito embora seja compreensível a dificuldade do Governo de arcar não apenas com a criação, mas com a manutenção de mais uma estrutura estatal, não se pode coadunar com a espoliação de um profissional quando chamado a fazer às vezes do Poder Público.

Outrossim, não é possível aventar-se que o advogado estaria a exercer um *múnus* e, como tal, seu trabalho não precisaria ser remunerado. Apenas para exemplificar, inegável o *munus* público de um Magistrado ou Promotor de Justiça que, no entanto, não deixam de perceber pelo seu labor.

Desta forma, negar ao advogado dativo a fonte de seu sustento é reforçar a lastimável premissa de que, uma pessoa representada por um defensor público não terá a mesma qualidade de serviço daquela que pode se utilizar dos préstimos de um advogado constituído e com seus honorários devidamente contratados.

Pode se argumentar de que ninguém obrigou o patrono a aceitar o *múnus*. Mas ainda sim, para que a pretensão da parte fosse deduzida em juízo outro profissional teria que fazê-lo, encontrando as mesmas dificuldades, ou seja, dispêndio de tempo e material sem a devida contraprestação.

Não há boa vontade que dure para sempre. Por mais desprendido que seja o espírito humano, é indispensável a percepção de uma remuneração que possibilite alimentar o corpo e o intelecto.

Ressalte-se que a ação envolve mudança de estado, não podendo ser declinada nos Juizados Especiais Cíveis, sendo a presença do advogado indispensável para a parte alcançar, pelas vias do direito, a sua pretensão.

Ademais, se analisada a situação em tela, verifica-se que a norma objurgada se mostra diametralmente oposta a paz social visada pelo Poder Judiciário.

Saliente-se que muito melhor que uma paz imposta pela força das decisões do Estado é aquela advinda do consenso entre os litigantes, ou no caso dos autos, da reconciliação conjugal. Nesta esteira de pensamento, indaga-se: Qual o interesse do advogado dativo em arrefecer os ânimos de seus clientes, proporcionando uma solução da lide rápida e sem traumas, se só poderá receber pelo seu trabalho quando houver uma sentença enfrentando o mérito da celeuma?

A resposta, até por uma questão de sobrevivência do profissional, denuncia um equívoco do legislador que deve ser sopesado quando da análise pelo Judiciário.” (TJSC, Ap. Cív. N. 2002.003085-6, rel. Des. Orli Rodrigues, julgado em 25/06/2002)

Deste modo, é devida a remuneração honorária à defensora dativa nomeada.

3- Do valor da remuneração honorária assistencial

Com referência à fixação do montante da remuneração honorária assistencial, imperioso reconhecer-se ter a Lei Complementar Estadual n. 155/1997 estabelecido valores inferiores ao preço mínimo a ser cobrado pelos serviços no estado, conforme a tabela da seccional catarinense da Ordem dos Advogados do Brasil.

Esse, entretanto, não deve ser o valor da remuneração a ser arbitrada ao profissional.

Isso porque, como dito alhures, a lei estadual representa manifesta ilegalidade ao afrontar expresso dispositivo de norma federal.

Assim, deve ser arbitrada a remuneração honorária assistencial ao defensor dativo em valor instituído na tabela de honorários mínimos instituída pela seccional catarinense da Ordem dos Advogados do Brasil, conforme dispõe o §1º, do artigo 22, da Lei n. 8.906/1994 (Estatuto da OAB):

“Art. 22. A prestação de serviço profissional assegura aos inscritos na OAB o direito aos honorários convencionados, aos fixados por arbitramento judicial e aos de sucumbência.

§ 1º O advogado, quando indicado para patrocinar causa de juridicamente necessitado, no caso de impossibilidade da Defensoria Pública no local da prestação de serviço, tem direito aos honorários fixados pelo juiz, segundo tabela organizada pelo Conselho Seccional da OAB, e pagos pelo Estado.” [grifei]

Nesse sentido, colhe-se da jurisprudência desta Corte:

“PROCESSO CAUTELAR - DIREITO DE FAMÍLIA - GUARDA DE MENORES - SENTENÇA EXTINTIVA DO PROCESSO - PARTES BENEFICIÁRIAS DA ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA - RECURSO OBJETIVANDO A FIXAÇÃO DE VERBA HONORÁRIA - LEI COMPLEMENTAR ESTADUAL - AFRONTA A LEIS FEDERAIS - IMPOSSIBILIDADE - APLICAÇÃO DO ESTATUTO DA ADVOCACIA - HONORÁRIOS FIXADOS DE ACORDO COM A TABELA DO CONSELHO SECCIONAL CATARINENSE DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL - APELO PROVIDO.

A Lei Complementar Promulgada Estadual 155/97, editada com o fim de instituir a Defensoria Pública catarinense, ofende as diretrizes da Lei Complementar Federal 80/94 e do Estatuto da OAB, razão pela qual é inaplicável aos advogados nomeados para o exercício de assistência judiciária gratuita.

Os advogados nomeados para assistir os necessitados - obrigação do Estado e não de entidade de classe - devem ser remunerados de acordo com o disposto no art. 22, §1º, do EOAB, aplicando-

se a tabela do Conselho Seccional da OAB.” (TJSC, Apelação Cível n. 2002.008496-0, rel. Des. Monteiro Rocha, julgado em 10/10/2002) [grifei]

E mais

“PROCESSUAL CIVIL - INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE C/C ALIMENTOS - NOMEAÇÃO DE ASSISTENTE JUDICIÁRIO - ACORDO ENTRE AS PARTES - EXTINÇÃO DO FEITO COM RESOLUÇÃO DO MÉRITO - AUSÊNCIA DE FIXAÇÃO DE URH'S - FUNDAMENTO NO ART. 17, VI DA LEI COMPLEMENTAR ESTADUAL N. 155/1997 - IRRESIGNAÇÃO - REMUNERAÇÃO DO TRABALHO EXERCIDO PELO ASSISTENTE JUDICIÁRIO - **APLICAÇÃO DA TABELA DE HONORÁRIOS DA OAB** - RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

Porque todo trabalho deve ser remunerado, ao advogado nomeado como assistente judiciário deve ser fixada verba honorária pelo *munus* exercido.” (TJSC, Apelação Cível n. 2006.035244-0, rel. Des. Monteiro Rocha, julgado em 13/08/2007) [grifei]

Deste modo, cabe à defensora o direito à percepção de honorários no valor de R\$ 2.509,66 (dois mil quinhentos e nove reais e sessenta e seis centavos) – referente ao patrocínio de ação de alimentos, com alimentos provisórios –, a ser atualizado pelo IGPM-FGV (artigo 22, da Resolução OAB/SC n. 3/2008) desde a data de publicação do presente Acórdão até o efetivo pagamento.

Ante o exposto, merece prosperar a pretensão da apelante, arbitrando-se a remuneração honorária à defensora em R\$ 2.509,66 (dois mil quinhentos e nove reais e sessenta e seis centavos), a ser atualizada pelo IGPM-FGV (artigo 22, da Resolução OAB/SC n. 3/2008) desde a data de publicação do presente Acórdão até o efetivo pagamento.

Este é o voto.

SEGUNDA CÂMARA DE DIREITO CIVIL

APELAÇÕES CÍVEIS

Apelação Cível n. 2012.008499-3, de Campos Novos

Relator: Des. Luiz Carlos Freyesleben

PROCESSO CIVIL E CIVIL. AÇÃO DE INTERDIÇÃO. PRETENSÃO DE JUNTADA AO APELO DE ESTUDO SOCIAL RETIRADO DE OUTRO PROCESSO DE INTERDIÇÃO. FALTA DE CARACTERIZAÇÃO DE PROVA DOCUMENTAL NOVA. INFRAÇÃO AO PRINCÍPIO DA IDENTIDADE FÍSICA DO JUIZ. IRRELEVÂNCIA. FALTA DE PREJUÍZO. NULIDADE INEXISTENTE. CERCEAMENTO DE DEFESA INOCORRENTE. REALIZAÇÃO DE TERCEIRA PERÍCIA MÉDICA. PRESCINDIBILIDADE. MÉRITO. CONFLITO ENTRE PAI E FILHO SOBRE DECISÕES EM NEGÓCIOS COMERCIAIS E PREFERÊNCIA DO GENITOR POR ESTILO DE VIDA SIMPLES, SEM PROVA SEGURA DE SUA INCAPACIDADE PARA OS ATOS DA VIDA CIVIL. INTERDIÇÃO DESNECESSÁRIA. RECURSO DESPROVIDO.

Não se conhece de documentos juntados na fase recursal quando não se referirem a fato novo, nem se destinarem a contrapor-se a argumentos novos deduzidos pela parte contrária (CPC, art. 397).

A declaração de nulidade da sentença proferida em desatenção ao princípio da identidade física do juiz depende da caracterização de prejuízo para as partes.

Não se reconhece cerceamento do direito de defesa quando a prova pericial requestada revela-se ao magistrado de nenhuma serventia para o deslinde da demanda.

Constatada a situação de beligerância entre as partes e não existindo prova segura da incapacidade do interditando para os atos da vida civil, correta a decisão indeferitória do pedido de interdição.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2012.008499-3, da comarca de Campos Novos (1ª Vara Cível), em que é apelante J. J. S., e apelado D. J. S.:

A Segunda Câmara de Direito Civil decidiu, por votação unânime, conhecer do recurso e negar-lhe provimento.

Participaram do julgamento, realizado nesta data, os Exmos. Srs. Des. Nelson Schaefer Martins (Presidente) e Gilberto Gomes de Oliveira.

Florianópolis, 12 de abril de 2012.

Luiz Carlos Freyesleben
RELATOR

RELATÓRIO

J. J. S. apelou de sentença do doutor Juiz de Direito da 1ª Vara Cível da comarca de Campos Novos que, em *ação de interdição*, movida pelo apelante contra seu pai, D. J. S., julgou improcedente o pedido, condenando o autor em custas processuais e em honorários advocatícios fixados em R\$ 1.000,00 (fl. 486).

O apelante sustentou a necessidade de interditar seu pai, alegando que o requerido está acometido de doenças mentais, podendo levá-lo à dilapidação de seu patrimônio, além de criar outros problemas, por ficar à mercê de pessoas de má índole que lhe poderão ocasionar prejuízos financeiros. Pediu, no apelo, a juntada de documento que diz ser novo, consubstanciado em estudo social do processo de interdição de sua mãe.

Além disso, pretende anular a sentença, por cerceamento de defesa, por infração ao princípio da identidade física do juiz e pelo indeferimento do pedido de realização de uma terceira perícia.

Finalmente, requereu o provimento do apelo para a decretação da interdição de seu pai.

Em contrarrazões (fl. 521-533), o recorrido pediu o desprovimento do apelo.

Com vista dos autos, a douta Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer exarado pelo Dr. Vânio Martins de Faria, é pelo conhecimento e desprovimento do apelo (fls. 539-522).

Este é o relatório.

VOTO

Trata-se de recurso de apelação interposto por J. J. S. contra sentença do doutor Juiz de Direito da 1ª Vara Cível da comarca de Campos Novos que, em *ação de interdição*, movida pelo apelante contra D. J. S., julgou improcedente o pedido.

J. J. S. visa à interdição do seu pai D. J. S., destacando que seu genitor vem sendo explorado, financeiramente, em suas atividades comerciais, há mais de 20 anos, realizando negócios por preços abaixo do valor de mercado.

Acrescentou que seu pai vive humildemente, ainda que disponha de vasto patrimônio, não se mostrando capaz de gerir seus negócios nem bens, sendo, portanto, incapaz para os atos da vida civil, parecendo alheio ao meio em que vive. Ademais, é pessoa altamente influenciável pela opinião de terceiros.

Finalmente, ressaltou não haver provas de que seus interesses conflitem com os de seu pai, não havendo razão, portanto, para o indeferimento da curatela requestada, a ser exercida, por ele, sobre a pessoa de D. J. S..

O interditando sustentou estar em perfeitas condições mentais para os atos da vida civil, apto que está à gerência de sua vida financeira e acrescenta que sua opção por uma vida modesta não se pode confundir com a presença de distúrbios mentais. Além disso, se houvesse a efetiva necessidade de nomeação de um curador, este jamais poderia ser filho, pois é ele curador da própria mãe, interditada, por ele, em 1999, não demonstrando proibidade na gerência do patrimônio da curatelada.

Em seu apelo o autor requereu, preliminarmente, a juntada de documento novo (fl. 488-492), ou seja, de estudo social tomado de empréstimo do processo n. 014.98.001796-7, tratando da interdição de sua mãe I. de L. S., visando, com isso, provar que o pai sofre a interferência de terceiros na gerência dos próprios bens.

Desde logo, cabe salientar que o documento, tratado pelo apelante como novo, foi juntado, em cartório, após a sentença, referindo-se a estudo social realizado em processo anterior à propositura desta ação, mais propriamente do processo de interdição da mãe do apelante, de que ele é curador. Assim, não conheço do documento juntado a destempo, em respeito ao artigo 396 do Código de Processo Civil: “Compete à parte instruir a petição inicial (art. 283), a resposta (art. 297), com os documentos destinados a provar-lhe as alegações”. Destarte, forçoso é concluir que os

documentos sob exame não se referem a fato novo; tampouco contrapõem-se a outros documentos juntados pelo apelado, ou a argumentos por este deduzidos posteriormente, nos autos do processo. Assim, não podem ser usados como prova nesta instância recursal, razão por que deixo de deles conhecer.

Ainda em preliminares, J. J. S. pretende a anulação da sentença por cerceamento de defesa por infração ao princípio da identidade física do juiz, sob o argumento que o Juiz de Direito subscriptor da sentença de mérito não é o mesmo encarregado da coleta das provas, durante a audiência de instrução.

A preliminar de cerceamento de defesa não tem por que ser acolhida, porquanto a regra processual não revista caráter absoluto, pois, há muito, os tribunais brasileiros abrandaram-lhe o rigor, em face da necessidade de obter-se maior eficiência e celeridade na prestação jurisdicional.

No caso, a audiência instrutória foi presidida pelo Dr. André Augusto Messias Fonseca (fl. 424) e a sentença é da lavra do Dr. Sérgio Renato Domingos (fl. 486), tendo em vista a remoção do primeiro magistrado (fl. 544). Assim, a insurgência do apelante somente vingaria se houvesse prova cabal de prejuízo para ele, sendo invocável, por isso, a máxima francesa *pas de nullité sans grief*. Por isso, em não havendo violação ao mencionado princípio, conforme a letra do artigo 132 do Código de Processo Civil, ausente prova do efetivo prejuízo, ônus inteiramente do autor, por ser fato constitutivo de seu direito (CPC, art. 333, I), arreda-se a suscitada nulidade, não sem antes mencionar-se o que consta da jurisprudência desta Corte:

PRINCÍPIO DA IDENTIDADE FÍSICA DO JUIZ. REGRA DE CARÁTER RELATIVO QUE VEM SENDO MITIGADA A BEM DA CELERIDADE E EFETIVIDADE REQUERIDAS AO PROCESSO VIGENTE. Para que seja reconhecida nulidade por conta do princípio da identidade física do juiz, não basta a simples alegação, é necessário seja evidenciado o prejuízo suportado pela parte com a realização dos atos em desconformidade com o preceito

invocado. O princípio da identidade física do juiz vem sendo mitigado pelo Judiciário, não só a bem da celeridade e efetividade requeridas ao processo vigente, mas também em razão da realidade prática procedimental dos dias atuais (Ap. Cív. n. 2001.011483-6, de Tubarão, rel. Des. Jaime Luiz Vicari, j. 15-10-2008).

Sobre a segunda preliminar de cerceamento de defesa, consubstanciada no indeferimento do pedido de realização de uma terceira perícia médica, penso que o pedido foi, antecedentemente, analisado, na decisão judicial interlocutória de fl. 403, não mais podendo ser objeto de discussão nos autos deste recurso de apelação.

Convém salientar que o magistrado destacou, na interlocutória, que, em ambas as perícias anteriores, o autor não indicou assistente técnico para o acompanhamento do perito oficial, nem impugnou, tempestivamente, a qualificação dos peritos. Ademais, Sua Excelência salientou que nova perícia não teria condão de sanar a contradição entre os laudos e determinar o destino da causa, pois o juiz não se adstringe à prova técnica na formação do seu convencimento (CPC, art. 436), pensar este também estampado no texto da sentença, cuja conclusão judicial sobre os dois laudos médicos (fls. 483-484) é esta:

[...] Embora a primeira perícia realizada tenha indicado que o interditando apresentava 'deficiência psíquica ou melhor psicose não especificada', esta mesma perícia, inconclusiva, indicou, para um melhor diagnóstico, uma avaliação psiquiátrica (fl. 173).

A prova pericial efetivamente conclusiva, realizada às fls. 192/194, afirmou, categoricamente, que o interditando possui condições de gerir os atos da vida civil (quesito 1 de fl. 192), bem assim que o periciado mostrou-se 'lúcido, orientado em tempo e espaço, com humor adequado, juízo crítico e de realidade preservados' (fl. 192).

Não há nada, portanto, que indique, a partir da perícia realizada, qualquer incapacidade psiquiátrica ou neurológica por parte do interditando.

Na senda de tal entendimento afasto a preliminar de nulidade por indeferimento de nova prova pericial.

No mérito, constato que da análise do conjunto da prova arrebanhada, pode-se concluir, a partir do último estudo social realizado e das testemunhas ouvidas, inexistir algum elemento dando conta da necessidade de interditar-se o apelado.

Em sua sentença, realçou, finalmente, o Juiz de Direito, acerca do tema (fl. 484):

[...] o estudo social confeccionado pela assistente social da Comarca (fl. 484/485), que informa que em conversa com o Secretário Municipal de Saúde este afirmou desconhecer comprometimento da saúde mental do interditando.

[...] a testemunha Clomar Milani, médico, disse que nos contatos que teve com o interditando nunca percebeu qualquer tipo de sintoma que ‘impedisse ele de tomar decisões inerentes a sua vida’ (fl. 475).

Juliana Nosswitz, assistente social do município de Zortéa, asseverou que em todos os contatos que manteve com o interditando este ‘sempre se comportou como uma pessoa normal’ (fl. 476)

[...] A prova com vida nos autos, portanto, não apresenta qualquer elemento que indique a necessidade de interdição do réu, pessoa que, a despeito da avançada idade, tem plenas condições de gerir a própria vida.

As provas técnicas, por si sós, bastam para o desprovimento do recurso. Entretanto, vale ressaltar que, da análise de todo o processado, há flagrantes conflitos emocionais e econômicos entre pai e filho, seja de relacionamento, seja quanto aos negócios realizados pelo genitor. De qualquer sorte, não se pode considerar a idade avançada do apelado (74 anos, atualmente) ou a preferência deste por um estilo de vida mais simples como motivos para interditá-lo. Veja-se, além disso, que velhice

não se confunde com senilidade. Além de tudo, encontro seguro amparo em julgados variados:

AGRAVO INTERNO. DECISÃO MONOCRÁTICA. AGRAVO DE INSTRUMENTO. INTERDIÇÃO. NOMEAÇÃO DE CURADOR PROVISÓRIO. PESSOA IDOSA, MAS LÚCIDA. DESCABIMENTO. TUTELA ANTECIPADA. DESCABIMENTO. 1. Comporta decisão monocrática o recurso que versa sobre matéria já pacificada no Tribunal de Justiça. Inteligência do art. 557 do CPC. 2. A interdição é instituto destinado à proteção de pessoa incapacitada, retirando dela a faculdade de administrar seus bens e reger sua própria vida. 2. Não se justifica a concessão de tutela antecipada para a nomeação de curador provisório, quando a interditanda, a par da idade propecta e dos problemas de saúde, é pessoa lúcida e capaz de gerir sua própria vida, como mostram os atestados médicos. Recurso desprovido (TJRS, Agr. n. 70044064335, rel. Des. Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, j. 27-7-2011).

Vale ressaltar que a interdição se trata de uma medida extremada, que declara a incapacidade relativa ou absoluta do interdito e entrega a administração de seus bens a um terceiro, de maneira que tal providência somente poderá ser praticada quando não restar dúvidas acerca da falta de discernimento do curatelado. Se, em contrario sensu, o magistrado perceber tratar-se de pessoa conhecedora dos fatos do cotidiano, verificando que o exame médico assim também atesta, inviável se torna o acolhimento da interdição (TJSC, Ap. Cív. n. 2007.035266-3, de Brusque, rela. Desa. Salete Silva Sommariva, j. 14-3-2008).

INTERDIÇÃO. REQUERIDA OCTOGENÁRIA. A INTERDITANDA, EMBORA EVIDENCIE DEFICIÊNCIAS DECORRENTES DA IDADE AVANÇADA, NAO TEM AFETADA SUA POSSIBILIDADE DE ENTENDIMENTO E MANIFESTAÇÃO DE VONTADE EM EXTENSÃO TAL QUE JUSTIFIQUE A LIMITAÇÃO DE SUA CAPACIDADE CIVIL. E CERTO QUE, COMO TODA PESSOA IDOSA, NECESSITA DE APOIO, DA ASSISTÊNCIA E DO ACONSELHAMENTO DOS FAMILIARES, PORÉM ISTO PODE OCORRER SEM QUE VENHA A SER DECRETADA SUA INTERDIÇÃO.

DESACOLHERAM OS EMBARGOS [...] (TJRS, Emb. de Nul. n. 70001343201, rel. Des. Luiz Felipe Brasil Santos, j. 15-12-2000).

Diante de toda a prova examinada e, em sendo certo que a interdição é medida drástica, decretável somente quando não mais restarem dúvidas sobre a ausência de discernimento daquele a quem se quer colocar sob curatela, não enxergo, neste caso, razão bastante para decretar-se a incapacidade do pai em favor da curatela pretendida pelo filho.

Por isso, à vista do exposto, conheço do recurso de J. J. S, ao qual nego provimento.

Este é o voto.

Apelação Cível n. 2011.017844-8, de Navegantes

Relator: Des. Gilberto Gomes de Oliveira

ACIDENTE DE TRANSPORTE. QUEDA DE *FERRY BOAT*. MORTE DE PASSAGEIRO. INDENIZAÇÃO. NULIDADE DE CITAÇÃO. INEXISTÊNCIA. RECEBIMENTO DO AVISO POR FUNCIONÁRIO. TEORIA DA APARÊNCIA. INTEMPESTIVIDADE DA RESPOSTA. REVELIA E SEUS EFEITOS.

Não viceja a tese de nulidade da citação de pessoa jurídica, quando se apresenta a receber o aviso de recebimento, funcionário que não manifesta sua incapacidade de receber citação, de modo que vigora, para estes casos, a teoria da aparência, com a validade da citação. Intempestiva a resposta, a revelia se apresenta de forma automática e gera seus efeitos acaso não se encontrem as exceções legais.

CERCEAMENTO DE DEFESA. PRETENSÃO DE PROVAR FATOS. IMPOSSIBILIDADE. VEDAÇÃO CORRENTE PELA IMPOSIÇÃO DOS EFEITOS DA REVELIA.

O cerceamento de defesa é incompatível com a idéia de aplicação dos efeitos da revelia. Isso porque, quando o magistrado aplica os efeitos da revelia e dá como comprovados os fatos alegados na exordial - porque entendeu presentes os pressupostos para tanto -, não pode, por ilação, falar-se em cerceio de defesa. Com a aplicação dos efeitos da revelia, a atividade do magistrado é o julgamento da lide no estado em que se encontra (art. 330, II/ CPC). Neste caso, ele sequer entra na fase probatória, justo em face da aplicação dos efeitos da falta de resposta - não há mais controvérsia factual quando se aplicam os efeitos da revelia. O único controle probatório que ele faz, neste caso, é verificar se o

demandante comprovou, *quantum satis*, o direito afirmado, de modo que não há espaço para contraprova do demandado.

ELEMENTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL COMPROVADOS. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DA DEMANDADA. TRANSPORTE DE PESSOAS. CLÁUSULA DE INCOLUMIDADE. CULPA EXCLUSIVA DA VÍTIMA. EMBRIAGUEZ DO PASSAGEIRO QUE NÃO É CAUSA DE ISENÇÃO. NEGLIGÊNCIA. OBRIGAÇÃO DE INDENIZAR.

Na culpa exclusiva do transportado, ele mesmo comete um ato desairoso que atrai para si o perigo que dá causa ao acidente, que não teria ocorrido se adotasse comportamento normal. Ocorre que a embriaguez, em si mesma, não pode ser tomada como causa excludente e nem gerar presunção de que o próprio passageiro fez eclodir o evento. Do contrário, o prévio conhecimento do comportamento descuidado do passageiro mais traz para os ombros da transportadora maior obrigação de cuidado do que lhe retira responsabilidade.

DANOS MORAIS. QUANTUM INDENIZATÓRIO. 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. SENTENÇA MANTIDA, NO PONTO.

Na fixação da indenização por danos morais, é de se respeitar os princípios da razoabilidade e proporcionalidade, avaliando-se a reprovabilidade da conduta, o nível sócio-econômico das partes, atento, ademais, à peculiaridades do caso em concreto.

PENSÃO MENSAL. TERMO *AD QUEM*. EXPECTATIVA DE VIDA REGIONAL. 70 ANOS. MANUTENÇÃO DO TERMO FIXADO.

A pensão mensal decorrente de ato ilícito deve ser fixada com termo final compatível com a expectativa de vida do brasileiro, com especial enfoque nas características específicas de vida da vítima.

LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ. TESE PREJUDICADA.

Bem sucedida a parte que sofre a pecha de litigar de má-fé, esta especial argumentação fica, por ilação, sem respaldo.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 2011.017844-8, da comarca de Navegantes (1ª Vara Cível), em que é apelante Empresa de Navegação Santa Catarina Ltda, e apelada Martinha Izabel da Graça:

A Segunda Câmara de Direito Civil decidiu, por unanimidade, conhecer do recurso e negar provimento a ele, nos termos do voto do relator. Custas legais.

O julgamento, realizado nesta data, foi presidido pelo Exmo. Sr. Des. Trindade dos Santos, com voto, e dele participou o Exmo. Sr. Des. Luiz Carlos Freyesleben.

Florianópolis, 31 de maio de 2012.

Gilberto Gomes de Oliveira
RELATOR

RELATÓRIO

Martinha Izabel da Graça aforou, na comarca de Navegantes, 'ação de indenização' contra Empresa de Navegação Santa Catarina.

Conta em seu arrazoado inicial que seu marido, Rogério da Graça, estava, no dia 26.02.2009, por volta das 23:00 horas, no interior do *ferry boat* de propriedade da demandada, fazendo a travessia entre as cidades de Itajaí e Navegantes, no rio Itajaí-Açu. Refere que, por volta das 23:30 horas, os funcionários da demandada, ao atracarem na cidade de Navegantes, perceberam que o marido da demandante não estava na embarcação. Após investigação, descobriram que ele havia caído no rio e morreu por afogamento. Destaca que a culpa pelo incidente é da demandada, que não dispensou ao seu marido os cuidados necessários para evitar o infortúnio. Diz que seu marido é quem sustentava a casa e, com a sua morte, não tem mais quem a proveja dos alimentos necessários à sua subsistência. Assere que sofreu forte abalo moral com a morte prematura do companheiro.

Pede a concessão de antecipação de tutela para receber pensão mensal e a condenação da demandada ao pagamento de indenização por danos extrapatrimoniais e patrimoniais.

O magistrado deferiu a antecipação dos efeitos da tutela (fls. 24-25) e determinou a citação.

Citada, a demandada apresentou resposta em forma de contestação. Alegou, em suma, a nulidade da citação e, portanto, a impossibilidade de decretação da revelia. No mérito, diz que a culpa foi exclusiva da vítima, pois que caiu nas águas em face de seu estado de embriaguez. Impugnou o pedido de danos morais. Atacou o pedido de pensão mensal, porque a demandante é pessoa produtiva, que não dependia do salário do falecido. Diz que a demandante litiga de má-fé.

Pede a improcedência dos pedidos e a condenação por litigância de má-fé.

O magistrado proferiu sentença, assim vertido o seu dispositivo:

III. Ante o exposto, JULGO PROCEDENTES os pedidos formulados por MARTINHA IZABEL DA GRAÇA em face de

EMPRESA DE NAVEGAÇÃO SANTA CATARINA LTDA. para: (a) CONDENAR a demandada ao pagamento, em favor da autora, de pensão mensal no valor de 2/3 (dois) terços de R\$ 850,00 (oitocentos e cinquenta reais), incluídos 13 (décimo terceiro) salário e 1/3 (um terço) de férias, com termo inicial na data de 27.02.2009 e termo final na data em que a vítima completaria 70 (setenta anos) de idade, ou quando a beneficiária faleça ou convole novas núpcias ou união estável, o que ocorrer primeiro. Para efeito das prestações vincendas, o valor acima referido deve ser corrigido (INPC), mês a mês, e depositado na conta informada nos autos (fl. 29) até o dia 10 (dez) do mês subsequente ao vencido. As prestações vencidas e não pagas (isto é: as vencidas entre a data do óbito e a data de cumprimento da liminar) devem ser satisfeitas de uma só vez, corrigidas monetariamente (INPC) desde os respectivos vencimentos e acrescidas de juros de mora (1% ao mês) desde a citação (para as anteriores a ela) ou desde os vencimentos; e (b) CONDENAR a demandada ao pagamento, em favor da autora, de indenização por danos morais arbitrada em R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), atualizados monetariamente (INPC) desde a data da presente decisão acrescida de juros de mora, à taxa normativa de 1% (um por cento) ao mês, incidentes a contar da data da citação. CONDENO a ré, ainda, a constituir capital cuja renda garanta o pagamento da pensão, admitida a substituição por inclusão em folha (art. 475-O, 2, do CPC). CONFIRMO os efeitos da antecipação de tutela (fls. 24/25). Por força do princípio da sucumbência, CONDENO a ré ao pagamento das custas processuais e de honorários fixados em 10% (dez por cento) sobre a soma do valor da indenização por danos morais com as prestações da pensão vencidas no curso da lide e uma anuidade das prestações da pensão vincendas (art. 20, 3 e 5 do CPC). DECLARO EXTINTA a fase cognitiva (art. 269, I, do CPC). P.R.I. A ré fica ciente, desde logo, de que lhe assiste o prazo de 15 (quinze) dias após o trânsito em julgado desta sentença para o adimplemento voluntário, sob pena de, não efetuando o pagamento, incorrer de pleno direito em multa de 10% (dez por cento) sobre o valor do débito, independentemente de nova intimação (eficácia mandamental). Após o decurso dos 15 (quinze) dias, se nada for requerido em 06 (seis) meses, proceda-se ao arquivamento (art. 475-J, caput, e 5, do CPC), com baixas.

A demandada apelou. Trouxe o argumento de que a citação é nula, porque a pessoa que a recebeu somente tem a função de vender passagens do *ferry boat*, mas não detém nenhum conhecimento sobre quais as conseqüências deste ato jurídico. Diz que, reconhecida a nulidade da citação, de rigor é o afastamento da revelia e a presunção de veracidade dos fatos alegados. Refere que houve cerceamento de defesa, já que não lhe foi permitida a prova de que o marido da demandante foi o único culpado pelo infortúnio. Insiste na culpa exclusiva da vítima, esta que deu causa ao acidente em face do seu estado de embriaguez, já que o *ferry boat* dispõe de todos os elementos necessários de segurança. Impugnou o valor da condenação por danos morais. Quanto à pensão mensal, repisa que a demandante não dependia economicamente do falecido marido, razão por que indevida é a verba. Reitera que a demandante litiga de má-fé.

Pugna a reversão do julgado para dar-se a improcedência dos pedidos.

Contrarrazões (fls. 154-162).

Ascenderam os autos.

Este é o relatório.

VOTO

Trata-se de ação de indenização por danos morais e materiais em face da morte do marido da demandante.

Diz a inicial que o marido da demandante se encontrava, no dia 26.02.2009, por volta das 23:00 horas, no interior do *ferry boat* de propriedade da demandada, fazendo a travessia entre as cidades de Itajaí e Navegantes, no rio Itajaí-Açu, quando, por volta das 23:30 horas, os funcionários da demandada, ao atracarem na cidade de Navegantes, perceberam que ele não estava na embarcação. Descobriram que ele havia caído no rio e morreu por afogamento.

1. Antes de qualquer incursão na apelação, vejo que o recurso foi recebido por minha mulher, a magistrada Clarice Ana Lanzarini (fl. 151). Apenas para justificar, não se trata de caso de impedimento, pois que a decisão interlocutória que recebe a apelação não submerge na existência, ou não, do direito afirmado, mas somente verifica a regularidade formal do apelo.

A jurisprudência agasalha a tese:

Em se tratando de julgamento de apelação, inexistente impedimento do magistrado que, na origem, profira decisão no processo (juízo de admissibilidade) apenas para determinar a subida do recurso de apelação à instância revisora. A 'decisão' a que se refere o art. 134-III do CPC há que ser entendida como aquela com potencial jurídico para, de algum modo, influenciar o juízo do julgador, vinculando-o, em maior ou menor grau, à tese eventualmente submetida à sua apreciação (STJ- Resp 782.558, Min. Aldir Passarinho Jr. 6-8-09).

Se não gera impedimento para o julgamento da apelação, o fato de o mesmo magistrado ter, na origem, recebido a apelação, menos espaço há, então, para o afastamento, quando o recebimento da apelação se deu por seu cônjuge ou companheiro.

Por esta razão, deixo de reconhecer o impedimento para o caso e passo ao seu julgamento.

2. A primeira tese envergada pela demandada é a nulidade da citação. Refere, para tanto, que a pessoa que recebeu a carta de citação não tinha poderes para tal ato, e nem conhecimento suficiente para saber quais as consequências daí advindas. Segundo afirma, trata-se de uma pessoa encarregada de nada mais, nada menos, vender as passagens do *ferry boat*.

A tese não me convence.

Antes de mais nada, é por demais inverossímil que a pessoa que recebeu a correspondência, embora não soubesse do que se tratava, permanecesse com ela durante tanto tempo. Veja-se que o recebimento,

conforme fl. 41, se deu em 17.05.2010, e a resposta ofertada à demanda foi protocolada em 27.09.2010, ou seja, mais de quatro meses depois do recebimento da correspondência. Não me parece aceitável imaginar que uma funcionária, por mais relapsa e despreparada que fosse, ficasse por tanto tempo com um envelope em mãos sem entregar ao departamento competente para o encaminhamento da questão.

Para mim, foi desídia, ainda mais considerando que nenhuma prova veio aos autos dando conta da veracidade da afirmação.

No mais, é sabido que, em se tratando de pessoa jurídica, é válida a citação remetida ao seu endereço, mesmo quando recebida e assinada por quem que se apresenta ao funcionário dos Correios sem mencionar qualquer ressalva quanto à inexistência de poderes para representação em juízo.

Vale ressaltar que, segundo a teoria da aparência, é válida a citação de pessoa jurídica, realizada no seu endereço e na pessoa do preposto que se apresenta aceitando o documento, sem qualquer resistência, aparentando ter poderes para recebê-la.

Arnaldo Rizzardo explica:

Impõe-se aplicar a teoria da aparência, pela qual uma pessoa, considerada por todos como titular de um direito, embora não o seja, leva a efeito um ato jurídico com terceiro de boa-fé (Teoria da Aparência. Porto Alegre: Revista *Ajuris*, v. 24, 1982, p. 224).

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça corrobora:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. EMBARGOS À EXECUÇÃO. PESSOA JURÍDICA. CITAÇÃO REALIZADA NA PESSOA DE FUNCIONÁRIA DA EMPRESA. TEORIA DA APARÊNCIA. VALIDADE. EIVA DE CONTRADIÇÃO, OBSCURIDADE OU OMISSÃO NO JULGADO. NÃO-OCORRÊNCIA.

I - Com base na teoria da aparência, é válida a citação realizada na pessoa que se identifica como funcionário da empresa, sem ressalvas, não sendo necessário que receba a citação o seu representante legal autorizado. *In casu*, saliente-se ademais que a funcionária, a quem foi entregue o comunicado citatório, trabalha na área jurídica da empresa, o que afasta qualquer alegação de ignorância acerca do conhecimento sobre a relevância e a natureza de aludido ato.

Precedentes.

[...] (AgRg no Ag 1056214 / MG. Min. Sidinei Beneti, Terceira Turma, julgado em 18.11.2008, DJe 12.12.2008).

Segundo vejo a fl. 41, quem recebeu o ofício de citação foi Fábria Lino, pessoa que a demandada confessou ser sua funcionária, razão pela qual a citação foi perfeita.

3. Defende, no mais, que não se aplicam ao caso os efeitos da revelia. Isto porque, segundo aduz, não há controvérsia quanto aos fatos afirmados na exordial; o que se pretende discutir é a ausência da responsabilidade da apelante, bem como a inaplicabilidade da teoria da responsabilidade objetiva, em face das excludentes presentes no caso concreto.

Os efeitos da revelia tem pleno curso, aqui. A revelia é um fenômeno processual automático, sendo bastante que não haja resposta para que ela fique colorida (art. 319/CPC). Já os efeitos da revelia não são automáticos, pois o próprio art. 320/CPC faz as ressalvas à aplicação do instituto. Desta forma, não recai o manto da veracidade sobre os fatos afirmados quando: a) havendo pluralidade de réus, algum deles contestar a ação; b) o litígio versar sobre direitos indisponíveis; c) a petição inicial não estiver acompanhada do instrumento público, que a lei considere indispensável à prova do ato.

Para além destas hipóteses de exceção, não se pode esquecer que o magistrado não está obrigado a cancelar a chicana e a má-fé, razão pela qual, se não houver comprovação suficiente dos fatos afirmados na exordial,

pode ele deixar de aplicar o efeito mencionado na lei, para dar espaço à escoreita comprovação do alegado, pelo demandante.

Isto em mente, mesmo que a revelia ocorra, a aplicação dos seus efeitos - veracidade dos fatos afirmados na exordial - fica condicionada, de qualquer forma, à suficiente comprovação dos fatos constitutivos do direito do autor (art. 333, I, do CPC).

Calha anotar o que Humberto Theodoro Júnior ensina:

A presunção de veracidade, decorrente da revelia, não é absoluta e insuperável, nem pretendeu a lei transformar o juiz, na espécie, num robot que tivesse que aprovar, conscientemente, a inverdade e a injustiça, sem qualquer possibilidade de coarctar a iniquidade e a mentira (Curso de direito processual civil. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 367).

Sobre o tema, a jurisprudência:

PROCESSUAL CIVIL E CIVIL. AÇÃO CONSTITUTIVA DE SERVIDÃO DE PASSAGEM. REVELIA. PRESUNÇÃO RELATIVA DE VERACIDADE DOS FATOS ALEGADOS PELOS AUTORES. LIVRE CONVENCIMENTO DO MAGISTRADO. TERRENO RURAL. FALTA DE PROVA DE QUE A ESTRADA ERA UTILIZADA HÁ ANOS. REQUISITOS NÃO CONFIGURADOS. RECURSO DESPROVIDO.

A simples decretação da revelia não conduz fatalmente ao acolhimento do pedido inicial, pois a presunção dela decorrente, de veracidade dos fatos alegados, é somente relativa e não desonera o autor de produzir prova bastante para convencer o juiz da prevalência de sua tese.

O ônus da prova incumbe ao autor quanto ao fato constitutivo do seu direito, conforme disposto no artigo 333, inciso I, do Código de Processo Civil, sob pena de improcedência de seu pedido. Assim, é de se indeferir a constituição de servidão de passagem quando não for comprovado que a estrada objeto da lide é utilizada de forma aparente e continuada (Apelação Cível nº 2007.062832-8, de Rio Negrinho, rel. Des. Luiz Carlos Freyesleben, julgado em 06.11.2009).

No caso dos autos, pretende a demandada a não aplicação dos efeitos da revelia porque, precisamente, no seu entendimento, o que ficou controvertido nos autos são questões de direito, não de fato.

Assim não é. A alegação exordial é de que a culpa pelo evento danoso é da demandada, já que tinha obrigação de cuidado sobre seu passageiro. Ela, por sua vez, em sua resposta intempestiva, afirma que o que houve foi a culpa exclusiva da vítima, já que estava embriagada no momento do acidente e que, por isto, acabou, por culpa própria, caindo no rio.

Ocorre que esta questão - culpa exclusiva da vítima em face de sua embriaguez - é, por evidente, questão nitidamente factual, cujo enfrentamento não enseja mera aplicação do direito ao caso concreto. Se ela alega que a culpa é exclusiva da vítima - a fim de pavimentar o afastamento da sua responsabilidade objetiva - em face de sua embriaguez, por evidente que, embora a embriaguez esteja comprovada nos autos, haveria que se estabelecer, forçosamente, nexos causal entre ela e a morte. Isto porque, *verbi gratia*, o passageiro poderia estar bêbado, e ser jogado do *ferry boat*, situação que refugiria da culpa exclusiva da vítima.

Desta forma, para que ela chegue à exclusão da obrigação de indenizar, teria que comprovar culpa exclusiva da vítima, transitando, assim, em questão nitidamente de fato. E, como esta questão é de fato, ficou sedimentada pela aplicação dos efeitos da revelia, impedindo a discussão.

4. Refere, no mais, cerceamento de defesa. Para tanto, diz que, “embora os fatos no presente caso sejam tidos como incontroversos, a Apelante entende que lhe foi tolhido o direito de fazer prova de suas alegações, em especial relativas à culpa exclusiva da vítima”.

Com efeito, o cerceamento de defesa é incompatível com a idéia de aplicação dos efeitos da revelia. Ora, se o magistrado aplicou ao caso os efeitos da revelia, dando como comprovados os fatos alegados na

exordial, porque entendeu presentes os pressupostos para tanto, não se pode reconhecer, por ilação, o cerceio de defesa.

Com a aplicação dos efeitos da revelia, a atividade do magistrado é o julgamento da lide no estado em que se encontra (art. 330, II/CPC). Neste caso, ele sequer entra na fase probatória, justo em face da aplicação dos efeitos da falta de resposta - não há mais controvérsia factual quando se aplicam os efeitos da revelia. O único controle probatório que ele faz, neste caso, é verificar se o demandante comprovou, *quantum satis*, o direito afirmado, de modo que não há espaço para contraprova do demandado.

Cerceamento afastado.

5. No mérito, repete a inexistência de sua culpa pelo acidente, e, de outro lado, defende a culpa exclusiva da vítima.

Para tanto, refere que se trata o *ferry boat* de sua propriedade um transporte seguro, com grades dos dois lados a fim de garantir a incolumidade dos passageiros, razão por que seria impossível que a vítima tivesse caído nas águas. Para mais, diz que o falecido passageiro estava embriagado e sequer se sabe se ele caiu do transporte coletivo ou se caiu no rio depois que já tinha desembarcado.

Estas questões de fato, como se disse, são argumentos que ficaram sedimentados pela aplicação, ao caso, dos efeitos da revelia.

No entanto, apenas para dar resposta efetiva ao caso, tenho que a demandante se desincumbiu de comprovar suficientemente os fatos constitutivos do seu direito.

Para o caso, aplica-se a responsabilidade objetiva, já que se trata de pessoa jurídica de direito privado, no exercício de atividade pública (transporte). De fato, dispõe o art. 37, § 6º da Constituição Federal que “as pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa

qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa”.

No caso dos autos, portanto, trata-se de comprovar apenas o dano e o nexo causal deste com a atividade desenvolvida pela demandada. Ocorre que o contrato de transporte traz em si uma cláusula de incolumidade ao passageiro. Aguiar Dias refere que “não se pactua sobre a incolumidade, tanto que não seria permitida uma cláusula que excluísse a obrigação de assegurá-la. A cláusula de incolumidade é inerente ao contrato de transporte de pessoas. Quem utiliza um meio de transporte regular celebra com o transportador uma convenção cujo elemento essencial é a sua incolumidade, isto é, a obrigação, para o transportador, de levá-lo são e salvo ao lugar do destino” (DIAS, José de Aguiar. ‘Da Responsabilidade Civil’. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 185. V. 1).

Trata-se, então, de um contrato de resultado, pois que a obrigação é de entregar o passageiro, incólume, no ponto de chegada.

No caso versado, a alegação de que é possível que o passageiro tenha falecido quando já estava fora do *ferry boat* não se apresenta para mim como motivo de desoneração da demandada. Isso porque, para elidir a sua responsabilidade, seria bastante que ela controlasse, por meio de um sistema mais confiável, quem subiu e quem desceu do transporte coletivo. Como não há este controle - ela mesmo assim assentiu - não se pode dizer que ele morreu quando já estava em solo, ainda mais porque esta afirmação briga frontalmente com o fato de que a bicicleta da vítima ainda estava dentro do *ferry boat* quando se deu pela falta do passageiro - inclusive, a permanência da bicicleta no *ferry boat* foi o que despertou a curiosidade da tripulação.

E, como se disse, por haver cláusula ínsita de segurança no contrato de transporte, a responsabilidade de comprovar que o acidente se deu por

questões alheias ao contrato é da própria prestadora do serviço, o que lhe é impossível, de todo modo, em face da revelia.

No mais, a alegação de embriaguez do passageiro, e o argumento de que ele próprio deu causa ao infortúnio, não encontra respaldo probatório nos autos.

Na culpa exclusiva do transportado, ele mesmo comete um ato desairoso que atrai para si o perigo que dá causa ao acidente, que não teria ocorrido se adotasse comportamento normal. Ocorre que, no caso dos autos, provas não há de que o falecido tenha, sozinho, dado causa ao acontecimento danoso, já que a embriaguez, em si mesma, não pode ser tomada como causa excludente e nem gerar presunção de que o próprio passageiro fez eclodir o evento.

Do contrário, o prévio conhecimento do comportamento descuidado do falecido passageiro (todos sabiam que ele costumava entrar no *ferry boat* embriagado) mais trazia para os ombros da demandada maior obrigação de cuidado do que lhe retira responsabilidade.

Verdade é que a responsabilidade pela incolumidade do passageiro obrigava à demandada que soubesse quem entrou e quem saiu do transporte coletivo e, mesmo, que entregasse seus passageiros incólumes no destino.

Neste passo, embora não tenha havido ação penal em face da ausência de ilícito penal (fls. 103-104), verdade é que isto não exime a demandada da obrigação indenizatória, em face da independência dos juízos civil e criminal.

Todos estes fatores, aliados aos efeitos da revelia, me permitem dizer, sem medo de errar, que a culpabilidade pelo evento danoso somente pode ser imposta sobre os ombros da demandada.

Trago à colação:

AÇÃO DE COBRANÇA. PLEITO DE CONSTITUIÇÃO DE CRÉDITO CONTIDO EM CHEQUES E ORÇAMENTOS. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA PARCIAL DOS PEDIDOS PREAMBULARES. RÉU REVEL. MITIGAÇÃO DOS EFEITOS DA REVELIA. RECURSO DA AUTORA. ALEGAÇÃO DE QUE OS DOCUMENTOS CARREADOS À INICIAL SÃO SUFICIENTES À COMPROVAÇÃO DA RELAÇÃO COMERCIAL HAVIDA ENTRE AS PARTES. DOCUMENTAÇÃO COLACIONADA. TESE ACOLHIDA. PROVAS SATISFATÓRIAS E CONTUNDENTES. DEMONSTRAÇÃO DO FATO CONSTITUTIVO VISADO NA EXORDIAL. TESE DE AUSÊNCIA DE CONTESTAÇÃO DO DEVEDOR. REVELIA. AUSÊNCIA DE CONTRAPOSIÇÃO. PRESUNÇÃO DE VERACIDADE DAS ALEGAÇÕES DA QUAL DÉCORRE A OBRIGAÇÃO. ARGUMENTO QUE SUBSISTE. INTELIGÊNCIA DO ART. 302, DO CÓDIGO BUZAID. “[...] A revelia tem aplicação factual, pois acarreta a incontrovérsia dos fatos alegados pelo autor. Isto não representa a automática procedência do pedido, eis que a revelia somente alcança os fatos e não o direito a que se postula [...]” (REsp 252152-MG, rel. Min. Waldemar Zveiter, julgado em 20.02.2001). Identifica-se em um ônus direcionado ao réu o ato de apresentar contestação, na medida em que, caso opte por não ofertar resposta, sofrerá os efeitos indicados no art. 319, do CPC, além daqueles explicitados no art. 302 do Códex Buzaid, segundo o qual “presumem-se verdadeiros os fatos não impugnados pelo réu”. RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO. (Apelação Cível nº 2011.097573-2, de Jaraguá do Sul, rel. Des. Altamiro de Oliveira)

Responsabilidade exclusiva da demandada patenteadada, portanto.

6. Quanto aos danos morais, entende a demandante que, para além de a culpa exclusiva da vítima ser causa de isenção de responsabilidade, ainda a quantia de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) é exagerada.

A questão da culpabilidade foi resolvida acima, nada mais havendo para ser discutido. No que respeita ao *quantum* indenizatório, não assiste à apelante em seu pleito.

Sabe-se que os critérios para arbitramento de indenização a título de danos morais são hoje, ainda, objeto de diversos debates doutrinários, causando, inclusive, divergências jurisprudenciais, posto que não há como se estabelecer parâmetros predeterminados para situações que devem receber análise individual e casuística.

Quanto ao valor da reparação do dano moral, ensina Karl Larenz:

que na avaliação do preço da dor deve-se levar em conta não só a extensão da ofensa, mas também o grau da culpa e a situação econômica das partes, vez que não há no dano moral uma indenização propriamente dita, mas apenas uma compensação ou satisfação a ser dada por aquilo que o agente fez ao prejudicado. (Derecho De Obligacione, t. II, p.642).

Em tema de dano moral, pois, por sua própria natureza, não há regras rígidas ou tabelas para a fixação do valor do ressarcimento, mas existem aspectos que devem ser sopesados pelo magistrado ao estipular a indenização, como, por exemplo: as qualidades morais e econômicas do ofendido, as circunstâncias do evento, a extensão da lesão, o suporte financeiro e a conduta do requerido.

Observam-se, assim, determinados parâmetros utilizados de maneira reiterada pelos julgadores, a saber :

No que concerne à fixação do quantum indenizatório, a paga pecuniária não há que representar um enriquecimento sem causa para quem pleiteia o ressarcimento, mas deve o valor imposto ser suficiente para desestimular o ofensor à reiteração da prática danosa (AC n.º 2006.017178-5, Des.ª Salete Silva Sommariva). (Apelação Cível 2004.022036-7, de Trombudo Central, rel. Des. Marcus Túlio Sartorato, julgada em 27.02.2007).

Nesse pensar, salienta-se que a indenização deve atender à finalidade à qual se destina, o que seja, advertir o lesante sobre a sua conduta ilícita, bem como servir à vítima de compensação pela dor sofrida, porém não

pode ser de maneira tal que lhe pareça conveniente ou vantajoso o abalo suportado.

Cada caso, consideradas as circunstâncias do fato, as condições do ofensor e do ofendido, a forma e o tipo de ofensa, bem como suas repercussões no mundo interior e exterior da vítima, reveste-se de características que lhe são próprias, o que os faz distintos uns dos outros.

Assim sendo, tem-se na espécie as seguintes particularidades: a autora é funcionária pública, mas se declarou pobre (fl. 23); a demandada é pessoa jurídica conhecida no mercado local, exerce atividade econômica e seu capital social (fl. 68) gira em torno de R\$ 2.676.687 (dois milhões e seiscentos e setenta e seis mil e seiscentos e oitenta e sete reais); o acidente ceifou a vida da vítima, que contava apenas 56 anos de idade.

Por todo o exposto, tem-se, na espécie, que os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade foram respeitados, razão pela qual mantenho o dano moral em R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais).

7. Também atacou a demandada a verba referente à pensão alimentícia.

7.1. Por primeiro, diz que a demandante não dependia economicamente do falecido marido e, portanto, não tem direito a pensionamento.

Assim não é! Diz o art. 948 do Código Civil:

Art. 948. No caso de homicídio, a indenização consiste, sem excluir outras reparações:

I - no pagamento das despesas com o tratamento da vítima, seu funeral e o luto da família;

II - na prestação de alimentos às pessoas a quem o morto os devia, levando-se em conta a duração provável da vida da vítima.

Pela clara leitura da lei, ela não faz a exigência de dependência econômica para determinar o pagamento dos alimentos, sendo bastante a ocorrência da diminuição do patrimônio em face da morte, o que se tutela é a perda do padrão de vida em face do infortúnio.

Calha anotar, neste sentido:

na pensão decorrente do ato ilícito, não se questiona sobre a necessidade ou não de alimentos por parte dos dependentes do morto porque o objetivo é reparar o prejuízo da perda da renda familiar. Ainda que os prejudicados tenham posses suficientes para manter o padrão de vida anterior ao óbito, o ressarcimento é devido como reparação do dano causado. O fato gerador da pensão é o ato ilícito do causador do homicídio e não a necessidade de prover alimentos (OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. Indenizações por Acidente do Trabalho ou Doença Ocupacional. p. 213).

Mais:

Recurso Especial. Responsabilidade Civil. Aplicação do art. 1.537, II, do Código Civil. 1. A reparação do dano não tem caráter alimentar, estando desvinculada da situação econômico-financeira do beneficiário, correta a interpretação do acórdão recorrido sobre o alcance do art. 1.537, II, do Código Civil. De fato, se fosse diversa a compreensão da regra jurídica invocada pela recorrente, estar-se-ia abrindo uma ampla frente para confinar a indenização a uma certa situação econômico-financeira do prejudicado pelo evento danoso, deixando de lado o fato do ilícito, com conseqüente impunidade civil do agente (STJ.3ª Turma. REsp n.º 62.963, Rel Min Carlos Alberto Menezes Direito, julgado em 06.05.1997).

Como vimos, a responsabilidade pela prestação de alimentos, em caso de ato ilícito, em nada se prende à existência, ou não, de potencial de auto sustento pelos credores do falecido, pois que, se assim se pensasse, estar-se-ia, em última análise, a isentar o agente pelo evento danoso a que ele deu causa.

No mais, a responsabilidade civil traz ínsita e obrigação de restituição - o mais próximo possível - da situação anterior ao evento danoso (princípio

da *restitutio in integrum*). Tanto é assim que o art. 944 do Código Civil diz que a indenização é medida pela extensão do dano. Desta forma, a efetiva necessidade de alimentos não é fonte de informação e fomento para o deferimento ou mensuração do pensionamento.

7.2. Para além disto, diz que a pensão somente é devida até o prazo em que a vítima completaria 65 anos. Isso, em face de jurisprudência dominante e, mais, porque a vítima, ébrio contumaz que era, tinha a expectativa de vida reduzida em face dos efeitos nefastos do álcool no organismo.

Primeiro de tudo, a alegação de que o falecido passageiro era um ébrio contumaz e que, por isto, estaria com sua saúde comprometida a ponto de lhe encurtar a expectativa de vida, é coisa não comprovada nos autos e, portanto, não será levada em conta.

O tempo fixado pelo magistrado para o pensionamento também está correto, a se considerar a média da expectativa de vida da população brasileira.

Nesse sentido:

Em vista do aumento da expectativa de vida da população brasileira de um modo geral, em especial dos residentes da região sul, ficou ultrapassado o entendimento que determinava o marco final do pensionamento em 65 (sessenta e cinco) anos, porquanto o limite de 70 (setenta) anos de idade apresenta-se mais condizente com a nova realidade (Apelação Cível nº 2005.019699-7, rel. Des. Fernando Carioni).

Mantido pensionamento neste marco temporal.

7.3. No mais, quanto à condenação da demandada à constituição de capital para o pagamento das verbas, entende ela desnecessária, já que não há qualquer indício de que a empresa deixará de ter condições de arcar com a responsabilidade.

Diz o art. 475 - Q, do Código de Processo Civil:

Art. 475-Q. Quando a indenização por ato ilícito incluir prestação de alimentos, o juiz, quanto a esta parte, poderá ordenar ao devedor constituição de capital, cuja renda assegure o pagamento do valor mensal da pensão.

§ 1º . Este capital, representado por imóveis, títulos da dívida pública ou aplicações financeiras em banco oficial, será inalienável e impenhorável enquanto durar a obrigação do devedor.

A alegação de que a empresa é sólida, e de que por isto não apresenta indícios de insolvabilidade, briga frontalmente com a dinâmica do mercado que pode representar, no plano empírico, uma reviravolta financeira em qualquer empresa e, de pronto, tolher a lúdima satisfação da vítima do infortúnio.

Basta ver que em tempos de crise, empresas sólidas se esfumam do dia para a noite, o que mais legitima a constituição de capital para garantir as prestações futuras.

Mantenho a decisão.

8. Requer a demandada a aplicação das penas por litigância de má-fé à demandante frente à distorção dos fatos que promoveu na petição inicial.

Com efeito, as alegações restam sedimentadas em face da confirmação da decisão de primeiro grau, sendo desnecessárias maiores considerações.

CONCLUSÃO

O voto é para manter a sentença: a) não acolher a nulidade da citação; b) reconhecer a revelia e aplicar seus efeitos; c) afastar a alegação de cerceamento de defesa; d) manter a culpa exclusiva da demandada; e) manter os danos morais em R\$ 50.000,00; f) manter a pensão até 70 anos de idade; g) manter a obrigação de constituição de capital.

Este é o voto.

TERCEIRA CÂMARA DE DIREITO CIVIL

AGRAVO DE INSTRUMENTO

Agravo de Instrumento n. 2011.066942-0, de Palhoça

Relator: Des. Fernando Carioni

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE USUCAPIÃO. VALORAÇÃO DA CAUSA. VALOR VENAL DO IMÓVEL. APLICAÇÃO ANALÓGICA DO ART. 259, VII, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. PRECEDENTES JURISPRUDENCIAIS. DECISÃO REFORMADA. RECURSO PROVIDO.

Embora não haja regra específica para atribuição do valor da causa à ação de usucapião, este deverá corresponder à estimativa oficial para lançamento do Imposto sobre a Propriedade Predial e Territorial Urbana – IPTU, que é o chamado valor venal do imóvel, por analogia à regra estabelecida no art. 259, VII, do Código de Processo Civil.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento n. 2011.066942-0, da comarca de Palhoça (2ª Vara Cível), em que é agravante Custódio dos Santos Pardal:

A Terceira Câmara de Direito Civil decidiu, por votação unânime, dar provimento ao recurso nos termos da fundamentação exposta. Custas legais.

Participaram do julgamento, realizado nesta data, os Exmos. Srs. Des. Saul Steil e Maria do Rocio Luz Santa Ritta.

Florianópolis, 8 de novembro de 2011

Fernando Carioni
PRESIDENTE E RELATOR

RELATÓRIO

Trata-se de agravo de instrumento interposto por Custódio dos Santos Pardal contra a decisão do Juiz de Direito da 2ª Vara Cível da comarca de Palhoça que, nos autos da Ação de Usucapião n. 045.11.004186-5, determinou a adequação do valor do imóvel, bem como o recolhimento proporcional das custas processuais, sob o fundamento de que o valor da causa deve ser atribuído de acordo com o benefício econômico perseguido (fl. 49).

Sustenta, em apertada síntese, que o valor da causa em ação de usucapião deve corresponder ao valor venal do imóvel, de acordo com o lançamento fiscal.

Foi indeferido o pedido de efeito suspensivo.

Este é o relatório.

VOTO

Insurge-se o agravante contra decisão que determinou a adequação do valor da causa atribuído à ação de usucapião, para que corresponda ao benefício econômico perseguido, entendido esse como sendo o valor atribuído ao imóvel usucapiendo no contrato encartado aos autos, bem como o recolhimento das custas processuais proporcionais, sob pena de cancelamento da distribuição.

Em que pese o entendimento do Juízo *a quo* e embora não haja regra específica para a valoração da causa na ação de usucapião, é entendimento

doutrinário e jurisprudencial de que o valor da causa nessa hipótese deve corresponder à estimativa oficial para lançamento do imposto, que é o chamado valor venal do imóvel, nos moldes da regra estabelecida no art. 259, VII, do Código de Processo Civil, *verbis*:

Art. 259. O valor da causa constará sempre da petição inicial e será:

I – na ação de cobrança de dívida, a soma do principal, da pena e dos juros vencidos até a propositura da ação;

II – havendo cumulação de pedidos, a quantia correspondente à soma dos valores de todos eles;

III – sendo alternativos os pedidos, o de maior valor;

IV – se houver também pedido subsidiário, o valor do pedido principal;

V – quando o litígio tiver por objeto a existência, validade, cumprimento, modificação ou rescisão de negócio jurídico, o valor do contrato;

VI – na ação de alimentos, a soma de 12 (doze) prestações mensais, pedidas pelo autor;

VII – na ação de divisão, de demarcação e de reivindicação, a estimativa oficial para lançamento do imposto.

A propósito, convém destacar que o valor venal do imóvel, que tem por finalidade servir de base de cálculo para o Imposto sobre a Propriedade Predial e Territorial Urbana – IPTU, é atribuído pela Municipalidade por meio de critérios próprios que levam em consideração sua dimensão, padrão construtivo e localização.

Sobre o tema, oportuna a lição da obra de Benedito Silvério Ribeiro:

O valor da causa é imprescindível e deverá obrigatoriamente constar da inicial (CPC, arts. 273 e 282, V).

Como na usucapião pede-se a declaração de domínio do imóvel ou da servidão predial (CPC, 941), sendo obrigatória a estipulação de um *quantum* (art. 258), devendo o valor da causa sempre constar da petição inicial (art. 259), para efeito de taxa judiciária, arbitramento

de honorários, fixação de competência ou para efeitos recursais, e, versando a ação sobre o imóvel mencionado, tem-se que o valor da causa deverá ser, ao menos, igual ao valor venal constante do aviso-recibo de lançamento do imposto.

[...]

Não havendo regra específica sobre a fixação do valor da causa nas ações de usucapião, cabe consignar que na reivindicação o valor não é o atual do imóvel, mas sim “a estimativa oficial para lançamento do imposto” (CPC, art. 259, VII).

Se assim é no juízo petitório, em que se busca a restituição do imóvel, pela mesma razão será na ação de usucapião, cujo objetivo é o reconhecimento do domínio.

A ação de usucapião, por muitos também cognominada ação publiciana, foi erigida em processo autônomo à imagem da ação reivindicatória.

[...]

Havendo cadastro ou lançamento oficial do valor para fins fiscais, não oferta dúvida alguma para o encontro do valor da causa, nos moldes do disposto no art. 259, VII, do Código de Processo Civil (*Tratado de usucapião*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. volume 2. p. 1154-155).

Na mesma direção, Humberto Theodoro Júnior adverte que *“faltou ao Código estatuir regras pertinentes às ações de procedimento especial, como as possessórias, a nunciação de obra nova, os embargos de terceiros, a usucapião, bem como os procedimentos de jurisdição voluntária. Cremos que, por analogia, em se tratando de bem imóvel, se possa seguir a orientação do inciso VII do art. 259, atribuindo ao feito, qualquer que seja ele, o valor da estimativa fiscal de lançamento do imposto territorial ou predial”* (*Curso de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento*. 46. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 314).

A jurisprudência, por sua vez, não discrepa:

AÇÃO DE USUCAPIÃO. EXTINÇÃO DO FEITO (ART. 267, INC. V, DO CPC), JUNTAMENTE COM O INCIDENTE DE IMPUGNAÇÃO DO VALOR DA CAUSA (ART. 267, INC. VI, DO CPC). INSURGÊNCIA DO CONTESTANTE. RAZÕES RECURSAIS CALCADAS NA NECESSIDADE DE READEQUAÇÃO DO VALOR ATRIBUÍDO À DEMANDA, E, BEM ASSIM, DE MAJORAÇÃO DOS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. VALOR DA CAUSA QUE DEVE CORRESPONDER À ESTIMATIVA DO PROVEITO ECONÔMICO ALMEJADO PELOS AUTORES. ADOÇÃO DO VALOR VENAL DO IMÓVEL USUCAPIENDO. EXEGESE DOS ARTS. 258 E 259, INC. VII, AMBOS DO CPC. VERBA HONORÁRIA FIXADA EM DESCONFORMIDADE COM OS PARÂMETROS DO ART. 20 DO CPC. CIRCUNSTÂNCIAS QUE AUTORIZAM A SUA MAJORAÇÃO. RECURSO PROVIDO.

1. Em tema de ação de usucapião, é viável adotar-se como valor da causa a estimativa pecuniária de que se vale a municipalidade para o lançamento do imposto predial e territorial urbano - denominado valor venal do imóvel - uma vez que silente, a respeito, o Código de Processo Civil (TJSC, Ap. Cív. n. 2009.010059-6, de São Francisco do Sul, rel. Des. Eládio Torret Rocha, j. em 25-11-2010).

AGRAVO DE INSTRUMENTO – Processo civil. Usucapião. Valor da causa. Alteração de ofício – Possibilidade – Regra de ordem pública que admite apreciação de ofício pelo Juiz – Valor da causa que corresponde ao valor venal do imóvel usucapiendo (CPC art. 259, VII) (TJSP, AI 0333748-04.2010.8.26.0000, de Guarujá, rel. Des. Egídio Giacoia, j. em 17-8-2010).

RECURSO DE APELAÇÃO. AÇÃO DE USUCAPIÃO. [...] VALOR DA CAUSA. ESTIMATIVA OFICIAL PARA LANÇAMENTO DO IMPOSTO. LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ AFAS-TADA. REDUÇÃO DOS HONORÁRIOS ADVOCATICIOS. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

[...]

Na ação de usucapião, por analogia, aplica-se a regra estabelecida pelo inciso VII do artigo 259 do CPC, que estabelece como valor da causa a estimativa oficial para lançamento do imposto, sinônimo de valor venal constante do carnet do imposto predial e territorial

urbano (IPTU) (TJMT, RAC 109402/2007, de Rondonópolis, rel. Des. Guiomar Teodoro Borges, j. em 5-5-2008).

Em ação de usucapião é razoável a atribuição do valor da causa, aplicando-se, por analogia, o valor venal para efeito do imposto predial e territorial (CPC 259 VII) (TJPR, AI 154205-8, de Curitiba, rel. Des. Rosene Arão de Cristo Pereira, j. em 31-5-200).

Diante desse contexto, entendo que o valor a ser atribuído à ação de usucapião é o valor venal do imóvel, aferido pela municipalidade para fins de tributação, razão pela qual correto o valor conferido pelo autor, mormente considerando os documentos de fls. 40-44 (carnês de IPTU e espelho de lançamento de imóvel).

Ante o exposto, é medida de rigor dar provimento ao recurso para cassar a decisão agravada.

Este é o voto.

APELAÇÕES CÍVEIS

Apelação Cível n. 2012.017315-9, de Laguna

Relator: Des. Fernando Carioni

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS. EMISSÃO DE CHEQUES SEM PROVISÃO DE FUNDOS. APLICABILIDADE DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. PORTADOR DO TÍTULO DE CRÉDITO NÃO CORRENTISTA DO BANCO. CONSUMIDOR POR EQUIPARAÇÃO. RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA DA INSTITUIÇÃO FINANCEIRA. TEORIA DO RISCO DA ATIVIDADE. DANO MATERIAL. FORNECIMENTO DE TALÃO DE CHEQUES SEM NENHUM CONTROLE. OMISSÃO DA INSTITUIÇÃO FINANCEIRA. NEXO CAUSAL. DEVER DE REPARAÇÃO DO PREJUÍZO CAUSADO. SENTENÇA REFORMADA. RECURSO PROVIDO.

Às instituições financeiras são aplicáveis as regras do Código de Defesa do Consumidor, pelo que respondem objetivamente por danos que causarem a clientes ou terceiros.

“Comprovado nos autos que o banco ou a instituição financeira mantenedoras de contas de depósitos à vista, diante de casos incompatíveis com as disciplinas que regulam a Lei de Cheques, não adotou as orientações inseridas na Resolução n. 3.972, de 28 de abril de 2011 é o banco ou a instituição financeira, responsável, perante a terceiro pela emissão de cheques sem fundo, por parte do correntista” (ementa aditiva – Des. Subst. Saul Steil).

São responsáveis civilmente os bancos que fornecem talonários de cheques a clientes sem capacidade econômica ou deixam de adotar medidas para retomada das cartões.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2012.017315-9, da comarca de Laguna (1ª Vara Cível), em que é apelante Josuel Higino Paraizo, e apelado Banco do Brasil S/A:

A Terceira Câmara de Direito Civil decidiu, por votação unânime, dar provimento ao recurso. Custas legais.

Participaram do julgamento, realizado no dia 17 de abril de 2012, os Exmos. Srs. Des. Marcus Tulio Sartorato e Saul Steil.

Florianópolis, 24 de abril de 2012.

Fernando Carioni
PRESIDENTE E RELATOR

RELATÓRIO

Josuel Higino Paraizo propôs ação de indenização por danos materiais contra Besc – Banco do Estado de Santa Catarina, na qual aduziu que recebeu os folhas de cheques de n. 000234-8, 000233-0, 000232-1, 000132-5, 000157-0, 000128-7, 000154-6 e 000155-4, totalizando o valor de R\$ 10.410,00 (dez mil e quatrocentos reais).

Informou ter depositado as referidas cártulas e que retornaram sob os motivos 11 e 12.

Anotou que o banco réu é responsável pelo pagamento dos valores dos cheques emitidos e não pagos por seu correntista, devido à sua conduta negligente em conceder talonários de cheques a clientes sem a devida averiguação.

Requeru a condenação do réu ao pagamento de danos materiais no valor de R\$ 10.410,00 (dez mil e quatrocentos e dez reais) e o benefício da justiça gratuita (fls. 2-16).

A justiça gratuita foi deferida (fl. 28).

Banco do Brasil, em contestação, suscitou, preliminarmente, a ilegitimidade passiva, dizendo que a responsabilidade pela emissão dos cheques *sub judice* é do correntista titular da conta.

Arguiu a inaplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor.

Pleiteou a denunciação da lide da emitente de cheques sem fundo, a Sra. Zulair Silveira Pacheco, para integrar o polo passivo da demanda.

No mérito, sustentou que foi diligente na concessão de talões de cheques à emitente e que exigiu documentos comprobatórios de endereço, de residência, de identidade, de regularidade perante à Receita Federal e de renda.

Frisou que a responsabilidade pelos cheques emitidos é do cliente.

Destacou que a emitente de cheques sem fundo é sua cliente desde 4/1996 e que nunca apresentou nenhuma restrição de crédito.

Ressaltou que inexistem os pressupostos da responsabilidade civil.

Requeru a improcedência do pedido inicial (fls. 37-50).

O Juiz Substituto Felippi Ambrósio julgou antecipadamente a lide, cuja parte dispositiva da sentença encerrou o seguinte teor:

Em face do que foi dito, julgo improcedente o pedido.

Condeno o autor no pagamento das despesas processuais e honorários advocatícios, que fixo em 10% sobre o valor da causa. A exigibilidade das verbas ficam, por ora, com a exigibilidade suspensa, por conta do benefício da justiça gratuita deferida (fl. 28; fl. 89).

Josuel Higino Paraizo interpôs recurso de apelação, no qual reeditou os argumentos lançados na inicial e requereu a reforma *in totum* da sentença guerreada (fls. 89-106).

Contrarrazões às fls. 111-113.

Este é o relatório.

VOTO

Trata-se de apelação cível com o desiderato de reformar a sentença que indeferiu o pedido de indenização por danos materiais formulados pelo autor contra a instituição financeira ré.

Pelo que dos autos consta, o autor recebeu 8 (oito) folhas de cheques da correntista do banco réu, a Sra. Zulair Silveira Pacheco, todos devolvidos por insuficiência de fundos, totalizando R\$ 10.410,00 (dez mil e quatrocentos e dez reais), conforme documentos de fls. 20-27.

É cediço que a responsabilidade civil “[...] pressupõe a atividade danosa de alguém que, atuando *a priori* ilicitamente, viola uma norma jurídica preexistente (legal ou contratual), subordinando-se, dessa forma, às conseqüências do seu ato (obrigação de reparar)” (GAGLIANO, Pablo Stolze e PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil: responsabilidade civil*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. v. III, p. 9).

Em outros termos, sintetiza Sílvio de Salvo Venosa, “em princípio, toda atividade que acarreta prejuízo gera responsabilidade ou dever de indenizar. [...]. O termo responsabilidade é utilizado em qualquer situação na qual alguma pessoa, natural ou jurídica, deva arcar com as conseqüências de um ato, fato, ou negócio danoso” (*Direito civil: responsabilidade civil*. 6 ed. São Paulo: Atlas, 2006. v. IV, p. 1).

Carlos Roberto Gonçalves arremata que “toda atividade que acarreta prejuízo traz em seu bojo, como fato social, o problema da responsabilidade. Destina-se ela a restaurar o equilíbrio moral e patrimonial provocado pelo autor do dano” (*Direito civil brasileiro: responsabilidade civil*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. v. IV, p. 1).

A responsabilidade civil, quanto à conduta, pode ser objetiva e/ou subjetiva, pelo que, a depender do sistema adotado, tem variações nos seus elementos, que influem diretamente na sua caracterização.

Assim diz-se subjetiva a responsabilidade civil que se caracteriza mediante o preenchimento de três elementos, quais sejam, a conduta, o dano e o nexo de causalidade; já a objetiva se configura pela existência de apenas dois: o dano e o nexo de causalidade, pouco importando a conduta do agente.

Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery, a despeito de estarem aplicando a responsabilidade civil no âmbito do Código Civil, explicam, de forma didática, a diferença entre os dois sistemas:

Dois são os sistemas de responsabilidade civil que foram adotados pelo CC: responsabilidade civil objetiva e responsabilidade civil subjetiva. O sistema geral do CC é o da responsabilidade subjetiva (CC 186), que se funda na teoria da culpa: para que haja o dever de indenizar é necessária a existência: a) do dano; b) do nexo de causalidade entre o fato e o dano; c) da culpa *lato sensu* (culpa – imprudência, negligência ou imperícia – ou dolo) do agente. O sistema subsidiário do CC é o da responsabilidade civil objetiva (927 par.º), que se funda na teoria do risco: para que haja o dever de indenizar é irrelevante a conduta (dolo ou culpa) do agente, pois basta a existência: a) do dano; b) do nexo de causalidade entre o fato e o dano (*Código civil comentado*. 6 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 733).

No presente caso, a responsabilidade civil é a objetiva.

Tal se deve pela aplicabilidade das normas do Código de Defesa do Consumidor, que, de acordo com o seu artigo 14, *caput*, determina que “o fornecedor de serviço responde, *independentemente da existência de culpa*, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços” (destaquei).

A responsabilidade civil subjetiva, como bem adverte João Batista de Almeida, “[...] conquanto aplicada eficazmente no campo das relações civis, mostrou-se inadequada no trato das relações de consumo, quer pela dificuldade intransponível da demonstração da culpa do fornecedor, titular do controle dos meios de produção e do acesso aos elementos da prova,

quer pela inviolabilidade de acionar o vendedor ou prestador de serviço, que, só em infundável cadeia de regresso, poderia responsabilizar o fornecedor originário, quer pelo fato de que terceiros, vítimas do mesmo evento, não se beneficiariam de reparação” (*Manual de direito do consumidor*. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 60).

Deveras, na hipótese dos autos, está caracterizada uma relação de consumo: de um lado, a ré instituição financeira, como fornecedora de serviço de natureza bancária.

A propósito, nenhuma discussão, atualmente, cabe à respeito da aplicação do Código de Defesa do Consumidor às instituições financeiras, seja porque o seu artigo 3º, § 2º dispõe expressamente que “serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária [...]”; seja porque o Superior Tribunal de Justiça editou a Súmula 297, que diz que “o Código de Defesa do Consumidor é aplicável às instituições financeiras”.

Sobre o tema, traz-se à lição de Sílvio de Salvo Venosa:

Os bancos prestam, atualmente, uma multiplicidade de serviços à população que não mais se restringe a suas origens, ligada ao fornecimento de crédito. A sofisticação dos serviços por meio da informática amplia os problemas e exige soluções jurídicas.

Por outro lado, não somente a lei, mas também os tribunais assumem posição rigorosa no tocante às instituições financeiras, mormente porque suas atividades dizem respeito aos recursos financeiros de toda a população e do país. Ainda, pelo fato de serem os bancos repositórios da confiança de seus depositantes, é justo que deles esperemos o mais elevado serviço e correição.

As atividades bancárias caracterizam-se por contratos de massa, contratos de adesão, na grande maioria. Os bancos praticam, [...], atividades essenciais e específicas do ramo financeiro, como depósitos, empréstimos, descontos etc. e atividades secundárias que modernamente complementam seus serviços, tendo em vista o mercado e a concorrência, como fornecimento de informações,

recebimento de contas, serviços de caixa eletrônico, comunicação por correio eletrônico etc.

Nessa gama de atividades, a responsabilidade dos bancos pode ser contratual ou aquiliana. Sob o manto dos princípios do Código de Defesa do Consumidor, [...], ultrapassa-se essa dicotomia: a responsabilidade decorre tão-só da prestação de serviços ao consumidor. Por outro lado, [...], toda atividade dos bancos e das instituições financeiras é atingida pelos princípios do Código de Defesa do Consumidor, se mais não fora pelos princípios gerais dessa lei, por disposição expressa (art. 3º, § 2º). Despiciendo se torna analisar as opiniões em contrário, ligadas exclusivamente a pareceres de encomenda. A jurisprudência do país não diverge sobre o tema (*Direito civil: responsabilidade civil*. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2006. v. IV, p. 249-250).

Com maior profundidade, comenta Carlos Roberto Gonçalves:

Em face do Código de Defesa do Consumidor, a responsabilidade dos bancos, como prestadores de serviços, é objetiva. Dispõe, com efeito, o art. 14 do aludido diploma que 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”.

[...].

O Código de Defesa do Consumidor incluiu expressamente as atividades bancárias, financeiras, de crédito e securitárias no conceito de serviço (art. 3º, § 2º).

Malgrado a resistência das referidas instituições em se sujeitarem às suas normas, sustentando que nem toda atividade que exercem (empréstimos, financiamentos, poupança etc.) encontra-se sob sua égide, o Superior Tribunal de Justiça não vem admitindo qualquer interpretação restritiva ao aludido § 2º do art. 3º, afirmando que a expressão “natureza bancária, financeira, de crédito” nele contida não comporta que se afirme referir-se apenas a determinadas operações de crédito ao consumidor. Os bancos, “como prestadores de serviços especialmente contemplados no mencionado dispositivo, estão submetidos às disposições do Código do Consumidor. A circunstância de o usuário dispor do bem recebido através da ope-

ração bancária, não o descaracteriza como consumidor dos serviços prestados pelo banco”.

O Ministro José Augusto Delgado, do referido Tribunal, também teve a oportunidade de comentar que a expressão “natureza bancária, financeira, de crédito” contida no § 2º do art. 3º não comporta que se afirme referir-se, apenas, a determinadas operações de crédito ao consumidor. Se a vontade do legislador fosse essa – afirmou - “ele teria explicitamente feito a restrição, que, se existisse, daria ensejo a se analisar da sua ruptura com os ditamente da Carta Magna sobre o tema”.

Tal orientação veio a se consolidar com a edição da Súmula 297 do aludido Superior Tribunal de Justiça, do seguinte teor: “O Código de Defesa do Consumidor é aplicável às instituições financeiras”. Idêntica posição assumiu o Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADIn 2.591, realizado aos 4 de maio de 2006, proclamando que as instituições financeiras se submetem às regras do Código de Defesa do Consumidor (*Direito civil brasileiro: responsabilidade civil*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. v. IV, p. 236-237).

Outra não é a orientação desse Tribunal de Justiça:

O Superior Tribunal de Justiça assentou na Súmula 297 que as disposições do Código de Defesa do Consumidor são aplicáveis às instituições financeiras (Ap. Cív. n. 2007.024438-0, da Capital, rel. Des. João Batista Góes Ulysséa, j. em 6-3-2012).

A Lei n. 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor) é aplicável às instituições financeiras (Súmula 297 do STJ), que se enquadram na definição de fornecedor de produtos e serviços (art. 3º), enquanto a parte contratante, na enunciação de consumidor (art. 2º) (Ap. Cív. n. 2011.090801-6, de Lebon Régis, rel. Des. Subst. Robson Luz Varela, j. em 13-3-2012).

De acordo com o Enunciado n. 297 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça, “O Código de Defesa do Consumidor é aplicável às instituições financeiras.”. Assim, na perspectiva da responsabilidade objetiva, própria do microsistema do Código de Defesa do Consumidor, compete à instituição financeira a verificação da idoneidade da documentação apresentada para a abertura de contratos de conta corrente (Ap. Cív. n. 2010.042635-3, de Joinville, rel. Des. Henry Petry Junior, j. em 8-12-2011).

Do outro lado dessa relação jurídica está o autor, como consumidor, não diretamente, porquanto não é cliente do banco réu, mas por equiparação, uma vez que vítima da falha da prestação do serviço bancário, *ex vi* dos artigos 2º, parágrafo único, 17 e 29, todos do Código de Defesa do Consumidor.

Zelmo Denari comenta que:

Com bastante freqüência, os danos causados por vícios de qualidade dos bens ou dos serviços não afetam somente o consumidor, mas terceiros, estranhos à relação jurídica de consumo.

[...], o Código assegura o ressarcimento dos danos causados a terceiros que, para todos os efeitos legais, se equiparam a consumidores (*Código brasileiro de defesa do consumidor*: comentado pelos autores do anteprojeto. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1999. p. 175).

Sobre o tema, traz-se à colação excerto doutrinário de Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona filho:

Para encerrar este capítulo, é preciso tecer algumas considerações acerca da responsabilidade civil das instituições financeiras em relação a terceiros.

Compreendidas as lições sobre a reparação de danos causados a seus agentes (empregados ou prestadores de serviço) e a seus clientes, uma pergunta não quer calar: qual é a natureza jurídica da responsabilidade civil de tais instituições, quando a vítima não mantém com eles qualquer relação negocial?

A resposta nos parece óbvia: nesse caso, deve ser aplicada a regra geral de responsabilização civil no nosso ordenamento positivo.

Todavia, é importante lembrar que essa regra foi modificada com o novo Código Civil brasileiro.

De fato, ao lado da regra da responsabilidade civil subjetiva – também aplicável às instituições financeiras – pontifica a regra da responsabilidade civil objetiva, em função do risco da atividade habitualmente exercida.

Assim sendo, a resposta à pergunta formulada não é automática ou imediata.

Para respondê-la, será necessário verificar em função de qual conduta – atribuível à pessoa jurídica da instituição financeira – se perpetrou a lesão ao interesse de terceiro.

Caso seja algo decorrente da atividade habitualmente exercida, e não tem função de um fato isolado no seu amplo campo de relações negociais, poderemos afirmar que a responsabilidade será objetiva (*Novo curso de direito civil: responsabilidade civil*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. v. , p. 336).

Se assim o é, não há falar em conduta (dolo ou culpa) do agente como elemento aferidor da responsabilidade civil, pois inexistente à espécie. Estando a causa amparada pela legislação consumerista, tem-se que a responsabilidade é objetiva, razão pela qual necessita averiguar somente o dano e o nexo causal.

O dano suportado pelo autor é de ordem material, visto que portador de 8 (oito) cheques emitidos por correntista da ré sem fundos, como se observa às fls. 20-27.

Também se faz presente o nexo de causalidade, visto que o autor é beneficiário de cheques emitidos por correntista da ré sem provisão de fundos, sendo mais uma das vítimas da voracidade das instituições financeiras, que, no afã de atingir metas e obter lucros cada vez maiores, fornecem ou mantêm talonários a clientes que não detêm nenhuma capacidade econômica para saldá-los, conquanto seja sua responsabilidade prezar pela boa saúde financeira da conta corrente deles.

Nesse norte, determina o artigo 2º, inciso I, da Resolução n. 2.025, do Banco Central do Brasil, de 24-11-1993, que “altera e consolida as normas relativas à abertura, manutenção e movimentação de contas de depósito”, que as instituições financeiras são obrigadas a exigir um saldo

médio para a manutenção da conta corrente de seus clientes, como se vê abaixo:

Art. 2º A ficha-proposta relativa a conta de depósitos à vista deverá conter, ainda, cláusulas tratando, entre outros, dos seguintes assuntos:

I – saldo médio mínimo exigido para manutenção da conta;

Isso porque a conta corrente garante a prestação de todos os serviços que o banco põe a disposição de seus clientes, dentre os quais, podemos citar o fornecimento de talonários de cheques.

A propósito, dada a importante função econômica que exerce esse título de crédito, a referida Resolução n. 2.025/1993 do Banco Central do Brasil dispensou, em outros dispositivos, inúmeras obrigações que o banco deve adotar quando do fornecimento de talonários de cheques aos clientes, autorizando-o, inclusive, “[...] a adotar providências imediatas com vistas a retomar os cheques em poder do depositante”, *in verbis*:

Art. 2º [...].

[...].

II – condições estipuladas para fornecimento de talonário de cheques;

[...].

V – inclusão do nome do depositante no Cadastro de Emitentes de Cheques sem Fundos (CCF), nos termos da regulamentação vigente, no caso de emissão de cheque sem fundos, com a devolução dos cheques em poder do depositante à instituição;

Art. 6º É vedado o fornecimento de talonário de cheques ao depositante enquanto não verificadas as informações constantes da ficha-proposta ou quando, a qualquer tempo, forem constatadas irregularidades nos dados de identificação do depositante ou de seu procurador.

Art. 7º O talonário de cheques somente poderá ser entregue mediante recibo datado e assinado pelo depositante ou portador expressamente autorizado, o qual deverá ser identificado no ato da entrega.

Parágrafo único. Caso seja suspenso o fornecimento de talonário de cheques, a instituição financeira deverá adotar providências imediatas com vistas a retomar os cheques em poder do depositante.

Art. 8º Quando, por qualquer motivo, o titular estiver impedido de receber talonário de cheques, a conta de depósitos à vista somente poderá ser movimentada por meio de cheque avulso, nominativo ao próprio emitente, por recibo ou por meios eletrônicos de pagamento.

Parágrafo único. A movimentação de conta referida neste artigo será efetuada sem ônus para o depositante.

Art. 10. É facultada à instituição financeira a abertura, manutenção ou encerramento de conta de depósitos à vista cujo titular figure ou tenha figurado no Cadastro de Emitentes de Cheques sem Fundos (CCF).

Parágrafo único. É proibido o fornecimento de talonário de cheques ao depositante enquanto figurar no CCF.

Art. 12. Ao encerrar conta de depósitos à vista, a instituição financeira deve:

I – expedir aviso ao titular, solicitando a retirada ou a regularização do saldo e a restituição dos cheques acaso em seu poder; (sublinhei)

Nesse contexto, não há nenhuma dúvida de que a devolução de cheques sem provisão de fundos decorre da falha da prestação do serviço das instituições financeiras, pois os correntistas somente podem fazer uso desse título de crédito após autorizados por seu banco, que, antes, deve fazer cumprir todas as normas regulamentares relativas à conta corrente.

Note-se que, para que o cheque possa ser emitido, o artigo 4º da Lei n. 7.357, de 2-9-1985, conhecida como “Lei do Cheque”, preceitua que “o emitente deve ter fundos disponíveis em poder do sacado e estar autorizado a sobre eles emitir cheque [...]”.

Rubens Requião, em tom de desabafo, já chamava a atenção para esse mal que assola atualmente o nosso País, do emitente de cheque sem provisão de fundos:

Um grave problema envolveu, levando a ponto crítico, o uso de cheque em nosso país. A prática de se emitir, impunemente, cheque sem provisão de fundos, desmoralizou esse título, tornando-o inseguro e insuspeito, como meio de pagamento. Vulgarizou-se o aviso em hotéis e outros estabelecimentos comerciais de que não se admite pagamento por cheque.

Isso se deve, como bem acentua Waldemar Ferreira, à Lei de 1912, que segundo sua significativa opinião “frouxa se mostrou”. Com efeito, a proliferação de cheques sem fundos se deve à frouxidão da lei e à tibieza e complacência de nossos juízes e tribunais (*Curso de direito comercial*. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 2, p. 493).

Sem sombra de dúvida, a omissão dos bancos tem contribuído para o agravamento dos emitentes de cheques sem fundos, já que, hoje, é perfeitamente possível o correntista retirar o talão de cheques por meio do caixa eletrônico, sem qualquer controle prévio do saldo de sua conta corrente.

Preocupados apenas com os lucros gerados pelos inúmeros serviços que os clientes são obrigados, muitas vezes, a contratar, as instituições financeiras não exercem nenhuma fiscalização não só prévia, como repressiva, sobre aqueles que estão em posse de talonários de cheques, o que tem levado à “desmoralização” desse tipo de título de crédito.

A par dessa circunstância, inúmeras já foram as propostas do Legislativo para “resgatar” a credibilidade por que gozava esse título de crédito, valendo destacar o rejeitado Projeto de Lei n. 4.780/1998 do Deputado Feu Rosa, do PSDB/ES, que visava à alteração da citada Lei n. 7.357/1985, cuja justificativa por ele apresentada vem de encontro ao raciocínio *supra* aduzido:

A emissão de cheques sem fundos é um problema bem antigo, mas assumiu dimensões alarmantes nos últimos meses, atingindo principalmente os comerciantes, que são suas grandes vítimas. A

correção do problema requer que o sistema bancário tenha maior responsabilidade no processo, através do rigor nas exigências para abertura de contas e, principalmente, na entrega de talonários de cheques (sublinhei)

É bem verdade que o referido projeto e todas as demais propostas a ele pensadas, no total de dez, foram rejeitadas pelo voto do parecer do relator Sr. Deputado Mendes Ribeiro Filho. Não obstante, apenas corrobora a crescente preocupação de todos com a emissão de cheques, inclusive a do legislador, pois é incontroverso que o aludido título de crédito vem, dia a dia, perdendo prestígio, pelo que não está mais conseguindo, como destacado no voto de Sua Excelência, o Sr. Deputado Mendes Filho, “gerar um ambiente confiável para as relações comerciais”.

Nada obstante, à falta de maior credibilidade desse título de crédito, na atualidade, levou o Banco Central do Brasil a editar a Resolução n. 3.972, de 28-4-2011, com vistas a orientar às instituições financeiras, mantenedoras de contas de depósitos à vista, a aprimorar e explicitar disciplina adotada para o uso de cheque por parte de correntistas, estabelecendo critérios objetivos e transparentes, de natureza operacional, para o fornecimento de folha de cheque.

Deveras, extraem-se dos incisos I a VI e do parágrafo único do artigo 2º da referida resolução que os bancos devem, detidamente, guardar maior acuidade, dentre outros, quando do fornecimento de folhas de cheques aos correntistas.

Mister consignar que a resolução em tela determina, inclusive, que as instituições financeiras são obrigadas não só a orientar os seu clientes sobre “a disciplina estabelecida para o uso do cheque”, “as práticas incompatíveis com a disciplina adotada, bem como com as disposições legais e regulamentares sobre a matéria”, “as práticas que podem caracterizar abuso do direito de impedir o curso normal dos cheques” e “as cominações legais e regulamentares e as medidas cabíveis, no caso de descumprimento da

regulamentação e da disciplina estabelecida” (*ex vi* do § 1º, incisos I a IV, do artigo 1º da resolução em comento); mas também a *monitorar* os casos considerados incompatíveis com a disciplina estabelecida, autorizando-as a adotar as seguintes medidas: “orientação”, “notificação formal”, “suspensão do fornecimento de folhas de cheques” ou “encerramento de conta”, a teor do que disciplina o seu artigo 1º, § 2º, inciso II, alíneas *a* a *d* da Resolução n. 3.972, de 28-4-2011).

A resolução do Banco Central do Brasil acima indicada, bem se vê, só confirma aquilo que se está discutindo nesses autos, haja vista que o cheque, nos dias de hoje, não está mais cumprindo o seu papel de confiabilidade nas práticas empresariais.

Nesse norte, chega-se ao absurdo de os estabelecimentos, mormente os pequenos e médios empresários, afixarem cartazes com os dizeres de que “não aceitamos cheques”; tudo porque o banco não cumpre, como é público e notório, com os procedimentos para o fornecimento de folhas e/ou talonários de cheques.

Ora, a par disso, demonstra-se um contrassenso, visto que o banco é quem autoriza e verifica as condições financeiras para que o cliente possa emitir cheques, todavia não pode ser responsabilizado pela falta de pagamento.

Ainda mais porque, no caso do autos, verifica-se que a correntista que emitiu os cheques com falta de provisão de fundo era portadora de “cheque nobre”, ou seja especial, que, no escólio doutrinário de Rubens Requião, consiste numa “[...] linha de crédito aberta ao titular da conta, que pode sacar sem a suficiente provisão de fundos, quando previamente fixada por contrato entre as partes. Representa, na verdade, um saque a descoberto, com o apoio do sacado” (*Curso de direito comercial*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 2, p. 522).

Em outras palavras, o banco, como forma de prestigiar os seus clientes, autoriza-os a movimentar a conta corrente sem que tenham, necessariamente, fundos disponíveis.

Destarte, com mais razão ainda, é que a instituição financeira deve suportar os prejuízos decorrentes do fornecimento de cheques a clientes que se utilizam dessa linha de crédito especial, como é a hipótese em tela.

Não é demais lembrar que o banco réu, em nenhum momento, incumbiu-se a contento do ônus que lhe incumbia o artigo 333, inciso II, do Código de Processo Civil, uma vez que, como forma de inferir que adotou os procedimentos legais a que está obrigado, juntou documentos referentes à energia elétrica, cuja fatura não está em nome da correntista possuidora de cheque nobre; à declaração de trabalho e rendimento; ao cartão de proposta de abertura de conta de depósitos e à ficha da pessoa física.

Referidos documentos, como se conclui facilmente, nada comprovam a respeito dos procedimentos que o banco réu estava sujeito a adotar; e que, por outro lado, apenas corroboram à falta de zelo e à contribuição para que o cheque não mais tenha o prestígio que anteriormente gozava.

Ademais, se é certo que o banco responde objetivamente pelos danos que causa; também é certo que a ele se aplica a teoria do risco, pois na mesma medida em que a sofre vantagens e lucros, igualmente deve suportar as desvantagens pelos riscos no desempenho da sua atividade.

Na teoria do risco, como explica Sérgio Cavalieri Filho, “[...] todo prejuízo deve ser atribuído ao seu autor e reparado por quem o causou, independentemente de ter ou não agido com culpa” (*Programa de responsabilidade civil*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 136).

Veja-se, a propósito, a doutrina de José Batista de Almeida:

Os produtos e serviços ofertados no mercado destinam-se a satisfazer as necessidades dos consumidores, nos aspectos de indispensabilidade, utilidade e comodidade, sendo conatural a expectativa de que funcionem conveniente e adequadamente ou se prestem à finalidade que deles legitimamente se esperam. Não fosse assim e não estaria justificada a razão de sua existência.

É certo, por outro lado, que os fornecedores procuram produzir bens e serviços adequados ao consumo, seguros, eficientes e indenizados de defeitos, utilizando-se, para tanto, de testes e controles de produção e qualidade, com o objetivo de eliminar ou pelo menos reduzir a colocação no mercado de produtos defeituosos.

Ocorre, porém, que, mesmo com o emprego de diligência na produção ou prestação e de rigoroso controle, ainda assim alguns produtos e serviços acabam entrando no circuito comercial com defeitos que culminam por causar lesão à saúde, à segurança e ao patrimônio dos consumidores e usuários. Tais danos, anônimos e inevitáveis, não são produzidos por pessoas e sim por coisas (produtos ou serviços) e se repetem com relativa freqüência, estatisticamente mensurável.

A propósito, salienta o Prof. LUIZ GASTÃO PAES DE BARROS LEÃES, com grande acuidade, em excelente monografia sobre o tema, que “a superveniência de alguns fatores, tais como o desenvolvimento dos mecanismos de produção, a multiplicação dos veículos e a intensificação dos sistemas de transporte, a difusão de materiais inflamáveis, e mesmo o enorme crescimento da população conjugado com o fenômeno da urbanização crescente, trouxe notável aumento de riscos e danos. Ademais – complementa o mesmo autor –, grande parte dessas hipóteses de risco não se ajusta ao esquema tradicional de culpa e de ato ilícito. Para atender ao anseio, que sempre existe, de ressarcimento, mister se fazia encontrar meios de alforriar a vítima da prova de culpa, não só porque essa prova via de regra constituía obstáculo intransponível, mas também porque existem hipóteses de dano que não permitem a imputação de culpa a uma pessoa, visto que são conexas a determinadas atividades, aparecendo como estatisticamente inevitáveis”.

A inevitabilidade dessas falhas no sistema de produção seriada e a impossibilidade prática de sua completa eliminação conduziram à idéia de criação de mecanismos legais de ressarcimento de danos pelo simples fato de colocação no mercado de produtos e serviços

potencialmente danosos, atribuindo ao fornecedor a responsabilidade pelos danos nessa condição causados à vítima e a terceiros, dentro do princípio de que aquele que lucra com uma atividade deve responder pelo risco ou pelas desvantagens. Daí o surgimento da teoria do risco criado, que tem o sentido de atribuir ao fornecedor o dever de reparar danos causados aos consumidores pelo fato de desenvolver determinada atividade potencialmente danosa. Ou seja, faz com que o agente fornecedor assuma todos os riscos de sua atividade.

Imbuído nesse espírito, o legislador acolheu integralmente a teoria do risco criado como apta e suficiente para garantir o consumidor em relação aos danos que viesse a sofrer pelo fato da colocação no mercado de produtos e serviços.

Subjacente ao tema, cumpre verificar que ao dever geral de não causar prejuízo a outrem (CC de 1916, art. 159) correspondeu o dever especial de não colocar no mercado de produtos e serviços que possam acarretar riscos à saúde e segurança dos consumidores (CDC, art. 8º). Esse último dispositivo, aliás, impõe ao fornecedor, em correspondência simétrica com os direitos básicos dos consumidores, os seguintes deveres: a) não colocar no mercado produtos e serviços que impliquem riscos à saúde e segurança, exceto os havidos normais e previsíveis em decorrência de sua natureza e fruição; e b) dar ao consumidor informações necessárias e adequadas a respeito do funcionamento e da potencialidade danosa. Em consequência da não-observância desses deveres surge a responsabilidade do fornecedor pelo fato do produto e do serviço (CDC, arts. 12 e 14). Da infringência desses deveres surge a responsabilidade civil do fornecedor, com a consequente obrigação de indenizar consumidores e vítimas em face dos defeitos apresentados por produtos e serviços.

Assim, como regra, é o fornecedor o responsável pelo fato do produto ou do serviço (CDC, art. 12), pelo simples fato de que o fabricante, o produtor, o construtor e o importador são os autores da colocação no mercado do produto defeituoso, sendo natural, portanto, que assumam os riscos dessa conduta e arquem com os encargos decorrentes da reparação de danos das atividades que lhe são próprias, como projeto, fabricação, construção, montagem, manipulação ou acondicionamento, além daquelas decorrentes de insuficiência ou inadequação de informações sobre utilização e riscos

dos produtos e serviços. Em todos os casos a responsabilidade se mostra clara e evidente, tendo em vista o ele entre o fornecedor e o produto ou serviço (*Manual de direito do consumidor*. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 58-60).

Logo, as instituições financeiras, porque respondem objetivamente e porque estão sujeitas às normas do Código de Defesa do Consumidor, devem reparar os danos causados aos consumidores decorrentes de sua atividade.

E como enfatiza Sérgio Cavalieri Filho, “por mais organizados que sejam os bancos, nessa infinidade de operações que realizam é possível ocorrer falhas no sistema que acarretem prejuízos aos clientes ou terceiros” (*Programa de responsabilidade civil*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 398).

Não fosse isso, é bom que se diga que os bancos, todos eles, lucram com a devolução de cheques sem fundos, de acordo com o que preceitua o artigo 14 da Resolução n. 1.682, de 31-1-1990, do Banco Central do Brasil:

Art. 14. Será cobrada, pelo executante do serviço de compensação de cheques e outros papéis, taxa de serviço equivalente a 1 (um) BTN, pela devolução de cheque à câmara de compensação:

a) do banco sacado, no caso de ocorrência causada por qualquer dos motivos de 11 a 25, que a poderá transferir ao correntista quando configurados os motivos de 11 a 24;

b) do banco portador, no caso de ocorrência causada por qualquer dos motivos de 31 a 49, que a poderá transferir para o depositante quando configurado o motivo 31.

É incontroverso, portanto, que os bancos, não só prestam atividades potencialmente danosas, como também tiram proveito com a devolução de cheques, pelo que devem ser responsabilizados pelo pagamento dos cheques emitidos por seus correntistas e devolvidos por ausência de fundos.

Reza o bom senso que todo aquele que recebe cheque como forma de pagamento acredita que o banco tenha adotado a segurança necessária

prevista nas normas regulamentares referentes à conta corrente e à entrega dos talonários.

À falta de segurança torna o serviço como defeituoso, que, na forma do artigo 14, § 1º, do Código de Defesa do Consumidor ocorre “[...] quando não fornece segurança que o consumidor dele pode esperar [...]”.

Zelmo Denari ressalta que “[...] um produto ou serviço é defeituoso quando não corresponde à legítima expectativa do consumidor a respeito de sua utilização ou fruição, vale dizer, quando a desconformidade do produto ou serviço compromete a sua prestabilidade ou servibilidade” (*Código brasileiro de defesa do consumidor*: comentado pelos autores do anteprojeto. 7 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001. p. 156).

Justamente o que ocorre com aquele que recebe cheque sem fundo como forma de pagamento, que não tem nenhuma serventia ao seu portador, não passando de “mera folha de papel”, mormente se o devedor, como ocorre na maioria das vezes, não tem liquidez para saldá-lo.

Chama-se a atenção que a matéria debatida nesses autos já foi enfrentada na sessão do Grupo de Câmaras de Direito Civil, de 10-11-2010, quando do julgamento dos Embargos Infringentes n. 2010.016337-2, da relatoria do Des. Joel Dias Figueira Júnior, nos quais ficou reconhecida a responsabilidade das instituições financeiras pelos emitentes de cheques sem fundo, assim ementado:

EMBARGOS INFRINGENTES EM APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. CHEQUE EMITIDO SEM PROVISÃO DE FUNDOS. RELAÇÃO DE CONSUMO. DANO MATERIAL CONFIGURADO. FORNECIMENTO DE TALONÁRIO DE CHEQUES A CLIENTES. LEGITIMIDADE PASSIVA AD CAUSAM DA INSTITUIÇÃO BANCÁRIA RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA. TERCEIRO EXPOSTO À PRÁTICA DE ATO ILÍCITO EQUIPARADO AO CONSUMIDOR, PORQUANTO VÍTIMA DO EVENTO DANOSO - EXEGESE DO ART. 17 C/C ART. 29 DO CDC - PRAZO PRESCRICIONAL

- HIPÓTESE DE ILÍCITO CIVIL QUE NÃO SE CONFUNDE COM O VÍCIO NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO - INCIDÊNCIA DO ART. 27 DO CDC, E NÃO DO ART. 26, INCISO I, DO MESMO DIPLOMA LEGAL.

I - O art. 26 do CDC, que dispõe acerca dos prazos decadenciais, regula as hipóteses de perecimento do direito material para as situações em que o consumidor pretende reclamar por vícios aparentes ou de fácil constatação, para fornecimento de serviços e produtos não duráveis.

De outro vértice, o art. 27 do Código Consumerista regula a incidência da prescrição quinquenal para as hipóteses de ilícito civil em que o consumidor articula pretensão à reparação pelos danos causados por fato do produto ou do serviço, iniciando-se a contagem do prazo a partir do conhecimento do dano e de sua autoria.

II - É assente que o CDC regula dois modelos distintos de responsabilidade civil, quais sejam, por vício de qualidade ou quantidade dos produtos ou serviços e por danos causados aos consumidores.

Assim, o fornecedor de produtos ou serviços responde pelos vícios qualitativos, em face de do consumidor direto ou terceiros, vítimas do evento, quando presentes os seguintes pressupostos: a) vício ou defeito do produto ou do serviço; b) dano (eventus damni) e, c) a relação de causalidade verificada entre o vício ou defeito e o evento danoso (art. 12 c/c art. 14, CDC).

III - No caso em exame, o autor, terceiro endossatário beneficiário de cheque sem provisão de fundos, emitido por cliente do banco réu, apresentou a cártula ao estabelecimento sacado em outubro de 2001 e ajuizou a demanda ressarcitória em setembro de 2003, portanto, dentro do prazo legal, sem qualquer possibilidade de incidência de perecimento do direito de ação, pois, tratando-se de ilícito civil, a norma reguladora da prescrição é a do art. 27 do CDC, que estabelece o prazo quinquenal.

IV - Assim, rechaçada a incidência de prescrição ou decadência e presentes os pressupostos ensejadores da responsabilidade civil, mister se faz conhecer dos embargos infringentes para negar-lhes provimento, mantendo-se integralmente o entendimento esposado no voto vencedor objurgado.

V - I - Mediante interpretação lógico-sistemática dos artigos 2º, 17 e 29 do CDC, não resta a menor dúvida de que o terceiro beneficiário de cheque emitido sem provisão de fundos figura na cadeia relacional bancária e cambial como consumidor vítima em face do evento danoso por ele sofrido.

Aliás, outra não é a redação inculpada no art. 17 da Lei 8.078/1990, in verbis: “Para efeitos desta Seção, equiparam-se aos consumidores todas as vítimas do evento”.

Na mesma linha, complementa o art. 29 do aludido Diploma: “Para os fins deste capítulo e do seguinte, equiparam-se aos consumidores todas as pessoas determináveis ou não, expostas às práticas nele previstas”.

Por conseguinte, elementar afigura-se a conclusão de que o terceiro lesado em decorrência do não recebimento de um cheque lançado sem suficiência de fundos possa pleitear em face do banco sacado indenização pelos prejuízos materiais sofridos, motivo pelo qual não há falar em ilegitimidade passiva ad causam da instituição financeira, cuja responsabilidade civil é objetiva.

Não se desconhece que a discussão da matéria debatida nesses autos está longe de ser pacífica, até porque os que a defende exortam princípios de ordem constitucional e infraconstitucional, como forma de diminuir a regra de que os bancos somente devem fornecer talonários de cheques aos clientes que gozam de boa saúde financeira e/ou adotar medidas para retomá-los dos que perderam tal capacidade econômica, como quer a Resolução n. 2.025/1993 do Banco Central do Brasil.

Como já observou o Prof. Marcelo Novelino, “a euforia na aplicação dos princípios e a conseqüente subvalorização das regras precisam ser seriamente repensadas e trabalhadas” (*Direito constitucional*. 3. ed. São Paulo: Método, 2009. p. 66).

Este Tribunal de Justiça, mais de uma vez, já responsabilizou a instituição financeira pelo emitente de cheque sem provisão de fundos, como se vê dos seguintes julgados:

APELAÇÃO CÍVEL. MODERNIZAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO. GARANTIA DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO. CONSTITUIÇÃO FEDERAL COMO NORTE DE TODA A PRESTAÇÃO JURISDICIONAL.

“Neste momento histórico de fortes tensões, os autores atribuem ao Poder Judiciário a função de garantir um Estado Democrático de Direito, o que supõe cumprir o Direito Positivo de forma compromissada com os interesses da população brasileira, colocando o respeito à Constituição como o norte de toda a prestação jurisdicional. Daí resultará, então, um Poder direcionado à efetivação de Direitos e não, ao abandono dos cidadãos e cidadãs a sua própria sorte.” (Prudêncio, Carlos; Rosa de Andrade, Lédio; Faria, José Eduardo. Modernização do Poder Judiciário, a Justiça do Futuro. Tubarão: Editorial Studium, 2003, p. 31 e 32)

REALIDADE ATUAL. RESPONSABILIDADE DO PODER JUDICIÁRIO EM NÃO PERMITIR ABUSOS CONTRA O INTERESSE COLETIVO.

“No Brasil, vigorou uma ditadura imposta por generais mandatários até a eleição de Tancredo Neves e, de lá para cá, persistem os ranços ditatoriais que estão impregnados na precária cultura brasileira, pois os que mandam continuam entendendo que o povo se mantém em sua prolongada passividade.

Temos que romper com essa letargia e isso só acontecerá se o judiciário cumprir rigorosamente seu papel, que é o de expurgar das leis e dos costumes referidos atos ditatoriais, determinando que as autoridades públicas - infelizmente aí incluídos os banqueiros, pois estes mandam mais que aqueles devido à simbiose que há entre ambos - se acordem para o fato de que a grande transformação social por que passa o mundo não permite que a maioria numérica com direitos democráticos se submeta aos poucos que ainda estão impregnados de conceitos da monarquia absolutista.

Penso estar na hora de enfrentarmos uma realidade atual, qual seja a da supremacia das teses das instituições financeiras em detrimento da interpretação as leis. Acredito que devemos repensar as decisões que interfiram no setor econômico, até mesmo para darmos uma resposta aos empresários e à população em geral no sentido de que o Poder judiciário não permitirá abusos contra quem quer que seja

e que somente a lei, aliada ao seu fim social, prevalecerá. Nada mais de obedecermos resoluções, portarias e demais atos administrativos em detrimento da lei. É de se atender ao mínimo as expectativas e os anseios sociais no que pertine ao asseguramento, dos direitos garantidos na Constituição Federal, notadamente no que diz respeito ao princípio do devido processo legal.” (AI n. 1999.017295-3, Relator Des. Carlos Prudêncio, DJ de 25-5-2000)

DIREITO DO CONSUMIDOR. DIREITO FUNDAMENTAL. ART. 5, INC. XXXII, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. PROTEÇÃO PELO ESTADO.

A Constituição Federal estabelece no art. 5, XXXII, ao tratar dos direitos e garantias fundamentais, que o “Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor”. Erigiu, portanto, essa defesa ao patamar de direito fundamental e, assim o fazendo, impôs também ao Poder Judiciário, quando intérprete e aplicador da legislação infraconstitucional, o dever de considerar e valorar essa hierarquia constitucional quando o consumidor estiver em litígio.

ORDEM ECONÔMICA NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. PRINCÍPIO DA DEFESA DO CONSUMIDOR. ART. 170, INC. V, DA CF. INTERPRETAÇÃO AMPLIADA.

“A par de consubstanciar, a defesa do consumidor, um modismo modernizante do capitalismo - a ideologia do consumo contemporizada (a regra “acumulai, acumulai” impõe o ditame “consumi, consumi”, agora porém sob proteção jurídica de quem consome) - afeta todo o exercício da atividade econômica, inclusive tomada a expressão em sentido amplo, como se apura da leitura do parágrafo único, II do art. 175. O caráter constitucional conformador da ordem econômica, deste com os demais princípios que tenho cogitado, é inquestionável.” (Grau, Eros Roberto. A Ordem Econômica na Constituição de 1988, interpretação e crítica. Editora Malheiros, 9 ed., p. 225)

CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. SUJEIÇÃO DAS INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS ÀS CHAMADAS OPERAÇÕES SECUNDÁRIAS. ENTENDIMENTO DO EGRÉGIO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

“1. As instituições financeiras estão, todas elas, alcançadas pela incidência das normas veiculadas pelo Código de Defesa do Con-

sumidor. 2. “Consumidor”, para os efeitos do Código de Defesa do Consumidor, é toda pessoa física ou jurídica que utiliza, como destinatário final, atividade bancária, financeira e de crédito. 3. O preceito veiculado pelo art. 3º, § 2º, do Código de Defesa do Consumidor deve ser interpretado em coerência com a Constituição, o que importa em que o custo das operações ativas e a remuneração das operações passivas praticadas por instituições financeiras na exploração da intermediação de dinheiro na economia estejam excluídas da sua abrangência.” (STF, ADI 2591, relator Min. Eros Grau, Tribunal Pleno, DJ de 29-09-2006, p. 031)

LEGITIMIDADE ATIVA AD CAUSAM. APLICAÇÃO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. EXEGESE DOS ARTS. 2, 17 E 29. EXTENSÃO DO CONCEITO DE CONSUMIDOR. LEGITIMIDADE PASSIVA AD CAUSAM. INSTITUIÇÃO FINANCEIRA. FORNECEDOR. VÍCIO NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO. OPERAÇÕES BANCÁRIAS ACESSÓRIAS. COBRANÇA DE TAXA NA DEVOLUÇÃO DE CHEQUE. LIBERAÇÃO SEM QUALQUER CONTROLE DE TALONÁRIO. RISCO DA ATIVIDADE. ALCANÇE DO BANCO PARA RESPONDER. INTERPRETAÇÃO EXTENSIVA.

“Se, no sistema do CDC, todos estes “terceiros” hoje se incluem como “consumidores, consumidores stricto sensu do art. 2 (quem “utiliza um serviço”), consumidores equiparados do parágrafo único do art. 2 (coletividade de pessoas ainda que indetermináveis, que haja intervindo na relação de serviço), do art. 17 (todas as vítimas dos fatos do serviço, por exemplo os passantes na rua quando avião cai por defeito do serviço) e do art. 29 (todas as pessoas determináveis ou não expostas às práticas comerciais de oferta, contratos de adesão, publicidade, cobrança de dívidas, bancos de dados, sempre que vulneráveis in concreto), então temos que rever nossos conceitos sobre estipulações em favor de terceiro e, no processo, sobre legitimação destes terceiros para agir individual ou coletivamente”. (Marques, Cláudia Lima. Contratos no Código de Defesa do Consumidor, o novo regime das relações contratuais. 4ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: RT, 2002)

Revedo o conceito da legitimação, considerando o direito do consumidor como norma fundamental e princípio informador do ordenamento jurídico, é perfeitamente admissível, por meio de

interpretação lógico-sistemática, considerar o recebedor de cheque sem fundo como consumidor vítima de serviço mal prestado por instituição financeira; e, por sua vez, a legitimidade passiva da casa bancária, considerada fornecedora, ao gerir as operações bancárias acessórias que revelam cunho de prestação de serviços secundários, sempre destinados a atrair clientes, principalmente com a cobrança da taxa de devolução de cheque à câmara de compensação o que evidencia, sem qualquer dúvida, a liberalidade e a ânsia desmedida do banco para, ao não impor qualquer limitação ao cliente no tocante a disponibilização de talões de cheques, cobrar mais e mais tarifas a fim de obter lucros estratosféricos.

RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA. INDENIZAÇÃO. CHEQUE DEVOLVIDO SEM FUNDOS. INSTITUIÇÃO FINANCEIRA QUE DEVERIA SER DILIGENTE NA LIBERAÇÃO DE CHEQUES A SEUS CLIENTES. PRODUTO DEFEITUOSO. DEFEITO POR SEU MODO DE FORNECIMENTO E OS RISCOS DA FRUIÇÃO (ART. 14, § 1º, I E II, DO CDC). DEVER DE INDENIZAR. RECURSO PROVIDO.

Estabelecida a aplicabilidade da responsabilidade civil objetiva do fornecedor, prevista no Código de Defesa do Consumidor, necessário para a sua incidência no caso concreto comprovar tão-somente a existência do dano e do nexo de causalidade, pois irrelevante a conduta (dolo ou culpa) da instituição financeira.

Ocorre dano ao consumidor, que recebe cheque sem provisão de fundos e fica privado do valor nele constante, e evidente o nexo etiológico entre este e a conduta do fornecedor de serviço, instituição financeira, que presta serviço defeituoso por seu modo de fornecimento e os riscos da fruição, quando o banco sem qualquer cuidado pela atividade que desenvolve, até para que não se eleve o risco do mercado financeiro, admite sem qualquer controle interno a liberação de vários talonários de cheques exigindo para tanto tão-somente documento de identificação (RG e CPF) e comprovante de residência, a teor do art. 14, § 1º, I e II, do Código de Defesa do Consumidor.

Dessarte, verificado o dano e o nexo causal, exsurge a responsabilidade do banco pela reparação do dano ao prestar serviço defeituoso quando libera talões de cheques sem qualquer limitação e estes são

devolvidos sem fundos (Ap. Cív. n. 2005.005907-7, de Brusque, rel. Des. Carlos Prudêncio, j. em 13-11-2007).

AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS. DEVOLUÇÃO DE CHEQUES EMITIDOS SEM PROVISÃO DE FUNDOS. PREJUÍZO DO BENEFICIÁRIO. AJUIZAMENTO DA DEMANDA EM FACE DO SACADO. SENTENÇA QUE EXTINGUE O FEITO POR ILEGITIMIDADE PASSIVA AD CAUSAM. INSURGÊNCIA DO VENCIDO. REFORMA DA DECISÃO. APLICAÇÃO DO CDC (ARTS. 2º, 17 E 29). EXEGESE DO CONCEITO DE CONSUMIDOR EQUIPARADO. BANCO, ADEMAIS, QUE SE ENQUADRA NA FIGURA DE FORNECEDOR. DEFEITO NA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LIBERAÇÃO DE TALONÁRIO SEM QUALQUER ESPÉCIE DE CONTROLE. PERMISSÃO DE QUE AS CÂRTULAS, EMBORA DESTITUÍDAS DE LASTRO FINANCEIRO, PERMANEÇAM EM POSSE DOS CORRENTISTAS. TEORIA DO RISCO DA ATIVIDADE. ART. 927, § ÚNICO, DO CC-2002. LEGITIMIDADE PASSIVA RECONHECIDA. CAUSA PRONTA PARA JULGAMENTO. APLICAÇÃO DO ART. 515, § 3º, DO CPC. COMPROVADOS OS ELEMENTOS ENSEJADORES DA RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA. ART 14 DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. DEVER DE INDENIZAR CONFIGURADO. RECURSO PROVIDO.

1. As instituições financeiras - fornecedoras de serviços que são - estão irrecusavelmente sujeitas à incidência das normas veiculadas pelo Código de Defesa do Consumidor, sendo esta, ademais, a única abordagem capaz de promover a adequada proteção constitucional do consumidor (arts. 5º, XXXII e 170, V, da CF) quando em jogo pretensão indenizatória por devolução de cheques sem suficiente provisão de fundos.

2. O beneficiário de cheque devolvido por falta de provisão de fundos qualifica-se, de sua vez, como consumidor - mediante a conhecida técnica de equiparação conceitual presente no art. 17 da lei 8.078/90 - pois vítima das intercorrências defluentes do fato de produto ou serviço.

3. Assim, exsurge do próprio delineamento de um sistema jurídico calcado na responsabilidade social e na efetiva reparação de danos - sobretudo face ao fenômeno da constitucionalização e repersona-

lização do direito privado, o qual implica a revisita dos institutos jurídicos, dentre eles, o da responsabilidade civil - a possibilidade de os sacados virem a responder, assegurado o manejo da ação de regresso, pela emissão de cheques sem provisão de fundos realizada pelos sacadores dos títulos, especialmente porque a esse fato incide, à toda evidência, o art. 14 do CDC, o qual dispõe acerca do defeito na prestação dos serviços.

4. Destarte, por intermédio dessa verdadeira cláusula geral de responsabilidade objetiva - reflexo direto dos princípios da eticidade e da socialidade - deve o sacado indenizar o tomador pelos danos sofridos em face da devolução de cheques por ausência de fundos, já que a concessão de talonário a quem não possui capacidade econômica (ou a sua manutenção em posse de quem haja perdido lastro financeiro para honrá-lo), malfere, frontalmente, um dever especial de segurança do serviço, legitimamente esperada.

5. De mais a mais, tal espécie de responsabilidade objetiva encontra amparo, igualmente, no § único do art. 927 do Código Civil de 2002, consectário da compreensão acerca da disponibilidade sistêmica de cláusulas gerais e conceitos indeterminados - a demandar o devido preenchimento conceitual pelos seus intérpretes - vazadas em termos amplíssimos e aptas a inaugurar uma dinâmica abertura e mobilidade do sistema, também em sede de responsabilidade civil.

6. A doutrina nacional, outrossim, já se inclinou, de há muito, no sentido da aplicabilidade da teoria da responsabilidade pelo risco profissional ao segmento bancário, consolidando, assim, o entendimento de que firmou-se um princípio geral de acordo com o qual os bancos - por imperativo de justiça distributiva e responsabilidade social - respondem pelo risco assumido pela exploração lucrativa de suas atividades, vez que, recolhendo as vantagens do seu comércio, deve sofrer, também, sua desvantagem, a qual se consubstancia no próprio risco inerente ao seu exercício (“ubi commoda, ibi sunt incommoda”) (Ap. Cív. n. 2005.038361-7, de Brusque, rel. Des. Eládio Torret Rocha, j. em 7-8-2008).

Logo, a partir do momento que o banco fornece o talonário de cheques ao correntista sem suficiência de saldo mínimo em conta corrente, descumpre uma obrigação imposta por lei, o que, gerando um prejuízo a

outrem, nasce a responsabilidade civil para reparar o dano decorrente de sua atividade.

Ante o exposto, dá-se provimento ao recurso para condenar o banco réu ao pagamento de R\$ 10.410,00 (dez mil e quatrocentos reais) a título de danos materiais, sobre o qual deve incidir correção monetária, pelo INPC-IBGE, a partir do arbitramento e juros de mora, de 1% (um por cento) ao mês, a contar do evento danoso, *ex vi* da Súmula 54 do Superior Tribunal de Justiça.

Outrossim, condena-se o réu ao pagamento de custas processuais e honorários advocatícios, os quais fixa-se em 15% (quinze por cento) sobre o valor da condenação, com base no artigo 20, § 3º, do Código de Defesa do Consumidor.

Este é o voto.

Apelação Cível n. 2011.065769-0, de Blumenau

Relatora: Des. Maria do Rocio Luz Santa Ritta

UNIÃO ESTÁVEL. REQUISITOS COMPROVADOS. RECURSO PROVIDO.

GUARDA COMPARTILHADA. SITUAÇÃO QUE MELHOR ATENDE AOS INTERESSES DA CRIANÇA. ACORDO E RELAÇÃO HARMONIOSA ENTRE OS GENITORES. DESNECESSIDADE. MANUTENÇÃO DA SENTENÇA NESSE PARTICULAR. PRECEDENTE DO STJ E DESTA CORTE.

INDÍCIOS DE PRÁTICA DE ALIENAÇÃO PARENTAL PELO GENITOR CONTRA A GENITORA. ADVERTÊNCIA. CABIMENTO, NOS TERMOS DO ARTIGO 6º, I, DA LEI 12.318/2010.

FORTE ANIMOSIDADE ENTRE OS LITIGANTES. DETERMINAÇÃO, DE OFÍCIO, QUE A CONTINUIDADE DA GUARDA FIQUE VINCULADA À SUBMISSÃO DE AMBOS A TRATAMENTO PSICOLÓGICO, A SER REALIZADO SOB A SUPERVISÃO DO CONSELHO TUTELAR. PRECEDENTES DESTA CORTE.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2011.065769-0, da comarca de Blumenau (1ª Vara da Família), em que são apte/apdo A. H. B., e apdo/apte M. S. C. C.:

A Terceira Câmara de Direito Civil decidiu, por unanimidade, **(I)** rejeitar o agravo retido, **(II)** prover parcialmente o recurso da autora para reconhecer e dissolver a união estável, **(III)** negar provimento ao recurso do réu e, de ofício, **(IV)** adverti-lo para que cesse a prática de atos de alienação parental e **(V)** determinar ao juízo que providencie a submissão dos litigantes a tratamento psicológico, nos termos do art. 129, III, do

ECA, e art. 6º, IV, da Lei 12.318/2010, por prazo não menor que seis meses. Custas legais.

O julgamento, realizado nesta data, foi presidido pelo Exmo. Sr. Des. Fernando Carioni, com voto, e dele participou o Exmo. Sr. Des. Marcus Túlio Sartorato.

Florianópolis, 7 de fevereiro de 2012.

Maria do Rocio Luz Santa Ritta
RELATORA

RELATÓRIO

M. S. C. C. ajuizou contra A. H. B ação de reconhecimento e dissolução de união estável c/c regulamentação de guarda relativamente à criança N.C.B

Apresentada a resposta (fls. 72/83), realizado estudo social (fls. 172/190) e prova pericial (fls. 287/294), as partes acordaram no compartilhamento provisório da guarda da criança (fls. 444/445).

Realizada nova avaliação psicológica (fls. 559/565), instruído o feito (fls. 616/626), apresentadas alegações finais (fls. 637/643 e fls. 647/649) e colhido o parecer do Ministério Público (fls. 650/655), que opinou pelo reconhecimento da união estável e pela consolidação da guarda compartilhada, sobreveio a sentença de folhas 656/662, vazada nos termos do seguinte dispositivo:

Ante o exposto, julgo parcialmente procedentes, com resolução de mérito, os pedidos formulados por M.S.C.C. em face de A. H. B para decretar a guarda compartilhada da criança N.C.B., nos seguintes termos:

- a) o filho ficará aos cuidados do pai na segunda e terça-feira, bem como na sexta-feira, no sábado e no domingo, e aos cuidados da mãe na quarta e quinta-feira; na semana seguinte os dias se alternarão, ficando aos cuidados da mãe na segunda, terça e sexta-feira, bem como no sábado e domingo, e como pai na quarta e quinta-feira, e assim sucessivamente;
 - b) as datas festivas deverão ser acordadas entre os genitores, sempre obedecida a alternância anual;
 - c) nas férias escolares, o filho ficará a primeira metade com o pai e a segunda metade com a mãe;
- [...].

Ambas as partes apelaram.

A acionante postula o reconhecimento e a dissolução da união estável, salientando a inexistência de bens a partilhar, e pede, ainda, a manutenção da justiça gratuita.

O réu, por sua vez, reitera, como preliminar, o conhecimento de agravo retido (fl. 456) interposto contra decisão (fl. 441) que indeferiu o pedido de oitiva da criança.

No mérito, postula a reforma da sentença no ponto em que fixou a guarda na forma compartilhada, alegando que o instituto supõe prévio acordo e relação harmoniosa de ambos os genitores, hipóteses não verificadas na espécie.

Salienta, também, que a autora não reúne condições morais e materiais para cuidar do filho, pois além de possuir um companheiro, ela exerce a atividade de vendedora ambulante, “comercializando vestuário de ‘casa em casa’”, e à noite labora numa pizzaria, deixando o menor desacompanhado.

Finaliza postulando a guarda unilateral da criança.

Apresentadas as contrarrazões por ambos os litigantes, a Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer da lavra do Dr. Vânio Martins de Faria, opinou pelo provimento do apelo da autora e pelo desprovimento do apelo do réu (fls. 709/714).

Com os autos conclusos para julgamento, o réu fez distribuir cautelar incidental com o objetivo de forçar a oitiva do menor, a qual, no entanto, teve a liminar negada e foi apensada para julgamento conjunto nos termos do seguinte despacho:

1. Nego a liminar pleiteada, à falta de *fumus boni juris* e de perigo na demora.

Os fatos expostos pelo requerente não são novos e já estão sendo analisados nos autos da ação principal (ACv 2011.065769-0), que se encontra conclusa para julgamento em meu gabinete.

Além disso, as recentes fotografias que aparecem às folhas 24/30 e o relato acostado à folha 21 corroboram a prova produzida na ação principal no sentido de inexistir rejeição (espontânea) do menor em relação à mãe.

Veja-se, também, que o encaminhamento do menor ao Ministério Público para ser ouvido fora dos autos, para além de ferir os princípios do juiz natural e do contraditório, coloca em xeque a decisão do juízo singular que, sob orientação do perito judicial, optou por rejeitar a oitiva da criança em audiência de instrução e julgamento.

Mais que isso, a introdução desse depoimento nos autos por meio da presenta cautelar usurpa a própria competência desta Corte de controlar o acerto dessa decisão judicial que repeliu a oitiva da criança, pois o tema foi devolvido pelo recurso de apelação interposto pelo requerente (ACv 2011.065769-0) e será analisado a tempo e modo devidos.

[...].

VOTO

1. Rejeito o agravo retido.

De início, veja-se que, em atenção à saúde e ao bem estar da criança, o próprio perito judicial desabonou a oitiva dela em juízo, nos seguintes termos:

[...].

Destaca-se que o infante N.C.B. já foi submetido a duas avaliações psicológicas simultâneas, com a Dra. Helena Maria Steiner (data da conclusão do laudo: 07/07/2007) e a Dra. Viviane Giombelli (data da conclusão do laudo: 07/08/2007), em decorrência da disputa dos pais pela sua guarda. Tendo em vista que a criança apresentou, durante a avaliação psicológica atual, agitação psicomotora (expressão de ansiedade) e sinais de angústia, sugere-se que ele não venha a ser submetido a novas avaliações psicológicas para verificação da situação de guarda, assim como, salvo melhor juízo, não participe da audiências para sua escuta acerca da mesma questão. Reforça-se que estes momentos/avaliações promovem estresse infantil devido a um excesso de energia psíquica, por mobilizar conteúdos psíquicos possivelmente dolorosos para a criança, sem o objetivo de auxiliá-lo através da psicoterapia. Caso a criança seja exposta, excessivamente, a estes estímulos, pode ocorrer dano psicológico (fl. 561).

Outrossim, cumpre assinalar que **a criança foi ouvida durante a confecção de pelo menos três estudos psicológicos**, de sorte que a vontade e a vivência dela foram captadas por profissional habilitado e, por meio desse filtro, devidamente levadas em consideração na decisão judicial que deliberou sobre o destino de sua guarda.

Além disso, como será detalhado mais a frente, há fortes indícios – e a cautelar mencionada no relatório é exemplo eloquente - de que o réu vem praticando atos de alienação parental contra a genitora (art. 2º, parágrafo único, I, II, III e VI, da Lei 12.318/2010), poluindo a imagem que o seu filho possui da própria mãe.

Por isso, penso, agiu com acerto tanto o perito (ao sugerir que o menor não fosse ouvido em audiência de instrução e julgamento) quanto o juiz singular, ao não receber esse testemunho, que não traria ao processo

mais que um relato viciado e dirigido pela conduta lamentável que vem sendo perpetrada pelo pai da criança.

É certo que “nas questões de guarda o interesse do menor se sobrepõem à vontade de seus genitores” (TJSC – AI 2011.006324-0 Relator: Luiz Carlos Freyesleben). Mas não se pode confundir o “interesse do menor” com a “vontade do menor”, que nem sempre possui o tirocínio necessário para saber onde e com quem está o seu bem estar, principalmente quando submetido a pressões inconfessáveis da parte de um genitor contra o outro.

Daí se conclui, pois, que a oitiva do menor na audiência de instrução e julgamento não traria qualquer novidade ao processo e serviria não apenas à desestabilização de sua saúde mental, como frisado pelo perito, mas também à deturpação dos fatos relevantes da causa, pois de seus lábios não pingaria outra coisa senão a versão adredemente construída pelo réu.

Tais são as razões pelas quais rejeito o agravo retido.

2. O recurso da autora é procedente, pois os requisitos que permitem a configuração da união estável – publicidade, durabilidade, continuidade e propósito de constituição de família, art. 1.723, CC/02 - estão demonstrados, na linha do parecer da Procuradoria-Geral de Justiça, da boa lavra do Dr. Vânio Martins de Faria, que utilizo como razão de decidir:

[...] a escritura pública de compra e venda das fls. 9/11 revela a aquisição de um bem imóvel em nome do filho do casal, com reserva de usufruto vitalício em favor da autora. Nesse documento, o requerido confessa que teria fornecido numerário por empréstimo para o pagamento do preço total do imóvel, em razão do amor e do afeto que tem, tanto pelo filho, como por sua genitora M.S.C.C.

Tal declaração pública revela o forte sentimento do requerido para com a autora, o que torna inverossímil toda a argumentação que expôs na

sua contestação, a qual apresenta uma narrativa desprovida de qualquer credibilidade e destoante dos elementos probatórios coligidos nos autos.

Veja-se que, além do referido documento demonstrando a dedicação e o afeto do requerido com relação à autora, convém salientar que o contrato de locação por ela firmado contou como fiador o requerido, o que comprova a sua preocupação e confiança para com a demandante (fls. 12/17).

Estes documentos, aliados às fotografias das fls. 168/176, dão a certeza necessária acerca da ocorrência da união estável.

Analisando, pois, detidamente, as fotos das fls. 29/276, observa-se que, embora não comprovem a efetiva coabitação, revelam sinais inequívocos da união estável.

Nelas, o casal aparece junto em reuniões familiares, demonstrando forte vínculo afetivo e atos visíveis de carinho e de união, que destoam por completo da tese relatada na contestação, o que torna definitivamente frágil o relato desenvolvido pelo requerido em sua defesa.

Nesse sentido, percebe-se que nas fotos das fls. 271/274 os litigantes aparecem unidos, festejando o aniversário de 50 (cinquenta) anos do requerido, evidenciando que no ano de 2003 as partes se apresentavam perante a família e amigos como um casal.

Novamente, às fls. 269/276, retratam o casal cercado de inúmeros familiares e amigos, sendo que em algumas fotos aparecem se abraçando e se beijando, o que revela que a união se mostrava pública e notória, bem como ostensiva, tornando difícil de acreditar que, paralelamente a este relacionamento, o requerido continuava mantendo relacionamento com a sua primeira companheira (fls. 270/271).

De fato, a união estável, instituto reconhecido como entidade familiar (art. 226, § 3º, CF/88, art. 1.723, CC/02), caracteriza-se quando

o relacionamento entre duas pessoas for contínuo, público, notório e estabelecido com o objetivo de constituir família.

As fotografias mencionadas no parecer de Sua Excelência demonstram que o relacionamento dos litigantes era contínuo e gozava de notoriedade e publicidade entre a família e os amigos comuns.

Mais que isso, tais imagens revelam que o réu mentiu ao retratar o relacionamento como algo fugaz, clandestino e despido de importância, por isso que as outras assertivas que fez em torno da inexistência do propósito de constituir família acabam desprovidas de qualquer seriedade, merecendo o total descrédito da Corte.

Veja-se, ademais, que muitas vezes o “propósito de constituir família” é demonstrado pelo compartilhamento patrimonial entre os conviventes (TJSC – ACv 2008.080933-0, minha relatoria), situação aqui materializada pela escritura pública de compra e venda de folhas 9/11, mediante a qual o réu adquiriu um bem imóvel em nome do filho do casal, reservou - mesmo sem precisar fazê-lo - o usufruto vitalício em favor da autora e, mais importante, declarou publicamente o amor que sente por ela.

Veja-se ainda que a própria criança declarou às assistentes sociais forenses que “tem conhecimento que os pais não estão mais juntos” (fl. 177), sinal de que em algum período os litigantes permaneceram unidos mesmo após o nascimento do menor.

Mais não é preciso para que fique evidenciada a união estável entre os litigantes.

Portanto, no ponto, provejo o recurso da autora para: (I) declarar que a união estável iniciou em dezembro de 1996 e findou em junho de 2005 (datas, em si mesmas, incontroversas, por não impugnadas) e (II) desconstituir - com efeitos *ex tunc* (06/2005) - essa união.

2.1. O pedido recursal que diz com a manutenção da justiça gratuita concedido à autora não pode ser conhecido, à falta de sucumbência, pois em nenhum momento o benefício foi retirado.

3. Finalmente, a guarda compartilhada deve ser mantida, porque na espécie é a medida que melhor atende aos interesses da criança.

De início, contrariamente ao afirmado no recurso do réu, essa modalidade de guarda não supõe prévio acordo ou consenso dos genitores.

A propósito já definiu o STJ:

[...].

A guarda compartilhada é o ideal a ser buscado no exercício do Poder Familiar entre pais separados, mesmo que demandem deles reestruturações, concessões e adequações diversas, para que seus filhos possam usufruir, durante sua formação, do ideal psicológico de duplo referencial.

Apesar de a separação ou do divórcio usualmente coincidirem com o ápice do distanciamento do antigo casal e com a maior evidenciação das diferenças existentes, o melhor interesse do menor, ainda assim, dita a aplicação da guarda compartilhada como regra, mesmo na hipótese de ausência de consenso.

A inviabilidade da guarda compartilhada, por ausência de consenso, faria prevalecer o exercício de uma potestade inexistente por um dos pais. E diz-se inexistente, porque contrária ao escopo do Poder Familiar que existe para a proteção da prole. 6. A imposição judicial das atribuições de cada um dos pais, e o período de convivência da criança sob guarda compartilhada, quando não houver consenso, é medida extrema, porém necessária à implementação dessa nova visão, para que não se faça do texto legal, letra morta.

[...] (STJ - REsp 1251000, Rel. Min. Nancy Andrighi).

Depois, quanto à conveniência da medida, cumpre assinalar que os estudos realizados no curso dos autos concluíram que ambos os pais – cada qual com suas peculiaridades, qualidades e defeitos – possuem aptidão para assumir a guarda do filho comum (fl. 561 e 563).

Como também ficou demonstrado nesses estudos, a criança, pressionada por ambos os genitores, **principalmente pelo pai**, sente-se culpada por ter que optar por um ou por outro (fl. 293), quadro que amesquinha a sua psique e o modo como convive consigo e com o restante das pessoas (fl. 188), apresentando “importantes sintomas de ansiedade que se refletem em sintomas somáticos (dor abdominal, náusea, vômitos, cansaço), sentimento de esvaziamento, ansiedade de separação (medo de ficar sem figuras parentais), culpa, medo de desintegração” (fl. 288).

Por outro lado, a prova técnica demonstra que a criança experimentou melhoras após o acordo que instituiu provisoriamente a guarda compartilhada, ficando mais seguro e confiante.

Veja-se o que está dito no último laudo psicológico produzido nos autos (559/565):

[...].

Durante a avaliação psicológica atual, N. Explicita temor em magoar ambos os genitores, principalmente sua mãe. Percebe-se que por algum tempo foi pressionado por escolher um dos genitores, o que gerou conflito para a criança, que ainda acredita que precisa eleger um deles para obter sua guarda. Revela que aprendeu a lidar com esta situação, até por ter outros amigos vivenciando situações similares.

Demonstra que gostaria de continuar acessando ambos com a flexibilidade adquirida com o acordo provisório de guarda compartilhada, pois, complementa, no período em que esteve na situação de guarda unilateral, ficou provado da companhia do pai. Recorda que aquela situação era angustiante, e que suas dores no peito eram mais intensas quando precisava retornar à casa materna. O menino cita que não gostaria de ser submetido àquela experiência novamente, para não ser privado nem do pai, nem da mãe.

E, como conclusão, averbou-se nesse estudo:

Tendo em vista a análise, é possível afirmar que ambos os genitores apresentam condições psicológicas de parentalidade satisfatórias para o cuidado da criança, não havendo, neste momento, psicopatologia

aparente que impossibilite ou restrinja a guarda, assim como não há indícios de violência doméstica praticada contra a criança.

Percebe-se que N. Acessou maior autonomia após o acordo provisório de guarda compartilhada (ocorrida na audiência de 26/06/2008), que lhe conferiu maior maturidade, clarificando inclusive seu desejo de permanecer maior tempo com seu genitor; propõe definir a casa paterna como seu lar.

[...].

A criança também revela que deseja estar com a mãe todas as semanas, alternando finais de semana e segundas e terças feiras, sendo que nos outros dias permaneceria como pai.

Enfim, percebe-se que a necessidade da criança é poder estar sob proteção do pai, sem ser privado da presença materna, com respeito às suas necessidades e à autonomia adquirida. Nesse sentido, a proposta da criança, independente do modelo de guarda determinado, é bastante viável e prudente, pois é a que representa menores danos a todos os envolvidos (fl. 563).

No mesmo sentido, ao responder os quesitos, a perita assim se manifestou:

2. Qual o prejuízo ao menor em termos de desenvolvimento psicológico, pessoal ou outro, que a disputa pela sua guarda causou elou está causando?

R: A disputa pela guarda gerou conflito psíquico devido ao possível pressionamento para que a criança viesse a optar por um dos genitores, no modelo de guarda unilateral. A situação de guarda compartilhada permitiu à criança maior flexibilidade, maturidade e convivência salutar, devido ao acesso a ambos os genitores.

3. Se o menor tem condições de discernir os comportamentos dos pais em relação ao interesse nas suas respectivas guardas, e se isso está a lhes prejudicar, ou não, e até que ponto?

R: A criança apresenta condições de discernir os comportamentos dos pais em relação ao interesse sobre a guarda, sendo que falar sobre essa situação promove agitação psicomotora (indicativo de ansiedade) e sinais de angustia no menino.

4. Se pode a Dra. Psicóloga informar se, pelo tempo que está o menor sob a guarda e responsabilidade de cada um dos genitores, uma mudança agora, lhes trará algum prejuízo?

R: A criança demonstra anseio por maior autonomia, sendo que uma mudança que promova restrição ao contato com um dos genitores seria diretamente sentida como perda da condição adquirida. Por exemplo, visitas quinzenais significa tempo excessivamente longo para uma criança, consequentemente, promoveria prejuízo (fl. 564, sem destaque no original).

Desse quadro se conclui que a guarda compartilhada se mostra a medida mais eficaz ao bem estar da criança, devendo ser mantida.

Em caso análogo decidiu este Tribunal:

APELAÇÕES CÍVEIS. AÇÕES DE GUARDA PROPOSTAS POR AMBOS OS GENITORES EM DESFAVOR DO OUTRO. PAIS QUE APRESENTAM IGUAIS CONDIÇÕES PARA DETER A GUARDA DO INFANTE. GUARDA UNILATERAL DESACONSELHADA. EFEITO TRANSLATIVO DO RECURSO. IMPLEMENTAÇÃO, DE OFÍCIO, DA GUARDA COMPARTILHADA. PRINCÍPIO DA PREPONDERÂNCIA DOS INTERESSES DO MENOR. RECURSOS CONHECIDOS E PARCIALMENTE PROVIDOS.

I - Para definição da guarda, deve-se atender precipuamente aos interesses e às necessidades da criança, de ordem afetiva, social, cultural e econômica.

II - Observando-se que tanto as provas dos autos quanto o laudo psicológico realizado indicam que ambos os genitores possuem condições igualitárias para exercer a guarda do infante, recomendável é a aplicação da guarda compartilhada.

III - Assim, diante do conjunto de evidências, considerando-se o efeito translativo que se agrega ao presente recurso, ao devolver o conhecimento de toda matéria objeto da controvérsia para este Tribunal, de ofício, deve ser estabelecida a guarda compartilhada do menor em favor dos genitores, tendo-se como irrefutável que ambos têm interesse e condições de bem desempenhar esse elevado mister intrínseco ao poder familiar.

IV - A guarda unilateral ou exclusiva é medida a ser tomada apenas em situações excepcionais, em sintonia direta com os interesses do menor, situação em concreto não vislumbrada na hipótese em exame (TJSC – ACv 2011.017195-6, Des. Rel. Joel Figueira Júnior, sem destaque no original).

Vale assinalar, finalmente, que as invectivas lançadas pelo réu à honra e à capacidade da autora para desempenhar a guarda (ainda que compartilhada) da criança não fazem o menor sentido e contribuem para o amesquinamento do seu estado psíquico.

Ele chega a questionar o fato de a autora trabalhar em mais de um emprego quando essa circunstância deveria receber toda sorte de encômios, por denotar que a mãe do seu filho é pessoa afeita ao trabalho. Essa é a representação que o réu deveria inculcar no imaginário do seu filho, para que ele tenha em boa conta a própria mãe e não o contrário.

Por outro lado, o réu parece não entender que, tanto quanto ele, a autora possui o direito de reconstruir sua vida sentimental com outra pessoa e que eventuais relacionamentos amorosos que mantenha com outros homens, por si sós, não conspurcam as virtudes que ela possui como mãe, nem configuram qualquer signo presuntivo de promiscuidade ou leviandade.

De mais a mais, não há indício de que a autora apresente comportamento desregrado ou condenável sob qualquer aspecto (ético, filosófico, religioso, moral, sexual, etc).

A prova revela episódio lamentável em que o réu cobriu a autora de improperios (“vagabunda”, “sem vergonha”, “safada”, fl. 623) na frente do menor, socando o carro dela mesmo com a criança no interior do veículo (fl. 176), com isso fragilizando a imagem que esta tem da própria mãe, quando o salutar é que os pais coloquem suas desavenças de lado e demonstrem ao filho que ele pode e deve nutrir confiança em seus ascendentes.

O episódio é grave porque tais assacartilhas não foram proferidas por um estranho qualquer, por alguém cujas opiniões não são levadas em conta pelo menor, mas pelo próprio pai, em quem a criança deposita confiança e apreço.

Veja-se, também, que na tentativa de desqualificar a genitora o réu chegou ao cúmulo de fotografar a criança na beira de uma área destruída pela enchente que atingiu a cidade de Blumenau em 2008 (fl. 477), colocando-o em perigo com a finalidade única de fustigar sua ex consorte.

Embora o tema não constitua o objeto deste recurso, é visível que os fatos narrados demonstram que o pai da criança vem praticando atos de alienação parental contra a autora, o que, se realmente ficar comprovado no foro apropriado, poderá resultar na consolidação da guarda da criança nas mãos desta (art. 4º da Lei 12.318/2010), devendo ficar (o réu), por hora, advertido das consequências de seus atos (art. 6º, I, da Lei 12.318/2010).

Acerca da síndrome da alienação parental, Maria Berenice Dias esclarece:

Quem lida com conflitos familiares certamente já se deparou com um fenômeno que não é novo, mas que vem sendo identificado por mais de um nome: alienação parental ou implantação de falsas memórias.

Esse tema começa a despertar a atenção, pois é prática que vem sendo utilizada de forma recorrente e irresponsável. Muitas vezes, quando da ruptura da vida conjugal, um dos cônjuges não consegue elaborar adequadamente o luto da separação e o sentimento de rejeição, de traição, o que faz surgir um desejo de vingança: desencadeia um processo de destruição, de desmoralização, de descrédito do ex-parceiro. O filho é utilizado como instrumento de agressividade - é induzido a odiar o outro genitor. Trata-se de verdadeira campanha de desmoralização. A criança é induzida a afastar-se de quem ama e de quem também a ama. Isso gera contradição de sentimentos e destruição do vínculo entre ambos. Restando órfão do genitor alienado, acaba se identificando com o genitor patológico, passando a aceitar como verdadeiro tudo o que lhe é informado.

Nesse jogo de manipulações, todas as armas são utilizadas, inclusive a assertiva de ter havido abuso sexual. O filho é convencido da existência de determinados fatos levado a repetir o que lhe é afirmado como tendo realmente acontecido. Nem sempre consegue discernir que está sendo manipulado e acaba acreditando naquilo que lhe foi dito de forma insistente e repetida. Com o tempo, nem o alienador distingue mais a diferença entre verdade e mentira. A sua verdade passa a ser verdade para o filho, que vive com falsas personagens de uma falsa existência, implantando-se, assim, falsas memórias.

[...] É preciso ter presente que esta também é uma forma de abuso que põe em risco a saúde emocional e compromete o sadio desenvolvimento de uma criança. Ela acaba passando por uma crise de lealdade, o que gera um sentimento de culpa quando, na fase adulta, constatar que foi cúmplice de uma grande injustiça. Evidenciada tal postura por parte do genitor guardião, possível a transferência da guarda (*in* Manual de Direito das Famílias, 4. ed, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 409/410).

Em casos tais, presente relevante animosidade entre os genitores, ainda que o estado de beligerância venha sobretudo de um em detrimento do outro, como na espécie, a jurisprudência, na esteira da proteção aos interesses da criança, vem determinando, mesmo de ofício, que a continuidade e a regularidade da guarda fique vinculada à submissão dos guardiões a tratamento psicológico, sob a supervisão de assistente social forense, nos termos do artigo 129, III, do ECA, e artigo 6º, IV, da Lei 12.318/2010, *verbis*:

Art. 129. São medidas aplicáveis aos pais ou responsável:

[...]

III - encaminhamento a tratamento psicológico ou psiquiátrico; [...]

Art. 6º Caracterizados atos típicos de alienação parental ou qualquer conduta que dificulte a convivência de criança ou adolescente com genitor, em ação autônoma ou incidental, o juiz poderá, cumulativamente ou não, sem prejuízo da decorrente responsabilidade civil ou criminal e da ampla utilização de

instrumentos processuais aptos a inibir ou atenuar seus efeitos, segundo a gravidade do caso:

I - declarar a ocorrência de alienação parental e advertir o alienador;

II - ampliar o regime de convivência familiar em favor do genitor alienado;

III - estipular multa ao alienador;

IV - determinar acompanhamento psicológico e/ou biopsicossocial;

V - determinar a alteração da guarda para guarda compartilhada ou sua inversão;

VI - determinar a fixação cautelar do domicílio da criança ou adolescente;

VII - declarar a suspensão da autoridade parental. (sem destaque no original).

Veja-se da jurisprudência desta Corte:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO CAUTELAR DE SEPARAÇÃO DE CORPOS E GUARDA PROVISÓRIA DE CRIANÇAS. DECISÃO AGRAVADA QUE ESTIPULOU QUE EM CASO DE DESCUMPRIMENTO, PELA MÃE ORA AGRAVANTE, DE ORDEM JUDICIAL, A IMPEDIR O DIREITO DE VISITA DO PAI A SEUS FILHOS, SERIA DETERMINADA A BUSCA E APREENSÃO DOS MENORES PARA QUE ESTES PERMANECESSEM SOB A GUARDA E RESPONSABILIDADE DO GENITOR. ANIMOSIDADE INTENSA ENTRE OS LITIGANTES. AGRAVANTE QUE ESTAVA A DIFICULTAR E IMPEDIR A VISITA DO AGRAVADO AOS SEUS FILHOS. MEDIDA IMPUGNADA QUE TODAVIA VISA RESGUARDAR O DIREITO DE VISITAS DE MODO A POSSIBILITAR O FORTALECIMENTO DO VÍNCULO AFETIVO ENTRE PAI E FILHOS. PREVALÊNCIA DO BEM-ESTAR DOS INFANTES. CÓDIGO CIVIL DE 2002, ARTS. 1.589 E 1.632. **INDÍCIOS DE QUE AS CRIANÇAS ESTEJAM A SOFRER OS EFEITOS DE SÍNDROME DA ALIENAÇÃO PARENTAL. DETERMINAÇÃO, DE OFÍCIO NO SENTIDO DE QUE OS LITIGANTES, AGRAVANTE E AGRAVADO,**

SEJAM SUBMETIDOS A TRATAMENTO PSICOLÓGICO. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE, ARTS. 4º E 129, INC. III. RECURSO DESPROVIDO (TJSC - AI 2010.056643-7, Rel. Des. Nelson Schaefer Martins, sem destaque no original).

E ainda:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE REVERSÃO DE GUARDA COM PEDIDO DE ANTÉCIPAÇÃO DA TUTELA. GUARDA DA FILHA REVERTIDA LIMINARMENTE. RECURSO INTERPOSTO PELA GENITORA (MÃE). ALEGAÇÃO DE ALCOOLISMO E VIOLÊNCIA POR PARTE DO GENITOR (PAI) CONTRA A MENOR. CONDUTA NÃO VERIFICADA. INDÍCIOS DE ALIENAÇÃO PARENTAL POR PARTE DA MÃE E DE SUA COMPANHEIRA NÃO CONFIGURADA EXTREME DE DÚVIDAS. NECESSIDADE DE ACOMPANHAMENTO FAMILIAR E DE TRATAMENTO PSICOLÓGICO DOS PAIS PARA ASSEGURAR RELACIONAMENTO QUE PROPICIE UM EXERCÍCIO SAUDÁVEL DA GUARDA E DO DIREITO DE VISITAÇÃO. MOMENTO PROCESSUAL QUE INSPIRA CAUTELA. MANUTENÇÃO DA GUARDA COM A MÃE QUE, NÃO OBSTANTE, DEVE SER ADVERTIDA DA IMPORTÂNCIA DO CONVÍVIO DO GENITOR COM A INFANTE. DECISÃO QUE PRESERVA O MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA. INTELIGÊNCIA DOS ARTIGOS 129, III DA LEI 8.069/90 E 6º, IV DA LEI 12.318/2010. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO (TJSC – AI 2011.017910-3, Rel. Des. Ronei Danielli).

4. Por tais razões, o voto é para: **(I)** rejeitar o agravo retido, **(II)** prover parcialmente o recurso da autora para reconhecer e dissolver a união estável, **(III)** negar provimento ao recurso do réu e, de ofício, **(IV)** adverti-lo para que cesse a prática de atos de alienação parental e **(V)** determinar ao juízo que providencie a submissão dos litigantes a tratamento psicológico, nos termos do art. 129, III, do ECA, e art. 6º, IV, da Lei 12.318/2010, por prazo não menor que seis meses.

QUARTA CÂMARA DE DIREITO CIVIL

APELAÇÕES CÍVEIS

Apelação Cível n. 2011.096055-9, de Canoinhas

Relator: Des. Eládio Torret Rocha

DIREITO DE FAMÍLIA. INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE *POST MORTEM*. IMPOSSIBILIDADE DE REALIZAÇÃO DO EXAME GENÉTICO, POR INVIABILIDADE DE CRUZAMENTO DAS INFORMAÇÕES GENÉTICAS DISPONÍVEIS. EXUMAÇÃO DO CADÁVER, NO CASO, IMPRATICÁVEL. PROVA DOCUMENTAL E TESTEMUNHAL QUE, NO ENTANTO, SÃO SUFICIENTES À FORMULAÇÃO DO JUÍZO DE CONVICÇÃO POSITIVA ACERCA DA RELAÇÃO DE FILIAÇÃO. INVESTIGADO QUE, EM VIDA, ADMITIU, PARA TERCEIROS, A PATERNIDADE. *EXCEPTIO PLURIUM CONCUBENTIVUM* ALEGADA MAS NÃO DEMONSTRADA (ART. 333, INC. II, DO CPC). PATERNIDADE RECONHECIDA (ARTS. 1.606 E 1.616 DO CC). PRECEDENTES DA CORTE. RECURSO IMPROVIDO.

Em tema de investigação de paternidade *post mortem*, diante da comprovada impossibilidade de se realizar exame científico de material genético próprio, deve o magistrado valer-se dos demais elementos probatórios constantes dos autos, ou seja, da prova documental e testemunhal, inclusive no cotejo de eventual material fotográfico no tocante à semelhança física entre o autor e o investigado.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2011.096055-9, da comarca de Canoinhas (1ª Vara Cível), em que são apelantes M. I. N. P. e outro e apelado G. C. K.:

A Quarta Câmara de Direito Civil decidiu, por votação unânime, conhecer do recurso e negar-lhe provimento. Custas legais.

Participaram do julgamento, realizado nesta data, os Exmos. Srs. Desembargador Victor Ferreira e Desembargador Ronaldo Moritz Martins da Silva.

Florianópolis, 03 de maio de 2012.

Eládio Torret Rocha
PRESIDENTE E RELATOR

RELATÓRIO

Sentença lançada pelo magistrado Celso Henrique de Castro Baptista Vallim — cujo relatório adoto (fls. 183/184) — julgou procedente o pedido formulado na ação de investigação de paternidade n. 015.04.000655-1, da comarca de Canoinhas, ajuizada por G. C. K. contra M. I. N. P. e outros, a fim de reconhecer a paternidade de O. P., já falecido, em relação ao autor, impondo, ao final, aos demandados, a satisfação dos ônus sucumbenciais.

Inconformados com o teor do decisório, apelaram os vencidos (fls. 192/199), alegando, como forma de obter o provimento do reclamo, que: a) a prova carreada ao processo é por demais frágil e não confere base científica à certificação de paternidade de seu falecido pai em relação ao apelado; b) foram ouvidas testemunhas e comparadas as fotografias do investigando com o investigado, mas não foi realizado exame sangüíneo ou outra avaliação de fenótipo por perícia, sem o que é impossível se declarar

a paternidade; c) é indevida a conclusão de paternidade por comparação ocular de fenótipo, porque na região em que vivem predomina a colonização polonesa e alemã, de modo que a população possui traços semelhantes; d) a mãe do apelado, depois que enviuvou, em 1982, teve mais 03 (três) filhos, todos de pais diferentes, circunstância que depõe contra a alegada tese segundo a qual o investigado seria seu único relacionamento amoroso; e) na época da concepção, o investigado possuía problemas respiratórios e cardíacos, precisava de ajuda para locomoção, vivia com a esposa, mãe dos apelantes, e com um neto, de modo que seria improvável ter-se amasiado com a genitora do apelado; f) o Ministério Público de primeiro grau opinou pela improcedência da demanda por absoluta falta de prova, ônus o qual competia ao autor; e, g) em tema de atribuição de paternidade, prevalece o princípio da convicção, segundo o qual não se admitem presunções ou ilações destituídas de fundo científico.

Respondendo ao reclamo (fls. 207/212), o apelado argumentou, em síntese, que a sentença deve ser mantida na íntegra.

Lavrou parecer pela douta Procuradoria-Geral de Justiça o Exmo. Sr. Dr. Tycho Brahe Fernandes, opinando pelo conhecimento e improvimento do reclamo.

Este é o relatório.

VOTO

A questão fática é a seguinte: o autor, G. C. K., nascido em 14.10.1984 (fl. 15), ajuizou a presente ação de investigação de paternidade em face dos descendentes de O. P., seu pretenso genitor, falecido em 07.10.1999 (fl. 21), alegando que a sua genitora manteve com o investigado relacionamento amoroso às escondidas no período da concepção, e, bem ainda, que antes de falecer o suposto pai demonstrara o interesse em reconhecê-lo como filho.

Após marchas e contramarchas processuais, a sentença, afinal, acolheu a pretensão exordial, à razão, então, do apelo dos descendentes do investigado — pretendem eles afastar a paternidade, por absoluta falta de prova —, o qual ora cuida de deslindar.

Os apelantes, todavia, não têm razão.

Saliento, preambularmente, que a extrema dificuldade enfrentada pelas partes e pelo Juízo na produção da prova científica acerca da paternidade ora discutida tornam a solução da lide, na qual se averigua o estado de filiação, de fato, mais delicada. Não obsta, todavia, absolutamente, à sempre desafiadora e sensível tarefa de o Magistrado encontrar, nos autos, elementos de prova que o conduza ao justo e equânime desate da controvérsia apresentada, podendo ele dispor — de forma livre, mas fundamentada — de toda a conjuntura processual para atingir o juízo de certeza.

Com efeito, compulsando detidamente o caderno processual, constato que o laboratório de análise genética da Universidade do Estado de Santa Catarina (UDESC), após serem-lhe apresentadas as possibilidades de cruzamento de informações dos descendentes, concluiu ser impossível, na hipótese, realizar-se o exame de DNA (fl. 122).

E isso porque, sendo o investigado falecido, seria necessária a comparação do material biológico do autor com algum descendente, ascendente ou irmão do sexo masculino do suposto pai. Este, porém, deixou apenas duas filhas consangüíneas, duas irmãs de idade avançada, e dois descendente varões — um deles, porém, veio a óbito em 18.07.2001 (fl. 56) e o outro é adotado.

Ademais, muito embora houvesse o autor requerido a exumação do cadáver do investigado a fim de recolher o material genético necessário ao exame de DNA — possibilidade admitida nos tribunais, como última hipótese, no intuito de fornecer base científica à investigação de

parentalidade —, o aludido centro de pesquisas informou não possuir a estrutura e as condições técnicas necessárias para efetuar o referido procedimento (fl. 122).

Diante, portanto, da impossibilidade, na hipótese enfocada, de se realizar o exame sangüíneo ou de DNA, restou ao Magistrado joeirar os elementos probatórios cuja produção foi possível, na espécie.

Resumiu-se, assim, à perspectiva fenotípica e apreciativa dos relatos das partes e suas testemunhas — tal como procedia o julgador nos tempos que antecederam o progresso científico que culminou no mapeamento do genoma humano —, tendo decidido, corretamente, pelo reconhecimento do vínculo de paternidade, com fulcro na prova documental e testemunhal coligida.

Neste sentido, anoto, então, que, os elementos de prova constantes dos autos estão amplamente direcionados a amparar a pretensão declaratória formulada pelo apelado, porquanto os depoimentos colhidos evidenciam que (a) a sua genitora trabalhava na residência do investigado ao tempo da concepção; (b) ambos mantinham relacionamento amoroso às escondidas; (c) o suposto pai, enquanto vivo, reconhecia, perante os amigos, o apelado como sendo seu filho; e, (d) eles possuem semelhanças físicas inegáveis.

Colho, neste diapasão, o testemunho de S. N. R., segundo o qual “certa vez O. comentou com o depoente que era pai do autor; que o depoente tinha um bar em frente à casa de O.; que O. sempre comentava que era pai do autor; (...) que teria encontros com a mãe do autor na localidade de Paula Pereira; que a mãe do autor trabalhava três ou quatro dias por semana na residência de O.; que não viu nenhum encontro entre a mãe do autor e O.; que a mãe do autor trabalhava dentro da casa de O. e também não pode negar; que o autor é conhecido pelo apelido de V. em decorrência do nome O. [a alcunha do autor é reductivo do nome do suposto pai]; que G. parece um clone de O.” (fl. 149).

L. B. K., de sua vez, endossa estas informações, pois de seu depoimento se infere que “O. sempre dizia que era pai de G.; que a mãe do autor tinha relacionamento com O.; que o autor é a cara de O.; que O. falava para quem quisesse ouvir que era o pai do autor; que O. costumava sair junto com a mãe do autor; que O. ia para a casa da mãe do autor; que não sabe o que faziam dentro da casa; que a relação durou bastante tempo; que quando a mãe do autor tinha um namorado era apenas um” (fl. 150).

Não se pode considerar como suficiente, outrossim, a carga probatória derivada da narrativa de J. V. de P., pois afirma ele haver conhecido o investigado no ano 1994, 10 (dez) anos portanto após o nascimento do apelado, e, ademais, informa não ter conhecido tanto ele quanto sua mãe (fl. 151), tampouco as informações prestadas pela outra testemunha, M. L., o qual sustenta que “não conversava muito com O.; que conheceu apenas de vista a mãe do autor” (fl. 152).

Merece ser afastada, de mais a mais, a tese de *exceptio plurium concubentium* veiculada na resposta, pois não restou mesmo demonstrada, como deveria (art. 333, inc. II, do CPC), ou seja, a de que a genitora do autor mantinha pluralidade de relacionamentos amorosos ao tempo da concepção do autor, não bastando, para tal finalidade, destacar-se o fato de, anos depois, ter tido outros 02 (dois) filhos de pais diferentes.

Esta particularidade, aliás, desacompanhada de qualquer outro indício probatório que faça derruir a convicção emanada da prova testemunhal, não pode atuar em desfavor do investigado — representando, antes, ilações sem qualquer repercussão diante da prova —, tanto mais porque não há sequer suspeitas de que sobre outros indivíduos possa recair a paternidade em relação ao apelado.

Cito, a propósito do tema, precedente desta Corte em caso análogo, de minha relatoria, cuja ementa é a seguinte:

AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. CRITÉRIO JUDICIAL NA APRECIÇÃO DA PROVA. COINCIDÊNCIA ENTRE A CONCEPÇÃO DO FILHO E AS RELAÇÕES SEXUAIS DA MÃE COM O INDIGITADO PAI. *EXCEPTIO PLURIUM CONCUBENTIUN* SEQUER ALEGADA. PROCEDÊNCIA DO PEDIDO. APELO PROVIDO.

“Em tema de investigação de paternidade, o juiz dispõe, na apreciação da prova, de um grande arbítrio e por não poder a prova repousar sempre numa certeza absoluta, deverá socorrer-se de presunções e indícios capazes de gerar uma certeza relativa, que resulta de um estado subjetivo de convicção. Evidenciada a coincidência entre a concepção do filho e as relações sexuais da mãe com o suposto pai, de reconhecer-se a almejada paternidade” (AC n. 1988.068775-8, de Dionísio Cerqueira, Primeira Câmara Cível Especial, 23.10.1996).

No mesmo sentido, colaciono, também deste Tribunal, o seguinte precedente em hipótese análoga:

“CIVIL. AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE CUMULADA COM ALIMENTOS. CITAÇÃO POR EDITAL. NOMEAÇÃO DE CURADOR ESPECIAL. IMPOSSIBILIDADE DE REALIZAÇÃO DE EXAME DE DNA. PRESUNÇÃO RELATIVA DE PATERNIDADE CORROBORADA PELOS DEMAIS MEIOS DE PROVA, MORMENTE TESTEMUNHAL. CONCEPÇÃO DO AUTOR COINCIDENTE COM O RELACIONAMENTO ÍNTIMO DE SUA MÃE COM O RÉU. PATERNIDADE RECONHECIDA. (...) RECURSO PROVIDO.

‘A coincidência do período de concepção do autor com o relacionamento íntimo entre a sua genitora e o investigando, somado ao conjunto probatório dos autos, mormente à prova testemunhal, induzem o magistrado a presumir a existência da paternidade, dada a faculdade

reconhecida ao julgador de livre e ampla apreciação da prova, observado o sistema de persuasão racional (...)” (AC n. 2010.058480-6, de Lages, Segunda Câmara de Direito Civil, Rel. Des. Luiz Carlos Freyesleben, j. em 15.12.2010).

E, por fim, do Superior Tribunal de Justiça, colho os seguintes julgados, todos da Terceira Turma, de relatoria da Ministra Nancy Andrichi: 1) REsp. n. 1.060.168/AC, j. em 25.08.2009; 2) REsp. n. 1.046.105/SE, j. em 01.09.2009; e, 3) REsp. n. 914.429/PB, j. em 15.12.2009.

Mantém-se hígida, de conseguinte, porque jurígena, a sentença objurgada, tanto mais porque esta é a posição do Ministério Público, exarada no proficiente parecer de lavra do digno Procurador de Justiça Dr. Tycho Brahe Fernandes (fls. 219/222).

Isto posto, pelo meu voto eu nego provimento ao recurso.

Apelação Cível n. 2010.048043-6, de Guaramirim

Relator: Des. Luiz Fernando Boller

APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS JULGADA IMPROCEDENTE - INSURGÊNCIA DO AUTOR, QUE SUSTENTA TER A APELADA SIDO NEGLIGENTE AO PERMITIR QUE MENORES TIVESSEM LIVRE ACESSO À LOCOMOTIVA DE CARGA - FALTA DE VIGILÂNCIA QUE TERIA DADO CAUSA AO ACIDENTE EM QUE OCORREU A AMPUTAÇÃO TRAUMÁTICA DA SUA PERNA ESQUERDA, IMEDIATAMENTE ABAIXO DO JOELHO - PRÁTICA DO DENOMINADO 'SURF FERROVIÁRIO' - RELATO DAS TESTEMUNHAS DE QUE O DEMANDANTE E UM AMIGO VIAJAVAM CLANDESTINAMENTE ENTRE OS VAGÕES, O QUE FOI CONFIRMADO POR AMBOS - ADOLESCENTES QUE TINHAM CONSCIÊNCIA DOS RISCOS E DA INADEQUAÇÃO DA SUA CONDUITA, TANTO ASSIM QUE A QUEDA DO APELANTE AOS TRILHOS OCORREU JUSTAMENTE QUANDO ELE TENTOU SE EVADIR, PARA EVITAR QUE FOSSE FLAGRADO PELA POLÍCIA MILITAR - AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO ACERCA DA ALEGADA NEGLIGÊNCIA DOS MAQUINISTAS, QUE, NA ESCURIDÃO DA MADRUGADA, NÃO AVISTARAM A PRESENÇA DE CARONEIROS - EXCLUDENTE DE RESPONSABILIDADE EVIDENCIADA - CULPA EXCLUSIVA DA VÍTIMA - INVIABILIDADE DO ACOLHIMENTO DO PLEITO DE REPARAÇÃO - APLICAÇÃO DE MULTA PELO AJUIZAMENTO DE DEMANDA CARENTE DE FUNDAMENTAÇÃO - EXERCÍCIO REGULAR DO DIREITO DE AÇÃO - IMPROPRIEDADE DA PENA PECUNIÁRIA - SENTENÇA PARCIALMENTE REFORMADA - RECURSO CONHECIDO E, EM PARTE, PROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2010.048043-6, da comarca de Guarimir (1ª Vara), em que é apelante Roberto Siefert, e apelada ALL - América Latina Logística do Brasil S.A.:

A Quarta Câmara de Direito Civil decidiu, por votação unânime, conhecer do recurso e dar-lhe parcial provimento. Custas legais.

O julgamento, realizado nesta data, foi presidido pelo Excelentíssimo Senhor Desembargador Victor Ferreira, com voto, e dele participou o Excelentíssimo Senhor Desembargador Substituto Jorge Luís Costa Beber. Funcionou como Representante do Ministério Público, o Excelentíssimo Senhor Doutor Durval da Silva Amorim.

Florianópolis, 28 de junho de 2012.

Luiz Fernando Boller
RELATOR

RELATÓRIO

Cuida-se de apelação cível interposta por Roberto Siefert, contra decisão prolatada pelo juízo da 1ª Vara da comarca de Guarimir, que julgou improcedente o pedido deduzido nos autos da ação de Reparação de Danos nº 026.03.002533-3 (disponível em http://esaj.tjsc.jus.br/cpo/pgl/search.do;jsessionid=D61FB8_6798B708D268D3927203F2EF5D.cpo_1?paginaConsulta=1&localPesquisa.cdLocal=-1&cbPesquisa=NUMP_RO_C&tipoNuProcesso=SAJ&numeroDigitoAnoUnificado=&foroNumeroUnificado=&dePesquisaNuUnificado=&dePesquisa=026030025333 acesso nesta data), ajuizada contra ALL-América Latina Logística do Brasil S/A., condenando o apelante ao pagamento de multa no montante equivalente a 20% (vinte por cento) sobre o valor da causa, em virtude da violação do disposto no art. 14, inc. III, do Código de Processo Civil, impondo-lhe,

ainda, o dever de honrar as custas processuais e honorários advocatícios, estes fixados no valor de R\$ 1.000,00 (hum mil reais), cuja exigibilidade imediata restou sobrestada em razão da concessão do benefício da justiça gratuita (fls. 434/435).

Malcontente, o insurgente alega que na ocasião do acidente - ocorrido em 09/04/1997, quando, então, contava 15 (quinze) anos de idade -, não possuía consciência acerca dos riscos da sua conduta, referindo que era comum que as crianças da comunidade transitassem livremente nos trilhos da ferrovia, inclusive clandestinamente pegando carona nos vagões de carga, prática que não era rechaçada pelos maquinistas ou funcionários da apelada.

Salientou que, numa destas oportunidades, teria avistado uma viatura da polícia militar estacionada próxima à estação ferroviária de Joinville, presumindo que a guarnição teria sido acionada para proceder a sua prisão em virtude do embarque clandestino, razão porque, segundo alega, na tentativa de descer do vagão em movimento, teria perdido o equilíbrio e caído nos trilhos.

Nestes termos - avultando que os maquinistas da composição ferroviária da ALL-América Latina Logística do Brasil S/A. foram negligentes por não terem reduzido a velocidade e parado a locomotiva assim que avistaram a presença de crianças no trem, com isto dando causa ao acidente que resultou na amputação da sua perna esquerda, destacando, de outro vértice, a ilegalidade da pena aplicada pelo magistrado singular, bem como a indispensabilidade da intervenção do Ministério Público na qualidade de *custus legis* -, pugnou pelo conhecimento e provimento do reclamo, acolhendo-se o pedido indenizatório deduzido na exordial (fls. 439/453).

O recurso foi recebido nos efeitos devolutivo e suspensivo (fl. 459).

Em sede de contrarrazões, a ALL-América Latina Logística do Brasil S/A. argumentou que o acidente ocorreu por culpa exclusiva de Roberto Siefert, que foi negligente ao viajar clandestinamente, praticando o denominado 'surf ferroviário', não havendo que se falar em responsabilização da empresa, sobretudo porque o insurgente tinha conhecimento acerca da ilegalidade da sua conduta, tanto assim que o sinistro ocorreu justamente na ocasião em que ele efetuava manobra para descer do trem em movimento, razão pela qual bradou pela manutenção do julgado (fls. 462/472).

Ascendendo a esta Corte, os autos foram originalmente remetidos ao Desembargador Souza Varella, redistribuídos na sequência ao Desembargador Substituto Ronaldo Moritz Martins da Silva, e posteriormente ao Desembargador Substituto Carlos Adilson Silva (fl. 479), vindo-me às mãos em razão de superveniente assento nesta Quarta Câmara de Direito Civil.

Este é o relatório.

VOTO

Conheço da insurgência, porquanto demonstrados os respectivos pressupostos de admissibilidade.

Em princípio, convém destacar que não se revela imprescindível a manifestação do *parquet* no presente feito, visto que, consoante disposto no art. 82 do Código de Processo Civil, compete ao Ministério Público intervir apenas nas causas em que há interesses de incapazes, concernentes ao estado de pessoa, pátrio poder, tutela, curatela, interdição, casamento, declaração de ausência e disposição de última vontade, além das ações que envolvam litígios coletivos pela posse da terra rural e nas demais causas em que há interesse público evidenciado pela natureza da lide ou qualidade das partes, o que definitivamente não se verifica na espécie.

Superada esta circunstância, passo, então, ao exame de mérito, sobressaindo que a Constituição Federal de 1988 em seu art. 5º, inc. V, assegura a indenização por dano material, moral ou à imagem, ao passo que o art. 159 do Código Civil de 1916 - vigente à época dos fatos - disciplinava que aquele que, por ação ou omissão voluntária, ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo à outrem, fica obrigado a repará-lo.

Ao tratar do assunto, Adauto de Almeida Tomaszewski, salienta que *“imputar a responsabilidade a alguém, é considerar-lhe responsável por alguma coisa, fazendo-o responder pelas conseqüências de uma conduta contrária ao dever, sendo responsável aquele indivíduo que podia e devia ter agido de outro modo”* (Separação, violência e danos morais - a tutela da personalidade dos filhos. São Paulo: Editora Paulistana Jur, 2004. p. 245).

Rui Stoco, por sua vez, sustenta que a responsabilidade civil é a retratação de um conflito, pois, para o referido doutrinador, *“toda vez que alguém sofrer um detrimento qualquer, que for ofendido física ou moralmente, que for desrespeitado em seus direitos, que não obtiver tanto quanto foi avençado, certamente lançará mão da responsabilidade civil para ver-se ressarcido”* (Tratado de responsabilidade civil: doutrina e jurisprudência. 7. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 112).

Neste tocante, Aguiar Dias avulta que

A responsabilidade pode resultar da violação, a um tempo, das normas, tanto morais, como jurídicas, isto é, o fato em que se concretiza a infração participa de caráter múltiplo, podendo ser, por exemplo, proibido pela lei moral, religiosa, de costumes ou pelo direito. Isto põe de manifesto que não há reparação estanque entre as duas disciplinas. Seria infundado sustentar uma teoria do direito estranha à moral. Entretanto, é evidente que o domínio da moral é muito mais amplo que o do direito, a este escapando muitos problemas subordinados àquele, porque a finalidade da

regra jurídica se esgota com manter a paz social, e esta só é atingida quando a violação se traduz em prejuízo (Da responsabilidade civil. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979. p. 5).

Ao contrário do sustentado pelo autor na exordial, ressalva deve ser feita quanto à aplicação do disposto no centenário Decreto nº 2.681/1912, acerca da responsabilidade das estradas de ferro pelos desastres que nas suas linhas sucederem aos passageiros, visto que Roberto Siefert viajava na condição de clandestino, adentrando no trem de carga nas proximidades da estação de Guaramirim, seguindo com destino à Joinville, onde ocorreu o infortúnio.

Logo, em virtude da prática do denominado 'surf ferroviário', não se pode falar em responsabilidade por transporte de passageiro, razão porque a presente demanda deve ser analisada com fulcro nos arts. 159 e seguintes do Código Civil de 1916, vigente na época do evento danoso.

Pois bem.

Da detida análise do conjunto probatório encartado nos autos, infere-se que o autor foi negligente, inconseqüente e, sobretudo, irresponsável, quando, juntamente com um amigo, sorrateiramente subiu em uma composição ferroviária de carga de propriedade da concessionária ALL-América Latina Logística do Brasil S/A., aproveitando a redução de velocidade enquanto o veículo transitava em perímetro urbano, objetivando exclusivamente divertir-se com a perigosa condução.

Gize-se, a propósito, que o fato de Roberto Siefert possuir apenas 15 (quinze) anos de idade (fl. 45) na data do acidente, não exime a sua culpa pela ocorrência do evento danoso, tampouco transfere a responsabilidade para a empresa ferroviária.

Neste tocante, convém registrar que o episódio ocorreu por volta das 0h15min do dia 10/04/1997 (fl. 36), horário impróprio para um adolescente vagar pelas ruas, desacompanhado de familiar ou adulto

responsável, circunstância que induz à conclusão de ser pouco provável que Roberto Siefert - a par da sua precoce independência - não tivesse consciência dos riscos e da periculosidade da sua 'brincadeira'.

De destacar que o demandante tanto tinha conhecimento da inadequação da sua conduta, que pulou do trem em movimento, objetivando livrar-se de eventual flagrante pelos policiais que acreditava estarem lhe aguardando na estação ferroviária de Joinville.

É o que se infere do depoimento do próprio Roberto Siefert:

Na época dos fatos, o depoente costumava pegar carona clandestinamente no trem tanto para ir a Joinville quanto para ir a Jaraguá do Sul. As vezes havia 10 (dez) pessoas em cima do trem, e faziam isto por não saber que havia perigo. Ouviu comentários de que na época o maquinista efetuava disparos de armas de fogo para trás para que as pessoas saíssem do trem, entretanto não chegou a presenciar tais fatos. No dia dos fatos se encontrava nas proximidades da estação de trem deste município juntamente com seus colegas Wirley Araújo, Adriano Winter e Tonho, quando o trem passou seguindo para Joinville. Decidiram então subir no trem para dar uma volta até Joinville, sendo que apenas Tonho não quis subir no trem. Nas proximidades do corpo de bombeiros, o maquinista foi até uma escada do lado do trem e mandou que descessem do trem. Entretanto, apenas Wirlei desceu. O depoente e Adriano continuaram no trem até o município de Joinville, sendo que as vezes ficavam em cima do vagão e as vezes no espaço que há entre os vagões. Quando passaram por um viaduto próximo do viaduto [sic] viram que havia um carro com pessoas que os estavam observando. Quando chegaram em Joinville viram que havia muitas pessoas esperando, e acredita que se tratava da polícia. Perceberam que estas pessoas estavam esperando o vagão em que estava anteriormente, porém o depoente e Adriano já haviam mudado de vagão. Resolveram então descer do trem, para pegar o outro trem que estava passando no sentido de Guarimirim. Todavia este trem estava muito rápido e acharam que não conseguiriam subir. Em razão disto seguiram para dentro da estação, mas lá havia aproximadamente 20 (vinte) pessoas os esperando. Retornaram, então, para o mesmo trem de onde haviam descido. Adriano

conseguiu subir no trem. Todavia, quando o depoente tentou subir no trem acabou escorregando e colocando o pé no trilho, momento em que a roda do trem passou por cima de sua perna, cortando parte de seu pé. Começou a berrar para chamar a atenção de Adriano, e este saltou do trem e veio ao seu encontro. Adriano então chamou ajuda, e o depoente aguardou ainda por mais 20 (vinte) minutos a chegada dos paramédicos, e foi encaminhado ao Hospital São José, onde sua perna foi amputada. Adriano foi encaminhado à delegacia de Polícia onde prestou depoimento, e depois foi até o hospital visitar o depoente. Na época dos fatos, o pai do depoente encontrava-se internado no Hospital Dona Helena, em razão de um acidente onde também teve sua perna amputada, vindo a falecer 2 (dois) anos mais tarde em razão de uma infecção decorrente de uma cirurgia na perna. Sua mãe havia falecido aproximadamente um ano e meio antes de câncer. Em razão disto o depoente estava em casa com os seus irmãos. O mais velho, então com 17 (dezesete) anos, sendo que sua avó residia na casa vizinha. Na época dos fatos não havia nenhuma placa na estação informando dos perigos de andar clandestinamente no trem. Depois do acidente sofrido pelo depoente as pessoas pararam de andar no trem. [...] Na época o depoente estava com o braço direito engessado, porém o gesso não impediu o movimento da mão, e era apenas até abaixo do cotovelo, razão pela qual não atrapalhava os seus movimentos, e não foi o motivo da queda. Na época não achava que era perigoso andar no trem. [...] Fugiu das pessoas que estavam na estação de Joinville pois estava com medo de ser preso. Foi procurado no hospital para prestar depoimento, por alguém da empresa ré. Na ocasião estava com medo e traumatizado, pensando ainda que poderiam cobrar alguma coisa do depoente. Confirma a sua assinatura no depoimento de fl. 68. O depoente está trabalhando há quatro anos e meio, e recebe R\$ 350,00 (trezentos e cinquenta reais) por mês. Tem dificuldades para arrumar emprego, em razão de sua deficiência, bem como não consegue vaga para fazer o segundo grau, já tendo tentado 3 (três) vezes (fls. 293/294 - grifei).

A versão apresentada pelo autor em juízo vai de encontro ao relato feito na própria exordial, segundo o qual *“em Joinville, quando notou a presença da viatura da Polícia Militar (que já os esperava) o autor tentou*

desvencilhar-se da espera e escapar dos policiais”, sendo que “nesta tentativa, acabou por cair por debaixo do trem, que estava em movimento” (fl. 03).

Do Relatório da Investigação Sumária de Acidente, promovida pelo setor de Segurança Patrimonial da Ferrovia Sul Atlântico, extrai-se que

[...] trafegavam no sentido Corupá/São Francisco do Sul, e próximo do pátio da estação de Joinville o Engenheiro de Campo Araújo solicitou a presença do Inspetor de Segurança Lineu no pátio daquela estação, a fim de retirar e deter 2 (dois) surfistas ferroviários que se encontravam no trem. Que após a chegada do trem no pátio da estação de Joinville, o trem foi vistoriado pelo inspetor o qual nada encontrou de anormal, quando este retornava para a plataforma foi avisado de que um dos elementos havia tentado descer do vagão e caído no meio dos mesmos, sofrendo a perda do pé direito e encontrava-se caído ao lado dos trilhos, na entrada do pátio.

Após tal comunicado, o inspetor de Segurança Lineu e o Engenheiro de Campo Araújo dirigiram-se ao local constatando a veracidade do fato, que foi solicitada a presença de paramédicos no local, os quais ali compareceram e removeram o ferido ao Pronto Socorro do Hospital São José de Joinville, que foi solicitada a presença de policiais de trânsito no local, sendo que os mesmos não compareceram, que o trem foi liberado pelo Inspetor de Segurança Lineu e gráfico de LCO para seguir viagem (fl. 37 - grifei).

Em conclusão, foi destacado que *“a causa do acidente foi imprudência da vítima, pelo motivo do mesmo estar praticando surf ferroviário e na chegada do pátio da estação de Joinville tentar sair de um trem para subir em outro, caindo no meio dos vagões” (fl. 37).*

Como visto, a polícia militar somente foi acionada após a constatação do acidente, não tendo sequer comparecido para a lavratura do respectivo auto.

Portanto, conclui-se que a queda ocorreu apenas por precipitação de Roberto Siefert, que, apesar de estar com o braço direito imobilizado

(engessado), saltava entre os vagões, ignorando o alto e iminente risco de fatalidade.

De acordo com Adriano Winter, que estava presente no local do acidente, tanto ele quanto o autor costumavam viajar clandestinamente entre os vagões de carga, com o intuito exclusivo de praticar manobras arriscadas enquanto a locomotiva estivesse em movimento.

Neste sentido, de seu depoimento destaca-se que

[...] o depoente estava junto com o autor, informando que ambos estavam `surfando` (é correr em cima do trem com o trem em andamento), sendo que embarcaram atrás do Corpo de Bombeiros de Guarimirim (informando que o trem seguia no sentido de Joinville); que pretendiam ir até Joinville para depois voltar; que, perguntado se iriam fazer alguma coisa lá, disse `não, só surf`; que acredita que alguém os viu na estação ou ao subir, sendo que quando chegaram no bairro Caixa D'Água (ainda em Guarimirim, com sentido a Joinville), o maquinista acelerou a máquina e depois acionou mais uma máquina (o que foi percebido pelo depoente e pelo autor); então estes se esconderam entre os vagões; que daí o maquinista prosseguiu acelerando até Joinville; que em Joinville o depoente e o autor perceberam o movimento da polícia, dizendo que a tendência era descer na estação, mas então desceram antes da estação; que dali o depoente pulou para o outro lado do trem e desembarcou e o autor ainda ficou; que, por causa da demora do autor, o depoente voltou, tendo encontrado ele acidentado, nisso já chegou a polícia; que o depoente não viu o momento da queda do autor, esclarecendo que sabe apenas o que o mesmo disse; que o autor disse para o depoente que ao descer da escada, estava molhada devido a garoa, então ele escorregou e caiu com o pé em cima do trilho, próximo à roda, e não deu tempo de tirar a perna (então o trem passou sobre o pé dele); que o autor já tinha feito isto outras vezes, mais de 10 (dez) vezes pelo que o depoente sabe (referindo-se às vezes em que, geralmente, o depoente estava junto); que o autor na época tinha 14 ou 15 anos e morava com o pai dele, mas este não sabia de tal atitude do autor; que após descer daquele trem o depoente já tinha ido embarcar no outro trem para voltar, mas com a demora do autor, o depoente voltou e percebeu que houve o acidente, tendo notado que antes do socorro chegou a polícia

(a qual, no caso, já estava na estação `esperando nós chegar´), e logo veio o socorro; que o autor amputou aquela perna até a altura do joelho; [...] que, perguntado se era fácil embarcar no trem ou se havia algum impedimento, respondeu `não tinha nada que impedia, era normal na época, crianças menores saíam da escola e embarcavam no trem´; que antes de chegarem na estação, ambos viram a polícia, então desembarcaram para não serem pegos por eles (então ficaram escondidos no mato) e nisso a viatura saiu da frente da porta da estação, então o depoente e o autor embarcaram novamente no trem e foram até a estação; que, referindo-se aos policiais, disse que `eles viram nós desembarcar e foram até onde nós desembarcamos´; que na estação, quando houve a queda do autor, informa que estavam descendo para embarcar no outro trem (que os traria de volta), pois `no caso a polícia estava procurando nós no primeiro trem´; que os planos eram `descer na estação, dar uma volta na praça e esperar o outro trem para voltar (vai até São Francisco e volta)´, sendo que, como a polícia estava lá `nós tinha pressa de voltar´; [...] que, perguntado se então sabiam que era proibido embarcar no trem, respondeu `sim, com certeza´; [...] (fls. 325/326 - grifei).

Do depoimento do maquinista Luiz Arthur da Costa, infere-se que

[...] o trem estava chegando na estação de Joinville, fazendo o cruzamento com outro trem (em sentido contrário); que o maquinista do outro trem então avisou (via rádio) que havia um caroneiro no trem do depoente, tendo em dito “olha você está com um caroneiro” e logo depois (já em seguida) ele disse “para que ele caiu”; que ao saber que havia um caroneiro, o depoente diminuiu a velocidade para parar, informando que o local era o pátio da estação de Joinville; que antes disso, o depoente não tinha conhecimento de que havia tal caroneiro; que após a queda, logo em seguida aquele maquinista avisou (também via rádio) que tal pessoa tinha cortado o pé, que após foram tomados os procedimentos (tanto que tinha o supervisor de tração no próprio trem, Sr. Marcos), foi chamado o rapaz da segurança (Sr. Lineu) e os paramédicos e a polícia civil; que depois foi liberado o trem; que o depoente não chegou a ver o rapaz que se machucou; que aquele maquinista havia falado de um caroneiro, então o depoente não sabe se havia mais alguém com ele; que tal fato já aconteceu mais vezes, mas não sabe se envolvendo a pessoa do autor; que ‘quando a gente percebe

que tem um caroneiro, a gente pára nas estações e geralmente avisa a polícia'; que, perguntado se não pode parar fora das estações, disse que 'não é que a gente não possa parar, mas se a gente pára, a pessoa desce e logo sobe novamente', então procuram parar na estação, embora já tenham parado fora da estação em casos graves (fl. 327 - grifei).

Idem é o depoimento do auxiliar de maquinista Nivaldo Pereira Pacheco, que sustentou ter sido informado pela pessoa encarregada de comandar o trem que vinha em sentido contrário acerca da existência de um viajante clandestino, tendo sido logo após alertado de que o caroneiro havia caído nos trilhos, vindo a sofrer amputação traumática de parte de um dos membros inferiores (fl. 323).

Como visto, a prova testemunhal corrobora a tese manejada pela ALL-América Latina Logística do Brasil S/A., quanto ao fato de que o autor e seu colega não haviam sido surpreendidos pelos prepostos da empresa em momento anterior ao acidente, com isto restando afastada a alegada negligência dos profissionais.

Aliás, revela-se pouco crível que na penumbra da madrugada, fosse possível avistar 2 (dois) adolescentes saltando entre os 46 (quarenta e seis) vagões tracionados pela locomotiva de carga que seguia para São Francisco do Sul em 10/04/1997 (fl. 326).

Neste contexto, concluo ser inviável a responsabilização civil da ALL-América Latina Logística do Brasil S/A. pelas consequências do sinistro ferroviário, restando, por outro lado, evidenciada a culpa exclusiva da vítima, que, consoante admitido nas suas próprias razões recursais (fl. 451), tinha consciência da periculosidade de sua conduta.

Tanto assim que, na tentativa de se evadir do local para não ser flagrado pela polícia militar, Roberto Siefert perdeu o equilíbrio e escorregou por entre os vagões, dando causa à extirpação traumática do

seu pé esquerdo, culminando na posterior necessidade de amputação cirúrgica da respectiva perna, na porção imediatamente abaixo do Joelho.

Impende ressaltar, ademais, que o autor - com sua ousadia -, sabia estar burlando a vigilância da ferrovia, se posicionando de forma perigosa em cima e nas laterais dos vagões da composição, sujeitando-se ao risco de cair ou chocar-se contra algum obstáculo fixo, consequências lógicas e absolutamente previsíveis.

Portanto, não tendo restado demonstrado que algum funcionário da ALL-América Latina Logística do Brasil S/A. tenha sido conivente com a atitude de Roberto Siefert, que, por sua vez, admitiu estar praticando o denominado 'surf ferroviário', tendo plena consciência dos riscos da clandestinidade da locomoção, entendo mais consentânea à situação jurídica subjacente a manutenção da sentença vergastada, conclusão, inclusive, que está consoante o posicionamento exaltado pelos Tribunais pátrios acerca da matéria:

Ação de reparação de danos materiais e morais julgada improcedente Acidente Ferroviário - Surfista de Trem - Morte da vítima - Apelação do autor (irmão da vítima) firme nas teses de que (1) a responsabilidade da transportadora é objetiva; e, (2) é aplicável ao caso a inversão do ônus da prova - Não acolhimento - Provas que demonstram que a vítima, no fatídico dia do acidente, praticava 'surf de trem' - O uso clandestino e perigoso pela vítima de composição da ré descaracteriza o transporte de passageiro e, por conseguinte, afasta a responsabilidade objetiva desta - Não há que se falar em responsabilidade da ré quanto aos atos ilícitos diante da culpa exclusiva da vítima - A responsabilidade civil das estradas de ferro é regida pelo Decreto nº 2.681/1912, cujo art. 17 estabelece que a culpa será sempre presumida, só se admitindo em contrário, dentre algumas provas, a culpa do viajante (§ 2º) - Ausente nexo causal, não se admite a obrigação de indenizar - Culpa exclusiva da vítima que rompeu o nexos de causalidade, excluindo a responsabilidade da estrada de ferro - Contrarrazões da ré sem requerimento de apreciação do agravo retido - Agravo retido não conhecido - Recurso não provido - Surfista de trem não é passageiro

e se ele vem a se ferir ou a morrer com a sua ousadia, não tem a transportadora responsabilidade por indenização material ou moral que venha a ser pleiteada pelos seus parentes (TJSP. Apelação Cível nº 9074346-56.2006.8.26.0000, Relator: Des. Moura Ribeiro, j. 04/08/2011).

E, mais:

RESPONSABILIDADE CIVIL.

Acidente de trânsito. Atropelamento de adolescente. Queda da composição quando circulava por cima dos vagões, na prática do chamado “surfe ferroviário”. Ausência de culpa da companhia de estrada de ferro. Impossibilidade de fiscalização de condutas dessa natureza. Irrelevância de que se trata de local em que há adensamento urbano, porque a causa do acidente não está associada a essa circunstância, mas a conduta imprópria do menor. Improcedência. Apelação denegada (TJSP. Apelação Cível nº 2569-62.2008.8.26.0270, Relator: Des. Sebastião Flávio, j. 16/12/2009).

Bem como,

RESPONSABILIDADE CIVIL.

Queda de “surfista ferroviário” de composição de carga em movimento. Amputação da perna direita da vítima. Ausência de responsabilidade objetiva da transportadora, já que o autor viajava como “carona”. Demonstrada a adoção de medidas de combate ao chamado “surfe ferroviário”, conduta não condizente com a versão dos fatos dada pelo autor, que inculca culpa grave à ré em razão do consentimento de seu preposto. Culpa exclusiva do viajante demonstrada. Ação improcedente. Recurso não provido. (TJSP. Apelação Cível nº 9212725-69.2009.8.26.0000, Relator: Des. Gilberto dos Santos, j. 22/10/2009).

Também,

Responsabilidade civil - Transporte ferroviário - Queda de vagão - Prova inconclusiva de que o passageiro se comportava com prudência - Passageiro que o viajava no teto, praticando “surf” ferroviário, ou com o corpo projetado para fora do vagão, como pingente - Queda de um e precipitação dos demais acidentados no mesmo evento - Exclusão da responsabilidade da transportadora - Culpa exclusiva

da vítima - Falta de vigilância não imputável à transportadora, se foi burlada pelos acidentados - Pretensão improcedente - Recurso da ré provido e recurso do autor prejudicado (TJSP. Apelação Cível nº 9085858-65.2008.8.26.0000, Relator: Des. Cerqueira Leite, j. 21/09/2009).

Por derradeiro,

CIVIL - RESPONSABILIDADE CIVIL - ACIDENTE EM VIA FERROVIÁRIA - PASSAGEM DE NÍVEL - PEDESTRE - SURF - TRAVESSIA EM LOCAL IMPRÓPRIO - CULPA EXCLUSIVA DA VÍTIMA. Uma vez comprovada a culpa exclusiva da vítima - uma das causas excludentes da responsabilidade civil -, seja por estar “surfando” sobre o vagão, seja por atravessar o leito da ferrovia em local a isto não destinado, fica afastada a obrigação de indenizar (TJMG. Apelação Cível nº 2.0000.00.402097-9/000, Relator: Des. Maurício Barros, j. 24/09/2003).

De outra banda, entendo inviável a pretendida fixação de pena por litigância de má-fé, visto que não se evidencia, no caso *sub judice*, quaisquer das hipóteses elencadas no art. 17 da Lei nº 5.869/1973.

Com efeito, segundo o referido normativo, reputa-se litigante de má-fé aquele que deduzir pretensão ou defesa contra texto expresso de lei ou fato incontroverso, alterar a verdade dos fatos, usar do processo para conseguir objetivo ilegal, opuser resistência injustificada ao andamento do feito, provocar incidentes manifestamente infundados, ou interpuser recurso com intento manifestamente protelatório, circunstâncias não tipificadas nos autos.

Na espécie, o insurgente ajuizou a demanda subjacente objetivando a reparação de danos materiais, estéticos e morais, em razão do fatídico acidente ferroviário que ensejou a amputação do seu membro inferior esquerdo, o que configura equilibrado exercício do direito de ação e, *per se*, não justifica a pretendida condenação, razão porque entendo inoportuna a aplicação do disposto no art. 18 do Código de Processo Civil.

Ante todo o exposto, restando sobejamente evidenciado que o sinistro ocorreu por culpa exclusiva de Roberto Siefert, não havendo que se falar em responsabilização civil da ALL-América Latina Logística do Brasil S/A., voto no sentido de se conhecer e dar parcial provimento ao reclamo, apenas para extirpar a pena pecuniária instituída pelo juízo *a quo*, mantidos por seus próprios e jurídicos fundamentos os demais termos da sentença hostilizada.

É como voto.

Apelação Cível n. 2008.018013-7, de Blumenau

Relator: Des. Ronaldo Moritz Martins da Silva

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE DESTITUIÇÃO DO PODER FAMILIAR CUMULADA COM PEDIDO DE ADOÇÃO. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA EM FAVOR DO PAI AFETIVO, QUE CRIOU A FILHA DE SUA ESPOSA, FRUTO DE UMA RELAÇÃO EXTRACONJUGAL, DESDE O NASCIMENTO DA MENOR (EM 1997) E A MANTÉM NO SEIO FAMILIAR, CONSTITUÍDO PELO CASAL E MAIS TRÊS FILHOS. RECONHECIMENTO DE PATERNIDADE E RETIFICAÇÃO DE REGISTRO CIVIL, DECLARANDO A INFANTE COMO FILHA LEGÍTIMA DO ORA RÉU, PAI BIOLÓGICO, INSUBSISTENTE. AUTOR E FILHA SOCIOAFETIVA RECOLOCADOS À SITUAÇÃO LEGAL JUSTA, BASEADA EM FATO CONCRETIZADO, QUE NÃO MERECEIA TER SOFRIDO ALTERAÇÃO NA ESFERA DO DIREITO. PREVALÊNCIA DA RELAÇÃO BASEADA NO AMOR, NA SOLIDARIEDADE E NO SENTIMENTO PURO DE ACEITAÇÃO RECÍPROCA.

Doutrina do professor Paulo Luiz Netto Lobo ensina que

“[...] O estado de filiação desligou-se da origem biológica e de seu consectário, a legitimidade, para assumir dimensão mais ampla que abranja aquela e qualquer outra origem. Em outras palavras, o estado de filiação é gênero do qual são espécies a filiação biológica e a filiação não biológica.

[...] Na realidade da vida, o estado de filiação de cada pessoa humana é único e de natureza socioafetiva, desenvolvido na convivência familiar, ainda que derive biologicamente dos pais, na maioria dos casos. Portanto, não pode haver conflito com outro que ainda não se constituiu.

[...] Os estados de filiação não-biológica [...] são irreversíveis e invioláveis, não podendo ser contraditados por investigação de paternidade ou maternidade, com fundamento na origem biológica, que apenas poderá ser objeto de pretensão e ação com fins de tutela de direito da personalidade.

[...] O afeto não é fruto da biologia. Os laços de afeto e de solidariedade derivam da convivência familiar e não do sangue.

[...] O pai biológico não tem ação contra o pai não-biológico, marido da mãe, para impugnar sua paternidade. Apenas o marido pode impugnar a paternidade quando a constatação da origem genética diferente da sua provocar a ruptura da relação paternidade-filiação. Se, apesar desse fato, forem mais fortes a paternidade afetiva e o melhor interesse do filho, enquanto menor, nenhuma pessoa ou mesmo o Estado poderão impugná-la para fazer valer a paternidade biológica, sem quebra da ordem constitucional e do sistema do Código Civil.

[...] O estado de filiação, que decorre da estabilidade dos laços afetivos construídos no cotidiano de pai e filho, constitui fundamento essencial da atribuição de paternidade ou maternidade. Nada tem a ver com o direito de cada pessoa ao conhecimento de sua origem genética. São duas situações distintas, tendo a primeira natureza de direito de família e a segunda de direito da personalidade. As normas de regência e os efeitos jurídicos não se confundem nem se interpenetram. [...]”.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2008.018013-7, da comarca de Blumenau (Vara da Infância e Juventude), em que é apelante A. S. L., e apelado O. G.:

A Quarta Câmara de Direito Civil decidiu, por maioria, conhecer e negar provimento ao recurso, nos termos do voto do relator. Custas legais.

O julgamento, realizado no dia 05 de maio de 2011, foi presidido pelo Excelentíssimo Senhor Desembargador Eládio Torret Rocha, e dele participaram os Excelentíssimos Senhores Desembargadores Victor Ferreira e Luiz Fernando Boller, este com voto vencido.

Florianópolis, 16 de março de 2012.

Ronaldo Moritz Martins da Silva
RELATOR

RELATÓRIO

Perante o Juízo de Direito da Vara da Infância e Juventude da comarca de Blumenau, O. G. propôs “ação de destituição de pátrio poder, cumulada com pedido de adoção” (processo n. 008.05.019625-9) em face de A. S. L., objetivando a extinção do poder familiar do réu, em relação à filha R. L. S. L., a adoção da infante, e a conseqüente mudança do seu registro civil (fls. 02/08).

Juntou documentos (fls. 12/49).

Citado (fls. 56/57), o demandado contestou (fls. 66/74), opondo resistência à pretensão do requerente.

Realizadas audiências (fls. 138, 154 e 173), foram colhidos depoimentos do autor (fls. 174/175), do réu (fls. 176/177), da esposa do requerente (fls. 178/179), de 03 (três) testemunhas arroladas pelo demandante (fls. 180/182) e 03 (três) pelo requerido (fls. 183/185).

O magistrado *a quo* determinou a realização de estudo social do caso (fl. 189), o qual foi apresentado às fls. 212/219.

Conforme pedido formulado pelo autor (fl. 187), a menor foi oivuda (fls. 223).

As partes ofereceram alegações finais (fls. 228/230 e 232/236).

O Ministério Público de 1º grau manifestou-se às fls. 240/245.

O MM. Juiz de Direito, Dr. Álvaro Luiz Pereira de Andrade, prolatou a sentença de fls. 251/269, cujo dispositivo foi assim redigido:

JULGO PROCEDENTE o pedido formulado na inicial, a fim de destituir A. S. L. do poder familiar em relação à filha R. L. S. L. ; e conceder a **O. G.**, qualificado na inicial, a adoção da criança **R. L. S. L.**, passando esta a se chamar **R. L. G.**.

Em consequência: a) determino o **cancelamento** do registro (fl. 30) da adotanda, com abertura de novo registro (art. 47, § 2º, Lei 8.069/90); b) determino, outrossim, a adoção do nome do adotante como pai da adotanda e dos avós paternos (art. 47, § 1º, Lei retro); c) na certidão não poderá constar nenhuma averbação sobre a origem do fato (art. 47, § 3º da referida Lei), observando-se que a adoção é irrevogável, atribuindo a condição de filho legítimo, inclusive para fins sucessórios, desligando-o de qualquer vínculo com o genitor e parentes, salvo os impedimentos matrimoniais.

Sentença cujo eventual recurso, se houver, tem efeito devolutivo, e não há risco de irreversibilidade: CUMPRA-SE, imediatamente, independente do trânsito em julgado.

Sem custas. Fixo em 10 (dez) URH's os honorários do defensor nomeado à fl. 128. Expeça-se certidão.

P.R.I.

Inconformado, o demandado apelou (fls. 280/289), alegando, em síntese, que 1) sempre desejou assumir a filha, o que se confirma com o ajuizamento da ação de investigação de paternidade; 2) o Juízo *a quo* não estabeleceu prazo para a realização do estudo psicológico; 3) está pagando pensão alimentícia em favor da infante; 4) o autor registrou a menor em seu nome, mesmo tendo ciência de que não era o pai biológico; 5) não teve oportunidade de exercer o papel de pai, uma vez que estava proibido

judicialmente; 6) o requerente desobedeceu ordem judicial ao matricular a criança com o sobrenome incorreto na escola.

O recorrido e o Ministério Público contra-arrazoaram (fls. 293/298 e 300/306).

A Procuradoria-Geral de Justiça, por meio do parecer da lavra do Dr. Antenor Chinato Ribeiro, opinou pelo conhecimento e provimento do recurso (fls. 312/317).

Esse é o relatório.

VOTO

O recurso é tempestivo (fls. 280 e 290), anotando-se que o ora insurgente é beneficiário da justiça gratuita (fls. 128/129).

O autor sustentou, na exordial, em síntese, que 1) casou com T. P. G. em 22.01.1983 e, dessa relação, nasceram 3 filhos (em 1985, 1990 e 1992); 2) no ano de 1996, ocasião em que estava separado de sua mulher, esta “*veio a se relacionar com o requerido por apenas alguns meses [...]*” (fl. 03), reconciliando-se em seguida os cônjuges, que mantêm o casamento até a presente data; 3) em 22.02.1997, nasceu R. L. G., que foi reconhecida como se sua filha fosse, como o consentimento da genitora; 4) posteriormente, sua esposa e ele foram surpreendidos com a ação declaratória de paternidade proposta pelo réu (processo n. 897006554-8), a qual teve o pedido julgado procedente, com a determinação de mudança do registro civil da menor; 5) apesar de atingido seu intento de ver reconhecida a paternidade, o demandado descumpriu a obrigação alimentar imposta na sentença – razão pela qual foi ajuizada pela alimentante execução de alimentos e depois ação revisional (processos ns. 008.00.019350-7 e 008.00.019349-3) -, bem como a ordem judicial de suspensão do direito de visitas, até que se submetesse a tratamento psicológico; 6) “*a menor sempre o teve desde o seu nascimento e ainda o tem como referencial paterno*” (fl. 04); 7) dedica

amor, cuidado e zelo à criança, bem como todas as condições financeiras para o seu perfeito desenvolvimento, devendo lhe ser concedida a adoção da menor, com a consequente mudança no assento civil e perda do poder familiar do demandado.

Da análise dos autos, verifica-se que, de fato, o requerente é casado com T. R. P., desde 1983 (certidão de casamento fl. 12), e que dessa união nasceram R. G. (14.01.1985), R. G. (1º.02.1990), R. G. (08.12.1992) e R. L. G. (22.02.1997), todos registrados como filhos do casal, com o sobrenome do varão (fls. 14/16 e 20).

Em 22.05.1997, o requerido A. S. L. ajuizou “ação de reconhecimento de paternidade c/c anulação e retificação parcial de registro civil” (processo n. 008.97.006554-8) em face do casal e da menor R. L. G., e teve, no dia 16.06.1999, seu pleito julgado procedente, para fim de declarar a menor como sua filha legítima e determinar a correção do registro civil da criança, fixando, ainda, horário de visitas e pagamento de pensão alimentícia (fls. 22/29).

Em julho de 2001, após relatório do caso realizado por assistentes sociais, o magistrado singular suspendeu a visitação do pai biológico naquele feito (autos n. 008.97.006554-8) (fl. 41).

No dia 29.11.2000, a alimentanda, representada por sua mãe, intentou ação revisional de alimentos (n. 008.00.019349-3) e execucional (n. 008.00.019350-7) (fls. 37/39).

A presente ação foi protocolada em 03.10.2005 (fl. 02).

Durante a instrução do processo, além do depoimento pessoal do autor (fls. 174/175) e do demandado (fls. 176/177), foram ouvidas a mãe da criança e diversas testemunhas.

A genitora, Sra. T. R. P. G., informou:

[...] que concorda com a pretensão do requerente; que quando a situação toda foi revelada para a filha R., mediante intermediação de psicóloga, “devagarzinho, contando historinha, tudo”, e finalmente foi dito que o pai biológico era o réu, R. “me abraçou, chorou, disse que não queria mais saber daquilo”; que “depois abraçou o pai dela (autor), disse que o pai era só ele”; que em nenhum momento o requerente cogitou com a declarante ou propôs abortar a gravidez; que quando houve a reconciliação do casal, e a declarante disse para o autor que estava grávida, não tinha certeza se a filha era do requerente ou do réu, com quem teve um relacionamento extraconjugal; que até que foi feito o exame de DNA, ainda tinha esperança que a filha fosse do marido, e não do réu; que ao saber que a declarante estava grávida, quando da reconciliação com o marido, o autor disse que a gravidez era deles, e que ele iria assumir a paternidade [...]; a declarante era abordada pelo réu e passou a ser perseguida e perturbada pelo requerido, situações que geraram alguns boletins de ocorrência registrados pela declarante; que a família da declarante vive em estabilidade, marido e mulher e quatro filhos “maravilhosos”; que a mulher do réu propôs para a declarante ficar com a criança que a declarante esperava, antes e depois do nascimento; que uma vez ele encontrou-a na farmácia, quando já tinha ganhado a neném, e a mulher do réu perguntou “e aí, como é que vai a nossa menina?”, então retruquei “nossa menina?”, e ela respondeu “é, porque ela vai ser minha também!”; que a declarante e o marido tiveram que mudar a rotina, em razão das perseguições perpetradas pelo réu. [...] (fl. 178).

A vizinha do demandante e ex-colega de trabalho do réu salientou:

[...] que nunca houve nenhuma discriminação na família do autor em relação à criança R.; que a criança é atendida pelo autor e pela esposa em todas as suas necessidades “muito bem tratada”; que também os irmãos tratam bem da criança; que desde que a Sra. T. estava grávida, a mesma já dizia que poderia ser filha do réu ou do marido; que não sabe se o réu sabia da gravidez da Sr. T.; que não sabe o motivo pelo qual terminou o relacionamento da Sra. T. com o réu, a não ser o que ela falou, que havia perseguições por parte dele [...]; que o relacionamento dos irmãos entre si e com R. é muito bom “tratam ela com muito amor, muito carinho”; que a criança e os irmãos já sabem do ocorrido, conforme contou a Sra. T. para a declarante; que o relacionamento na família e com a criança

não mudou “nada” após a revelação de que R. não é filha do autor, mas do réu; [...] que é amiga da mãe da criança, “estou sempre na casa dela”, a “mesma atenção dada para R. é a atenção dada para os outros filhos, e a mesma atenção que se dava antes dá-se agora, não tem diferença nenhuma entre eles” [...] (fl. 180).

A mesma versão apresentou outro vizinho:

[...] que a família do autor tem excelente relacionamento; que todos os filhos, inclusive R., são muito bem cuidados, sem qualquer distinção; [...] que não houve mudança no tratamento da criança e para a criança em relação ao autor, mesmo após a revelação à mesma de que o requerente não é seu pai biológico; que a criança continua chamando o autor de “pai toda hora” [...] (fl. 182).

As testemunhas arroladas pelo réu, apesar de afirmarem que o conhecem como motorista da academia de natação e não possuem nenhuma informação que o desabone, nada falaram sobre o caso (fls. 183, 184 e 185).

A menor, quando tinha 9 anos de idade, também foi ouvida em audiência, declarando:

[...] que seu nome completo é R. L. G., que foi a declarante quem fez o desenho de fls. 220, e identificou as pessoas retratadas; que a atividade proposta foi para que a declarante desenhasse a família; que ao referir-se ao “meu pai”, retratado no desenho, segundo a declarante, trata-se de “meu pai, o O.”; que como “pai” sempre conheceu o autor; que seu relacionamento com o autor está muito bem, que não quer outro pai, que “eu quero ter o pai O.”; que a declarante sente-se bem no convívio em família, não sendo discriminada de forma alguma; que a declarante não tem vontade de conviver ou de se aproximar do requerido; que não tem vontade de chamar o réu de pai; que não gostaria de passar com o réu alguns finais de semana, por exemplo; que a respeito do requerido, a declarante tem conhecimento que “ele quer me adotar, e quer mudar meu nome, e queria ficar com a minha mãe”; que na chamada da escola seu nome consta R. L. G.; que não se sentiria bem se o nome fosse R. L. S. L., “ui que nome feio!” [...] que já foi na academia Splash uma vez “e ele trabalhava lá né?”; que “eu só fui lá para ver

como é que era, daí ele deu uma volta comigo e com a minha mãe na Kombi [...]”, que o “cara da Kombi” era o réu; que “eu só vi ele lá na kombi, aquela vez”; que o réu nunca procurou a declarante em outra ocasião; que não conhece o réu de nenhum outro lugar, nem ninguém da família. [...] (fl. 223).

Na mesma época (2006), após determinação judicial, foi realizado Estudo Social com a família do requerente, na qual a menor está inserida desde o seu nascimento.

Relataram as assistentes sociais:

CONTEXTUALIZAÇÃO:

A criança R., nascida em 22 de fevereiro de 1997, encontra-se na família do requerente desde recém nascida e foi registrada pelo Sr. O. G. como sendo sua filha, assim como os demais filhos de sua união com a Sra. T., passando a chamar-se R. L. G.

A criança R. é filha biológica de A. S. L. No entanto, esta nunca viveu com o pai biológico. O Sr. A. S. L. ingressou com a ação de reconhecimento de paternidade no ano de 1997. No ano de 1999 foi deferido pelo Juízo da Vara da Família da Comarca de Blumenau, o pedido do Sr. A. passando a criança a chamar-se R. L. S. L.

Desde o deferimento da sentença judicial, o Sr. A. objetiva uma aproximação com a criança e na ocasião buscou intervenção judicial para tanto.

[...]

A Sra. T. buscou formas de aproximação da criança para com o Sr. A., através da participação da criança na academia de natação, a qual o Sr. A. é funcionário. A Sra. T. verbalizou que após duas ou três tentativas, constatou que a intenção do Sr. A. era aproximar-se dela, e não da criança, vindo a interromper as aulas de natação. Durante os anos anteriores não houve avanço dos contatos da criança com o Sr. A.

Por determinação judicial, a Sra. T. procurou por atendimento psicológico, no ano de 2005, com o objetivo de revelar à criança a existência do pai biológico. A Sra. T. realizou dois atendimentos com a psicóloga, Dra. M. A. G. T., esta informou-nos que realizou

poucas abordagens com T., direcionadas no sentido de orientá-la de como contar a verdade para R.

Num primeiro momento, a Sra. T. através de história infantil fez uma analogia com R. sobre sua história.

A Sra T. deixou os demais filhos inteirados sobre a paternidade de R. Após esse momento, não falaram mais, no âmbito familiar, sobre o assunto em tela.

A criança R. relatou-nos em entrevista que, no dia 28 de agosto de 2006 (véspera do atendimento com as presentes Assistentes Sociais Forenses), entendeu que a estória infantil contada pela mãe tem a ver com sua vida.

O requerente, na data de 03 de outubro de 2005, ingressou com o pedido de adoção da infante R.

-Do contato mantido com o requerente, Sr. O. G.:

[...]

Segundo o requerente, mesmo com o relato de sua esposa, durante a gestação da criança em pauta, quanto à dúvida da paternidade, não relutou em assumi-la e registrá-la como filha. Nas suas palavras, “R. nasceu como filha e vai ser sempre filha”. O Sr. O. a incluiu em seu plano de saúde, bem como aos demais benefícios de que os demais filhos usufruem.

Toda a família extensa do Sr. O. e da Sra. T. têm conhecimento que R. é filha biológica do Sr. A. O sentimento de afetividade destes em relação à infante mantém-se sólido.

O Sr. O. relata que afetivamente possui mesmo sentimento filial por R., sem qualquer distinção com os demais filhos.

Afirma que, até o presente momento, a criança faz uso de seu primeiro registro de nascimento, ou seja, R. L. G.

O ingressou com a presente ação judicial porque entende vir ao encontro das necessidades, principalmente afetivas de R.

O requerente anunciou também que, no momento da revelação, R. o abraçou e chorou. R. verbalizou que ele sempre será seu pai.

O. tem conhecimento que a infante conversou com o Sr. A. nas aulas de natação, mas R. não sabe que o mesmo seja seu genitor.

Reiterou que R. não possui vínculo com o pai biológico, tão pouco com os familiares deste.

Outrossim, durante os anos que se passaram, O. e T. afirmaram que vivenciaram situações vexatórias envolvendo o Sr. A. (perseguia o veículo em que T. e a infante estavam, ameaças por telefone e contato pessoal junto a Escola denunciando que uma criança estava matriculada com o registro de nascimento “falso”).

Relatou-nos que procurou pelo Sr. A. a fim de sensibilizá-lo sobre os sentimentos paternos de R., evitando sofrimentos e prejuízos à formação da infante, entretanto não obteve êxito.

O. reiterou que o objetivo do Sr. A. não é aproximar-se de R., mas perseguí-los (ao casal O. e T.).

-Do contato com a Sra. T. R. P. G., genitora da criança em pauta:

T., natural de Florianópolis/SC, com 40 anos de idade, exerce a profissão de técnica em gestão educacional junto a Escola CEDUP.

A Sra. T. relatou que envolveu-se com o Sr. A. num período em que seu casamento com O. estava em crise.

Aceitou realizar o exame de DNA com a filha, diante das constantes ameaças e perseguições por parte de A. e também por acreditar que o mesmo não seria o genitor de R.

T. informou que A. dizia-lhe que sua esposa não engravidava e que ele tinha dificuldade nesse sentido. E também aceitou realizar o exame para “dar um basta nas perseguições e ameaças de A.”

T. informou que tentou aproximar a filha R. e o Sr. A., no entanto percebeu que a intenção do mesmo era outra, ou seja que os dois retomassem o relacionamento extra-conjugal. Afirma que, em uma dessas tentativas, A. planejou um almoço ou jantar com ela e com a menina, o que a fez desistir de aproximá-los. Mesmo assim, entendeu que a revelação fez-se necessária pois deseja preservar a filha de uma situação inesperada.

Segundo T., O. nunca lhe fez qualquer cobrança em relação ao que aconteceu no passado. Nem mesmo em situações em que há divergências entre ambos. “Ele ama a filha R.”.

T. reafirma que o amor que sentem por R. é o mesmo sentimento que nutrem pelos demais filhos. Os irmãos de R. foram esclarecidos e a revelação não abalou a dinâmica familiar que é de respeito, carinho e cumplicidade.

[...]

-Dos contatos mantidos com a criança em pauta: (na intervenção domiciliar e nas dependências do setor de serviço social forense):

R. demonstrou tranquilidade e facilidade de comunicação nas intervenções sociais.

Quando questionada se sabia o porque de sua presença para entrevista com essas profissionais respondeu que sim, visto que sua mãe havia novamente contado a “estorinha dos porquinhos”, a qual relacionou com sua vida. A criança R. relatou-nos que, no dia 28 de agosto de 2006 (véspera do atendimento com as presentes Assistentes Sociais Forenses), entendeu que a estória infantil contada pela mãe está relacionada com sua vida.

[...] Vale ressaltar que R. refere-se “ao senhor A. como seu segundo pai”.

R. disse-nos que entendeu as explicações da sua mãe quando relatou que na ocasião do namoro com A., seus pais O. e T. estavam brigando e “a mãe tinha arrumado um outro namorado”.

Durante a realização da entrevista, num momento, R. expressou tranquilidade e risonha “eu não dou mais bola para isso, quem me criou foi meu pai O., meu pai verdadeiro é quem me criou.”

R. falou que não tem vontade de conhecer o “segundo pai”. “Tenho medo que um dia ele me sequestre”.

[...]

-Parecer Profissional:

O requente desenvolveu vínculos afetivos e emocionais saudáveis com a infante em questão.

Nota-se que os vínculos entre os integrantes deste núcleo familiar (requeute, genitora e irmãos de R.) são afetivos, de cumplicidade e aceitação.

Os Laços afetivos de R. com os familiares estimulam sua proteção integral.

[...] O requeute ocupa e exerce o papel de pai na vida de R., que o reconhece como tal.

[...] O requerente tem interesse em adotar a infante, já nutrindo por esta um sentimento filial inquestionável.

[...] A criança R. sente-se filha do Sr. O.

Conforme apontamentos de Lucinete Santos Silva, mestre em Serviço Social, com larga experiência na área da infância e juventude:

“O vínculo é um aspecto tão fundamental na condição humana, e particularmente essencial ao desenvolvimento, que os direitos da criança o levam em consideração na categoria convivencial/conviver junto”.

Considera-se que a adoção pleiteada atende as necessidades de R. sendo uma oportunidade de apoio e segurança pessoal para o infante, trazendo-lhe reais vantagens.

[...] R. encontra-se inserida em ambiente familiar saudável que lhe oportuniza crescimento pessoal, aquisição de valores morais sadios, desenvolvimento de aptidões e convivência social. (fls. 212/219).

Paulo Luiz Netto Lobo, doutor em Direito pela USP, professor de Mestrado e Doutorado em Direito da UFPE, UFAL e UnB, em importante estudo sobre filiação biológica e filiação socioafetiva, ensina:

Delineia os contornos das duas garantias – o direito ao estado de filiação e o direito à origem genética – com base na Constituição Federal de 1988 e no Código Civil de 2002, ordenamentos consagradores das profundas transformações por que passaram as relações familiares no Brasil, ao longo do séc. XX.

Observa que fatores históricos, religiosos e ideológicos fizeram com que, por muito tempo, o estado de filiação se subordinasse à verdade biológica e às relações matrimonializadas. Hoje, diante da

evolução do Direito e dos valores sociais, nos possíveis conflitos entre a filiação genética e a socioafetiva, prevalecem a afetividade e o melhor interesse da criança como legitimadores da filiação e da paternidade, passando o estado de filiação a gênero, de que são espécies a filiação biológica e a não-biológica.

[...]

Na tradição do direito de família brasileiro, o conflito entre a filiação biológica e a filiação socioafetiva sempre se resolveu em benefício da primeira. Em verdade, apenas recentemente a segunda passou a ser cogitada seriamente pelos juristas, como categoria própria, merecedora de construção adequada. Em outras áreas do conhecimento, que têm a família como objeto de investigação, a exemplo da sociologia, da psicanálise, da antropologia, a relação entre pais e filhos fundada na afetividade sempre foi determinante para sua identificação.

No direito, a verdade biológica converteu-se na “verdade real” da filiação em decorrência de fatores históricos, religiosos e ideológicos que estiveram no cerne da concepção hegemônica da família patriarcal e matrimonializada e da delimitação estabelecida pelo requisito da legitimidade. Legítimo era o filho biológico, nascido de pais unidos pelo matrimônio; os demais seriam ilegítimos. Ao longo do século XX, a legislação brasileira, acompanhando uma linha de tendência ocidental, operou a ampliação dos círculos de inclusão dos filhos ilegítimos, com redução de seu intrínseco *quantum* despótico, comprimindo o discripe até ao seu desaparecimento, com a Constituição de 1988. Com efeito, se todos os filhos são dotados de iguais direitos e deveres, não mais importando sua origem, perdeu qualquer sentido o conceito de legitimidade nas relações de família, que consistiu no requisito fundamental da maioria dos institutos do direito de família. Por consequência, relativizou-se o papel fundador da origem biológica.

[...]

O estado de filiação desligou-se da origem biológica e de seu consectário, a legitimidade, para assumir dimensão mais ampla que abranja aquela e qualquer outra origem. Em outras palavras, o estado de filiação é gênero do qual são espécies a filiação biológica e a filiação não biológica. Daí, é de se repelir o entendimento que toma

corpo nos tribunais brasileiros de se confundir estado de filiação com origem biológica, em grande medida em virtude do fascínio enganador exercido pelos avanços científicos em torno do DNA. Não há qualquer fundamento jurídico para tal desvio hermenêutico restritivo, pois a Constituição estabelece exatamente o contrário, abrigo generosamente o estado de filiação de qualquer natureza, sem primazia de um sobre outro.

Na realidade da vida, o estado de filiação de cada pessoa humana é único e de natureza socioafetiva, desenvolvido na convivência familiar, ainda que derive biologicamente dos pais, na maioria dos casos. Portanto, não pode haver conflito com outro que ainda não se constituiu.

[...]

No direito brasileiro atual, com fundamento no art. 227 da Constituição e nos arts. 1.593, 1.596 e 1.597 do Código Civil, consideram-se estados de filiação *ope legis*:

- a) filiação biológica em face de ambos os pais, havida de relação de casamento ou da união estável, ou em face do único pai ou mãe biológicos, na família monoparental;
- b) filiação não-biológica em face de ambos pais, oriunda de adoção regular; ou em face do pai ou da mãe que adotou exclusivamente o filho; e
- c) filiação não-biológica em face do pai que autorizou a inseminação artificial heteróloga.

Nessas hipóteses, a convivência familiar e a afetividade são presumidas, ainda que de fato não ocorram. Se qualquer forma, a convivência familiar e a afetividade constroem e consolidam diuturnamente os respectivos estados de filiação, passando a ditar-lhes os contornos. Em qualquer dessas hipóteses, o estado de filiação poderá ser substituído, em razão de adoção superveniente do filho por outros pais.

Os estados de filiação não-biológica referidos nas alíneas b e c são irreversíveis e invioláveis, não podendo ser contraditados por investigação de paternidade ou maternidade, com fundamento na origem biológica, que apenas poderá ser objeto de pretensão e ação com fins de tutela de direito da personalidade.

[...]

A posse do estado de filiação constitui-se quando alguém assume o papel de filho em face daquele ou daqueles que assumem os papéis ou lugares de pai ou mãe ou de pais [6], tendo ou não entre si vínculos biológicos. A posse de estado é a exteriorização da convivência familiar e da afetividade, segundo as características adiante expostas, devendo ser contínua.

Trata-se de conferir à aparência os efeitos de verossimilhança, que o direito considera satisfatória. No direito anterior, a posse do estado de filiação apenas era admitida, para fins de prova e suprimento do registro civil, se os pais convivessem em família constituída pelo casamento, ou seja, para a filiação considerada legítima. Em virtude do art. 226 da Constituição Federal, outras entidades familiares como a união estável e a família monoparental podem servir de fundamento para a posse do estado de filiação.

Ainda que mantenha a redação do Código Civil de 1916, o art. 1.605 do Código Civil de 2002, por seu enunciado genérico, abrange todas as hipóteses existenciais que se apresentam nos arranjos familiares de posse de estado de filiação, ante a falta ou defeito do termo de nascimento. Essa norma não se refere nem poderia se referir à origem biológica, bastando a aparência dos papéis sociais de pais e filho, “quando houver começo de prova por escrito” ou “quando existirem veementes presunções resultantes de fatos já certos”.

As presunções “veementes” são verificadas em cada caso, dispensando-se outras provas da situação de fato. O Código brasileiro não indica, sequer exemplificadamente, as espécies de presunção, ou a duração, o que nos parece a orientação melhor.

[...]

Questão delicada diz respeito ao que se convencionou chamar de “adoção à brasileira”. Dá-se com declaração falsa e consciente de paternidade e maternidade de criança nascida de outra mulher, casada ou não, sem observância das exigências legais para adoção. O declarante ou declarantes são movidos por intuito generoso e elevado de integrar a criança à sua família, como se a tivessem gerado. Contrariamente à lei, a sociedade não repele tal conduta; exalça-a. Nessas hipóteses, ainda que de forma ilegal, atende-se ao

mandamento contido no art. 227 da Constituição, de ser dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança o direito “à convivência familiar”, com “absoluta prioridade”, devendo tal circunstância ser levado em conta pelo aplicador, ante o conflito entre valores normativos (de um lado o atendimento à regra matriz de prioridade da convivência familiar, de outro lado os procedimentos legais para que tal se dê, que não foram atendidos). Outrossim, a invalidade do registro assim obtido não pode ser considerada quando atingir o estado de filiação, por longos anos estabilizado na convivência familiar.

Alerta João Baptista Villela que se o registro diz que B é filho de A e A não é efetivamente o procriador genético de B, o registro não conteria necessariamente uma falsidade, pois ele é o espelho das relações sociais de parentesco. Na Constituição se colheriam o compromisso da República Federativa do Brasil com a solidariedade, a fraternidade, o bem-estar, a segurança, a liberdade, etc, estando essas opções axiológicas muito mais para uma idéia da paternidade fundada no amor e o no serviço do que para a sua submissão aos determinismos biológicos.

[...]

A família, tendo desaparecido suas funções tradicionais, no mundo do ter liberal burguês, reencontrou-se no fundamento da afetividade, na comunhão de afeto, pouco importando o modelo que adote, inclusive o que se constitui entre um pai ou uma mãe e seus filhos. A afetividade, cuidada inicialmente pelos cientistas sociais, pelos educadores, pelos psicólogos, como objeto de suas ciências, entrou nas cogitações dos juristas, que buscam explicar as relações familiares contemporâneas.

O afeto não é fruto da biologia. Os laços de afeto e de solidariedade derivam da convivência familiar e não do sangue. A história do direito à filiação confunde-se com o destino do patrimônio familiar, visceralmente ligado à consangüinidade legítima. Por isso, é a história da lenta emancipação dos filhos, da redução progressiva das desigualdades e da redução do *quantum* despótico, na medida da redução da patrimonialização dessas relações.

O desafio que se coloca aos juristas, principalmente aos que lidam com o direito de família, é a capacidade de ver as pessoas em toda

sua dimensão ontológica, a ela subordinando as considerações de caráter biológico ou patrimonial. Impõe-se a materialização dos sujeitos de direitos, que são mais que apenas titulares de bens. A restauração da primazia da pessoa humana, nas relações civis, é a condição primeira de adequação do direito à realidade social e aos fundamentos constitucionais.

Como diz Eduardo de Oliveira Leite, *“as indagações doutrinárias mais recentes têm insistido, de forma cada vez mais freqüente e firme, que a filiação não é somente fundada sobre os laços de sangue; o vínculo sanguíneo determina, para a grande maioria dos pais, um laço fundado sobre a vontade da aceitação dos filhos. Logo, a vontade individual é a seqüência ou o complemento necessário do vínculo biológico”* [9].

Homenageando a filiação socioafetiva, em promissora linha de tendência da jurisprudência brasileira, assim decidiu o Tribunal de Justiça do Paraná:

“1. A ação negatória de paternidade é imprescritível, na esteira do entendimento consagrado na Súmula nº 149/STF, já que a demanda versa sobre o estado da pessoa, que é emanção do direito da personalidade. 2. No confronto entre a verdade biológica, atestada em exame de DNA, e a verdade socioafetiva, decorrente da denominada “adoção à brasileira” (isto é, da situação de um casal ter registrado, com outro nome, menor, como se deles filho fosse) e que perdura por quase quarenta anos, há de prevalecer a solução que melhor tutele a dignidade da pessoa humana. 3. A paternidade sócio-afetiva, estando baseada na tendência de personificação do direito civil, vê a família como instrumento de realização do ser humano; aniquilar a pessoa do apelante, apagando-lhe todo o histórico de vida e condição social, em razão de aspectos formais inerentes à irregular “adoção à brasileira”, não tutelaria a dignidade humana, nem faria justiça ao caso concreto, mas, ao contrário, por critérios meramente formais, proteger-se-iam as artimanhas, os ilícitos e as negligências utilizadas em benefício do próprio apelado” [10].

[...] Encontram-se na Constituição brasileira vários fundamentos do estado de filiação geral, que não se resume à filiação biológica:

a) Todos os filhos são iguais, independentemente de sua origem (art. 227, § 6º);

- b) A adoção, como escolha afetiva, alçou-se integralmente ao plano da igualdade de direitos (art. 227, §§ 5º e 6º);
- c) A comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes, incluindo-se os adotivos, tem a mesma dignidade de família constitucionalmente protegida (art. 226, § 4º); não é relevante a origem ou existência de outro pai (genitor)
- d) O direito à convivência familiar, e não a origem genética, constitui prioridade absoluta da criança e o do adolescente (art. 227, *caput*).
- e) Impõe-se a todos os membros da família o dever de solidariedade, uns com os outros, dos pais para os filhos, dos filhos para os pais, e todos com relação aos idosos (arts. 229 e 230).

Em suma, a Constituição não oferece qualquer fundamento para a primazia da filiação biológica, pois amplo é seu alcance. A primazia não está na Constituição, mas na interpretação equivocada que tem feito fortuna, como se o paradigma da filiação não tivesse sido transformado. Até mesmo no direito anterior, a filiação biológica era nitidamente recortada entre filhos legítimos e ilegítimos, a demonstrar que a origem genética nunca foi, rigorosamente, a essência das relações familiares.

O Código Civil reproduziu, em seu art. 1.596, a regra matriz do § 6º do art. 227 da Constituição, relativamente à igualdade entre filhos de qualquer natureza, superando o paradigma discriminatório da legitimidade, fundado na consangüinidade e na matrimonialidade. Outra norma geral superadora e inclusiva é o art. 1.593, que refere ao parentesco natural ou de “outra origem” [11]. Uma das regras especiais mais incisivas, no rumo da superação da consangüinidade, foi o inciso V do art. 1.597, destinado à inseminação heteróloga, antes referida. [...].

No que concerne ao estado de filiação, deve-se ter presente que, além do mandamento constitucional de absoluta prioridade dos direitos da criança e do adolescente (art. 227), a Convenção Internacional dos Direitos da Criança, da ONU, de 1989, passou a integrar o direito interno brasileiro desde 1990. O art. 3.1 da Convenção estabelece que todas as ações relativas aos menores devem considerar, primordialmente, “o interesse maior da criança”, abrangente do que a lei brasileira (ECA) considera adolescente. Por força da convenção deve ser garantida uma ampla proteção ao

menor, constituindo a conclusão de esforços, em escala mundial, no sentido de fortalecimento de sua situação jurídica, eliminando as diferenças entre filhos legítimos e ilegítimos (art. 18) e atribuindo aos pais, conjuntamente, a tarefa de cuidar da educação e do desenvolvimento.

O princípio não é uma recomendação ética, mas diretriz determinante nas relações da criança e do adolescente com seus pais, com sua família, com a sociedade e com o Estado. A aplicação da lei deve sempre realizar o princípio, consagrado, segundo Luiz Edson Fachin como “critério significativo na decisão e na aplicação da lei”, tutelando-se os filhos como seres prioritários [12]. O desafio é converter a população infanto-juvenil em sujeitos de direito, “deixar de ser tratada como objeto passivo, passando a ser, como os adultos, titular de direitos juridicamente protegidos”. [13] O princípio está consagrado nos arts. 4º e 6º da Lei n. 8.069, de 1990 (ECA).

[...]

O princípio inverte a ordem de prioridade: antes no conflito entre a filiação biológica e a não-biológica ou socioafetiva, resultante de posse de estado de filiação, a prática do direito tendia para a primeira, enxergando o interesse dos pais biológicos como determinantes, e raramente contemplando os do filho. De certa forma, condizia com a idéia de poder dos pais sobre os filhos e da hegemonia da consangüinidade-legitimidade. Menos que sujeito, o filho era objeto da disputa. O princípio impõe a predominância do interesse do filho, que norteará o julgador, o qual, ante o caso concreto, decidirá se a realização pessoal do menor estará assegurada entre os pais biológicos ou entre os pais não-biológicos. De toda forma, deve ser ponderada a convivência familiar, constitutiva da posse do estado de filiação, pois ela é prioridade absoluta da criança e do adolescente (art. 227, da Constituição Federal).

[...] A mudança do direito de família, da legitimidade para o plano da afetividade, redireciona a função tradicional da presunção *pater is est*. Destarte, sua função deixa de ser a de presumir a legitimidade do filho, em razão da origem matrimonial, para a de presumir a paternidade em razão do estado de filiação, independentemente de sua origem ou de sua concepção. A presunção da concepção relaciona-se ao nascimento, devendo este prevalecer.

[...] A contestação ou impugnação da paternidade são direitos personalíssimos, que radicam exclusivamente na iniciativa do marido da mãe. Ninguém, nem mesmo o filho ou a mãe, poderá impugnar a paternidade. O art. 1.601 do Código Civil, assim lido em conformidade com a Constituição, desloca a paternidade da origem biológica para o estado de filiação, de qualquer origem. Note-se que o artigo equivalente do Código Civil de 1916 referia-se à contestação da *legitimidade* dos filhos e não da paternidade, em si. Por sua vez, a legitimidade dos filhos fundava-se em dois fatores conjuntos, a saber, na família constituída pelo casamento (matrimonializada) e em terem-se originado biologicamente do marido da mãe.

A presunção *pater is est* reconfigura-se no estado de filiação, que decorre da construção progressiva da relação afetiva, na convivência familiar. Antes, presumia-se pai biológico o marido da mãe. Segundo Anne Lefebvre Teillard, citada por João Baptista Villela, o adágio *pater is est* atuou, por séculos, mantendo fortemente *amarrado* “o biológico ao institucional”, além de estar ancorado no pressuposto da fidelidade da mulher. Hoje, presume-se pai o marido da mãe que age e se apresenta como pai, independentemente de ter sido ou não o procriador. Como ressalta Villela [17], no processo de refinamento cultural do matrimônio constitui traço fundamental o encapsulamento da vida íntima na esfera interna da família. Assim, atribuir a paternidade ao marido da mulher não significa proclamar uma derivação biológica. (...) A família não tem *deveres de exatidão biológica* perante a sociedade, pelo que, se a mulher prevarica e pare um filho que não foi gerado pelo seu marido, isso, tendencialmente, é matéria da economia interna da família. Pode ser um grave problema para o casal. Como pode não ser problema.

O pai biológico não tem ação contra o pai não-biológico, marido da mãe, para impugnar sua paternidade. Apenas o marido pode impugnar a paternidade quando a constatação da origem genética diferente da sua provocar a ruptura da relação paternidade-filiação. Se, apesar desse fato, forem mais fortes a paternidade afetiva e o melhor interesse do filho, enquanto menor, nenhuma pessoa ou mesmo o Estado poderão impugná-la para fazer valer a paternidade biológica, sem quebra da ordem constitucional e do sistema do Código Civil.

[...]

A verdade biológica nem sempre é a verdade real da filiação. O direito deu um salto à frente do dado da natureza, construindo a filiação jurídica com outros elementos. A verdade real da filiação surge na dimensão cultural, social e afetiva, donde emerge o estado de filiação efetivamente constituído. Como já vimos, tanto o estado de filiação *ope legis* quanto a posse de estado de filiação podem ter origem biológica ou não.

Para o registro do filho, o declarante não precisa fazer prova da origem biológica; nem seria obrigado a fazê-lo pois impediria a filiação de outra natureza. O registro produz uma presunção de filiação quase absoluta, pois apenas pode ser invalidado se se provar que houve erro ou falsidade (art. 1.604 do Código Civil). A declaração do nascimento do filho, feita pelo pai, é irrevogável. Ao pai cabe apenas o direito de contestar a paternidade, se provar, conjuntamente, que esta não se constituiu por não ter sido o genitor biológico e não ter havido estado de filiação estável.

[...]

O estado de filiação, que decorre da estabilidade dos laços afetivos construídos no cotidiano de pai e filho, constitui fundamento essencial da atribuição de paternidade ou maternidade. Nada tem a ver com o direito de cada pessoa ao conhecimento de sua origem genética. São duas situações distintas, tendo a primeira natureza de direito de família e a segunda de direito da personalidade. As normas de regência e os efeitos jurídicos não se confundem nem se interpenetram.

Para garantir a tutela do direito da personalidade não há necessidade de investigar a paternidade. O objeto da tutela do direito ao conhecimento da origem genética é assegurar o direito da personalidade, na espécie direito à vida, pois os dados da ciência atual apontam para necessidade de cada indivíduo saber a história de saúde de seus parentes biológicos próximos para prevenção da própria vida. Não há necessidade de se atribuir a paternidade a alguém para se ter o direito da personalidade de conhecer, por exemplo, os ascendentes biológicos paternos do que foi gerado por dador anônimo de sêmen, ou do que foi adotado, ou do que foi concebido por inseminação artificial heteróloga. São exemplos como esses que demonstram o

equivoco em que laboram decisões que confundem investigação da paternidade com direito à origem genética.

Em contrapartida, toda pessoa humana tem direito inalienável ao estado de filiação, quando não o tenha. Apenas nessa hipótese, a origem biológica desempenha papel relevante no campo do direito de família, como fundamento do reconhecimento da paternidade ou da maternidade, cujos laços não se tenham constituído de outro modo (adoção, inseminação artificial heteróloga ou posse de estado). É inadmissível que sirva de base para vindicar novo estado de filiação, contrariando o já existente.

[...]

Toda pessoa tem direito fundamental, na espécie direito da personalidade, de vindicar sua origem biológica para que, identificando seus ascendentes genéticos, possa adotar medidas preventivas para preservação da saúde e, *a fortiori*, da vida. Esse direito é individual, personalíssimo, não dependendo de ser inserido em relação de família para ser tutelado ou protegido. Uma coisa é vindicar a origem genética, outra a investigação da paternidade. A paternidade deriva do estado de filiação, independentemente da origem (biológica ou não). O avanço da biotecnologia permite, por exemplo, a inseminação artificial heteróloga, autorizada pelo marido (art. 1.597, V, do Código Civil), o que reforça a tese de não depender a filiação da relação genética do filho e do pai. Nesse caso, o filho pode vindicar os dados genéticos de dador anônimo de sêmen que constem dos arquivos da instituição que o armazenou, para fins de direito da personalidade, mas não poderá fazê-lo com escopo de atribuição de paternidade. Conseqüentemente, é inadequado o uso da ação de investigação de paternidade, para tal fim.

Os desenvolvimentos científicos, que tendem a um grau elevadíssimo de certeza da origem genética, pouco contribuem para clarear a relação entre pais e filho, pois a imputação da paternidade biológica não determina a paternidade jurídica. O biodireito depara-se com as conseqüências da dação anônima de sêmen humano ou de material genético feminino. Nenhuma legislação até agora editada, nenhuma conclusão da bioética, apontam para atribuir a paternidade aos que fazem dação anônima de sêmen aos chamados bancos de sêmen de instituições especializadas ou hospitalares. Em suma, a identidade genética não se confunde com a identidade da filiação, tecida na

complexidade das relações afetivas, que o ser humano constrói entre a liberdade e o desejo.

[...]

O direito à filiação não é somente um direito da verdade. É, também, em parte, um direito da vida, do interesse da criança, da paz das famílias, das afeições, dos sentimentos morais, da ordem estabelecida, do tempo que passa (...) [24].

No estágio em que se encontram as relações familiares no Brasil, ante a evolução do direito, do conhecimento científico e cultural e dos valores sociais, não se pode confundir estado de filiação e origem biológica. Esta não mais determina aquele, pois desapareceram os pressupostos que a fundamentavam, a saber, a exclusividade da família matrimonializada, a legitimidade da filiação, o interesse prevaemente dos pais, a paz doméstica e as repercussões patrimoniais.

O estado de filiação é gênero, do qual são espécies a filiação biológica e a filiação não biológica. Ainda que ele derive, na grande maioria dos casos, do fato biológico, por força da natureza humana, outros fatos o determinam, a saber, a adoção, a posse do estado de filiação e a inseminação artificial heteróloga. Assim, para abranger todo o universo de situações existenciais reconhecidas pelo direito, o estado de filiação tem necessariamente natureza cultural (ou socioafetiva).

A origem biológica presume o estado de filiação, ainda não constituído, independentemente de comprovação de convivência familiar. Neste sentido, a investigação da origem biológica exerce papel fundamental para atribuição da paternidade ou maternidade e, a fortiori, do estado de filiação, quando ainda não constituído. Todavia, na hipótese de estado de filiação não biológica já constituído na convivência familiar duradoura, comprovado no caso concreto, a origem biológica não prevalecerá. Em outras palavras, a origem biológica não se poderá contrapor ao estado de filiação já constituído por outras causas e consolidado na convivência familiar (Constituição, art. 227).

O conflito entre pais biológicos e pais não biológicos do filho menor, não mais se resolve pela primazia dos primeiros ou dos segundos. A solução do conflito mudou o foco dos interesses, dos pais para os filhos. A Convenção Internacional dos Direitos

da Criança, de 1989, com força de lei ordinária no Brasil, desde 1990, estabelece que todas as ações relativas às crianças devem considerar, primordialmente, o melhor interesse da criança, em face dos interesses dos pais. Essa norma, inteiramente conforme com a Constituição, foi absorvida pelo Estatuto da Criança e do Adolescente e pelo Código Civil de 2002.

Questão relevante diz respeito ao estado de filiação constituído a partir de fatos ilícitos (por exemplo, seqüestro de criança, falsidade documental, troca consciente de recém-nascidos). Também nessas situações, não haverá automático predomínio da origem biológica, quando o estado de filiação perdurar no tempo. A solução adequada considerará o caso concreto, com fundamento no princípio do melhor interesse da criança que, apesar da repulsa ao fato originário, poderá não coincidir com os dos pais biológicos.

Por fim, o direito ao conhecimento da origem genética não significa necessariamente direito à filiação. Sua natureza é de direito da personalidade, de que é titular cada ser humano. A origem genética apenas poderá interferir nas relações de família como meio de prova para reconhecer judicialmente a paternidade ou maternidade, ou para contestá-la, se não houver estado de filiação constituído, nunca para negá-lo (*“Direito ao Estado de Filiação e Direito à origem genética: uma distinção necessária”* – artigo extraído do site: <http://jus.uol.Com.Br/revista/texto/4752>) (grifou-se).

Vê-se, assim, que a “verdade absoluta” de outrora, de que legítimo era somente o filho biológico nascido de pais unidos pelos matrimônio, perdeu força, diante da evolução social e da nova valoração axiológica inserida no conceito de família, refletida na moderna legislação mundial, convertendo-se em uma “verdade real” da filiação.

No entanto, mais importante que conferir primazia do estado de filiação sobre a origem genética é aferir qual solução melhor representa os interesses da criança, que já se encontra vulnerável diante do histórico do caso.

A prova produzida nos autos aponta, inquestionavelmente, que deve prevalecer, para todos os efeitos, a paternidade socioafetiva, fundada no amor, na solidariedade, no sentimento puro de aceitação recíproca.

A menor é feliz na família em que se encontra desde que nasceu e ali recebe todo o carinho e amparo necessários ao seu bom desenvolvimento.

O pai biológico da criança nunca teve contato direto com a infante, a qual expressa rejeição a qualquer tentativa de aproximação.

O pai socioafetivo, por sua vez, sempre a amou e a criou com desvelo, sem fazer qualquer distinção com seus outros filhos.

Como bem salienta Maria Berenice Dias, “[...] *nada mais autêntico do que reconhecer como pai quem age como pai, quem dá afeto, quem assegura proteção e garante a sobrevivência*” (in Manual de Direito das Famílias, 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 325).

A sensível e brilhante sentença apelada, da lavra de conceituado magistrado, recoloca o autor e a menor à situação legal justa, baseada em fato concretizado e que não merecia ter sofrido alteração na esfera do direito.

Por essas razões, o apelo não merece provimento.

Esse é o voto.

Declaração de voto vencido do Exmo. Sr. Des. Luiz Fernando Boller.

APELAÇÃO CÍVEL - SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA EM AÇÃO DE PERDA E SUSPENSÃO DO PODER FAMILIAR C/C. ADOÇÃO, QUE TOMOU COMO FUNDAMENTO A CONFIGURAÇÃO DA PATERNIDADE SÓCIO-AFETIVA, ALEGADA PELO MARIDO DA GENITORA DA CRIANÇA - REQUERENTE QUE REGISTROU A MENINA EM SEU NOME, MESMO

CIENTE DA POSSIBILIDADE DE SER ELA FILHA DAQUELE COM QUEM SUA ESPOSA MANTEVE, POR DETERMINADO PERÍODO, RELACIONAMENTO EXTRACONJUGAL - PAI BIOLÓGICO QUE, POR SUA VEZ, DESDE O NASCIMENTO DA INFANTE LUTOU PARA VER RECONHECIDA ESSA SUA CONDIÇÃO, DEMOSTRANDO INTERESSE EM SE RELACIONAR COM A SUA DESCENDENTE - CONTATO FRUSTRADO, PORÉM, DIANTE DAS ATITUDES DO REQUERENTE E DA MÃE DA MENOR, QUE INSISTEM EM IGNORAR/DESRESPEITAR O FATO DA PATERNIDADE BIOLÓGICA, MESMO HAVENDO SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA EM AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE C/C. PEDIDO DE ANULAÇÃO DE REGISTRO CIVIL PROMOVIDA PELO REQUERIDO - NÃO CONFIGURADA, ALÉM DISSO, POR INTELIGÊNCIA DOS ARTS. 22 E 24 DO ECA (LEI Nº 8.069/90), E 1.634, 1.635, V, E 1.638, ESTES ÚLTIMOS DO CÓDIGO CIVIL, SITUAÇÃO A ENSEJAR A DESTITUIÇÃO DO PODER FAMILIAR CONSOANTE ALMEJADO NA AÇÃO EM CURSO - SOLUÇÃO DO JUÍZO *A QUO* QUE NÃO TRADUZ, NECESSARIAMENTE, OBSERVÂNCIA DO PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA - DIREITO À CONVIVÊNCIA FAMILIAR (ARTS. 227, *CAPUT*, DA CF/88 E 4º DO ECA) A SER COMPREENDIDO EM SEU SENTIDO MAIS AMPLO, INCLUINDO O CONTATO COM O GENITOR E OS PARENTES DA LINHA PATERNA - AUSÊNCIA DE RISCO DE AFASTAMENTO DO NÚCLEO FAMILIAR NO QUAL A INTERESSADA SE ENCONTRA INSERIDA, UMA VEZ QUE O PAI BIOLÓGICO NÃO RECLAMA A SUA GUARDA, E, SIM, APENAS O DIREITO DE COM ELA CONVIVER, PRESTANDO-LHE ASSISTÊNCIA, APOIO E ORIENTAÇÃO, CONTRIBUINDO PARA O SEU IDEAL DESENVOLVIMENTO.

Embora não se desconheça o conceito de paternidade sócio-afetiva, e a sua aplicação como solução ideal em muitos dos casos

onde discutido o destino de crianças e adolescentes, o conjunto probatório existente nos autos dá conta de que a menor tem pai biológico, que desde o seu nascimento buscou assumir essa sua responsabilidade, ainda que enfrentando considerável resistência por parte da genitora da menina e de seu marido, o que acabou prejudicando a formação de vínculos afetivos com a descendente, conduta esta que não deve ser incentivada por meio do acolhimento da alegação de situação de convivência consolidada, com o que se premiaria os seus responsáveis, que agiram de modo a interferir, seriamente, nas escolhas e nos relacionamentos da infante ao omitirem a verdade sobre sua origem biológica.

VOTO

Consoante referido no voto vencedor, o ora apelante, A. S. L., pretende a reforma da sentença prolatada nos autos da ação de Perda e Suspensão do Pátrio Poder *c/c* Adoção nº 008.05.019625-9, que julgou procedente o pedido formulado na exordial, declarando extinto o poder familiar do requerido em relação à sua filha R. L. S. L., concedendo ao requerente a adoção da referida infante.

Num primeiro momento, convém registrar que a proteção integral à criança, e a efetivação de seus direitos, tem previsão no art. 227, *caput*, da Constituição Federal, de acordo com o qual

É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

De igual modo, o art. 4º do Estatuto da Criança e do Adolescente-ECA (Lei nº 8.069/90), dispõe que

É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária. [...]

Das transcrições supra, destaca-se para a espécie a garantia à convivência familiar, da qual a menor R. L. S. L. parece ter sido privada, compreendido tal direito em seu sentido mais amplo, que incluiria o contato também com o genitor e os parentes da linha paterna.

Isso porque, ao nascer, em 22/02/1997, foi registrada pelo marido de sua genitora, o ora apelado e autor na ação de Perda e Suspensão do Pátrio Poder c/c Adoção nº 008.05.019625-9 (fl. 20), mesmo tendo ele ciência de que a criança poderia não ser sua filha, e, sim, daquele com quem sua esposa manteve, por determinado período, relacionamento extraconjugal, o requerido/apelante A. S. L.

Por conta dessa atitude, R. L. S. L. desconheceu, durante anos, o fato de que A. S. L. é seu pai biológico, somente vindo a saber dessa verdade porque ele, não resignado com o intento da genitora e do marido em ocultá-la, propôs ação de investigação de paternidade, na qual diante da prova robusta - representada especialmente pelo exame de DNA -, obteve a procedência do pleito, determinando-se a retificação do registro civil da criança para que, ao invés de R. L. G. passasse a constar como sendo R. L. S. L., isso em 16/06/1999 (fls. 22/29).

Ainda assim, continuou sem poder se relacionar com a filha, tendo em vista que a visitação foi condicionada à realização de tratamento/acompanhamento psicológico pela partes envolvidas (fl. 41), com a finalidade de introduzir da forma menos traumática essa informação na vida da infante, sendo que tal determinação judicial não foi levada a efeito pela genitora da criança, que demonstrou total desinteresse em atendê-la, consoante infere-se especialmente do teor dos documentos de fls. 43/47 e

226, logrando êxito em continuar tendo a filha apenas consigo, tolhendo-lhe o direito de se relacionar com o genitor.

Diante de tais constatações, entendo que esse comportamento por parte da mãe de R. L. S. L. e de seu marido, o apelado O. G., é que poderia, sim, quiçá ser considerado egoísta e ilegítimo, e não, ao contrário disso, taxar-se de “*pretensão insana e insistente*”, que estaria a desconsiderar os sentimentos da criança, o desejo do pai biológico de ver reconhecida essa sua condição, passando a conviver com a filha, como tratou a sentença objurgada (fl. 266).

Afinal, tenho para mim que os interesses da infante, de modo geral, foram prejudicados e deixados em segundo plano, sim, mas em decorrência da forma escolhida pelo requerente/apelado e sua esposa para resolver a crise conjugal por eles vivenciada, que privilegiou manter a aparência de família isenta de abalos, a qual poderia ficar comprometida com o conhecimento público de que R. L. - na contramão do que ocorre quanto aos outros filhos de sua genitora - não é filha de O. G.

Merece destaque aqui o fato de que mesmo após a sentença de procedência na ação de investigação de paternidade já referida, a menor continuou a utilizar o nome R. L. G, o que demonstra que T. R. P. G. e O. G. insistem em ignorar/desrespeitar a paternidade biológica da infante.

De outra banda, não existem no caderno processual provas ou indícios de descumprimento dos deveres legais pelo ora apelante, com força a impor-lhe a destituição do poder familiar.

Acerca do assunto, cabe registrar que o ordenamento jurídico brasileiro inclui normas que tratam especificamente dos deveres dos pais para com seus filhos, a exemplo do art. 229 da Constituição Federal, segundo o qual *‘os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade.’*

E do Código Civil:

Art. 1.634. Compete aos pais, quanto à pessoa dos filhos menores:

I - dirigir-lhes a criação e educação;

II - tê-los em sua companhia e guarda;

III - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para casarem;

IV - nomear-lhes tutor por testamento ou documento autêntico, se o outro dos pais não lhe sobreviver, ou o sobrevivente não puder exercer o poder familiar;

V - representá-los, até aos dezesseis anos, nos atos da vida civil, e assisti-los, após essa idade, nos atos em que forem partes, suprindo-lhes o consentimento;

VI - reclamá-los de quem ilegalmente os detenha;

VII - exigir que lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição.

O art. 22 do Estatuto da Criança e do Adolescente, por sua vez, prescreve que *‘aos pais incumbe o dever de sustento, guarda e educação dos filhos menores, cabendo-lhes ainda, no interesse destes, a obrigação de cumprir e fazer cumprir as determinações judiciais.’*

Caso venham a ser desatendidas tais obrigações, os genitores poderão ser destituídos do poder familiar, consoante infere-se do art. 24 do referido estatuto, que estabelece, *in verbis*:

A perda e a suspensão do poder familiar serão decretadas judicialmente, em procedimento contraditório, nos casos previstos na legislação civil, bem como na hipótese de descumprimento injustificado dos deveres e obrigações a que alude o art. 22.

Ao tratar sobre o assunto, fixa o Código Civil:

Art. 1.635. Extingue-se o poder familiar: [...]

V - por decisão judicial, na forma do artigo 1.638.

Art. 1.637. Se o pai, ou a mãe, abusar de sua autoridade, faltando aos deveres a eles inerentes ou arruinando os bens dos filhos, cabe

ao juiz, requerendo algum parente, ou o Ministério Público, adotar a medida que lhe pareça reclamada pela segurança do menor e seus haveres, até suspendendo o poder familiar, quando convenha.

Parágrafo único. Suspende-se igualmente o exercício do poder familiar ao pai ou à mãe condenados por sentença irrecurável, em virtude de crime cuja pena exceda a dois anos de prisão.

E mais especificamente em seu art. 1.638:

Art. 1.638. Perderá por ato judicial o poder familiar o pai ou a mãe que:

I - castigar imoderadamente o filho;

II - deixar o filho em abandono;

III - praticar atos contrários à moral e aos bons costumes;

IV - incidir, reiteradamente, nas faltas previstas no artigo antecedente.

De acordo com o já exposto, no caso em comento infere-se que o pai biológico da infante precisou ver reconhecida essa sua condição judicialmente, porque a menor R. L. foi registrada como filha do marido de sua mãe, estes dois últimos que, juntos, omitiram durante anos a verdade quanto à filiação da infante, e que mesmo após a procedência na ação de investigação de paternidade proposta pelo aqui apelante, continuam agindo de modo a obstaculizar o convívio entre ele e a filha.

Logo, considerando esse histórico, aliado à ausência de demonstração de qualquer conduta desabonadora por parte do requerido/apelante - que inclusive cumpre a sua obrigação de auxílio material, adimplindo alimentos em favor de R. L. -, constitui medida equivocada destituí-lo do poder familiar.

E nem se diga que essa solução estaria casada com o deferimento da adoção fundada na paternidade socioafetiva, porque, nesse ponto, igualmente, vislumbra-se flagrante desacerto da sentença vergastada, que desconsidera a realidade fática apresentada.

Ora, é evidente que estando R. L. desde seu nascimento a conviver com O. G., ora apelado, a ela apresentado como sendo seu pai, e integrada ao núcleo familiar formado por ambos, por sua genitora e os filhos comuns de T. R. P. G. e O. G., sendo tratada como mais um dos frutos dessa união, estabeleceu laços afetivos com o requerente/apelado.

É o que demonstra o próprio estudo social realizado e acostado às fls. 212/219 e o depoimento de fls. 223.

Apesar disso, não comungo da conclusão anotada naquela investigação, a qual acabou repetida na decisão recorrida, no sentido de conceder a O. G. a adoção de R. L., uma vez que se tal estado de coisas se estabeleceu não foi por omissão do pai biológico, que sempre demonstrou querer conhecer e conviver com a filha.

Embora não se desconheça o conceito de paternidade socioafetiva, e a sua aplicação como solução ideal em muitos dos casos onde discutido o destino de crianças e adolescentes, o conjunto probatório existente nos autos dá conta de que a infante tem pai biológico, e que desde o seu nascimento este buscou assumir sua responsabilidade, ainda que enfrentando considerável resistência por parte da genitora da menina e de seu marido, o que acabou prejudicando a formação de vínculos afetivos com a descendente.

Essa reprovável conduta não deve ser incentivada por meio do acolhimento da alegação de situação de convivência consolidada, com o que se premiaria os seus responsáveis, que agiram de modo a interferir, seriamente, nas escolhas e nos relacionamentos da infante, ao dissimularem a verdade sobre sua origem biológica.

Não se ignora o fato de que a menor certamente terá agora, passados tantos anos, dificuldades para se ambientar com a nova realidade, que inclui o convívio com o pai biológico e a respectiva família.

Ainda assim, a aceitação da verdade e sua vivência mostra-se como melhor solução, lembrando que não há risco de afastamento do núcleo familiar no qual a interessada se encontra inserida, uma vez, ao contrário do conhecimento equivocado da realidade que R. L. manifestou em seu depoimento à fl. 223, o pai biológico não reclama a sua guarda ou 'adoção' como ela diz, e, sim, apenas o direito de convivência, prestando-lhe assistência, apoio e orientação, contribuindo para o seu ideal desenvolvimento.

Por conseguinte, a solução do juízo *a quo* não traduz, necessariamente, observância do princípio do melhor interesse da criança, devendo ser restabelecido o vínculo da menor com o requerido/apelante, que poderá, a partir disso, se utilizar dos meios processuais cabíveis para obter a regulamentação das visitas e sua implementação.

É da jurisprudência desta Corte de Justiça:

ADOÇÃO. CUMULAÇÃO COM DESTITUIÇÃO DE PÁTRIO PODER. IMPROCEDÊNCIA. CUMULAÇÃO POSSÍVEL. ABANDONO MATERIAL. NÃO CARACTERIZAÇÃO. SENTENÇA MANTIDA. IRRESIGNAÇÃO RECURSAL DESATENDIDA.

I É viável juridicamente, consoante disposto pela doutrina e pela jurisprudência pátrias, a cumulação do pedido de destituição do poder familiar com o de adoção e guarda provisória de menor.

II A pretensão de destituição do poder familiar calcada em abandono material tem seu êxito condicionado à prova inconcussa da desídia intencional daquele contra quem é endereçado o pedido destituidório. Ausente do caderno prova suficiente acerca da transgressão, pelo pai, do art. 22 do Estatuto da Criança e do Adolescente e do art. 1.638, II do CC/02, não há como se amparar a pretensão do pai sócio-afetivo de destituir o pai biológico do poder familiar que lhe é conferido pela lei. (Apelação Cível nº 2007.061277-2, de Joinville, rel.: Des. Trindade dos Santos, julgamento em 25/09/2008)

Destarte, diante das circunstâncias do caso em comento

e tendo em vista o direito aplicável, especialmente o que estabelecem os arts. 227, *caput*, e 229 da Constituição Federal, 4º, 22 e 24 do Estatuto da Criança e do Adolescente, e 1.634, 1.635, inc. V, e 1.638, estes últimos do Código Civil, é de ser acolhida a pretensão deduzida no presente apelo.

Nestes termos, votei no sentido de se conhecer e dar provimento ao recurso, julgando improcedentes os pedidos formulados por O. G. na ação de Perda e Suspensão do Pátrio Poder c/c Adoção nº 008.05.019625-9 promovida contra A. S. L., restabelecendo-se o vínculo de paternidade entre este último e a menor R. L. S. L., já reconhecido nos autos da Ação de Reconhecimento de Paternidade c/c Retificação de Registro Civil nº 008.97.006554-8 (fls. 22/29).

Florianópolis, 20 de março de 2012.

Luiz Fernando Boller
DESEMBARGADOR

Apelação Cível n. 2011.098910-2, de Joinville

Relator: Des. Subst. Jorge Luis Costa Beber

DIREITO DE FAMÍLIA. AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE C/C ALIMENTOS PROVISIONAIS. SENTENÇA ACOLHEDORA DO PEDIDO. INVESTIGADO QUE NÃO COMPARECEU, POR 06 (SEIS) VEZES, AO LONGO DE 08 (OITO) ANOS, AO LABORATÓRIO PARA REALIZAR O EXAME DE DNA, EMBORA ELE PRÓPRIO HAJA REQUERIDO, NA RESPOSTA, A REALIZAÇÃO DO TESTE. PRESUNÇÃO DE PATERNIDADE DECORRENTE DE TAL RECUSA. PROVA TESTEMUNHAL QUE EVIDENCIA RELACIONAMENTO AMOROSO EXCLUSIVO E DURADOURO ENTRE ELE E A MÃE DO AUTOR NO PERÍODO DA CONCEPÇÃO. VÍNCULO DE PATERNIDADE DEVIDAMENTE RECONHECIDO (ARTS. 231 E 232 DO CC, ART. 2º-A DA LEI N. 8.560/92 E SÚMULA N. 301 DO STJ). PRECEDENTES DA CORTE.

O comportamento das partes no desenvolvimento da demanda não pode ser visualizado pelo julgador como um dado inexpressivo, incolor ou irrelevante, máxime quando o litígio envolve direito indisponível, como a investigação do estado de filiação, cujos efeitos são prioritários à dignidade da pessoa.

O juiz, ao proferir sua decisão do Direito, não está impedido de sopesar a conduta processual dos litigantes para daí deduzir argumento de prova. E assim deve ser porque a chicana, a embromação e o deliberado entrincheiramento para contornar diligências probantes não é comportamento compatível de quem está convicto do seu direito e, por isso, não litiga atemorizado pelo teor da sentença que será prolatada.

Por isso, em sede de ação de investigação de paternidade, deve ser declarado o vínculo biológico de filiação diante da reiterada

recusa — por 06 (seis) vezes — do suposto pai à realização do exame de material genético, justo que a negativa de produção da prova científica induz a presunção *juris tantum* de paternidade, segundo os arts. 231 e 232 do CC, o art. 2º-A da Lei n. 8.560/92, a qual, no caso, vem coonestada por minuciosa prova testemunhal.

O ENCARGO ALIMENTAR NA AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO AVIADA POR FILHO MENOR PRESCINDE DE PEDIDO EXPRESSO NA PEÇA PÓRTICA.

AINDA QUE AUSENTE TAL REQUERIMENTO, NÃO HÁ ÓBICE LEGAL QUE IMPEÇA O RESPECTIVO ARBITRAMENTO, SE RECONHECIDO PELA SENTENÇA O ESTADO DE FILIAÇÃO.

Uma vez reconhecida a paternidade, o arbitramento da verba alimentar, tratando-se de filho menor, ocorre de forma imediata, como corolário do dever de sustento que é intrínseco ao poder familiar. É o que dispõe o art. 7º da Lei n. 8.560/92.

AFORADA A DEMANDA INVESTIGATÓRIA QUANDO O AUTOR ERA MENOR, E ALCANÇADA A ADULTÍCE NO CURSO DA AÇÃO, OS ALIMENTOS SERÃO DEVIDOS NO PERÍODO QUE MEDEOU ENTRE A DATA DA CITAÇÃO E O DIA EM QUE O INVESTIGANTE COMPLETOU 24 ANOS DE IDADE.

A obrigação alimentar sofre uma mutação probatória com o alcance da maioridade pela prole. Se o genitor antes estava compelido ao dever de sustento amalgamado ao poder familiar, com o atingimento da idade adulta é o filho que assume a incumbência de demonstrar que ainda necessita dos alimentos, devendo se enquadrar nos pressupostos do binômio alimentar inscrito no § 1º do art. 1.694 do Código Civil.

A jurisprudência, todavia, consolidou entendimento segundo o qual, estando o filho maior de idade cursando faculdade ou

outro curso técnico qualquer que aprimore seus conhecimentos e o habilite com superior calibragem intelectual para o mercado de trabalho, o dever de sustento que decorre do poder familiar deve ser prolongado até a idade de 24 anos.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2011.098910-2, da comarca de Joinville (2ª Vara da Família), em que é apelante R. E. F. e apelado R. G. C.:

A Quarta Câmara de Direito Civil decidiu, por unanimidade de votos, conhecer do recurso e dar-lhe parcial provimento. Custas legais.

O julgamento, realizado nesta data, foi presidido pelo Exmo. Des. Victor Ferreira, com voto, e dele participou o Exmo. Des. Luiz Fernando Boller. Funcionou como Representante do Ministério Público o Exmo. Sr. Dr. Durval da Silva Amorim.

Florianópolis, 28 de junho de 2012.

Jorge Luis Costa Beber
RELATOR

RELATÓRIO

Sentença lançada pela magistrada Hildemar Meneguzzi de Carvalho — cujo relatório adoto (fls. 162/163) — julgou procedente o pedido formulado na ação de investigação de paternidade n. 038.99.061778-2, da comarca de Joinville, ajuizada por R. G. C. contra R. E. F., a fim de reconhecer o vínculo de paternidade do réu em relação ao autor e, bem assim, fixar a pensão alimentícia em favor deste no importe de 50% (cinquenta por cento) do valor de 1 (um) salário mínimo.

Inconformado com o teor do decisório, apelou o vencido (fls. 180/190), alegando, como forma de obter o provimento do reclamo, que: a) faz jus à concessão dos benefícios da justiça gratuita, pois está desempregado e não possui condições para suportar o ônus financeiro do processo; b) a sentença é nula porque fixou alimentos em favor do autor sem que ele haja requerido na petição inicial, tendo feito tal pedido apenas após a contestação, o que não é permitido, segundo o art. 264 do CPC; c) o apelado já concluiu os estudos e trabalha como técnico de enfermagem no Hospital São José de Joinville, razão pela qual não se faz necessário o recebimento de pensão alimentícia; d) não foi intimado para a realização de exame de DNA, de modo que a inexistência de prova científica, no caso, não lhe pode ser imputada de forma prejudicial, tampouco pode ser declarada a presunção de paternidade; e) todas as testemunhas ouvidas são impedidas, porque apresentam relação próxima de parentesco ou amizade com o investigando, devendo a carga probatória emanada de seus depoimentos ser desconsiderada, a teor do art. 405 do CPC; e, f) somente a prova científica é capaz de fazer esclarecer o vínculo de paternidade e sua realização é imprescindível.

Respondendo ao reclamo (fls. 194/201), o apelado argumentou, em síntese, que a sentença deve ser mantida na íntegra.

Lavrou parecer pela douda Procuradoria-Geral de Justiça o Exmo. Sr. Dr. Procurador Tycho Brahe Fernandes, opinando pelo provimento parcial do reclamo.

Este é o relatório.

VOTO

Conheço do apelo, porquanto interposto a tempo e modo.

A questão fática é a seguinte: R. G. C. ajuizou contra R. E. F. a presente ação investigatória de paternidade, sustentando, em síntese, que sua

genitora manteve com o investigado relação amorosa exclusiva e duradoura no período de sua concepção, tendo o suposto pai negado o vínculo na contestação. Ambas as partes, não obstante, clamaram pela realização de prova científica a fim de confirmar ou afastar a paternidade.

A instrução probatória consistiu, basicamente, em diversas tentativas frustradas de realização de exame pericial pela análise genética e, ainda, na colheita de prova oral em audiência, após o que, então, foi julgado procedente o pedido, declarando-se presumido o vínculo de paternidade diante da reiterada recusa do demandado à realização do exame, à razão, então, de sua insurgência, a qual cuidou de deslindar.

As preliminares invocadas confundem-se com o mérito do recurso, razão por que com o mesmo serão analisadas.

Consigno, em primeiro lugar, que deve ser indeferido o pleito formulado pelo recorrente no tocante à concessão dos benefícios da gratuidade judiciária, justo que esta Corte possui reiterado entendimento segundo o qual a simples declaração de hipossuficiência (fl. 191) não é o bastante para o deferimento da benesse pretendida, devendo a parte interessada — sobretudo porque o art. 5º, inc., LXXIV, da Constituição Federal de 1988 assim o exige —, comprovar cabalmente a ausência de recursos e, do mesmo modo, a impossibilidade de suportar as custas do processo, o que não restou demonstrado sequer minimamente pelo apelante.

Gize-se, ainda, que nem mesmo um recibo salarial foi apresentado pelo réu ou mesmo sua declaração de bens. Sua CTPS também não carreada aos autos, o que não permite avaliar a alegação de desemprego.

Cito, a propósito, julgado desta Câmara em caso análogo:

“AÇÃO REIVINDICATÓRIA. JUSTIÇA GRATUITA. DECLARAÇÃO DE IMPOSSIBILIDADE DE SUPORTAR AS DESPESAS PROCESSUAIS SEM PREJUÍZO DO PRÓPRIO

SUSTENTO. INEXISTÊNCIA DE DOCUMENTOS NOS AUTOS QUE COMPROVEM, COM A NECESSÁRIA SEGURANÇA, A ALEGADA HIPOSSUFICIÊNCIA. EVIDÊNCIAS EXTERIORES SINALIZANDO A INSINCERIDADE DOS PRETENDENTES. CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA, ART. 5º, INC. LXXIV. RECURSO DESPROVIDO.

“1. Após o advento da Constituição Federal de 1988, a hipossuficiência não se presume, prova-se (art. 5º, LXXIV). 2. Não há, pois, como conceder-se o benefício da gratuidade judiciária a quem não comprova, com a necessária certeza, a alegada situação de hipossuficiência(...)” (AC n. 2011.080356-5, de Araranguá, Rel. Des. Eládio Torret Rocha, j. em 04.06.2012).

Realço, ainda nesse contexto, que o apelante somente ocupou-se do pedido de assistência judiciária após proferida a sentença de primeiro grau, nada obstante a ação estivesse tramitando por longos doze anos, tempo suficiente para que demonstrasse suas precárias condições financeiras.

À luz dessas considerações, nego o benefício pleiteado.

Alusivamente ao mérito, não há pertinência na alegação do recorrente sobre não ter sido pessoalmente intimado para realização do exame científico por DNA.

Com efeito, muito embora a prova pericial haja sido requerida por ambas as partes, constata-se que o investigado furtou-se à realização do exame genético de DNA por 06 (seis) vezes (fls. 34, 57, 75, 92, 102 e 115), eis que todas as tentativas de se lhe intimar pessoalmente para o procedimento técnico restaram frustradas em virtude de diversos estratagemas por ele implementados, dado que, estranhamente, nunca foi localizado em sua própria residência.

Ora, não se cogita, neste contexto, de nulidade dos atos intimatórios, na medida em que o apelante, primeiro, já havia oferecido resposta à

demanda, possuía advogado devidamente constituído nos autos, e, por fim, estava ciente da iminência da realização tanto do exame genético quanto da audiência instrutória, na medida em que as respectivas comunicações dos atos processuais foram entregues a pessoas de sua intimidade, tais como sua mãe e sua esposa (fls. 52, 73, 91, 101 e 114), inclusive mediante comunicação por hora certa (fl. 114).

Ademais, como bem ponderou o ilustre Procurador de Justiça, beira ao ridículo a pretensão do apelante de baixar os autos em diligência para que, agora em sede recursal, seja produzida a prova técnica mediante o exame de DNA, uma vez que ele está há quase 10 (dez) anos frustrando todas as tentativas de colheita de material genético implementadas pelo apelado e pelo Juízo, circunstância que revela, não se há negar, a mais evidente má-fé de sua parte.

Observo, nesse contexto, que diante da natureza do litígio, o comportamento processual das partes envolvidas não pode ser eclipsado, justo que dele dimanam inegáveis reflexos indiciários.

É evidente, com uma clareza que chega a ferir os olhos, que o comportamento apresentado pelo apelante foi totalmente incompatível com a postura que se espera de alguém que possui certeza acerca da impossibilidade da paternidade imputada.

Tal conduta, inocultavelmente, depõe contra os seus interesses, impendendo aqui citar a lição de EGAS MONIZ DE ARAGÃO, segundo a qual *“ao juiz é consentido tomar em consideração as atitudes, positivas ou negativas, adotadas pelos litigantes ao longo do processo e disso deduzir conseqüências, elementos de convicção no que tange a valorar a prova, para formar seu convencimento”* (Exegese do código de processo civil, aide, vol. IV-1, pg. 75).

Para CARLOS FURNO, citado pelo processualista paranaense, é *“especialmente supérflua qualquer norma legal expressa que obrigue ou*

proíba o juiz de tomar em consideração, no momento de sentenciar, a conduta processual das partes. Gostaria de saber por que meios poderia o juiz subtrair-se à influência dessa conduta quando exercitar seus poderes discricionários. Poderá não perceber sua influência, mas sofrê-la-á tão inconsciente como fatalmente.” (Teoria de la Prueba Legal, tradu. Sergio Gonzales Collado, Editora Revista de Derecho Privado, Madri, 1954, pg. 76).

NEY DA GAMA AHRENDES, desembargador aposentado do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, em trabalho elaborado quando ainda figurava como Juiz de Alçada naquele vizinho Estado, menciona que em inúmeros casos postos à apreciação do Poder Judiciário um dos fatores salientes na discussão é o comportamento processual das partes ou dos seus patronos, advertindo, ainda, que *“da atividade processual pode o magistrado deduzir argumentos de prova, notadamente no concernente à boa ou má-fé, sob a inspiração de um instrumento moderno, para o qual a distribuição da justiça não tem por escopo exclusivo o interesse dos conflitantes, mas seguir as inspirações do bem comum.”* (Comportamento processual da parte como prova, Revista AJURIS 6, pg. 74).

Como se vê, é impossível reputar o comportamento das partes no desenvolvimento da demanda como um dado inexpressivo, incolor ou irrelevante, máxime quando o litígio envolve direito indisponível, como a investigação do estado de filiação, cujos efeitos são prioritários à dignidade da pessoa.

Por certo, caso objetivasse o apelante, como aduz, obter a certeza científica acerca da paternidade, já teria há muito se colocado à disposição do Juízo para a realização da prova, e não, ao contrário, entrincheirando-se para não ser localizado e acovardando-se diante do interesse do suposto filho em ver proclamada a sua condição de pai — condição, aliás, das mais belas existentes na natureza humana, a ser exercida com desvelo, paixão e a mais alta responsabilidade, e não, como no caso, com desídia e escamoteamento

—, razão pela qual a sua reiterada negativa, por tanto tempo, à realização do exame de DNA, não pode conduzir a outro desfecho senão aquele contemplado na sentença que o reconheceu como genitor do apelado.

Cito, a propósito, que o reconhecimento presuntivo da paternidade diante da recusa à realização de exame de DNA vem amplamente disposto na legislação vigente, sobretudo nos arts. 231 e 232 do Código Civil, art. 2º-A, § único, da Lei n. 8.560/92, introduzido pela Lei n. 12.004, de 29.07.2009, bem como o verbete sumular n. 301 do Superior Tribunal de Justiça, todos já exaustivamente declinados na sentença e na manifestação ministerial.

Colho, a propósito do tema, os seguintes precedentes desta Corte:

“APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. REALIZAÇÃO DE EXAME DE DNA. NEGATIVAÇÃO. PRESUNÇÃO DE PATERNIDADE. EXEGESE DOS ARTS. 231 E 232 DO CÓDIGO CIVIL. APLICAÇÃO SUBSIDIÁRIA DA SÚMULA 301 DO STJ. (...) SENTENÇA REFORMADA. RECURSO PROVIDO.

‘Na ação de investigação de paternidade, a recusa imotivada do suposto pai em submeter-se ao exame de DNA constitui em elemento de prova a ele desfavorável. A presunção juris tantum da paternidade, enunciada na Súmula 301 do STJ, transmuda-se em absoluta quando as demais provas jungidas ao caderno processual - prova testemunhal - apresentarem-se favoráveis à filiação (AC n. 2010.065526-0, de Lages, Terceira Câmara de Direito Civil, Rel. Des. Fernando Carioni, j. em 29.04.2011).

E mais:

“Apelação cível. Ação de investigação de paternidade. Determinação de exame hematológico pelo método DNA. Recusa do requerido a se submeter a aludida prova. Presunção juris tantum de paternidade. Prova oral consubstanciada na inquirição de informantes, arroladas pela autora. Nenhum material produzido pelo demandado, tendente a afastar a mencionada presunção. Artigo 231 do Código Civil, e artigo 2º-A da Lei n. 8.560/1992, incluído pela Lei n. 12004/2009.

Súmula 301 do Superior Tribunal de Justiça e precedentes desta Corte. Sentença de procedência mantida. Recurso desprovido” (AC n. 2009.063469-5, da Capital, Quarta Câmara de Direito Civil, Rel. Des. Ronaldo Moritz Martins da Silva, j. em 14.05.2012).

Observo, no mais, que a prova testemunhal é unívoca e uníssona em coonestar a existência do envolvimento amoroso, contínuo e exclusivo, havido entre o apelante e a genitora do apelado, por aproximadamente 04 (quatro) anos, desde o ano de 1980 a 1984, quando foi concebido o investigando, tendo o relacionamento chegado ao fim nessa época, justamente em razão da aludida gravidez, não desejada pelo apelante e sua família.

Não procede, ademais, a pretendida nulidade da prova oral produzida pelo simples fato de as testemunhas possuírem maior ou menor grau de proximidade com o apelado, na medida em que o procedimento da audiência observou rigorosamente a previsão do Código de Ritos. Ora, 03 (três) das pessoas ouvidas o foram na condição de informantes (fls. 143/146 e 148/149) — a teor do art. 405, § 4º, do CPC —, e a outra (fl. 147) não foi contraditada a tempo e modo, como prevê a lei adjetiva (art. 414, §1º, do CPC), muito embora o procurador do apelante se fizesse presente na audiência instrutória.

Mas não é só. Em ações atinentes ao Direito de Família, máxime nas demandas perquiritórias, são justamente as pessoas que estão mais próximas dos envolvidos, geralmente pertencentes ao mesmo núcleo familiar, presentes ao palco dos acontecimentos, que ostentam maiores e melhores condições de anunciar a dinâmica do relacionamento que culminou com a concepção do investigante.

É de se reconhecer, portanto, para todos os fins de direito, o vínculo biológico de filiação havido entre os litigantes.

No que respeita ao alimentos, destaco que, a despeito de não haver expresso pedido na peça pórtrica, não estava a Magistrada prolatora da sentença impedida de arbitrá-los, ainda que o pleito para emenda da inicial, visando tal pretensão, tivesse sido juntado aos autos somente após a contestação.

Na verdade, uma vez reconhecida a paternidade, o arbitramento da verba alimentar, tratando-se de filho menor, ocorre de forma imediata, como corolário do dever de sustento que é intrínseco ao poder familiar. É o que dispõe o art. 7º da Lei n. 8.560/92, segundo o qual “sempre que na sentença de primeiro grau se reconhecer a paternidade, nela se fixarão os alimentos provisionais ou definitivo do reconhecido que deles necessite”.

Enfatizo, ainda, que a referida norma não viola a disposição contida no art. 264 do CPC e tampouco implica sentença *ultrapetita*, porquanto a prerrogativa decorre da própria natureza da demanda deste jaez e está disposta em lei especial e posterior ao diploma adjetivo. Não sucede, pois, a nulidade pretendida.

Esse Sodalício já proclamou:

“INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE - RECLAMO DECLARADO PROCEDENTE - AUSÊNCIA DE PEDIDO ALIMENTAR - POSSIBILIDADE DE FIXAÇÃO DE OFÍCIO - INTELIGENTE DO ART. 7º, DA LEI 8.560/92 - RECONHECIMENTO. - **O deferimento de alimentos, uma vez comprovada a paternidade, é provimento decorrente e automático do pedido de reconhecimento da paternidade. Caso em que, não há que se falar em nulidade da decisão, que fixa alimentos provisórios, porquanto, no caso, tal provimento dispensa pedido expresso. Inteligência do artigo 7º da Lei 8.560/92.**” (Des. Rui Portanova) [...] (Grifei e sublinhei - Apelação Cível n. 2010.055846-1, de Itapiranga, Rel. Des. Guilherme Nunes Born).

No mesmo sentido:

“MEDIDA CAUTELAR INCIDENTAL EM APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. EXAME DE DNA POSITIVO. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA QUE FIXOU, DE OFÍCIO, OS ALIMENTOS DEFINITIVOS À CRIANÇA. POSSIBILIDADE. INTELIGÊNCIA DO ART. 7º DA LEI 8.560/92. PEDIDO DE CONCESSÃO DE EFEITO SUSPENSIVO AO RECURSO DE APELAÇÃO. DESCABIMENTO. MEDIDA LIMINAR INDEFERIDA. EXEGESE DO ART. 520, II, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. PLAUSIBILIDADE DO DIREITO PLEITEADO NÃO DEMONSTRADA. PERDA SUPERVENIENTE DO INTERESSE PROCESSUAL COM O DESPROVIMENTO DO RECURSO DE APELAÇÃO. SITUAÇÃO QUE DISPENSA A MANIFESTAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO E A CITAÇÃO DA PARTE CONTRÁRIA. EXTINÇÃO DO PROCESSO SEM JULGAMENTO DO MÉRITO (ART. 267, VI, E 462, AMBOS DO CPC). “III. **A sentença de procedência da ação de investigação de paternidade pode condenar o réu em alimentos provisionais ou definitivos, independentemente de pedido exposto na inicial. Art. 7º da Lei 8.560, de 29.12.92.**” (REsp 257.885/RS, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, Quarta Turma, julgado em 21.09.2000, DJ 06.11.2000 p. 208). IV. O STJ já firmou seu posicionamento no sentido de que a apelação contra a sentença que fixa alimentos será recebida apenas no efeito devolutivo. Precedentes.” (STJ, REsp 819.729/CE, Rel. Ministro ALDIR PASSARINHO JUNIOR, QUARTA TURMA, julgado em 09/12/2008, DJe 02/02/2009). (Grifei e sublinhei - Medida Cautelar Incidental em Apelação Cível n. 2006.029234-0, de Curitiba, rel. Des. Saul Steil).

Finalmente:

“CIVIL E PROCESSO CIVIL. FAMÍLIA. AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. [...]. FIXAÇÃO DE ALIMENTOS. AUSÊNCIA DE PEDIDO EXPRESSO NA INICIAL. DESNECESSIDADE. ENTENDIMENTO DO ART. 7º DA LEI N. 8.560/92. CONTROVÉRSIA ACERCA DO VALOR DOS ALIMENTOS. BINÔMIO NECESSIDADE-POSSIBILIDADE. EXEGESE DO ART. 1.694, § 1º, DO CÓDIGO CIVIL. RECURSO PROVIDO PARCIALMENTE. A falta de qualificação das partes na apelação não é causa de

inadmissibilidade, pois desnecessária a sua repetição quando estão qualificadas em outras peças do processo. “Em se tratando de ação de investigação de paternidade, sendo menor o investigante e presumida, em caráter relativo, a necessidade, devem ser fixados alimentos independentemente de pedido. Ademais, a condenação ao pagamento de alimentos emana da própria lei que determina que sempre que na sentença de primeiro grau se reconhecer a paternidade, nela se fixará a pensão alimentícia” (Desembargadora Salete Silva Sommariva).[...].” (Apelação Cível n. 2008.067172-4, de São José, rel. Des. Luiz Carlos Freyesleben).

O réu também se insurge quanto à extensão da obrigação alimentar, já que o autor/apelado, atualmente, é maior de idade, contando com 28 anos, e é formado no curso de enfermagem, laborando junto ao Hospital São José.

De fato, no ponto, há que se modular o comando sentencial.

Com efeito, quando aforada a ação, no distante ano de 1999, o autor/apelante era menor de idade. A ação perdurou, no primeiro grau, por mais de doze anos, certamente com grande e decisiva contribuição do recorrente para tal morosidade, fruto do seu comportamento processual, como alhures examinado.

Os alimentos, nessa natureza processual, uma vez fixados, retroagem ao dia da citação, como, aliás, consignado na sentença.

Não se pode olvidar, por outro vértice, que na seara alimentar a maioridade enseja uma alteração no tocante ao ônus da prova, que passa a ser do alimentando, e não mais do alimentante, que antes estava obrigado ao dever de sustento intrínseco ao poder familiar. É o filho, já maior de idade, que deve provar que realmente necessita dos alimentos. A presunção da necessidade é relativa ao maior, devendo este se enquadrar nos pressupostos da necessidade-possibilidade, tal como inscrito no § 1º do art. 1.694 do Código Civil.

É certo, por outro viés, que a maioria não importa na exoneração automática do dever de prestar alimentos, como, aliás, já decidido pelo S.T.J:

“A maioria civil, em que pese faça cessar o poder familiar, não extingue, modo automático, o direito à percepção de alimentos, que subjaz na relação de parentesco e na necessidade do alimentando, especialmente estando matriculado em curso superior” (STJ, RHC 28566/GO, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino. J. em 21/09/2010).

Tal entendimento possui suas raízes fincadas na especial circunstância do filho, já maior, estar cursando universidade, entendendo-se, nesse caso, ser presumida sua necessidade de auxílio para custear seus estudos, ressumbrando incontestável que a continuidade da contribuição dos genitores ocorre como inegável dever de solidariedade para formação da prole.

Exatamente por isso que a jurisprudência consolidou entendimento segundo o qual, estando o filho maior de idade cursando faculdade ou outro curso técnico qualquer que aprimore seus conhecimentos e o habilite com maior calibragem intelectual para o mercado de trabalho, o dever de sustento que decorre do poder familiar deve ser prolongado até a idade de 24 anos.

A propósito:

“A obrigação alimentícia decorrente do poder familiar cessa, em regra, com a maioria civil do alimentário. Entretanto, o dever dos genitores de sustentar a prole estende-se até a data em que o alimentando completar 24 anos de idade, se estiver cursando ensino superior.” (Apelação cível n. 2006.032971-9, de Joaçaba. Relator: Des. Luiz Carlos Freyesleben, j. 22.06.2007).

No mesmo diapasão:

“AÇÃO DE ALIMENTOS - AUTORA QUE CURSA UNIVERSIDADE - COMPROVAÇÃO DO BINÔMIO

NECESSIDADE/POSSIBILIDADE - VERBA ALIMENTAR DEVIDA - VALOR ARBITRADO CONFORME O ART. 1.694, § 1º, DO CÓDIGO CIVIL - ATINGIMENTO DA IDADE DE 24 (VINTE E QUATRO) ANOS NO CURSO DA LIDE - LIMITE DA OBRIGAÇÃO DE PAGAR ALIMENTOS ALCANÇADA - FATO SUPERVENIENTE EXTINTIVO DO DIREITO DA ALIMENTANDA - INTELIGÊNCIA DO ART. 462 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL - PENSÃO DEVIDA NO PERÍODO COMPREENDIDO ENTRE A FIXAÇÃO DOS ALIMENTOS PROVISIONAIS E A DATA DE ANIVERSÁRIO DE 24 (VINTE E QUATRO) ANOS - SENTENÇA REFORMADA - RECURSO PROVIDO.

Na espécie, comprovadas as necessidades da reclamante e as possibilidades da pessoa obrigada, é devida pensão alimentícia no intervalo de tempo envolvendo a data da fixação dos alimentos provisionais e o atingimento da idade de 24 (vinte e quatro) anos, momento que marca a cessação do dever de prestar alimentos.” (Apelação Cível n. 2007.027500-0, da Capital, Relator: Des. Mazoni Ferreira).

Portanto, diante de tais balizamentos, considerando que a ação perquiratória foi proposta quando o autor/apelado era menor de idade, tendo em mente que suas necessidades foram até mesmo maiores do que aqueles que ostentam paternidade reconhecida, sobretudo para custear seus estudos, estimo que a verba alimentar arbitrada na sentença deve ser tida por devida no período que medeou entre a citação do réu e o dia em que o demandante completou 24 anos de idade, incidindo sobre o valor arbitrado correção monetária e juros de mora contados de cada parcela devida.

Em situação rigorosamente idêntica, esse órgão fracionário assim decidiu:

“APELAÇÃO CÍVEL - SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA EM AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE C/C. ALIMENTOS, TENDO SIDO FIXADO O AUXÍLIO MATERIAL A SER PRESTADO PELO REQUERIDO À SUA DESCENDENTE NO QUANTUM MENSAL EQUIVALENTE A 4 (QUATRO) SALÁRIOS MÍNIMOS. INSURGÊNCIA

FUNDADA NO FATO DE A FILHA TER ATINGIDO A MAIORIDADE ANTES MESMO DO AJUIZAMENTO DA AÇÃO, CONTANDO ATUALMENTE 24 (VINTE E QUATRO) ANOS, ALÉM DE EXERCER ATIVIDADE REMUNERADA - CIRCUNSTÂNCIAS QUE, NA ESPÉCIE, NÃO AFASTAM A OBRIGAÇÃO DE PRESTAR ALIMENTOS - AUTORA QUE SE VIU IMPOSSIBILITADA DE LEVAR ADIANTE CURSO DE NÍVEL SUPERIOR, DIANTE DOS PARCOS RENDIMENTOS PERCEBIDOS PELO SEU TRABALHO, NÃO DISPONDO DE RECURSOS FINANCEIROS PARA CUSTEAR AS RESPECTIVAS MENSALIDADES - GENITOR QUE RESISTIU EM PRESTAR AJUDA, TENDO SIDO O GRANDE RESPONSÁVEL PELO ATRASO NA FORMAÇÃO PROFISSIONAL DA APELADA - PRORROGAÇÃO DA OBRIGAÇÃO ALIMENTAR, DE MODO A VIABILIZAR O ATENDIMENTO DESTES NOBRES OBJETIVOS POR PARTE DA DEMANDANTE. Em situações excepcionais, será devida a prestação de alimentos ao filho que já completou 24 (vinte e quatro) anos, mormente se demonstrado o seu interesse em obter formação profissional, e a impossibilidade de assim tê-lo feito na época oportuna, diante da ausência de recursos financeiros, e da negativa de auxílio por parte do genitor, cuja paternidade vem reconhecida em ação proposta para este fim e para a obtenção dos direitos decorrentes do estado de filiação, inclusive os alimentos. [...]” (Apelação Cível n. 2011.050875-1, de Gaspar, rel. Des. Luiz Fernando Boller).

Isto posto, pelo meu voto eu dou parcial provimento ao recurso, a fim de, tão-somente, reconhecer como devida a verba alimentar no período que medeou entre a data da citação do apelante e o dia em que o apelado completou 24 anos de idade.

QUINTA CÂMARA DE DIREITO CIVIL

APELAÇÕES CÍVEIS

Apelação Cível n. 2007.057649-0, da Capital

Relator: Des. Monteiro Rocha

PROCESSUAL CIVIL – RECURSO DOS AUTORES INTERPOSTO POR ADVOGADA DE UMA DAS RÉS – REPRESENTAÇÃO PROCESSUAL OFENSIVA AO ART. 355, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CÓDIGO PENAL E PRECEITOS ÉTICOS DO EXERCÍCIO DA ADVOCACIA – IMPOSSIBILIDADE DE JUNTADA DE PROCURAÇÃO OU SUBSTABELECIMENTO – VÍCIO DE REPRESENTAÇÃO INSANÁVEL – INAPLICABILIDADE DO ART. 13 DO CPC NO CASO CONCRETO – RECURSO NÃO CONHECIDO – ALTERAÇÃO DA VERDADE DOS FATOS E ATUAÇÃO PROCESSUAL TEMERÁRIA – MULTA E INDENIZAÇÃO POR LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ – CONDENAÇÃO *EX OFFICIO*.

Mesmo nas instâncias ordinárias, não se sana vício de representação processual quando advogado do recorrente defende, simultaneamente, de qualquer modo, de maneira escrita ou verbal, a parte recorrida.

Recorrendo ou consultando em favor de uma das partes, ao advogado não é possível a defesa da parte contrária, até porque tal regularização incidiria no crime de tergiversação.

É condenável a parte, de forma temerária, alterar a verdade dos fatos, sendo imperativo legal a imposição de multa e indenização por litigância de má-fé.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2007.057649-0, da comarca da Capital (5ª Vara Cível), em que são apelantes Rodney João Ferreira da Cunha, Scheila Di Pietro da Cunha, Deniz Vieira e Maria Ines Melo Vieira, sendo apelado Gregório Frontino Geremias e interessada Maxtel Telecomunicações Ltda ME:

A Quinta Câmara de Direito Civil decidiu, por votação unânime, não conhecer do recurso e condenar os autores ao pagamento de multa e indenização por litigância de má-fé. Custas na forma da lei.

Participaram do julgamento, realizado em 29 de março de 2012, os Exmos. Srs. Desembargadores Henry Petry Junior e Jairo Fernandes Gonçalves.

Florianópolis, 12 de abril de 2012.

Monteiro Rocha

PRESIDENTE E RELATOR

RELATÓRIO

Na comarca da Capital, o casal Rodney João Ferreira da Cunha e Scheilla Di Pietro da Cunha, Deniz Vieira e Maria Inez Melo Vieira, por intermédio da advogada Maria Helena da Cunha Olinger (procuração à fl. 07), ajuizaram Ação Declaratória de Desoneração de Fiança em face de Gregório Frontino Geremias e Maxtel Telecomunicações Ltda alegando

que afiançaram contrato de locação por prazo determinado (seis meses) em favor da requerida Maxtel Telecomunicações Ltda.

Informaram que a empresa Maxtel Telecomunicações Ltda encerrou informalmente suas atividades, em 20 de abril de 1994, dando ciência ao locador Gregório Frontino Geremias, através da administradora do imóvel Metrópolis Serviços Imobiliários Ltda, fato a respeito do qual os requerentes só tomaram conhecimento nessa data.

Argumentam que o locador e a administradora do imóvel, embora cientes de que a afiançada não mais exercia atividade comercial no imóvel locado, não comunicaram a situação aos fiadores, motivando o ajuizamento desta ação para desonerar os autores das obrigações decorrentes da garantia locatícia por eles fornecida.

Ponderam que, após a empresa afiançada (Maxtel Telecomunicações Ltda) encerrar suas atividades, o imóvel foi ocupado por Valdir Paulo Régis, que estabeleceu residência e oficina no local, posteriormente locando em contrato verbal, parte do imóvel para a empresa Purimax.

Sustentam que, apesar da nova relação locatícia, da qual não participava a empresa afiançada, a administradora do imóvel fornecia os recibos de pagamento dos alugueres em nome da empresa Maxtel Telecomunicações Ltda, além de majorar ilegalmente o valor locativo mensal.

Afirmam que a locação do imóvel pela afiançada Maxtel Telecomunicações Ltda perdurou até 20-04-1994, quando foi efetivado o pagamento do valor de CR\$187.952,40 (cento oitenta sete mil, novecentos cinquenta e dois cruzeiros reais e quarenta centavos) a título de aluguel.

Esclarecem que foram intimados em ação de despejo proposta no Juizado Especial de Causas Cíveis da Capital pelo Locador Gregório Frontino Geremias, contra Maxtel Telecomunicações Ltda, tomando

conhecimento de que o locador e a imobiliária Metrópolis pretendiam cobrar dos fiadores autores os aluguéis vencidos até a efetiva desocupação do imóvel, o que ocorreu durante a tramitação da ação de despejo.

Sustentam que não podem ser mantidas as obrigações relativas à fiança porque a locação garantida foi extinta e porque outro inquilino passou a ocupar o imóvel, com a anuência do locador Gregório Geremias e da administradora do imóvel Metrópolis Serviços Imobiliários.

Assim discorrendo, os autores fiadores requereram a procedência da ação para desonerá-los da obrigação contratual a partir da cessão do imóvel a terceiros, bem como condenar os réus ao pagamento de custas processuais e honorários advocatícios.

Devidamente citada, Maxtel Telecomunicações Ltda (locatária), através da advogada Sandra Regina Machado de Souza (procuração à fl. 38), ofereceu contestação às fls. 36/37, confessando que, por intermediação da empresa Metrópolis Serviços Imobiliários Ltda, locou o imóvel *sub judice* de Gregório Frontino Geremias, para fins comerciais, por seis meses, com encerramento do contrato previsto para 24-7-1994.

Assevera que encerrou suas atividades em 20-4-1994, ocasião em que seu representante legal compareceu no escritório da imobiliária Metrópolis, acompanhado do novo inquilino Valdir Paulo Régis, tendo a imobiliária comprometido-se a regularizar a situação, elaborando novo contrato de locação.

Pondera que, a partir deste momento, o imóvel passou a ser utilizado pelo novo locatário, Sr. Valdir Paulo Regis, o qual, posteriormente, sublocou parte do imóvel à empresa Purimax, conforme fotos anexas à inicial.

Afirma que cumpriu suas obrigações contratuais até entregar o imóvel locado em 20-4-1994.

Sustenta que a imobiliária responsável pela locação e o proprietário do imóvel estavam cientes da alteração do locatário, o que pode ser verificado nos autos da ação de despejo, uma vez que, naqueles autos, o Sr. Roberto Carlos Rodrigues, filho de Valdir Paulo Regis, entregou as chaves do imóvel em 19-3-1996.

Argumentando que deixou de ser responsável pelo pagamento das despesas de aluguel, IPTU e demais encargos locatícios a partir de 20-4-1994, a empresa Maxtel requereu a procedência da ação contra si dirigida.

Também citado, o requerido Gregório Frontino Geremias ofereceu contestação (fls. 48/53) alegando que os autores confessam haverem assumido a garantia do contrato de locação, responsabilidade que perdura até a entrega efetiva das chaves.

Argumenta que os autores objetivam locupletar-se indevidamente, deixando de garantir o que a afiançada Maxtel não cumpriu, causando gravame financeiro ao réu locador Gregório, sendo inverídica a informação de que há pouco souberam do atraso no pagamento dos alugueres, pois foram intimados na ação de despejo.

Impugna as alegações dos autores acerca da existência de nova locação ou sublocação e insiste que o contrato existente entre si e a empresa Maxtel somente encerrou-se em 6-3-1996, durante a tramitação da ação de despejo.

Assim discorrendo, requereu a improcedência do pedido inicial, mantendo a obrigação dos fiadores até a efetiva entrega das chaves, que ocorreu em 6-3-1996.

Em petição subscrita pela advogada Maria Helena da Cunha Olinger, os autores impugnam a contestação (fls. 62/65).

Cópia da sentença proferida na ação de despejo veio aos autos (fls. 67/68).

Audiência de instrução e julgamento às fls. 81/83.

Em memoriais, os autores requereram a procedência da ação (fls. 86/89 – petição subscrito por Maria Helena da Cunha Olinger); a ré Maxtel – Telecomunicações Ltda requereu, também, a procedência da ação (fls. 90/91 – petição subscrito por Sandra Regina M. De Souza) e o requerido Gregório Frontino Geremias, à fl. 92/95, a improcedência do pedido exordial.

Sentenciando o feito, o magistrado processante julgou extinto o processo, com fulcro no art. 267, V, do CPC, reconhecendo a ocorrência de coisa julgada entre o presente feito e a ação de despejo c/c cobrança de alugueres. No mesmo ato, julgou improcedentes os pedidos articulados em ação cautelar apensa, condenando os autores ao pagamento de custas processuais e honorários advocatícios, os quais arbitrou em 10% sobre o valor atualizado da causa, com fulcro no art. 20, §4º, do CPC.

Recurso de apelação de fls. 116/118 é subscrito pela advogada Sandra Regina Machado de Souza em favor dos autores.

Contrarrazões às fls. 127/130.

Sandra Regina Machado de Souza (advogada da ré Maxtel Telecomunicações Ltda) e Maria Helena da Cunha Olinger (advogada dos fiadores autores) peticionaram apresentando renúncia aos mandatos que lhe foram outorgados para atuarem no feito.

Em decisão irrecorrida, o pedido de renúncia foi indeferido pelo então relator porque desacompanhado da respectiva notificação dos clientes.

Memoriais dos autores vieram aos autos às fls. 143/148, subscritos pelo advogado Orlando Carlos Ferreira da Cunha (procuração à fl. 07 para atuar em nome dos autores).

É o relatório.

VOTO

Registre-se que o Dr. Bruno Costa Content fez sustentação oral em favor dos autores, por ocasião da sessão de julgamento do dia vinte e nove de março próximo passado.

1. Petição de protocolo n. 007722

Incluso o feito em pauta de julgamento, a requerida Maxtel Telecomunicações Ltda – informando sua aceitação à renúncia de mandato da advogada Sandra Regina Machado de Souza – requereu a juntada de procuração tendo como mandatária a Dra. Milene Feijó Vieira (conforme petição de protocolo n. 007722, protocolada em 27 de fevereiro de 2012).

Defere-se o requerimento de juntada de instrumento procuratório e, quanto à renúncia ao mandato anterior, defere-se a partir da data do protocolo de requerimento, tendo em vista a decisão irrecorrida de fl. 138.

Deve a Diretoria de Cadastro e Distribuição Processual realizar as alterações necessárias na autuação do processo, fazendo constar a Dra. Milene Feijó Vieira, OAB/SC 29.233, como única advogada de Maxtel Telecomunicações Ltda.

Reautue-se com nova capa nos autos, preservando-se a autuação antiga.

Mantém-se o julgamento do processo porque o requerimento foi protocolizado após a inclusão dos autos em pauta de julgamento.

2. Petição de protocolo n. 001532

Incluso o feito em pauta de julgamento, os autores requereram a juntada de substabelecimento, com reserva de poderes, em favor do

advogado Bruno Costa Content – OAB/RJ 159.711 (petição protocolada em 13-3-2012).

Defere-se o requerimento de juntada de substabelecimento, devendo a Diretoria de Cadastro e Distribuição Processual realizar as alterações necessárias na autuação do processo.

O requerimento de adiamento do julgamento – não obstante indevido em face do substabelecimento com reserva de poderes e o impedimento momentâneo informado ser apenas em relação ao substabelecido – restou prejudicado com o adiamento do julgamento do recurso.

3. Petição de protocolo n. 007727

Incluso o feito em pauta de julgamento, os autores juntaram aos autos substabelecimento de procuração, através do qual Orlando Carlos Ferreira da Cunha substabelece, com reservas, à Dra. Sandra Regina Machado de Souza, os poderes que lhe foram outorgados pelos autores, em petição protocolada em 27 de fevereiro de 2012, protocolo n. 007727.

Os autores Rodney João Ferreira da Cunha, Sheilla Di Pietro da Cunha, Deniz Vieira e Maria Inez Melo Vieira constituíram como seus patronos, em 22-2-1996, os advogados Orlando Carlos Ferreira da Cunha (OAB/SC 0750) e Maria Helena da Cunha Olinger (OAB/SC 4375), conforme fl. 07.

Inexiste nos autos procuração dos autores conferindo poderes à Dra. Sandra Regina Machado de Souza para que esta os representasse neste processo, em que pese tenha ela, sem procuração e poderes para tanto, arrazoadado e subscrito o recurso de apelação cível dos autores, que está pendente de julgamento.

A regra vigente em nosso ordenamento jurídico é a de que “*sem instrumento de mandato, o advogado não será admitido a procurar em juízo*”,

exceto para a prática de atos urgentes, na forma prescrita em lei (art. 37 do CPC).

Entretanto, a Jurisprudência mitiga o rigor da norma em referência, permitindo a regularização de vício de representação processual, antes da aplicação de medidas mais severas como a extinção do processo ou não conhecimento de recurso, mediante aplicação do art. 13 do CPC.

Neste sentido, por exemplo:

- “É pacífico no STJ que a falta de instrumento de mandato constitui defeito sanável nas instâncias ordinárias, aplicando-se, para o fim de regularização da representação postulatória, o disposto no art. 13 do CPC” (STJ, 2ª T. AgRg no REsp 1.128.343/RS, j. 2-9-2010).

As normas processuais não podem servir de empecilho à satisfação do direito material porque, conforme expunha o Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, *“o atual CPC prestigia o sistema que se orienta no sentido de aproveitar ao máximo os atos processuais, regularizando sempre que possível as nulidades sanáveis”* (RT 659/183).

Não obstante a doutrina do aproveitamento dos atos processuais e a busca na preservação do direito material das partes envolvidas, os operadores do direito estão sujeitos a limites legais e éticos, estejam eles positivados ou não em nosso ordenamento jurídico (nota: exemplo histórico recente do que se afirma é o princípio da boa-fé, que restou positivado em nosso ordenamento jurídico com a edição do Código de Defesa do Consumidor, mas que, antes disso, era aplicado por doutrina e jurisprudência pátrias em todas as relações contratuais e não apenas nas de consumo).

Na hipótese dos autos, em que há ausência de mandato – porque a Dra. Sandra Regina Machado de Souza não possuía ao tempo da interposição do recurso poderes para atuar em nome dos autores –, a correção consiste em juntada de procuração ou substabelecimento para habilitar a subscritora do apelo ou ratificação – em tempo hábil (nota: neste

sentido, há entendimento do Superior Tribunal de Justiça esclarecendo que “estando o advogado impedido de advogar contra a parte adversa, ficam sanados os atos por ele praticados, *desde que ratificados atempadamente*, a teor do disposto no art. 13, I, do CPC” (RSTJ 87/83) – do recurso interposto por advogado habilitado a atuar nos autos.

Entretanto, a irregularidade na representação processual dos autores/apelantes (Rodney João Ferreira da Cunha e outros) – ausência de procuração dos autores outorgando poderes à advogada da ré Maxtel e que subscreveu o recurso em favor dos autores – não pode ser corrigida (sanada) por nenhuma das formas, conforme segue.

A Dra. Sandra Regina Machado de Souza, quando da interposição do recurso de apelação em favor dos autores, era advogada da requerida Maxtel Telecomunicações Ltda ME e assim permaneceu até o presente momento, com o deferimento da renúncia no item 1 deste acórdão.

O fato da Dra. Sandra Regina Machado de Souza ter atuado nos autos como advogada da ré Maxtel Telecomunicações Ltda ME a impede de atuar, no mesmo processo, como advogada da parte *ex adversa* (os autores), cujos interesses estão em evidente conflito com os da ex-mandante. É que, liberados os fiadores da fiança contratual, os ônus de pagamento dos encargos locatícios recairão, exclusivamente, sobre a locatária (a empresa Maxtel Telecomunicações).

À toda evidência, aceitar a regularização da legitimidade *ad processum*, nestes autos, é permitir que a Dra. Sandra Regina Machado de Souza atue como advogada, ao mesmo tempo, para autores e ré com interesses conflitantes, o que é vedado pelo ordenamento jurídico vigente.

A respeito do assunto transcreve-se o seguinte dispositivo de lei:

“Art. 355. Trair, na qualidade de advogado ou procurador, o dever profissional, prejudicando interesse, cujo patrocínio, em juízo, lhe é confiado:

“Pena – detenção, de 6 (seis) meses a 3 (três) anos, e multa.

“Parágrafo único: Incorre na pena deste artigo o advogado ou procurador judicial que defende na mesma causa, simultânea ou sucessivamente, partes contrárias” (Código Penal).

Ressalta-se: ainda que se compreenda o elo de ligação entre fiadores (autores Rodney João Ferreira da Cunha e outros) e afiançada (ré Maxtel, empresa atualmente sem atividade) – nota: *presume-se que ninguém afiançaria pessoa desconhecida* –, neste processo de exoneração de fiança uns e outra são partes adversárias e com ‘interesses conflitantes’, em razão da responsabilidade que recairá sobre a afiançada Maxtel Telecomunicações se os autores foram desonerados da fiança, como pretendem.

Aliás, o confessado encerramento irregular das atividades da empresa requerida Maxtel Telecomunicações Ltda ME (fl. 14), revela interesse comum de autores e ré em usar fraudulentamente a pessoa jurídica de Maxtel Telecomunicações Ltda para frustrar a execução dos encargos locatícios, o que há muito preocupa os operadores do direito, pelo menos desde 1897, no conhecido caso Salomon vs Salomon & Co.

Por outro lado, o Código de Ética da OAB – de observância obrigatória para os advogados, conforme art. 33 de seu Estatuto –, embora não trate da conduta prevista no parágrafo único do art. 355 do CP (*defender na mesma causa, simultânea ou sucessivamente, partes contrárias*) porque, salvo melhor juízo, nem precisaria, pois a conduta está prevista em lei penal, prevê, entre outras normas de conduta, as que seguem transcritas:

“Art. 17 – Os advogados integrantes da mesma sociedade profissional, ou reunidos em caráter permanente para cooperação recíproca, não podem representar em juízo clientes com interesses opostos.

“Art. 18 – Sobrevindo conflitos de interesse entre seus constituintes, e não estando acordes os interessados, com a devida prudência e discernimento, optará o advogado por um dos mandatos, renunciando aos demais, resguardado o sigilo profissional.

“Art. 19 - O advogado, ao postular em nome de terceiros, contra ex-cliente ou ex-empregador, judicial e extrajudicialmente, deve resguardar o segredo profissional e as informações reservadas ou privilegiadas que lhe tenham sido confiadas.

“Art. 20 - O advogado deve abster-se de patrocinar causa contrária à ética, à moral ou à validade de ato jurídico em que tenha colaborado, orientado ou conhecido em consulta; da mesma forma, deve declinar seu impedimento ético quando tenha sido convidado pela outra parte, se esta lhe houver revelado segredos ou obtido seu parecer”.

Dos preceitos éticos supracitados, verifica-se a grande preocupação do legislador em impedir a tergiversação, proibindo ao advogado, inclusive, atuar em processo quando ‘consultado’ (apenas consultado) ou ‘convidado’ para atuar em nome da parte *ex adversa* (art. 20 do Código de Ética).

Por essas razões, entende-se não ser possível ‘regularizar’ a representação da Dra. Sandra Regina Machado de Souza, como se pretende através do substabelecimento de protocolo 007727. É que, se este Tribunal de Justiça permitir à referida advogada atuar em favor dos autores, convalidando a peça recursal por ela subscrita, estará concretizando a prática prevista no art. 355, parágrafo único, do Código Penal (citado anteriormente).

Por outro lado, considerando o prazo recursal de quinze dias a que se sujeitam ambas as partes e cuja dilação inapropriada causa evidente prejuízo à parte *ex adversa*, além de desequilíbrio na relação processual, não é possível permitir ao advogado dos autores, Dr. Orlando Carlos Ferreira da Cunha, ratificar posteriormente as razões recursais assinadas por Sandra Regina Machado de Souza, subscrevendo o apelo como fez às fls. 116/118 (com a interposição de assinaturas e carimbos nas razões recursais), após a retirada dos autos da pauta de julgamento do dia 30-11-2011.

É o que se verifica no processo, pois, conforme certidão de fl. 135 e autuação do feito, à época da interposição do recurso, Sandra Regina

Machado de Souza constou como única advogada dos apelantes autores Rodney João Ferreira da Cunha, Scheila Di Pietro da Cunha, Deniz Vieira e Maria Ines Melo Vieira.

Note-se que, neste Tribunal de Justiça de Santa Catarina, havendo mais de um advogado atuando em favor do litigante, a ficha processual apresenta todos os advogados da parte e, na autuação, o nome de advogado ‘*principal*’ (o primeiro ou aquele em que se postular sejam feitas as publicações) seguido da expressão ‘*e outros*’, o que não ocorre no caso concreto.

Tal assertiva é ainda corroborada pela decisão de fl. 138, ao mencionar a ‘procuradora da apelante’.

Assim, indefere-se o requerimento formulado na petição de protocolo n. 007727 – através do qual o Dr. Orlando Carlos Ferreira da Cunha (OAB/SC 750) objetiva substabelecer os poderes que lhe foram outorgados pelos autores à Dra. Sandra Regina Machado de Souza (OAB 4258/SC) –, em face do disposto no art. 355, parágrafo único, do Código Penal. É que – não obstante a renúncia da Dra. Sandra Regina Machado de Souza aos poderes que lhe foram outorgados pela ré Maxtel Telecomunicações Ltda –, a aceitação do substabelecimento implicaria, salvo melhor juízo, em ofensa à norma penal antes mencionada.

Porque “o recurso interposto por advogado sem procuração nos autos é ineficaz” (MARINONI, Luiz Guilherme e MITIDIERO, Danil. Código de Processo Civil Comentado Artigo por Artigo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p 126, nota 1);

Porque o recurso foi subscrito por mandatária proibida legalmente de atuar em nome dos apelantes;

Porque a correção do vício formal implicaria em ofensa ao art. 355, parágrafo único, do Código Penal e em dilação de prazo recursal com prejuízo à parte *ex adversa* e tratamento desigual às partes;

E porque o vício formal de representação é insanável, não se conhece do recurso.

4. Litigância de má-fé

Está previsto em lei que ‘são deveres das partes e de todos aqueles que de qualquer forma participam do processo’, entre outros, ‘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’ (CPC, art. 14, I, II e III).

Por isso, o legislador reputou como litigante de má-fé quem: ‘alterar a verdade dos fatos’ ou ‘proceder de modo temerário em qualquer incidente ou ato do processo’ (CPC, 17, II e V, respectivamente).

Na inicial os fiadores defenderam a tese de que “a empresa Maxtel Telecomunicações Ltda (a afiançada) encerrou suas atividades – de fato – em 20 de abril de 1994 (doc. 06), dando ciência disso ao locador Gregório Frontino Geremias, através da administradora do imóvel, Metrópolis Serviços Imobiliários Ltda” e que “só recentemente é que os requerentes tomaram conhecimento disso...” (parágrafos 2 e 3 da inicial).

A própria inicial (protocolada em março de 1996) evidencia a falta de verdade da afirmação supra, pois os autores, em sentido contrário ao que antes alegaram, afirmaram que “os requerentes tomaram conhecimento de todas estas ocorrências após serem intimados da ação de despejo por falta de pagamento...” (item 11 da inicial).

A concepção de ‘recentemente’ varia de acordo com o contexto cronológico, filosófico e jurídico. Em relação ao presente caso, para um milênio, o período de uma década atrás é recente. Tratando-se de uma

década, um ano pode ser recente. Ainda que seja o tempo relativo, entendo que os autores faltaram com a verdade ao alegarem que só tomaram conhecimento do abandono do imóvel pela locatária ‘recentemente’.

O contrato foi firmado no início de 1994; o alegado e não provado encerramento de fato ocorreu em abril de 1994 e os autores alegam que tomaram conhecimento disso somente quando foram intimados da ação de despejo. Acontece que os autores trouxeram com a inicial cartas de intimação (fls. 12 e 13) datadas de setembro de 1995, portanto cerca de seis meses antes do ajuizamento da ação e o réu locador outras de junho de 1995 (fls. 54/58).

No plano cronológico dos fatos mencionados na vestibular, não há como conceber a alegação de ‘recentemente’ (fato circunstancial relevante no contexto da lide) como verdadeira. Considerando-se apenas os documentos da inicial, datados de setembro de 1995, houve por parte dos autores infringência ao art. 17, II, do CPC ou, pelo menos, conduta temerária passível de reprimenda processual.

Não bastasse isso, estruturou-se o pedido inicial no argumento de que os autores/fiadores não foram citados para a ação de cobrança de encargos locatícios (por isso, inclusive, defendiam a possibilidade de discutir o contrato de fiança nestes autos), o que foi claramente afastado pela cópia da sentença monocrática proferida nos autos da ação de despejo c/c cobrança de alugueres, ao mencionar a intimação dos fiadores e sua posterior citação, conforme certidão de fl. 40v. daqueles autos:

“...Após intimação dos fiadores, foi o locatário imitado na posse e requereu o prosseguimento do feito no tocante a cobrança dos alugueres, com a citação dos avalistas DENIZ VIEIRA e MARIA INEZ MELO VIEIRA, RODNEY JOÃO FERREIRA DA CUNHA e SCHEILA DI PIETRO DA CUNHA.

“Citados os *avalistas* [*sic*] (certidão de fls. 40v...)...” (fl. 67).

Provado o fato e não obstante o elenco probatório analisado, os autores, por seu advogado, alegaram não terem sido citados naqueles autos de despejo c/c cobrança de alugueres, em conduta incompatível com a boa-fé processual (CPC, art. 17, I, II e V).

Em face dessas razões e do que determina a lei, aplica-se aos autores apelantes, solidariamente, a pena por litigância de má-fé em multa de 1% sobre o valor atualizado da causa; condena-se os autores, ainda, ao pagamento de indenização individual de 20% sobre o valor atualizado da causa, tendo em vista que à saciedade, provou-se o interesse de todos, que é o mesmo, ou seja, eximirem-se das obrigações que garantiriam o contrato de fiança (CPC, 18, §§1º e 2º).

5. Ex positis

Existindo nos autos vício insanável de representação processual, não conheço do recurso, mantendo a sentença monocrática, inclusive no tocante aos ônus sucumbenciais.

Condeno os autores ao pagamento de multa e indenização por litigância de má-fé, nos termos do voto.

À Divisão de Recursos e Incidentes para encaminhar cópia integral dos autos ao Ministério Público e à Ordem dos Advogados do Brasil, Seccional de Santa Catarina, mediante recibo nos autos, e cumprir as determinações contidas nos itens 1, 2 e 3 deste acórdão.

Somente após as providências determinadas no parágrafo anterior, publique-se este acórdão.

É o voto.

Apelação Cível n. 2008.029371-9, de Joinville

Relator: Des. Monteiro Rocha

PROCESSUAL CIVIL – RECURSO DE APELAÇÃO INTERPOSTO ANTES DO JULGAMENTO DOS EMBARGOS DECLARATÓRIOS – EMBARGOS ACOLHIDOS – RATIFICAÇÃO DA APELAÇÃO INTERPOSTA PREMATURAMENTE – AUSÊNCIA – INTEMPESTIVIDADE CONFIGURADA – APELO NÃO CONHECIDO.

A decisão dos embargos integra a sentença e forma uma única decisão, sendo necessária a ratificação da apelação interposta prematuramente se houver acolhimento dos embargos com ou sem efeito infringente, sob pena de ser intempestivo o apelo.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2008.029371-9, da comarca de Joinville (1ª Vara Cível), em que é apelante Alessandra Paloma Hoffmann, sendo apelada Construtora e Imobiliária Diana Ltda:

A Quinta Câmara de Direito Civil decidiu, por votação unânime, não conhecer do recurso. Custas na forma da lei.

Participaram do julgamento, realizado nesta data, os Exmos. Srs. Desembargadores Henry Petry Junior e Jairo Fernandes Gonçalves.

Florianópolis, 31 de maio de 2012.

Monteiro Rocha
PRESIDENTE E RELATOR

RELATÓRIO

Versam os autos sobre ação de revisão de compromisso de compra e venda de imóvel movida por Alessandra Paloma Hoffmann contra Construtora e Imobiliária Diana Ltda, objetivado a revisão de compromisso de compra e venda firmado entre as partes em 14-5-1993 e tendo como objeto um terreno localizado no lote 8, quadra 5, do loteamento Parque Nova Vila I, em Joinville.

Sentenciando o feito, o magistrado *a quo* julgou improcedente o pedido revisional da autora/adquirente e procedente o pleito reconvenicional da construtora para decretar a rescisão do compromisso de compra e venda.

A autora opôs embargos declaratórios às fls. 167-172.

Ato contínuo, a requerente interpôs recurso de apelação às fls. 188-208, pleiteado a reforma da sentença recorrida.

Em seguida, o magistrado acolheu os embargos declaratórios para suprir as omissões apontadas pela autora/embargante.

Às fls. 213-227, a contrutora/requerida apresentou contrarrazões, suscitando, preliminarmente, o não conhecimento do recurso e, no mérito, pugnando pelo seu improvimento.

É o relatório.

VOTO

O recurso não merece ser conhecido.

Esta Quinta Câmara de Direito Civil firmou o entendimento de que somente é exigível a ratificação da apelação, interposta antes do julgamento dos aclaratórios, se houver modificação da sentença, o que é precisamente o caso em exame.

Nesse sentido, *a contrario sensu*:

“A embargante sustenta que o recurso de apelação não deve ser conhecido, eis que interposto na pendência de análise de embargos declaratórios opostos contra a sentença de primeiro grau, sem que tenha havido a ratificação dos termos do apelo após a decisão dos embargos.

“No entanto, filio-me à corrente que entende pela desnecessidade da ratificação quando a decisão que resolve os embargos de declaração não altera a sentença, porquanto o recorrente manifestou previamente o interesse em rediscutir o julgado que não lhe foi favorável.

“Somente haveria por considerar-se necessária a ratificação do apelo no caso de serem acolhidos os embargos de declaração, com alteração da sentença pelo julgador” (TJSC, 5ª Cam. de Direito Civil, Rel. Des. Odson Cardoso Filho, EDcl em ACV n. 2010.084340-1, de Criciúma, j. 25-11-2011, excerto do voto, grifou-se).

Efetivamente, entende a jurisprudência majoritária que a decisão dos embargos integra a sentença e forma decisão única, pelo que há necessidade de ratificação da apelação interposta prematuramente se houver acolhimento dos embargos com ou sem efeito infringente:

- “A decisão dos embargos declaratórios integra o corpo da sentença, formando uma única decisão. Se a parte insurgente opõe embargos declaratórios e, antes de seu julgamento, interpõe apelação cível, deve ratificar suas razões recursais, sob pena de intempestividade do apelo.

‘Estima o STJ, realmente, que o recurso interposto na pendência dos embargos de declaração é intempestivo e há de ser reiterado em seus termos após a publicação do julgado integrativo. O litigante prudente seguirá esta linha’ (Araken de Assis)” (TJSC, 2ª Cam. de Direito Civil, Rel. Des. Luiz Carlos Freyesleben, ACV n. 2009.016293-6, de Joinville, j. 9-7-2009).

- “Tem-se por intempestivo, se não houver ratificação posterior, o recurso especial ofertado antes do julgamento dos embargos de declaração. Tal posicionamento independe se no julgamento dos aclaratórios ocorreu, ou não, efeitos infringentes, visto que a nova decisão torna-se parte integrante do acórdão recorrido, formando um todo indissociável ao qual se denomina decisão de última

instância. Verbete sumular n.º 418 deste Superior Tribunal aplicado à espécie” (STJ, 4ª Turma, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, AgRg no Ag 1180630/SP, j. 8-5-2012).

- “O recurso de apelação interposto em data anterior ao julgamento dos embargos de declaração depende de sua necessária ratificação, sob pena de ser tomado por intempestivo” (STJ, 2ª Turma, Rel. Min. Humberto Martins, AgRg no AREsp 131.894/GO, j. 19-4-2012).

- “É extemporâneo o agravo regimental interposto antes do julgamento dos embargos de declaração da parte contrária, dado o caráter integrativo destes” (STJ, 4ª Turma, AgRg no Ag 667.608/RJ, Rel. Min. Maria Isabel Gallotti, j. 3-5-2012).

No caso vertente, o recurso de apelação foi interposto antes do julgamento dos embargos declaratórios, os quais foram acolhidos para suprir as omissões apontadas, com acréscimo de diversos fundamentos à sentença, o que exige a ratificação do recurso interposto de forma prematura, sob pena do seu não conhecimento, por intempestividade.

Ante o exposto, não conheço do recurso.

É o voto.

SEXTA CÂMARA DE DIREITO CIVIL

APELAÇÃO CÍVEL

Apelação Cível n. 2009.021651-4, de Caçador

Relator Designado: Des. Ronei Danielli

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. CORPO ESTRANHO ENCONTRADO NO INTERIOR DE GARRAFA DE ÁGUA MINERAL LACRADA. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA. INSURGÊNCIA DO CONSUMIDOR. TESE DE CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA. INACOLHIDA. DESNECESSIDADE DE PROVA PERICIAL. PRESENÇA DE SUJIDADE INCONTROVERSA. DISCUSSÃO CENTRADA NA EXISTÊNCIA OU NÃO DE DANO MORAL, HAJA VISTA A NÃO INGESTÃO DO LÍQUIDO CONTAMINADO. IRRELEVÂNCIA. CONSUMO DE VÁRIAS UNIDADES ANTERIORES. ABALO ANÍMICO CONFIGURADO. QUEBRA DE CONFIANÇA DO CONSUMIDOR, CLIENTE ASSÍDUO DA MARCA. CARACTERIZADA A FALTA DE HIGIENIZAÇÃO ADEQUADA POR PARTE DA EMPRESA PRODUTORA. DESCASO COM O PÚBLICO ALVO QUE ADQUIRE A ÁGUA INDUSTRIALIZADA, IMAGINANDO-SE A SALVO DE EVENTUAIS IMPUREZAS E CONTAMINAÇÕES DA ÁGUA ENCANADA, CONFORME, ALIÁS, DEFENDE A PROPAGANDA DE COMPANHIAS QUE SE DEDICAM AO ENGARRAFAMENTO DE ÁGUA MINERAL. PRECEDENTES DESTES ÓRGÃO E DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA NO TEMA.

“[...] Nada obstante a divergência reinante, tenho que mais consentânea com os princípios inspiradores do sistema de proteção consumidor a corrente jurisprudencial que identifica a presença de dano moral na aquisição de produto que contém uma mosca, ainda que sem ingestão dele. A quebra da boa-fé, a absoluta vulnerabilidade do consumidor, a sua plena impotência e o risco, no mínimo potencial, à sua saúde, em violação frontal ao estatuído no art. 6º, I, DO CDC, fazem emergir o dever de compensar o abalo anímico. [...]” (Apelação Cível n. 2009.052603-7, de Camboriú, relator Des. Henry Petry Junior, Terceira Câmara de Direito Civil, DJe de 15.12.2009)

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2009.021651-4, da comarca de Caçador (1ª Vara Cível), em que é/são apelante Roni Silveira, e apelado Empresa de Aguas Ouro Fino Ltda:

A Sexta Câmara de Direito Civil decidiu, por maioria, conhecer do recurso e dar-lhe provimento, vencido o Exmo. Sr. Des. Stanley da Silva Braga, que votou no sentido de conhecer e negar provimento ao apelo. Custas legais.

O julgamento, realizado em 29 de março de 2012, foi presidido pelo Exmo. Sr. Des. Jaime Luiz Vicari, com voto, e dele participou o Exmo. Sr. Des. Stanley da Silva Braga.

Florianópolis, 08 de maio de 2012.

Ronei Danielli
RELATOR DESIGNADO

RELATÓRIO

Roni Silveira promoveu perante a 1ª Vara Cível da comarca de Caçador, ação de indenização por danos morais, em face da Empresa de Aguas Ouro Fino.

Para tanto, fundamentou sua pretensão no fato de ter encontrado em uma das garrafas de água mineral, material estranho, causando-lhe repulsa, assim como em seus familiares, haja vista já terem consumido várias outras garrafas da mesma empresa engarrafadora.

A sentença julgou improcedente o pedido, condenando o autor ao pagamento das custas e honorários advocatícios em favor do defensor do réu, fixados em R\$ 1.500,00 (hum mil e quinhentos reais).

Irresignado o demandante apelou, apresentando os seguintes argumentos: a) que era consumidor assíduo do produto; b) que costuma comprar água mineral visando proteger-se de possível contaminação da água encanada; c) a repulsa do consumidor e sua família decorre na certeza da falta de higiene do produto consumido em sua casa; d) o dano moral restou evidenciado no contexto processual.

Com a apresentação das contrarrazões, os autos ascenderam a esta Corte Estadual de Justiça.

Em sessão de julgamento realizada em 29 de março de 2012, a douta maioria votou no sentido de conhecer do recurso e dar-lhe provimento, vencido o relator, o Exmo. Sr. Des. Stanley da Silva Braga, que votou no sentido de conhecer e negar provimento ao apelo, razão pela qual, fui designado para lavrar o acórdão.

Esse é o relatório.

VOTO

Trata-se de ação de indenização por danos morais, promovida pelo cliente em face da empresa de água mineral Ouro Fino, em virtude de o produto adquirido encontrar-se impróprio para o consumo, apresentando corpo estranho no interior de uma das garrafas de água mineral com gás, provavelmente um pedaço da rotulagem.

Inicialmente, cumpre enquadrar a hipótese dos autos àquelas prevista e reguladas pelo Código de Defesa do Consumidor, haja vista o caráter evidente de relação de consumo estabelecida entre o apelante e a empresa de Aguas Ouro Fino Ltda.

Nada obstante a ausência de laudo pericial, resta incontroverso a existência da sujidade no interior da garrafa de água mineral com gás, aparentemente lacrada, de modo que afastada a tese de cerceamento de defesa defendida pelo apelante.

A controvérsia cinge-se, portanto, na caracterização do defeito do produto como gerador de abalo moral e não somente de mero dissabor.

Ressalte-se que no caso em comento, o consumidor comprou duas caixas de água mineral gasosa e, após o consumo de várias garrafas do mesmo lote, percebeu em uma delas, um material estranho, semelhante a um pedaço de papel, incidente que o revoltou e a toda a sua família.

Embora não se ignore a existência de diversos precedentes indicando a inexistência de dano moral na hipótese da não ingestão do produto contaminado, quer-se crer que a defesa e proteção dos direitos dos consumidores tenha espectro mais amplo, merecendo, por isso, maiores digressões o tema enfrentado.

Em uma sociedade altamente industrializada, na qual a falta de tempo é a tônica das famílias, cada vez mais é necessário ao consumidor poder depositar sua confiança nos produtos disponíveis no mercado,

notadamente quando se dispõe a pagar até mais caro para ter acesso a uma marca já consagrada pela qualidade.

De outro vértice, em países que ainda apresentam problemas de saneamento e de tratamento da água levada às residências dos cidadãos, compreensível a prevenção de quem opta por pagar caro para certificar-se de que a água consumida por si e seus entes queridos tem procedência e, conseqüentemente, não representa riscos à saúde e incolumidade da comunidade familiar.

Afinal, essa é a propaganda e, em última instância, a promessa implícita das empresas produtoras/engarrafadoras de água mineral: sua pureza, sua qualidade, seu equilíbrio químico, benéfico ao consumidor.

A quebra da confiança na marca, da credibilidade do produtor e da crença na pureza do produto, por fato que denota completo descaso com o mercado que sustenta sua atividade empresarial, com a devida vênia, extrapola o mero dissabor.

Além disso, a inafastável dúvida acerca das condições sanitárias no engarrafamento da água, diga-se de passagem, de todas as anteriores já consumidas pela família do apelante e por ele mesmo, gera, sim, abalo de considerável monta.

E o abalo, no caso, diz respeito à impotência da pessoa enquanto cidadão, que, embora pague seus impostos regularmente, precisa adquirir água engarrafada, a fim de zelar pela segurança da sua família e, enquanto consumidor, haja vista que mesmo pagando para beber uma água de qualidade, não lhe é garantida a incolumidade do produto, mediante simples medidas de higiene da empresa produtora.

Não há como afastar a ocorrência de abatimento, descrédito e apatia, que ultrapassam o mero dissabor, natural da vida cotidiana.

Ainda mais quando o defeito verificado na água mineral do consumidor não deveria fazer parte da vida cotidiana, nem pode ser encarado como acontecimento normal, visto que é previsível, evitável e, sobretudo, porque sua profilaxia é ônus de quem auferir os benefícios da atividade em questão.

Nesse sentido é paradigmático o acórdão proferido na Apelação Cível n. 2009.052603-7, de Camboriú, relator Des. Henry Petry Junior, Terceira Câmara de Direito Civil, DJe de 15.12.2009:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. INSETO EM PACOTE DE BOLACHAS. IMPROCEDÊNCIA EM PRIMEIRO GRAU. RECURSO DA CONSUMIDORA. - RESPONSABILIDADE OBJETIVA. DEMANDADA QUE SILENCIA QUANDO DA OPORTUNIDADE DE PRODUÇÃO PROBATÓRIA E DE INTERLOCUTÓRIO QUE CONCLUI SER O DANO MORAL ÚNICA MATÉRIA CONTROVERTIDA. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE CULPA EXCLUSIVA DO CONSUMIDOR OU DE TERCEIRO. RESPONSABILIDADE DA RÉ CONFIGURADA. - **ABALO MORAL. PRODUTO NÃO INGERIDO. IRRELEVÂNCIA, NA ESPÉCIE. CONSUMO DAS BOLACHAS IMEDIATAMENTE ANTERIORES. COMERCIALIZAÇÃO DE PRODUTO IMPRÓPRIO PARA CONSUMO. VULNERABILIDADE DO CONSUMIDOR. RISCO À SAÚDE IMINENTE (CDC, ART. 6º, I) E DE CONTAMINAÇÃO. DEVER DE INDENIZAR. - QUANTUM INDENIZATÓRIO. FUNÇÕES COMPENSATÓRIA E PUNITIVA. - VERBA HONORÁRIA. AUTORA BENEFICIÁRIA DA GRATUIDADE. FIXAÇÃO EM 15% SOBRE O VALOR DA CONDENAÇÃO. SENTENÇA REFORMADA. RECURSO PROVIDO.**

- Nas relações de consumo não é necessária a configuração da culpa uma vez que vicejante a responsabilidade objetiva. Comprovado o fato, cabia a ré demonstrar a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro a fim de afastar sua responsabilidade. Contudo, se assim não atua, ao revés, confessa a possibilidade da ocorrência do ilícito e abdica da produção de prova, resta evidente a sua responsabilidade.

- Nada obstante a divergência reinante, tenho que mais consentânea com os princípios inspiradores do sistema de proteção consumidor a corrente jurisprudencial que identifica a presença de dano moral na aquisição de produto que contém uma mosca, ainda que sem ingestão dele. A quebra da boa-fé, a absoluta vulnerabilidade do consumidor, a sua plena impotência e o risco, no mínimo potencial, à sua saúde, em violação frontal ao estatuído no art. 6º, I, DO CDC, fazem emergir o dever de compensar o abalo anímico.[...]

Conforme se observa do julgamento citado, o abalo moral decorre tanto do consumo de alimento contaminado, como tão somente do fato de saber da existência desta contaminação.

Quebra-se, dessa forma, a natural confiança do consumidor no produto adquirido, causando-lhe conseqüente repulsa ao consumo de alimentos industrializados, necessidade da vida moderna, dificultando ou inviabilizando a sua alimentação normal, notadamente quando fora de casa.

Acerca da obrigação da empresa produtora em assegurar a higidez do produto comercializado e a saúde de seus consumidores, esta Câmara, na Apelação Cível n. 2008.056474-2, de Ituporanga, DJe de 16.09.2011, assim manifestou-se:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. CONSUMIDOR QUE ADQUIRE, PREPARA E INGERE ALIMENTO CONTAMINADO POR LARVAS. EMPRESA FABRICANTE QUE ALEGA QUEBRA DO NEXO CAUSAL ENTRE O DEFEITO DO PRODUTO E O DANO SUPOSTO PELA VÍTIMA. AFIRMA, OUTROSSIM, CULPA EXCLUSIVA DO CONSUMIDOR OU DO MERCADO POR FALHA NO ACONDICIONAMENTO DO PRODUTO, MOMENTO EM QUE DEVE TER SE DADO A SUA DETERIORAÇÃO. PROVA NOS AUTOS QUE FAZ DERRUIR A ARGUMENTAÇÃO DA EMPRESA. FABRICANTE QUE APRESENTA CONTRATO COM FIRMA RESPONSÁVEL PELO CONTROLE DE INSETOS E ROEDORES, QUE EXCLUI, EXPRESSAMENTE, O EXTERMÍNIO DE INSETOS XILÓFAGOS, CONHECIDOS

POR *BROCAS*. INDÍCIOS DE QUE AS LARVAS NO ALIMENTO DO CONSUMIDOR SEJAM TAIS ESPÉCIMES, ATÉ PORQUE SE ALIMENTAM DE AMIDO, PRESENTE EM GRÃOS E FARELOS ARMAZENADOS. PRODUTO COLOCADO EM CIRCULAÇÃO DESATENDENDO OS PRECEITOS DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. **EMPRESA QUE DESCUMPRE O DEVER DE ASSEGURAR A INCOLUMIDADE DE SEUS CONSUMIDORES. DEVER DE INDENIZAR CONFIGURADO. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.**

Conclui-se, pois, pelo reconhecimento do dano moral, a completar os requisitos imprescindíveis à obrigação ressarcitória, quais sejam: 1) o defeito no produto; 2) o evento danoso; 3) a relação de causalidade entre o defeito e o evento danoso.

Nesse passo, dispõe o artigo 12, §3º, do Código de Defesa do Consumidor apenas três hipóteses nas quais não será responsabilizado o fabricante, ou seja, quando provar: “*I- que não colocou o produto no mercado; II- que, embora tenha colocado o produto no mercado o defeito inexistente; III- a culpa exclusiva da vítima ou de terceiro*”, *in casu*, não verificadas.

Sobre o presumido dano moral decorrente de contaminação de alimento industrializado, colaciona-se, outrossim, recente decisão do Superior Tribunal de Justiça, no Recurso Especial n.1239060 / MG, relatora Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, DJe de 18.05.2011:

DIREITO PROCESSUAL CIVIL E DO CONSUMIDOR. RECURSO ADESIVO. ADMISSIBILIDADE. REQUISITOS. AQUISIÇÃO DE ALIMENTO COM INSETO DENTRO. INGESTÃO PELO CONSUMIDOR. DANO MORAL. EXISTÊNCIA. VALOR. REVISÃO PELO STJ. POSSIBILIDADE, DESDE QUE IRRISÓRIO OU EXORBITANTE.

(...)

3. A aquisição de lata de leite condensado contendo inseto em seu interior, vindo o seu conteúdo a ser parcialmente ingerido pelo consumidor, é fato capaz de provocar dano moral indenizável.

4. A revisão da condenação a título de danos morais somente é possível se o montante for irrisório ou exorbitante. Precedentes.
5. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, desprovido. Recurso adesivo não conhecido. (sem grifo no original)

O arbitramento do *quantum* referente aos danos anímicos, repousa sempre em um exercício de ponderação do julgador, de sopesamento de valores caros à ordem jurídico-constitucional. Não significa afirmar a desconexão ou desrespeito aos princípios informadores da ordem jurídica ou social, senão a sua mais perfeita concretização no mister jurisdicional.

Ainda no tocante ao valor fixado à compensação do dano moral, destaca-se trecho da ementa da Apelação Cível n. 2007.062400-7, de Campos Novos, relator Desembargador Paulo Henrique Moritz Martins da Silva, Primeira Câmara de Direito Público, DJe de 09.03.2010:

[...]

Nós, Juizes brasileiros, precisamos avançar positivamente na fixação das indenizações por dano moral, prestigiando a vida e o sentimento das pessoas, que representam o maior patrimônio de um ser humano.

Ataca-se constantemente o Judiciário, atribuindo-lhe responsabilidade pela falta de exemplar punição aos que agem à deriva da lei.

No mais das vezes a crítica não parte de uma análise concreta e real, porque esquece que os Magistrados, não raramente, ficam sem suporte legal para impor as reprimendas imaginadas como ideais.

Na hipótese, nada impede a realização da Justiça. Então, é possível que ela seja feita, pela vontade da lei, que confere ao Juiz o poder de fixar, segundo prudente critério, o ressarcimento adequado.

Assim, pelas as razões expostas no voto, penso ser razoável e proporcional o arbitramento de um valor que para além de trazer conforto e compensação ao consumidor lesado, represente uma punição à empresa

e, mais do que isso, sirva, pedagogicamente, como afirmação da legislação consumerista e da obrigação do produtor de garantir a incolumidade da sua clientela e do mercado no qual retira seu sustento.

Nessa perspectiva, fixa-se o valor de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), corrigidos monetariamente a contar do arbitramento, levando-se em conta que sobre o montante incide juros de mora a contar da citação (15.09.2004), totalizando, ao final, verba condizente à compensação dos danos morais injustamente suportados pelo consumidor.

Em virtude do acolhimento da pretensão do consumidor, inverte-se os ônus sucumbenciais, fixando-se, em favor de seu procurador, honorários de 15% sobre o valor da condenação, na forma do artigo 20, § 3º, do Código de Processo Civil.

Recurso conhecido e provido.

Esse é o voto.

Declaração de voto vencido do Exmo. Sr. Des. Subst. Stanley da Silva Braga

Ementa Aditiva

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. IMPUREZA ENCONTRADA EM GARRAFA DE ÁGUA MINERAL. CERCEAMENTO DE DEFESA. NÃO ACOLHIMENTO. CONVENCIMENTO DO MAGISTRADO COM BASE NAS PROVAS EXISTENTES NOS AUTOS. POSSIBILIDADE DE JULGAMENTO. PROVA PERICIAL INVIÁVEL DIANTE DO DECURSO DO PRAZO DE VALIDADE DO OBJETO DA LIDE. LÍQUIDO NÃO INGERIDO. ABALO MORAL NÃO EVIDENCIADO. MERO DISSABOR. SENTENÇA MANTIDA. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.

Constando nos autos provas suficientes para elucidar o caso concreto, pode compreender o magistrado pela desnecessidade da produção de prova pericial.

Configura mero dissabor cotidiano a aquisição de gênero alimentício contendo impureza em seu interior, desde que a constatação ocorra sem que haja a ingestão do produto e o flagrante prejuízo à incolumidade física do consumidor.

Ousei divergir da douta maioria pelos fundamentos abaixo elencados.

Preliminares:

Do cerceamento de defesa

Alega o apelante, em preliminar, cerceamento de defesa pelo julgamento da contenda sem a prova pericial requerida.

Contudo, não se acolhe a insurgência.

Compulsando os autos, constata-se que a produção da prova pericial foi deferida pelo juízo *a quo*, à fl. 108. Entretanto, as partes não concordaram com os honorários estabelecidos pela perita às fls. 118-119. Além disso, a profissional nomeada afirmou que acaso o objeto da lide estivesse vencido, seria impossível realizar a perícia (fl. 119).

Dessa forma, tendo em vista que a prova pericial seria realizada decorridos mais de 3 (três) anos da propositura da lide, esta última ocorrida em 24-7-2004, fácil concluir que a água já não mais se apresentaria adequada ao consumo e o resultado da perícia não teria valor probatório.

Não fosse o bastante, mesmo cabendo às partes o ônus da prova (art. 333 do CPC), é o juiz quem verifica a conveniência da sua produção e seleciona quais as indispensáveis para a instrução e o julgamento da lide.

Colhe-se da doutrina de Humberto Theodoro Júnior:

O Código [...] não consagra o princípio dispositivo em sua plenitude. Se a parte tem a disposição da ação, que só pode ser ajuizada por ela, o impulso do processo, após o ajuizamento, é oficial. Além do interesse da parte, em jogo na lide, há o interesse estatal, em que a lide seja composta de forma justa e segundo as regras do direito.

Eis por que o juiz, no processo moderno, deixou de ser simples árbitro diante do duelo judiciário travado entre os litigantes e assumiu poderes de iniciativa para pesquisar a verdade real e bem instruir a causa (Curso de Direito Processual Civil - Teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento, 46. ed., Rio de Janeiro, Forense, 2007, vol. I, p. 470).

É deste Tribunal:

Não se vislumbra cerceamento de defesa, advindo da não-designação de audiência e do julgamento antecipado da lide, quando a oitiva de testemunhas, ou a realização de outras provas, pouco ou em nada influenciariam no convencimento do Magistrado, que pode, ademais, segundo o preceituado no art. 130 do CPC, indeferir aquelas que entender inúteis ou meramente protelatórias (Ap. Cív. n. 2003.007444-9, de Timbó, rel. Des. Ricardo Fontes, j. em 3-6-2004).

Ainda, deste Relator:

APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DE REVISÃO DE CONTRATO CUMULADA COM REPETIÇÃO DE INDÉBITO EM DOBRO - CONTRATO DE COMPRA E VENDA DE IMÓVEL - INOBSERVÂNCIA AOS PRESSUPOSTOS DO ARTIGO 514 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL - CERCEAMENTO DE DEFESA - INDEFERIMENTO DE PROVA PERICIAL - PRELIMINARES REJEITADAS - DIFERENÇA DO VALOR DO BEM À VISTA E A PRAZO - LIVRE PACTUAÇÃO - CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR - APLICABILIDADE EX OFFICIO - CAPITALIZAÇÃO DE JUROS - VEDAÇÃO - REPETIÇÃO DE INDÉBITO - PERMISSIBILIDADE NA FORMA SIMPLES - REVISÃO DOS ENCARGOS - COMPENSAÇÃO DE DÍVIDAS - RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

O indeferimento de prova pericial não caracteriza cerceamento de defesa, visto que, mesmo cabendo às partes o *onus probandi*, é o juiz quem verifica a sua conveniência, seleciona quais as indispensáveis para a instrução e julgamento do feito, porquanto é livre a apreciação da prova pelo Magistrado diante do princípio da persuasão racional (Apelação Cível n. 2008.021963-4, de Joinville, j. 16-6-2011).

No caso em tela, bem entendeu o juiz pela desnecessidade de produção de prova pericial, por conter nos autos provas suficientes para o julgamento do feito.

Além disso, como dito alhures, em virtude do vencimento do prazo de validade do objeto da lide, a perícia seria inviável para elucidar o caso concreto.

Desse modo, afasta-se o alegado cerceamento de defesa.

Preliminar, portanto, rechaçada.

Mérito:

Trata-se de recurso de apelação cível interposto por Roni Silveira, nos autos da ação de indenização por danos morais proposta em desfavor de Empresa de Aguas Ouro Fino Ltda., julgados improcedentes os pedidos iniciais.

Irresignado com a prestação jurisdicional, o apelante asseverou que, até a ocorrência dos fatos em comento, era consumidor assíduo da marca ré e cessou o consumo, demonstrando o abalo e o constrangimento em razão do acontecido. Além disso, aduziu que sentiu náuseas, mal estar e repugnância pela ingestão, por si e seus familiares, da água de diversas garrafas do mesmo lote do recipiente com sujeira, já que a percepção do referido corpo estranho ocorreu em período posterior ao consumo de algumas garrafas. Ainda, apregoou o descaso da ré para com os consumidores e asseverou ser descabido o argumento de que o produto

não chegou a ser consumido e, portanto, não lhe causou danos. Com isso, pleiteou pela reforma da sentença ora recorrida.

Todavia, não assiste razão ao recorrente.

Esta Corte de Justiça já consolidou entendimento de que não existe ofensa, lesão ou abalo moral indenizável ao consumidor que encontra impurezas no conteúdo de insumos alimentícios, sem ingerí-los. Assim, não se reputa a existência de dano moral ao presente caso, que extrapole o mero dissabor cotidiano.

Acerca do dano moral, a doutrina assenta que:

[...] só deve ser reputado como dano moral a dor, vexame, sofrimento ou humilhação que, fugindo à normalidade, interfira intensamente no comportamento psicológico do indivíduo, causando-lhe aflições, angústia e desequilíbrio em seu bem-estar. Mero dissabor, aborrecimento, mágoa, irritação ou sensibilidade exacerbada estão fora da órbita do dano moral, porquanto, além de fazerem parte da normalidade do nosso dia-a-dia, no trabalho, no trânsito, entre os amigos e até no ambiente familiar, tais situações não são intensas e duradouras, a ponto de romper o equilíbrio psicológico do indivíduo. Se assim não se entender, acabaremos por banalizar o dano moral, ensejando ações judiciais em busca de indenizações pelos mais triviais aborrecimentos.

Dor, vexame, sofrimento e humilhação são conseqüência, e não causa. Assim como a febre é o efeito de uma agressão orgânica, dor, vexame e sofrimento só poderão ser considerados dano moral quando tiverem por causa uma agressão à dignidade de alguém (CAVALLIERI FILHO, Sérgio. Programa de responsabilidade civil. 3. ed., São Paulo: Malheiros, 2002, p. 89).

Também, as lições de Antônio Jeová Santos:

O dano moral somente ingressará no mundo jurídico, com a subseqüente obrigação de indenizar, em havendo alguma grandeza no ato considerado ofensivo a direito personalíssimo. Se o ato tido como gerador do dano extrapatrimonial não possui virtualidade para lesionar sentimentos ou causar dor e padecimento íntimo, não existiu o dano moral passível de ressarcimento. Para evitar

a abundância de ações que tratam de danos morais presentes no foro, havendo uma autêntica confusão do que seja lesão que atinge a pessoa e do que é mero desconforto, convém repetir que não é qualquer sensação de desagrado, de molestamento ou de contrariedade que merecerá indenização. O reconhecimento do dano moral exige determinada envergadura. Necessário, também, que o dano se prolongue durante algum tempo e que seja a justa medida do ultraje às afeições sentimentais (Dano moral indenizável, 3. ed., São Paulo: Método, 2001, p. 122).

De acordo com Rui Stoco:

Não basta a afirmação da vítima de ter sido atingida moralmente, seja no plano objetivo como no subjetivo, ou seja, em sua honra, imagem, bom nome, tradição, personalidade, emoção, angústia, dor, pânico, medo e outros. Impõe-se que se possa extrair do fato efetivamente ocorrido o seu resultado, com a ocorrência de um dos fenômenos acima exemplificados, posto que a ofensa que atinge o bem estar psicofísico do indivíduo deve apresentar certa magnitude para ser reconhecida como prejuízo moral, de sorte que o mero incômodo, o enfado e desconforto de algumas circunstâncias que o homem médio tem de suportar em razão do cotidiano, não podem servir de fundamento para a obtenção de reparação extrapatrimonial (TJSP - 3ª C. Dir. Público - Ap. 100.586-5/0 - Rel. Rui Stoco - j. 22.05.2001 - Voto: 2.437/01) (Tratado de responsabilidade civil. 6. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 1673).

Para se obter indenização por dano moral, portanto, faz-se absolutamente necessário que o pretendente produza prova idônea, verossímil e insuspeita acerca do ilícito civil, do prejuízo material e moral, da culpa e do nexa de causalidade no tocante ao fato e ao resultado danoso alcançado. A ausência de qualquer um destes requisitos, conduz inevitavelmente ao inacolhimento do pleito respectivo.

Ao analisar o feito, percebe-se que o autor não comprovou efetivamente a existência dos danos morais pleiteados. Pelo contrário, a conduta narrada demonstra a ocorrência de meros dissabores, que não ensejam à condenação ao pagamento de indenização.

Retira-se do Superior Tribunal de Justiça:

O mero dissabor não pode ser alçado ao patamar do dano moral, mas somente aquela agressão que exacerba a naturalidade dos fatos da vida, causando fundadas aflições ou angústias no espírito de quem ela se dirige (REsp. n.898005/RN, Quarta Turma, rel. Min. Cesar Asfor Rocha, j. 19-6-2007).

Nesse sentido, colhe-se deste egrégio Tribunal de Justiça:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE DÉBITO CUMULADA COM PEDIDO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS. [...] AUSÊNCIA, NO CASO CONCRETO, DE HIPÓTESE ENSEJADORA DE DANOS MORAIS. INDENIZAÇÃO DESCABIDA. [...]. RECURSO DESPROVIDO.

O ser humano está sujeito a situações adversas, dia-a-dia depara-se com problemas e dificuldades que, até serem resolvidos, podem gerar desconforto, decepção ou desgosto. Todavia, isso não caracteriza o dano moral, que pressupõe um efetivo prejuízo causado à honra ou à imagem da pessoa (Apelação Cível n. 2007.064460-7, de Blumenau, rel. Des. Marcus Túlio Sartorato, j. 29-7-2008).

E deste Relator:

APELAÇÃO CÍVEL E AGRAVO RETIDO. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. DESÁVENÇA FAMILIAR. AGRESSÕES RECÍPROCAS. MERO ABORRECIMENTO. DANO MORAL NÃO CONFIGURADO. DEVER DE INDENIZAR AFASTADO. SENTENÇA MANTIDA. RECURSO PRINCIPAL CONHECIDO E DESPROVIDO.

O mero aborrecimento não configura o direito ao ressarcimento. É dever do Poder Judiciário combater a indústria do dano moral, de forma a identificar os verdadeiros danos merecedores de indenização. [...] (Apelação Cível n. 2006.009188-9, de Campos Novos, j. 14-9-2010).

Impende salientar, ainda, que a garrafa que continha a impureza sequer foi aberta. Dessa forma, sem a ingestão do líquido pelo apelante

ou por seus familiares, mostra-se exagerada e descabida a pretensão de reparação por dano moral.

Desse modo, é o entendimento jurisprudencial desta Corte de Justiça:

APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS - JÚLGAMENTO ANTECIPADO - DESNECESSIDADE DE PRODUÇÃO DE PROVA - DOCUMENTAÇÃO SUFICIENTE PARA FORMAR O CONVENCIMENTO DO JULGADOR - EXEGESE DO ART. 330, I, DO CPC - CERCEAMENTO DE DEFESA NÃO CONFIGURADO - INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA - REQUISITOS NÃO-DEMONSTRADOS - INVIABILIDADE - AQUISIÇÃO DE GARRAFA DE CERVEJA QUE CONTÉM PRÓDUTO ESTRANHO EM SEU INTERIOR - CONSTATAÇÃO QUE NÃO POSSUI O CONDÃO DE GERAR DANÓ MORAL A JUSTIFICAR O RESSARCIMENTO PRETENDIDO - SITUAÇÃO VEXATÓRIA NÃO CONFIGURADA - MERO DISSABOR - ÔNUS DA PROVA QUANTO AO FATO CONSTITUTIVO DO DIREITO DOS AUTORES - INTELIGÊNCIA DO ART. 333, I, DO CPC - SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA MANTIDA - RECURSO DESPROVIDO.

Nos termos do art. 330, inc. I, do Código de Processo Civil, é facultado ao julgador proceder ao julgamento antecipado da lide quando for desnecessária a produção de outras provas além daquelas já apresentadas pelas partes.

O dano moral visa a atenuar o sofrimento físico ou psicológico que atinge aspectos íntimos e sociais da pessoa humana. Todavia, a mera aquisição de garrafa de cerveja, que contém objeto estranho em seu interior, não revela hipótese capaz de ensejar indenização, já que caracterizado nestas situações o mero aborrecimento, não passível de ressarcimento (Apelação Cível n. 2008.076731-7, de Tubarão, rel. Des. Mazoni Ferreira, j. 20-3-2009).

E:

RESPONSABILIDADE CIVIL. INDENIZAÇÃO. DANO MORAL. SENTENÇA QUE, INOBTANTE A REVELIA,

NÃO ACOLHEU A PRETENSÃO REPARATÓRIA. SUPOSTO CONSUMO DE GARRAFA DE “COCA-COLA” CONTAMINADA. FATOS SEQUER MINIMAMENTE DEMONSTRADOS, SENDO ISSO ÔNUS AO AUTOR (ART. 333, INC. I, DO CPC). FATO QUE, ADEMAIS, ACASO DEMONSTRADO, REPRESENTARIA MERO DISSABOR. INEXISTÊNCIA DO DEVER DE INDENIZAR. RECURSO IMPROVIDO.

Embora censurável e mesmo inaceitável a disponibilização de produto ao consumidor maculado por impurezas, o sentimento de repugnância e desconforto causado àquele que, antes do consumo, constata a existência de fragmentos estranhos dentro de garrafa de refrigerante, não enseja, por si só, dano anímico, configurando, tal situação, mero dissabor, circunstância tão comum, infelizmente, na complexa sociedade massificada dos nossos dias (Apelação Cível n. 2011.072858-0, de Laguna, rel. Des. Eládio Torret Rocha, j. 8-12-2011).

Mais:

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL. DANO MORAL. CANUDO PLÁSTICO ENCONTRADO NO INTERIOR DE GARRAFA DE REFRIGERANTE. CONSTATAÇÃO ANTERIOR AO CONSUMO E NA PRESENÇA DE FAMILIARES. FATO QUE NÃO GERA, POR SI SÓ, DANO MORAL. MERO ABORRECIMENTO NÃO INDENIZÁVEL. AUSÊNCIA DOS PRESSUPOSTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL SUBJETIVA (CPC, ART. 333, I). PRETENSÃO INDENIZATÓRIA AFASTADA. RECURSO DESPROVIDO (Apelação Cível n. 2005.013243-6, de Camboriú, rel. Des. Luiz Carlos Freyesleben, j. 7-12-2006).

Ainda:

RESPONSABILIDADE CIVIL. REPARAÇÃO POR DANO MORAL. AQUISIÇÃO DE GARRAFA DE CERVEJA MACULADA COM FRAGMENTOS DE INSETO EM SEU INTERIOR. CONSTATAÇÃO ANTERIOR AO CONSUMO. CIRCUNSTÂNCIA QUE NÃO ENSEJA, POR SI SÓ, ABALO PSÍQUICO, PORQUE MERO DISSABOR. PRECEDENTES DA CORTE. RECURSO PROVIDO.

‘Embora censurável e mesmo inaceitável a disponibilização de produto ao consumidor maculado por impurezas, o sentimento de repugnância e desconforto causado àquele que, antes do consumo, constata a existência de fragmentos estranhos dentro da garrafa de cerveja, não enseja, por si só, dano anímico, configurando, tal situação, mero dissabor, circunstância tão comum, infelizmente, na complexa sociedade massificada dos nossos dias (Apelação Cível n. 2008.017243-9, de Blumenau, rel. Des. Eládio Torret Rocha, j. 26-5-2011).

Além disso:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. CORPO ESTRANHO ENCONTRADO EM PRODUTO DO GÊNERO ALIMENTÍCIO. DANO MORAL NÃO EVIDENCIADO. SITUAÇÃO DE MERO DISSABOR. SENTENÇA MANTIDA. RECURSO DESPROVIDO.

“A presença de corpo estranho não expressivo em produto industrializado pode e deve ser resolvida com a sua troca.

A dramatização de acontecimentos dessa natureza revela-se despropositada e em total dissonância com as reações plausíveis e naturais para esse tipo de evento, o qual, sem dúvida, provoca aborrecimentos, mas não ao ponto de acometer no consumidor abalo psicológico, transtorno à paz interior ou dor que exceda a normalidade.

Somente suscetibilidade extrema, em desarmonia com comportamentos costumários ao cotidiano, pode extrair do episódio versado nos autos a gravidade conferida pela autora/recorrida” (Apelação Cível n. 2007.040381-2, de Içara, rel. Des. Ronaldo Moritz Martins da Silva, j. 12-9-2011) (Apelação Cível n. 2011.077848-2, de Araranguá, rel. Des. Fernando Carioni, j. 9-11-2011).

Não é outro o posicionamento desta Câmara, na esteira de caso praticamente idêntico:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. CERCEAMENTO DE DEFESA. INOCORRÊNCIA. POSSIBILIDADE DE JULGAMENTO. PRODUÇÃO DE

PROVA PERICIAL TECNICAMENTE INVIÁVEL. IMPUREZA EM GARRAFA DE ÁGUA COM O LÍQUIDO NÃO INGERIDO. MOTIVO QUE, POR SI SÓ, NÃO TEM O CONDÃO DE GERAR ABALO MORAL. RECURSO CONHECIDO E, AFASTADA A PRELIMINAR, DESPROVIDO.

A aquisição de produto com eventual impureza em seu interior, sem que o lacre fosse violado, sem ingestão do líquido, não constitui motivo capaz de gerar abalo moral, aproximando-se de mero dissabor. A vida em sociedade, com urbanização crescente, mostrar-se-ia impossível se qualquer fato, mesmo sem maior relevância, fosse considerado motivo para indenização pecuniária (Apelação Cível n. 2008.044950-5, de Caçador, rel. Des. Jaime Luiz Vicari, j. 2-3-2011).

Por conseguinte, ausentes elementos que comprovem a ocorrência do dano moral, não há como imputar um édito condenatório. Cabe salientar que o fato de conter impureza na garrafa de água mineral, por si só, não configura motivo suficiente para a procedência do pedido.

Em suma, voto pelo desprovimento do recurso.

Essas eram as razões do meu convencimento.

Florianópolis, 1º de abril de 2012.

Stanley da Silva Braga
DESEMBARGADOR SUBSTITUTO

SEGUNDA CÂMARA DE DIREITO COMERCIAL

AGRAVO DE INSTRUMENTO

Agravo de Instrumento n. 2011.052477-9, de Joinville

Relator: Juiz Robson Luz Varella

AGRAVO DE INSTRUMENTO – CUMPRIMENTO DE SENTENÇA – PEDIDO DE DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA – ART. 50 DO CÓDIGO CIVIL – ENCERRAMENTO IRREGULAR DAS ATIVIDADES DA SOCIEDADE EMPRESÁRIA – PEDIDO DE PENHORA DE BENS PARTICULARES DOS SÓCIOS – AUSÊNCIA DOS REQUISITOS LEGAIS AUTORIZADORES DA MEDIDA EXCEPCIONAL – DECISÃO MANTIDA – RECLAMO DESPROVIDO.

A desconsideração da personalidade jurídica consubstancia-se, desse modo, na sanção pelo exercício ilícito da atividade empresarial. Na esteira dos parâmetros do art. 50 do Código Civil, decorre do abuso da personalidade jurídica mediante ato de desvio de finalidade da pessoa jurídica ou da confusão do patrimônio desta com o de outra pessoa, em prejuízo a terceiro.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento n. 2011.052477-9, da comarca de Joinville (1ª Vara de Direito Bancário), em que é agravante Athenas Tecnologia e Administração de Ativos Ltda, e agravada Ikos Administradora de Bens Ltda:

A Segunda Câmara de Direito Comercial decidiu, por votação unânime, negar provimento ao recurso. Custas legais.

O julgamento, realizado nesta data, foi presidido pela Exma. Sra. Des. Rejane Andersen, com voto, e dele participou o Exmo. Sr. Des. João Batista Góes Ulysséa.

Florianópolis, 14 de fevereiro de 2012.

Robson Luz Varella
RELATOR

RELATÓRIO

Athenas Tecnologia e Administração de Ativos Ltda. interpôs agravo de instrumento contra a decisão que, proferida na ação de execução por quantia certa que deflagrou em face de Ikos Administradora de Bens e Negócios Ltda., indeferiu o pedido de desconsideração da personalidade jurídica da agravada formulado no intuito de serem penhorados bens pertencentes aos sócios.

Destacou a presença dos requisitos legais para que o patrimônio dos sócios responda por dívida da empresa já que esta não possui bens passíveis de penhora, o que caracteriza o desvio de finalidade da pessoa jurídica, conduta fraudulenta a ensejar a medida excepcional, a teor do art. 50 do Código Civil.

Não houve contrarrazões.

VOTO

A empresa recorrente, credora da agravada, pugnou pela reforma da interlocutória que indeferiu o pleito de desconsideração da personalidade

jurídica formulado com o fim de o patrimônio dos sócios responder por dívida da empresa executada.

A pessoa jurídica tem o escopo de ser, por natureza, uma unidade patrimonial autônoma, com existência e capacidade distinta de seus sócios e de outras empresas a ela coligadas por vínculo gerencial comum. Estes não respondem pelas dívidas daquela, salvo quando agirem com infração à lei, ao contrato social ou estatuto, a acarretar confusão patrimonial que prejudica o interesse de terceiros.

O art. 1.052 do Código Civil reproduz a separação patrimonial entre a pessoa jurídica e os seus sócios: “*Na sociedade limitada, a responsabilidade de cada sócio é restrita ao valor de suas quotas, mas todos respondem solidariamente pela integralização do capital social*”.

A desconsideração da personalidade jurídica consubstancia-se, dessarte, na sanção pelo exercício ilícito da atividade empresarial. Na esteira dos parâmetros do art. 50 do referido diploma, decorre do abuso da personalidade jurídica mediante ato de desvio de finalidade da pessoa jurídica ou da confusão do patrimônio desta com o de outra pessoa, em prejuízo a terceiro.

Dispõe o art. 50 do Código Civil:

Art. 50. Em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial, pode o juiz decidir, a requerimento da parte, ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo, que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica.

Acerca da Teoria da Desconsideração da Personalidade Jurídica, leciona Fábio Ulhoa Coelho:

A teoria maior da desconsideração elegera como pressuposto o afastamento da autonomia patrimonial da sociedade empresária o uso fraudulento ou abusivo do instituto. Cuida-se, desse modo, de

uma formulação subjetiva, que dá destaque ao intuito do sócio ou administrador, voltado à frustração de legítimo interesse de credor. Não se pode, entretanto, deixar de reconhecer as dificuldades que essa formulação apresenta no campo das provas. (*Curso de Direito Comercial*, v. 2. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006., p 43)

Na situação dos autos, a agravante apontou que a inexistência de patrimônio em nome da recorrida e o fato de compor um conglomerado, grupo maior formado por outras empresas, são motivos bastantes ao deferimento da medida excepcional que é a desconsideração da personalidade.

Contudo, inexistem nos autos elementos que comprovem a conduta da agravada no intuito de fraudar credores, mas apenas certidões obtidas nos Registros de Imóveis da comarca de origem que informam a ausência de imóveis em nome da empresa.

A mera participação de grupo econômico não induz à intenção de esquivar-se das obrigações contraídas, sobretudo porque a criação da recorrida “*com o único motivo de ‘blindar’ o patrimônio das demais empresas do grupo e o patrimônio pessoal dos sócios*” (fl. 7) são meras afirmações desprovidas de provas. E tais assertivas, repita-se, são insuficientes ao deferimento do pedido.

Do mesmo modo, é descabido que o patrimônio das empresas supostamente pertencentes ao mesmo grupo econômico responda pela dívida reclamada se não foram esgotados os meios de cobrança em face da própria devedora, já que a ausência de patrimônio da devedora pode justificar um processo de falência, mas não as providências ora pretendidas.

A propósito:

CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. REQUERIMENTO DE DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA DA EMPRESA DEVEDORA. AUSÊNCIA DE PROVA DE DESVIO DE FINALIDADE OU DE CONFUSÃO

PATRIMONIAL. RECURSO A QUE SE NEGA PROVIMENTO. “A falta de bens da empresa, necessários à satisfação das dívidas contraídas pela sociedade, consiste, a rigor, em pressuposto para a decretação da falência e não para a desconsideração da personalidade jurídica. [...] Por outro lado, o fato da recorrida ter encerrado suas atividades operacionais e ainda estar anotada na Junta Comercial não é, por si só, indicativo de que tenha havido fraude ou má-fé na condução dos seus negócios” (REsp n. 876.974/SP, rel.^a Min.^a Nancy Andrichi, DJ 27-8-2007). (Agravado de Instrumento n. 2011.032733-3, Rel. Jorge Luiz de Borba, j. 13.12.2011)

No mesmo sentido:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE EXECUÇÃO CONTRA DEVEDOR SOLVENTE. DECISÃO QUE DECRETA A DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE DA PESSOA JURÍDICA DA EXECUTADA. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE DESVIO DE FINALIDADE OU CONFUSÃO PATRIMONIAL. INOCORRÊNCIA DE ABUSO DA PERSONALIDADE. ART. 50, DO CC. ENCERRAMENTO DAS ATIVIDADES SEM A DEVIDA BAIXA PERANTE À JUNTA COMERCIAL E AUSÊNCIA DE BENS SUFICIENTES PARA QUITAR A DÍVIDA QUE NÃO COMPROVAM DOLO POR PARTE DOS SÓCIOS. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

Os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações podem ser estendidos aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica, quando demonstrado abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial, nos termos do art. 50 do Código Civil. (Agravado de Instrumento n. 2011.009164-1, Rel. Des. João Batista Góes Ulysséa, j. 29/8/2011)

No corpo do acórdão, destacou o Relator:

Com isso, percebe-se que para a desconsideração da personalidade jurídica é necessário que haja demonstração da ocorrência de desvio de finalidade ou confusão patrimonial. Ainda, vale frisar, tal medida é de caráter excepcional, devendo ser adotada apenas em circunstâncias extremas.

Esse é o posicionamento da doutrina sobre o assunto. Segundo Waldo Fazzio Júnior:

Essa circunstância excepcional ocorrerá quando sua autonomia patrimonial servir para acobertar práticas fraudulentas dos sócios. (*Manual de Direito Comercial*. 10 ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 113)

E, da jurisprudência catarinense, colhe-se os seguintes julgados:

APELAÇÃO CÍVEL. EMBARGOS DO DEVEDOR. EXECUÇÃO CONTRA A PESSOA JURÍDICA. ILEGITIMIDADE PASSIVA DO SÓCIO. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. REQUISITOS INOCORRENTES. SENTENÇA MANTIDA. RECURSO DESPROVIDO.

‘Exceto nas hipóteses expressamente previstas em lei, não responde o sócio por obrigação assumida pela sociedade por quotas de responsabilidade limitada, mormente quando integralizado o seu capital social.’ (apelação cível n. 2006.040456-7, de Sombrio. - Relator: Des. Trindade dos Santos).

‘Extrai-se do art. 50 do Código Civil que, para que o credor possa ultrapassar as barreiras protetoras da personalidade jurídica da empresa devedora e alcançar os bens de seus sócios, faz-se necessária a demonstração da ocorrência de desvio de finalidade ou, ainda, a confusão patrimonial.’ (Agravado de Instrumento n. 2008.018649-0, de Lages - Relator: Des. Cláudio Valdyr Helfenstein). (Apelação Cível n. 2009.023342-4, da Capital/Estreito, rel. Des. Stanley da Silva Braga, j. 20-8-2010, grifo nosso)

A mera alegação da deficiência do patrimônio social, visando as obrigações assumidas pela sociedade empresária, não permite a descon sideração da personalidade jurídica desta. Por consequência, necessária a demonstração do abuso, isto é, o desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial.

Ante o exposto, nega-se provimento ao recurso.

TERCEIRA CÂMARA DE DIREITO COMERCIAL

APELAÇÃO CÍVEL

Apelação Cível n. 2011.063643-8, de Joinville

Relator: Desembargador Tulio Pinheiro

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE ADIMPLEMENTO CONTRATUAL. CONTRATO DE PARTICIPAÇÃO FINANCEIRA PARA AQUISIÇÃO DE LINHA TELEFÔNICA. COMPLEMENTAÇÃO DAS AÇÕES EMITIDAS EM QUANTIDADE INFERIOR. SENTENÇA QUE JULGA EXTINTO O FEITO, SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO, DIANTE DA ILEGITIMIDADE DO POSTULANTE EM FIGURAR NO POLO ATIVO DA DEMANDA. PARTE AUTORA QUE NÃO FEZ PROVA MÍNIMA DA RELAÇÃO CONTRATUAL ENTABULADA COM A DEMANDADA, NEM, AO MENOS, DA TITULARIDADE DE LINHA TELEFÔNICA (ART. 333, INC. I, CPC). CARÊNCIA PROBATÓRIA NÃO SUPRIDA PELOS DOCUMENTOS ACOSTADOS PELA SOCIEDADE RÉ. SENTENÇA EXTINTIVA IRRETOCÁVEL. RECURSO IMPROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2011.063643-8, da Comarca de Joinville (5ª Vara Cível), em que é apelante Valdeci dos Santos e apelada Brasil Telecom S.A.:

A Terceira Câmara de Direito Comercial decidiu, por unanimidade, conhecer do recurso e negar-lhe provimento. Custas legais.

Participaram do julgamento, realizado nesta data, os Exmos. Srs. Des. Paulo Roberto Camargo Costa (Presidente) e Des. Júlio César Knoll.

Florianópolis, 14 de junho de 2012.

Tulio Pinheiro
RELATOR

RELATÓRIO

No Juízo da 5ª Vara Cível da Comarca de Joinville, Valdeci dos Santos propôs ação de adimplemento contratual em face da Brasil Telecom S.A., objetivando, em suma, a complementação das ações emitidas a menor ou, alternativamente, a indenização em valor equivalente, além do pagamento dos dividendos, bonificações, juros sobre capital próprio consecutórios das ações não subscritas, tudo corrigido monetariamente e acrescido de juros de mora de 1% ao mês (fls. 2/17). Com a inicial, acostou aos autos cópia de documentos pessoais e declaração de hipossuficiência econômica (fls. 19 e 20).

Foi deferida a benesse da justiça gratuita (fl. 22).

A ré contestou (fls. 26/34).

Sentenciando o feito, o MM. Juiz Cyd Carlos da Silveira julgou extinto o feito, com fulcro no artigo 267, inc. VI, do Código de Processo Civil (fls. 63/65).

Inconformada com a decisão, a parte autora recorreu. Defendeu, em apertada síntese, com base na possibilidade de inversão do ônus da prova prevista no Código Consumerista, estar comprovada a relação contratual havida entre as partes. Postulou, assim, a reforma do *decisum*, para que seja

anulada a sentença de primeiro grau, dando-se regular prosseguimento ao feito (fls. 68/76).

Com as contrarrazões (fls. 82/87), subiram os autos a esta Corte.

Este é o relatório.

VOTO

Trata-se de recurso de apelação interposto por Valdeci dos Santos contra sentença que julgou extinto a ação de adimplemento contratual por ele proposta, condenando-o ao pagamento dos encargos sucumbenciais, com a ressalva do art. 12 da Lei n. 1060/50.

Alega o recorrente que, em decorrência da possibilidade de inversão do ônus da prova prevista no art. 6º, inc. VIII do Código de Defesa do Consumidor, a qual enfatiza ter requerido expressamente na peça de entrada, cabia a sociedade demandada à comprovação da relação jurídica das partes.

Não obstante os argumentos dispensados pelo postulante, razão não lhe assiste.

Na hipótese em comento, observa-se que Valdeci dos Santos carece de legitimidade para a pretensão veiculada na presente ação.

É que, mesmo nas demandas em que são tratadas relações consumeristas, como na hipótese vertente, nas quais é possível a inversão do ônus da prova (art. 6º, inc. VIII, CDC), o consumidor não é dispensado de demonstrar minimamente o fato constitutivo de seu direito, a teor do art. 333, inc. I, do Código de Processo Civil (*v.g.* STJ, Resp n. 1.127.941, rel. Min. Sidnei Beneti; e TJSC, Apelação Cível n. 2008.078344-5, rel. Des. José Carlos Carstens Köhler).

Nesta senda, entende o Tribunal da Cidadania que a pretendida inversão do ônus da prova exige que o autor demonstre a plausibilidade da relação jurídica alegada, pelo menos, com indícios mínimos capazes de comprovar a própria existência da contratação, do vínculo negocial entre as partes. Isso porque cabe ao autor provar o fato constitutivo de seu direito (AgRg nos EDcl no REsp 1.133.347/RS, rel. Ministro Luis Felipe Salomão, j. em 3/3/2011).

Mister salientar que a tal prova não é complexa e pode ser feita pela simples juntada aos autos de cópia ou original da fatura da linha telefônica, da “lista de assinantes” ou de qualquer elemento do qual constem dados que indiquem a titularidade de ramal telefônico (*v.g.* TJSC, Apelação Cível n. 2010.079856-0, rel. Des. Paulo Roberto Camargo Costa, j. em 28.4.2011). Ao revés, induz à evidência da existência de relação contratual, ainda que de natureza não necessariamente acionária (ex: contrato de habilitação) entre as partes.

E, no caso em comento, a parte autora não trouxe aos autos prova mínima do referido vínculo contratual havido com a empresa de telefonia sucedida pela ora demandada, nem sequer informou o número do contrato ou do ramal telefônico que supostamente lhe pertencia, de forma que não restou demonstrada a legitimidade para propor a presente ação, prova essa que, diga-se, não restou produzida pela documentação trazida pela requerida em sede de contestação.

A propósito, já se manifestou esta Corte:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE ADIMPLENTO CONTRATUAL. SUBSCRIÇÃO DEFICITÁRIA DE AÇÕES. LEGITIMIDADE DE ALGUMAS AUTORAS QUE CONSTAM NA “RADIOGRAFIA” DO CONTRATO COMO “CLIENTE ACIONISTA”, BEM COMO DA AUTORA QUE APRESENTOU A CÓPIA DA FATURA DO TERMINAL TELEFÔNICO E A EMPRESA DE TELEFONIA DEIXOU DE EXIBIR A “RADIOGRAFIA” DO CONTRATO.

APLICAÇÃO DO ARTIGO 359, INCISO II, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL, E ARTIGO 6º, INCISO VIII, DA LEI N. 8.078, DE 11.9.1990. ILEGITIMIDADE ATIVA DE UMA AUTORA. EXTINÇÃO PARCIAL DO PROCESSO SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO (ARTIGO 267, INCISO VI, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL). LEGITIMIDADE PASSIVA DA BRASIL TELECOM COMO SUCESSORA DE EMPRESA ESTATAL PRESTADORA DE SERVIÇOS DE TELECOMUNICAÇÕES. POSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO DE SUBSCRIÇÃO DE NOVAS AÇÕES E DE PAGAMENTO DOS DIVIDENDOS. PRESCRIÇÃO INOCORRENTE. CRITÉRIOS ESTABELECIDOS EM PORTARIAS MINISTERIAIS QUE NÃO PREVALECEM. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO A ATO JURÍDICO PERFEITO E ACABADO. CÁLCULO DO VALOR PATRIMONIAL DA AÇÃO QUE É APURADO COM BASE NO BALANCETE DO MÊS DA INTEGRALIZAÇÃO (OU DO DIA DO PAGAMENTO DA PRIMEIRA PARCELA). INDENIZAÇÃO QUE É APURADA COM BASE NA MAIOR COTAÇÃO DAS AÇÕES NO MERCADO FINANCEIRO. CRITÉRIO DISTINTO QUE FOI ADOTADO NA SENTENÇA E QUE É MANTIDO EM FACE DO CONFORMISMO DAS ACIONISTAS, ASSIM EVITANDO PIORAR A SITUAÇÃO DA RECORRENTE. ÔNUS DA SUCUMBÊNCIA QUE NÃO SOFRE ALTERAÇÃO. COMPENSAÇÃO DOS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS, NOS TERMOS DA SÚMULA N. 306 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, QUANDO HÁ SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA E PROPORCIONAL. RECURSO CONHECIDO PARCIALMENTE E, NA EXTENSÃO, PROVIDO EM PARTE (Apelação Cível n. 2011.016332-0, rel. Des. Jânio Machado, j. em 20.10.2011 – destacou-se).

Ainda, mutatis mutandis:

APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO CAUTELAR - EXIBIÇÃO DE DOCUMENTOS - CONTRATO DE PARTICIPAÇÃO FINANCEIRA - BRASIL TELECOM - EXTINÇÃO DO PROCESSO EM RAZÃO DA ILEGITIMIDADE ATIVA - MANUTENÇÃO DA SENTENÇA, COM ALTERAÇÃO DOS FUNDAMENTOS, JÁ QUE AUSENTE COMPROVAÇÃO DA RELAÇÃO CONTRATUAL FIRMADA ENTRE AS PARTES,

ESTANDO AUSENTE INTERESSE DE AGIR. Recurso conhecido e improvido (Apelação Cível n. 2011.012616-4, rel. Des. Guilherme Nunes Born, j. em 21.6.2011 – sem grifo no original).

Extrai-se, ademais, precedente do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro:

Agravo Interno. Artigo 557 do CPC. Ação de conhecimento. Contrato de participação financeira. Pretensão de complementação de obrigação. Sentença extinguindo o feito sem resolução do mérito. Ilegitimidade ativa. Inconformismo da parte autora. Decisão monocrática desta Relatora negando seguimento ao recurso, nos termos do Artigo 557, caput, do CPC. Novo inconformismo. Entendimento desta Relatora quanto à manutenção da Decisão Monocrática hostilizada. Competência das Varas Empresariais para julgamento de matéria relativa a contratos de participação financeira em investimento de serviço telefônico. Súmula 140 do TJRJ. **Autora se limitou a alegar que firmou o aludido contrato. Não consta dos autos nenhum extrato, carta da ré, ou conta telefônica que demonstre a adesão ao Plano de expansão objeto da lide e a alegada existência de relação jurídica entre as partes litigantes. Diante da ausência de comprovação de relação jurídica, foi, acertadamente, reconhecida a ilegitimidade ativa da parte autora. Precedentes do TJRJ. Inexistência de argumentos hábeis a infirmar a decisão monocrática proferida por esta Relatora.** CONHECIMENTO DO RECURSO E DESPROVIMENTO DO AGRAVO INTERNO (Apelação Cível: 0246139 – 43.2008.8.19.0001, rel^a. Des^a. Conceição A. Mousnier, j. em 2.6.2010 – negritou-se).

E do Areópago Paranaense:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE ADIMPLENTO DE CONTRATO DE PARTICIPAÇÃO FINANCEIRA EM INVESTIMENTOS NO SERVIÇO TELEFÔNICO. ILEGITIMIDADE ATIVA. AUSÊNCIA DE QUALQUER DOCUMENTO COMPROBATÓRIO DA RELAÇÃO JURÍDICA EXISTENTE ENTRE AS PARTES. EXTINÇÃO DO PROCESSO SEM JULGAMENTO DO MÉRITO, DE OFÍCIO, EM RELAÇÃO A UM DOS AUTORES. ALEGADA ILEGITIMIDADE PASSIVA DA BRASIL TELECOM.

INOCORRÊNCIA. FALTA DE INTERESSE DE AGIR AFASTADA. PRESCRIÇÃO. INAPLICABILIDADE DOS PRAZOS PREVISTOS NO ARTIGO 206, § 3º, INCISO V, DO CÓDIGO CIVIL. QUESTÃO PACIFICADA PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. INCIDÊNCIA DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. POSICIONAMENTO PACÍFICO DO STJ. PARTICIPAÇÃO FINANCEIRA. SUBSCRIÇÃO DE AÇÕES. DIREITO À COMPLEMENTAÇÃO. COMPOSIÇÃO, AINDA, DOS DANOS SOFRIDOS. DIREITO À DOBRA ACIONÁRIA. CABIMENTO. GRUPAMENTO DE AÇÕES. MATÉRIA QUE NÃO PODE IMPLICAR EM ÔBICE PARA A INDENIZAÇÃO PRETENDIDA. PARTICIPAÇÃO FINANCEIRA SOBRE AÇÕES DE OPERADORAS CINDIDAS. POSSIBILIDADE. CORREÇÃO MONETÁRIA DEVIDA. JUROS DE MORA. INCIDÊNCIA A PARTIR DA CITAÇÃO. READEQUAÇÃO DO ÔNUS DA SUCUMBÊNCIA. EXTINÇÃO DO PROCESSO, SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO E DE OFÍCIO, EM RELAÇÃO A UM DOS AUTORES. RECURSO DE APELAÇÃO, NO MAIS, A QUE SE NEGA PROVIMENTO (Apelação Cível n. 830.785-3, rel. Des. Sérgio Arenhart – destacou-se).

Destarte, à míngua dos requisitos do art. 3º do Código de Processo Civil, acertada a sentença prolatada pelo douto magistrado *a quo*, ao julgar extinto o feito, sem resolução de mérito, nos termos do art. 267, inc. VI, do Código de Processo Civil.

Este é o voto.

MANDADO DE SEGURANÇA

Mandado de Segurança n. 2009.039767-0, de Taió

Relator: Des. Subst. Júlio César Knoll

MANDADO DE SEGURANÇA IMPETRADO CONTRA DECISÃO JUDICIAL QUE DETERMINOU A BUSCA E APREENSÃO DE BENS OBJETO DE CONTRATO DE FINANCIAMENTO. ATO PASSÍVEL DE RECURSO COM EFEITO SUSPENSIVO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. ARTIGO 5º, INCISO II, DA LEI N. 12.016/2009. SEGURANÇA DENEGADA.

O Mandado de Segurança não é sucedâneo de recurso, sendo imprópria a sua impetração contra decisão judicial passível de impugnação prevista em lei, ex vi do disposto no artigo 5º, II, da Lei 1.533/51 e da Súmula 267/STF, segundo a qual “não cabe mandado de segurança contra ato judicial passível de recurso ou correição” (Precedente da Corte Especial do STJ: MS 12.441/DF, Rel. Ministro Luiz Fux, Corte Especial, julgado em 01.02.2008, DJe 06.03.2008).

O artigo 5º, II, da Lei 12.016/2009, veda a utilização do mandado de segurança contra decisão judicial da qual caiba recurso com efeito suspensivo.

[...]

Destarte, a aludida decisão judicial comportava a interposição de agravo de instrumento (artigo 522, do CPC), ao qual poderia ter sido atribuído efeito suspensivo (artigo 527, III, do CPC), razão pela qual inadequada a via eleita (RMS n. 26827/AL, rel. Min. Luiz Fux, Órgão Julgador: Primeira Turma, j. em 22-2-2011)

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Mandado de Segurança n. 2009.039767-0, da comarca de Taió (Vara Única), em que é impetrante Laticínios Stolf Ltda., e impetrado Dr. Juiz de Direito da Comarca de Taió:

A Terceira Câmara de Direito Comercial decidiu, por votação unânime, denegar a segurança pleiteada por Laticínios Stolf Ltda. Custas legais.

Participaram do julgamento, realizado no dia 22 de setembro de 2011, foi presidido pelo Exmo. Sr. Des. Paulo Roberto Camargo Costa e dele participou, com voto, o Exmo. Sr. Des. Raulino Jacó Brüning.

Funcionou como Representante do Ministério Público a Exma. Sra. Dra. Gladys Afonso.

Florianópolis, 10 de outubro de 2011.

Júlio César Knoll
RELATOR

RELATÓRIO

Laticínios Stolf Ltda. impetrou mandado de segurança contra ato proferido pelo Excelentíssimo Senhor Doutor Juiz de Direito da Vara Única da comarca de Taió, que, nos autos da ação de busca e apreensão autuada no n. 070.02.002000-7, determinou a apreensão de um pasteurizador de leite, duas prensas, uma caldeira, duas câmaras frias e três tanques de aço inox.

Ao receber os autos, o eminente Desembargador Relator concedeu medida liminar para suspender o ato objurgado, o que, por consequência, manteve o estabelecimento impetrante na posse dos bens, objetos descritos à fl. 71.

Após, a suposta autoridade coatora prestou as devidas informações (fls. 93-98).

A douta Procuradoria-Geral de Justiça lavrou parecer, por intermédio do Exmo. Sr. Dr. Paulo Roberto de Carvalho Roberge, no qual se manifestou pela denegação da ordem, sob o fundamento de que o Mandado de Segurança não é a via adequada para a solução do caso trazido aos autos, diante da expressa previsão de recurso próprio para atacar decisões interlocutórias.

Após, os autos vieram conclusos para julgamento.

VOTO

A nossa Carta Magna no inciso LXIX do artigo 5º assevera que o Mandado de Segurança será concedido para proteger direito líquido e certo, não amparável por *habeas corpus* ou *habeas data*, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuição do Poder Público.

Trata-se de um remédio constitucional, atualmente regulado pela Lei n. 12.016/2009, que visa a proteger direito líquido e certo consubstanciado na existência de prova pré-constituída, uma vez que não comporta dilação probatória.

Direito líquido e certo é o que se apresenta manifesto na sua existência, delimitado na sua extensão e apto a ser exercitado no momento da impetração. Por outras palavras, o direito invocado, para ser amparável por mandado de segurança, há de vir expresso em norma legal e trazer em si todos os requisitos e condições de sua aplicação.

[...]

As provas tendentes a demonstrar a liquidez e certeza do direito podem ser todas as modalidades admitidas em lei, desde que acompanhem a inicial, salvo no caso de documento em poder

de impetrado (art. 6º, parágrafo único) ou superveniente às informações. O que se exige é prova pré-constituída das situações e fatos que embasam o direito invocado pelo impetrante. (Meirelles, Hely Lopes. *Mandado de Segurança*. São Paulo: Malheiros Editores, 23 ed., 2001, p. 35-37).

Assim, infere-se que a ilegalidade exposta como ensejadora da concessão da segurança está consubstanciada na contrariedade ao direito, enquanto o abuso de poder é a extrapolação das atribuições ou da competência, ou, ainda, o desvio da finalidade da função exercida.

No caso dos autos, constata-se que a denegação da ordem é a medida que se impõe.

Isso porque visa a impetrante, por meio da presente ação, à suspensão do cumprimento da decisão interlocutória proferida nos autos da ação de busca e apreensão de n. 070.02.002000-7, que tramita na comarca de Taió, que determinou a apreensão dos bens descritos no mandado acostado à fl. 71 destes autos.

Todavia, para impugnar o referido ato, a impetrante dispõe do recurso de agravo de instrumento, ao qual pode ser concedido efeito suspensivo (artigo 527, inciso II, do CPC), e que, a grosso modo, é a via adequada para propiciar o reexame, pela instância *ad quem*, das decisões interlocutórias proferidas em primeiro grau de jurisdição, consoante dispõe o artigo 522 e seguintes do Código de Processo Civil.

Da mesma forma, a Lei n. 12.106/2009, que dispõe acerca do Mandado de Segurança, destaca que é incabível a via mandamental quando se tratar de decisão judicial da qual caiba recurso com efeito suspensivo (inciso II do artigo 5º).

Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça já decidiu:

RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA
IMPETRADO CONTRA ATO JUDICIAL. DECISÃO
INTERLOCUTÓRIA PROFERIDA POR JUIZ SINGULAR,

QUE, NOS AUTOS DE EXECUÇÃO FISCAL INTENTADA PELA FAZENDA NACIONAL, MANTEVE O BLOQUEIO DA IMPORTÂNCIA CONSTANTE DA CONTA CORRENTE DO EXECUTADO. SÚMULA 267/STF. APLICAÇÃO. RECURSO CABÍVEL. AGRAVO DE INSTRUMENTO.

1. O Mandado de Segurança não é sucedâneo de recurso, sendo imprópria a sua impetração contra decisão judicial passível de impugnação prevista em lei, ex vi do disposto no artigo 5º, II, da Lei 1.533/51 e da Súmula 267/STF, segundo a qual “não cabe mandado de segurança contra ato judicial passível de recurso ou correição” (Precedente da Corte Especial do STJ: MS 12.441/DF, Rel. Ministro Luiz Fux, Corte Especial, julgado em 01.02.2008, DJe 06.03.2008).

2. O artigo 5º, II, da Lei 12.016/2009, veda a utilização do mandado de segurança contra decisão judicial da qual caiba recurso com efeito suspensivo.

[...]

5. Destarte, a aludida decisão judicial comportava a interposição de agravo de instrumento (artigo 522, do CPC), ao qual poderia ter sido atribuído efeito suspensivo (artigo 527, III, do CPC), razão pela qual inadequada a via eleita.

6. O artigo 6º, da Lei 12.016/2009, determina que “denega-se o mandado de segurança nos casos previstos pelo art. 267 da Lei no 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - Código de Processo Civil”.

7. Recurso ordinário desprovido, mantendo-se a denegação do mandado de segurança, por fundamento diverso (RMS n. 26827/AL, rel. Min. Luiz Fux, Órgão Julgador: Primeira Turma, j. em 22-2-2011)

Aliás, observa-se que tal fato é de conhecimento da própria impetrante que, conforme fls. 64-69 destes autos, interpôs o referido recurso a este Tribunal de Justiça, mas este não foi conhecido no que concerne à ação de busca e apreensão objeto deste autos.

Além disso, deve-se frisar que o *Mandamus*, conforme já mencionado acima, serve para amparar direito líquido e certo.

Contudo, *in casu*, não há direito líquido e certo apto a socorrer a impetrante, pois, uma vez não conhecido em relação à ação de busca e apreensão n. 070.02.002000-7 o recurso de agravo de instrumento interposto, não há falar em efeito suspensivo da decisão proferida pelo MM. Juiz de Direito à fl. 122 daqueles autos.

Haveria ofensa, caso, interposto e provido o recurso cabível para combater a decisão judicial objurgada nesse procedimento, o Magistrado *a quo* insistisse no cumprimento do ato que por ele foi proferido.

Logo, vislumbra-se que este procedimento não merece prosperar por dois motivos. Primeiro, porque sua impetração é vedada pelo inciso II do artigo 5º da Lei n. 12.016/2009. Segundo, pois não há direito líquido e certo para amparar a impetrante, visto que não houve decisão da instância *ad quem* que suspendeu a determinação de busca e apreensão dos bens arrolados à fl. 71 deste *writ*.

Por fim, traz-se à colação precedentes jurisprudenciais deste egrégio Tribunal de Justiça, que, em análise a situações análogas, assim decidiu:

Mandado de Segurança - Ato judicial que destituiu depositário no autos de execucional - Impossibilidade do manejo do writ, ante a existência de recurso próprio no ordenamento pátrio - Decisão que não se afigura como teratológica - Não conhecimento

“Não mais se justifica a interposição do mandado de segurança para atacar ato judicial de que caiba recurso, mormente com a vigência da Lei n. 9.139/95, que deu nova feição ao agravo de instrumento.” (MS n. 98.003276-8, Rel. Des. Alcides Aguiar)

“No sistema anterior à Lei 9.139/95, descabia exceto em casos de abuso ou manifesta teratologia, a pretensão de atacar diretamente a decisão judicial pela via do writ, uma vez que o mandado de segurança contra ato judicial recorrível vinha sendo admitido, por construção doutrinário-jurisprudencial, para comunicar efeito suspensivo ao recurso dele desprovido, em face da probabilidade de lesão dificilmente reparável. Com a referida lei, que deu nova redação ao art. 558, CPC outra é a sistemática. II - Nos termos do enunciado n.º 267 da Súmula/

STF, reforçado após a Lei n° 9.139/95, que deu nova redação ao art. 558, CPC, 'não cabe mandado de segurança contra to judicial passível de recurso ou correção' (STJ, ROMS 8472/RJ, Rel. Min. Salvio de Figueredo Teixeira, j. em 18.02.99) (Mandado de segurança n. 99.007450-1, de Urussanga, rel. Des. Solon d'Eça Neves, j. em 30-3-2000)

MANDADO DE SEGURANÇA. ATO JUDICIAL. DECISÃO INTERLOCUTÓRIA DETERMINATIVA DE PENHORA DE PARTE DO FATURAMENTO DA EMPRESA IMPETRANTE. RECURSO CABÍVEL: AGRAVO DE INSTRUMENTO. INTERPOSIÇÃO DE MANDADO DE SEGURANÇA: INVIABILIDADE. EXEGESE DO ART. 5º, II, DA LEI N. 12.016/09. ORDEM DENEGADA

"I - O recurso cabível contra decisão judicial que determina penhora de bens (interlocutória), seria o Agravo de Instrumento. II - Uníssona jurisprudência firmada no sentido da inviabilidade da utilização do mandado de segurança como substituto recursal." [...] (RMS 9940/SP, rel. Min. Francisco Falcão, j. em 15.5.2000) (Mandado de Segurança n. 2010.077368-5 e Embargos de Declaração n. 2010.077368-5/0001.00, de Joinville, rel. Des. João Henrique Blasi, j. em 5-7-2011)

Dessa forma, diante do fato deste Mandado de Segurança ter sido impetrado contra decisão judicial, que não é teratológica, da qual caiba recurso com efeito suspensivo, bem como por não haver direito líquido e certo a ser protegido, vota-se pela denegação da ordem.

QUARTA CÂMARA DE DIREITO COMERCIAL

APELAÇÕES CÍVEIS

Apelação Cível n. 2012.028828-5, de Criciúma

Relator: Des. José Carlos Carstens Köhler

APELAÇÃO CÍVEL. “AÇÃO ORDINARIA DE PRECEITO COMINATÓRIO C/C PEDIDO DE PERDAS E DANOS E ANTECIPAÇÃO DE TUTELA”. JULGAMENTO DE IMPROCEDÊNCIA DOS PEDIDOS. IRRESIGNAÇÃO DA AUTORA.

PLEITO DE PROIBIÇÃO DE A RÉ UTILIZAR MARCA REGISTRADA EM SEU NOME. INACOLHIMENTO. REGISTRO MARCÁRIO PRATICADO PELO INSTITUTO NACIONAL DE PROPRIEDADE INDUSTRIAL (INPI) CUJA DESCONSTITUIÇÃO NÃO SE DISCUTE NESTE PROCESSO. PRESUNÇÃO DE LEGITIMIDADE DO ATO ADMINISTRATIVO QUE NÃO PODE SER DERRUÍDA NESTA VIA, SEJA COMO MATÉRIA PRINCIPAL OU INCIDENTAL. ATO PRATICADO PELA ENTIDADE MENCIONADA QUE, ENQUANTO NÃO DESFEITO, TEM APTIDÃO PARA PRODUZIR SEUS EFEITOS, ENTRE OS QUAIS SE ENCONTRA A AUTORIZAÇÃO DE USO EXCLUSIVO DA MARCA EM TODO O TERRITÓRIO NACIONAL. INTELIGÊNCIA DO ART. 129 DA LEI 9.279/96.

ALMEJADA DETERMINAÇÃO JUDICIAL NO SENTIDO DE QUE A REQUERIDA NÃO UTILIZE A EXPRESSÃO “OCEAN BRAZIL”. TESE NÃO ALBERGADA. ALEGADA PRECEDÊNCIA AO REGISTRO, COM FUNDAMENTO NO ART. 129, § 1º, DA LEI 9.279/96. IRRELEVÂNCIA. PROCESSO

EM QUE NÃO SE DISCUTE QUALQUER REGISTRO DE MARCA EM NOME DA AUTORA. PRÉVIO USO DO SIGNO DISTINTIVO INVOCADO PARA SUSTENTAR A PRÁTICA DE CONCORRÊNCIA DESLEAL PELA REQUERIDA. ALEGAÇÃO RECHAÇADA. AUSÊNCIA DE PROVA ACERCA DA UTILIZAÇÃO DA EXPRESSÃO “OCEAN BRAZIL” DIVERSA DAQUELA PROTEGIDA PELO REGISTRO NO INPI QUE SE ENQUADRASSE NO CONTEÚDO DO ART. 209 DA LEI 9.279/96. AFIRMAÇÃO, ADEMAIS, DE QUE O USO DO TERMO PELA DEMANDADA VIOLA A PROTEÇÃO DO NOME EMPRESARIAL DA REQUERENTE. FALTA DE PROVAS SOBRE A OCORRÊNCIA DE USO DA EXPRESSÃO QUE, A UM SÓ TEMPO, DIFERISSE DO SINAL PROTEGIDO NO INPI E FOSSE SUSCETÍVEL DA CAUSAR CONFUSÃO OU ASSOCIAÇÃO COM A DENOMINAÇÃO DA DEMANDANTE. EXEGESE DO ART. 124, INCISO V, DA LEI 9.279/96.

PRETENSÃO DE IMPEDIMENTO DE A SUPLICADA USAR VARIAÇÕES DA EXPRESSÃO “OCEAN BRAZIL” CAPAZES DE CAUSAR CONFUSÃO. IMPROCEDÊNCIA. PEDIDO, DEMASIADAMENTE GENÉRICO, JÁ ALBERGADO PELO ORDENAMENTO JURÍDICO EM ABSTRATO. AUSÊNCIA DE INTERESSE PROCESSUAL. FALTA, ALÉM DISSO, DA DEMONSTRAÇÃO DE QUALQUER RISCO DA UTILIZAÇÃO DE SIGNO DIVERSO DO REGISTRADO NO INPI EM NOME DA RÉ QUE PUDESSE JUSTIFICAR A IMPOSIÇÃO DE MEDIDA COERCITIVA DESTINADA A INIBIR TAL CONDUTA.

OBJETIVADA CONDENAÇÃO DA DEMANDADA AO PAGAMENTO DE QUANTIA REPARATÓRIA POR DANOS MATERIAIS E MORAIS. INVIABILIDADE. AUSÊNCIA DE CONDUTA ILÍCITA NO QUE TANGE À UTILIZAÇÃO DA MARCA REGISTRADA EM NOME DA RÉ EMPÓS O REGISTRO. FALTA DE PROVAS SOBRE A UTILIZAÇÃO PELA REQUERIDA DA MARCA ANTERIORMENTE REGISTRADA

EM NOME DA AUTORA. INEXISTÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DA CONFIGURAÇÃO DE CONCORRÊNCIA DESLEAL NO QUE SE REFERE AO USO DO SIGNO DISTINTIVO REGISTRADO EM NOME DA SUPPLICADA EM MOMENTO PRETÉRITO À SUA PROTEÇÃO NO INPI E NO QUE DIZ RESPEITO À UTILIZAÇÃO DE OUTROS SINAIS ENVOLVENDO O TERMO “OCEAN BRAZIL” OU VARIAÇÕES, ANTES OU DEPOIS DO REGISTRO MARCÁRIO NO ENTE ALUDIDO.

REBELDIA DESPROVIDA.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2012.028828-5, da 1ª Vara Cível da Comarca de Criciúma, em que é apelante Ocean Brazil Indústria e Comércio de Confecções Ltda., e apelada Qnui & Caffeine Indústria e Comércio de Confecções Ltda. ME:

A Quarta Câmara de Direito Comercial decidiu, por unanimidade, negar provimento ao Recurso. Custas legais.

O julgamento, realizado nesta data, foi presidido pelo Exmo. Sr. Des. Lélio Rosa de Andrade, e dele participaram os Exmos. Srs. Des. José Inácio Schaefer e Altamiro de Oliveira.

Florianópolis, 5 de junho de 2012.

Carstens Köhler
RELATOR

RELATÓRIO

Ocean Brazil Ind. e Com. de Confecções Ltda. interpôs Recurso de Apelação (fls. 272-283) contra sentença prolatada nos autos n. 020.08.018105-8, correspondentes a “ação ordinária de preceito

cominatório c/c pedido de perdas e danos e antecipação de tutela” proposta pela Recorrente em face de Qnui & Caffeine Indústria e Comércio de Confecções Ltda. ME (Vida e Sol Estamparia e Franquia Ltda. – ME), na qual o Magistrado resolveu as questões que lhe foram submetidas nos seguintes termos (fls. 262-268):

Ante o exposto, JULGO IMPROCEDENTE o pedido formulado na inicial e em consequência, CONDENO a autora no pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, estes que arbitro em R\$ 2.000,00, nos termos dos §§ 3º e 4º, do art. 20, do CPC.

Sustenta a Apelante, em suma, que a utilização da marca “Ocean Brazil” pela Apelada viola o direito no caso concreto, motivo pelo qual almeja a reforma da sentença para que a Requerida seja proibida definitivamente de usar aludido signo distintivo, assim como suas variações capazes de causar confusão, bem como a condenação desta ao pagamento de quantia reparatória por danos sofridos.

Argumenta ter precedência sobre a marca em razão (1) de tê-la usado em momento pretérito, (2) da anterioridade do registro de seu nome empresarial, que contém a expressão “Ocean Brazil”, também presente no signo distintivo dos produtos da Demandada, e (3) da ausência do preenchimento do requisito da novidade pela marca utilizada pela Ré, diante dos dois parâmetros suso aludidos (marca e nome empresarial da Requerente).

Foram apresentadas contrarrazões (fls. 289-309).

Ascenderam os autos a esta Corte Estadual.

É o necessário escorço.

VOTO

A Insurgência imerece prosperar.

1 Prolegômenos necessários

Segundo afirma a Recorrente, a utilização da marca “Ocean Brazil” pela Apelada viola o direito no caso concreto, motivo pelo qual almeja a reforma da sentença para que a Requerida seja proibida definitivamente de usar aludido signo distintivo, assim como suas variações capazes de causar confusão, bem como a condenação desta ao pagamento de quantia reparatória pelos danos sofridos.

Em seu Recurso, a Apelante argumenta ter precedência sobre a marca em razão (1) de tê-la usado em momento pretérito, (2) da anterioridade do registro de seu nome empresarial, que contém a expressão “Ocean Brazil”, também presente no signo distintivo dos produtos da Demandada, e (3) da ausência do preenchimento do requisito da novidade pela marca utilizada pela Ré, diante dos dois parâmetros suso aludidos (marca e nome empresarial da Requerente).

2 Do pedido de proibição do uso pela Ré da marca registrada em nome desta

Aduz a Insurgente que (fls. 207-210): a) realizou depósito para registro da sua marca em 28-4-89, ocorrendo a respectiva concessão em 9-4-91; b) posteriormente, esse registro foi extinto por ter expirado o seu prazo de vigência; c) em 31-7-00, a Recorrida realizou o depósito de sua marca, também contendo a expressão “Ocean Brazil”, obtendo a correspondente concessão em 3-2-09; e d) em 2007, a Apelante fez novo requerimento de registro de marca.

Como se vê, segundo a própria Inconformada, a marca “Ocean Brazil Surfing Technology”, cuja proibição de uso se requer, foi registrada em nome da Requerida em 2009 – (fls. 274 e 279). Tal fato, aliás, encontra-se confirmado nas contrarrazões apresentadas por esta última (fl. 292).

Apesar de a ação ter sido ajuizada em 13-8-08 (fl. 2) – anteriormente ao referido elemento fático, portanto – tem incidência o art. 462 do Código de Processo Civil estatui:

Art. 462. Se, depois da propositura da ação, algum fato constitutivo, modificativo ou extintivo do direito influir no julgamento da lide, caberá ao juiz tomá-lo em consideração, de ofício ou a requerimento da parte, no momento de proferir a sentença.

E não se olvida que, conforme leciona Scarpinella, em obra coordenada por Antonio Carlos Marcato, “o art. 462 tem aplicação irrestrita no âmbito dos tribunais de segundo grau de jurisdição”, de maneira que “também eles deverão levar em conta *fato* ou *direito* novo que têm aptidão de influenciar no julgamento da ação” (*Código de processo civil interpretado*. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 1497).

Exsurge, então, que a circunstância de a marca estar registrada no Instituto Nacional de Propriedade Industrial – INPI, em nome da Demandada, deve ser levada em consideração no julgamento da presente Apelação. E é por isso, antecipe-se, que o pedido de proibição de seu uso pela Ré não pode prosperar no certame.

Como é sabido, os atos administrativos têm, como um de seus atributos, a presunção de legitimidade, que, segundo Maria Sylvia Di Pietro, citada por Vicente Paulo e Marcelo Alexandrino, envolve:

- a) presunção de legitimidade, significando que a interpretação e a aplicação da **norma jurídica** pela administração foram corretas;
- b) presunção de veracidade, significando que os **fatos** alegados pela administração existem, ocorreram, são verdadeiros.

(*Direito administrativo descomplicado*. 17ª ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2009. p. 455).

Por óbvio, os atos administrativos praticados pelo INPI, a exemplo do registro de marca, não fogem à regra.

Procura-se elucidar o que se está a dizer com os seguintes julgados do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, *mutatis mutandis*:

ADMINISTRATIVO. INPI. ATO ADMINISTRATIVO DE CONCESSÃO DE REGISTRO DE MARCA. PRODUTOS DE

VESTUÁRIO. NULIDADE DE REGISTRO DE MARCA. É impedido o registro de marcas semelhantes no mesmo segmento, até mesmo em alguns casos afastando o princípio da especialidade, segundo o qual seriam indevidos registros similares apenas na mesma classe. Existe efetivo risco de prejuízo ao consumidor, e este, em nosso ordenamento jurídico, é tido como vulnerável na relação de consumo (art. 4º, I, do CDC), além da possibilidade de prejuízo a empresa que detém o registro da marca mais antiga.

(REOAC 2008.71.00.003526-1, Rel. Sérgio Renato Tejada Garcia, D.E. 23-11-09, destacou-se).

Outrossim:

AGRAVO DE INSTRUMENTO E AGRAVO “INTERNO”. PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. NULIDADE DE PATENTE. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E CONCORRÊNCIA DESLEAL. PERMISSÃO PARA CONTINUIDADE DE FABRICAÇÃO E COMERCIALIZAÇÃO DE MÁQUINAS. GARANTIA DO DIREITO DE RÉPLICA. FALTA DE INTERESSE RECURSAL. NÃO CONHECIMENTO. PRELIMINAR DE CARÊNCIA DE AÇÃO. REJEIÇÃO. PRESUNÇÃO DE LEGITIMIDADE DO ATO ADMINISTRATIVO DO INPI. COMPLEXIDADE TÉCNICA DA QUESTÃO. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. CASSAÇÃO.

1. Falece interesse recursal, no tocante à garantia do direito de réplica, uma vez que já foi assegurada em primeira instância.

2. Quanto à preliminar de carência de ação, por mais que as agravadas refiram que as máquinas envolvidas na discussão são diferentes, fato é que aquelas estão sendo impedidas de fabricar, importar e vender o seu aparato, em virtude de que o mesmo está sendo enquadrado no âmbito de proteção da patente da ré, o que torna manifesto o interesse na suspensão dos efeitos da patente. Ademais, a proteção à propriedade intelectual produz efeitos erga omnes, o que confere legitimidade ativa para propositura de ação de nulidade de patente a qualquer pessoa com legítimo interesse.

3. Milita, em favor da agravante, a presunção de legitimidade dos atos administrativos, no caso ato do INPI, secundado por laudo técnico comparativo, sendo a questão de alta complexidade técnica,

merecendo expressa proteção legal (Lei n. 9.279/96) e constitucional (art. 5º, inc. XXIX). Assim, merecem permanecer hígidos os efeitos da Patente n. 0002928-9, conferida à agravante.

(AG 2009.04.00.028231-8, Rel. Marga Inge Barth Tessler, D.E. 5-10-09, sublinhou-se).

Nesse diapasão, se o INPI concedeu o registro da marca em nome da Ré, ainda que esse signo distintivo contenha a expressão “Ocean Brazil”, isso significa que a Entidade entendeu que todos os requisitos necessários para tanto encontravam-se preenchidos, circunstância que, seja no aspecto fático seja no jurídico, deve ser presumida legítima até eventual prova em contrário na via adequada.

Tal presunção, por seu turno, não pode ser derruída neste feito, pois a presente ação não visa à desconstituição do registro marcário realizado em nome da Demandada, o que, a propósito, sequer poderia ser discutido no âmbito da Justiça Estadual, já que nos termos do art. 175 da Lei 9.279/96, tal matéria seria da competência da Justiça Federal.

A esse respeito, colhe-se de julgado do Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSO CIVIL E DIREITO DE PROPRIEDADE INTELECUTAL. REGISTRO DE DESENHO INDUSTRIAL E DE MARCA. ALEGADA CONTRAFAÇÃO. PROPOSITURA DE AÇÃO DE ABSTENÇÃO DE USO. NULIDADE DO REGISTRO ALEGADO EM MATÉRIA DE DEFESA. RECONHECIMENTO PELO TRIBUNAL, COM REVOGAÇÃO DE LIMINAR CONCEDIDA EM PRIMEIRO GRAU. IMPOSSIBILIDADE. REVERSÃO DO JULGAMENTO. NULIDADE DE PATENTE, MARCA OU DESENHO DEVE SER ALEGADA EM AÇÃO PRÓPRIA, PARA A QUAL É COMPETENTE A JUSTIÇA FEDERAL. RECURSO PROVIDO.

1. A alegação de que é inválido o registro, obtido pela titular de marca, patente ou desenho industrial perante o INPI, deve ser formulada em ação própria, para a qual é competente a Justiça Federal. Ao juiz estadual não é possível, incidentalmente, considerar inválido um registro vigente, perante o INPI. Precedente.

[...]

4. Recurso especial provido, com o restabelecimento da decisão proferida em primeiro grau.

(REsp 1132449/PR, Rel. Mina. Nancy Andrichi, j. 13-3-12).

Resulta disso que, os argumentos da prévia utilização da marca pela Autora, da violação à proteção do seu nome empresarial e do não preenchimento do requisito da novidade esbarram na presunção de legitimidade do ato praticado pelo INPI, cujo desfazimento não constitui objeto do feito.

Assim, tendo em vista que o ato administrativo encontra-se em vigor, afigura-se inviável proibir a Requerida de exercer os direitos dele provenientes, entre os quais se encontra o de uso exclusivo da marca em todo o território nacional, nos termos do art. 129 da Lei 9.279/96, *in verbis*:

Art. 129. A propriedade da marca adquire-se pelo registro validamente expedido, conforme as disposições desta Lei, sendo assegurado ao titular seu uso exclusivo em todo o território nacional, observado quanto às marcas coletivas e de certificação o disposto nos arts. 147 e 148.

Sobre o tema, extrai-se dos ensinamentos de Vicente Paulo e Marcelo Alexandrino:

O ato administrativo em vigor permanecerá no mundo jurídico até que algo capaz de alterar esta situação aconteça. Uma vez publicado, esteja eivado de vícios ou não, terá vigência e deverá ser cumprido, em respeito ao atributo da presunção de legitimidade, até que ocorra formalmente o seu desfazimento.

(op. cit., p. 473).

Conclui-se, desse modo, não ser possível neste processo proibir a Requerida de utilizar a marca registrada como de sua titularidade.

3 Do requerimento de determinação judicial que impeça a Requerida de usar a expressão “Ocean Brazil”

Por outro lado, extrai-se da peça deflagratória e do Apelo que a Demandante almeja, também, o reconhecimento da impossibilidade do uso da expressão “Ocean Brazil” de modo geral pela Ré.

A viabilidade da utilização do referido signo na marca registrada em nome da Demandada já foi examinada, mas falta analisar a possibilidade, ou não, do uso dessa expressão pela Requerida em contextos outros.

Repisando os argumentos da Recorrente, impende enfocar, de início, a utilização pretérita de marca com a expressão “Ocean Brazil” pela Autora.

Nessa seara, não se pode afirmar que o prévio uso da marca pela Inconformada, com ou sem registro, impossibilita que a Apelada venha a usar a expressão “Ocean Brazil” em qualquer situação.

É certo que a utilização anterior do signo distintivo gera determinados efeitos jurídicos. Confira-se a lição de Denis Borges Barbosa:

O uso, em certas jurisdições, é pressuposto ou requisito da aquisição do direito exclusivo à marca; não assim no Brasil. No entanto, outras importantíssimas conseqüências resultam do uso do signo distintivo: as que se listam nesta seção, e a proteção da marca não registrada pela concorrência desleal.

(*Uma introdução à propriedade intelectual*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. 866).

As conseqüências levantadas pela Apelante foram a precedência sobre o respectivo registro e a proteção contra a concorrência desleal.

Não se discute, no caso vertente, se determinada marca deve ser, ou não, registrada em nome da Demandante. Por isso, torna-se inaplicável, para os fins aos quais foi invocado *in casu*, o art. 129, § 1º, da Lei 9.279/96, que estabelece precedência ao registro, e não a impossibilidade de qualquer utilização da mesma expressão linguística por outrem:

Art. 129. A propriedade da marca adquire-se pelo registro validamente expedido, conforme as disposições desta Lei, sendo

assegurado ao titular seu uso exclusivo em todo o território nacional, observado quanto às marcas coletivas e de certificação o disposto nos arts. 147 e 148.

§ 1º Toda pessoa que, de boa fé, na data da prioridade ou depósito, usava no País, há pelo menos 6 (seis) meses, marca idêntica ou semelhante, para distinguir ou certificar produto ou serviço idêntico, semelhante ou afim, terá direito de precedência ao registro.

(salientou-se).

Ademais, no que pertine à concorrência desleal, verifica-se que o simples uso da expressão “Ocean Brazil” pela Requerida não basta para caracterizar o ilícito. A lei exige algo mais, estabelecendo como necessária a demonstração de que os comportamentos do agente sejam “tendentes a prejudicar a reputação ou os negócios alheios, a criar confusão entre estabelecimentos comerciais, industriais ou prestadores de serviço, ou entre os produtos e serviços postos no comércio” – art. 209 da Lei 9.279/96.

No caso sob exame, todavia, o conjunto probatório construído não dá conta de qualquer utilização da expressão “Ocean Brazil”, diversa daquela albergada pelo registro marcário suso comentado, que tenha causado prejuízo à reputação ou aos negócios alheios, nem ocasionado confusão.

Sob outro vértice, no que tange à proteção da expressão “Ocean Brazil” em face do nome empresarial da Demandante, mais uma vez não merece prosperar a tese recursal. Isso porque também nessa seara a simples utilização do termo não basta para violar o Direito, para o que seria necessário que o seu uso fosse passível de causar confusão ou prejuízo.

Se até mesmo o registro de marca pode abarcar a mesma expressão linguística já contida em nome empresarial de terceiro, desde que não seja suscetível de causar confusão ou associação com este, fica claro que a utilização do termo por outrem não fica vedada indiscriminadamente, mas apenas em hipóteses que possa gerar prejuízo.

Tal interpretação pode ser extraída do conteúdo normativo do art. 124, inciso V, da lei 9.279/96:

Art. 124. Não são registráveis como marca:

[...]

V - reprodução ou imitação de elemento característico ou diferenciador de título de estabelecimento ou nome de empresa de terceiros, suscetível de causar confusão ou associação com estes sinais distintivos;

Assim, como não ficou demonstrada no feito qualquer utilização da expressão “Ocean Brazil” pela Ré que, a um só tempo, fosse diversa da marca registrada em seu nome e suscetível de causar confusão ou associação com o nome empresarial da Demandante, não se pode proibir aquela de usar o termo mencionado por violação à denominação desta.

Destarte, pelos fundamentos vazados tem-se que o requerimento de determinação judicial que impeça a Requerida de usar a expressão “Ocean Brazil” imerece guarida.

4 Da pretensão de proibição da utilização pela Recorrida das variações da expressão “Ocean Brazil” que possam causar confusão

No mais, não passa despercebido que a Autora também clamou que se determine que a Ré se abstenha de utilizar qualquer variação da expressão “Ocean Brazil” capaz de causar confusão.

Tal pleito, entretanto, demasiadamente genérico, já se encontra albergado pelo Direito em abstrato, nos termos do art. 209 da Lei 9.279/96:

Art. 209. Fica ressalvado ao prejudicado o direito de haver perdas e danos em ressarcimento de prejuízos causados por atos de violação de direitos de propriedade industrial e atos de concorrência desleal não previstos nesta Lei, tendentes a prejudicar a reputação ou os negócios alheios, a criar confusão entre estabelecimentos comerciais, industriais ou prestadores de serviço, ou entre os produtos e serviços postos no comércio.

§ 1º Poderá o juiz, nos autos da própria ação, para evitar dano irreparável ou de difícil reparação, determinar liminarmente a sustação da violação ou de ato que a enseje, antes da citação do réu, mediante, caso julgue necessário, caução em dinheiro ou garantia fidejussória.

§ 2º Nos casos de reprodução ou de imitação flagrante de marca registrada, o juiz poderá determinar a apreensão de todas as mercadorias, produtos, objetos, embalagens, etiquetas e outros que contenham a marca falsificada ou imitada.

(grifou-se).

Vale dizer, não pleiteada a proibição da utilização de qualquer outra expressão específica, diversa daquela registrada como marca da titularidade da Ré, que esteja causando confusão entre os produtos desta e os da Requerente, em violação àquilo que o ordenamento jurídico já estabelece em princípio no dispositivo supratranscrito, não há razão para a manifestação jurisdicional proibitiva, pois seria repetir o teor da norma, que, por obviedade ululante, se basta.

Acerca do assunto, colhe-se da doutrina de Luiz Guilherme Marinoni, citando Liebman:

O interesse de agir, segundo Liebman, é “um interesse processual, secundário e instrumental com relação ao interesse substancial primário; tem por objeto o provimento que se pede ao juiz como meio para obter a satisfação de um interesse primário lesado pelo comportamento da parte contrária, ou, mais genericamente, pela situação de fato objetivamente existente. [...] O interesse de agir decorre da necessidade de obter através do processo a proteção do interesse substancial; pressupõe, por isso, a assertiva de lesão desse interesse e a aptidão do provimento pedido a protegê-lo e satisfazê-lo. Seria uma inutilidade proceder ao exame do pedido para conceder (ou negar) o provimento postulado, quando na situação de fato apresentada não se encontrasse afirmada uma lesão ao direito ou interesse que se ostenta perante a parte contrária, ou quando os efeitos jurídicos que se esperam do provimento já tivessem sido obtidos, ou ainda quando o provimento pedido fosse em si mesmo inadequado ou inidôneo a remover a lesão, ou, finalmente, quando

ele não pudesse ser proferido, porque não admitido pela lei (p. ex., a prisão por dívidas). [...] Em conclusão, o interesse de agir é representado pela relação entre a situação antijurídica denunciada e o provimento que se pede para debelá-la mediante a aplicação do direito; deve essa relação consistir na utilidade do provimento, como meio para proporcionar ao interesse lesado a proteção concedida pelo direito”.

(*Teoria geral do processo*. 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. p. 171-172).

A mais disso, ainda que se argumentasse haver interesse na cominação de medida coercitiva para impedir a hipotética prática ilegal, registre-se que não houve comprovação da utilização de qualquer variação do termo “Ocean Brazil” diversa daquela que agora se encontra albergada pelo registro no INPI.

Ou seja, não ocorreu sequer a demonstração da existência de risco de uso injustificado de signo que pudesse causar confusão ou prejuízo, motivo pelo qual não há razão para que a fase processual de certificação do direito resulte favorável à Demandante para proibir a utilização de variações da expressão “Ocean Brazil” capazes de gerar colidência.

Brota que a pretensão de proibição de a Recorrida utilizar variáveis da expressão “Ocean Brazil” que possam causar confusão não deve ser acolhida.

5 Da almejada condenação a quantia reparatória por danos materiais e morais

Consoante já restou demonstrado, como não se discute a desconstituição do registro da marca pela Ré no INPI, este deve continuar produzindo efeitos, motivo pelo qual não há ilicitude na utilização do signo distintivo registrado posteriormente ao respectivo ato praticado pela Entidade competente.

Em razão disso, não é possível albergar o pedido de condenação ao pagamento de quantia reparatória de danos eventualmente ocorridos pela utilização da marca registrada empós esse ato.

Sob outro prisma, no tocante à tutela da marca em período pretérito – ou em momento posterior, mas pela utilização de signo diverso do registrado – ganha relevo o seguinte ensinamento doutrinário de Denis Borges Barbosa:

Havendo um direito de exclusiva, patente, marca, ou direito autoral, a tutela se remete aos documentos da patente, para se definir a extensão do direito, ou ao certificado de registro de marca, ou à obra autoral, registrada ou não. O padrão é de direito, e não leva em consideração se existe, ou não efetiva concorrência entre as partes. Se não há direito de exclusiva, o padrão é fático, e a primeira consideração é a existência de concorrência – efetiva, atual e localizada.

Assim, o titular de uma marca, cujo registro tem alcance nacional, pode-se opor ao seu uso por um comerciante de cidade remota, onde nunca concorreu ou concorrerá; mas para exercer seu direito de uma concorrência leal, sem ter direito de exclusiva, é preciso demonstrar que sua marca não registrada é utilizada no mesmo mercado, no mesmo local, no mesmo tempo, pelo concorrente desleal.

(op. cit., p. 292).

Primeiramente, ressalte-se que não existe comprovação de que a Requerida tenha utilizado marca que violasse aquela antigamente registrada em nome da Autora no mesmo período.

De outra banda, não ficou comprovada a ocorrência de dano no que pertine à utilização da expressão “Ocean Brazil Surfing Technology” em período pretérito ao seu registro no INPI em nome da Ré, nem no que diz respeito a hipotética utilização, em momento anterior ou posterior àquele marco temporal, de qualquer expressão contendo o termo “Ocean Brazil” ou variações.

Deve-se consignar, desde logo, que há prova apenas da utilização da expressão “Ocean Brazil Surfing Technology” (fl. 193), inexistindo qualquer demonstração acerca do uso de outros termos contendo a expressão “Ocean Brazil” ou variáveis.

Outrossim, ainda que não haja negativa da Ré sobre ter usado a marca “Ocean Brazil Surfing Technology” em momento anterior ao seu registro no INPI, o fato é que não restou suficientemente demonstrado que a sua utilização foi apta a confundir consumidores ou abalar a imagem ou a reputação comercial da Autora.

Deve-se considerar que o uso do signo distintivo pode, por exemplo, (1) ter sido discreto o suficiente para tornar irrelevante a suposta existência da outra marca ou nome empresarial com parcela da expressão linguística coincidente, (2) sequer ter sido bastante para causar confusão, diante da diferença gráfica dos sinais, (3) ter ocorrido em momentos ou locais diferentes.

Todas essas circunstâncias, cuja demonstração não foi feita no processo, são necessárias para que se verifique se houve, ou não, a própria concorrência desleal. E, por se tratar de elementos constitutivos do direito da Demandante, caberia a esta tê-los provado (art. 333, inciso I, do CPC), ainda que minimamente, o que não fez.

Este Areópago já se manifestou sobre o assunto, *mutatis mutandis*:

MARCA. Cominatória com indenização parcialmente procedente. Apelo do demandado. Justiça gratuita. Benesse concedida. Recurso adesivo. Confusão entre público-alvo. Abalo à imagem. Dano moral e material indemonstrado. Reclamo desprovido.

A gratuidade da justiça é concedida, ante prova bastante da hipossuficiência.

Ausentes indícios mínimos de confusão entre possíveis consumidores, bem como, do prejuízo à imagem ou ao crédito do detentor da marca, indevida a reparação por abalo moral.

A utilização de marca sem autorização do proprietário, por si só, não é suficiente para ensejar reparação material, sendo necessária prova de efetivo prejuízo.

(Apelação Cível n. 2010.057962-3, Rel. Des. José Inácio Schaefer, j. 27-9-11, salientou-se).

Não se desconhece a orientação jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça segundo a qual os danos podem ser quantificados em posterior liquidação de sentença.

Sobre o tema:

DIREITO MARCÁRIO. RECURSOS ESPECIAIS. MARCA. BEM IMATERIAL COMPONENTE DO ESTABELECIMENTO. USO SEM A ANUÊNCIA DO TITULAR. IMPOSSIBILIDADE. CONCORRÊNCIA DESLEAL. RECONHECIMENTO DA VIOLAÇÃO DO DIREITO DE PROPRIEDADE INDUSTRIAL. OBRIGAÇÃO DE INDENIZAR. APURAÇÃO DA EXTENSÃO DOS DANOS EM LIQUIDAÇÃO DE SENTENÇA. POSSIBILIDADE. IMPORTAÇÃO PARALELA E RECONDICIONAMENTO DOS PRODUTOS SEM A ANUÊNCIA DO TITULAR DA MARCA. IMPOSSIBILIDADE.

1. A marca é importante elemento do aviamento, sendo bem imaterial, componente do estabelecimento do empresário, de indiscutível feição econômica.

2. Como o Tribunal de origem reconhece a existência de violação do direito de uso da marca, em observância ao artigo 209 da Lei 9.279/96, independentemente de ter sido demonstrada a exata extensão dos prejuízos experimentados pela autora, descabe o julgamento de improcedência dos pedidos exordiais, pois a apuração pode ser realizada em liquidação de sentença. Precedentes.

[...]

7. Recursos especiais parcialmente conhecidos para, na extensão, dar parcial provimento apenas ao da autora, para restabelecer o decidido na sentença, inclusive no que tange aos ônus sucumbenciais, devendo a extensão dos danos ser apurada em liquidação por artigos. Negado provimento ao recurso da ré.

(REsp 1207952/AM, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. em 23-8-11).

Porém, a falta de provas, no presente caso, deixa em dúvida a própria existência da concorrência desleal, mormente sobre a configuração de atos “tendentes a prejudicar a reputação ou os negócios alheios, a criar confusão entre estabelecimentos comerciais, industriais ou prestadores de serviço, ou entre os produtos e serviços postos no comércio” (art. 209 da Lei 9.279/96), e não apenas a verificação do *quantum* reparatório ou compensatório.

Destarte, o pleito condenatório também não pode ser chancelado.

É o quanto basta.

Ante o exposto, por unanimidade, nega-se provimento ao Recurso.

Apelações Cíveis ns. 2011.092170-8 e 2011.092169-8 da Capital / Estreito

Relator: Des. José Inácio Schaefer

FINANCIAMENTO DE VEÍCULO. Consignação em pagamento julgada improcedente e busca e apreensão julgada procedente. Insurgência do financiado. Cerceamento de defesa. Preliminar rejeitada. Relação de consumo. Revisão contratual. Juros de mora. Capitalização diária. Princípio da transparência. Juros remuneratórios cumulados com outros encargos na inadimplência. Possibilidade, desde que limitados à taxa contratada. Depósito das prestações vencidas. Adimplemento de valor superior a oitenta por cento do débito. Mora descaracterizada. Ausente pressuposto processual da busca e apreensão. Sucumbência invertida em ambas as demandas. Recursos providos.

O adimplemento substancial da dívida mediante consignação judicial das prestações descaracteriza a mora, pressuposto essencial da busca e apreensão.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelações Cíveis n. 2011.092170-8 e 2011.092169-8, da comarca da Capital / Estreito (2ª Vara Cível), em que é apelante José Farias Filho, e apelado Banco Finasa S/A:

A Quarta Câmara de Direito Comercial decidiu dar provimento aos recursos. Custas legais.

O julgamento, realizado nesta data, foi presidido pelo Desembargador Lédio Rosa de Andrade, com voto, e dele participou o Desembargador Altamiro de Oliveira.

Florianópolis, 26 de junho de 2012

José Inácio Schaefer

RELATOR

RELATÓRIO

José Farias Filho apelou da sentença única proferida nas ações de consignação em pagamento e busca e apreensão em que litigou com Banco Finasa S/A., arguindo, em preliminar, cerceamento de defesa. No mérito, sustentou o adimplemento substancial do contrato em face da consignação das parcelas inadimplidas e da exigência de encargos abusivos, motivo pelo qual deveria ser restituída a posse do veículo apreendido (fls. 213/224).

O recurso na consignatória foi recebido no duplo efeito e na busca e apreensão, no efeito devolutivo (fls. 225 e 143).

Vieram contrarrazões apenas na busca e apreensão, pedindo o improvimento do reclamo (fls. 147/153).

VOTO

As demandas foram analisadas conjuntamente na origem, razão pela qual permanecem reunidas para julgamento nesta Instância, a teor do artigo 103 do Código de Processo Civil.

Preliminarmente, o apelante sustentou cerceado seu direito de defesa, pois não foi oportunizada audiência conciliatória ou instrutória, nem produção de perícia contábil para aferir os valores devidos.

A designação de audiência de conciliação não é obrigatória em nenhum destes procedimentos especiais, sendo que as partes podem compor a lide a qualquer momento, independentemente de audiência.

Além disso, a lei permite ao juiz conhecer diretamente do pedido quando a questão de mérito for unicamente de direito ou não houver necessidade de produzir prova em audiência (artigo 330, inciso I, Código de Processo Civil). No caso em exame, a discussão central girou em torno de matéria de direito, para a qual suficiente prova documental. Portanto, a preliminar é rejeitada.

Para melhor compreensão da lide, oportuna breve retrospectiva do ocorrido.

O banco apelado ingressou com a cautelar no dia 30.01.2009 informando que estavam vencidas 4 (quatro) prestações de um financiamento de veículo alienado fiduciariamente, instruindo o pedido com notificação extrajudicial e cópia do contrato (fls. 2/12 da cautelar).

Poucos dias depois, em 5.2.2009, o apelante ingressou com pedido de consignação em pagamento cumulado com antecipação de tutela para ver retirado seu nome dos cadastro de proteção ao crédito. Na mesma demanda pediu a revisão incidente de cláusulas contratuais. Foi deferida a citação em 4.11.2009, para “levantarem os valores consignados ou responderem ao feito no prazo legal” (fl. 80).

De observar que, antes de ingressar com a demanda em comento, o consumidor buscou socorrer-se do PROCON, em 10.6.2008, conforme deflui da prova documental acostada com a inicial da referida consignatória (fl. 30/33).

Na busca e apreensão foi deferida a liminar em 24.02.2010 (fl. 15). Esta foi contestada, oportunidade em que alertado o juízo de que tramitava entre as partes a ação consignatória decorrente do mesmo contrato (fl. 20/28). Em vista disto as demandas foram reunidas em 25.11.2010 (fl. 72 da busca e apreensão).

A sentença sobreveio em 26.07.2011, julgando procedente a busca e apreensão e improcedente a consignatória, com fundamento na cláusula prevendo o vencimento antecipado do débito “em caso de falta de pagamento de uma das prestações (cláusula 11), de modo que não houve oferta efetiva, completa e integral do débito”. Mais adiante, observou:

E, no caso, a ação de consignação em pagamento discutia precisamente a incidência de encargos no período de inadimplemento, e não propriamente os juros remuneratórios incidentes sobre a operação

de crédito. Logo, sendo incontroversa a ausência de pagamentos a partir da prestação vencida em outubro de 2008, bem como o depósito insuficiente, que não corresponde sequer às prestações vencidas (fl. 5 da busca e apreensão), a procedência do pedido, com a retomada da posse direta e propriedade é medida que se impõe (fl. 94 da busca).

No reclamo, em ambas as demandas, o conteúdo foi o mesmo, ao destacar ter pago 42 das 48 prestações do financiamento, e divergiu da conclusão da sentença.

Na inicial, foi pleiteada a revisão dos encargos contratados. Contudo, conforme ora exposto, a sentença não analisou os pedidos porque entendeu que a via própria para a discussão seria a ação de repetição de indébito em trâmite no juizado especial (autos n. 023.08.075624-0). Ocorre que naquela demanda o pedido revisional também não foi analisado por incompatibilidade de rito, pois implicaria em sentença ilíquida. Portanto viável a análise nesta Instância, a teor do art. 515, § 1º, do Código de Processo Civil - CPC.

A partir da Constituição Federal de 1988, o contrato passou a ser encarado sob uma nova ótica, privilegiando sua função social. Na mesma esteira, o Código de Defesa do Consumidor, aplicável às instituições financeiras por força de entendimento jurisprudencial consolidado (Súmula 297 do STJ), consagrou diversos direitos básicos ao consumidor, dentre os quais “a modificação das cláusulas contratuais que estabelecem prestações desproporcionais ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornou excessivamente onerosas” (art. 6º, inc. V).

O apelante sustentou que os juros de mora, contratados em 1% ao mês, estariam sendo capitalizados diariamente, importando em percentual de 13% ao mês, cumulativamente com multa contratual de 2% (fl. 4).

O contrato dispôs:

Os juros de mora serão de 1% (um por cento) ao mês computados dia-a-dia sobre o valor total do débito atualizado na forma da lei (item 13.2, fl. 29 v. da principal).

A cláusula revela-se obscura, pois não dispõe explicitamente acerca da capitalização do encargo, em afronta o princípio da transparência, pois

São direitos básicos do consumidor: [...] 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, III, do Código de Defesa do Consumidor).

Por isso, incidem os juros de mora mensais de forma linear.

Quanto aos encargos de mora, argumentou inviável sua cobrança cumulativa.

Constou no contrato:

Em caso de mora no cumprimento de quaisquer obrigações contraídas pelo(s) financiado(s) e sem prejuízo do disposto nos demais itens deste contrato, incidirão sobre os valores em débito correção monetária, juros de mora e multa.

A correção monetária será monetária será calculada à taxa contratada nesta operação ou à taxa idêntica à maior taxa cobrada nas operações ativas do banco, vigente na data do efetivo pagamento, a que resultar em maior valor (cláusulas 13 e 13.1 – fl. 29 v.).

Ao que tudo indica, o termo “correção monetária” é utilizado a título de “juros remuneratórios” no contrato em análise.

Com efeito, o contrato contemplou a incidência de juros moratórios de 1% ao mês, juros remuneratórios e multa de 2%, os quais têm sido admitidos pela jurisprudência dominante (Súmula 296 do Superior Tribunal de Justiça e Enunciado III do Grupo de Câmaras de Direito Comercial).

Contudo, a cláusula ora referida deixa ao talante da parte economicamente mais forte escolher entre a cobrança dos juros remuneratórios contratados ou à taxa de mercado, a que for maior à época do inadimplemento, em flagrante desvantagem ao consumidor, afrontando os artigos 122, segunda parte, do Código Civil, e 51, IV, do Código de Defesa do Consumidor.

Além disso, a legislação citada determina que “as cláusulas contratuais serão interpretadas de maneira mais favorável ao consumidor” (art. 47).

A avença foi celebrada em 23 de dezembro de 2005 e contemplou juros remuneratórios mensais de 2,22% na normalidade (fl. 29).

Em consulta ao endereço eletrônico do Banco Central do Brasil (nesta data disponível em www.bcb.gov.br), possível constatar que a taxa média de mercado para esta avença era de 2,52% ao mês na época da celebração. Logo, superior à convencionada.

Portanto, porque a taxa pactuada na normalidade é inferior à média de mercado na época da contratação, os juros remuneratórios na mora ficam restritos a este percentual.

Assim, permitida, no inadimplemento, a cobrança cumulada de juros de mora, multa e juros remuneratórios, estes limitados à taxa contratada.

O recorrente sustentou estar descaracterizada a mora pela consignação das parcelas vencidas, expurgados os encargos abusivos.

A sentença julgou improcedente o pedido consignatório ao argumento de que o contrato previu o vencimento antecipado na impontualidade de “uma das prestações” e, por isto, não teria havido “oferta efetiva, completa e integral do débito” (fl. 92 da busca e apreensão).

Entretanto, a razão da inicial da busca e apreensão foi receber as 4 (quatro) prestações pendentes ao tempo do ingresso da demanda e não

a rescisão do contrato, fato também destacado na peça de resistência ao pedido de consignação em pagamento formulado pelo apelante, não se cogitando do vencimento antecipado do pacto, que serviu de fundamento para a procedência da cautelar sem que houvesse requerimento do credor neste sentido.

Na hipótese, o consumidor financiou R\$ 27.430,56 (vinte e sete mil quatrocentos e trinta reais e cinquenta e seis centavos), e comprovou o pagamento de trinta e três das quarenta e oito parcelas de R\$ 574,97 (quinhentos e setenta e quatro reais e noventa e sete centavos), além de depositar em juízo a quantia de R\$ 3.290 (três mil duzentos e noventa reais), totalizando R\$ 22.264,01 (cinquenta e nove mil, seiscentos e cinco reais e cinquenta e quatro centavos), o que equivale a mais oitenta por cento do débito (fls. 33/57 e 65,70,131 e 136). Portanto, ante o adimplemento de parte substancial do débito, incluindo as prestações que motivaram o ingresso da busca e apreensão, possível arredar os efeitos da mora, de sorte que os encargos desta natureza incidirão apenas se persistir débito após oportunizado prazo para o pagamento, nos termos do artigo 899 do CPC.

Com a descaracterização da mora, a qual é pressuposto de constituição e desenvolvimento válido da busca e apreensão, a extinção desta é decorrência lógica (Apelação Cível n. 2010.000248-3, de Brusque, Relator: Desembargador Lédio Rosa de Andrade, julgada em 29.11.2010).

O veículo, apreendido em 6.7.2010 (fl. 18 da cautelar), será restituído ao consumidor no prazo de 10 (dez) dias a contar da intimação desta decisão. Caso a devolução não ocorra no referido prazo, o consumidor terá direito a receber indenização (Apelação Cível n. 2010.086296-8, de Santa Cecília, onde funcionei como Relator, j. em 23.8.2011), inclusive a multa prevista no artigo 3º, § 6º, do Decreto-lei n. 911/69.

Em consequência do provimento do reclamo arca a instituição financeira com as custas e despesas de ambos os processos (STJ - Ag Rg

no Ag n. 1263154/ES, 1ª Turma, Relator: Ministro Arnaldo Esteves Lima, julgado em 22.3.2011). Os honorários advocatícios são arbitrados em R\$ 3.500,00 (três mil e quinhentos reais), com correção monetária a partir desta decisão, tendo em conta o tempo de trâmite das demandas - desde 2009, o trabalho e o grau de zelo do causídico, a teor do artigo 20, § 4º, do Código de Processo Civil.

Por todo o exposto, voto para dar provimento aos recursos, para julgar parcialmente procedente consignatória, facultada a complementação dos depósitos no prazo do art. 899 do CPC, e julgar extinta a busca e apreensão, adequada a sucumbência.

Apelação Cível n. 2010.023305-7, de Blumenau

Relator: Des. Subst. Altamiro de Oliveira

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE RITO ORDINÁRIO QUE VEICULA PRETENSÃO DE RESOLUÇÃO DE CONTRATO DE COMPRA E VENDA DE QUOTAS SOCIAIS E INDENIZAÇÃO POR PERDAS E DANOS. INADIMPLÊNCIA DOS COMPRADORES. SENTENÇA DE PARCIAL PROCEDÊNCIA DOS PEDIDOS. RECURSOS DE AMBAS AS PARTES.

RECURSO DOS RÉUS. PRETENSÃO DE RECONHECIMENTO DO ADVENTO DA PRESCRIÇÃO. DECISÃO INTERLOCUTÓRIA PROFERIDA EM PRIMEIRO GRAU QUE AFASTOU A TESE DEFENDIDA CONTRA A QUAL A PARTE NÃO SE INSURGIU A TEMPO E MODO. PRECLUSÃO TEMPORAL VERIFICADA. RAZÃO NÃO CONHECIDA.

“Afastada a prescrição no despacho saneador e não havendo recurso, opera-se a preclusão, não sendo admissível a rediscussão da matéria no âmbito de apelação.” Precedentes: AgREsp 1.013.225/SC, Rel. Min. Humberto Martins, DJe 04.02.09; AgREsp 1.069.442/PR, Rel. Min. Sidnei Beneti, DJe 03.11.08; AgREsp 1.045.481/PR, Rel. Min. Massami Uyeda, DJe 28.08.08; REsp 706.754/RJ, Rel. Min. João Otávio de Noronha, DJe 05.05.08; REsp 595.776/MG, Rel. Min. Denise Arruda, DJU 04.12.06.

ALEGAÇÃO DE QUE O CONTRATO FIRMADO NÃO PREVIA HIPÓTESE DE DESFAZIMENTO DO NEGÓCIO EM CASO DE INADIMPLENTO DAS PARTES, E QUE GRAVADO COM CLÁUSULAS DE IRRETRATABILIDADE E IRREVOGABILIDADE. IRRELEVÂNCIA PARA A SOLUÇÃO DA LIDE. CLÁUSULA RESOLUTIVA TÁCITA. INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 475 DO CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO, QUE NÃO PODE SER CONFUNDIDO COM IRREVOGABILIDADE E IRRETRATABILIDADE. TESES RECURSAIS INACOLHIDAS.

“Foi na Idade Média que se adotou a praxe de inserir em todo contrato uma *lex commissoria*, pactuando a resolução por inadimplemento, e coube aos canonistas fazê-lo em fortalecimento dos princípios morais em respeito à boa-fé, proclamando que, independentemente de sua inserção explícita, dever-se-ia presumir a vontade de desfazê-lo, como punição contra o que infringisse.

Os Códigos modernos, no desenvolvimento da idéia, instituem o princípio que se denomina *cláusula resolutiva tácita*, imaginando-se que, em todo contrato bilateral, a sua inexecução por uma das partes tem como consequência facultar à outra promover a sua resolução, se não preferir a alternativa de reclamar a prestação, muito embora não tenham sido ajustadas estas consequências. (Instituições de Direito Civil: contratos.” 14 ed. v. II. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 132)

“O compromitente vendedor pode pleitear a rescisão da promessa de compra e venda, irrevogável e irretroatável, se o compromissário comprador incide em mora (Código Civil, art. 1.092, parágrafo único).

Não há confundir irretroatabilidade e irrevogabilidade com a cláusula resolutiva. Aquelas impedem o arrependimento das partes e esta faculta que se desfça o contrato por inadimplemento de qualquer das partes.

Se o compromissário comprador for constituído em mora o compromitente vendedor pode exigir que se cumpra ou que se desfça o compromisso de compra e venda” (REsp 204709/MG. Rel. Min. Barros Monteiro. Quarta turma, j. 20/02/2001)

PLEITO DE AFASTAMENTO DA INCIDÊNCIA DA CLÁUSULA PENAL. ESTIPULAÇÃO *IN CONCRETO* APENAS PARA CASO DE EXERCÍCIO DE PRETENSÃO JUDICIAL DE CUMPRIMENTO DE QUALQUER DAS CLÁUSULAS AVENÇADAS.

CLÁUSULA PENAL NA MODALIDADE MORATÓRIA, MAS QUE CONTRATADA DE FORMA *SUI GENERIS*. IMPOSSIBILIDADE DE INCIDÊNCIA, NESTE CASO, DIANTE DO EXERCÍCIO DA PRETENSÃO RESOLUTÓRIA.

“A cláusula penal pode ser estipulada para o caso de deixar o devedor de cumprir a totalidade de sua obrigação, ou então, com caráter mais restrito, e por isto mesmo mais rigoroso, para o de inexecução em prazo dado. Na primeira hipótese o devedor incide na pena se deixa de efetuar a prestação, na segunda torna-se devida a multa pelo simples fato de não ter realizado a tempo, ainda que possa executá-la ulteriormente. Uma, a primeira se diz *compensatória*, e a outra *moratória*.

[...]

Não é fácil dizer, em tese, ou genericamente, quando é compensatória ou moratória a cláusula penal. Mandam uns que se confronte o seu valor com o da obrigação principal, e, se ressaltar sua patente inferioridade, é moratória, mas outros desprestigiam este processo comparativo, para concluir que o critério não é absoluto; obviamente, a pena se despe de todo caráter compensatório, mesmo equivalendo à obrigação principal, quando se estipula (o que é lícito) venha a consistir em prestação a um terceiro, como seja um estabelecimento beneficente. Em conclusão, caberá ao juiz valer-se de todos os meios, a começar da perquirição da vontade, para, das circunstâncias, inferir e proclamar, nos casos duvidosos, a natureza moratória ou compensatória da multa.

E há relevância prática na distinção, uma vez que a compensatória, como indica a própria denominação, substitui a obrigação principal, indenizando o credor das perdas e danos gerados do inadimplemento do devedor. Em razão desta finalidade, decorre da lei a alternativa a benefício daquele, pois que a falta da pres-

tação traz o dano, que a penalidade ajustada visa a corrigir ou compensar. Quando a cláusula penal é moratória, não substitui nem compensa o inadimplemento. Por esta razão, nenhuma alternativa surge, mas, ao revés, há uma conjunção de pedidos que o credor pode formular: o cumprimento da obrigação principal que não for satisfeita oportunamente, e a penal moratória, devida como punição ao devedor, e indenização ao credor pelo retardamento oriundo da falta daquele.” (PEREIRA, Caio Mario da Silva. Instituições de direito civil: teoria geral das obrigações. v. II. 23 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 147-50)

Diante da contratação de cláusula moratória que, pelos termos *sui generis* assentados, não prevê sua incidência em caso de resolução do contrato, incabível, assim, a parte ser a ela condenada.

RECURSO DOS AUTORES. PRETENSÃO DE QUE A AS PERDAS E DANOS SEJAM APURADAS EM MOMENTO ULTERIOR. RESOLUÇÃO CONTRATUAL. INTELIGÊNCIA DO ART. 475, *IN FINE*, DO CÓDIGO CIVIL. EVENTUAIS PERDAS E DANOS DECORRENTES DA INCERTA IMPOSSIBILIDADE DE RESTABELECIMENTO DO *STATUS QUO ANTE*. APURAÇÃO NO MOMENTO DO CUMPRIMENTO DA SENTENÇA QUE DECRETOU A RESOLUÇÃO. EFICÁCIA RESTITUTÓRIA DA SENTENÇA. POSSIBILIDADE DE ULTERIOR LIQUIDAÇÃO. TESE PARCIALMENTE ACOLHIDA.

Verificado o inadimplemento, e operando-se a resolução, alguns efeitos emergem. As partes retornam à situação anterior, como se não tivesse existido o contrato. É desfeita a relação contratual. Na compra e venda, volta o bem para o vendedor. Ficam os contratantes, ainda, liberados ou desonerados das prestações pendentes. Extingue-se a obrigação, devendo ser restituídas as prestações já efetivadas. Estes os efeitos primordiais. Existem outros, quanto ao alcance da resolução.

A extinção do contrato se opera retroativamente, ou desde o momento inicial, se cumprido em um único momento. As consequências jurídicas que se formaram ficam extintas ou desaparecem. Na falta de pagamento, a resolução remonta ao início. Restituem-se as prestações recebidas. Devolve-se o bem objeto da avença. Há o efeito *ex tunc*, como numa compra e venda, retornando a propriedade ao primitivo dono. Dá-se o retorno como se nunca tivesse existido o contrato, ou seja, de forma integral, com todos os acessórios, com os frutos e rendimentos, incidindo as perdas e danos no caso de deteriorações ou perecimento. Reconstitui-se ou replanta-se o *statu quo ante*. (RIZZARDO, Arnaldo. Contratos: lei 10.406 de 10.01.2002. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 272).

ALEGAÇÃO DE INOBSERVÂNCIA DO PRINCÍPIO DA CONGRUÊNCIA DIANTE DE JULGAMENTO *ULTRA PETITA*. COMPENSAÇÃO DOS VALORES A SEREM RESTITUÍDOS PELOS AUTORES AOS RÉUS. PEDIDO FEITO PELOS PRÓPRIOS RECORRENTES EM PEÇA PREAMBULAR. RESTABELECIMENTO DA SITUAÇÃO ANTERIOR COMO COROLÁRIO DA RESOLUÇÃO DECRETADA. PARCIAL AUSÊNCIA DE INTERESSE RECURSAL.

RECURSOS PARCIALMENTE CONHECIDOS E PARCIALMENTE PROVIDOS.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2010.023305-7, da comarca de Blumenau (2ª Vara Cível), em que é/são apte/apdo Roberto Schwinden Chrispin e outro, e apdo/apte José Alberto Locks e outro:

A Quarta Câmara de Direito Comercial decidiu, por votação unânime, conhecer parcialmente dos recursos e dar-lhes parcial provimento. Custas legais.

O julgamento, realizado no dia 27 de março de 2012, foi presidido pelo Exmo. Sr. Des. Lédio Rosa de Andrade, com voto, e dele participou o Exmo. Sr. Des. José Inácio Schaefer.

Florianópolis, 30 de março de 2012.

Altamiro de Oliveira
RELATOR

RELATÓRIO

José Alberto Locks e Felicia Hermesmeier Locks ajuizaram ação pelo rito ordinário contra Roberto Schwinden Chrispin e Paulo Cesar Kniss através da qual pretendem a resolução de contrato de compra e venda de cotas de empresa.

Os autores relataram que foram sócios fundadores de Mark Alimentos Ltda, empresa atuante no ramo da representação comercial que tinha como principal cliente a empresa Parmalat do Brasil S. A.

Afirmaram que em 25 de maio de 1998, através de Instrumento Particular de Cessão de Quotas, venderam e transferiram aos réus, mediante promessa de pagamento, o controle acionário (100% das cotas e do capital social) da empresa Mark Alimentos Ltda, ocasião em que ajustaram que o valor do negócio seria de R\$ 200.000,00 (duzentos mil reais) a serem pagos de forma parcelada, dos quais os réus adimpliram uma parcela no valor de R\$ 30.000,00 (trinta mil reais) e outra de R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais), esta, ainda, de forma atrasada.

Sustentaram que os réus também ficaram obrigados a saldar débito em contas-corrente mantidas no Banco do Brasil em nome do primeiro autor e de Simone Locks e a liberar imediatamente em favor de Humberto Simão, sem qualquer ônus ou gravame, um imóvel penhorado pelo Banco do Brasil escriturado em nome de José Alberto Locks mas que, conforme alegado, seria “de propriedade de Humberto Simão” (fl. 05). Ainda, relatam que, além de não cumprirem o contratado, deixaram de efetuar pagamento de tributos e obrigações trabalhistas da empresa, em prejuízo dos autores que foram chamados a responder pelos débitos.

Dessa forma, após tecerem argumentos defendendo que não houve advento da prescrição, requereram, ao final, a procedência da ação para o fim de desfazer o negócio entabulado, declarar a nulidade da alteração contratual, reconhecer o direito de compensar valores, observada a aplicação da cláusula penal, tudo a ser apurado em liquidação de sentença ou ação própria.

Requereram também a antecipação da tutela pretendida e a condenação dos réus ao pagamento das custas e honorários sucumbenciais. Juntaram procuração e documentos (fls. 18-146).

Citados, os réus apresentaram contestação através da qual suscitaram, preliminarmente, carência de ação por falta de interesse de agir sob alegação de que os autores pretendiam a rescisão contratual por inadimplemento e conseqüente condenação dos contestantes às perdas e danos, mas, por meio de ação declaratória, meio que aduzem ser ineficaz e inadequado para anular o negócio, sobretudo porque estaria prescrita a ação condenatória respectiva.

No mérito, teceram observações sobre o caráter da pretensão perseguida pelos autores e, em seguida, defenderam que estaria prescrita diante da incidência dos artigos 178 e 179 do Código Civil/16 e artigos 206, 3º, V, e 2.028 do Código Civil/02.

Em atenção ao princípio da eventualidade, prosseguiram relatando os fatos. Consignaram que adquiriram a empresa Mark Alimentos Ltda. em razão de ela ter “Contrato de Representação Comercial” e “Contrato de Prestação de Serviços de Armazenagem e Administração de Vendas em Geral” com a empresa Parmalat Brasil S. A. Indústria de Alimentos. No entanto referida empresa rescindiu unilateralmente os contratos que mantinham com a empresa adquirida de modo que se tornou inviável a manutenção das atividades e impossibilitou o cumprimento dos compromissos assumidos. Portanto, eventual inadimplemento não se tratou de má-fé dos réus, mas fato imputável à empresa Parmalat S. A.

Ainda, apontaram que o contrato firmado entre as partes não contemplou a hipótese de retomada do negócio, mas apenas cláusula penal que fixou previamente as perdas e danos em caso de inadimplência. Ainda, que a cláusula oitava fez prever que se tratava de avença em caráter irrevogável e irretratável, de modo que os autores somente poderiam perseguir o cumprimento das obrigações assumidas, da cláusula penal e das indenizações taxadas na cláusula quinta. Por fim, rebateram o pedido de antecipação de tutela e requereram o julgamento de improcedência dos pedidos.

Após impugnação à contestação (fls. 196-229), que trouxe novos documentos, o Juízo *a quo* acolheu as preliminares erigidas e indeferiu a antecipação de tutela pretendida (fls. 230-2); os réus manifestaram-se, na forma do art. 398 do CPC.

Em seguida, foi lavrada sentença em que se conferiu procedência parcial aos pedidos dos autores para “declarar rescindido” o contrato em questão e, em consequência, determinar que as quotas sociais da empresa Mark Alimentos Ltda sejam revertidas para os demandantes.

No ato, o magistrado determinou que a imissão na posse dos bens societário se daria após o depósito das quantias pagas pelos réus, com

a compensação do valor devido a título de cláusula penal e dos ônus sucumbenciais da demanda.

Após oposição de Embargos Declaratórios pelos autores, os quais foram rejeitados (fls. 287-9), houve interposição de recursos de apelação pelas partes.

Os réus, primeiros a recorrerem, repisaram a afirmação de que a pretensão condenatória já estaria prescrita, motivo pelo qual não se poderia determinar a condenação ao pagamento de valores sob a rubrica de cláusula penal. Ainda, defenderam que o contrato não previu a possibilidade de desfazimento do negócio, porquanto gravado com cláusula de irrevogabilidade e irretratabilidade. Por fim, sustentaram a impossibilidade de que sejam compensados os valores a serem restituídos aos réus com o decorrente da cláusula penal porquanto as partes teriam convencionado que seria devida apenas na hipótese de condenação ao cumprimento de alguma cláusula contratual, não em “hipótese de rescisão contratual” (fl. 283 – sic).

Por sua vez, os autores erigiram como razões de recurso que a determinação de que devolvam o valor recebido na negociação sem que antes sejam apurados os prejuízos que dizem ter sofrido contrariaria a lógica do equilíbrio contratual. E ultimam afirmando que a compensação entre débitos e créditos é matéria de ordem processual (art. 475, L, VI do CPC), motivo pelo qual os autores não negam o direito de compensar, mas pedem que seja feito em ação própria ou em liquidação de sentença; bem assim entendem que a decisão é *ultra petita* em referido excerto, pugnando seja corrigida pelo órgão *ad quem*.

Com contrarrazões de parte e parte, os autos ascenderam a esta e. Corte.

VOTO

Cuida-se de recursos de apelação interpostos pelos contendores de ambos os pólos da ação em face de sentença que julgou parcialmente procedentes os pedidos formulados por José Alberto Locks e Felícia Hermesmeyer Locks em desfavor de Roberto Shwinden Chrispin e Paulo César Kniss.

Como primeira razão de insurgência, os réus defenderam que as pretensões constitutivas e condenatórias estariam prescritas diante da aplicação dos artigos 178, 179, do Código Civil revogado e 206, 3º, V, do vigente, todos em decorrência do quanto disposto no artigo 2.028 do último diploma.

No entanto, impõe-se não conhecer de referida razão de recurso porque acobertada pelo manto da preclusão.

Ora, se a tese em comento foi erigida em contestação e inacolhida em decisão saneadora (fls. 230-2) contra a qual a parte não se insurgiu a tempo e modo, vedado encontra-se este Órgão para se debruçar sobre o assunto ainda que – não se desconhece – o instituto da prescrição tenha sido elevado à categoria de matéria de ordem pública a teor da redação conferida pela Lei 11.280, de 16 de fevereiro de 2006, ao art. 219 do Código de Processo Civil.

Colhe-se precedente da Corte Superior:

PROCESSUAL CIVIL. PRESCRIÇÃO. MATÉRIA EXAMINADA NO DESPACHO SANEADOR. AUSÊNCIA DE RECURSO. PRECLUSÃO.

1. Afastada a prescrição no despacho saneador e não havendo recurso, opera-se a preclusão, não sendo admissível a rediscussão da matéria no âmbito de apelação. Precedentes: AgREsp 1.013.225/SC, Rel. Min. Humberto Martins, DJe 04.02.09; AgREsp 1.069.442/PR, Rel. Min. Sidnei Beneti, DJe 03.11.08; AgREsp 1.045.481/PR, Rel. Min. Massami Uyeda, DJe 28.08.08; REsp 706.754/RJ,

Rel. Min. João Otávio de Noronha, DJe 05.05.08; REsp 595.776/MG, Rel. Min. Denise Arruda, DJU 04.12.06.

2. Recurso especial provido. (Resp n. 1147112/PR, Rel. Min. Castro Meira. Segunda Turma, j. 10/08/2008).

Mais recente:

PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO SECURITÁRIA. PRESCRIÇÃO REJEITADA NO DESPACHO SANEADOR. QUESTÃO RENOVADA NA APELAÇÃO. OCORRÊNCIA DE PRECLUSÃO.

1. Afastada a prescrição no despacho saneador e não havendo a interposição do recurso de agravo de instrumento, não pode o Tribunal, em sede de apelação, sob pena de ofensa ao instituto da preclusão, proferir nova decisão sobre a matéria.

2. Agravo regimental desprovido. (AgRg no Resp n. 1147834/RS, Rel. Min. João Otávio de Noronha. Quarta Turma, j. 10/05/2011).

Portanto, deixa-se de conhecer de referida razão de recurso porquanto afetada pela preclusão.

Em prosseguimento, os réus asseveraram que o Instrumento Particular que as partes firmaram não previa a hipótese de retomada do negócio em caso de inadimplemento, senão contrariamente, apenas previa incidência de cláusula penal para fixar previamente o valor das perdas e danos que cabível somente em caso de condenação ao adimplemento de alguma das obrigações assumidas. Dessa forma, e porque também firmadas cláusulas de irrevogabilidade de irretratabilidade, entendem que restaria aos autores exclusivamente perseguir o cumprimento das obrigações assumidas bem assim a correlata indenização por perdas e danos consubstanciada na cláusula penal.

Abre-se adendo para esclarecer – com doutrina de Arnaldo Rizzardo – definições terminológicas necessárias para evitar eventuais imprecisões no desfecho da lide, quais sejam, as diferenças entre os institutos da resolução, rescisão e resilição:

Possível extinguir o vínculo contratual por motivo que apareceu depois da formação. Normalmente, tal motivo consiste no inadimplemento. Está aí a ‘resolução’, considerada um instituto que leva à desconstituição da obrigação, em face de fato superveniente, ou que surge após celebrada a mesma, e acarretando a extinção da relação bilateral. Percebe-se a nota que a distingue de outras figuras: o desfazimento do negócio, em virtude de causa superveniente à formação do vínculo.

Não se confunde com a ‘rescisão’, que também compreende o desfazimento do negócio jurídico, mas por defeito anterior à sua formação. Encontra-se, aqui, um vício do objeto, antecedente ao consenso.

Há também a ‘resilição’, palavra utilizada para significar a desconstituição de um negócio ante permissão prevista expressamente em lei, como quando autoriza a retratação, ou a denúncia, e assim no comodato, ou na locação por prazo indeterminado. Assim denomina-se na extinção por fato natural, como a morte, ou o perecimento do objeto. A previsão está no art. 473 do Código Civil, lembrando que o diploma civil anterior nada dispunha a respeito: “A resilição unilateral, nos casos em que a lei expressa ou implicitamente o permitir, opera mediante denúncia notificada à outra parte”. (Direito das obrigações: lei n. 10.406, de 10.01.2002. 4 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 460-1).

Em retorno à análise das teses recursais, sabe-se que independente de previsão contratual – diferente do que advogam os réus – por lei é conferido ao credor o direito de buscar a resolução do contrato em virtude do inadimplemento, segundo redação do art. 475 do Código Civil, *in verbis*:

Art. 475. A parte lesada pelo inadimplemento pode pedir a resolução do contrato, se não preferir exigir-lhe o cumprimento, cabendo, em qualquer dos casos, indenização por perdas e danos.

Tal conclusão, aliás, dimana de interpretação sistemática do próprio Código Civil – Título V, Capítulo II, Seção II – ao definir que a ausência de contratação de cláusula resolutiva expressa importa apenas na necessidade de interpelação para que se constitua a mora contratual, conforme prevê o art. 474 do mesmo Codex:

Art. 474. A cláusula resolutiva expressa opera de pleno direito; a tácita depende de interpelação judicial.

Sobre a possibilidade de resolução dos contratos e os efeitos de pactuação de cláusula expressa resolutiva, retira-se de obra de Caio Mario da Silva Pereira:

No antigo Direito romano, era desconhecida esta razão de ruptura de nexó. Na compra e venda, admitia-se, contudo, uma cláusula (*lex commissoria*) segundo a qual se operava a resolução do contrato por falta de pagamento do preço. Nos contratos inominados, a atividade pretoriana criou mais tarde um *condictio*, pela qual um contratante se esquivava do prometido, à vista do descumprimento da outra parte. Mas nunca chegou aquele Direito a elaborar o meio técnico, em sentido geral, de promover a resolução do contrato pelo fato de deixar a outra parte de efetivar a prestação a que era obrigada. Foi na Idade Média que se adotou a praxe de inserir em todo contrato uma *lex commissoria*, pactuando a resolução por inadimplemento, e coube aos canonistas fazê-lo em fortalecimento dos princípios morais em respeito à boa-fé, proclamando que, independentemente de sua inserção explícita, dever-se-ia presumir a vontade de desfazê-lo, como punição contra o que infringisse.

Os Códigos modernos, no desenvolvimento da idéia, instituem o princípio que se denomina *cláusula resolutiva tácita*, imaginando-se que, em todo contrato bilateral, a sua inexecução por uma das partes tem como consequência facultar à outra promover a sua resolução, se não preferir a alternativa de reclamar a prestação, muito embora não tenham sido ajustadas estas consequências. (Instituições de Direito Civil: contratos. 14 ed. v. II. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 132)

Agora nos ensinamentos de Arnaldo Rizzardo:

Por esta cláusula, já vem prevista no contrato a plena resolução no caso de inadimplemento, sem necessidade de prévia interpelação constitutiva da mora. Uma vez verificada a inadimplência, dá-se de pleno direito o vencimento, ou a resolução do contrato. [...] Às vezes, a própria lei contempla hipóteses de resolução expressa. Aqui, porém, restringe-se o estudo à previsão feita pelas partes de resolução diante do não cumprimento, encontrando apoio em três dispositivos, que também contemplam a cláusula resolutiva tácita.

O primeiro consta do art. 474 do Código Civil, sem precedente no Código anterior: “A cláusula resolutiva expressa opera de pleno direito; a tácita depende de interpelação judicial”. O segundo está no art. 397, e vinha, no Código anterior, no art. 960: “O inadimplemento da obrigação positiva e líquida, no seu termo, constitui de pleno direito em mora o devedor”. Complementa o parágrafo único, em conteúdo que inseria no próprio art. 960 do Código de 1916: “Não havendo termo, a mora se constitui mediante interpelação judicial ou extrajudicial”.

[...]

Distinta é a cláusula resolutiva tácita, quando nada prevê o contrato sobre a resolução, dependendo sempre de um ato de interpelação constitutiva da mora. Verifica-se quando a parte deixa de cumprir o contrato. Todavia, está inserida no art. 475 (parágrafo único do art. 1.092 do Código de 1916), pois assinala para a resolução em qualquer hipótese de incumprimento, anotando Maria Helena Diniz, em doutrina cuja aplicabilidade perdura, que a mesma (condição resolutiva tácita) está subentendida em todos os contratos bilaterais ou sinalagmáticos, para o caso em que um dos contraentes não cumpra a sua obrigação. É que em todos os contratos implícita ou tacitamente os contraentes deixa entender que o incumprimento pode levar à resolução. (Contratos: lei 10.406, de 10.01.2002. 11 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p.273-4 – grifou-se)

Quanto às cláusulas de irretratabilidade e irrevogabilidade, já assentou a Corte Superior que não devem ser confundidas com a resolutiva – tácita, neste caso – pois enquanto aquelas impedem o arrependimento das partes, a última faculta que se desfaça o contrato em caso de inadimplemento dos contratantes. É o quanto se deduz do precedente assim ementado:

COMPROMISSO DE VENDA E COMPRA. INADIMPLEMENTO DOS COMPROMISSÁRIOS-COMPRADORES. RESOLUÇÃO DO CONTRATO. ART. 1.092, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CÓDIGO CIVIL.

- Caracterizado o inadimplemento dos devedores, à parte lesada era permitido requerer a resolução da avença, nos termos do disposto no art.1.092, parágrafo único, do Código Civil.

- Existência da cláusula de irretratabilidade e irrevogabilidade irrelevantes para a solução da controvérsia.

Recurso especial não conhecido. (REsp 204709/MG. Rel. Min. Barros Monteiro. Quarta turma, j. 20/02/2001 – grifou-se)

E, retira-se de seu corpo:

“PROMESSA DE COMPRA E VENDA DE IMÓVEL - MORA DO COMPROMISSÁRIO COMPRADOR - AÇÃO DE RESCISÃO - ART. 1.092, PARÁGRAFO ÚNICO DO CÓDIGO CIVIL - PROCEDÊNCIA DO PEDIDO.

O compromitente vendedor pode pleitear a rescisão da promessa de compra e venda, irretratável e irrevogável, se o compromissário comprador incide em mora (Código Civil, art. 1.092, parágrafo único).

Não há confundir irretratabilidade e irrevogabilidade com a cláusula resolutiva. Aquelas impedem o arrependimento das partes e esta faculta que se desfaça o contrato por inadimplemento de qualquer das partes.

Se o compromissário comprador for constituído em mora o compromitente vendedor pode exigir que se cumpra ou que se desfaça o compromisso de compra e venda”

Portanto, também insubsistentes as razões de recurso dos réus quanto à impossibilidade de se resolver o contrato seja por falta de previsão expressa, seja porque avençaram cláusulas de irretratabilidade e irrevogabilidade.

A perquirição quanto à possibilidade de incidência da cláusula penal no caso em comento em face da alegação dos réus de que somente seria devida se chamados a cumprir judicialmente alguma das cláusulas contratuais – mas não em caso de resolução contratual – reclama aprofundamento sobre a natureza de referido instituto e a identificação da estipulação *in concreto*.

Disponha o Código Civil revogado sobre o assunto:

Art. 916. A cláusula penal pode ser estipulada conjuntamente com a obrigação ou em ato posterior.

Art. 917. A cláusula penal pode referir-se à inexecução completa da obrigação, à de alguma cláusula especial ou simplesmente à mora.

Art. 918. Quando se estipular a cláusula penal para o caso de total inadimplemento da obrigação, esta converter-se-á em alternativa a benefício do credor.

Art. 919. Quando se estipular a cláusula penal para o caso de mora, ou em segurança especial de outra cláusula determinada, terá o credor o arbítrio de exigir a satisfação da pena cominada, juntamente com o desempenho da obrigação principal.

Traz-se novamente à colação abalizada doutrina de Caio Mario que, à merce de fazer referência aos dispositivos do Código Civil vigente, muito bem serve para esclarecer pois que no aspecto abordado do instituto cuidou a atual apenas de repetir as regras da codificação revogada nos artigos 409 a 411 – com o único diferencial de condensar no artigo 409 o quanto antes previsto no 916 e seguinte (*vide comparativo constante na obra Novo Código Civil Comentado, coordenado por Ricardo Fiuza. São Paulo: Saraiva, 2002. P. 363-5*).

A cláusula penal pode ser estipulada para o caso de deixar o devedor de cumprir a totalidade de sua obrigação, ou então, com caráter mais restrito, e por isto mesmo mais rigoroso, para o de inexecução em prazo dado. Na primeira hipótese o devedor incide na pena se deixa de efetuar a prestação, na segunda torna-se devida a multa pelo simples fato de não ter realizado a tempo, ainda que possa executá-la ulteriormente. Uma, a primeira, se diz *compensatória*, e a outra *moratória*.

O artigo 410 do Código Civil de 2002 define uma cláusula penal nitidamente compensatória. Estipulada para o caso de inadimplemento total da obrigação, abre ao credor a opção entre a execução e a exigibilidade da pena convencional. Como alternativa que é, sobre os efeitos das obrigações desta natureza, realizando a opção, constitui-se uma concentração da *obligatio*. Não pode pedir o

credor, cumulativamente, a obrigação e a penal compensatória, pois que a finalidade desta é suprir ao credor o que o inadimplemento lhe retirou. Instituída com a finalidade compensatória, substitui a prestação faltosa.

A disposição do Código atribui à cláusula penal, para o caso de total inadimplemento da obrigação, o efeito compensatório automático, parecendo estabelecer que uma obrigação não pode conter senão uma ou outra, isto é, a compensatória e a moratória. Não é exato. Lícito será ajustar a penalidade para total inadimplemento, e outra para assegurar o cumprimento de alguma cláusula isolada e para o caso de mora.

Pode acontecer, e com frequência ocorre nos períodos inflacionários que a cláusula penal não supre o descumprimento da obrigação. No rigor do artigo, descabe postular a imposição da pena convencional cumulada com a indenização por perdas e danos. O Projeto de Código de Obrigações de 1965, no art. 152, atentando para o caso, admitia que ao credor fosse aberta tríplice alternativa: pedir a indenização, exigir o cumprimento da obrigação, ou aplicação da cláusula penal. O Código Civil de 2002 expressamente vedou a possibilidade de indenização suplementar em favor do credor, salvo se houver convenção expressa em contrário.

Não contendo o artigo uma disposição de ordem pública, é lícito estipular a cláusula penal para total inadimplemento da obrigação juntamente com a indenização das perdas e danos decorrentes da inexecução do obrigado (art. 416, parágrafo único). Nesse caso, a penal é reputada o mínimo da indenização, cabendo ao credor provar o prejuízo excedente, sem necessidade da observância do teto máximo previsto no art. 412, do Código Civil de 2002.

Segundo o art. 411 do Código Civil de 2002, ao revés da penal compensatória, ou para total inadimplemento da obrigação, pode a pena convencional destinar-se a punir a mora do devedor, ou assegurar a execução de uma determinada cláusula da obrigação. No caso de mora, será devida pelo atraso do devedor no cumprimento. Várias serão as modalidades adotadas. Pode a cláusula penal aludir à falta oportuna na execução, punindo-a com uma certa soma fixa ou percentual sobre o valor da prestação faltosa; pode estabelecer punição continuada ou sucessiva, em que incorre o devedor por dia de atraso no cumprimento da obrigação; pode sofrer aumento

gradativo, na medida em que a demora se estende; como pode conjugar a mora com a resolução do contrato, se atingir um lapso de tempo determinado. No caso de ser o reforço de determinada obrigação, incorre nela o devedor pelo fato de infringí-la.

A característica desta modalidade de cláusula penal é que não estabelece alternativa para o credor. Ao revés, tem ele direito a pleitear cumulativamente a penal com o desempenho da obrigação principal. E, caso esta não seja possível, ou lhe não mais convenha, pode o credor exigir com as perdas e danos, resultantes do inadimplemento de obrigação principal, a penal moratória, desde que naquelas não fiquem estas embutidas.

Se é livre a estipulação da cláusula penal, livre também é sua exigibilidade. O credor pode deixar de cobrá-la, como pode expressamente renunciá-la. Cumpre, todavia, interpretar a renúncia nos termos estritos.

A distinção prática, se uma cláusula penal é compensatória ou moratória, às vezes oferece dificuldade. É claro que o título, perpetuando a vontade das partes, é o seu melhor intérprete e a ele o juiz deverá recorrer como fonte esclarecedora precípua, pois que a matéria é de hermenêutica da vontade. Na sua omissão ou ambigüidade, é mister suprir os seus termos, e vem então o perquirir se as partes quiserem ajustar uma pena compensatória ou simplesmente moratória.

[...]

Não é fácil dizer, em tese, ou genericamente, quando é compensatória ou moratória a cláusula penal. Mandam uns que se confronte o seu valor com o da obrigação principal, e, se ressaltar sua patente inferioridade, é moratória, mas outros desprestigiam este processo comparativo, para concluir que o critério não é absoluto; obviamente, a pena se despe de todo caráter compensatório, mesmo equivalendo à obrigação principal, quando se estipula (o que é lícito) venha a consistir em prestação a um terceiro, como seja um estabelecimento beneficente. Em conclusão, caberá ao juiz valer-se de todos os meios, a começar da perquirição da vontade, para, das circunstâncias, inferir e proclamar, nos casos duvidosos, a natureza moratória ou compensatória da multa.

E há relevância prática na distinção, uma vez que a compensatória, como indica a própria denominação, substitui a obrigação principal, indenizando o credor das perdas e danos gerados do inadimplemento do devedor. Em razão desta finalidade, decorre da lei a alternativa a benefício daquele, pois que a falta da prestação traz o dano, que a penalidade ajustada visa a corrigir ou compensar. Quando a cláusula penal é moratória, não substitui nem compensa o inadimplemento. Por esta razão, nenhuma alternativa surge, mas, ao revés, há uma conjunção de pedidos que o credor pode formular: o cumprimento da obrigação principal que não for satisfeita oportunamente, e a penal moratória, devida como punição ao devedor, e indenização ao credor pelo retardamento oriundo da falta daquele. (Instituições de direito civil: teoria geral das obrigações. v. II. 23 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 147-50 – grifou-se)

Ao volver-se ao “Instrumento Particular de Cessão de Quotas” (fl. 20), constata-se que a quinta cláusula consubstancia-se em cláusula penal moratória, seja pelo que se deduz da vontade das partes, seja pela quantificação da multa se comparada ao valor do contrato:

Se for recorrido à via judicial para exigir o cumprimento de qualquer cláusula deste contrato, a parte que for condenada, além do cumprimento da condenação ficará obrigada a pagar à outra parte, uma multa de 10% (dez por cento) do valor do contrato devidamente atualizado até a data de seu pagamento, desde já reconhecida como dívida líquida e certa, bem como ficará responsável e se obrigará a pagar os honorários advocatícios, custas judiciais e demais despesas e encargos dispendidos pela outra parte.

Como cláusula penal moratória que é, assim considerada porque expressamente limitou seu campo de incidência à proteção dos contratantes apenas contra o atraso no cumprimento de qualquer das prestações previstas contratualmente, efetivamente não há como pretender tenha incidência *in casu* em face da opção do credor/autor pela resolução do contrato em detrimento da busca judicial da tutela específica de ver adimplido o contrato, mediante cumprimento dos termos de ajuste, i. e. a queloutra que avençava o “preço certo e ajustado” da cessão das quotas (cláusula terceira).

Ademais, apesar de reconhecida a contratação de cláusula resolutiva de forma tácita, não há como dar interpretação extensiva à vontade das contraentes esboçada à cláusula sexta porquanto nela constou ser devida a multa quando do exercício da pretensão judicial houvesse condenação, imposição que não decorre precipuamente da resolução contratual, porquanto de índole eminentemente constitutivo-negativa.

Dessa forma, impõe-se acolher a pretensão recursal do réu e afastar sua condenação ao pagamento da cláusula penal moratória avençada pois que se considera não incidível diante de seu teor e em face da guarida à pretensão de ver resolvido o contrato.

E ao precipitar às bases teóricas do instituto da Resolução, aproveita-se para lançar os fundamentos para a análise das razões recursais dos autores que admoestaram a sentença sob alegações: de que eivada de vício consubstanciado em julgamento *ultra petita* no ponto em que determinou a compensação de valores das prestações pagas pelos réus, antes da apuração do prejuízo havido, sem que tivessem feito pedido; ainda, de que tal decreto feriu, pelo mesmo motivo, o equilíbrio contratual entre as partes, em face dos prejuízos que alegam terem sofrido – condenações criminais por sonegação fiscal, apropriação de créditos da fazenda, ações trabalhistas – além da necessidade de observância de que os réus venderam patrimônio da empresa.

Como já referenciado em passagem anterior deste acórdão, a resolução contratual encontra sustentáculo no artigo 475 do Código Civil e cabe trazer à baila os comentários de Nelson Rosenvald que assim elucidam:

O artigo em comento concede ao contratante fiel duas opções: poderá desconstituir a relação contratual por meio da ação resolutória ou insistir na tutela específica, postulando o cumprimento da prestação. Não há hierarquia entre as opções, cabendo a opção à parte lesada de acordo com os seus interesses. Todavia, não se tratando a resolução de matéria de ordem pública, poderão as partes contratualmente estipular a exclusão da eventual demanda de cumprimento ou a

renúncia prévia à resolução, elidindo assim a alternatividade ora exposta.

Caso o inadimplente propugne pela tutela específica, poderá se servir do art. 461 do Código de Processo Civil para insistir no cumprimento de contratos consubstanciados em obrigações de fazer e não fazer, bem como do artigo 461-A (introduzido pela Lei n. 10.444/2002) para a determinação das obrigações de dar coisa certa ou coisa incerta. Nas obrigações em dinheiro, as medidas poderão variar desde a execução por cumprimento da sentença (art. 475, I, do CPC), ou por título extrajudicial (art. 585 do CPC), passando pela ação monitória (art. 1.102-A do CPC) até a ação de cobrança, de acordo com a natureza do título que detém o credor.

Com efeito, cabe à parte lesada julgar se o inadimplemento gerou a inutilidade da prestação ou se, não obstante o descumprimento, ela ainda lhe é interessante. No primeiro caso, diante do inadimplemento absoluto restará apenas a demanda resolutória (art. 395, parágrafo único, do CC). Mas, se a prestação ainda for viável ao credor, a hipótese é de mora, o que justifica a manutenção da relação contratual.

Alías, esse é o significado do art. 410 do Código Civil, ao asseverar que a estipulação de cláusula penal compensatória é apenas uma alternativa em benefício do credor. Com efeito, além da resolução contratual cumulada com o pedido sucessivo de multa contratual (nos casos de inadimplemento imputável ao credor), nada impedirá a adoção da opção pela ação de cumprimento, subsistindo o interesse na prestação. (Código civil comentado: doutrina e jurisprudência. Lei n. 10.406, de 10.01.2002. Coord. Min. Cesar Peluzo. 2 ed. Barueri: Manole, 2008. p.465).

Como o excerto citado tocou novamente no assunto e para tornar extreme de dúvidas, peca-se pela repetição para reforçar que somente se o autor tivesse formulado pretensão judicial relacionada à tutela específica – e não de resolução contratual – é que seria passível a aplicação da cláusula penal moratória. Mas, como pretendeu e teve acolhida a pretensão resolutiva, impõe-se observar os seus efeitos, o que se faz relacionando, agora, os estudos de Arnaldo Rizzardo:

Verificado o inadimplemento, e operando-se a resolução, alguns efeitos emergem. As partes retornam à situação anterior, como se não tivesse existido o contrato. É desfeita a relação contratual. Na compra e venda, volta o bem para o vendedor. Ficam os contratantes, ainda, liberados ou desonerados das prestações pendentes. Extingue-se a obrigação, devendo ser restituídas as prestações já efetivadas. Estes os efeitos primordiais. Existem outros, quanto ao alcance da resolução.

A extinção do contrato se opera retroativamente, ou desde o momento inicial, se cumprido em um único momento. As consequências jurídicas que se formaram ficam extintas ou desaparecem. Na falta de pagamento, a resolução remonta ao início. Restituem-se as prestações recebidas. Devolve-se o bem objeto da avença. Há o efeito *ex tunc*, como numa compra e venda, retornando a propriedade ao primitivo dono. Dá-se o retorno como se nunca tivesse existido o contrato, ou seja, de forma integral, com todos os acessórios, com os frutos e rendimentos, incidindo as perdas e danos no caso de deteriorações ou perecimento. Reconstitui-se ou replanta-se o *statu quo ante*. (Contratos: lei 10.406 de 10.01.2002. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 272).

Os autores, insatisfeitos, aduziram que há provas de que sofreram prejuízos, os quais deveriam ser observados na compensação determinada pelo Juízo *a quo* ou, ao menos, permitido que fossem apurados em liquidação ou mesmo em ação própria, sob pena de quebra do equilíbrio contratual diante da obrigação a eles imposta para que restituíssem as parcelas pagas pelos réus.

A sentença, a par de considerar a cláusula penal fixada como pré-fixação do valor das perdas e danos – condenação já derruída – no momento seguinte assentou não haver prova da ocorrência das que os autores pretendiam se verem indenizados, *in verbis*:

Sabe-se que a cláusula penal “é um pacto acessório, pelo qual as partes de determinado negócio jurídico fixam, previamente, a indenização devida em caso de descumprimento culposo da obrigação principal, de alguma cláusula do contrato ou em caso mora” (Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho, Novo curso de direito civil: obrigações, 7ª edição, Saraiva, p. 319, vol. II).

No caso dos autos, a cláusula “5” do contrato firmado entre os litigantes (fls. 21) evidencia a pactuação de uma cláusula penal de 10% sobre o valor do contrato, montante que não se afigura excessivo (TJSC, Apelação Cível n. 2004.011419-2, de Joinville, Relator Des. Joel Dias Figueira Júnior (em Substituição)).

Portanto, repita-se, a simples pré-fixação do valor das perdas e danos entre as partes não impede a rescisão do contrato, com o retorno das partes ao status quo ante à assinatura do aludido contrato.

Por outro giro, razoável afigura-se o pedido de compensação do montante que deverá ser devolvido pelos autores com o valor da cláusula penal (10% sobre o valor da negociação), em liquidação por simples cálculos.

Já com relação às demais perdas e danos sustentadas pelos autores, o panorama afigura-se diferente, justo que estes não demonstraram a efetiva ocorrência dos alegados prejuízos, razão pela qual não há se falar em liquidação de sentença para posterior apuração.

Tem-se na jurisprudência do Tribunal de Justiça de Santa Catarina:

“Na liquidação da sentença apura-se tão-somente a extensão dos danos. A sua existência deve ficar demonstrada já na fase cognitiva.” (Apelação cível n. 2004.023047-8, de São Lourenço do Oeste, Relator Juiz Jânio Machado).

Ou ainda:

“INSURGÊNCIA CONTRA A PARTE DA SENTENÇA QUE DETERMINOU A DEVOLUÇÃO DA IMPORTÂNCIA PAGA PELOS RÉUS A TÍTULO DE ADIANTAMENTO. POSSIBILIDADE. PERDAS E DANOS REQUERIDOS NA INICIAL. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO AN DEBEATUR. IMPOSSIBILIDADE DE REMESSA À LIQUIDAÇÃO” (Apelação cível n. 1996.002491-3, de Urussanga, Relator Jorge Schaefer Martins).

Dessarte, diante da ausência de comprovação das perdas e danos suportados pelos autores, impõe-se a improcedência do pedido neste tópico.

No entanto, verifica-se que a análise dos alegados prejuízos foi feita sem que realizada a necessária distinção entre as perdas e danos decorrentes

diretamente da inadimplência que deu causa à resolução do contrato (art. 475 do CC/2002) e a indenização que eventualmente poderá exsurgir em virtude da impossibilidade de se reestabelecer o estado anterior das coisas em cumprimento ao comando restituitório do juízo de resolução do contrato (art. 182 do CC/2002).

Não se pode confundí-las pois que, como pontua Araken de Assis, à eficácia do mecanismo resolutório, enquanto tal, interessa as recíprocas restituições e a mútua liberação, se um dos parceiros, ou mesmo ambos, deixaram de prestar, o direito a direito a perdas e danos não a integra, merecendo tratamento separado. (Resolução de contrato por inadimplemento. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 152)

Noutro momento de sua obra:

O art. 475 do CC-02 concede, juntamente com a pretensão resolutiva, pretensão a perdas e danos ao parceiro “lesado”. Fez aqui uma escolha nítida, outra vez se aproximando ao art. 1.184 do CC francês, pois, como se sabe, o §325 do BGB dispôs diversamente. Mas, o prejuízo do contratante não constitui *efeito* do remédio resolutivo, ao contrário do que afirma Carvalho Santos; e, tampouco, seu *pressuposto*, porque o mecanismo resolutório jamais se assentou na *culpa*, tese rejeitada em pretérito exame. É somente efeito, à semelhança da resolução em contratos bilaterais, do *inadimplemento*, tanto que também se ostenta cabível na demanda de cumprimento, conforme o art. 389 do CC-02 sendo exato, no particular, o argumento de Lodovico Barassi. Portanto, abstraídos perdas e danos, o remédio resolutório preserva sua identidade própria.

Eventualmente, a repristinação *in natura* se torna impossível, porque, e. g. a coisa móvel prestada se perdeu. Em tal caso, reza o art. 182 do CC-02, se substitui o objeto da prestação pelo equivalente pecuniário. Então, opera a força condenatória mediata da sentença resolutória. Com efeito, nenhuma “ação” material se compõe de uma única e exclusiva eficácia,

e, sim, de várias forças combinadas: a resolutória contem, assim, efeito condenatório subsidiário, embora o *principal* seja constitutivo, que se torna necessário aplicar em hipóteses tais.

Em decorrência, se ao lado do retorno ao estado anterior, o parceiro almeja obter indenização, cabe pedi-la cumulativamente ao pedido resolutório. É exemplo de cumulação *facultativa* de ações, sob a forma de cúmulo sucessivo de pedidos. (Ob. cit. p. 147-8)

Então há que se dar o distinto tratamento, inclusive cindindo a tese recursal da parte de se ver indenizada, ainda que sobre o pálio da compensação (fl. 17) a ser apurada em momento ulterior, para que a resolução da lide tenha seu regular termo conforme os normativos pátrios.

Em relação parcela da insurgência relacionada à eventual indenização decorrente da impossibilidade do restabelecimento do estado das coisas conforme se encontravam antes da contratação, merece acolhimento a pretensão recursal dos autores de que devem ser verificados em momento processual ulterior, porquanto eventual direito de serem indenizados somente poderá ser apurado após o insucesso no pleno cumprimento da determinação restituitória emanado do juízo resolutivo que ora se confirma.

Colhe-se, mais uma vez, de esclarecedor ensinamento de Araken de Assis:

Decorre do art. 182 do CC-02 cuja incidência analógica em sede resolutiva se propugna, a eficácia restituitória, remetendo os parceiros ao estado anterior. Semelhante consequência deriva da natureza impingida ao remédio resolutório, como se teve ocasião de avaliar ao extremá-lo de seus fins, e estabelece, ademais, uma das pontas da identidade eficaz do instituto.

É princípio cardeal da resolução, sendo aceito, explicitamente, pela 1ª Turma do STF, ao enfatizar que “rescindido” - do remédio resolutivo, todavia, tratava o julgado – o contrato, se re-estabelece o *status quo ante*.

Para alcançá-lo, se dispensa até um pedido “certo e determinado” (art. 286, *caput*, do CPC): O efeito repristinatório se subsume no desfazimento do contrato; daí por que apregou a 1ª Turma do STF a devolução aos vendedores das prestações pagas em compromisso de compra e venda não inculca o vício de julgamento *extra petita*. (Ob. cit. p. 57-8)

Ainda:

Perda e deterioração da coisa – É possível que, durante o interregno de eficácia da relação contratual, a coisa prestada tenha se deteriorado, destruído ou consumido, inviabilizando, irreversivelmente, a restituição *in natura*. O art. 182 do CC-02 soluciona, explicitamente, a questão, mandando restituir o equivalente pecuniário; e, da mesma forma, reage aos eventos narrados o mecanismo resolutivo. Entretanto, somente a *impossibilidade* real e efetiva obsta à restituição específica, descabendo temperá-la, consoante deseja Orozimbo Nonato, interpretando o dispositivo no contexto; a “extrema dificuldade ou a inconveniência ostensiva e incontendível” não elidem a volta ao estado pretérito, resultado ótimo e almejado a todo transe no regime resolutivo. Transformado o crédito em dinheiro, contudo, atua a força *mediata* da sentença desconstitutiva: ao credor se permite a liquidação do provimento existente (art. 603 do CPC) ou, se for o caso, a conversão para o procedimento em quantia certa (art. 627 do CPC). (Ob. cit. p. 167-8)

Então, efetivamente, não há como, neste momento processual, firmar juízo sobre a ausência de prejuízo das partes em relação à perda ou deterioração das prestações a serem reciprocamente restituídas de forma a recompor o *status quo ante*, v. g. alienação de bens de propriedade da

sociedade empresarial, entre outros que poderão ser apurados de parte a parte.

Diverso tratamento deve ser dado em relação à fração da insurgência relacionada aos danos que teriam surgido diretamente do inadimplemento contratual dos réus (art. 475 do CC/2002)

Dessa forma, constata-se, apresentaram pleito de resolução do contrato e, de forma cumulada (art. 289 do CPC), de compensação da restituição das parcelas ao ressarcimento dos réus na obrigação de indenizar as perdas e danos diretamente efuentes da inadimplência.

Do todo processado, verifica-se que apontam terem sofrido danos consubstanciados no não pagamento de valores de débitos existentes em contas-correntes no Banco do Brasil e em afetação de seus patrimônios por conta de ações trabalhistas e fiscais em face do descumprimento de ajuste que previa que os réus assumiriam a responsabilidade pelo ativo e pelo passivo da empresa (cláusula sexta – p.21).

Apesar de que contra tais fatos os réus não erigiram contraposição em sua peça defensiva, sabe-se, no entanto, que a revelia não desonera os autores de comprovarem os por eles alegados, tampouco induz obrigatoriamente à procedência dos pedidos:

“APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE - AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DOS REQUISITOS DO ART. 927 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL - REVELIA - EFEITOS RELATIVOS - IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO - RECURSO DESPROVIDO.

“Os efeitos da revelia importam, como cediço, em reconhecer incontroversos os fatos alegados pelo autor, porém não criam direito ou eliminam, em absoluto, o ônus de o autor provar, de modo adequado, os requisitos essenciais ao êxito de sua pretensão deduzida em juízo” (TJ-SC, Apelação cível n. 2005.024830-6, da Capital, Rel. Des. Subst. Sérgio Izidoro Heil, julgado em 11.05.2006).

“PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DE COBRANÇA. ENERGIA ELÉTRICA. REVELIA. EFEITOS. ARTIGO 319 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL.

“1. A presunção da veracidade dos fatos alegados pelo autor é relativa. O alcance do artigo 319 do Código de Processo Civil deve ser mitigado, porquanto a revelia não induz obrigatoriamente à procedência do pedido inicial, que dependerá do exame pelo magistrado de todas as evidências e provas dos autos. Precedentes.

“2. Recurso especial improvido” (STJ, REsp. 689.331/AL, Rel. Min. Castro Meira, DJ 13.03.2006 p. 266).

Mais que isso, a discussão sobre o que deve ser indenizado em casos como a espécie – em que é exercida a faculdade conferida ao parceiro não inadimplente de ver resolvido o contrato – demanda novamente se socorrer dos estudos do jurista Araken de Assis:

Em doutrina, muito se controverte se a indenização visa ao ressarcimento dos danos *positivos*, vale dizer, colocando o parceiro fiel na situação em que se encontraria caso o contrato se tivesse exaurido pelo cumprimento, ou dos *negativos*, compensando os prejuízos sofridos em virtude da conclusão lógica do negócio. Segundo Francesco Carnelutti, uma vez ela admissível tanto o contratante tenha postulado a prestação quanto o desfazimento do vínculo, todavia seu alcance difere, porque, neste último caso, reperia “quella situazione patrimoniale in cui si sarebbe trovato se il contratto nono fosse stato conchiuso”. Já Pontes de Miranda assevera tratar-se do dano “que resultou de se ter tornado sem efeito o que se cria que teria efeito”.

É por demais evidente a total incompatibilidade lógica entre a primeira teoria e a eficácia extintiva do remédio resolutorio. Realmente, como situar o credor em posição equivalente à que resultaria do cumprimento, se o contrato foi destruído retroativamente? Por isso, embora o tema seja marginal à resolução e ao presente trabalho, o art. 475 do CC-02 contempla o chamado “interesse negativo”; por conseguinte, a indenização

outorgada ao parceiro que cumpriu ou se ofereceu a isso recompõe o dano originado de se ter contratado inutilmente. Em última análise, a 2ª Turma do STF, ao definir as perdas e danos, tendo ocorrido prestação da coisa, no ressarcimento de sua privação, reconheceu, exclusivamente, o referido interesse negativo, já ao tempo da lei antiga.

[...]

Se o compromissário descumpre a obrigação de pagar o preço, e o comprometente demanda o cumprimento da prestação, terá ele direito ao preço e ao acréscimo a ele correspondente (lucro). Isso parece líquido e certo e caracteriza, indubitavelmente, a indenização do interesse “positivo”.

Mas, na demanda de resolução, que implica retorno ao estado anterior, indenizar o interesse “positivo” implica conceder ao comprometente aquela vantagem – preço –, devidamente corrigida, mais o respectivo lucro, ou seja, a valorização do imóvel. Ora, isto não se justifica, consoante o programa contratual: ao comprometente, que reterá o objeto da promessa no seu patrimônio, não se afigura razoável incorporar, ainda, a valorização da coisa, já integrada naquele, descontado o preço. Do ponto de vista do compromissário, os efeitos se afiguram dramáticos: ficará sem o bem e desfalcado de parte do respectivo preço. Claro está que, havendo o comprometente prestado, ou seja, passado a posse ao compromissário, fará jus à indenização pela privação do uso da coisa. Nesta hipótese, porém, indenizar-se-á interesse “negativo”, ou seja, o dano sofrido pela falta de conclusão do negócio.

Alterando a perspectiva, e passando a figurar as hipóteses do ângulo do compromissário, nada muda de figura.

Se o comprometente descumpre a obrigação de entregar a coisa, ao demandar o cumprimento do negócio, o compromissário terá direito à entrega daquele bem e à indenização do dano, que corresponderia à sua entrada no patrimônio com atraso. Corresponderão as perdas e danos,

assim, à privação do uso da coisa (ou o compromissário ocuparia o bem, e em vez disso pagou aluguel, ou então deixou de receber os aluguéis gerados pela coisa). Neste caso, a indenização abrange o interesse “positivo”, ou seja, traz ao compromissário a mais-valia do negócio.

E na resolução? Ademais da integral restituição do preço corrigido, tem o compromissário direito, certamente, aos frutos desse dinheiro. Este interesse é “negativo”, ou seja, repõe o patrimônio do compromissário na situação em que se encontraria não tivesse contado com a eficácia do negócio. (Ob. cit. p. 149-51)

Dessa forma, não há como pretenderem os autores se verem indenizados pelo “interesse positivo” consubstanciado nos efeitos que teriam o adimplemento das cláusulas do contrato resolvido (i. e. cláusula sexta), se quando a eles facultado pelo ordenamento civil buscarem o cumprimento do avençado, optaram por exercer a pretensão resolutória.

Portanto, não merece guarida a pretensão recursal de serem apurados e compensados, em momento ulterior, os prejuízos decorrentes das ações judiciais que afetaram seus patrimônios – Execuções Fiscais, Execuções por Quantia Certa Contra Devedor Solvente, Monitórias, etc (fls. 100-11), repita-se, sem prejuízo - porque não devem ser confundidos – do direito de indenização às perdas e danos decorrentes de eventual impossibilidade de retorno das coisas à situação original (art. 182 do CC) que, conforme já explicitado, deverá ser apurado após cumprimento (des) da eficácia restitutória da sentença.

Portanto, há que se dar parcial guarida ao recurso dos autores para ressaltar a possibilidade de apuração de direito indenizatório eventualmente verificado no momento da restituição ao *status quo ante* (art. 182 do CC/2002).

Por fim, diante do todo lançado, mister ressaltar que carecem de interesse processual os autores ao afirmarem que a decisão foi consignada

com vício decorrente da inobservância do princípio da congruência – *ultra petita* – quanto ao comando da compensação porquanto foi assim proferida em atenção a pedido por eles mesmos formulado (fl. 17) e porque o dever das partes restituírem as parcelas adimplidas prescinde de “pedido certo e determinado”, pois que é decorrência natural da pretensão exercida judicialmente.

Empós, importante assentar que diante da conclusão do julgamento do recurso e do conjunto probatório amealhado aos autos a demonstrar que a manutenção da administração dos réus na sociedade pode vir em prejuízo dos autores, impõe-se conceder o pedido cautelar efetuado na última petição que aportou aos autos para o fim de permitir que os autores sejam imitados na posse dos bens societários e sejam averbadas as alterações na Junta Comercial de Santa Catarina – JUCESC – mediante caução prestada no valor da quantia das parcelas por eles recebidas, devidamente atualizadas.

Alfim, diante da preclusão operada em relação à prescrição, conhece-se parcialmente do recurso dos réus e dá-se-lhe provimento parcial para afastar a condenação à cláusula penal moratória; e, conhece-se parcialmente do recurso dos autores – em decorrência da falta de interesse recursal quanto à alegação de ser a sentença *ultra petita* – e dá-se-lhe parcial provimento para permitir que as perdas e danos decorrentes de eventual impossibilidade de restituição ao *status quo ante* seja verificado no momento do cumprimento da sentença.

QUINTA CÂMARA DE DIREITO COMERCIAL

APELAÇÃO CÍVEL

Apelação cível n. 2008.044618-3, de Gaspar

Relator: Jânio Machado

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DECLARATÓRIA DE NULIDADE DE TÍTULO E RECONVENÇÃO COM PEDIDO DE COBRANÇA. NOTA DE DÉBITO. DOCUMENTO QUE FOI EMITIDO POR EMPRESA DE TRANSPORTE AÉREO INTERNACIONAL DE CARGA EM RAZÃO DE TER FEITO O RECOLHIMENTO DO IMPOSTO DE IMPORTAÇÃO E DO IMPOSTO SOBRE A CIRCULAÇÃO DE MERCADORIAS E SERVIÇOS (ICMS) POR CONTA DA IMPORTADORA PARA PERMITIR O DESEMBARAÇO ADUANEIRO DA MERCADORIA NO MOMENTO DO SEU INGRESSO NO TERRITÓRIO NACIONAL. IMPORTADORA QUE INVOCOU A EXISTÊNCIA DE ISENÇÃO FISCAL E A INVIABILIDADE DA EXIGÊNCIA POR MEIO DA EMISSÃO DE DUPLICATA MERCANTIL. NOTA DE DÉBITO QUE NÃO SE CONFUNDE COM DUPLICATA MERCANTIL, SENDO DOCUMENTO REPRESENTATIVO DE DESPESA DA TRANSPORTADORA OMITIDA DA FATURA DO SERVIÇO. INAPLICABILIDADE DAS DISPOSIÇÕES DA LEI N. 5.474, DE 18.7.1968. EVENTUAL DIREITO À ISENÇÃO FISCAL QUE NÃO PODE SER OPOSTO À TRANSPORTADORA. IMPORTADORA QUE É A CONTRIBUINTE DOS IMPOSTOS RECOLHIDOS ANTECIPADAMENTE PELA EMPRESA DE TRANSPORTE. ARTIGO

22, INCISO I, DO CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL, E ARTIGO 4º DA LEI COMPLEMENTAR N. 87, DE 13.9.1996. EXIGÊNCIA QUE É DEVIDA, O QUE AUTORIZOU A INSCRIÇÃO DO NOME DA DEVEDORA NO CADASTRO DE PROTEÇÃO AO CRÉDITO. DANO MORAL INEXISTENTE. RECURSO DESPROVIDO.

1. A empresa de transporte aéreo internacional de carga que recolhe, por conta da importadora, os impostos exigidos para o desembarço aduaneiro da mercadoria importada tem o direito de exigir da importadora o valor adiantado, uma vez que esta é a contribuinte prevista na legislação fiscal.

2. A constatação de que a inclusão do nome do devedor no cadastro de proteção ao crédito foi legítima inviabiliza o pedido de indenização por dano moral com fundamento no abalo de crédito.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de apelação cível n. 2008.044618-3, da comarca de Gaspar (2ª Vara), em que é apelante Farfalla Têxtil Ltda., e apelada UPS do Brasil Remessas Expressas Ltda.:

A Quinta Câmara de Direito Comercial decidiu, por unanimidade, negar provimento ao recurso. Custas legais.

O julgamento, realizado no dia 28 de junho de 2012, foi presidido pelo desembargador Cláudio Valdyr Helfenstein, com voto, e dele participou o juiz Guilherme Nunes Born.

Florianópolis, 2 de julho de 2012.

Jânio Machado
RELATOR

RELATÓRIO

Farfalla Têxtil Ltda. ajuizou “ação declaratória de nulidade de duplicata c/c danos morais – pedido de tutela antecipada parcial” contra UPS do Brasil & Cia. sob a alegação de que: a) na data de 1º.4.2002, recebeu uma caixa de acessórios têxteis importados da China e transportados pela requerida; b) em virtude da permanência temporária dos acessórios no país (após a incorporação aos seus produtos, eles foram exportados), a operação de importação não seria tributada; c) a requerida, ainda assim, emitiu a duplicata no valor de R\$5.598,00 (cinco mil, quinhentos e noventa e oito reais), com vencimento para 4.4.2002, por conta do pagamento de impostos no momento da entrada da mercadoria no país; d) informou à requerida que a exação era indevida e não suportaria o custo, até porque “não foi consultada oportunamente a respeito do seu pagamento”; e) em 6.1.2003, foi surpreendida pela inscrição do seu nome nos registros da Serasa; f) a inscrição é indevida, porque não foi precedida de notificação; g) a exigência de impostos não autoriza a emissão de duplicata mercantil e h) faz jus à indenização por danos morais no importe de 50 (cinquenta) vezes o valor do título. Pleiteou a antecipação dos efeitos da tutela para o fim de excluir o seu nome dos cadastros da Serasa.

A antecipação da tutela foi deferida (fls. 27/30) e a requerida ofertou contestação (fls. 70/149) com alegações de: a) ingresso no polo passivo da lide, como litisconsortes necessárias, da União Federal e da Fazenda do Estado de Santa Catarina; b) incidência do imposto de importação se, no caso, o expedidor estrangeiro declarou o valor mercantil do produto transportado; c) impossibilidade da sua responsabilização pelo conteúdo da declaração do expedidor, conforme o disposto no artigo 10 da Convenção de Varsóvia; d) responsabilidade da autora pela obrigação tributária (faz apenas o transporte das mercadorias, recolhendo os impostos “na qualidade de substituta tributária”); e) inexistência de prova de que a autora teria requerido a concessão do regime de admissão temporária, até porque é

incompatível com o Regime de Tributação Simplificado (RTS) aplicado à modalidade de transporte contratada (“courier”); f) inaplicabilidade das regras do Código de Defesa do Consumidor; g) legalidade da emissão da fatura (nota de débito), que “tem todas as características de duplicata mercantil” e i) ausência de dano moral.

A requerida ainda apresentou reconvenção (fls. 54/69) repisando os argumentos invocados na contestação e pleiteando o pagamento da importância de R\$5.598,55 (cinco mil, quinhentos e noventa e oito reais e cinquenta e cinco centavos), acrescida de juros e correção monetária desde o dia 15.8.2001.

A contestação foi impugnada (fls. 181/188) e a reconvenção, contestada (fls. 191/194), com arguição de sua intempestividade. Após a manifestação da reconvinte (fls. 202/208), o digno magistrado Luís Felipe Canever proferiu sentença (fls. 211/217), o que fez nos seguintes termos:

“Pelo exposto, JULGO IMPROCEDENTES os pedidos formulados pela autora na inicial.

CONDENO a autora ao pagamento das custas processuais da ação e honorários advocatícios, estes arbitrados em R\$ 8.000,00, com fundamento no art. 20, § 4.º, do CPC.

Por outro lado, JULGO PROCEDENTE a reconvenção da ré reconvinte para CONDENAR a autora reconvinda ao pagamento do valor histórico de R\$ 5.598,55 referente à duplicata de fl. 21, devidamente corrigida e acrescida de juros de mora de 1% ao mês, a partir do seu vencimento (04/04/2002), conforme fundamentação supra.

CONDENO a autora reconvinda ao pagamento das custas processuais da reconvenção e honorários advocatícios, estes arbitrados em 20% sobre o valor da condenação, com fundamento no art. 20, § 3.º, do CPC.” (o grifo está no original).

Inconformada, a autora interpôs recurso de apelação cível (fls. 222/235) insistindo na inviabilidade da emissão de duplicata mercantil pela

substituta tributária para a cobrança do valor do imposto recolhido e na existência de dano moral.

A apelada ofereceu resposta (fls. 245/260) e os autos vieram a esta Corte, sendo determinada pelo então relator, o desembargador Ricardo Fontes, a sua redistribuição a uma das Câmaras de Direito Público (fl. 269). O autos foram redistribuídos e, por decisão monocrática, o relator, o juiz Paulo Henrique Moritz Martins da Silva, não conheceu do recurso e determinou a redistribuição a uma das Câmaras de Direito Comercial (fls. 271/272).

VOTO

Inicialmente, convém esclarecer que a Câmara de Direito Comercial é competente para o julgamento do presente recurso, uma vez que a matéria em discussão – repasse ao importador, por meio da emissão de nota de débito, das despesas realizadas pela transportadora para o desembaraço aduaneiro – tem a natureza empresarial de que trata o artigo 3º do Ato Regimental n. 57/02-TJ, não se examinando, no caso, o direito da Fazenda Pública à exação, a circunstância que autorizaria a remessa do feito a uma das Câmaras de Direito Público (artigo 3º do Ato Regimental n. 41/00-TJ, com a redação conferida pelo Ato Regimental n. 93/08-TJ).

A ação declaratória pretende o reconhecimento da inexistência da dívida representada pela nota de débito n. 0356054 (fl. 21), que foi emitida pela apelada, em 25.3.2002, no valor de R\$5.598,55 (cinco mil, quinhentos e noventa e oito reais e cinquenta e cinco centavos), com vencimento para 4.4.2002, em face do recolhimento antecipado de impostos (R\$3.605,76, a título de imposto de importação, e R\$1.969,41, relativo ao ICMS/GNR), além da taxa alfandegária (R\$ 23,38), realizados em nome da apelante (substituição tributária), por conta da operação de transporte aéreo internacional de mercadorias (AWB) n. M019-3035-977,

partindo da cidade de Fuzhou (República Popular da China) com destino à Gaspar (SC).

A petição inicial veio acompanhada, dentre outros documentos, da: a) nota de débito n. 0356054, nela sendo verificados os nomes da remetente e da destinatária, a mercadoria transportada (“embroidery patches – 100% rayon THR”), o valor declarado (\$2.570,40 ou R\$6.009,60) e a observação de que se refere aos “impostos recolhidos antecipadamente por conta do destinatário, na liberação da remessa expressa internacional acima especificada, de acordo com a instrução normativa SRF 57/96 de 01 de outubro de 1996” (fl. 21); b) ficha de compensação bancária emitida em razão da nota de débito (fl. 22) e c) cópia da fatura comercial (“invoice”) emitida pelo exportador estrangeiro, no idioma inglês (fl. 24).

A apelada, por sua vez, juntou aos autos a cópia do Documento de Arrecadação de Receitas Federais – DARF e da Guia Nacional de Recolhimento de Tributos Estaduais – GNRE relativos ao recolhimento dos impostos indicados na nota de débito (fl. 87), além da tradução da via do remetente do conhecimento de transporte, que é uma cópia padrão e não contém as assinaturas das partes (fls. 134/147 e 153/166).

A nota de débito é definida por Maria Helena Diniz como sendo:

“**NOTA DE DÉBITO.** *Direito comercial.* Memorando que é enviado ao correntista para avisá-lo de um débito oriundo de remessa de mercadoria, despesas, etc.” (o grifo está no original) (*Dicionário jurídico*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 424, v. III).

De Plácido e Silva atribui a este documento conceito semelhante:

“*Nota de débito, é o memorandum* enviado ao correntista, para avisá-lo de um débito feito em sua conta corrente, proveniente de remessas de mercadorias, de despesas ou de outras origens, que se mencionam no mesmo papel.” (o grifo está no original) (*Vocabulário jurídico*. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 559).

O documento “nota de débito” emitido pela transportadora, portanto, não se trata de uma duplicata mercantil ou qualquer outro título de crédito, e nem ao menos constitui documento fiscal, o que torna inócua a discussão relacionada à legalidade da emissão de duplicata mercantil. A experiência comum (artigo 335 do Código de Processo Civil) revela que a nota de débito é o documento emitido para o fim de exigir o pagamento de despesa posterior, que foi omitida da fatura de serviços. No caso, o serviço de transporte aéreo internacional de mercadorias já foi pago pela apelante, conforme o que afirmou a transportadora na contestação (fl. 79), persistindo o débito, apenas, em relação aos impostos e taxas recolhidos em nome da apelante para o desembaraço aduaneiro das mercadorias.

A despeito de não se tratar de título de crédito ou documento fiscal, a nota de débito ainda constitui um documento emitido por comerciante, que tem o condão de comprovar a existência de um débito decorrente de relação comercial por ele realizada, mormente se foi preenchida com todas as informações acerca da operação e veio acompanhada do comprovante da despesa que se pretende cobrar (as guias de recolhimento de impostos de fl. 87).

José Xavier Cavalho de Mendonça leciona a respeito da validade do documento emitido por comerciante como prova da existência de um crédito ou débito:

“Os livros, os papéis e os documentos de um comerciante fornecem a prova mais simples, mais evidente dos seus débitos ou dos pagamentos que os credores tenham feito e, assim, justificam direitos contestados e facilitam as liquidações, a prestação de contas e a partilha entre sócios, herdeiros e outros interessados. No caso de falência, demonstram a causa e a gravidade do desastre, e fornecem o critério por onde se pode conhecer a boa ou má-fé com que o comerciante zelou os interesses alheios.” (*Tratado*

de direito comercial brasileiro. Campinas: Bookseller, 2001, p. 214, v. II, tomo I, livro II).

O mesmo autor, ainda, acrescenta:

“Outras provas apresentadas pelo comerciante, se este é probo e bem conceituado, embora relativamente fracas, são, em regra, bem aceitas. A lealdade dos registros, quando evidente, é ótimo critério para acertada sentença.” (*Tratado de direito comercial brasileiro*. Campinas: Russel, 2003, p. 187, v. IV, tomo I).

A legalidade da exação, por óbvio, não está sendo discutida nestes autos, até porque não se trata de pedido de repetição de indébito tributário. Assim, os argumentos de que o exportador estrangeiro teria especificado na fatura comercial o caráter temporário da permanência da mercadoria no território nacional (fl. 24) e de que a apelante preenchia os requisitos do regime especial de admissão temporária (fls. 185/188) não são suficientes para desconstituir o débito reclamado pela apelada.

A obrigação de recolher o imposto de importação é do importador, a teor do previsto no artigo 22, inciso I, do Código Tributário Nacional, que também é o contribuinte do Imposto sobre a Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS) incidente na importação de mercadorias (artigo 4º da Lei Complementar n. 87, de 13.9.1996).

Logo, se a transportadora recolheu os tributos e a taxa alfandegária (fl. 87), o que fez em atenção ao disposto no artigo 36 da Instrução Normativa n. 122, de 11.1.2002, da Secretaria da Receita Federal (fl. 121), e a obrigação fiscal incumbia à apelante, a nota de débito de fl. 21, de fato, representa uma dívida existente e exigível.

A existência de dívida não paga, o que foi confessado pela apelante (fls. 4 e 23), torna legítima a inscrição do nome nos cadastros de inadimplentes e descaracteriza o dano moral invocado.

A propósito, a Câmara já decidiu:

“RECURSO DE APELAÇÃO. AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE DÉBITO CUMULADA COM PEDIDO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E TUTELA ANTECIPADA. CERCEAMENTO DE DEFESA AFASTADO. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. RELAÇÃO JURÍDICA COMPROVADA PELA RÉ. COMPROVADO FATO EXTINTIVO DO DIREITO INVOCADO PELO AUTOR. INADIMPLÊNCIA DO AUTOR. INSCRIÇÃO DO NOME DO DEVEDOR NOS ÓRGÃOS DE PROTEÇÃO AO CRÉDITO. EXERCÍCIO REGULAR DO DIREITO. ART. 188, I, CÓDIGO CIVIL. NOTIFICAÇÃO PRÉVIA DA INCLUSÃO DO NOME DO CONSUMIDOR NO ROL DOS MAUS PAGADORES. DEVER DO ÓRGÃO MANTENEDOR. INTELIGÊNCIA DA SÚMULA 359 DO STJ. DANO MORAL INDEVIDO. RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO.” (apelação cível n. 2010.009643-5, de Palhoça, relatora a desembargadora Soraya Nunes Lins, j. em 3.11.2011. Disponível em: <<http://www.tjsc.jus.br>>. Acesso em: 19 jun. 2012).

Com essas considerações, o recurso interposto é desprovido.

Por último, e apenas evitando a desnecessária interposição de embargos de declaração, ainda que para fins de prequestionamento e acesso à instância recursal superior, afirma-se a ausência de violação aos artigos 1º, 2º e 20, todos da Lei n. 5.474/68, os quais foram, mesmo que implicitamente, aqui examinados.

SEGUNDA CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO

APELAÇÕES CÍVEIS

Apelação Cível n. 2011.013770-3, de Jaguaruna

Relator Designado: Des. João Henrique Blasi

APELAÇÃO CÍVEL. DÉBITO DE IPTU. AÇÃO ANULATÓRIA CUMULADA COM INDENIZAÇÃO POR PERDAS E DANOS MOVIDA CONTRA O MUNICÍPIO AUTOR DA EXECUÇÃO FISCAL. CITAÇÃO DO DEVEDOR, NA EXECUCIONAL, REMETIDA A ENDEREÇO ESTRANHO. ARREMATACÃO DO BEM CONSTRITADO. NÃO-PARTICIPACÃO DO ARREMATANTE NO FEITO ANULATÓRIO. RECURSO PROVIDO PARA RECONHECER DEVIDA A VERBA INDENIZATÓRIA POSTULADA NESTA *ACTIO*.

Agindo como agiu, ao fornecer endereço estranho da executada, ora autora, o Município réu induziu em erro o aparato judicial, gerando a deflagração de processo nulo desde o seu alvor, haja vista a inequívoca imprestabilidade do ato citatório. Duas possibilidades exsurtem para remediar a situação criada, extremamente gravosa, dado que, por conta dela, a ora autora acabou sendo expropriada de bem imóvel. A primeira delas radica em anular a execução fiscal, chamando ao processo o arrematante como litisconsorte necessário (art. 47 do CPC), o que importaria em imensa transversalidade até a adoção de uma decisão final. E a segunda, mais instrumental, consiste em responsabilizar a Municipalidade pela indevida expropriação, condenando-a ao

correspondente ressarcimento. Faz-se mais adequada esta última, pelo que é de prover-se o recurso para o fim de adotá-la.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2011.013770-3, da comarca de Jaguaruna (Vara Única), em que é apelante Carmela Guglielmi Maragno e apelado Município de Jaguaruna:

A Segunda Câmara de Direito Público decidiu, por maioria de votos, dar parcial provimento ao recurso. Vencido o relator, que votou por negar provimento ao recurso. Custas legais.

Participaram do julgamento, realizado em 13 de março de 2012, os Exmos. Srs. Desembargadores Newton Janke, com voto vencedor, e Ricardo Roesler, com voto vencido.

Florianópolis, 22 de março de 2012

João Henrique Blasi

PRESIDENTE E RELATOR DESIGNADO

RELATÓRIO

Trata-se de apelação interposta por Carmela Guglielmi Maragno, representada pelo Advogado Paulo Henrique de Assis Góes, irresignada com a sentença proferida pela Juíza Taynara Goessel, que julgou improcedente ação de anulação de ato jurídico c/c perdas e danos por ela proposta contra o Município de Jaguaruna, representado pela Advogada Renata Caetano Góes Ulysséa, em razão da perda de imóvel de sua propriedade, alienado judicialmente, em execução fiscal movida por esta, para saldar débito de IPTU (fls. 231 a 235).

Em síntese, na peça apelatória, aventa a imprestabilidade da CDA que lastreou a execucional; diz que a execução é nula porque a citação deu-se em endereço desconhecido, na cidade de Orleans, pois reside, há mais de 60 (sessenta) anos, na cidade de Içara, sendo nulos, de conseguinte, todos os atos subsequentes. Também consigna que a atuação do curador especial nomeado em nada lhe favoreceu. E, alfim, argui cerceamento de defesa (fls. 239 a 266).

Houve contrarrazões de aplauso (fls. 272 a 275) e o Procurador de Justiça Ricardo Francisco da Silveira, dizendo não divisar qualquer interesse tutelável pelo *Parquet*, deixou de ingressar no mérito da causa (fls. 291 e 292).

VOTO

Dos autos ressaí que a autora, pessoa de poucas posses e octogenária, acabou por ver alienada modesta casa de veraneio, situada em Jaguaruna, alfim arrematada em execução fiscal contra ela movida pelo reportado Município, por débito de IPTU - imposto predial e territorial urbano.

Anoto, de pronto, que ação anulatória sob exame, encontra endosso no art. 486 do Código de Processo Civil (“A nulidade de sentença, para ser reconhecida através da *querela nullitatis*, pressupõe não só a nulidade de citação, mas também a revelia – STF-Pleno: RTJ 107/778, RT 588/245 e RAMPR 44/131” *in* Negrão Theotonio. Processo Civil, Ed. Saraiva, 42ª edição, p. 578). A alegação basilar é de que a citação da autora, ora apelante, naquela execucional, operou-se de forma írrita, porquanto nunca, em tempo algum, residiu em Orleans, para onde foi endereçada a carta-citatória com AR-MP. De fato, inexistente nos autos qualquer prova disso, havendo, ao contrário, prova rotunda de que reside em Içara, há muito (fls. 84 e 85).

O que existe é a anotação, no cadastro da Municipalidade, desse malsinado endereço (“Sem Barão do Rio Branco, 208, centro” - fl. 30) em

Orleans, que não se sabe como surgiu, sendo dado conjecturar que, muito provavelmente, defluiu de erro de digitação do próprio órgão tributário interno.

Inexiste, por outro lado, qualquer prova de que carnês de IPTU tenham sido, em qualquer exercício, precedente ou subsequente àquele objeto da execução fiscal, remetidos para esse endereço fantasma em Orleans, de onde retornou a carta-citatória com a anotação de que se tratava realmente de pessoa desconhecida (fl. 32 v.).

E mais: pela prova testemunhal colhida tem-se que o procedimento rotineiramente adotado pelo Município era o de remeter os carnês de IPTU para a própria residência objeto da tributação, ou para o Conselho Comunitário, onde os interessados poderiam apanhá-los (fl. 179).

Nem se argumente, por im procedente, que, como a ora autora/apelante vinha pagando tal tributo, sabia da sua exigibilidade naquele ano e, portanto, deveria ter procurado o carnê para implementar o seu pagamento. Ora, além de octogenária, só pela assinatura da acionante/recorrente (fl. 23), percebe-se tratar-se de pessoa de poucas letras, que, além disso, como fez anotar em depoimento uma das testemunhas (fl. 178), imaginou estar isenta de tributação por implemento de idade.

E, de mais a mais, consoante iterativa jurisprudência desta Corte, é ressabido que incumbe ao Município o ônus de entregar, ou remeter, corretamente, o carnê de IPTU. Confira-se:

Conquanto seja correção o entendimento de que a notificação atinente ao IPTU - imposto predial e territorial urbano faz-se perfectibilizada pelo recebimento do carnê a ele correspondente (Súmula 397 do Superior Tribunal de Justiça), questionado tal fato, todavia, pelo contribuinte, o ônus da prova do seu encaminhamento recai sobre o ente tributante, dada a evidente impossibilidade de o primeiro produzir prova negativa a respeito. (2010.045786-0, rel. Des. João Henrique Blasi, j. 17.8.10)

Pois bem. Avulta dos autos que o endereço fornecido pelo Município réu/apelado nada tinha a ver com a autora/apelante e que, devolvida a carta citatória não cumprida, foi logo requerida a aplicação da via editalícia (fl. 34). Poderia - e deveria - o Município, porém, ter requerido a citação na própria casa de veraneio, mas não, fez uso do expediente que lhe era mais favorável e, em contrapartida, mais detrimetoso à contribuinte.

Agrava-se tal postura pela circunstância, devidamente provada, de que a autora/apelante era pessoa conhecida em Jaguaruna, por sua participação em atividades comunitárias, como consignado em depoimentos testemunhais (fls. 173, 178 e 185) e em fotografia na qual aparece ao lado, nada mais, nada menos, do que do Prefeito Municipal (fl. 130).

Agindo como agiu, o Município réu induziu em erro o aparato judicial, gerando a deflagração de processo nulo desde o seu albor, pela flagrante imprestabilidade do ato citatório.

Duas possibilidades exsurgem para remediar a situação criada, extremamente gravosa, dado que, por conta dela, a ora demandante/recorrente acabou sendo expropriada do bem imóvel em tela.

A primeira delas radica em anular a execução fiscal, chamando ao processo o arrematante como litisconsorte necessário (art. 47 do CPC), o que importaria em imensa transversalidade até a adoção de uma decisão final.

E a segunda, mais instrumental, consiste em responsabilizar a Municipalidade pela indevida expropriação, condenando-a ao correspondente ressarcimento.

Fico com esta última.

E, para quantificar esse ressarcimento, assinalo que o valor da arrematação é de R\$ 8.200,00 (oito mil e duzentos reais - fls. 66 e 67), o valor da avaliação judicial é de R\$ 17.000,00 (dezessete mil reais - fl. 48) e o

valor de mercado, segundo documentos encartados, é de R\$ 35.000,00 (trinta e cinco mil reais - fl. 35).

Adotando a máxima tomista “*in medium virtus*” considero como importe adequado o intermediário (R\$ 17.000,00), mais ainda porque dimanado de avaliação feita por servidor da justiça.

Daí porque voto no sentido de dar parcial provimento ao recurso, em ordem a julgar procedente, em parte, a ação, para condenar o Município-réu a pagar à autora indenização de R\$ 17.000,00 (dezesete mil reais), corrigida desde a data da avaliação juntada aos autos (fl. 48), condenando-o, ainda, ao pagamento de honorários de sucumbência de 10% (dez por cento) do valor supra, com a incidência de juros de mora e de correção monetária a contar desta decisão.

Declaração de voto vencido Des. Substituto Ricardo Roesler

Ementa Aditiva

APELAÇÃO CÍVEL. ANULAÇÃO DE ATOS JUDICIAIS (CITAÇÃO E ALIENAÇÃO JUDICIAL). AÇÃO MOVIDA APENAS CONTRA O EXEQUENTE. NECESSIDADE DE PARTICIPAÇÃO DO ARREMATANTE. NULIDADE EM FACE DO PEDIDO DESCONSTITUTIVO. POSSIBILIDADE DE MANUTENÇÃO DA DEMANDA, CONTUDO, EM FACE DO PEDIDO INDENIZATÓRIO.

REPARAÇÃO DE DANOS. EXECUÇÃO FISCAL. ALEGAÇÃO DE AUSÊNCIA DE NOTIFICAÇÃO, POIS QUE ENVIADA A ENDEREÇO ESTRANHO, BEM COMO DO PROCESSO DE EXECUÇÃO FISCAL. DEDUÇÃO DE DOMICÍLIO EM LOCAL DIVERSO. PROVA, CONTUDO, PELA PRÓPRIA AUTORA, DE PAGAMENTO DO TRIBUTO EM EXERCÍCIO ANTERIORES

AO EXECUTADO, BEM ASSIM DO EXERCÍCIO DE 2006 (JUNTADA DE CARNÊ). AUSÊNCIA DE PROVA DE EQUÍVOCO DO MUNICÍPIO. EXECUÇÃO, ADEMAIS, QUE SE PROCESSOU REGULARMENTE DO PONTO DE VISTA FORMAL. RECURSO PROVIDO EM PARTE.

No pedido de anulação de ato judicial, notadamente o de alienação de bem, é imperativo que o arrematante figure entre os demandados (STJ, **Resp 42.356/PR**, Rel. Min. Ari Pargendler). Na espécie, eventual provimento do pedido tem reflexos diretos na esfera de interesses do adquirente, configurando o litisconsórcio necessário, e unitário (art. 47 do CPC). Tendo tramitado o processo sem sua citação, é inviável o conhecimento do pedido. De todo modo, o vício em si não encerra a nulidade do processo tendo em vista a cumulação de pedidos (um desconstitutivo “puro” e outro condenatório), remanescendo a ação no que pertine ao pedido indenizatório.

Não há nulidade em processo de execução, tampouco verificável em lançamento que se opera a partir de endereço constante do cadastro municipal, sobretudo quando há nos autos prova de pagamento dos tributos incidentes nos anos anteriores àqueles demandados no processo executivo, juntado pela própria autora, bem como cópia do carnê referente ao exercício de 2006 (muito posterior à execução), o que faz presumir a regular notificação, notadamente diante do silêncio da recorrente quanto ao modo pelo qual se fez conhecer do tributo devido naqueles períodos.

Trato de recurso contra decisão que julgou no todo improcedentes os pedidos iniciais. No plano fático, a recorrente pretendia a anulação de todos os atos processuais realizados nos autos de execução fiscal n.º 282.03.00484-5, deflagrada em face de crédito de IPTU, e que transitara à sua revelia.

A execução, enfim, havia sido direcionada a endereço que, em tese, nunca pertencera à recorrente, que então residiria na cidade de Içara há

mais de sessenta anos, ao passo que tanto a notificação do crédito como os atos processuais do feito executacional teriam sido direcionados a endereço na cidade de Orleans.

A ação em si é bastante delicada, considerando que sucede a execução fiscal, já exaurida; na prática, a ação expropriatória chegou a termo, inclusive com a alienação do imóvel então pertencente à apelante. Tanto que a ação, em verdade, não é apenas desconstitutiva, versando, alternativamente, pedido condenatório (a indenização pela perda do imóvel, valor que inclusive é apontado como ínfimo na inicial). De toda sorte, a ação é legítima e hígida, nada obstante, tal qual apontado pelo Juízo de origem, não lhe resguarde sorte.

De entrada observo que a ação foi mal ordenada no que pertine ao pedido de anulação dos atos processuais, e conseqüentemente da venda judicial do imóvel em debate. Afinal, a eventual reversão daqueles atos teria reflexo na esfera de interesses do adquirente/arrematante, que não foi citado (a bem da verdade, sequer foi nominado como réu). E disso, nem Juízo nem partes aperceberam-se.

Sua participação, evidentemente, era indispensável em dado cenário, pois o pretendido efeito desconstitutivo (anulação dos atos processuais) atingiria por igual tanto o Município quanto o adquirente, revelando o litisconsórcio necessário e unitário.

Conforme dispõe o art. 47 do CPC, há litisconsórcio necessário quando “*pela natureza da relação jurídica, o juiz tiver de decidir a lide de modo uniforme para todas as partes; caso em que a eficácia da sentença dependerá da citação de todos os liticonsortes*”. Nesse passo, é fácil observar, o arrematante, por força da relação jurídica que se pretende ver desconstituída, tem interesse direto na demanda. Sobre o tema, a jurisprudência do STJ:

“PROCESSO CIVIL. LITISCONSORCIO NECESSARIO. ANULAÇÃO DA ARREMATAÇÃO. NECESSIDADE DE CITAÇÃO DO ARREMATANTE. NA AÇÃO QUE VISA A ANULAÇÃO DA ARREMATAÇÃO, O ARREMATANTE DEVE SER CITADO

NA CONDIÇÃO DE LITISCONSORTE NECESSARIO, SOB PENA DE ANULAÇÃO DO PROCESSO. RECURSO ESPECIAL CONHECIDO E PROVIDO” (Resp 42.356/PR. Segunda Turma. Rel. Min. Ari Pargendler. Decisão de 3.3.97).

Assim sendo, o processamento é nulo no que pertine ao pedido desconstitutivo “puro” (anulação dos atos processuais), em face da necessidade da presença do arrematante.

Daí o que segue é a indagação em torno da possibilidade de apreciação do pedido alternativo. Isso porque, seguido ao pleito desconstitutivo, a recorrente formulara pedido indenizatório, para haver o suposto valor do imóvel ao tempo da alienação (pedido, evidentemente, que também se ampara na nulidade do processo judicial de execução).

A postulação é de fato alternativa, pois permite ao réu o cumprimento da obrigação de um modo ou de outro, independentemente. Nesse contexto, e ao revés do que em regra se observa em pedidos sucessivos – onde um é principal e outro secundário – nada impede que, inviabilizado o conhecimento, mesmo que preliminar, de uma das pretensões, desde logo se ingresse na análise do pedido sobejante.

Na prática, a impossibilidade de cumprimento da obrigação por uma via (anulatória) não impede a satisfação por outra (indenizatória), por não ter necessária relação de interdependência. Tal qual prescreve o Código Civil ao disciplinar as obrigações alternativas, o cumprimento far-se-á pela remanescente, quando uma delas, por qualquer razão, restar prejudicada. Na lição de Nelson Nery e Rosa Maria de Andrade Nery, “*diante da perda de uma das coisas objeto de prestação alternativa, ou diante da inexecuibilidade de uma das prestações, não mais subsiste o direito de escolha: a obrigação se torna pura e simples e é devida a prestação que remanesce possível e exequível*” (Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery, *Código Civil comentado*, RT, 2009, p. 446).

De qualquer forma, nenhum retoque merece a sentença nesse particular.

Em sede de recurso, com alguma ambição maior do que pretendido na inicial, discute-se, para além dos vícios do processo, possíveis nulidades do título executivo. A matéria, de toda sorte, tem aqui o colorido bastante ampliado, e deixa de ser figurativa para residir entre as razões de recurso. É bem por isso que delas não cuidarei, em face da inovação recursal. De todo modo, é imperativo o enfrentamento da tese central, a propósito da nulidade dos atos processuais por endereçamento errôneo.

Do que colhido de fato se revela bem evidente que a execução foi direcionada pelo Município de Jaguaruna a endereço na cidade Orleans. O procedimento em si é bastante comum, tendo em conta de que se cuidava de imóvel de veraneio. O fato, porém, é que o endereço cadastral não tem qualquer relação com o endereço (domicílio) da apelante – e isso, parece claro, revelou-se diante do conjunto probatório, tendo em conta a juntada de fls. 86 e segs. (faturas de energia elétrica) e mesmo o depoimento de testemunhas (fls. 173, 178-179 e 185-186), que atestam o endereço ou mesmo a vizinhança com a autora há longa data na cidade de Jaguaruna. Ainda assim, contudo, contradizem a própria inicial, em que a apelante afirma residência em Içara (o que pode também ser aparente, por se cuidar de cidades circunvizinhas; mas é de qualquer modo indiferente). Nesse contexto, a prova, quando muito, serve para demonstrar que a recorrente de fato fixa domicílio em local distinto daquele registrado pelo Município. Em absoluto é suficiente para indicar o equívoco da Fazenda Municipal.

Fato é, e também foi lembrado pelo Município, que algum endereço foi informado, e que tal seria o utilizado para envio de correspondências – entre elas o carnê de IPTU.

E há alguns outros elementos que indicam alguma opacidade na narrativa feita pela recorrente. Observo, aliás, que houve pagamento de IPTU nos períodos de 1987 a 1991 (fl. 93), em via única, o que ao menos indica

a ciência do tributo no período, de algum modo. Adiante, em fls. 94-96, juntou-se também cópia do carnê referente ao exercício de 2006, embora não seja possível identificar de que modo tenha chegado às mãos da apelante (do que, aliás, declarou-se pagamento – fl. 128, embora não se tenha juntado o carnê por completo – o que permitiria quem sabe identificar de que modo se operou a notificação e em que endereço – embora instada pelo Juízo para tanto – fl. 219).

Enfim, nada prova que houve ingerência do Município ao determinar o processamento da execução no endereço de seu cadastro, na cidade de Orleans; e, a considerar que a recorrente aponta residência em pelo menos dois locais (doc. de fls. 85 e 86), não se pode concluir que aquele cadastrado no Município de Jaguaruna não tenha, em algum momento, pertencido à recorrente. E, de todo modo, nem mesmo se indicou a que modo e de que forma recebera as notificações anteriores.

Dito isso, observo que a execução em si, e considerada a validade do endereço cadastral, operou-se de modo regular. Vale no mais o que apurado ao longo da execução. A propósito, no que permite a avaliação liminar, a partir da cópia daquele feito juntado nestes autos (fls. 27 e segs.), não houve quebra de protocolo, mesmo se considerando a aparente revelia da recorrente. Afinal, nomeou-se curador especial, que ao menos exerceu formalmente a representação. À execução é o que bastava. A eventual falta de formal oposição do curador não desqualifica sua atuação, e nem implica por si em vício.

Daí a razão do desprovimento do recurso.

É como voto.

Florianópolis, 22 de março de 2012.

Ricardo Roesler
DESEMBARGADOR SUBSTITUTO

Apelação Cível em Mandado de Segurança n. 2011.095995-8, de Curitiba

Relator: Des. Substituto Ricardo Roesler

APELAÇÃO CÍVEL EM MANDADO DE SEGURANÇA. TRIBUTÁRIO. ICMS. DIREITO AO APROVEITAMENTO DE CRÉDITO NA AQUISIÇÃO DE INSUMOS (“BENS DE CONSUMO E DE USO”), EMPREGADOS NA ELABORAÇÃO DE PRODUTOS DESTINADOS À EXPORTAÇÃO. ADVENTO DA EC N.º 42/03, QUE PERMITE A APROPRIAÇÃO DE CRÉDITO GERADO NAS OPERAÇÕES ANTERIORES, RESERVADAS À PRODUÇÃO DE BENS DESTINADOS AO MERCADO EXTERNO. COMPREENSÃO DA IMUNIDADE OBJETIVA EM SEUS TERMOS, DE MODO AMPLO. AUSÊNCIA DE QUALQUER LIMITAÇÃO NO ÂMBITO CONSTITUCIONAL. APROVEITAMENTO QUE INDEPENDE DE REGULAMENTAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL. INAPLICABILIDADE DO DISPOSTO NA LEI COMPLEMENTAR N.º 87/96.

DIREITO DE APROPRIAÇÃO DOS CRÉDITOS EM QUESTÃO NA PROPORÇÃO DO VOLUME DE EXPORTAÇÕES, EM RELAÇÃO AO TOTAL DE SAÍDAS DO ESTABELECIMENTO (ART. 33 DA LC N.º 87/96). DIREITO QUE OBSERVA O PRAZO DE CINCO ANOS, NOS TERMOS DA INICIAL. CORREÇÃO PELA SELIC. SUSPENSÃO, CONTUDO, DO DIREITO DE APROPRIAÇÃO, ATÉ O TRÂNSITO EM JULGADO (ART. 170-A, DO CTN). RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

Conforme dispõe o art. 155, § 2.º, X, *a*, da Constituição Republicana, com redação dada pela Emenda Constitucional n.º 42/03, o ICMS não incidirá “*sobre operações que destinem mercadorias para o exterior, nem sobre serviços prestados a destinatários no exterior, assegurada a manutenção e o aproveitamento do montante do imposto cobrado nas operações e prestações ante-*

riores”. Partindo-se da premissa de que a lei não comporta termos despidos de carga imperativa e semântica, a inserção pontual do direito ao aproveitamento de crédito das operações que antecedem a venda ao exterior deve ser observada em sua mais ampla extensão. O direito à compensação, na hipótese, já vinha resguardado por força do primado da não-cumulatividade, o que permite concluir que o destaque dado pela EC n.º 42/03 tem um único desiderato: conferir à imunidade objetiva toda sua amplitude, de sorte a propiciar aos exportadores a perspectiva concreta de concorrer no mercado externo, mitigada de todas as formas a pretexto de suposta perda arrecadatória. Com a atual redação do dispositivo, revela-se anacrônica a discussão em torno da distinção entre os créditos físicos e financeiros, pois a todos deve ser dado tratamento linear, qual seja, o direito de apropriação, sem condicionantes, do crédito apurado nas operações inseridas no ciclo produtivo de bens destinados à exportação.

Para operacionalizar o aproveitamento do crédito deve-se empregar a fórmula já fixada para aqueles créditos de energia elétrica e de serviços de telecomunicação, conforme disciplinado do art. 33 da LC n.º 87/96. Nos termos desse artigo, o aproveitamento deve corresponder ao valor proporcional das exportações, pelo seu valor integral (receita bruta), tendo como parâmetro o total de saídas do estabelecimento.

Havendo específica disciplina acerca da compensação (art. 23, parágrafo único, da LC n.º 87/96), e cuidando-se de pretensão complexa (com pedido de natureza declaratória), a correção, a ser provida pela Selic, deve alcançar, além das parcelas vencidas a partir do manejo da ação mandamental, todo o crédito apurado no período que antecede a impetração, observado o prazo de cinco anos, conforme requerido.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível em Mandado de Segurança n.º 2011.095995-8, da comarca de Curitiba (2ª Vara Cível), em que é apelante Indústria de Compensados Guararapes Ltda, e apelado Estado de Santa Catarina:

A Segunda Câmara de Direito Público decidiu, por votação unânime, dar parcial provimento ao recurso. Custas na forma da lei.

Participaram do julgamento, realizado nesta data, os Exmos. Srs. Desembargadores João Henrique Blasi, presidente com voto, e Cid Goulart.

Florianópolis, 10 de abril de 2012.

Ricardo Roesler
RELATOR

RELATÓRIO

Em face da sentença que denegou a ordem por si postulada, Indústria de Compensados Guararapes Ltda. interpôs recurso.

Em síntese, a recorrente impetrou mandado de segurança preventivo com o fim de que lhe fosse declarado o direito de apropriar-se do crédito de ICMS decorrente da aquisição de insumos (“bens de uso” e “de consumo”), na proporção das exportações efetuadas, sem os empecilhos de eventual coação fiscalizatória.

Sustentou que a atual redação do art. 155, § 2.º, X, *a*, da CR, alterada pela Emenda Constitucional n.º 42/03, permite, sem ressalvas, a apropriação do crédito apurado nas operações que antecedem a exportação. Entende a impetrante que a expressão “*assegurada a manutenção e o aproveitamento do montante do imposto cobrado nas operações e prestações anteriores*” deve ser interpretada de forma a permitir, com amplitude, o

proveito do ICMS decorrente da cadeia produtiva, de modo a permitir a apropriação dos créditos decorrentes da aquisição de “mercadorias de uso” e “de consumo”, na proporção das exportações realizadas.

Destacou que a norma inscrita no dispositivo constitucional é auto-aplicável e de eficácia plena, sendo defeso à legislação infraconstitucional restringir seus limites, de sorte que não são oponíveis à apropriação dos créditos apurados nestes moldes as limitações estatuídas pela Lei Complementar n.º 87/96.

A partir dessa argumentação formulou seus pedidos, requerendo, além de liminar, a concessão da ordem para:

“I) Proteger o direito líquido e certo da Impetrante de escriturar, manter e de aproveitar os créditos de ICMS relativos às mercadorias por ela adquiridas com incidência do imposto e destinadas ao uso e consumo por seus estabelecimentos produtivos, na proporção da receita das operações de exportação em relação à recita líquida total do estabelecimento, em respeito ao artigo 155, § 2.º, inciso X, alínea ‘a’, da Constituição Federal de 1988 (com reação da Emenda Constitucional n.º 42 de 19/12/2003) enquanto se mantiverem inalterados o suporte fático e o direito sobre o qual se assenta a pretensão deduzida. Conferir, com isso, ao artigo 33, ‘I’, da Lei Complementar 87/1996, interpretação conforme a Constituição restringido a aplicação deste dispositivo às operações realizadas pela impetrante no mercado interno, compatibilizando-o com o disposto nos artigos 21 e 32 da mesma Lei Complementar e artigo 155, § 2.º, ‘a’, da vigente Constituição.

II) Em razão da procedência do pedido anterior, assegurar o direito líquido e certo da Impetrante de:

i) escriturar, em seus livros fiscais, extemporaneamente, os créditos de ICMS garantidos na forma do pedido anterior, que deixaram de ser aproveitados nos 5 anos que antecedem à propositura do presente, ordenando-se à Autoridade Coatora que se submeta ao ditames dessa decisão, abstendo-se de exigir os estornos dos créditos proporcionais à operação de exportação;

ii) apropriar-se dos créditos escriturados em razão do item anterior, nos moldes e na ordem que o art. 25 da Lei Complementar n.º 87/1996 e a legislação estadual pertinente permitirem (compensação com débitos próprios, de outros estabelecimentos ou transferência a terceiros);

iii) acrescer a taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia – SELIC aos créditos de ICMS mencionados no item ‘ii’, desde a data em que poderiam ter sido aproveitados (data em que deixaram de ser escriturados oportunamente ou que foram estornados) até o mês de seu efetivo aproveitamento.

III) Cumulativamente, em caso de atendimento ao contido nos itens anteriores, determinada à Autoridade Coatora que se abstenha de glosar os créditos que forem extemporaneamente lançados e de autuar e exigir o ICMS em razão dos procedimentos ali descritos.

IV) Afastar, por consequência, quaisquer restrições administrativas ilegais ao aproveitamento dos créditos pela Impetrante.

V) Determinar a Autoridade Coatora que se submeta ao disposto na presente decisão “ (fls. 64-65, como no original).

A Liminar foi indeferida (fl. 174-175).

Instada, a coatora ofereceu informações, deduzindo inicialmente a inviabilidade do manejo da ação mandamental na espécie, quer por afrontar lei em tese, quer por versar pedido de segurança normativa. Apontou, ainda, a impossibilidade jurídica de concessão de pedido com efeitos retroativos. No mérito, defendeu a limitação imposta pela Lei Complementar n.º 87/96 em relação aos créditos financeiros, quer tenham origem em operações antecedentes à exportação ou não. Ressaltou que a limitação temporal é constitucional, nos termos da jurisprudência corrente, notadamente porque, nos termos do art. 155, § 2.º, XII, *c*, da CR, compete à lei complementar dispor sobre o regime de concessão.

No mais, destacou a impossibilidade de conferir-se correção monetária por ausência de previsão legal e defendeu a impossibilidade

de concessão de liminar por força de sua satisfatividade no caso. Por fim, destacou que eventual concessão de ordem redundará em considerável perda de arrecadação, para concluir que, *“a vingar a tese da impetrante, portanto, estará instaurado o caos na arrecadação estadual, o que comprometerá todas as atividades do Estado”* (fl. 421, verso).

Reclamou, afinal, a denegação da ordem.

O Ministério Público opinou pela denegação da ordem (fls. 403-416).

Denegou-se a ordem, por ausência de direito líquido e certo (fls. 417-430).

Foram interpostos aclaratórios (fls. 434-437), adiante rejeitados (fl. 440).

Sobreveio recurso da impetrante, em que revisita as teses meritórias desenhadas na inicial.

O Estado de Santa Catarina ofereceu razões em fls. 561-572.

O Ministério Público opinou pelo conhecimento e parcial provimento do apelo (fls. 580-585). Lavrou parecer pela douta Procuradoria-Geral de Justiça o Exmo. Sr. Dr. Ricardo Francisco da Silveira.

É o relatório.

VOTO

Trato de recurso interposto pela impetrante em face de sentença que denegou a ordem postulada, aduzindo que a alteração constitucional, introduzida pela emenda constitucional n.º 42/03, não alterou a dinâmica de aproveitamento do ICMS, sobretudo por haver disciplina específica (Lei Complementar n.º 87/96). Permito-me concluir que a saída é, no mínimo,

simplista, pois desconsidera a magnitude do texto constitucional – e, principalmente, considera a reforma isoladamente.

De início observo que muito milita o Estado no afã de reconhecer a impetração sem fundamento, contra lei em tese. Bem ao contrário do que deduzido nas informações, não se trata de impetração contra lei em tese ou mesmo hipotética; afinal, a partir da mitigação voluntária de receitas, a recorrente estará de fato sujeita à censura fiscal, e por conseguinte aos seus desdobramentos. À impetração preventiva, não é preciso mais; há justo receio caracterizado. E, se preciso ir além, bastaria o que consta em destaque na inicial, tratando de consulta administrativa feita por terceiro sobre a matéria em debate, em que o Estado opôs-se ao aproveitamento (fls. 07-08).

No mais, tem-se admitido, pois, e sem sobressaltos, o “*cabimento do mandamus apenas para garantir, em tese, o direito ao aproveitamento de créditos, cujo procedimento deve ser feito pelo contribuinte e fiscalizado pela Administração, que não fica impedida de cobrar eventual saldo devedor*” (STJ, **REsp 468.034/SP**, Rel. Min. Eliana Calmon).

A vingar a tese contrária, a impetração preventiva perderia palco no âmbito da incidência do ICMS, pois de regra a atuação fiscal não precede à incidência (veja-se que se fala em tributo cujo lançamento é operado por homologação), havendo, pois, prévia manifestação do contribuinte.

Assim, havendo elementos por si bastante palmares para apreciar a causa, e sem esquecer, também o seu cotejo em outras ocasiões neste Colegiado, passo incontinentemente à análise do tema de fundo.

Quanto ao mérito, penso que o caso é de parcial provimento do recurso.

A delimitação do problema é simples: resume-se ao trato a ser dado ao crédito de ICMS apurado na cadeia de operações de produção de mercadorias destinadas à exportação, especificamente àquele gerado com

a aquisição de bens de consumo e bens de uso. E eis a problematização: há algum condicionante ao aproveitamento dos créditos daí decorrentes, seja na manutenção do imposto devido, seja para a transferência a terceiro?

O questionamento tem por móvel a seguinte premissa: segundo o Estado de Santa Catarina, o ICMS decorrente da aquisição de bens de uso e de consumo que se inserem do ciclo de produção das mercadorias destinadas à exportação pode ser aproveitado, à vista do que prevê o art. 155, X, *a*, da CR; a manutenção desse crédito, porém, fica condicionada aos contornos da Lei Complementar n.º 87/96, a Lei Kandir. Isso porque a própria Constituição, em seu art. 155, § 2.º, XII, *c*, conferiu à lei complementar a disciplina sobre a compensação de tributos.

A par disso, o Estado recorrido percorre com certo fôlego a distinção entre crédito físico e crédito financeiro, cujo maior traço está no fato de o primeiro referir-se àquele apurado diretamente em relação aos produtos que compõe a cadeia produtiva e que de algum modo continuarão circulando (gerando, assim, nova tributação pelo mesmo imposto), e o segundo está relacionado à aquisição de bens inseridos na cadeia produtiva, consumidos ou não no processo fabril, e desde que não haja mais circulação.

A respeito da dicotomia feita, destaco de início que alguma doutrina propõe distinção entre insumos, bens de consumo e bens de uso, de modo a melhor situá-los na discussão da incidência do ICMS. São estes os termos:

“Para melhor entendimento, faz-se conveniente apresentar a distinção entre bens de insumo, consumo e ativo imobilizado:

Bens de insumo são aqueles destinados à comercialização, as matérias-primas ou produtos intermediários para emprego na industrialização - produtos que serão repassados para o consumidor.

Bens de consumo são os de uso ou consumo do contribuinte em seu próprio estabelecimento, seja na manutenção ou conservação de máquinas, não tendo participação no processo de industrialização.

Bens do ativo imobilizado ou fixo são os equipamentos utilizados para o processamento da matéria prima, os móveis que compõem a empresa, os veículos por ela utilizados, qualquer mercadoria cuja vida útil ultrapasse a doze meses de uso” (Maria Lúcia Américo dos Reis e José Cassiano, *O ICMS ao alcance de todos*, Forense, 1991. p. 3).

A despeito da distinção proposta, que de algum modo pode servir como técnica de escrituração contábil (notadamente porque a LC n.º 87/96 deles se utiliza distintamente, nem mesmo empregando o termo “insumo”), tenho que, no plano em que se discute a incidência (ciclo produtivo para exportação), a formulação deve ser feita de modo diverso, de sorte a operar-se, sob a insígnia de *insumo*, tudo o que, de algum modo, esteja inserido no ciclo fabril, seja ou não consumível nesse processo.

Assim penso mais adequado porque não se discute na espécie catalogação contábil, mas apuração de incidência tributária e seus reflexos; a diferenciação entre um e outro crédito em face de sua origem é de todo indiferente na discussão que se trava, pois, seja qual for o rótulo que se confira ou mesmo o desdobramento que se proponha, ele é irrelevante do ponto de vista propriamente contábil, pois tudo que é pago é computado como custo produtivo, premissa maior a justificar a pretensão inicial. Logo, a distinção, para o que proponho com meu voto, não tem significação.

Ressalto, por oportuno, que a distinção apontada não encontra ressonância no léxico técnico, que de regra tem por insumo, a exemplo do que faz a contabilidade de custos, todo e qualquer elemento, consumido ou não, que faça parte do processo fabril. Veja-se no particular: Leib Soibelman, *Enciclopédia do advogado*, Thex Ed. - Biblioteca Universitária Estácio de Sá, 1995, p. 199; Paulo Sandroni, *Dicionário de administração e finanças*, Best Seller, 1996, p. 245; Eduardo Marcial Ferreira Jardim, *Dicionário jurídico-tributário*, Dialética, 2005, p. 177-178; Jorge Monteiro Furtado, *Dicionário de assuntos fiscais tributários*, Lia Editor, 1969, p. 148; Maria Helena Diniz, *Dicionário jurídico*, vol. 2, 2008, p. 955.

A partir dessa conclusão, crédito de ICMS deve assim ser considerado aquele apurado em quaisquer operações relacionadas à cadeia produtiva, independentemente de sua origem.

Pois bem. Por força do primado da não-cumulatividade tributária, o imposto que incide mais de uma vez dentro do mesmo ciclo em que é estabelecido deve ser compensado. A dinâmica, bem conhecida, implica na apuração do tributo pago (saída de mercadorias) em confronto com aquele devido (entrada de mercadorias). E a finalidade é também bastante palmar: evitar a reincidência sucessiva do tributo, dentro da mesma cadeia produtiva.

Tributaristas de relevo destacam que essa dinâmica tem por fim direcionar o pagamento do tributo a quem efetivamente é consumidor de mercadorias. Isso porque, segundo anotam Misabel Abreu Machado Derzi e Sacha Calmon Navarro Coêlho, o ICMS é tributo destinado não a onerar a produção, mas o seu consumidor final (Direito à compensação de crédito no ICMS, *Revista Dialética de Direito Tributário* n.º 27, 1997, p. 98).

Não se trata aqui de um sofisma; a limitação, veja-se, tem ambientação constitucional: o imposto incide sobre a circulação de **mercadorias** e serviços (art. 155, II, da CR), e não indistintamente sobre quaisquer produtos postos em circulação. Em essência, o ICMS guarda identidade com o imposto de consumo, cujo paralelismo é inevitável. Na lição de Alfredo Augusto Becker, este tributo exigia um fato propriamente negativo: o consumo, assim considerado como o fato de ter deixado de existir algo (*Teoria geral do direito tributário*, Lejus, 1998, p. 411 e segs.), o que representa, em relação ao ICMS, deixar de circular a mercadoria.

Daí porque não se permite a livre oneração da cadeia produtiva: a causa em si do tributo é o consumo, na acepção estrita do termo. Leia-se Hugo de Brito Machado sobre a questão:

“Todas mercadorias são coisa, mas nem todas as coisas são mercadorias. **O que caracteriza uma coisa como mercadoria é a destinação.** Mercadorias são aquelas coisas móveis destinadas ao comércio. São coisas transformadas, e ainda aquelas produzidas para a venda. Não são mercadorias as coisas que o empresário adquire para uso ou consumo próprio. (...)” (*Curso de direito tributário*, Malheiros, 2001, p. 311 – grifei).

Sob esse prisma, pode-se concluir, sem nenhum desconforto, que nenhum produto, senão mercadoria transformada, deve sujeitar-se ao ICMS; melhor dito, deve-se resguardar, ressalvada a hipótese de **aquisição de mercadoria**, o direito de compensação do tributo incidente sobre a aquisição de qualquer outro bem.

Nada obstante, há que se ter também em conta que o imposto representa importante fonte de manutenção dos Estados, e que, por outro lado, a resolução de problemas tributários nunca passa ao largo de algum discurso de política fiscal. E a Lei Kandir é bom exemplo disso.

Cuidando-se a não-cumulatividade de primado constitucional, não é possível admitir-se qualquer ingerência da legislação ordinária, ressalvadas, evidentemente, aquelas prescritas pelos incisos I e II do § 2.º do art. 155 da CR. No mais, o direito de crédito nasce com a ocorrência do fato imponível do tributo (Roque Antonio Carrazza, *ICMS*, 2007, p. 345). Ou ao menos assim deveria ser.

Ocorre que, a propósito do que anotou com pontualidade Hugo de Brito Machado, a Constituição não é em si criadora de tributos, mas ordenadora de limitações ao poder de tributar. Em regra, lembra o autor, é a legislação complementar a responsável por implementar os limites dessa competência (Substituição tributária no ICMS, *Revista Dialética de Direito Tributário* n.º 66, p. 30).

Em matéria de ICMS, o fato é insofismável. A Lei Kandir (Lei Complementar n.º 87/96), responsável pela sua disciplina, assumiu

regiamente a regulamentação do tributo, de modo tal a receber uma veneração que parece transcender até mesmo os contornos constitucionais da imposição tributária. Nenhuma crítica haveria de ser feita não fosse o fato de ter a lei complementar extrapolado em boa parte os contornos traçados pela Constituição. Em outros termos, revelou-se mais realista que o rei, sobretudo no que diz respeito ao aproveitamento de créditos fiscais.

Na prática, o legislador infraconstitucional, visivelmente desapegado das amarras constitucionais em alguns momentos, implementou a limitação no direito de aproveitamento de créditos. Mais que isso, a legislação complementar, a pretexto de regular o ICMS, tem se mostrado um vigoroso instrumento de limitação ao princípio da não-cumulatividade. Entre elas, vale lembrar de modo pontual, aquela proposta pela LC n. 102/00, que também militava contra o aproveitamento do crédito financeiro, e contra qual Sacha Calmon Navarro Coêlho sentenciou:

“Dá-se que entre nós, contra a Constituição e dócil ao querer de governantes ignorantes e ávidos por recursos para gastá-los em fins nem sempre dignos ou desejáveis, o legislador infraconstitucional afronta a Lei Maior e desfigura, dia após dia, o princípio da não-cumulatividade, com anuência da maior parte do empresariado e o beneplácito acomodaticio do Poder Judiciário enquanto guarda da Constituição. Nestas circunstâncias, cabe à consciência jurídica nacional repudiar a amortização delonga dos créditos do ICMS escriturados quando da aquisição de bens do ativo fixo e a limitação do aproveitamento de certos *imputs* indiretos, a tão-somente àqueles diretamente ligados ao ‘produto’ e não ao ‘processo’ de produção e circulação de bens e serviços, como disposto na Lei Complementar 102, numa volta irracional do superado conceito de ‘crédito físico’ comum às mentes incultas, sobre favorecer exclusivamente os interesses fiscalistas voltados a obter receitas, porém nem sempre atentos à satisfação das necessidades básicas do sofrido povo brasileiro” (Denunciamos. Lei Complementar 102/2000, *Revista Associação de Direito Tributário* n. 5/6, 2000, p. 267-268).

No que pertine à hipótese aqui em debate, lembro que a legislação complementar (LC n.º 87/96 e suas alterações) foi ainda mais severa no

trato do aproveitamento de crédito; foi, de fato, de uma violência aguda e sem qualquer pudor, particularmente, no que diz respeito aos créditos nominados financeiros, de modo a suprimir veladamente o direito de compensação na hipótese. Sobre o tema, disciplina a lei:

“Art. 19. O imposto é não-cumulativo, compensando-se o que for devido em cada operação relativa à circulação de mercadorias ou prestação de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação **com o montante cobrado nas anteriores pelo mesmo ou por outro Estado.**”

Art. 20. Para a compensação a que se refere o artigo anterior, é assegurado ao sujeito passivo o direito de creditar-se do imposto anteriormente cobrado em operações de que tenha resultado a entrada de mercadoria, real ou simbólica, no estabelecimento, inclusive a destinada ao seu uso ou consumo ou ao ativo permanente, ou o recebimento de serviços de transporte interestadual e intermunicipal ou de comunicação. (...)

Art. 33. Na aplicação do art. 20 observar-se-á o seguinte:

I - somente darão direito de crédito as mercadorias destinadas ao uso ou consumo do estabelecimento nele entradas a partir de 1.º de janeiro de 2011; (com redação da LCP n.º 122/06).”

Não requer muita obstinação nem tirocínio concluir que, a pretexto de *disciplinar* o regime de compensação, a Lei Complementar n.º 87/96 e suas alterações simplesmente têm negado diuturnamente o direito de apropriação de “crédito financeiro”.

O histórico legislativo não deixa dúvidas. Basta lembrar que a LC n.º 87/96 foi alterada pela primeira vez no ano seguinte à sua edição, por meio da LC n.º 92/97, postergando o aproveitamento destes créditos para a partir de 1.1.00; após, com o advento da LC n.º 99/99, adiou-se a manutenção para 1.1.03; adiante, mais uma vez prorrogou-se a impossibilidade de aproveitamento, lançando-o para 1.1.07, nos termos da LC 114/02; finalmente, adveio a LC n.º 122/06, que adiou novamente a manutenção dos créditos, para janeiro de 2011 e; por fim, editou-se a LC n.º 138/10,

postergando a manutenção do crédito, agora, para janeiro de 2020. Em suma: conquanto assegurado constitucionalmente, o gingado legislativo afastou, desde a edição da necessária lei complementar (Lei Kandir), o aproveitamento dos créditos financeiros, sob o véu de uma odiosa e inexplicável moratória.

Não à-toa essa sistemática foi, de modo contudente, censurada principalmente pela doutrina mais autorizada. Muito se denunciou o engodo legislativo, mas nada foi suficiente para acalmar o sempre indócil apetite tributário dos Estados, que reclamam reiteradamente a falta de compensação da União pelas perdas havidas em decorrência dos instrumentos de aproveitamento de créditos instituídos nos últimos anos.

Ao contrário, a praxe pretoriana, de um modo geral, tem acolhido as limitações à compensação. Veja-se, por oportuno, a ADI-MC n.º 2.250-0/DF, ocasião em que admitiu-se legítimo o fracionamento na manutenção destes créditos, em face das mudanças trazidas pela LC n.º 102/00.

De outro norte, a Corte Superior, ao analisar pontualmente a limitação temporal relatada acima, entendeu adequada a condicionante em face do permissivo constitucional. Eis os termos:

“TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. MANDADO DE SEGURANÇA. ICMS. COMPENSAÇÃO DE CRÉDITO ORIUNDO DA AQUISIÇÃO DE MERCADORIAS. COMPENSAÇÃO IMEDIATA DE CRÉDITO DECORRENTE DE AQUISIÇÃO DE BENS DESTINADOS AO USO E CONSUMO. LC 87/96.

I - A segurança concedida declarou o direito à compensação administrativa dos créditos, com a participação do Estado, para sua utilização sem restrições temporais, observando-se o prazo prescricional de cinco anos, a contar da propositura da lide.

II - A LC nº 87/96 criou benefício para o contribuinte, prevendo a possibilidade de serem compensados créditos de ICMS decorrentes da aquisição de mercadorias destinadas ao uso ou consumo do estabelecimento. No entanto, fixou limite temporal

que deve ser observado para sua implementação, devendo ser reformada a decisão.

III - O recorrente não fundamentou o pedido para a denegação da segurança quanto à compensação dos créditos de ICMS oriundos da aquisição de mercadorias destinadas ao comércio, razão pela qual se mantém o julgado neste ponto.

IV - Recurso especial parcialmente provido para que a segurança concedida pelo Tribunal *a quo* observe os limites e restrições dos artigos 20 e 31 da LC nº 87/96” (STJ, **REsp 584.019/MT**. Primeira Turma. Rel. Min. Francisco Falcão. Decisão de 28.9.04 – grifei).

Em relação ao mercado interno, portanto, não há sobressalto jurisprudencial: o aproveitamento de créditos ditos financeiros deve submissão aos limites temporais sucessivamente estabelecidos na Lei Complementar n.º 87/96. A questão é saber se o mesmo pode ser dito em relação aos créditos apurados em relação à aquisição de bens desta natureza (de consumo e de uso) que, de algum modo, sejam inseridos no processo de fabrico ou industrialização de mercadorias destinadas à exportação.

A exemplo do que se observa sobre a incidência do tributo no âmbito interno, a tributação das operações de exportação sempre foi motivo de acirrada disputa. A propósito, do ponto de vista dogmático, discutir a incidência do ICMS em operações de exportação sempre justificou-se no discurso da extrafiscalidade, centrado na manutenção da produção interna. Conforme preleciona Misabel Abreu Machado Derzi,

“A tributação das operações de importação por meio do IPI e do ICMS não obedece apenas razões de ordem fiscal. Como se sabe, o imposto de importação e o imposto de exportação não têm objetivos fiscais, mas predominantemente extrafiscais, de evidente defesa da produção interna, que, muitas vezes, não tem competitividade em face dos produtos estrangeiros, de proteção às divisas e ao equilíbrio da balança comercial” (em Baleeiro, Aliomar, *Direito tributário brasileiro*, forense, p. 381).

Na prática, porém, o ICMS, maior fonte tributária de arrecadação direta dos Estados, sempre desvelou, ao menos em relação a estes entes, feição essencialmente fiscal. Por consequência, sempre houve muita resistência em afastar a incidência do tributo das operações de exportação. Em relação especificamente ao ICMS, não custa lembrar, a imunização ampla das operações que destinam mercadoria ao exterior defluiu da Constituição de 1988.

Houve, evidentemente, indisfarçada irresignação dos Estados com a perda de receita, amenizada em parte pelo permissivo conferido pela própria Constituição de 1988, e que permitiu aos Estados reservar parte da perda sofrida com a mudança da sistemática de incidência nas operações de exportação. Nesse ambiente, aliás, nasceu o Convênio ICMS n.º 66/88, norma de caráter transitório instituída pelos Estados da Federação aos auspícios do art. 34 do ADCT, para regular o ICMS na ausência de lei complementar.

Ao convênio competiu, entre outros, fixar que produtos seriam considerados “semi-elaborados”, pois tal categoria não estava inserida entre os bens agraciados pela imunidade objetiva conferida às operações de exportação. Na redação original do art. 155, § 2.º, X, *a*, da CR/88, é bom lembrar, se fez constar que não incidiria o ICMS “*sobre operações que destinem ao exterior produtos industrializados, excluídos os semi-elaborados definidos em lei complementar*”.

Lançando mão do permissivo constitucional (art. 34 do ADCT), os Estados mitigaram parcela da imunidade reservada pela Constituição, o que foi em parte ajustado com o advento da LC n. 87/96, que veio a considerar isentos os produtos semi-elaborados, não alcançados inicialmente pela benesse constitucional.

Ainda assim tratava-se de um quase-incentivo à exportação. Embora ampliado o rol de mercadorias alheios à tributação pelo ICMS, a LC n.º

87/96 continuava sendo o único regramento a disciplinar o aproveitamento dos créditos de ICMS, quer físicos quer financeiros.

A mudança de paradigmas, todavia, foi sentida com o advento da Emenda Constitucional n. 42, de 2003, que deu generosos contornos ao art. 155 da CR, fazendo constar a seguinte redação:

“Art. 155. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre: (...)

II - operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior; (...)

§ 2.º O imposto previsto no inciso II atenderá ao seguinte: (...)

X - não incidirá:

a) sobre operações que destinem mercadorias para o exterior, nem sobre serviços prestados a destinatários no exterior, assegurada a manutenção e o aproveitamento do montante do imposto cobrado nas operações e prestações anteriores; “

Do ponto de vista teleológico, a inovação decorre da ampla imunização de todas as operações de exportação, que, como foi dito, não incluíam inicialmente os produtos semi-elaborados. O que muda a partir de então, porém, é a análise axiológica da tributação no particular, sobretudo no que pertine às operações que antecedem a exportação.

Nas palavras de Lévi-Strauss, alguns exercícios lógico-filosóficos tendem, em seu primor retórico, relativizar diferenças em lugar de distinguir grandezas assimétricas (*Tristes trópicos*, Cia. das Letras, 1996, p. 50). É com essa advertência que se deve analisar a alteração trazida pela EC n.º 42/03. Sobre ela, aliás, observo ainda a lição de Alfredo Augusto Becker: “*não se deve cometer o erro elementar de não saber distinguir, numa única fórmula literal legislativa, duas ou mais regras jurídicas de natureza distinta*” (*Teoria geral do direito tributário*, 1998, p. 396). Desde o advento da emenda, não

vislumbro como admitir-se qualquer limitação à apropriação do crédito questionado, pois o dispositivo constitucional é amplo, e vai mais além do que contemplar puramente a imunidade absoluta da exportação. Afinal, por que razão se instituiria, em dispositivo específico, o direito à compensação dos créditos apurados nas operações que antecedem às exportações?

De fato não havia em princípio razão para inserir-se no texto constitucional, em regra específica e bem situada, o direito de compensação; bastaria, pois, a regra geral de não-cumulatividade, já bem explorada, inclusive, pela legislação complementar. A qualificação, a meu ver, tem um único desiderato: beneficiar, do início ao fim, em todo o seu ciclo produtivo, a operação de exportação. E isso, evidentemente, distante de qualquer condicionante, quer seja formal, quer seja temporal.

Com efeito, a disposição do artigo não permite outra exegese, senão a de reconhecer ao ciclo de atividades que informam as operações de exportação um *status* peculiar, bem ajustado as suas necessidades, para assim permitir aos exportadores competir com alguma paridade no cenário internacional.

Segundo Aroldo Gomes de Mattos, da eficácia do dispositivo constitucional se extrai a pretensão de valorizar a exportação em toda sua extensão, seja pela imunidade na operação de venda no exterior, seja pelo assecuramento do direito de compensar-se do crédito gerado em relação às operações anteriores, sem entrelinhas ou ressalvas (ICMS – Saldo acumulado decorrente de exportação – não-aproveitamento *versus* incidência IRPJ/CSSL, *Revista Dialética de Direito Tributário* n.º 115, 2005, p. 26). Nem se poderia permitir menos; até então não se cogitava efetivamente da imunização dessas operações, que eram realizadas com a agregação de quase todo o custo que as antecedia, tolhendo em boa parte a competitividade do produto nacional.

Todavia, diante da nova moldura constitucional, é indefensável, no que pertine às exportações, distinguir a natureza dos créditos para limitar o aproveitamento, em toda sua extensão. Assim se exige porque a exportação desafia não a concorrência interna, mas o mercado estrangeiro, ambiente em que a disputa é travada com armas bem distintas. E a medida, é bom que se diga, vem tarde, seguindo na contramão da política adotada pela maioria dos Estados no que pertine à exportação.

Lembro que as operações de exportação são em regra regidas pelo que denomina a doutrina de *princípio da tributação no país de destino*, de modo a não sobrecarregar o bem destinado ao mercado externo. Como bom exemplo disso, João Dácio Rolim e Marciano Seabra de Godoi lembram que Constituição norte-americana, de 1787, reconhecida pela sua sinteticidade, traz determinação expressa sobre o assunto na seção 9, inc. V: “*no tax or duty shall be laid on articles exported from any State*”. Em bom vernáculo, *nenhum imposto ou direito deverão gravar as mercadorias exportadas de qualquer Estado* (Imunidade na exportação de produtos industrializados. Créditos acumulados decorrentes de incentivos fiscais. Integral aproveitamento, em *O ICMS e a LC 87/96*, Dialética, 1996, p. 70). Nada mais lógico em face do fim pretendido: somente num ambiente livre de tributação, sobretudo a indireta, é que há a possibilidade de fomentar a concorrência no mercado exterior.

Assim, tenho claro que com o advento da EC n.º 42/03 pretendeu-se a plena eficácia da regra de imunidade com que se laureou as operações de exportação, doravante sem limitadores ou empecilhos. Do ponto de vista da eficácia e da aplicabilidade, segundo a formulação de José Afonso da Silva (*Aplicabilidade das normas constitucionais*, Malheiros, 2001, p. 91 e segs.), trata-se de norma de eficácia plena e de aplicabilidade imediata, em toda sua extensão, e, diante de sua colocação no plano constitucional, impassível de limitações. A Constituição não o fez; ao legislador infraconstitucional não cabe fazê-lo.

Não esqueço que a própria CR orientou a edição de lei complementar para regulamentar o aproveitamento de crédito decorrente da exportação. O art. 155, § 2.º, prevê as hipóteses em que haverá disciplina do regime de tributação por lei complementar, fazendo constar da alínea *f* que a ela caberá “*prever casos de manutenção de crédito, relativamente à remessa para outro Estado e exportação para o exterior, e serviços e mercadorias*”. No entanto, essa disposição precede à EC 42/03, que em si é suficiente para assegurar o direito à apropriação do crédito gerado com a exportação. Desde o seu advento, aquela regra perdeu sua razão de ser, ao menos no que respeita às exportações.

Roque Antonio Carrazza, particularmente, tem por implicitamente revogada aquela disposição (art. 155, § 2.º, *f*), em face da descortinada antinomia com a disciplina estatuída pela EC n.º 42/03, que dispensa qualquer outra normatização. Nas palavras do autor, “*não há como, nem por quê, lei complementar cuidar desse assunto. Realmente, caso reproduza a Constituição, será inócua; caso a restrinja, será inconstitucional*” (*Curso de direito constitucional positivo*, Malheiros, 2006, p. 917).

Compreenda-se, pois, a disposição constitucional em toda sua magnitude; às operações de exportação conferiu-se imunidade objetiva, cuja finalidade só pode ser efetivamente alcançado se assegurado, em todo ciclo produtivo, o aproveitamento do crédito de ICMS gerado. E tal qual situada no plano constitucional, não está ela a necessitar de qualquer outro subterfúgio para alcançar efetividade, e tampouco permite distinção quanto à origem. Conforme apontado por Cláudio de Oliveira Santos Colnago, “*(...) a norma constitucional foi bem mais além do que a previsão já existente na LC 87/96, pois tratou de não somente assegurar a ‘manutenção’, como também o ‘aproveitamento’ do crédito escritural às empresas que dele sejam titulares*” (A desoneração de ICMS nas exportações e o protocolo ICMS 30/2005: *algumas considerações*, em *Revista Tributária e de Finanças Públicas* n. 67, 2006, p. 109).

A despeito de toda discussão que se possa alimentar em torno da nova arquitetura constitucional que envolve operações de exportação, tenho claro que em verdade não há nada de efetivamente novo, senão a bem-sucedida tentativa de corrigir a deformação causada pela LC n.º 87/96 no trato destas operações. Lembro, aliás, que o projeto original dessa norma (PLP n.º 95/1996) tinha por objetivo o **aproveitamento de crédito de ICMS em toda sua extensão** no âmbito da cadeia produtiva, e não da forma mutilada como restaria desenhada no texto final e nas sucessivas alterações. A intenção inicial era de fato reparar um erro histórico, iniciado com o Convênio ICMS 66/1988, para assegurar, efetivamente, a apropriação de crédito de ICMS dentro do ciclo produtivo, independentemente da origem. Cito, por oportuno, a justificativa do próprio autor do projeto, o então Deputado Antonio Kandir:

“No regime da Constituição anterior, a lei complementar que regia a matéria era, basicamente, o Decreto-lei n.º 406, de 31 de dezembro de 1968, ao qual a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal havia reconhecido o caráter de lei materialmente complementar.

Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, considerando que haviam sido introduzidas no regime constitucional do ICMS várias alterações, inclusive a tributação dos transportes interestaduais e intermunicipais, considerando que a lei complementar existente não continha todas as normas gerais que derivassem do novo texto constitucional e considerando a exiguidade de tempo para expedilas, deferiu aos Estados para, através de convênio, expedirem tais normas em caráter provisório, o que foi feito através do Convênio ICM - 66/88. Já agora é tempo de ser expedida lei complementar, mesmo porque a constitucionalidade do Convênio em causa tem sido judicialmente contestada e em muitos casos reconhecida pelos tribunais.

O projeto foi feito com a introdução de algumas alterações de normas que hoje regem o imposto para serem melhor atendidas sua natureza e seu escopo.

Ao contrário da Constituição anterior, a atual não define o sujeito passivo do imposto, deferindo a tarefa à lei complementar. **Assim,**

no projeto, o sujeito passivo é definido com referência à habitualidade na prática das operações tributáveis. Esta nota característica está intimamente ligada à noção de mercadoria, por sua vez ligada à noção de circulação. Por sua natureza, este imposto deve ter como sujeitos passivos aqueles que - pessoas físicas ou jurídicas - se inserem no processo econômico da produção e da circulação. A característica de habitualidade só não se requer na importação que pode ser esporádica. Neste caso, a sujeição passiva estende-se a pessoas físicas que importem bens para seu uso, com exclusão de bagagens, por motivos óbvios. Se assim não se fizesse, os bens importados gozariam de vantagem indevida sobre os nacionais.

O segundo ponto de inovação do projeto é o que permite o crédito do imposto referente a todas as mercadorias ou serviços que entram no estabelecimento, exceto os que digam respeito a atividades alheias ao escopo deste. Ainda hoje se faz a distinção entre crédito físico (concernente a mercadoria a serem revendidas ou que integram produto fabricado ou que se consomem no processo de fabricação) e crédito financeiro (que diz respeito a bens destinados ao ativo). O projeto abole a distinção, em primeiro lugar porque o não creditamento do imposto referente a bens do ativo permanente produz efeitos cumulativos que não se compadecem com imposto deste tipo, nem com o texto constitucional e, em segundo lugar, porque toma o imposto mais compatível com sua função econômica. Em linhas muito gerais, passa-se de um imposto tipo produto bruto a um imposto tipo consumo, que pode tornar-se poderoso indutor de novos investimentos. Ainda como consequência, propõe-se que seja feita de modo proporcional a apropriação de créditos referentes a mercadorias e serviços empregados na produção ou comercialização de produtos que darão origem a tributação e produtos que serão isentos.

Se não se utilizam créditos quando os produtos ou serviços a que se referem gozam de isenção ou não são tributados, o mesmo não deve ocorrer com as exportações e com os casos em que a não tributação resulte diretamente de preceito constitucional. No primeiro caso, a medida impõe-se para que a não tributação dos produtos exportados seja integral e não limitada ao valor agregado na última operação; é esta a única forma de não se

frustrar a finalidade da norma constitucional. No segundo caso, a não utilização dos créditos produziria um intolerável e inadmissível efeito cumulativo.

A Constituição não manda tributar a exportação de produtos industrializados semi-elaborados. Apenas permite que o legislador o faça se julgar conveniente. Os interesses nacionais requerem que esta tributação não exista e é por esta razão que o projeto faz referência apenas a produtos industrializados, ao mesmo tempo em que revoga a lei complementar n.º 65, de 15 de abril de 1991. Basta que o legislador não defina o que são produtos industrializados semi-elaborados para que eles não sejam tributados quando exportados, uma vez que, na ausência de definição, subsumem-se na categoria de produtos industrializados. (...)” (fls. 6-7 do **PLP n.º 95/96** – sem grifos no original).

Apenas para frisar: à época, a determinação constitucional jungia-se a exonerar propriamente às operações de exportação (imunidade objetiva), sem nada mencionar especificamente sobre o crédito apurado nas operações anteriores.

No plano jurídico, portanto, é insustentável a tese de condicionamento à apropriação do crédito fiscal em questão. Sucede que o embate extravasa esta estreita discussão, pois, já foi dito, o problema reside na feição essencialmente fiscal que é dado ao tributo. Isso porque, do ponto de vista puramente técnico, nem mesmo o Estado recorrente questiona o conteúdo da norma constitucional em debate.

A prova disso não requer muito esforço; basta atentar para o fato de que o Estado de Santa Catarina desfila entre os signatários do Protocolo ICMS 30/05. Esse documento, não mais em vigor, foi a resposta dos Estados à suposta perda arrecadatória, e tinha por fim *disciplinar* (na verdade, criar severos limitadores) ao direito de transferência de crédito gerado nas operações que antecediam a exportação (atente-se ao fato de que muitas empresas estão vocacionadas essencialmente à exportação, não

havendo por isso a possibilidade real de compensar todo o crédito gerado, revelando-se a transferência a única forma concreta de apropriação).

A descortinada intenção do protocolo era pressionar a União para que esta repasse a compensação devida com a queda arrecadatória decorrente da implementação do comando da EC 42/03 (assegurada pela mesma emenda, que alterou, também, o art. 91 do ADCT). O Protocolo, a propósito, partia das seguintes premissas:

“Os Estados e o Distrito Federal, neste ato representados por seus respectivos Secretários de Fazenda, Receita, Finanças ou Tributação, considerando que

as exportações são essenciais para o desenvolvimento econômico e social e para a geração de emprego e de renda no país;

vêm contribuindo, além das suas possibilidades, para o aumento das exportações e, conseqüentemente, para o equilíbrio fiscal brasileiro;

as exportações totais anuais brasileiras cresceram 120% no período de 1996 a 2004;

no mesmo período, os ressarcimentos recebidos pelos Estados e pelo Distrito Federal, que representavam cerca de 50% das perdas decorrentes da desoneração das exportações, foram reduzidas para 23%;

o conceito de ressarcimento das perdas decorrentes da desoneração do ICMS nas exportações foi consagrado na Constituição Federal de 1988, como um dos princípios fundamentais ao equilíbrio do pacto federativo, reafirmado pela Emenda Constitucional nº 42, de 2003, ao acrescentar o art. 91 ao Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, com o seguinte comando:

Art. 91. A União entregará aos Estados e ao Distrito Federal o montante definido em lei complementar, de acordo com critérios, prazos e condições nela determinados, podendo considerar as exportações para o exterior de produtos primários e semi-elaborados, a relação entre as exportações e as importações, os créditos decorrentes de aquisições destinadas ao ativo permanente e a efetiva manutenção e aproveitamento do crédito do imposto a que se refere o art. 155, § 2º, X, a. (...)

§ 3º Enquanto não for editada a lei complementar de que trata o caput, em substituição ao sistema de entrega de recursos nele previsto, permanecerá vigente o sistema de entrega de recursos previsto no art. 31 e Anexo da Lei Complementar nº 87, de 13 de setembro de 1996, com a redação dada pela Lei Complementar nº 115, de 26 de dezembro de 2002.

no mesmo sentido, a Lei Complementar nº 87/96 determina:

Art. 31. Nos exercícios financeiros de 2003 a 2006, a União entregará mensalmente recursos aos Estados e seus Municípios, obedecidos os montantes, os critérios, os prazos e as demais condições fixadas no Anexo desta Lei Complementar.

o governo federal não vem cumprindo integralmente os preceitos legais acima referidos;

o governo federal não vem cumprindo os acordos firmados com os Estados e com o Distrito Federal;

o governo federal não adotou quaisquer providências no sentido de encaminhar ao Congresso Nacional o projeto de lei complementar a que se refere o art. 91 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias;

o governo federal não providenciou o aporte complementar de recursos no valor de R\$ 900 milhões destinados a minimizar as perdas dos Estados e do Distrito Federal, conforme ficou acordado em dezembro de 2004;

o governo federal não incluiu no seu orçamento para o ano de 2006 nenhum valor para ressarcir os Estados e o Distrito Federal pelas perdas relativas à desoneração das exportações;

apesar da previsão constitucional de manutenção do fundo orçamentário da Lei Kandir, o Presidente da República vetou dispositivo da Lei de Diretrizes Orçamentárias que facilitaria a inclusão no orçamento federal, de verba para ressarcimento da Lei Kandir, independentemente do limite de 17% do PIB estabelecido na LDO;

diante dessa situação, a qual provoca forte desequilíbrio nas receitas estaduais, os Estados e o Distrito Federal não têm como continuar

suportando unilateralmente o ônus decorrente da desoneração das exportações, resolvem celebrar o seguinte (...)"

O protocolo teve vida curta; foi revogado no mesmo ano pelo Protocolo ICMS 40/05. O motivo, de fácil presunção, foi o compromisso da União em repassar aos Estados signatários as eventuais perdas – já asseguradas pelo art. 91 do ADCT, é bom que se frise – no valor aproximado de 900 milhões de reais. Assim resume o protocolo:

“Os Estados de Alagoas, Amapá, Amazonas, Bahia, Ceará, Espírito Santo, Goiás, Maranhão, Mato Grosso, Mato Grosso do Sul, Minas Gerais, Pará, Paraíba, Paraná, Pernambuco, Piauí, Rio de Janeiro, Rio Grande do Norte, Rio Grande do Sul, Rondônia, Roraima, Santa Catarina, São Paulo, Sergipe, Tocantins e o Distrito Federal, neste ato representados por seus respectivos Secretários de Fazenda, Receita, Finanças ou Tributação, considerando que o Governo Federal se comprometeu a efetivar o aporte complementar de recursos no valor de R\$ 900 milhões destinados a minimizar as perdas dos Estados e do Distrito Federal provocadas pela Lei Complementar nº 87/96, resolvem celebrar o seguinte

PROTÓCOLO

Cláusula primeira Fica revogado o Protocolo ICMS 30/05, de **30 de setembro de 2005**.

Cláusula segunda Este protocolo entra em vigor na data de sua publicação no Diário Oficial da União.

Mata de São João, BA, **16 de dezembro de 2005**.”

Em relação aos Estados, portanto, o contraponto advindo da promulgação da EC n. 42/03 nunca foi jurídico, mas flagrantemente fiscal. O que de fato tem temperado a relutância dos Estados é a falta de cumprimento do que foi estatuído pela emenda constitucional em relação à compensação de perdas, delineada no art. 91 do ADCT.

Não bastasse, aliás, ter o Estado de Santa Catarina assinado ambos os protocolos citados, há outro forte elemento que resume o litígio aqui

orquestrado: aliado aos vizinhos do sul do país (Rio Grande do Sul e Paraná) e ao Estado do Mato Grosso, o Estado de Santa Catarina litiga atualmente contra a União, em ação intentada no STF, buscando a implementação das disposições do art. 91 do ADCT.

Por intermédio da Ação Cível Originária n. 792, distribuída em 4.8.05 (anote-se: após a assinatura do Protocolo 30/05, e antes a vigência do Protocolo 40/05), os quatro Estados formularam pretensão nos seguintes termos:

“O objetivo da presente ação é a declaração de que os Estados autores têm direito à compensação integral dos prejuízos sofridos com a desoneração do ICMS nas exportações, promovida com a edição da Lei Complementar n. 87/96 – Lei Kandir – e constitucionalizada pela Emenda Constitucional n. 42/03, que deu nova redação ao art. 155, § 2., X, ‘a’, da CF.

Os Estados autores sofreram consideráveis perdas arrecadatórias após a edição da Lei Complementar n. 87/96, e da promulgação da Emenda Constitucional 42/2003, porque antes da desoneração ampla promovida pela União, tributavam os produtos *in natura* e os semi-elaborados (assim definidos em Lei Complementar) destinados à exportação. A imunidade tributária incidia somente sobre os produtos industrializados.

A LC 87/96 assegurou o crédito relativo às operações anteriores à exportação, o que antes era facultado às legislações estaduais, e conseqüentemente houve também diminuição na arrecadação do ICMS nos Estados por força desse creditamento.

Embora a Lei Complementar 87/96 tenha sido editada pela União com previsão de compensação aos Estados, pelas perdas sofridas com a desoneração do ICMS na exportação e a manutenção dos créditos correspondentes, inicialmente o fez por seis anos, prazo que se mostrou insuficiente e foi ampliado, para evitar maiores prejuízos financeiros, mas o ressarcimento esperado nunca foi integral, e as perdas arrecadatórias mostraram-se sempre mais expressivas do que o numerário previsto para reparação.

Em 2003 a Emenda n. 42 acolheu no texto constitucional a desoneração do ICMS já referida. Como o constituinte tinha pleno

conhecimento de que a desoneração integral do ICMS para quaisquer mercadorias exportadas implicaria, como implicou desde 1996, em sérios prejuízos financeiros aos Estados – situação demonstrada desde a edição da LC 87 em 1996 – previu ressarcimento pela União na forma do art. 91, *caput*, do ADCT, por meio de critérios que deveria ser fixados por LEI COMPLEMENTAR, visando preservar o princípio federativo e a autonomia estadual e municipal.

A EC 42, na mesma norma do art. 91 do ADCT, previu, também, que se a Lei Complementar não fosse editada pelo legislador, prevaleceriam os critérios já fixados na LC 87/96 (§ 3.º do art. 91 do ADCT), até sua edição.

No entanto, os critérios que foram utilizados pela LC 87/96, mesmo na redação dada pela LC 115/2002, nunca foram suficientes para compensação integral dos Estados, e não mais podem ser aplicados, porque não são adequados à situação vigente e às perdas verificadas nos últimos anos e na atualidade.

Para estabelecer o alcance e o sentido que tem a norma constitucional do art. 91 do ADCT, que prevê compensação do efetivo prejuízo dos Estados com a integral desoneração do ICMS na exportação, que foi implementada pela União com a LC 87/96, os Estados-autores ajuízam a presente Ação Declaratória, visando a declaração de que, como entes federados e autônomos, têm direito, pelo princípios federativo, da igualdade, da autonomia e da segurança jurídica, à integral compensação de todos os prejuízos sofridos com a desoneração do ICMS nas exportações, dos produtos *in natura* e semi elaborados, desde a edição da Lei Complementar 87/96” (excerto de fls. 3 e 4 da respectiva petição inicial – grifei).

Veja-se que a postulação de reparação reclama ***todas as perdas*** advindas com os benefícios conferidos à exportação, entre eles, evidentemente, a apropriação de créditos decorrentes das operações que antecedem a exportação – sejam financeiros ou físicos – sob o recorrente argumento da perda arrecadatória. Isso porque, aduzem os Estados,

“Por outro lado, previu a Lei Complementar n. 87/96, em seu art. 32, ***a manutenção dos créditos escriturais relativos ao ICMS incidente sobre os insumos utilizados na produção das mercadorias industrializadas destinadas à exportação, o que***

implicou, também, em diminuição da arrecadação do tributo estadual” (fl. 10 da citada petição – grifei).

Em suma, a perda da arrecadação teria ampliado exponencialmente porque, *“por outro lado, a expansão das exportações resultou em crescimento dos valores de créditos fiscais dos insumos que passaram a ser compensados nas operações realizadas no mercado interno, com a consequente diminuição do ICMS a ser recolhido”*. Ademais, *“na mesma proporção evoluíram as exonerações do ICMS na cadeia produtiva do produto exportado”* (fl. 15 da ação declaratória – grifei).

Ou seja: para fundamentar sua pretensão de perda de arrecadação, o próprio Estado de Santa Catarina sugere permitir a apropriação do crédito apurado na cadeia produtiva que deflui na exportação. Como, então, questionar, nesta ação, sua validade? Tal como posta, a alegação do Estado atenta não só contra a Constituição, mas aos valores democráticos mais caros da República, pois, a pretexto de postular a recomposição de perdas, invoca benefício constitucional perante o STF que na prática tem negado às empresas situadas em seu território.

O Estado, pois, tem ciência da envergadura da norma constitucional, tanto que se lança em demanda contra a União para reaver o que em tese perde com a falta de arrecadação.

Não desconheço que, até então, não se deu plena efetividade ao disposto no art. 91 do ADCT, que determinou a edição de lei complementar para disciplinar o repasse da aludida compensação financeira. Sucede que o expediente de que se vale o Estado para tentar repor o que julga ter perdido – impedir a apropriação do crédito – comete contra a própria Constituição. Não é do contribuinte, e assim bem sabe o Estado, a obrigação de arcar com a omissão imputável à União.

Defender-se qualquer exegese distinta implicaria na indevida atuação do Judiciário no campo legiferante, e, o que é mais pernicioso, de encontro ao texto constitucional.

Não fossem, de qualquer sorte, as razões postas – e que a meu ver saciam satisfatoriamente o debate – anoto que o exótico argumento de perda de arrecadação não seria, por si só, suficiente para motivar julgamento diverso.

Maurice Merleau-Ponty, em preciosa monografia sobre o exercício dialético, demonstra que o discurso político não raras vezes orienta-se por meio de alguma filosofia naturalista, bastante adequada, em face de sua generalidade, para conter elementos morais (*As aventuras da dialética*, Martins Fontes, 2006, p. 91 e segs.). A proposta da premissa aqui ventilada não é outra, pois pretende valorizar o discurso do bem comum, sem apontar elementos de concretude.

Tal argumento, no mais das vezes, tem cariz puramente psicológica, sem qualquer fundamentação objetiva. Contra essa esqualida dedução, destaco breve comentário de Hugo de Brito Machado, lembrando que todo incentivo reverte-se em estímulo produtivo, ampliando a cadeia produtiva e conseqüentemente gerando empregos (*Aspectos fundamentais do ICMS*, Dialética, 1997, p. 201). A consequência lógica, a propósito, é o incremento do consumo, cujo ciclo se finaliza, de qualquer forma, com o aumento da arrecadação, por via oblíqua. É também o que conclui Cláudio de Oliveira Santos Colnago ao afastar tal alegação:

“E assim pensamos porque muito embora um pensamento linear leve a conclusão de que, de fato, haveria perda de arrecadação com o ICMS (visto que os fatos que por ele seriam tributados ocorreram), uma análise global leva à conclusão de que os Estados não perdem receita. A conclusão é calcada na análise simplória segundo a qual com o crescimento das exportações, aumenta-se a demanda por insumos utilizados pela empresa exportadora, os quais, por sua vez, são tributados pelo ICMS, o que majora a arrecadação final

do Estado” (A desoneração de ICMS nas exportações e o Protocolo ICMS 30/2005: *algumas considerações*. *Revista Tributária e de Finanças Públicas* n. 67, 2006, p. 110-111).

Visto, portanto, por este prisma, a desoneração das exportações revela outro viés, tão reclamado pelo empresariado brasileiro: a redução do “Custo Brasil”, que é qualificado de um modo geral como o conjunto de dificuldades estruturais, políticas e econômicas que encarecem os investimentos no País (Dennison de Oliveira, *A cultura dos Assuntos Públicos: o caso do “Custo Brasil”, em Revista de Sociologia e Política* n.º 14, 2000, p. 139 e segs.). Conforme indica o autor, a tributação é o item de maior debate no estudo dos diagnósticos e soluções do “Custo Brasil”, cuja redução é prioridade, segundo algumas entidades representativas do setor (entre elas a Confederação Nacional da Indústria – CNI), para discutir-se com seriedade a competitividade da indústria nacional.

A CNI, aliás, talvez a primeira instituição a desenvolver um conceito operacional do “Custo Brasil”, já alertava, em 1998, que uma reforma tributária necessária para implementar um gradativo crescimento da indústria brasileira deveria estar vocacionada à “*completa desoneração das exportações, dos investimentos e da produção; eliminação da cumulatividade dos impostos existentes no atual sistema; redução do número de tributos, simplificação e transparência do sistema; ampliação da base de arrecadação com melhor distribuição da carga tributária*” (CNI, *Cartilha da reforma tributária*, 1998, p. 06). Parece despontar agora algum ajuste, e que deve ser considerado em toda sua extensão.

Logo, a despeito de qualquer dedução de perda arrecadatória, deve-se considerar, de outro vértice, o investimento decorrente da desoneração da cadeia produtiva, que em última análise tem evidenciada repercussão social.

Nada obstante, se pretende o Estado valer do discurso da perda arrecadatória, deve fazê-lo em via própria, sem amesquinhar o direito dos contribuintes. Deve o Estado, no exercício de sua autonomia, postular

aquilo que lhe é devido, quiçá pela via de ADI por omissão, quiçá mesmo pela via já eleita (ação declaratória). Ao contribuinte, de qualquer sorte, é conferido o direito de aproveitamento, nos termos da Constituição Republicana.

Em suma, há de se assegurar o direito de aproveitamento do crédito em questão, e assim permitir-se a escrituração dos créditos apropriáveis, quer seja para fins de compensação, quer seja para transferência a terceiros, observadas as restrições legais.

Com relação à sistemática de aproveitamento, não obstante reclamado o direito a na proporção da receita líquida apurada, tenho que a apropriação deve ficar jungida ao que dispõe a LC n.º 87/96 sobre o tema, que determina a apropriação sobre o total das operações. A propósito, assim versa a norma:

“Art. 33. Na aplicação do art. 20 observar-se-á o seguinte: (...)

II – somente dará direito a crédito a entrada de energia elétrica no estabelecimento:

- a) quando for objeto de operação de saída de energia elétrica;
- b) quando consumida no processo de industrialização;

c) quando seu consumo resultar em operação de saída ou prestação para o exterior, na proporção destas sobre as saídas ou prestações totais; (...)

IV – somente dará direito a crédito o recebimento de serviços de comunicação utilizados pelo estabelecimento:

- a) ao qual tenham sido prestados na execução de serviços da mesma natureza;

b) quando sua utilização resultar em operação de saída ou prestação para o exterior, na proporção desta sobre as saídas ou prestações totais; (...)”

Diante desse panorama, em lugar de apurar-se a apropriação pelo *total de receita líquida* da exportação (o que em si já afasta todo o

custo), deve-se partir do valor integral das vendas ao mercado externo, verificado o percentual que representam no total de vendas (ou saídas) do estabelecimento, valendo-se da mais elementar fórmula matemática. Por meio de simples cálculo contábil se apurará o valor devido.

No que pertine à correção do crédito devido, destaco que a ausência de apontamento não inibe, em absoluto, a pretensão. Não cabe, pois, na pretensão mandamental, o direito à apropriação de parcela definida, mas sim apurável. Daí evidenciar-se a pertinência da correção.

No mais, em que pese guardar ressalvas em projetar efeitos para quem da impetração, tenho em conta que a compensação tem disciplina própria (art. 23, parágrafo único, da LC n.º 87/96), resguardando o direito de apropriação no prazo de cinco anos (tal qual também postulado na inicial), considerando, ainda, o fundo declaratório da pretensão. No mais, havendo, pois, previsão em lei (o art. 117 da Constituição Estadual, c/c o art. 69 da Lei Estadual n.º 10.297/96), deverá incidir a Selic como fator de indexação, devida desde a competência em que o tributo foi apurado e em tese poderia ter sido aproveitado.

A compensação, na espécie, alcança o advento da Emenda Constitucional, a partir de quanto se tem sentido seus efeitos. Observo que a decisão em si projeta efeitos para além da impetração, o que de toda sorte não atenta contra súmula 271/STF.

Embora me pareça muito pontual a limitação dos efeitos patrimoniais do mandado de segurança, observo que aqui se confere efeito declaratório. O fundamento dessa afirmação repousa na ontologia do conteúdo declaratório, que é o de simplesmente reconhecer ou não a inexistência da relação jurídica; a decisão judicial nada cria: apenas atesta aquilo que eventualmente já existia no plano fático.

Nessa esteira, lembro passagem recorrente do voto do Min. Paulo Brossard, quando do julgamento da ADI n.º 2/DF, em tempos em que se

discutia a essência da declaração na ação direta, e que sem exigir mimetismo bem contorna a discussão que invoquei:

“Segundo doutrina consagrada, é *ex tunc* o efeito da declaração de inconstitucionalidade. Por que ela é congênita à lei, ela pré-existe à declaração judicial. O julgado não muda a lei, fazendo-a nula quando era válida, apenas declara o vício pré-existente. A Corte verifica e anuncia a nulidade, como o joalheiro pode afirmar, depois de examiná-lo, que aquilo que supunha ser um diamante, não é diamante, mas um produto sintético. O joalheiro não fez a pasta sintética, apenas verificou que o era.

Também a decisão judicial não muda a natureza da lei, como o joalheiro não mudou a natureza do suposto diamante.

Ela nunca foi lei, ele nunca foi diamante. Aquilo que se supunha ser um diamante e que o perito verificou ser um produto sintético, não deixou de ser diamante a partir da verificação do joalheiro, mas *ab initio* não passava de puro sintético” (ADI 2/DF. Tribunal Pleno. Rel. Min. Paulo Brossard. Decisão de 6.2.92).

Em conclusão, creio que, admitido o pedido declaratório em sede mandamental, como de fato é, não há em princípio dedução de direito para fundamentar eventual limitação. Talvez melhor tratamento fosse dado ao tema se fosse considerada a modulação de efeitos da declaração, a exemplo do que sucede nas ações de constitucionalidade.

Sobretudo no que respeita à compensação de indébito, há ainda outro fator a considerar: a medida se implementa no plano administrativo/contábil, a cargo do próprio contribuinte. Logo, seria de todo inócuo reconhecer a declaração projetar seus efeitos apenas a partir da impetração, remetendo o contribuinte à via ordinária para, veja-se, requerer a compensação ou mesmo a transferência de crédito cuja exigência ilegal já se fez reconhecer. Nada justifica, de fato, que se advogue, em dado cenário, a necessidade de “liquidação” da declaração, que é por si operável de pronto no plano contábil, notadamente quando se afirma corriqueiramente que “a compensação no âmbito do lançamento por homologação não necessita

de prévio reconhecimento da autoridade fazendária ou de decisão judicial transitada em julgado, para a configuração da certeza e liquidez dos créditos” (REsp 129.627/PR, Rel. Min. Francisco Peçanha Martins).

Dito isso, observo que, no caso, observa-se tecnicamente a prescrição a partir da teoria dos cinco mais cinco, por se cuidar de tributo cujo lançamento é operado por homologação – o que decidido recentemente em sede de recurso representativo de controvérsia pelo STJ (**Edcl no AgRg no REsp 919.886/SC**. Segunda Turma. Rel. Min. Humberto Martins. Decisão de 19.8.10).

Considerando então que a emenda data de 2003, desde então se poderia cogitar da repetição. Todavia, fez-se pedido expresso de aproveitamento no lustro que antecede à impetração. É este então o período a ser computado.

De outro vértice, há no caso a necessidade de aguardar-se o trânsito em julgado da decisão para então proceder-se à compensação. É o que se deduz da regra do art. 170-A, do CTN.

Por fim, e conseqüentemente, é vedado ao Estado empreender qualquer empecilho ao direito de escrituração dos créditos, ressalvada, evidentemente, sua competência fiscalizatória no que pertine ao aspecto formal e demais requisitos de lei. Observo, por fim, nos termos do que já foi dito, que a apropriação do crédito não implica ofensa aos arts. 2.º e 155, § 2.º, X, *a*, e XII, *c*, da CR, e tampouco dos arts. 20, 21, 32 e 33 da LC n.º 87/96.

É como voto.

TERCEIRA CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO

APELAÇÃO CÍVEL

Apelação Cível n. 2009.014095-4, de Seara

Relator: Des. Pedro Manoel Abreu

Apelações cíveis. Julgamento simultâneo. Lides que versam sobre a mesma gleba de terras. Área parcialmente atingida pelo reservatório da Usina Hidrelétrica de Itá. Recursos interpostos por Tractebel Energia S/A.

Ação cominatória. Existência de coisa julgada material em mandado de segurança. Não ocorrência. Perda do objeto da ação em virtude do ajuizamento de ação expropriatória. Impossibilidade na espécie. Interesse de agir remanescente. Denúnciação da lide. Cabimento. Responsabilidade expressa da denunciada prevista no Plano de Mudança. Procedência da lide secundária. Mérito. Demanda julgada parcialmente procedente para reconhecer o direito de relocação da parte do imóvel atingida pela usina hidrelétrica. Honorários advocatícios. Sucumbência parcial. Proporcionalidade. Adequação do valor arbitrado. Provimento parcial do recurso e da remessa.

Ação de desapropriação. Nulidade da decisão. Não verificação. Sentença ilíquida. Possibilidade. Precedentes. Juros compensatórios. Termo inicial. Imissão provisória na posse. Impossibilidade de obtenção da data. Fixação do termo inicial como o dia da citação. Juros moratórios. Adequação. Incidência do art. 15-B do

Decreto-Lei n. 3365/41. Não incidência de ITBI. Matéria não ventilada em sede inicial. Supressão de instância. Vedação. Não conhecimento. Recurso parcialmente provido.

Agravos retidos. Ausência de pedido de exame em grau de apelação. Não conhecimento. Artigo 523, §1º, do Código de Processo Civil.

Ausente o direito líquido e certo do impetrante necessário ao enfrentamento da questão pela via mandamental, não há coisa julgada entre a referida demanda e a ação de conhecimento.

A contestação, na lide expropriatória, somente poderá versar sobre vício do processo judicial ou impugnação do preço, e qualquer outra questão deverá ser decidida por ação direta (art. 20, Dec.-lei 3.365/41).

Nas desapropriações não serão considerados como loteados ou loteáveis, para fins de indenização, os terrenos ainda não vendidos ou compromissados, objeto de loteamento ou desmembramento não registrado (art. 42, lei n. 6.766/79).

Os juros moratórios destinam-se a recompor a perda decorrente do atraso no efetivo pagamento da indenização fixada na decisão final de mérito, e somente serão devidos à razão de até seis por cento ao ano, a partir de 1º de janeiro do exercício seguinte àquele em que o pagamento deveria ser feito, nos termos do art. 100 da Constituição (art. 15-B, Dec.-lei n. 3.365/41).

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2009.014095-4, da comarca de Seara (Vara Única), em que é apelante Tractebel Energia S/A, e apelado Espolio de Aldo Ivo Stumpf e outro:

A Terceira Câmara de Direito Público decidiu, por unanimidade, não conhecer dos agravos retidos e conhecer parcialmente o recurso, dando

a ele provimento parcial, para adequar a incidência dos juros moratórios, no percentual de 6% ao ano, a partir de 1º de janeiro do exercício seguinte àquele em que o pagamento deveria ser feito. Custas legais.

O julgamento, realizado em 10/07/2012, foi presidido pelo Desembargador Luiz César Medeiros, com voto, e dele participou a Desembargadora Janice Goulart Garcia Ubialli.

Florianópolis, 17 de julho de 2012.

Pedro Manoel Abreu

RELATOR

RELATÓRIO

Cuidam-se de recursos de apelação versando sobre duas ações distintas - a primeira delas, iniciada no ano de 1.997, de pedido cominatório e ajuizada por Aldo Ivo Stumpf e sua esposa, Hortenila Stumpf (atualmente em nome do Espólio de Aldo Ivo Stumpf, em razão do falecimento do autor), contra o Município de Itá, este denunciante em relação à empresa Eletrosul (atualmente sucedida pela empresa Tractebel Energia S/A). Objetivaram os demandantes a relocação ou indenização de toda a área correspondente à chácara n. 46, de sua propriedade, atingida parcialmente pelo reservatório da Usina Hidrelétrica de Itá.

A segunda ação, iniciada no ano 2.000, com pedido de desapropriação, foi ajuizada pela empresa Tractebel Energia S/A contra o Espólio de Aldo Ivo Stumpf, visando à imissão na posse e sua posterior consolidação, mediante o pagamento de indenização, por ausência de acordo na expropriação de parte do imóvel da chácara n. 46, submersa pelo reservatório da usina hidrelétrica.

Considerando que ambas versam sobre a mesma gleba de terras - embora em uma seja discutida a totalidade do imóvel e em outra a sua parte efetivamente submersa no reservatório - entendeu o magistrado *a quo* que deveriam ser julgadas simultaneamente, já que a decisão da primeira demanda obrigatoriamente atingiria o pleito de desapropriação, seja prejudicando-o, seja consolidando a expropriação.

Contestados os feitos e produzidas as provas, assim concluiu o juiz singular:

Ao rufar dos tambores, tenho que merece procedência parcial a ação cominatória, haja vista que assiste aos autores o direito à relocação de parte do lote rural n. 46 atingido pela Usina Hidrelétrica de Itá/SC e não de sua integralidade, bem como que foram desrespeitados no direito que possuíam de escolher o imóvel na cidade nova, devendo, face à impossibilidade de reparação da situação no atual estágio, satisfazê-los através de perdas e danos do valor do imóvel como se na cidade nova estivesse, nas mesmas distâncias e condições da cidade antiga, tomando-se por base o PMC (Ponto Mais Central).

A denúncia da lide levada a efeito pelo Município de Itá merece total procedência, já que deverá a empresa Tractebel, conforme previsão contida no art. 70, III, do Código de Processo Civil, suportar o pagamento da condenação atribuída ao Município de Itá, já que era a denunciada que possuía o dever de liberar a verba indenizatória em relação a relocação dos proprietários atingidos pela construção da barragem de Itá.

A demanda de desapropriação merece procedência também parcial, apenas para consolidar a situação existente hoje no imóvel, ou seja, imitar definitivamente a autora na posse do imóvel a ser registrado em cartório de registro, tanto da área efetivamente alagada, como da área de APP que restou inviável de utilização pelos réus, restando prejudicada a fixação de valor diverso na desapropriação daquele já obtido na ação cominatória, que passa a valer para todos os efeitos como sendo o devido, e será obtido via liquidação de sentença (fl. 651).

Diante do exposto, em relação à ação cominatória n. 068.97.000641-9, quanto à lide principal, afastou as preliminares e julgou parcialmente

procedentes os pedidos, para reconhecer aos autores o direito de relocar a parte de terras atingida pelo reservatório da usina hidrelétrica, relativa ao lote n.46, acrescido da Área de Preservação Permanente (APP), pela qual também restou inviabilizado o uso, para a cidade nova de Itá, totalizando 4.576,34m² (quatro mil, quinhentos e setenta e seis vírgula trinta e quatro metros quadrados).

Reconheceu, devido ao fato de terem sido preteridos no direito de escolha na época oportuna, por deficiência legislativa, bem como face à impossibilidade de manutenção da situação anterior ao alagamento, que os autores sejam ressarcidos em perdas e danos, em valor a ser levantado em liquidação de sentença, equivalente a terreno na mesma situação da cidade anterior em relação à nova.

Tendo em vista que os autores sucumbiram de grande parte do seu pedido, condenou-os ao pagamento de 80% das despesas processuais e honorários advocatícios, fixados em R\$ 10.000,00 (dez mil reais), na forma do art. 20, § 4º do Código de Processo Civil. O Município de Itá, por sua vez, foi condenado ao pagamento de honorários advocatícios, fixados em 10% (dez por cento) sobre o valor da condenação, a ser apurado em liquidação de sentença.

Quanto à lide secundária, julgou procedente a denunciação da lide, reconhecendo o direito de regresso entre denunciante e denunciado, nos exatos termos do Plano de Mudanças, e, com fulcro no art. 70, III, do Código de Processo Civil, condenou a denunciada Tractebel Energia S/A ao pagamento do valor suportado pela condenação imposta à denunciante, inclusive às despesas em honorários advocatícios da lide principal.

A denunciada foi condenada ao pagamento das despesas processuais da denunciação, bem como em honorários advocatícios, fixados em R\$ 5.000,00 (cinco mil reais).

Quanto à desapropriação n. 068.00.000657-0, o magistrado a quo afastou as preliminares e, no mérito, julgou procedente o pedido, para imitir a autora definitivamente na posse da área atingida pelo reservatório da Usina Hidrelétrica de Itá, integrante da chácara n. 46, mais a Área de Preservação Permanente (APP), determinando a expedição de ofício ao registro de imóveis competente em relação à área atingida.

Considerando que o valor previamente depositado não correspondeu ao efetivamente devido (venal da área), visto que na liquidação de sentença da demanda cominatória é que se chegará ao montante, certamente superior ao valor depositado, condenou a autora ao pagamento da diferença, acrescido de correção monetária pelo INPC, a contar do laudo pericial da liquidação da sentença, e de juros compensatórios e moratórios, incidentes da seguinte forma:

1) Antes do trânsito em julgado da sentença da ação de desapropriação apenas juros compensatórios de 6% (seis por cento) ao ano do dia 11.06.97 até 13.09.01, e, a partir de tal data, de 12% (doze por cento) ao ano, sobre o valor da diferença encontrada (entre o valor depositado na exordial da desapropriação, e o obtido na liquidação da sentença da cominatória), nos termos expostos;

2) Após o trânsito em julgado da sentença da ação de desapropriação, juros compensatórios de 12% (doze) por cento ao ano, cumulados com juros moratórios de 6% (seis) por cento ao ano, na forma do artigo 15-B do Decreto-lei n. 3.365/41, ambos de forma simples.

A autora foi condenada, ainda, ao pagamento das despesas processuais e honorários advocatícios, estes últimos fixados em 3% (três por cento) sobre o valor da diferença apurada, conforme art. 27, §1º do Decreto-lei n. 3.365/41.

Registra-se a oposição de embargos de declaração e sua rejeição.

Irresignada com a decisão, Tractebel Energia S/A apelou, objetivando a reforma da decisão quanto às duas ações.

Inicialmente, em relação à demanda cominatória, levantou a preliminar de existência de coisa julgada material, em virtude de decisão que reconheceu a inexistência de direito líquido e certo a ser amparado por mandado de segurança, no qual foi pleiteada a permuta do imóvel atingido pelas obras da hidrelétrica. Dessa forma, por conter o mesmo pedido, fundamentado na mesma causa de pedir, haveria coisa julgada material acerca do assunto, razão pela qual requereu o seu reconhecimento com a consequente extinção do feito, com fulcro no art. 267, V, do Código de Processo Civil.

Argumentou, ademais, que com o ajuizamento da ação de desapropriação ocorreu a perda do objeto da ação cominatória, pois o Plano de Mudança para a formação da Usina Hidrelétrica de Itá previa duas formas de negociação dos imóveis: venda ou desapropriação; e permuta do terreno e relocação das benfeitorias a indenizar. Ressaltou que os apelados não aceitaram nenhuma das duas formas, buscando a permuta total do imóvel, que não pôde ser realizada pelo Município. Diante disso, ajuizou-se a demanda desapropriatória. Assim, afirmou que os apelados não foram preteridos no seu direito de escolha, eles simplesmente não quiseram escolher uma área para permutar equivalente à área atingida e, ajuizada a ação de desapropriação para a aferição do justo preço indenizatório, ficou prejudicada a ação cominatória, pugnando pela sua extinção sem julgamento de mérito.

A apelante Tractebel Energia S/A requereu, também, o reconhecimento de improcedência da denunciação da lide, eis que o Plano de Mudança não previu nenhuma obrigação solidária entre ela e o Município, tampouco o direito de regresso deste pelos prejuízos que tivesse que suportar em decorrência das permutas que deveria realizar. Ressaltou que a obrigação

de realizar a permuta era exclusiva do Município de Itá, pugnando pela improcedência da lide secundária.

Por outro prisma, em caso de entendimento pela persistência da denunciação da lide, requereu o reconhecimento de improcedência da ação cominatória, visto que a tese vencedora foi da parte ré e não da parte autora. Isso porque não houve recusa do Município em permutar a área atingida por outra na cidade nova de Itá.

Quanto aos honorários advocatícios da ação cominatória, na hipótese de manutenção da decisão, pleiteou a obediência à proporcionalidade fixada na sucumbência, utilizando o mesmo critério para as partes.

Em seguida, apelou da sentença da ação de desapropriação, invocando a sua nulidade por impossibilidade de sentença ilíquida em demandas dessa natureza. Requereu, dessa forma, a baixa dos autos à origem para que o magistrado a quo fixe o justo preço, correspondente à área objeto da desapropriação. Não sendo este o entendimento, aponta a realização de perícia no mês de março de 2008, cujo valor poderá ser acolhido para fixar a justa indenização, sanando-se o vício apontado.

Apelou, ainda, dos juros compensatórios fixados, para que incidam a partir da data do laudo pericial e, quanto aos juros moratórios, para que incidam a partir do dia 1º de janeiro do exercício seguinte àquele em que o pagamento deveria ser feito.

Por fim, sendo a desapropriação forma originária de aquisição da propriedade imóvel, pugnou pela declaração de não incidência de ITBI.

Em contrarrazões, o Espólio de Aldo Ivo Stumpf requereu a manutenção da sentença e, no caso de fixação do valor a ser pago, que seja considerado o valor fixado pelo perito às fls. 656-657 dos autos da desapropriação, correspondente a R\$ 382.100,00 (trezentos e oitenta e dois mil e cem reais).

O Município de Itá, por sua vez, pugnou pelo acolhimento e provimento parcial do recurso interposto por Tractebel Energia S/A, mantendo-se a responsabilidade da recorrente, tendo em vista que ela auferiu lucro com a atividade da usina.

O Ministério Público, com fulcro no Ato. n. 103/2004/PGJ, deixou de se manifestar acerca do mérito recursal, devolvendo os autos a esta Corte.

Este é o relatório.

VOTO

Os feitos, apesar de indeferida a sua conexão e, tendo em vista que nenhum dos pedidos formulados nos agravos retidos constantes nos autos foi reeditado em grau de apelação, tal como exige o §1º do art. 523 do Código de Processo Civil, merecem julgamento simultâneo, assim como ocorreu no primeiro grau de jurisdição.

Ressalta-se que a primeira demanda comporta reexame necessário, por força do art. 475, I, do Código de Processo Civil.

1 Apelação n. 2009.013932-2 – ação cominatória

1.1 Existência de coisa julgada material em Mandado de Segurança

Afirma a apelante que os apelados ingressaram com mandado de segurança pleiteando a permuta da chácara objeto do processo por uma de igual tamanho na nova cidade de Itá. Na ocasião, a segurança não foi concedida, por inexistência de direito líquido e certo a ser amparado pela via eleita pelos autores.

Na sentença, o magistrado a quo rechaçou a tese de que haveria coisa julgada sobre o assunto, posto que a ação mandamental, seu objeto e alcance não devem ser confundidos com a demanda ordinária (cominatória).

Outro não deve ser o entendimento aplicável ao caso, conforme a jurisprudência deste Tribunal:

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL - (...) COISA JULGADA ENTRE AÇÃO ORDINÁRIA E MANDADO DE SEGURANÇA - INOCORRÊNCIA - (...). Não faz coisa julgada a sentença denegatória do mandado de segurança, permitindo o posterior ajuizamento de demanda na via ordinária, quando negado o direito reclamado pelo impetrante em virtude da ausência de prova pré-constituída. (...) (TJSC, Ap.Cív. n. 2009.025111-6, de Itajaí, rel. Des. Jaime Ramos, j. 22/6/2010).

APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO ORDINÁRIA DE RECONHECIMENTO DE DIREITO C/C INDENIZAÇÃO - ALEGAÇÃO DE COISA JULGADA PELA IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO EM MANDADO DE SEGURANÇA - INOCORRÊNCIA - FALTA DE COMPROVAÇÃO DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO - VIA PROCESSUAL QUE NÃO COMPORTA DILAÇÃO PROBATÓRIA - (...) RECURSO E REMESSA DESPROVIDOS (TJSC, Ap.Cív. n. 2005.026728-9, da Capital, rel. Des. José Volpato de Souza, j. 16/7/2008)

No mesmo sentido, extrai-se da lição de Hely Lopes Meirelles, transcrita pelo magistrado:

Não faz coisa julgada, quanto ao mérito do pedido, a decisão que apenas denega a segurança por incerto ou ilíquido o direito pleiteado, a que julga o impetrante carecedor do mandado e a que indefere desde logo a inicial por não ser o caso de segurança ou por falta de requisitos processuais para a impetração (fl.633).

Assim sendo, conforme se extrai do documento de fls. 127-134, ausente o direito líquido e certo do impetrante necessário ao enfrentamento da questão pela via mandamental, não há coisa julgada entre a referida demanda e a ação cominatória em discussão.

1.2 Perda do objeto da ação cominatória em virtude do ajuizamento da Ação de Desapropriação

Sustenta a apelante que, por conta do ajuizamento da ação de desapropriação n. 068.00.000657-0, a demanda cominatória teria perdido o seu objeto, eis que o Plano de Mudança relativo ao Município de Itá previa a permuta ou venda da área atingida pela hidrelétrica, jamais a área total do imóvel.

Ressalta que não há lei, tampouco contrato, obrigando o Município a permutar a área total da propriedade, razão pela qual se fez imperiosa a ação de desapropriação. Esta, por sua vez, nas palavras da apelante, é o meio adequado para a discussão do justo preço indenizatório, restando prejudicada a ação cominatória, cuja extinção sem julgamento do mérito seria a medida correta.

O caso em tela, contudo, possui contorno diferente do que aquele que crê a apelante, pois, ainda que esta tenha ajuizado a ação de desapropriação, o interesse de agir dos autores da lide cominatória não se extingue, eis que um dos pontos de discussão da presente ação é o direito de permuta ou indenização da propriedade e, ainda, se tal direito recairia sobre o total do imóvel ou somente sobre a área atingida pela hidrelétrica – controvérsia a ser sanada pela análise das leis que regulamentaram o Plano de Mudança e pela prova produzida nos autos.

Como exposto pelo magistrado (fl. 641), além de a ação cominatória ser anterior à ação de desapropriação, nesta somente se discute o montante indenizável, nunca o direito dos autores de ver assegurada a escolha do imóvel na cidade nova, tampouco a equivalência das áreas para fins de perdas e danos.

Nesse sentido, limita o art. 20 do Decreto-lei n. 3365/41, determinando que a contestação, na lide expropriatória, somente poderá versar sobre vício do processo judicial ou impugnação do preço, e que qualquer outra questão deverá ser decidida por ação direta.

“Assim é que todas as questões estranhas aos vícios do processo judicial ou impugnação do preço devem e foram discutidas em ação ordinária de cunho cominatório” (fl.645).

Portanto, ainda que tenha sido apresentada a demanda de desapropriação, os requisitos necessários para a ação cominatória remanescem, especificamente o interesse processual. Na percepção de Humberto Theodoro Jr.,

Para aqueles que, segundo as mais modernas concepções processuais, entendem que a ação não é o direito concreto à sentença favorável, mas o poder jurídico de obter uma sentença de mérito, isto é, a sentença que componha definitivamente o conflito de interesses de pretensão resistida (lide), as condições da ação são três:

1. possibilidade jurídica do pedido
2. interesse de agir;
3. legitimidade de parte.

(..)

O interesse que se reclama para a admissibilidade da ação não é o interesse substancial, ou primário, para cuja proteção se intenta a mesma ação. O interesse de agir, que é instrumental e secundário, surge da necessidade de obter através do processo a proteção ao interesse substancial. Entende-se, dessa maneira, que há interesse processual ‘se a parte sofre um prejuízo, não propondo a demanda e daí resulta que, para evitar esse prejuízo, necessita exatamente da intervenção dos órgãos jurisdicionais’. (Processo cautelar. 20 ed. rev. e atual. São Paulo: LEUD, 2002. p. 40-41)

A seu turno, Luiz Rodrigues Wambier leciona que o “interesse processual está presente sempre que a parte tenha a necessidade de exercer o direito de ação para alcançar o resultado que pretende, relativamente à sua pretensão e, ainda mais, sempre que aquilo que se pede no processo (pedido) seja útil sob o aspecto jurídico.” (Curso avançado de processo civil. 2. ed. São Paulo : RT, 1997. v. 1. p. 130)

Sobre o mesmo tema, Ada Pellegrini Grinover assinala:

É uma imposição do princípio da economia processual, desdobrando-se em necessidade e adequação, o que significa, na prática, que o Estado se nega a desempenhar sua atividade jurisdicional até o final, quando o processo, no caso concreto, não é necessário e quando o provimento pedido não é adequado para atingir o escopo de atuação da vontade da lei, no caso concreto, mediante a solução da lide (apud Rodrigo da Cunha Lima Freire. Condições da ação: enfoque sobre o interesse de agir no processo civil brasileiro. São Paulo : RT, 2000. p. 87).

De fato, verbera o artigo 3º do Código de Processo Civil que “para propor ou contestar ação é necessário ter interesse e legitimidade”.

Portanto, diante das concepções expostas, constata-se que o interesse processual encontra-se presente, o que afasta a perda do objeto da ação cominatória.

1.3 Denúnciação da lide

Afirma a apelante que a obrigação de promover a permuta dos imóveis atingidos pelas obras da hidrelétrica era exclusiva do Município, não havendo previsão expressa no Plano de Mudanças de que ela seria responsável solidária ou subsidiária em caso de descumprimento da obrigação, razão pela qual a lide secundária deveria ser julgada improcedente.

O magistrado a quo, interpretando o referido documento, que fez lei entre as partes, entendeu que a apelante incumbiu-se tanto pela permuta de áreas, na condição de interveniente, quanto pelos pagamentos das indenizações respectivas.

Da leitura do Plano de Mudança e seus adendos (fls. 254-341), extrai-se que a responsabilidade da parte apelante é reiteradamente mencionada em seu conteúdo, conforme se observa nos itens 2.4; 3.1; 6; 8.2 e 9, bem como em seu Anexo V; Adendo n. 02 e pelo acordo de fls. 335 e seguintes.

Destaca-se, do item 3.1 (fl. 260):

3.1 Envolvidos diretamente

PMI – Prefeitura Municipal de Itá – proprietária majoritária do novo sítio, responsável legal pela cidade objeto de relocação, com participação regida pelo Convênio de 12 de dezembro de 1981, celebrado entre o Governo do Estado de Santa Catarina, a Superintendência de Desenvolvimento da Região Sul – SUDESUL, a Prefeitura Municipal de Itá e a Centrais Elétricas do Sul do Brasil S.A. – ELETROSUL, visando estabelecer mútua colaboração para as ações de relocação da Cidade de Itá (ANEXO IV).

(...)

Centrais Elétricas do Sul do Brasil S.A. – ELETROSUL, responsável pela relocação de Itá, com participação regida pela Cláusula Sétima do Convênio citado. Além do apoio financeiro e a nível de projetos, poderá ainda atuar operacionalmente na execução de obras de acordo com o que estabelece o presente Plano. Como instrumento de atuação, a ELETROSUL criará um escritório técnico para o acompanhamento da Mudança, por ocasião do início do processo de indenização das propriedades.

Adiante, no item n. 6 (fls. 263-267), que trata das formas de negociação, percebe-se que a ELETROSUL, atual Tractebel Energia, possui participação tanto nos casos de desapropriação como nos casos de relocação, como exposto pelo juiz singular.

O item 8.2 (fl. 271) expressamente consigna, sobre a permuta de áreas: “Considerando que a PMI é legítima detentora da área da Cidade Nova, a permuta será realizada entre esta e os envolvidos, cabendo à ELETROSUL a interveniência na transação”.

Em seguida, o item 9 estabelece as obrigações de cada uma das partes dos processos de relocação e desapropriação, incluindo aí a ELETROSUL.

O Anexo V, por sua vez, trata de convênio celebrado entre o Governo do Estado de Santa Catarina, a Superintendência de Desenvolvimento da Região Sul – SUDESUL, a Prefeitura Municipal de Itá e a Centrais Elétricas do Sul do Brasil S/A – ELETROSUL, visando estabelecer mútua colaboração para as ações de relocação da Cidade de Itá.

O Adendo n. 02, o qual complementa o item 7.1, abrange o procedimento de escolha dos lotes, mencionando a participação da ELETROSUL no feito.

Por fim, o termo de acordo de fls. 335 e seguintes especifica as obrigações da ELETROSUL e do Poder Público Municipal na relocação da cidade de Itá, deixando evidente, assim, que a apelante, hoje Tractebel Energia S/A, possui responsabilidade na demanda, nos limites estabelecidos pelos documentos acima mencionados.

Dessa forma, deve persistir a lide secundária, mantendo-se a sentença, quanto a este ponto, na forma prolatada.

1.3 Do mérito da ação cominatória

Argumenta a apelante que o feito, quanto ao mérito, deve ser julgado improcedente, uma vez que a tese vencedora foi a da parte ré.

Isso porque os apelados pretendiam permutar a área total do imóvel, o que acabou lhes sendo negado na sentença, persistindo a permuta somente da parte afetada pelas obras e ocupada pela hidrelétrica, conforme defendido pelos réus. Dessa forma, argumenta que o Município em nada sucumbiu na demanda, havendo a total improcedência do pedido do autor.

Contudo, verifica-se que a petição inicial contém dois pedidos, como se transcreve (fls. 26-28):

“Ex positis”, REQUER, respeitosamente, a Vossa Excelência, demonstrado ser relevante os fundamentos da presente ação:

a) A procedência da ação para a concessão antecipada do pedido, DETERMINANDO, através de MANDADO ou PRECEITO, ao Requerido para que, com base no DIREITO DO AUTOR expresso em lei, proceda a imediata relocação da área de terras supramencionadas, por outra área de terra na nova Cidade de Itá, que guarde semelhança locacional a da chácara 46, descrita no item 1.1 supra; conforme critérios expostos, especialmente distância ao PMC – no prazo de 30 dias, sob pena de se lavrada escritura pública doação/permuta através de mandado judicial.

b) A procedência da presente ação para o fim de ser o Requerido compelido ao pedido supra formulado, com a cominação de pena de multa pecuniária no valor de um salário mínimo-diário, ou valor diário a ser determinado por Vossa Excelência. Ou em caso de impossibilidade absoluta, devidamente provada através de perícia e, ouvido o Autor, satisfazer em perdas e danos, subrogando o valor do imóvel no seu todo ou parcialmente na área que não puder ser permutada, em valor pecuniário a ser devidamente avaliado por perito judicial e pago ao Autor (...).

A sentença, por sua vez, julgou parcialmente procedentes os pedidos para reconhecer o direito de relocar somente a parte atingida pela usina hidrelétrica e, no ponto A.2, reconhecer que, devido ao fato de terem sido preteridos no direito de escolha na época oportuna, por deficiência legislativa, bem como face à impossibilidade de atual manutenção da situação anterior ao alagamento, que sejam ressarcidos os autores em perdas e danos em valor a ser levantado em liquidação de sentença, equivalente a terreno na mesma situação da cidade anterior em relação a nova, considerando-se a distância exata do PMC (Ponto Mais Central).

Adiante, reconheceu, ainda, o magistrado, que os autores sucumbiram de grande parte do seu pedido, obtendo somente uma parte da área atingida.

Dessa forma, não há que se falar em improcedência da ação cominatória, em que pese a rejeição de parte dos pedidos, o que, de fato, foi reconhecido na sentença condenatória.

1.4 Honorários advocatícios

Pugna a apelante pela obediência ao princípio da proporcionalidade no que tange à fixação dos honorários advocatícios a serem suportados pelas partes.

Relata que a sentença reconheceu a sucumbência dos autores em 80% do pedido, e que o Município de Itá sucumbiu em 20%. Seguindo estes percentuais, determinou o pagamento das despesas processuais. Afirma que os honorários advocatícios foram arbitrados em R\$ 10.000,00 (dez mil reais) para os autores e em 10% sobre o valor da condenação para o Município, a ser apurado em liquidação de sentença.

Ressalta a apelante, por fim, que possui interesse na matéria, eis que consta expressamente na sentença que, como denunciada, deverá suportar não apenas a condenação imposta ao Município, mas também os honorários advocatícios.

Em relação ao tema preceitua o art. 20 do Código de Processo Civil:

A sentença condenará o vencido a pagar ao vencedor as despesas que antecipou e os honorários advocatícios. Essa verba honorária será devida, também nos casos em que o advogado funcionar em causa própria.

[...] §3º Os honorários serão fixados entre o mínimo de dez por cento (10%) e o máximo de vinte por cento (20%) sobre o valor da condenação, atendidos:

- a) o grau de zelo profissional;
- b) o lugar da prestação de serviço;
- c) a natureza e importância da causa, o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o serviço.

§4º Nas causas de pequeno valor, nas de valor inestimável, naquelas em que não houver condenação ou for vencida a Fazenda Pública, e nas

execuções, embargadas ou não, os honorários serão fixados consoante apreciação equitativa do juiz, atendidas as normas das alíneas *a*, *b* e *c* do parágrafo anterior.

Sobre os critérios na fixação da quantia condenatória dos honorários advocatícios, o Superior Tribunal de Justiça fixou o entendimento no sentido de que o art. 20, §4º, do Código de Processo Civil enseja amplo poder de apreciação do magistrado, sensível às características do caso concreto (REsp nº 62.799-SP, rel. Ministro Vicente Cernicchiaro). Assim, pode o magistrado arbitrar os honorários em valor certo ou em percentual sobre o valor atribuído à causa. De precedente da lavra do signatário extrai-se:

Ademais, convém lembrar que a arbitragem dos honorários com fulcro no § 4º do art. 20 do CPC não parte de critérios objetivos, mas equitativos, ou seja, de princípios de valoração moral. Segundo Denti, colocando-se, o juiz, na posição de intérprete da consciência social, pois: “a exigência perene expressa pela equidade consiste na contraposição entre a livre valoração moral e o julgamento secundum ius, ou seja o julgamento de conformidade com a norma” (apud Yussef Said Cahali. Honorários Advocatícios. 2. ed. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1990. p. 584). (TJSC, Ap.Cív. n. 2010.085497-8, de Guaramirim, j. em 22.2.2012).

Nesse contexto, a remuneração do causídico deve ser condizente com a natureza e importância da demanda, atendendo as peculiaridades do caso concreto e os preceitos insculpidos no Código de Processo Civil, motivo pelo qual o valor arbitrado deve, efetivamente, ser adequado à sucumbência das partes.

Tal medida é necessária, pois não se deve olvidar que se trata de julgamento conjunto de duas demandas que se complementam. Significa dizer que, o valor do montante a ser fixado na liquidação da ação cominatória é o mesmo a ser pago a título de desapropriação, não havendo, em verdade, duas condenações a dois valores diferentes. Em que

pese tal raciocínio, a verba honorária incide duas vezes, em cada uma das demandas, por conta de suas peculiaridades.

Por essa razão, é inafastável que merece ser revisto o percentual fixado, posto que ele irá incidir sobre o valor de um imóvel de 4.576,34m² (quatro mil, quinhentos e setenta e seis vírgula trinta e quatro metros quadrados), cujo preço pode variar entre R\$ 69.500,00 (sessenta e nove mil e quinhentos reais) e R\$ 382.100,00 (trezentos e oitenta e dois mil e cem reais), valores mencionados pelas partes nas peças recursais. Ademais, na ação cominatória, sobre os autores recaiu sucumbência muito maior, razão pela qual a aplicação da proporcionalidade é medida que se impõe.

Assim sendo, considerando-se que a sucumbência do Município, com quem solidariamente responde a denunciada, foi de apenas 20% da demanda, e tendo em vista que o valor arbitrado em seu favor foi de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), fixa-se como valor a ser pago ao procurador dos apelados o montante de R\$ 2.500,00 (dois mil e quinhentos reais), cumprindo-se, assim, os postulados da razoabilidade e da proporcionalidade, não valorizando excessivamente a atividade do advogado, tampouco subvalorizando-a, eis que função essencial à justiça.

2 Apelação n. 2009.014095-4 – ação de desapropriação

2.1 Nulidade da sentença

Insurge-se a apelante contra a sentença proferida em sede de desapropriação, tendo em vista que esta se mostra ilíquida, o que é vedado pelo ordenamento quanto à espécie da demanda.

Inicialmente, é preciso ressaltar o raciocínio seguido pelo magistrado ao sentenciar a lide, determinando o pagamento de indenização, mas não adotando os laudos periciais produzidos na desapropriação e postergando para o momento da liquidação da sentença o cálculo do montante indenizatório.

Ocorre que a primeira lide, de cunho cominatório, buscava a relocação da área ocupada pela hidrelétrica ou a sua conversão em perdas e danos, enquanto a demanda desapropriatória, como é de sua natureza, objetivava a imissão na posse e o pagamento do justo preço pela área ocupada.

É importante ressaltar, ainda, que a chácara n. 46, objeto de ambas as lides, por equívoco legislativo, não foi, quando da delimitação do novo perímetro urbano da cidade de Itá, em 1982, considerada como tal. Isso ocorreu somente em 2006, com a retificação da lei municipal n. 595/82. Assim, o chamamento da parte autora para que fizesse a sua opção quanto à relocação não ocorreu na época oportuna por uma deficiência na legislação.

Tal informação foi significativamente enfatizada na sentença, a qual afastou a tese de que a indenização do imóvel deveria observar os parâmetros da época, pois se assim fosse, o Município estaria sendo premiado com o equívoco da Lei Municipal n. 595/82, retificada por explícita falha.

Dessa forma, para que o feito atingisse seu justo desfecho, entendeu o magistrado que deveria ser observada a idêntica localização do imóvel na cidade nova e, diante da impossibilidade da permanência dos autores no local, atualmente ocupado por terceira pessoa, substituir a referida colocação por perdas e danos no valor exato da área – na cidade nova – a ser avaliada em liquidação de sentença. Além disso, à metragem encontrada, determinou o acréscimo de 30 metros de área de preservação permanente, por impossível o seu uso, na área remanescente, como efeito da inundação. Nesse pensar, resumiu:

- 1) os autores têm direito à relocação da parte da área da chácara n. 46 atingida pela poligonal do reservatório da Usina Hidrelétrica de Itá/SC, acrescida de 30 (trinta) metros da área de preservação permanente (APP); 2) o direito é apenas à parte atingida, devendo a área remanescente permanecer sob sua propriedade, como hoje se encontra; 3) ante a não observância do direito ao chamamento para escolha na época oportuna, por deficiência legislativa (Lei

Municipal n. 595/82) e a impossibilidade atual de preservação do referido direito de escolha, deverão os autores ser ressarcidos em perdas e danos do valor da referida área, considerada como se no mesmo local da cidade velha estivesse na cidade nova (fl. 780).

Assim, o valor a ser pago à parte autora não corresponde ao da propriedade na cidade antiga, e sim àquele equivalente, obedecidos os parâmetros de localização, na cidade nova, já ocupado por terceiros, em virtude do equívoco legislativo que impediu o chamamento do proprietário para fazer a sua opção na época oportuna. Esclareceu:

Não há que se considerar, ainda, qualquer tipo de loteamento ou área destinada a tal fim. Deve-se simplesmente pegar a área total atingida (a alagada mais APP) e reproduzir a mesma área na cidade nova, nas mesmas proporções de distância do PMC (Ponto Mais Central) e, chegando-se à área (independente de ser lote, chácara ou qualquer outra definição), em liquidação de sentença, apurar-se o valor exato do imóvel que seria dos autores por direito de opção não exercido por equívoco legislativo da época (fl. 787).

Isso porque, sublinha-se, o art. 42 da Lei n. 6.766/79 – Lei de Parcelamento do Solo Urbano – é expresso ao determinar:

“Art. 42. Nas desapropriações não serão considerados como loteados ou loteáveis, para fins de indenização, os terrenos ainda não vendidos ou compromissados, objeto de loteamento ou desmembramento não registrado”.

Portanto, tendo em vista que as perícias realizadas (fls. 399-413 e 626-694) não atenderam a tal critério, considerando loteamentos hipotéticos nos laudos apresentados, determinou o magistrado, conseqüentemente, a apuração do valor devido em liquidação de sentença.

Agiu com acerto o julgador, posto que o contrário acarretaria afronta ao mandamento da justa indenização como, recentemente, o Superior Tribunal de Justiça consolidou:

ADMINISTRATIVO. DESAPROPRIAÇÃO. AÇÃO RESCISÓRIA. VIOLAÇÃO DE LITERAL DISPOSIÇÃO DE LEI. JUSTA INDENIZAÇÃO. ARTIGO 42 DA LEI 6.766/79. NÃO OBSERVÂNCIA. CRITÉRIO UTILIZADO. MÉDIA ARITMÉTICA ENTRE LAUDO PERICIAL ILEGAL E O PARECER DO ASSISTENTE TÉCNICO. IMPOSSIBILIDADE. LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ. NÃO CARACTERIZAÇÃO.

1. No recurso especial a parte recorrente afirma violação do disposto no artigo 485, V, CPC, 42 da Lei 6.766/79 e 5º do Decreto-Lei 271/67, ao fundamento de que teria havido violação do princípio da justa indenização. Fundamenta, em síntese, que ao decidir pelo valor médio entre aqueles alcançados pelo laudo pericial e aqueles postos no parecer do assistente técnico, o princípio da justa indenização teria sido infringido, já que, “o laudo pericial encontrava-se maculado pois assentado em falsa premissa - a do loteamento hipotético, não poderia ser utilizado sequer como base de valor médio. O correto seria a sua rejeição”.

2. O acórdão recorrido considerou como válido o fundamento do perito judicial que estabeleceu como loteado (loteamento hipotético) gleba bruta de terra, afrontando o disposto no artigo 42 da Lei 6.766/79, porquanto a adoção da média aritmética entre os valores indicados no laudo do perito judicial e no parecer do assistente não é técnica compatível com as determinações impostas pelo artigo 12 da Lei 8.629/1993, nem com o princípio constitucional da justa indenização.

3. Assim, a fixação do valor da indenização, nas desapropriações, tomando por base a existência de um loteamento que não chegou a se consolidar, vai de encontro ao disposto no art. 42 da Lei 6.766/79 (Lei de Parcelamento do Solo Urbano), que assim dispõe: “Nas desapropriações não serão considerados como loteados ou loteáveis, para fins de indenização, os terrenos ainda não vendidos ou compromissados, objeto de loteamento ou desmembramento não registrado.”

(...) 5. Recurso especial provido (STJ, Resp 1193549/PR, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, j. 22.3.2011).

Acerca da postergação da apuração dos valores devidos, não há vedação expressa, nas normas que disciplinam a lide expropriatória, à

prolação de sentença ilíquida, sendo possível tal medida. Dos precedentes deste Tribunal, extrai-se:

DESAPROPRIAÇÃO INDIRETA - AÇÃO INDENIZATÓRIA - (...) SENTENÇA ILÍQUIDA - POSSIBILIDADE DE RELEGAR A AFERIÇÃO DO *QUANTUM* PARA A FASE LIQUIDATÓRIA - (...) RECURSO E REMESSA PARCIALMENTE PROVIDOS (...) (TJSC, Ap. Cív. n. 2007.030671-4, de Itapoá, rel: Juiz Rodrigo Collaço, j. 10.3.2012).

DESAPROPRIAÇÃO INDIRETA - ÁREA REMANESCENTE IMPRESTÁVEL - INEXISTÊNCIA DE PROVA PERICIAL - QUANTUM DEVIDO REMETIDO À LIQUIDAÇÃO DE SENTENÇA - JUROS COMPENSATÓRIOS E MORATÓRIOS - CUMULATIVIDADE - REDUÇÃO DA VERBA HONORÁRIA - CUSTAS - ISENÇÃO - REFORMA PARCIAL DA SENTENÇA 1. A área remanescente também deverá ser indenizada se comprovado que com o apossamento restou imprópria e inaproveitável para o fim a que se destinava,. 2. “Inocorre cerceamento de defesa se o juiz, em pedido indenizatório ilíquido, indefere a prova pericial, mas ao condenar o réu determina a liquidação de sentença por arbitramento, justamente para a apuração do quantum debeatur” (AC n. 35.105, Des. Pedro Manoel Abreu) (...) (TJSC, Ap.Cív. n. 1999.014230-2, de Balneário Piçarras, rel. Des. Luiz César Medeiros, j. 24.6.2002)

No caso em tela, o pedido formulado pelos autores da ação cominatória consistiu na relocação da área ou sua conversão em perdas e danos, não quantificados, eis que necessária a produção de provas. Na ação de desapropriação, por sua vez, a autora realizou depósito prévio, contudo, visivelmente aquém do valor devido, reconhecendo, ainda, a necessidade de perícia para a apuração do valor indenizatório final.

Considerando-se os contornos singulares tomados pela presente lide, a qual convergiu na decisão que julgou parcialmente procedentes as demandas, não há que se falar em nulidade do *decisum*. Ademais, destaca-se que a fase de liquidação tem simplesmente o cunho de complementar, a

fim de que ocorra a efetiva realização do direito, o que a sentença ilíquida proferida na fase de conhecimento obrigou.

2.2 Dos juros compensatórios

Busca a apelante a alteração do termo inicial dos juros compensatórios fixados na sentença, para que incidam a partir do laudo pericial.

Acerca dos juros compensatórios, é importante ressaltar que tais elementos se pautam nas Súmulas n. 69 e 114 do Superior Tribunal de Justiça, que assim dispõem, respectivamente:

“Na desapropriação direta, os juros compensatórios são devidos desde a antecipada imissão na posse e, na desapropriação indireta, a partir da efetiva ocupação do imóvel”.

“Os juros compensatórios, na desapropriação indireta, incidem a partir da ocupação, calculados sobre o valor da indenização, corrigido monetariamente”.

Em que pese o conteúdo dos referidos enunciados, em situações especiais, este Órgão Fracionário possuía o entendimento de que os juros compensatórios poderiam ser computados a partir da data da avaliação realizada pelo perito.

Todavia, a questão foi pacificada pelo Grupo de Câmaras de Direito Público, que assim uniformizou a jurisprudência:

UNIFORMIZAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA.
ADMINISTRATIVO. DESAPROPRIAÇÃO DIRETA E
INDIRETA. JUROS COMPENSATÓRIOS. TERMO INICIAL
E FORMA DE CÁLCULO.

Nos termos do verbete sumular 69 do Superior Tribunal de Justiça, ‘na desapropriação direta, os juros compensatórios são devidos desde a antecipada imissão na posse e, na desapropriação indireta, a partir da efetiva ocupação do imóvel’.

De acordo com as súmulas 113 e 114 do mesmo Tribunal, esses juros devem ser calculados sobre o valor da indenização, corrigido monetariamente.

Considerando que os juros compensatórios ‘destinam-se a compensar o que o desapropriado deixou de ganhar com a perda antecipada do imóvel, ressarcir o impedimento do uso e gozo econômico do bem, ou o que deixou de lucrar’ (Ministro Luiz Fux), ainda que a avaliação judicial leve em conta o preço de mercado atual, não se pode retirar do proprietário o direito de ver compensada a perda da posse.

Na apelação cível, restou consignado:

ADMINISTRATIVO. DESAPROPRIAÇÃO DIRETA E INDIRETA. DECLARAÇÃO DE UTILIDADE PÚBLICA E REALIZAÇÃO DE OBRAS QUE ESVAZIARAM O PERFIL ECONÔMICO DOS IMÓVEIS. DEVER DE INDENIZAR. AVALIAÇÃO. ANÁLISE CORRETA DE TODOS OS ASPECTOS NECESSÁRIOS À APURAÇÃO DO VALOR DA INDENIZAÇÃO. ACOLHIMENTO, NA SENTENÇA, DO MENOR VALOR INDICADO PELO PERITO. CRITÉRIO DE RAZOABILIDADE QUE JUSTIFICA A UTILIZAÇÃO DO VALOR MÉDIO. JUROS COMPENSATÓRIOS. INCIDÊNCIA A PARTIR DA OCUPAÇÃO DO IMÓVEL. APLICAÇÃO DAS SÚMULAS 69, 113 E 114 DO STJ. UNIFORMIZAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA DO GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO PÚBLICO. O Grupo de Câmaras de Direito Público compôs a divergência acerca da incidência dos juros compensatórios nas desapropriações diretas e indiretas, passando-se a aplicar as súmulas 69, 113 e 114 do Superior Tribunal de Justiça, independentemente da data de expedição do laudo pericial (AC n. 2008.061448-7). CORREÇÃO MONETÁRIA DA DATA DO LAUDO. JUROS MORATÓRIOS DE 6% AO ANO NA FORMA DO ART. 15-B, DO DECRETO N. 3.365/41. Nas desapropriações diretas ou indiretas, a atualização monetária deve ser calculada a partir da data da avaliação. O art. 15-B, do Decreto-Lei 3.365/41, determina a incidência dos juros moratórios a partir de 1º de janeiro do exercício seguinte àquele em que o pagamento deveria ser realizado, nos termos do art. 100 da Constituição.

HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. FIXAÇÃO QUE DEVE OBSERVAR O ART. 27, § 1º, DO DECRETO N. 3.365/41. REDUÇÃO DA VERBA PARA 5% SOBRE O VALOR DA CONDENAÇÃO. O art. 27, § 1º, do Dec. Lei 3.365/41, alterado pela MP 2.183-56/2001, encontra aplicação em sede de desapropriação indireta” (Ministra Eliana Calmon, EREsp n. 680923/MG). SUCUMBÊNCIA INTEGRAL DO ENTE DEMANDADO. OBRIGATORIEDADE DE REEMBOLSO DOS HONORÁRIOS DO ASSISTENTE TÉCNICO. DEVOLUÇÃO DAS CUSTAS INICIAIS QUE DEVE SER REQUERÍDA ADMINISTRATIVAMENTE AO TJSC. De acordo com o art. 20 do CPC, “a sentença condenará o vencido a pagar ao vencedor as despesas que antecipou”, entendendo-se por despesas, nos termos do § 2º do mesmo dispositivo, não só as custas dos atos do processo, como também a remuneração do assistente técnico. Pagas as custas iniciais pelos demandantes e sendo vencida a Fazenda Pública, o pedido de restituição deve ser feito administrativamente a este Tribunal, tendo em vista a isenção prevista no art. 33 da na LC n. 156/97, com a alteração dada pela LC n. 161/97. RECURSO E REMESSA PARCIALMENTE PROVIDOS. (TJSC, Ap. Cív. n. 2008.061448-7, rel. Des. Subst. Paulo Henrique Moritz Martins da Silva, da Capital, j. 14/5/2010).

Assim, os juros compensatórios devem incidir a partir da data da imissão provisória na posse do imóvel, sendo que, na impossibilidade de obtê-la, da citação dos réus na demanda de desapropriação, em 24 de agosto de 2000, conforme determinado no *decisum*. Ademais, confirma-se que os juros devem incidir sobre o valor da diferença encontrada entre o valor depositado na exordial da desapropriação e o obtido na liquidação de sentença da ação cominatória. Quanto ao seu percentual, destaca-se que

A Medida Provisória 1.577/97, que reduziu a taxa de juros compensatórios em desapropriação de 12% para 6% ao ano, é aplicável no período compreendido entre 11.06.1997, quando foi editada, até 13.09.2001, quando foi publicada a decisão liminar do STF na ADIn 2.332/DF, suspendendo a eficácia da expressão ‘de até seis por cento ao ano’, do caput do art. 15-A do Decreto-lei 3.365/41, introduzida pela referida MP. Nos demais períodos, a

taxa de juros compensatórios é de 12% (doze por cento) ao ano, como prevê a súmula 618/STF (REsp n. 1111829/SP, Min. Teori Albino Zavascki).

Nesse passo, considerando que o *dies a quo* para a incidência dos juros compensatórios remonta ao ano de 2000, deve ser aplicado o percentual 6% ao ano no período entre 24/8/2000 até 13/9/2001, ocasião em que deve passar a 12% ao ano. No mesmo sentido:

(...) ADMINISTRATIVO - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DESAPROPRIAÇÃO INDIRETA - JUROS COMPENSATÓRIOS - DIES A QUO - PERCENTUAL

1 “O Grupo de Câmaras de Direito Público compôs a divergência acerca da incidência dos juros compensatórios nas desapropriações diretas e indiretas, passando-se a aplicar as súmulas 69, 113 e 114 do Superior Tribunal de Justiça, independentemente da data de expedição do laudo pericial (AC n. 2008.061448-7).

2 “A Medida Provisória 1.577/97, que reduziu a taxa de juros compensatórios em desapropriação de 12% para 6% ao ano, é aplicável no período compreendido entre 11.06.1997, quando foi editada, até 13.09.2001, quando foi publicada a decisão liminar do STF na ADIn 2.332/DF, suspendendo a eficácia da expressão ‘de até seis por cento ao ano’, do caput do art. 15-A do Decreto-lei 3.365/41, introduzida pela referida MP. Nos demais períodos, a taxa de juros compensatórios é de 12% (doze por cento) ao ano, como prevê a súmula 618/STF” (REsp n. 1111829/SP, Rel. Min. Teori Albino Zavascki) (TJSC, Ap. Cív. 2010.039636-6, de Chapecó, rel. Des. Luiz César Medeiros, j. 11/10/2010).

Assim, nega-se provimento ao recurso, quanto a este ponto.

2.3 Juros moratórios

No que tange aos juros moratórios, conforme o art. 15-B do Decreto-Lei n. 3.365/41, inserido pela Medida Provisória n. 1.901-30/99, assim ficou estabelecido:

Art. 15-B – Nas ações a que se refere o artigo anterior, os juros moratórios destinam-se a recompor a perda decorrente do atraso no efetivo pagamento da indenização fixada na decisão final de mérito, e somente serão devidos à razão de até seis por cento ao ano, a partir de 1º de janeiro do exercício seguinte àquele em que o pagamento deveria ser feito, nos termos do art. 100 da Constituição. (Incluído pela Medida Provisória nº 2.183-56, de 2001)

Neste sentido, colhe-se da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. DESAPROPRIAÇÃO DIRETA. JUROS COMPENSATÓRIOS. MP 1.577/97 E REEDIÇÕES. INAPLICABILIDADE ÀS SITUAÇÕES JÁ CONSOLIDADAS. JUROS MORATÓRIOS. APLICAÇÃO DA LEI VIGENTE AO TEMPO DO TRÂNSITO EM JULGADO. ART. 15-B DO DECRETO-LEI 3.365/41, INSERIDO PELA MP 1.901-30/99. INCIDÊNCIA DOS JUROS MORATÓRIOS SOBRE OS COMPENSATÓRIOS. SÚMULA 102/STJ.

[...]

5. O art. 15-B do Decreto-Lei 3.365/41 determina a incidência dos juros moratórios a partir de 1º de janeiro do exercício seguinte àquele em que o pagamento deveria ser feito, nos termos do art. 100 da Constituição, orientação, inclusive, que se harmoniza com a mais recente jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, no sentido de afastar a mora imputada à Fazenda Pública nas hipóteses em que o pagamento é realizado dentro das determinações constitucionalmente estabelecidas no art. 100 da CF/88 (regime de precatórios).

6. A obrigação de efetuar o pagamento da indenização, quando não for aceito o preço inicialmente ofertado, nasce com o trânsito em julgado da sentença, a partir de quando a Fazenda Pública passa a incidir em mora.

A lei aplicável, portanto, no que tange ao termo inicial de incidência dos juros moratórios, é a vigente nesse momento.

7. Deve-se ressaltar, tão-somente, que a primeira medida provisória — decorrente de reedição da MP 1.577/97 — a introduzir o art. 15-B na redação do Decreto-Lei 3.365/41, relativamente ao termo inicial para a incidência dos juros moratórios, foi a MP 1.901-30/99, publicada no Diário Oficial de 27 de setembro de 1999, e não a MP 1.577/97.

[...]

9. Recurso especial parcialmente provido (REsp 620.608/RS, rel. Min. Denise Arruda, j. 04.04.2006).

Outro não é o entendimento neste Tribunal:

DESAPROPRIAÇÃO INDIRETA - IMÓVEL PARTICULAR DESAPOSEADO PARA A CONSTRUÇÃO DE RODOVIA ESTADUAL - INDENIZAÇÃO DEVIDA - VALORIZAÇÃO DA ÁREA REMANESCENTE DO IMÓVEL DESAPROPRIADO - IMPOSSIBILIDADE DE ABATIMENTO DO MONTANTE INDENIZATÓRIO. (...) JUROS MORATÓRIOS - DEVIDOS NO PATAMAR DE 6% AO ANO - APLICAÇÃO DO ART. 15-B, DO DECRETO-LEI 3.365/41 - DIES A QUO - 1º DE JANEIRO DO EXERCÍCIO SEGUINTE ÀQUELE EM QUE O PAGAMENTO DEVERIA SER FEITO. - “Segundo o art. 15-B, do Decreto-lei n. 3.365/41, com a redação dada pelas MP n. 1.577/97, 1.901-30/99 e 2.183-56/01, nas desapropriações diretas e indiretas com trânsito em julgado posterior à implantação dessa nova sistemática, os juros moratórios são de 6% (seis por cento) ao ano, contados “a partir de 1º de janeiro do exercício seguinte àquele em que o pagamento deveria ser feito, nos termos do art. 100 da Constituição”. (Apelação Cível n. 2007.012527-9, de Palmitos. Relator: Des. Jaime Ramos., j. em 24.04.07).

(grifou-se) (...) (TJSC, Ap. Cív. 2011.010384-3, de Modelo, rel. Des. Sérgio Roberto Baasch Luz, j. 10/5/2011).

Dessa forma, deve ser adequada a incidência dos juros moratórios, no percentual de 6% ao ano, a partir de 1º de janeiro do exercício seguinte àquele em que o pagamento deveria ser feito.

2.4 Não incidência de ITBI

Expõe a apelante que o magistrado, ao prolatar a sentença, deixou de mencionar se incidiria ou não na hipótese Imposto de Transmissão de Bens Imóveis – ITBI. Opostos embargos de declaração, estes foram rejeitados, por não ter sido a matéria ventilada em sede inicial.

Em verdade, esta Corte não pode se pronunciar sobre o assunto, sob pena de supressão de instância.

Tal matéria não constituiu a causa de pedir descrita na inicial e, por isso, se não fundamentada, não pode ser analisada.

A respeito da matéria Theotônio Negrão e José Roberto F. Gouvêa anotam:

1) A questão não suscitada (nem discutida no processo) não pode ser objeto de apreciação pelo tribunal, no julgamento da apelação. De questão de fato, presa ao interesse da parte, não pode o Tribunal tomar conhecimento de ofício. Hipótese em que ocorreu ofensa ao art. 515, § 1º, do CPC (STJ-3ª T., RESP 29.873-1-PR, rel. Min. Nilson Naves, j. 9.3.93, deram provimento, v.u., DJU 26.4.93, p. 7.204)

2) As questões não suscitadas e debatidas em 1º grau não podem ser apreciadas pelo Tribunal na esfera de seu conhecimento recursal, pois, se o fizesse, ofenderia frontalmente o princípio do duplo grau de jurisdição (JTA 111/307). (Código de Processo Civil e legislação processual em vigor, 40ª ed., São Paulo, Editora Saraiva, 2008, p. 684).

É da jurisprudência:

A matéria não aventada em primeiro grau não pode ser apreciada pelo juízo ad quem, sob pena de supressão de instância, a teor dos

artigos 515 e 517 do Código de Processo Civil. [...] (Apelação Cível n. 2006.007689-4, de Joaçaba. Rel.: Des. Luiz Carlos Freyesleben Segunda Câmara de Direito Civil, j. 10.12.2007)

Diga-se, finalmente, que quando o Decreto-Lei nº 3.365/41, em seu art. 27, § 2º, prevê que “a transmissão da propriedade, decorrente de desapropriação amigável ou judicial, não ficará sujeita ao imposto de lucro imobiliário”, está tratando, na espécie, de imposto de renda.

Sendo o ITBI um imposto de competência impositiva dos Municípios, não há como estabelecer tal isenção, uma vez que o Município de Itá, eventual interessado na arrecadação, não integrou a lide, sob pena de violação ao disposto no art. 472 do Código de Processo Civil.

Dessa forma, quanto a este ponto, não se conhece do recurso.

3 Reexame necessário

Confirma-se, em sede de reexame necessário, os demais pontos abordados na sentença, eis que de acordo com o ordenamento jurídico vigente e os precedentes deste Órgão Fracionário.

Ante o exposto:

Quanto à apelação n. 2009.013932-2: não se conhece do agravo retido e dá-se provimento parcial ao recurso e à remessa, para arbitrar os honorários advocatícios a serem pagos ao procurador dos demandantes em R\$ 2.500,00 (dois mil e quinhentos reais).

Quanto à apelação n. 2009.014095-4: não se conhece dos agravos retidos e conhece-se parcialmente o recurso, dando a ele provimento parcial, para adequar a incidência dos juros moratórios, no percentual de 6% ao ano, a partir de 1º de janeiro do exercício seguinte àquele em que o pagamento deveria ser feito.

Este é o voto.

CÂMARA CIVIL ESPECIAL

AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO

Agravo Regimental em Agravo de Instrumento n. 2011.083158-8/0001.00, da Capital

Relator: Des. Subst. Rodolfo C. R. S. Tridapalli

AGRAVO REGIMENTAL (ART. 195 DO RITJSC) – APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE – CONHECIMENTO DO RECLAMO COMO AGRAVO SEQUENCIAL (ART. 557, § 1º, DO CPC) EM AGRAVO DE INSTRUMENTO - DECISÃO MONOCRÁTICA QUE JULGOU EXTINTA, SEM APRECIÇÃO DO MÉRITO, NOS TERMOS DO ART. 267, VI, DO CPC, A AÇÃO POPULAR AJUIZADA NA ORIGEM, PELA SUPERVENIENTE AUSÊNCIA DO INTERESSE PROCESSUAL – PERDA DO OBJETO – PRETENDIA A DECLARAÇÃO DE NULIDADE DE CONTRATO ADMINISTRATIVO FIRMADO A PARTIR DE DITO ILEGAL PROCEDIMENTO DE DISPENSA DE LICITAÇÃO – POSTERIOR REVOGAÇÃO DO PROCEDIMENTO DE DISPENSA DO CERTAME LICITATÓRIO E RESCISÃO DO CONTRATO ADMINISTRATIVO DELE PROVENIENTE PELO PODER PÚBLICO – CELEBRAÇÃO DE NOVO CONTRATO ADMINISTRATIVO DECORRENTE DA LICITAÇÃO PÚBLICA NA MODALIDADE DE PREGÃO PRESENCIAL, HOMOLOGADA PELO TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO, COM A VENCEDORA DO CERTAME – AUSÊNCIA DE PREJUÍZO À ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E A TERCEIROS – PRE-

VALÊNCIA DO INTERESSE PÚBLICO E OBSERVÂNCIA AOS REQUISITOS LEGAIS NO MOMENTO DA PRÁTICA DOS ATOS ADMINISTRATIVOS – IMPOSSIBILIDADE DE O AUTOR POPULAR DE ALTERAR O PEDIDO APÓS A CITAÇÃO DOS RÉUS, SEM A CONCORDÂNCIA DESTES – INTELIGÊNCIA DO ART. 264 DO CPC – DECISÃO MONOCRÁTICA MANTIDA E RECURSO IMPROVIDO.

O contrato hostilizado pela Ação Popular é fruto do procedimento de Dispensa de Licitação n. 49/2011, deflagrado em virtude da urgência da implantação do sistema de automação para a Diretoria da Imprensa Oficial e Editora de Santa Catarina – DIOESC.

Contudo, mesmo antes do interregno compreendido entre o ajuizamento da Ação Popular e da decisão agravada, o mencionado contrato foi rescindido pelo Poder Público, diante da decisão do Tribunal de Contas do Estado na Representação n. 11/00197173, que autorizou a conclusão da licitação pública na modalidade de pregão presencial, a qual culminou com a celebração de novo contrato com a empresa vencedora do certame, a mesma do anteriormente celebrado.

Não há como declarar a nulidade de procedimento de dispensa de licitação e de contrato administrativo que, diante da oportunidade e conveniência, foram prontamente revogados e rescindidos pela Administração Pública, respeitados os princípios da legalidade, do interesse público e da publicidade. Nem como estender o pedido ao contrato administrativo 29/2011, pois isso reputa pedido novo, cuja formulação é vedada após a citação do réu, sem a sua concordância, a teor do art. 264 do CPC.

Se, depois da propositura da ação, algum fato constitutivo, modificativo ou extintivo do direito influir no julgamento da lide, caberá ao juiz tomá-lo em consideração, de ofício ou a requerimento da parte, no momento de proferir a sentença.

Considerando-se que o interesse processual, como condição da ação que é, trata-se de matéria de ordem pública, reconhecível em qualquer fase do processo e grau de jurisdição, a solução mais apropriada à controvérsia é, desde logo, julgar extinta, sem apreciação do mérito a Ação Popular, na forma do art. 267, VI, do CPC.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo Regimental em Agravo de Instrumento n. 2011.083158-8/0001.00, da comarca da Capital (1ª Vara da Fazenda Pública), em que é agravante LUCIANO SCAMPINI, e agravado MILTON MARTINI E OUTROS:

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

Participaram do julgamento, realizado nesta data, a Exma. Sra. Des. Cláudia Lambert de Faria e o Exmo. Sr. Des. Monteiro Rocha, que o presidiu.

Funcionou como Representante do Ministério Público o Exmo. Sr. Dr. Paulo Roberto de Carvalho Roberge

Florianópolis, 26 de janeiro de 2012.

RODOLFO C. R. S. TRIDAPALLI
RELATOR

RELATÓRIO

Ação: Popular ajuizada por LUCIANO SCAMPINI, ora Agravado, contra o Secretário de Estado da Administração, MILTON MARTINI, em que objetiva, em síntese, obter a declaração de nulidade do contrato administrativo n. 026/2011, firmado entre o ESTADO DE SANTA CATARINA e a empresa KNOWARE TECNOLOGIA LTDA, cujo objeto é o fornecimento e a implantação do sistema de automação para a Diretoria da Imprensa Oficial e Editora de Santa Catarina – DIOESC, abrangendo o processo de envio de matérias para a publicação, organização das matérias, diagramação/geração/edição eletrônica do Diário Oficial, geração da matriz para impressão, publicação da versão eletrônica, emissão de boleto para pagamento de valores, controle de valores recebidos e a receber e a integração com sistemas administrativos e financeiros, e orçamentos de produtos gráficos (fls. 41/62).

Pronunciamento do Juízo de Primeiro Grau: deferiu a liminar para: a) suspender o contrato n. 026/2011, inclusive, paralisar os serviços e proibir quaisquer pagamentos decorrentes, sob pena de cominação de multa pessoal ao Secretário de Estado da Administração, ora Agravante, e à empresa Knoware Tecnologia Ltda., no valor de R\$ 10.000,00 (dez mil reais) por dia, para cada qual; e b) determinar a indisponibilidade do patrimônio dos réus MILTON MARTINI e KNOWARE TECNOLOGIA LTDA até o valor de R\$ 1.598.522,50 (um milhão, quinhentos e noventa e oito mil, quinhentos e vinte e dois reais e cinquenta centavos) (162-175).

Recurso: Agravo por Instrumento com pedido de efeito suspensivo ativo, para: a) extinguir a Ação Popular, diante da flagrante carência da ação, caracterizada pela falta de interesse de agir; e, b) em cumulação eventual, suspender a decisão que determinou a suspensão da execução do contrato emergencial n. 026/2011 e o bloqueio do patrimônio do Agravante (fls. 2/37).

Pronunciamento do Juízo de Segundo Grau no Agravo de Instrumento: acolheu o pedido do Agravante e julgou extinta, sem apreciação do mérito a Ação Popular n. 023.11.051639-0, na forma do art. 267, VI, do CPC e, por consequência lógica, revogou a liminar concedida pelo Magistrado *a quo*, pela superveniente ausência do interesse processual (perda do objeto) (fls.1053/1062).

Agravo Interno: LUCIANO SCAMPINI interpôs Agravo Regimental (art. 195 do RITJSC), aduzindo, em síntese: a) impossibilidade de revogação do processo administrativo de dispensa de licitação, após o início da execução do contrato; b) impossibilidade de convalidação do ato de contratação emergencial, diante da existência de impugnação judicial, por meio do ajuizamento da Ação Popular n. 023.11.051639-0 (autos de origem); c) ausência dos pressupostos legais para a rescisão consensual do contrato; d) inexistência de efetiva rescisão do contrato anterior, havendo apenas alteração de forma, visto que os serviços continuam a ser prestados nos mesmos termos, no mesmo local, sujeitas as partes às mesmas condições contratuais; e) supressão de 80% do objeto e do valor da licitação, por ocasião da celebração do termo aditivo ao contrato administrativo n. 29/2009, que promove a alteração quantitativa do objeto e do preço contratado; f) impossibilidade de atribuição de efeitos retroativos ao novel contrato, tal qual sua execução tivesse iniciado no mês de julho; g) ausência de situação de emergência a justificar o procedimento de dispensa de licitação, porquanto o próprio Estado disponibiliza um emissor gratuito de nota fiscal eletrônica no próprio sítio eletrônico da Secretaria de Estado da Fazenda Pública; h) o fato de um determinado fornecedor, hipoteticamente, deixar de fornecer filmes de impressão, não afasta a possibilidade de que outros inúmeros possam fazê-lo (fls. 1113/1138).

Este é o relatório.

VOTO

Num primeiro momento, faz-se necessário abordar o princípio da fungibilidade recursal, porquanto o Agravante interpôs Agravo Regimental, com fulcro no art. 195 do RITJSC, o qual não foi recepcionado pela Constituição da República de 1988.

A jurisprudência desta Câmara é consolidada no sentido da possibilidade do conhecimento do Agravo Regimental (art. 195 do RITJSC) como Inominado (art. 557, § 1º, do CPC), se dirigido à decisão monocrática de Relator que nega seguimento ou confere provimento a recurso, ainda que parcialmente, dado o princípio da fungibilidade, tanto em relação ao prazo quanto à desnecessidade de preparo (cf. Agravo (§ 1º art. 557 do CPC) em Apelação Cível n. 2011.054125-6/0001.00 e Agravo Regimental em Embargos de Declaração em Apelação Cível n. 2011.054125-6/0002.01, de Joinville, Relator: Des. RICARDO FONTES, j. 27/10/2011).

Impõe-se, assim, o conhecimento do recurso como Agravo Sequencial.

Dito isso, passa-se à análise da *quaestio*.

Ao Agravo Interno ou Sequencial do Recorrente, apesar de tempestivo, deve ser negado provimento, porquanto compulsando os autos, constatou-se que, de fato, houve a superveniente perda do objeto da Ação Popular n. 023.11.051639-0, interposta na origem. Isso porque o autor popular pretendia a declaração de nulidade do contrato administrativo n. 026/2011, firmado entre o ESTADO DE SANTA CATARINA e a empresa KNOWARE TECNOLOGIA LTDA. É o que se extrai da petição inicial acostada ao recurso de Agravo de Instrumento (fls. 41/62):

VIII – DO PEDIDO FINAL

Pelo exposto e pelo mais que certamente será suprido pelo elevado saber jurídico de Vossa Excelência, o Autor requer que:

[...]

f) Ao final, seja julgada totalmente procedente esta ação popular, declarando-se em sentença de mérito a nulidade do contrato firmado a partir da ilegal dispensa de licitação, com os efeitos previstos no art. 59 da Lei de Licitações, promovendo-se a reparação ao erário, no montante da condenação que vier a ser proferida.

Salienta-se que o contrato hostilizado é fruto do procedimento de Dispensa de Licitação n. 49/2011, deflagrado em virtude da urgência da implantação do sistema de automação para a Diretoria da Imprensa Oficial e Editora de Santa Catarina – DIOESC, que abrange o processo de envio de matérias para a publicação, organização, diagramação/geração/edição eletrônica do Diário Oficial, geração da matriz para impressão, publicação da versão eletrônica, emissão de boleto para pagamento de valores, controle de valores recebidos e a receber e a integração com sistemas administrativos e financeiros, e orçamentos de produtos gráficos (objeto do contrato administrativo n. 026/2011).

Contudo, mesmo antes do interregno compreendido entre o ajuizamento da Ação Popular (7/10/2011) e da decisão agravada (17/10/2011), o mencionado contrato foi rescindido pelo Poder Público, diante da decisão do Tribunal de Contas do Estado, proferida na data de 14/8/2011, na Representação n. 11/00197173, formulada pela empresa Gendata Sistemas e Empreendimentos S/S Ltda, que autorizou a conclusão da licitação pública na modalidade de pregão presencial. Veja-se às fls. 319/320:

O TRIBUNAL PLENO, diante das razões apresentadas pelo Relator e com fulcro nos arts. 59 da Constituição Estadual, 1º da Lei Complementar n. 202/2000 e 6º da Instrução Normativa n. Tc-05/2008, *por maioria de votos*, decide:

6.1. Conhecer do Edital de Pregão Presencial n. 09/2011, de 11/04/2011, da Secretaria do Estado da Administração, cujo objeto é a contratação de empresa especializada no fornecimento e implantação de sistema de automação para a Diretoria de Imprensa

Oficial e Editora de Santa Catarina – DIOESC, abrangendo o processo de envio de matérias para publicação, organização das matérias, diagramação/geração/edição eletrônica do Diário Oficial, geração da matriz para impressão, publicação da versão eletrônica, emissão de boleto para pagamento de valores, controle de valores recebidos e a receber e a integração com sistemas administrativos e financeiros, e orçamentos de produtos gráficos, nos termos e condições estabelecidas no Edital e seus Anexos, pelo prazo de 12 meses [...]

[...]

6.3. Revogar a sustação cautelar dos procedimentos relativos ao Edital de Pregão Presencial n. 09/2011, da Secretaria de Estado da Administração, determinada pela Decisão Singular n. 10/2011 e ratificada, posteriormente, pela Decisão Plenária n. 1435/2011.

Por conseguinte, tendo em vista a decisão da Corte de Contas, a Secretaria do Estado da Administração decidiu revogar a Dispensa de Licitação n. 49/2011 e rescindiu o Contrato Administrativo n. 26/2011, conferindo, por lógico, o prosseguimento do procedimento licitatório de Pregão Presencial n. 9/2011, ao tempo em que celebrou com a empresa vencedora do certame – KNOWARE TECNOLOGIA LTDA – o Contrato Administrativo n. 29/2011, em 14/10/2011, antes mesmo da liminar concedida nos autos popular (fls. 339-345).

Infere-se do Extrato de Termo de Revogação (fl. 338):

O Secretário de Estado da Administração do Estado de Santa Catarina, no uso de suas atribuições, **REVOGA, por conveniência e oportunidade, com base no parecer nº 701/2011 da Consultoria Jurídica, o procedimento de Dispensa de Licitação n. 49/2011, e, RESCINDE, nos termos do art. 79, II, da Lei Federal n. 8.666/93, o Contrato nº 26/2011 [...], tendo em vista o julgamento do Processo nº REP-11/00197173, decisão nº 2609/2011, em que o Pleno do Tribunal de Contas do Estado de Santa Catarina decidiu [...] conhecer do Edital de Pregão Presencial n. 09/2011, de 11/04/2011, da Secretaria de Estado da Administração [...], bem como revogou a suspensão cautelar**

determinada pela decisão singular nº 10/2011, posteriormente ratificada pela decisão plenária nº 1435/2011.

Forçoso concluir que o Contrato n. 026/2011, emergencial, celebrado com fundamento na dispensa de licitação prevista no inciso IV do art. 24 da Lei n. 8.666/93, foi substituído pelo contrato definitivo n. 029/2011, precedido de licitação pública, o qual sanou qualquer pretensa ilegalidade havida no contrato emergencial n. 026/2011, convalidando-o. Além do mais, a substituição do contrato emergencial pelo definitivo desconstitui qualquer pretensão prejuízo ou dano ao interesse público ou particular, consagrando a máxima *pás de nulité sans grief* (não há nulidade sem prejuízo), ao passo que, definitivamente, não houve lesão ao ente federativo estadual.

A fim de atacar este ponto, sustenta o Agravante a impossibilidade de revogação de processo de dispensa de licitação depois de efetivada a contratação dele decorrente, porque uma vez celebrada a contratação o ato de dispensa se exaure, constituindo-se em ato insuscetível de revogação, pela simples razão de que se opera a preclusão do ato anterior pela prática do ato sucessivo.

No entanto, a mencionada tese não se aplica à hipótese dos autos. Explico. A revogação, *in casu*, ocorreu por interesse público, segundo critérios de conveniência e oportunidade, elementos típicos do poder discricionário do Estado, porquanto não se alinhou nenhuma ilegalidade nos atos da licitação – justamente como verificou o próprio Tribunal de Contas do Estado –, e sim apenas o interesse da Administração.

Com efeito, a autoridade competente para a aprovação do procedimento somente poderá revogar a licitação por razões de interesse público decorrente de fato superveniente devidamente comprovado, a teor do art. 49 da Lei n. 8.666/93.

Segundo MARÇAL JUSTEN FILHO:

Na revogação, o desfazimento do ato administrativo não decorre de vício ou defeito. Aliás, muito pelo contrário. Somente se alude à revogação se o ato for válido e perfeito: se defeituoso, a Administração deverá efetivar sua anulação. A revogação se funda em juízo que apura a conveniência do ato relativamente ao interesse público. No exercício de competência discricionária, a Administração desfaz seu ato anterior por reputá-lo incompatível com o interesse público. A revogação pressupõe que a Administração disponha da liberdade para praticar um certo ato ou para determinar alguns de seus aspectos. Após praticado o ato, a Administração verifica que o interesse público poderia ser melhor satisfeito por outra via. Promoverá, então, o desfazimento do ato anterior. A isso se denomina de revogação (Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. 9. ed. São Paulo: Dialética, 2002. p. 438).

Como se vê, a revogação da licitação se assenta em motivos de oportunidade e conveniência administrativa, é ato privativo da administração. São as conveniências do serviço que comandam a revogação e constituem a justa causa da decisão revocatória e, por isso, precisam ser motivadas, sob pena de se converterem em ato arbitrário, incompatível com o direito.

O art. 49, *caput*, da Lei n. 8.666/93 assegura que somente poderá ser revogada a licitação com base em “razões de interesse público decorrente de fato superveniente devidamente comprovado”. As razões determinantes da revogação devem estar fundamentadas em fato superveniente à instauração do certame, o que pode, inclusive, ser submetido ao crivo do Poder Judiciário. Nesse desiderato, não pode a Administração Pública revogar a licitação sob a justificativa de que, quando do seu lançamento, não era conveniente ou oportuna. Não é dado à Administração reavaliar acerca do juízo de conveniência promovido anteriormente.

Da mesma forma, as razões de interesse público determinantes da revogação devem ser explicitadas pela autoridade competente, com a devida motivação da conveniência e da oportunidade do desfazimento.

A revogação não pode simplesmente ser amparada em fatos vazios de motivação, em supostas “razões de Estado” ou justificativas obscuras e apartadas de qualquer senso de razoabilidade e proporcionalidade. A revogação pressupõe comprovação robusta das alegadas razões de interesse público.

Havendo, pois, fato superveniente à instauração da licitação, devidamente justificado e comprovado de forma incontestada, que torne inviável a manutenção do certame sem afronta ao interesse público, a revogação poderá ser praticada a qualquer tempo, mesmo que, inclusive, já promovida a adjudicação do objeto e encerrada a licitação (cf. CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. O direito dos particulares à indenização no caso de desfazimento (revogação e anulação) de licitações e contratos administrativos. Retirado: <www.jus.com.br/revista/texto/12904>. Disponível em 8/12/2011)

Na hipótese aqui discutida, o ente público, diante da decisão do Tribunal de Contas do Estado proferida na Representação n. 11/00197173, formulada pela empresa Gendata Sistemas e Empreendimentos S/S Ltda, que decidiu conhecer do Edital de Pregão Presencial n. 09/2011, de 11/04/2011, da Secretaria do Estado da Administração e revogar a sustação cautelar dos procedimentos relativos ao certame, por meio do órgão competente, revogou a Dispensa de Licitação n. 49/2011 e rescindiu o Contrato Administrativo n. 26/2011, conferindo, por lógico, o prosseguimento do respectivo procedimento licitatório, ao tempo em que celebrou com a empresa vencedora do certame – KNOWARE TECNOLOGIA LTDA – o Contrato Administrativo n. 29/2011, em 14/10/2011, antes mesmo da liminar concedida nos autos popular.

Infere-se do Extrato de Termo de Revogação, que o ato revogatório da dispensa de licitação n. 49/2011 e a rescisão do contrato administrativo n. 26/2011, foram devidamente motivados, veja-se para rememorar(fl. 338):

O Secretário de Estado da Administração do Estado de Santa Catarina, no uso de suas atribuições, **REVOGA, por conveniência e oportunidade, com base no parecer nº 701/2011 da Consultoria Jurídica, o procedimento de Dispensa de Licitação n. 49/2011, e, RESCINDE, nos termos do art. 79, II, da Lei Federal n. 8.666/93, o Contrato nº 26/2011 [...], tendo em vista o julgamento do Processo nº REP-11/00197173, decisão nº 2609/2011, em que o Pleno do Tribunal de Contas do Estado de Santa Catarina decidiu [...] conhecer do Edital de Pregão Presencial n. 09/2011, de 11/04/2011, da Secretaria de Estado da Administração [...], bem como revogou a suspensão cautelar determinada pela decisão singular nº 10/2011, posteriormente ratificada pela decisão plenária nº 1435/2011.**

Logo, diferentemente do que sustenta o Agravante, o ato revogatório do procedimento de dispensa de licitação foi fundado em ato legítimo, válido e eficaz, proveniente da Corte de Contas do Estado. Portanto, presentes todos os requisitos de validade do ato administrativo.

Voltando à problemática do momento da revogação, JUSTEN FILHO entende que “deve reconhecer-se competência para revogação a qualquer tempo, respeitados limites insuperáveis. O juízo de conveniência, exercitado por ocasião da homologação, não pode ser renovado posteriormente. Porém, o surgimento de fatos novos poderá autorizar avaliação acerca da conveniência da manutenção dos efeitos da licitação. Diante de fato novo e não obstante a existência de adjudicação do objeto a um particular, a Administração tem o poder de revogação. Poderá revogar adjudicação e a homologação anterior, evidenciando que a nova situação fática tornou inconveniente ao interesse público a manutenção do ato administrativo anterior” (ob. cit. , p. 482)

Diz-se “poderá ser praticada a qualquer tempo”! Mas é importante ressaltar que, muito embora o entendimento da doutrina e da jurisprudência consolidada desde a Súmula 473 do STF, a revogação não deve ser encarada como uma faculdade da Administração Pública, no sentido de

que ao agente público seja dado dispor acerca da revogação ou não do ato administrativo. Havendo razões de interesse público decorrentes de fatos supervenientes à instauração da licitação, desde que devidamente comprovada a inconveniência na contratação, não é dado à Administração dispor acerca da revogação ou não do certame. Nestes casos, a revogação toma a feição de verdadeiro dever.

Havendo justificativa fática que sustente e comprove a afronta ao interesse público por conta da manutenção do contrato administrativo, esse deverá ser revogado, já que “o juízo de conveniência pode ser exercitado após a contratação (para o efeito de desfazer unilateralmente o contrato)” (ob. cit. , p. 482) .

Entretanto, o contrato administrativo somente poderá ser rescindido por razões de interesse público em casos excepcionais, já que o artigo 78, XII da Lei Federal n. 8.666/93 restringe claramente os casos de revogação do contrato administrativo àquelas circunstâncias de “alta relevância” e “amplo conhecimento”, devidamente justificadas e apuradas em regular procedimento administrativo, o que, diga-se, foi justamente o que ocorreu na hipótese relatada e amplamente comprovada no presente Agravo de Instrumento.

Para fins de rescisão unilateral do contrato administrativo, explica JOSÉ SÉRGIO DA SILVA CRISTÓVAM, no artigo jurídico citado, que o interesse público deve ser justificado em fatos de alta relevância e amplo conhecimento, sendo insuficiente a simples alegação do interesse público, se órfã de robusta comprovação das sérias lesões decorrentes da manutenção do contrato, bem como das circunstâncias extraordinárias, dos danos irreparáveis ou de difícil reparação.

Ademais, a revogação, aqui discutida, não se reveste de efeito retroativo, na medida em que se mantiveram hígidos e válidos os atos advindos da execução do Contrato Administrativo n. 26/2011, porquanto

não foram revogados os pagamentos realizados ou os serviços prestados. Além disso, é possível dizer que o novo contrato “encampou” o antigo, em todos os seus efeitos, uma vez que não houve alteração na sua essência.

Melhor sorte não merece a assertiva da impossibilidade de convalidação do ato de contratação emergencial, diante da existência de impugnação judicial, por meio do ajuizamento da Ação Popular n. 023.11.051639-0 (autos de origem), ocorrida antes da revogação do procedimento de dispensa de licitação e da rescisão do Contrato Administrativo n. 26/2011.

Dessume-se dos autos que a aludida Ação Popular foi proposta em data de 7/10/2011, e a decisão em sede liminar foi exarada em 17/10/2010, enquanto o novo Contrato Administrativo n. 29/2011, proveniente do Pregão Presencial n. 9/2011, foi celebrado em data de 11/10/2011, antes de estabelecida a angularização processual, pois o Agravante, naquele momento, sequer havia sido citado.

Para JOSÉ DOS SANTOS CARVALHO FILHO, “A convalidação (também denominada por alguns autores de aperfeiçoamento ou sanatória) é o processo de que se vale a Administração para aproveitar os atos administrativos com vícios superáveis, de forma a confirmá-los no todo ou em parte” (*in Manual de Direito Administrativo*. 24 ed. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2011. p. 151). Ressalta, ainda, que a Lei n. 9.784/1999 contemplou a convalidação, averbando que a Administração pode declará-la quando forem sanáveis os vícios e não sobrevier prejuízo ao interesse público ou a terceiros (ob. cit., p. 153).

É claro que tal instituto sofre limitações, e uma delas é justamente a existência de impugnação do interessado. Todavia, com todo o respeito aos argumentos do Agravante, tal não se aplica ao caso concreto. Isso porque, não se vê razões impeditivas, então, para o Estado de Santa Catarina

convalidar o ato anteriormente praticado, já que afastada a possibilidade de ter havido lesão ao erário estadual.

Nada obstante, a citação do Estado na Ação Popular ocorreu posteriormente ao ato que revogou o processo de dispensa de licitação e rescindiu o contrato administrativo por ela atacado, de sorte que mencionada ação ainda não era conhecida pelo Poder Público, o qual agiu, segundo exaustivamente delineado, em observância aos princípios da legalidade e do interesse público. Acrescenta-se que sequer houve prejuízo a terceiros, porquanto a empresa contratada permaneceu sendo a mesma e a execução do objeto contratado continuou sendo realizada.

Aqui, sim, em se tratando de convalidação, há se falar em efeitos retroativos, na medida em que todos os atos anteriores decorrentes da execução do contrato administrativo permanecem válidos e surtindo os devidos efeitos, tanto que confirmados por ocasião da celebração do novel Contrato n. 29/2011, decorrente do certame licitatório Pregão Presencial n. 9/2011, homologado pelo Tribunal de Contas do Estado.

Nesse ínterim, coaduna-se a jurisprudência catarinense, adequando-se ao caso concreto aquilo que tem de ser adequado:

ACÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – LEI MUNICIPAL – CONCESSÃO DO ESGOTAMENTO SANITÁRIO – ATIVIDADES INTERLIGADAS AO FORNECIMENTO DE ÁGUA – AUTORIZAÇÃO LEGISLATIVA POSTERIOR – CONVALIDAÇÃO DO ATO – INCONSTITUCIONALIDADE INEXISTENTE – AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DA MORALIDADE, LEGALIDADE E INTERESSE PÚBLICO

“Convalidação ou saneamento é o ato administrativo pelo qual é suprido o vício existente em um ato ilegal, com efeitos retroativos à data em que este foi praticado.[...] Vale dizer que a convalidação aparece como faculdade da Administração, portanto, como ato discricionário, somente possível quando os atos inválidos não acarretam lesão ao interesse público nem prejuízo a terceiros” (DI

PIETRO. Maria Sylvia. Direito Administrativo, 19 ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 253/254) (ADI n. 2010.044515-7, Rel. Des. LUIZ CÉZAR MEDEIROS, Órgão Especial, j. 10/2/2011).

Superadas essas questões pontuais, nada altera o panorama dos autos, cujo cerne da questão gira em torno da perda superveniente do interesse processual, pois foge da lógica jurídica declarar a nulidade de atos que não estão mais presentes no mundo fático.

A suspensão liminar do Pregão Presencial n. 009/2011, em que se sagrou vencedora a empresa KNOWARE TECNOLOGIA LTDA, pelo TCE, mostrou-se extremamente prejudicial para o Estado, porquanto, ao contrário do que afirmou o Magistrado *a quo* na decisão agravada, os danos a serem suportados com a paralisação da execução do serviço, inclusive de ordem financeira relacionado com a prejudicialidade na arrecadação de impostos, são imensuráveis. Aliás, o conjunto probatório trazido a conhecimento é patente ao indicar os problemas enfrentados pelo ente público, muito bem reproduzidos no Parecer n. 511/2011 da SEA, cujo trecho essencial vale à pena citar (fls. 443-445v):

Entretanto, de acordo com as informações fornecidas pela Diretora da DIOESC, a Sra. Maria Terezinha Debatin, através do e-mail (cópia anexa), a gráfica do Estado está enfrentando problemas com clientes por **ausência de emissão da nota fiscal eletrônica**. Informou que os particulares que buscam os serviços oficiais para a publicação de seus balanços, e que representam o maior percentual de faturamento da gráfica, estão se insurgindo em relação ao pagamento dos serviços sem a emissão da competente nota fiscal eletrônica.

O mesmo problema estaria ocorrendo também com os entes e órgãos públicos. No e-mail, a Diretora relata que a UDESC já informou que só vai pagar seus impressos mediante expedição de nota fiscal eletrônica.

Na legislação, a obrigatoriedade da emissão de nota fiscal eletrônica foi introduzida pelo Conselho Nacional de Política Fazendária – CONFAZ e pelo Secretário Geral da Receita Federal do Brasil, por

meio do Ajuste SINIEEF 07/05. Importante salientar que desde 2009 o Estado de Santa Catarina é signatário do Protocolo ICMS 42, de 3 de julho de 2009, no qual ficou acordada a **obrigatoriedade** de utilização da **Nota Fiscal Eletrônica (NF-e)**, com a estipulação de datas para a implantação do novo sistema. A última prorrogação do prazo fixou como data limite para início da utilização da Nota Fiscal Eletrônica **1º de outubro de 2011** (Protocolo ICMS nº 07 CONFAZ).

Diante do prazo exíguo para a implementação da Nota Fiscal Eletrônica, conforme Protocolo ICMS 42/2009 firmado com o CONFAZ impõe-se ao Estado de Santa Catarina a adoção de medidas urgentes para o cumprimento da norma legal.

Alia-se aos fatores acima delineados, o fato de a gráfica oficial do Estado ficar sem insumo para a produção de seus impressos. Conforme relatório da DIOESC, a Diretora afirma que não possui mais estoque de filmes (que o estoque dura apenas até dezembro de 2011), bem como não há mais a sua venda no mercado. Assim, sem o insumo principal para a rodagem do parque gráfico, a DIOESC ficaria impossibilitada de continuar funcionando, na versão impressa.

A situação emergencial para proceder-se à dispensa de licitação, inculpada no art. 24, IV, da Lei n. 8.666/93, mesmo diante da decisão liminar do TCE, resultou plenamente justificada, além de ser amplamente aceita pelos tribunais de contas espalhados pelo país, pela doutrina jurídica especializada e pela jurisprudência, a fim de evitar o perecimento do interesse público.

A exemplo, mudando aquilo que se deve alterar para se conformar ao caso concreto, extrai-se da jurisprudência catarinense o seguinte excerto:

A compra ou locação de imóvel destinado ao atendimento das finalidades precípuas da administração, cujas necessidades de instalação e localização condicionem a sua escolha, desde que o preço seja compatível com o valor de mercado, segundo avaliação prévia, não carece de, ante a ratio do art. 24 da Lei 8666/93. [...]. (STJ, Recurso Especial n. 797.671/MG, rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, j. em 05/06/2008).

E, ainda:

ACÇÃO POPULAR-LOCAÇÃO DE IMÓVEL DE PROPRIEDADE DO PREFEITO PELA MUNICIPALIDADE - PRINCÍPIO DA MORALIDADE - VIOLAÇÃO - INOCORRÊNCIA - VALIDADE DO CONTRATO - SENTENÇA REFORMADA.

- Válido é o contrato de locação de imóvel cuja propriedade pertence ao Prefeito Municipal se demonstrado que foram observadas as regras previstas na Lei 8666/93, que o preço foi compatível com o valor de mercado e, ainda, que era o único bem disponível na localidade que atendia às necessidades da administração.

- Inexiste violação ao princípio da moralidade se as provas dos autos apontam ausência de conduta desonesta e antiética das partes contratantes, bem como que a celebração do contrato se deu para beneficiar o agente político proprietário do bem locado. (TJMG, Apelação Cível n. 1.0440.05.000987-5/001, da Comarca de Mutum, rel. Des. Dídimo Inocêncio de Paula, j. em 12/03/2009) (Reexame Necessário n. 2009.060377-9, da Capital, Relator: Des. JOSÉ VOLPATO DE SOUZA, j. 8/4/2011).

Com o intuito de acautelar o interesse público, o Estado de Santa Catarina, no procedimento de dispensa de licitação, celebrou o Contrato Administrativo n. 26/2011 com a vencedora do Pregão Presencial n. 9/2011, a empresa KNOWARE TECNOLOGIA LTDA, dando início à execução do objeto licitado, de forma que não há prejuízo a ser suportado pela Administração e pelos administrados, que contarão com a eficiente e moderna prestação do serviço público.

No que toca ao pagamento pelo Estado de 80% do valor total contratado, este se justifica porque as etapas 1, 2, 3 e 5 já foram concluídas pela empresa contratada, faltando implementar tão somente a fase de produção (etapa 4), que corresponde justamente a 20% do valor contratado (fl. 346). Outra conclusão não há, até porque os documentos acostados não permitem que assim se pense, de que à finalização de cada etapa, o pagamento ajustado era realizado proporcionalmente.

Por derradeiro, a solução mais apropriada à hipótese dos autos é a extinção da Ação Popular, sem apreciação do mérito, nos moldes do art. 267, VI, do CPC, porquanto antes de perfectibilizada a angularização processual ela já estava fadada ao insucesso, pois, assim que sobreveio ao mundo jurídico, já lhes escapou, por fato superveniente, o necessário interesse processual.

Não há como declarar a nulidade de procedimento de dispensa de licitação e de contrato administrativo que, diante da oportunidade e conveniência, foram prontamente revogados e rescindidos pela Administração Pública, respeitados os princípios da legalidade, do interesse público e da publicidade. Nem como estender o pedido ao contrato administrativo 29/2011, pois isso reputa pedido novo, cuja formulação é vedada após a citação do réu, sem a sua concordância, a teor do art. 264 do CPC.

Sobre o assunto, é o entendimento jurisprudencial:

REEXAME NECESSÁRIO. AÇÃO POPULAR. PLEITO DE ANULAÇÃO DE EDITAL PÚBLICO QUE PREVIA CONTRATAÇÃO DE SERVIÇOS DE ANÁLISES CLÍNICAS. PROCEDIMENTO LICITATÓRIO ANULADO PELA SECRETARIA DE ESTADO DA SAÚDE, DEPOIS DA PROPOSITURA DA AÇÃO. SUPERVENIENTE DO INTERESSE PROCESSUAL (ART. 267, VI, CPC). FEITO EXTINTO EM PRIMEIRO GRAU. SENTENÇA MANTIDA. REMESSA DESPROVIDA.

A do normativo (= decreto), reputado como inválido pela própria Administração, retira o da deflagrada com o mesmo propósito e, assim, determina, nesta parte, a extinção do processo pelo desaparecimento superveniente do interesse de agir (AC n. 2009.05005-7, da Capital, rel. Des. Newton Janke) (TJSC - Reexame Necessário n. 2011.016750-0, da Capital, Relator: Des. JOSÉ VOLPATO DE SOUZA, j 14/10/2011).

A ação popular, sabe-se, tem como propósito fundamental o ressarcimento do erário público (art. 1º da Lei n. 4.717, de 29.6.1965), uma vez evidenciada a lesão e a prática de ato contrário à lei:

O primeiro requisito para o ajuizamento da *ação popular* é o de que o autor seja *cidadão brasileiro* (...).

O segundo requisito da ação popular é a *ilegalidade* ou *ilegitimidade* do ato a invalidar, isto é, que o ato seja contrário ao Direito, por infringir as normas específicas que regem sua prática ou por se desviar dos princípios gerais que norteiam a administração Pública. Não se exige a ilicitude do ato na sua origem, mas sim a ilegalidade na sua formação ou no seu objeto. Isto não significa que a Constituição vigente tenha dispensado a ilegitimidade do ato. Não. O que o constituinte de 1988 deixou claro é que a ação popular destina-se a invalidar atos praticados com ilegalidade de que resultou lesão ao patrimônio público. Essa ilegitimidade pode provir de vício formal ou substancial, inclusive desvio de finalidade, conforme lei regulamentar enumera e conceitua em seu próprio texto (art. 2º, 'a' a 'e').

O terceiro requisito da ação popular é a *lesividade* do ato ao patrimônio público. Na conceituação atual, lesivo é todo ato ou omissão administrativa que desfalca o erário ou prejudica a Administração, assim como o que ofende bens ou valores artísticos, cívicos, culturais, ambientais, ou históricos da comunidade. ([...]).

Sem esses três requisitos - *condição de eleitor, ilegalidade e lesividade* - que constituem os pressupostos da demanda, não se viabiliza a ação popular. (O grifo está no original). (MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de segurança*, 26. ed. São Paulo: Malheiros. p. 124-125).

De MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO, tem-se a lição aqui aproveitada:

Além das condições da ação em geral - interesse de agir, possibilidade jurídica e legitimação para agir -, são pressupostos da ação popular:

1. qualidade de cidadão no sujeito ativo;
2. ilegalidade ou imoralidade praticada pelo Poder Público ou entidade de que ele participe;

3. lesão ao patrimônio público, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural. (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 748).

Não vejo, de fato, como a conduta amplamente relatada, ressaltando todas as suas nuances, tenha efetivamente causado prejuízo patrimonial ao ente estatal, até porque obedeceu aos requisitos legais à prática de cada ato.

Se, depois da propositura da ação, algum fato constitutivo, modificativo ou extintivo do direito influir no julgamento da lide, caberá ao juiz tomá-lo em consideração, de ofício ou a requerimento da parte, no momento de proferir a sentença.

O interesse processual é uma das condições da ação (art. 3º do CPC) e a sua ausência provoca a sua extinção, nos termos do art. 267, VI e § 3º, do Código de Processo Civil.

Considerando-se que o interesse recursal, como condição da ação que é, trata-se de matéria de ordem pública, reconhecível em qualquer fase do processo e grau de jurisdição, a solução mais apropriada à controvérsia é, desde logo, julgar extinta, sem apreciação do mérito a Ação Popular n. 023.11.051639-0, na forma do art. 267, VI, do CPC e, por consequência lógica, revogar a liminar concedida.

Voto, portanto, para conhecer do recurso e negar-lhe provimento, mantendo-se incólume a decisão monocrática de fls. 1053/1062, que julgou extinta, sem apreciação do mérito a Ação Popular n. 023.11.051639-0, na forma do art. 267, VI, do CPC e, por consequência lógica, revogou a liminar concedida pelo Magistrado *a quo*, pela superveniente ausência do interesse processual (perda do objeto).

Este é o voto.

Declaração de voto vencedor do Exmo. Sr. Des. Monteiro Rocha:

Na comarca da Capital, Luciano Scampini ajuizou ação popular (fls. 41 e seguintes deste agravo de instrumento) contra Milton Martini alegando que este, na condição de Secretário de Estado da Administração, realizou ato ilícito e lesivo ao erário e à moralidade pública, consistente na contratação, com dispensa de licitação pública, da empresa Knoware Ltda (citada para integrar a lida na condição de litisconsorte passiva necessária), através do Contrato n. 26/2011, para executar objeto idêntico ao previsto no Edital de Licitação por Pregão Presencial n. 09/2011, licitação esta que estava suspensa por ordem do Tribunal de Contas do Estado de Santa Catarina.

Despachando a inicial (fls. 162/175), o magistrado singular, fundamentando-se em: ausência de justificativa para a dispensa de licitação; irregularidade no pagamento antecipado de 80% do valor do contrato antes da execução do serviço; inexistência de caução para assegurar o cumprimento contratual da empresa contratada e indício de superfaturamento no valor do contrato (Edital original com preço de R\$900.000,00, contratação supostamente irregular no valor de R\$1.984.500,00), deferiu liminar para determinar a suspensão do contrato n. 26/2011, sob pena de multa diária de R\$10.000,00 a cada réu, e a indisponibilidade de bens dos réus até o valor de R\$1.984.500,00.

Inconformado, o requerido Milton Martini interpôs agravo de instrumento, onde sustenta que o procedimento questionado na ação popular foi lícito.

Assevera que a contratação emergencial foi necessária porque o contrato deveria ser implementado em etapas e o procedimento de contratação inicial foi suspenso pelo Tribunal de Contas. Sustenta a necessidade da contratação emergencial na alegação de somente assim

haveria tempo hábil para cumprir todas as etapas necessárias à concretização do diário oficial eletrônico.

Sustenta o agravante que, após o Tribunal de Contas convalidar o procedimento inicial realizado e autorizar sua conclusão, o contrato emergencial foi rescindido em 11/10/2011 e o procedimento de ‘dispensa de licitação’ foi revogado, razão pela qual não há interesse processual para o prosseguimento da ação popular, pois, em que pese a mesma tenha sido ajuizada em 07/10/2011 (3 dias antes da rescisão do contrato emergencial), só foi despachada em 17/10/2011, portanto após a rescisão administrativa do contrato e consequente revogação do procedimento de dispensa de licitação.

Despachando a inicial do agravo de instrumento, o relator Rodolfo C. R. S. Tridapalli acolheu a alegação de perda superveniente do interesse processual e, dando provimento ao recurso de agravo, julgou extinta, sem apreciação do mérito, a Ação Popular n. 023.11.051639-0.

Inconformado com a decisão de fls. 1053/1062 que julgou extinta, “sem apreciação do mérito a ação popular n. 023.11.051639-0, na forma do art. 267, VI, do CPC” (fl. 1062) e revogou liminar concedida nos autos daquela ação popular, Luciano Scampini interpôs o presente agravo regimental, recebido pelo eminente relator como agravo do art. 557, §1º, do CPC, em face do princípio da fungibilidade recursal.

O relator vota pela manutenção de sua decisão, enquanto que a Des.^a Cláudia Lambert de Faria votou pelo provimento do recurso.

É o relatório necessário.

O interesse processual – necessidade, utilidade e adequação – é assim resumido por Luiz Rodrigues Wambier, em conhecida e repetida lição doutrinária:

“O interesse processual nasce, portanto, da necessidade da tutela jurisdicional do Estado, invocada pelo meio adequado, que determinará o resultado útil pretendido, do ponto de vista processual. É importante esclarecer que a presença do interesse processual não determina a procedência do pedido, mas viabiliza a apreciação do mérito, permitindo que o resultado seja útil, tanto nesse sentido quanto no sentido oposto, de improcedência. A utilidade do resultado se afere diante do tipo de providência requerida (WAMBIER, Luiz Rodrigues. Curso Avançado de Processo Civil: v. 1: teoria geral do processo e processo de conhecimento. 5ª edição: revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 128).

Tratando especificamente sobre o interesse de agir em ação popular, nosso Tribunal de Justiça já decidiu o seguinte:

“É firme o entendimento sufragado pela doutrina e acolhido na jurisprudência de que não se deve indeferir petição inicial, ou extinguir o feito com substrato em matéria concernente ao mérito. Contudo, em sede de ação popular, a toda evidência, o autor não deduz pretensão em seu nome ou, em outras palavras, não defende interesse individual seu. Na verdade, age ele na condição de substituto processual em defesa do interesse público.

“Logo, se o processo é utilizado justamente para resguardar o interesse público e o resultado vislumbrado se volta contra esse objetivo, o seu prosseguimento é prejudicial à sociedade.

“Conquanto não sejam considerados como condição da ação e sim requisitos para a prestação jurisdicional positiva, a ausência dos pressupostos da ação popular e a manifesta impossibilidade de sua demonstração aferida a priori caracteriza a falta de interesse processual, o que inviabiliza o curso do processo, determinando a sua extinção com fundamento no art. 267, inc. VI, do Código de Processo Civil” (TJSC, 3ª Cam. Dir. Pub., rel. Des. Luiz César Medeiros, ACV n. 2006.047004-7, da Capital, j. 10/04/2007).

Conforme demonstrou o agravante, o contrato que se pretendia anular com a ação popular e cujos efeitos foram suspensos pela decisão agravada (Contrato n. 26/2011), foi rescindido administrativamente em 14/10/2011, conforme extrai-se do documento de fl. 338:

“EXTRATO DE TERMO DE REVOGAÇÃO

“O Secretário de Estado da Administração do Estado de Santa Catarina, no uso de suas atribuições, REVOGA, por conveniência e oportunidade, com base no Parecer n. 701/2011 da Consultoria Jurídica, o procedimento de Dispensa de Licitação n. 49/2011, e RESCINDE, nos termos do art. 79, II, da Lei Federal n. 8.666/93, o Contrato n. 26/2011...” (fl. 338).

O objetivo da ação popular quando foi ajuizada por Luciano Scampini em 07/10/2011 (fl. 40) assim foi definido:

“Ao final, seja julgada totalmente procedente esta ação popular, declarando-se em sentença de mérito a nulidade do contrato firmado a partir da ilegal dispensa de licitação, com os efeitos previstos no art. 59 da Lei de Licitações, promovendo-se a reparação ao erário, no montante da condenação que vier a ser proferida” (fl. 61).

Porque o contrato administrativo n. 26/2011 foi rescindido administrativamente em 14/10/2011 (fl. 338), antes do recebimento da inicial, que se deu em 17/10/2011 (fl. 175), não há mais necessidade ou utilidade em anular referida contratação. É que entendo não ser possível afastar a validade jurídica (através da anulação) de ato jurídico que, em decorrência de rescisão lícita, não mais opera efeitos.

A propósito das condições gerais da ação popular, assim explica o Superior Tribunal de Justiça:

“As condições gerais da ação popular são as mesmas para qualquer ação: possibilidade jurídica do pedido, interesse de agir e legitimidade para a causa.

“A ação popular pode ser ajuizada por qualquer cidadão que tenha por objetivo anular judicialmente atos lesivos ou ilegais aos interesses garantidos constitucionalmente, quais sejam, ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural” (STJ, 2ª T., rel. Min. Castro Meira, REsp. n. 889.766, j. 04/10/2007)

Verificado no agravo de instrumento a perda superveniente do interesse processual da ação popular, lícita a decisão monocrática que julgou extinta aquela ação originária, com fundamento no art. 267, VI, do Código de Processo Civil.

Essas as razões pelas quais acompanho o eminente relator e nego provimento ao agravo do art. 557, §1º, do CPC, convalidando a decisão monocrática de fls. 1053/1062 que, nestes autos, julgou extinta a ação popular que tramitava na Vara da Fazenda Pública da comarca da Capital.

Florianópolis, 02 de março de 2012.

Monteiro Rocha
DESEMBARGADOR

Declaração de voto vencido da Exma. Sra. Desa. Subst. Cláudia Lambert de Faria

O Estado de Santa Catarina deflagrou processo de licitação, através do edital de pregão presencial nº 09/11, para fornecimento e implantação do sistema de automação para Diretoria da Imprensa Oficial e Editora de Santa Catarina – DIOESC.

Um dos licitantes, sócio da empresa GENDATA, Sr. Luciano Scampini, ajuizou uma representação junto ao Tribunal de Contas do Estado, por entender que houve irregularidade, tendo o referido Tribunal, em 17/06/11, suspenso o processo de licitação.

Em 28/07/11, o Secretário de Estado da Administração, Sr. Milton Martini, celebrou o contrato emergencial nº 26/11, com dispensa de

licitação, com base no art. 24, inciso IV, da Lei nº 8.666/93, com a empresa KNOWARE Tecnologia Ltda..

Em 14/09/11, o Tribunal de Contas do Estado analisou o mérito da Representação e autorizou a conclusão da licitação, anteriormente suspensa, que foi homologada.

Luciano Scampni ajuizou, em 07/10/11, Ação Popular, quando ainda em vigor o contrato emergencial, contra o Secretário de Estado da Administração, Sr. Milton Martini, objetivando a declaração de nulidade do contrato emergencial a partir da dispensa da licitação, promovendo-se a reparação do dano ao erário no montante da condenação que vier a ser proferida. Dentre outros pedidos, requereu a indisponibilidade dos bens da empresa contratada e do Secretário de Estado da Administração.

Em 11/10/11, o contrato emergencial nº 26/11 foi rescindido, sendo o processo de dispensa de licitação revogado e, no processo de licitação anterior, foi promovido aditamento para suprimir a parcela daquilo que havia sido executado em razão do contrato emergencial.

O juízo a quo, em 17/10/11, sem ter conhecimento de que o contrato emergencial nº 26/11 havia sido revogado pela administração, deferiu a liminar, determinando a imediata suspensão do contrato nº 26/11, celebrado entre a Secretaria de Estado da Administração e Knoware Tecnologia, inclusive a paralisação dos serviços e proibição de efetivar quaisquer pagamentos decorrentes, sob pena de cominação de multa pessoal ao Secretário de Estado da Administração e à empresa Knoware Tecnologia Ltda, no valor de R\$ 10.000,00, para cada qual, bem como determinou a indisponibilidade do patrimônio dos réus, até o valor de R\$ 1.598.522,50 (fls. 162/173), sob os seguintes fundamentos: 1) não poderia ter havido dispensa da licitação pois não havia urgência, uma vez que o Estado nunca dispôs do sistema de automação; 2) a licitação não poderia ter sido realizada através de pregão, tendo em vista que esta modalidade

não pode ser utilizada para contratação de software; 3) não houve prestação de caução e 4) o contrato emergencial nº 26/11 foi superfaturado pois em licitações passadas, o valor da licitação era de R\$ 900.000,00 e o contrato emergencial foi realizado por R\$ 1.984.500,00.

Em 26/10/11, Milton Martini interpôs agravo de instrumento, postulando a antecipação dos efeitos da pretensão recursal, para (I) extinguir a ação popular, (II) em cumulação eventual, suspender a decisão que determinou a suspensão da execução do contrato emergencial nº 026/2011 e o bloqueio do patrimônio do agravante e, no mérito, o conhecimento e o provimento do recurso, para o efeito de extinguir a ação popular (fls. 02/37). No recurso, o agravante alega: 1) Falta de interesse de agir – superveniente perda de objeto da ação popular, em face da rescisão do contrato emergencial, após o ajuizamento da ação popular e por não ter havido prejuízo, pois os pagamentos foram feitos na medida em que os serviços foram prestados (de acordo com as fases do projeto – cronograma); 2) não houve superfaturamento porque na licitação de 2011 foram acrescidos diversos serviços não previstos no objeto licitado em 2010; 3) foi legal a dispensa da licitação, pois a situação era de emergência, vez que a partir de dezembro de 2011 os estoques estariam terminando (distribuição do filme para elaboração do negativo da matriz sobre a qual são realizadas as cópias); 4) Santa Catarina é signatária do protocolo do ICMS 42/09, cujo prazo consignado para adoção do sistema eletrônico em gráficos era 01/10/11; 5) legalidade da modalidade pregão; 6) impossibilidade de indisponibilizar bens em Ação Popular.

O Exmo. Des. Rodolfo C.R.S. Tridapalli, às fls. 1.053/1.062, em decisão monocrática, deu provimento de plano ao recurso e julgou extinta, sem apreciação do mérito, a Ação Popular nº 023.11.051639-0, na forma do art. 267, VI, do CPC, revogando a liminar concedida pelo magistrado de origem, reconhecendo a carência da ação por falta de interesse recursal.

Irresignado, Luciano Scampini interpôs agravo interno, requerendo o provimento do recurso e, no mérito, determinar o prosseguimento da ação popular nº 023.11.051639-0 (fls. 1.113/1.138).

Na sessão realizada no dia 26 de janeiro de 2012, a Câmara Civil Especial decidiu, por maioria de votos, conhecer do recurso e negar-lhe provimento, vencida esta Relatora.

É o relatório.

Ousei divergir da douta maioria pelos seguintes fundamentos:

1) Provimento de plano do agravo de instrumento

Neste ponto, cumpre destacar que, para prover de plano o agravo de instrumento, é preciso justificar os requisitos do art. 557, § 1º, do CPC. Todavia, a decisão monocrática de fls. 1.053/1.062 não fez menção a este dispositivo legal e nem sequer mencionou que a decisão agravada estava em manifesto confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do STF ou de Tribunais Superiores.

Além disso, nas razões do agravo, o recorrente postula a extinção da ação popular, como antecipação dos efeitos da pretensão recursal, demonstrando claramente a necessidade de análise do mérito do agravo pela Câmara especializada. Veja-se que não há pedido de provimento de plano, mas tão somente de antecipação da tutela recursal. O que significa dizer que, após o almejado deferimento, a parte contrária seria intimada para oferecer contrarrazões e posteriormente o recurso seria redistribuído à Câmara, para exame do órgão colegiado. Outrossim, não consta do agravo qualquer alegação de que a decisão recorrida estaria contrariando súmula ou qualquer entendimento jurisprudencial.

Com efeito, o dispositivo legal, que estabelece o provimento de plano, não foi citado (nem no agravo de instrumento e nem na decisão monocrática) e não houve qualquer pronunciamento a respeito,

presumindo-se que a decisão não está contrariando qualquer entendimento do STF ou de Tribunais Superiores.

2) Preliminar de carência da ação e documentos novos não submetidos à prévia apreciação do juiz de primeiro grau – supressão de instância

A preliminar de carência da ação é matéria de ordem pública e pode ser arguida a qualquer momento. Porém, de acordo com o art. 327, do CPC, quando o litigante alegar carência da ação, deve ser ouvida a parte contrária. No caso, essa preliminar foi suscitada no recurso e foi acolhida pela decisão monocrática, sem a oitiva da parte contrária.

Além disso, a decisão monocrática, para acolher a preliminar de falta de interesse de agir, examinou argumentos e documentos novos que ainda não haviam sido apreciados pelo juiz de primeiro grau. Note-se que, quando o juiz proferiu a decisão agravada, ainda não tinha conhecimento de que o contrato emergencial havia sido revogado (fl. 338) e a licitação anterior sido homologada (fls. 339/345). Portanto, a decisão monocrática não se limitou a rever a decisão agravada, mas decidiu com base em novos documentos (fls. 330 e 339/345) que o 1º grau de jurisdição ainda não havia tido a oportunidade de analisar, com violação ao princípio do duplo grau de jurisdição, em evidente supressão de instância. Saliente-se que a preliminar de carência da ação não chegou a ser examinada pelo juízo *a quo*.

Nesse sentido, citam-se os seguintes julgados:

AGRAVO (ART. 557, § 1º, DO CPC) EM AGRAVO DE INSTRUMENTO - DECISÃO MONOCRÁTICA DO RELATOR DANDO PROVIMENTO AO RECURSO PARA CASSAR A DECISÃO AGRAVADA POR FALTA DE FUNDAMENTAÇÃO E DETERMINANDO QUE O PROCESSO ORIGINÁRIO SIGA SEUS TRÂMITES, CONFORME DISPOSTO NA LEGISLAÇÃO PERTINENTE - PRELIMINAR DE CARÊNCIA DE AÇÃO - QUESTÃO ARGÜIDA EM PRIMEIRO GRAU DE JURISDIÇÃO E AINDA

NÃO APRECIADA - INCOMPETÊNCIA DO TRIBUNAL - SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA - DESCABIMENTO - EMBARGOS DE DECLARAÇÃO - REITERAÇÃO POR DUAS VEZES SEGUIDAS - OMISSÃO - INEXISTÊNCIA - CARÁTER MANIFESTAMENTE PROTELATÓRIO - APLICAÇÃO DE MULTA (ART. 538, § ÚNICO, DO CPC) - DECISÃO MANTIDA - RECURSO DESPROVIDO.

A preliminar de carência de ação, apesar de ser matéria de ordem pública, deve ser apreciada, primeiramente, no juízo de origem, sob pena de supressão de instância.

(...) (Agravo (§ 1º art. 557 do CPC) em Agravo de Instrumento n. 2007.037715-3/0001.02, Rel. Des. Paulo Roberto Sartorato, julgado em 08/01/09). Grifei

AGRAVO DE INSTRUMENTO - AÇÃO DE RESCISÃO DE CONTRATO DE PARCERIA PECUÁRIA CUMULADA COM ENTREGA DE COISA E INDENIZAÇÃO - TUTELA ANTECIPADA DEFERIDA - DECISÃO ULTRA PETITA - CARÊNCIA DE AÇÃO - INTERESSE DE AGIR E ILEGITIMIDADE ATIVA AD CAUSAM - MATÉRIAS ATINENTES AO MÉRITO DA AÇÃO NÃO DELIBERADAS EM PRIMEIRO GRAU - SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA - CONTRATO DE PARCERIA DE SEMOVENTAS - VEROSSIMILHANÇA DAS ALEGAÇÕES E FUNDADO RECEIO DE DANO IRREPARÁVEL OU DE DIFÍCIL REPARAÇÃO - DECISÃO MANTIDA - RECURSO DESPROVIDO

“Não ocorre julgamento ‘extra’ ou ‘ultra petita’ na hipótese em que o tribunal reconhece os pedidos implicitamente formulados na inicial” (STJ, REsp n. 222.644/RS, rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro, j. em 19-5-2005, DJU de 13-6-2005, p. 287).

A apreciação de alegações não analisadas em primeiro grau de jurisdição está obstada neste Tribunal, dentro da esfera de seu conhecimento recursal, por importar em supressão de instância.

A concessão da tutela antecipada tem como pressuposto a existência de prova inequívoca capaz de convencer o Magistrado da verossimilhança das alegações do autor e do fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação, consoante o artigo 273

do Código de Ritos (Agravo de Instrumento nº 2006.010024-3, Rel. Des. Fernando Carioni, julgado em 22/06/06). O grifo é meu

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO ORDINÁRIA COM PEDIDO DE ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. PRELIMINARES DE ILEGITIMIDADE ATIVA E PASSIVA. CARÊNCIA DE AÇÃO DIANTE DA AUSÊNCIA DE INTERESSE DE AGIR. TEMAS NÃO ANALISADOS PELO JUÍZO A QUO. RECURSO NÃO CONHECIDO NESTES PONTOS SOB PENA DE INCORRER EM SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA E VIOLAR O PRINCÍPIO DO DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO. PLANO DE SAÚDE. NEGATIVA DE COBERTURA. TUTELA ANTECIPADA. AUTORIZAÇÃO PARA REALIZAÇÃO DE PROCEDIMENTO NECESSÁRIO À AVALIAÇÃO DE EVOLUÇÃO DE CARCINOMA. APLICAÇÃO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. RECURSO PARCIALMENTE CONHECIDO E DESPROVIDO.

O agravo de instrumento deve se ater ao acerto ou desacerto de decisão combatida, sendo inviável o conhecimento de questão não apreciada naquele ato, sob pena de supressão de um grau de jurisdição. (Agravo de Instrumento nº 2011.042234-1, Rel. Des. Stanley da Silva Braga, julgado em 22/09/11). Sem grifo no original

(...) CARÊNCIA DE AÇÃO POR FALTA DE INTERESSE DE AGIR E IMPROPRIEDADE PROCESSUAL PARA ACOLHIMENTO DAS PROVIDÊNCIAS JURISDICIONAIS REQUERIDAS - MATÉRIA NÃO INVOCADA NO JUÍZO A QUO - IMPOSSIBILIDADE DE APRECIAR QUESTÕES AINDA NÃO DECIDIDAS, SOB PENA DE SUPRIMIR UM GRAU DE JURISDIÇÃO.

Não pode o Tribunal de apelação decidir o que não foi objeto de decisão pelo Juiz de Primeiro Grau, pois importa em supressão de instância (REsp. n. 84.842, Min. Edson Vidigal) (AI n. 97.011968-2, j. 17.03.98).

(...) (AI nº 2000.009987-2, Rel. Des. Mazoni Ferreira, julgado em 07/12/00).

AGRAVO INTERNO. INTELIGÊNCIA DO ART. 557, § 1º, DO CPC. AÇÃO CAUTELAR INOMINADA. REGISTRO NOS ÓRGÃOS DE PROTEÇÃO AO CRÉDITO. LIMINAR

PROFERIDA INALDITA ALTERA PARS. DISCUSSÃO RECURSAL QUE ENVOLVE O EXAME DE PRELIMINAR PRÓPRIA DA CONSTESTAÇÃO. AUSÊNCIA DE OITIVA DA PARTE ADVERSA (CPC, ART. 327) E DE EXAME PELO TOGADO A QUO. CONHECIMENTO DA QUESTÃO QUE IMPORTARIA EM SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. ÂMBITO DO RECURSO DE AGRAVO DE INSTRUMENTO LIMITADO AO ACERTO OU DESACERTO DA DECISÃO AGRAVADA. RECURSO INTERPOSTO IMPROVIDO. (AI nº 2000.018900-6, Rel. Des. Cesar Abreu, julgado em 26/10/00). Grifei

Agravo de instrumento - Cautelar inominada - Preliminar de incompetência absoluta. Questão argüida em primeiro grau e ainda não julgada - Não-conhecimento - Matrícula em curso superior - Impossibilidade - Não-conclusão do ensino médio - Requisito previsto no edital - Inteligência do artigo 44, II, da lei 9.394/96. - A incompetência absoluta do Juízo foi argüida em primeiro grau de jurisdição, em preliminar de contestação. De acordo com as informações do Juízo de primeiro grau, a questão ainda não foi apreciada. É o caso de não conhecer da preliminar, já que sua apreciação caracterizaria supressão de instância. (...). (Agravo de Instrumento nº 2.0000.00.422065-3/000, TJMG, Rel. Des. Pedro Bernardes, j. em 14/08/2004). O grifo é meu

Agravo de Instrumento. Seguimento negado. Art. 557 do CPC. Agravo Inominado. Preliminar alegada pela parte e não apreciada pelo Juiz. Incompetência do Tribunal. Supressão de instância. Descabimento. (Agravo de Instrumento nº 2.0000.00.3174963/001, TJMG, Rel. Des. Delmival de Almeida Campos).

AGRAVO DE INSTRUMENTO - PRELIMINARES - INCOMPETÊNCIA ABSOLUTA - CARÊNCIA DE AÇÃO - NÃO SUBMISSÃO AO PRIMEIRO GRAU DE JURISDIÇÃO - SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA - A incompetência absoluta do juízo e a carência de ação, apesar de serem matérias de ordem pública, devem ser apreciadas, primeiramente, no juízo de origem, sob pena de supressão de instância.- Considerando-se que o abono é parte integrante do salário e que, diante do princípio da isonomia, as vantagens remuneratórias concedidas aos funcionários da ativa devem ser estendidas aos aposentados, conclui-se, em sede

de cognição sumária, que os funcionários inativos fazem jus ao recebimento do auxílio cesta-alimentação. (Agravado de Instrumento nº 0145.07.410279-2/001, TJMG, Rel^a. Des^a. Cláudia Maia, j. em 14/02/2008). Sem grifo no original

Agravado de instrumento. Ação declaratória com pedido de compensação de crédito. Matéria de ordem pública alegada no recurso e ainda não apreciada em primeiro grau de jurisdição. Supressão de instância. Cancelamento de registro de inscrição junto ao SERASA. Impossibilidade. Dívida não discutida na ação originária. I - a incompetência absoluta do juízo, apesar de ser matéria de ordem pública, deve ser apreciada, primeiramente, no juízo de origem, sob pena de supressão de instância. II - sendo o agravo de instrumento 'secundum eventum litis', deixa-se de analisar matéria não apreciada na instância singular. (...). (Tribunal de Justiça do Estado de Goiás - 1ª Câmara Cível, DJ 14881 de 20/11/2006, Processo: 200601802416, Recurso: 50983-6/180).

3) Do interesse de agir no prosseguimento da Ação Popular

A decisão monocrática entendeu que a revogação do contrato emergencial nº 26/11 e a homologação da licitação anterior traz, como consequência, a falta superveniente, de interesse de agir e a perda do objeto da ação popular. Entretanto, a ação popular visa a declaração de nulidade do contrato a partir da dispensa da licitação e a condenação dos réus à reparação do dano.

Sabe-se que a revogação do contrato pela administração tem efeito *ex nunc*, ou seja, os efeitos pretéritos persistem. Portanto, se porventura o contrato nº 26/11 causou algum prejuízo ao erário, no período de sua vigência, cabível será o ressarcimento, mesmo que posteriormente tenha sido rescindido, até porque foi efetuado o pagamento de 80% do valor contratado. Ora, se a empresa contratada iniciou a execução do pacto e recebeu grande parte do pagamento, não resta dúvida de que o contrato produziu efeitos jurídicos, que não podem ser eliminados por ato unilateral da administração, mormente considerando que a avença encontrava-se em litígio na Ação Popular.

Sobre o tema, colhe-se o aresto:

(...) A revogação é ato que se opera para o futuro, provindo da conveniência e oportunidade do administrador. A anulação, diferentemente, pressupõe ato nulo e que apaga todos os efeitos desde a origem do ato (...) (REsp nº 18.769-PR (2004/0112390-6, Min. Rel. Eliana Calmon, julgado em 02/12/2004).

No mesmo sentido, leciona Hely Lopes Meirelles:

A revogação da licitação opera efeitos *ex nunc*, isto é, a partir da decisão revocatória, porque até então o ato praticado ou procedimento revogado era *eficaz e válido* (*in* Curso Administrativo Brasileiro. 36 ed. Malheiros: São Paulo, p. 325)

A decisão agravada afirmou, também, que o contrato definitivo de licitação sanou qualquer pretensa ilegalidade havida no contrato emergencial nº 26/11. Essa nova avença teria convalidado o contrato emergencial. Além disso, reconheceu, em razão dessa convalidação, a ausência de qualquer prejuízo ao erário, asseverando que não houve lesão ao Estado de Santa Catarina. Todavia, a conclusão de que não houve prejuízo somente poderia ser obtida após dilação probatória, ou seja, é matéria que depende de prova. Nesta etapa processual, é impossível afirmar que o contrato emergencial não causou qualquer dano ao ente público.

Ademais, a convalidação do ato administrativo não é admissível quando há discussão judicial a seu respeito.

Nesse sentido, cita-se o aresto do colendo Superior Tribunal de Justiça:

ADMINISTRATIVO E PROCESSO CIVIL – AÇÃO POPULAR VISANDO ANULAÇÃO DE CONTRATO – PROJETO SIVAM – FALTA DE PREQUESTIONAMENTO (SÚMULA 282/STF) – VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC – FUNDAMENTAÇÃO DEFICIENTE (SÚMULA 284/STF) – REVISÃO DE CLÁUSULAS CONTRATUAIS (SÚMULA 5/STJ) – REVOLVIMENTO DO CONTEXTO FÁTICO-

PROBATÓRIO (SÚMULA 7/STJ) – CONVALIDAÇÃO DOS ATOS**ADMINISTRATIVOS – IMPOSSIBILIDADE DIANTE DE IMPUGNAÇÃO JUDICIAL – CONDIÇÃO DA AÇÃO POPULAR – LESIVIDADE – COMPROVAÇÃO.**

1. (...)

5. Somente são passíveis de convalidação os atos da Administração que não foram impugnados administrativa ou judicialmente.

(...) (REsp nº 719.548-PR (2005/0009564-0, Min. Rel. Eliana Calmon, julgado em 03/04/2008). Grifei

4) Extinção da Ação Popular

Em sede de cognição sumária, o relator não poderia se aprofundar no exame do mérito, consoante o § 1º, do art. 12, do Ato Regimental n. 41/00 desta Corte. Com efeito, a questão deveria ser apreciada apenas de forma superficial, verificando-se apenas se estavam presentes ou não os requisitos necessários à concessão da antecipação da tutela recursal pleiteada.

A respeito, destaca-se entendimento deste Sodalício:

[...] Em sede de agravo de instrumento só se discute o acerto ou desacerto do ato judicial hostilizado, não sendo viável o exame aprofundado de temas relativos ao *meritum causae* (AI n. 99.017438-7, Des. Eder Graf), sob pena de supressão de um grau de jurisdição. (TJSC - AI n. 2006.006683-1, de Lages, Rel. Des. Luiz César Medeiros, j. em 13/06/06).

Entretanto, a decisão monocrática adentrou no mérito da questão, concluindo pela extinção de plano da ação popular, diante da inexistência de prejuízo ao erário, antes da instrução processual, baseando-se apenas nas provas produzidas unilateralmente pelos agravantes.

Por oportuno, transcrevo partes da decisão monocrática (fls. 1.053/1.062), em que o Relator afirma que não houve prejuízo ao erário, bem como se aprofunda na análise do mérito:

“(…) a suspensão liminar mostrou-se extremamente prejudicial para o Estado, porquanto, ao contrário do que afirmou o Magistrado *a quo* na decisão agravada, **os danos a serem suportados com a paralisação da execução do serviço, inclusive de ordem financeira relacionado com a prejudicialidade na arrecadação de impostos, são imensuráveis.** Aliás, o **conjunto probatório trazido a conhecimento** é patente ao indicar os problemas enfrentados pelo ente público, muito bem reproduzidos no **parecer n. 511/2011 da SEA** (...).

Forçoso concluir que o contrato n. 026/2011, emergencial, celebrado com fundamento na dispensa de licitação prevista no inciso IV do art. 24 da Lei n. 8.666/93, foi substituído pelo contrato definitivo n. 029/2011, precedido de licitação pública, **o qual sanou qualquer pretensa ilegalidade havida no contrato emergencial n. 026/2011, convalidando-o.** Além do mais, a **substituição do contrato emergencial pelo definitivo desconstitui qualquer pretensão prejuízo ou dano ao interesse público ou particular,** consagrando a máxima *pás de nulité sans grief*, **ao passo que, definitivamente, não houve lesão ao ente federativo estadual.**

Importante, ainda, para que não reste centelhas de dúvidas que, a Secretaria de Estado da Administração cumpriu o determinado no item 6.2.1 da Decisão n. 2609/2011, relativo ao esclarecimento no edital de licitação dos motivos justificadores da elevação do valor orçado em aproximadamente R\$ 2 milhões para a execução do objeto licitado, pormenorizando o número de horas e os valores unitários de cada item a ser realizado (fls. 328/330). **Não há se falar, portanto, em superfaturamento do serviço, visto que compatível aos preços praticados no mercado, inclusive, não foge das propostas formuladas pelas outras empresas participantes do processo administrativo.**

No que toca ao pagamento pelo Estado de 80% do valor total contratado, este se justifica porque as etapas 1, 2, 3 e 5 já foram concluídas pela empresa contratada, faltando implementar tão somente a fase de produção (etapa 4), que corresponde justamente a 20% do valor contratado (fl. 346). Outra conclusão não há, até porque os documentos acostados não permitem que assim se pense, de que à finalização de cada etapa, o pagamento ajustado era realizado proporcionalmente (...). Sem grifos no original

Veja-se que o relator sustenta a legalidade do contrato emergencial para a dispensa da licitação, em razão da urgência na implantação do sistema de automação, argumentando que os danos com a paralisação do serviço seriam incomensuráveis, com prejuízo à arrecadação. Para embasar seu convencimento, o eminente juiz de segundo grau utilizou-se de parecer da própria Secretaria de Administração, ou seja, documento unilateral produzido pela própria administração, não apontando qualquer elemento probatório idôneo para corroborar com essa afirmativa, salientando-se, que se torna inviável verificar, nesta fase, se realmente a matéria prima para confecção do Diário Oficial estava se esgotando, o que também dependeria de dilação probatória.

Além disso, quanto ao pagamento de 80% do valor total contratado e, se houve ou não prestação dos serviços correspondentes que justificassem esses pagamentos, tais questões exigem instrução processual, sendo impossível afirmar a sua veracidade, com base apenas nas alegações do agravante.

Ademais, dependeria também de prova imparcial produzida em juízo, a alegativa referente ao superfaturamento ou seja, a elevação do valor de R\$ 900.000,00 (obtido em licitação passada) para quase R\$ 2.000.000,00, porque teriam sido incluídos novos serviços que justificariam a elevação do montante.

Resta consignar, ainda, que a revogação da liminar de primeiro grau ensejou a liberação dos valores bloqueados e, na hipótese de reforma desta decisão a fim de dar prosseguimento ao feito e eventual procedência da ação popular, esse montante liberado certamente não mais poderia ser resgatado, acarretando prejuízo de difícil reparação ao poder público.

Por fim, é importante esclarecer que é possível indisponibilizar bens em sede de Ação Popular.

Sobre o tema, colhe-se o aresto:

AGRAVO DE INSTRUMENTO — AÇÃO POPULAR — INDISPONIBILIDADE DE BENS — POSSIBILIDADE — REQUISITOS QUE SE ENCONTRAM PRESENTES — DECRETO MUNICIPAL N. 190/2009 — INDÍCIOS DE ILEGALIDADE DO ATO E LESIVIDADE AO ERÁRIO MUNICIPAL — RESSALVA QUANTO AO BLOQUEIO DE VALORES REFERENTES À RESCISÃO DE CONTRATO DE TRABALHO — RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO (AI nº 2010.022611-7, Rel. Des. Cláudio Barreto Dutra, julgado em 30/05/11).

Ante o exposto, votei no sentido de conhecer e dar provimento ao agravo interno.

Florianópolis, 08 de março de 2012.

Cláudia Lambert de Faria
JUÍZA DE DIREITO DE 2º GRAU

CÂMARA ESPECIAL REGIONAL DE CHAPECÓ

APELAÇÃO CÍVEL

Apelação Cível n. 2007.022656-4, de Chapecó

Relator: Des. Eduardo Mattos Gallo Júnior

APELAÇÃO CÍVEL. REVISIONAL DE CONFISSÃO DE DÍVIDA. VALIDADE DA CITAÇÃO REALIZADA PELO CORREIO, COM AVISO DE RECEBIMENTO. EMPRESA REQUERIDA QUE ALEGA NÃO TER RECEBIDO A CORRESPONDÊNCIA, EIS QUE SE ENCONTRAVA ESTABELECIDADA EM NOVA SEDE, COM ENDEREÇO DIVERSO DO CONSTANTE NA PETIÇÃO INICIAL. TESE REFUTADA. INFORMAÇÕES CONSTANTES NO AVISO DE RECEBIMENTO QUE DEMONSTRAM QUE A APELADA POSSUÍA FUNCIONÁRIO NO LOCAL PARA RECEBER CORRESPONDÊNCIAS.

“No AR houve oposição de carimbo do Banco-réu, o que significa dizer que através de seu preposto a carta citatória ingressou na sua esfera de conhecimento. Entender em sentido diverso seria dificultar sobremaneira a citação pelo correio de pessoas jurídicas.” (Resp. 195694/SP, Ministro Waldemar Zveiter).” (Apelação Cível n. 2004.014698-1, de Tubarão, rel. Des. Anselmo Cerello, dj, em 31.05.2007).

REVELIA DECRETADA, SEM, CONTUDO, RECONHECER OS SEUS EFEITOS, FACE A NATUREZA PREPONDERANTEMENTE JURÍDICA DA MATÉRIA DISCUTIDA.

“FEITO ORDINÁRIO. REVELIA. EFEITOS QUE NÃO ABRANGEM MATÉRIA DE DIREITO. “É preciso ressaltar, ainda, que os efeitos da revelia estão relacionados exclusivamente a aspectos fáticos da relação jurídica de direito material. Nada impede, portanto, seja rejeitada a pretensão do autor, não obstante a revelia e a verossimilhança dos fatos, se a questão for exclusivamente de direito e o juiz extrair do texto legal conclusão diversa da apresentada na inicial” (Antônio Carlos Marcato).” (Apelação Cível n. 2010.045332-9, de Jaraguá do Sul, rel. Des. Altamiro de Oliveira, dj. em 29.10.2010).

DESENTRANHAMENTO DA CONTESTAÇÃO. DESNECESSIDADE. EFEITOS DA REVELIA QUE NÃO ABRANGEM TAL ATO.

“PROCESSUAL CIVIL. PRAZO PARA CONTESTAR. EXEGESE DO ART. 188 DO CPC. BENEFÍCIO NÃO EXTENSÍVEL AOS PARTICULARES. CONTESTAÇÃO INTEMPESTIVA. DETERMINAÇÃO DE DESENTRANHAMENTO. REVELIA QUE NÃO PROJETA TAL CONSEQUÊNCIA. MANUTENÇÃO DA PEÇA NOS AUTOS. PRECEDENTES. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.” (Apelação Cível n. 2011.023038-4, de São Francisco do Sul, rel. Des. Newton Janke, dj. em 08.11.2011).

AUSÊNCIA DE PROVAS QUANTO À RELAÇÃO DE CONSUMO. INDÍCIOS DE QUE A SITUAÇÃO JURÍDICA EM APREÇO NÃO SE AMOLDA ÀS RELAÇÕES AFETAS AO CÓDIGO CONSUMERISTA. INAPLICABILIDADE DO CÓDIGO DE PROTEÇÃO E DEFESA DO CONSUMIDOR E CONSEQUENTE INVERSÃO DO *ONUS PROBANDI*.

Indica o entendimento doutrinário, que somente não será consumidor quem *“adquirir ou utilizar produto ou serviço que integra diretamente o processo de produção, transformação, monta-*

gem, beneficiamento ou revenda.” (DENSA, Roberta. *Direito do consumidor*. São Paulo: Atlas, 2005. p. 08). (grifou-se)

NOVAÇÃO. OCORRÊNCIA. *ANIMUS NOVANDI* DEMONSTRADO. CARACTERIZAÇÃO DO REFERIDO INSTITUTO QUE NÃO ELIDE A POSSIBILIDADE DE REVISÃO DOS PACTOS FENDOS. EXEGESE DA SÚMULA N. 286, DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. REVISÃO QUE, NO PRESENTE CASO, SERÁ REALIZADA SOMENTE EM RELAÇÃO AO INSTRUMENTO DE CONFISSÃO DE DÍVIDA JUNTADO NO CADERNO PROCESSUAL. PARTE REQUERENTE QUE DEIXA DE COLACIONAR DEMAIS PACTOS FIRMADOS ENTRE AS PARTES. INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 333, I, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL.

“É possível a revisão de toda a contratualidade, incluindo os contratos extintos pelo pagamento, novação ou renegociação, pois as nulidades contratuais não se convalidam no novo ajuste. Súmula 286 do STJ.” (Apelação Cível n. 70039913355, Segunda Câmara Especial Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Lúcia de Fátima Cerveira, j. em 30/11/2011).

REVISÃO CONTRATUAL. CONSTATADO PEDIDO GENÉRICO. ANÁLISE QUE SE RESTRINGIRÁ AS MATÉRIAS ESPECIFICAMENTE VENTILADAS NA PEÇA RECURSAL. APLICAÇÃO DA SÚMULA 381, DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA.

“TAXAS E TARIFAS - PEDIDO GENÉRICO - INVIABILIZAÇÃO DA ANÁLISE, EM FACE DA SÚMULA 381, STJ, SOB PENA DE REVISAR ENCARGOS NÃO POSTULADOS - PEDIDO NÃO CONHECIDO.” (APELAÇÃO CÍVEL N. 2010.064950-4, DE ITAPIRANGA, REL. DES. GUILHERME NUNES BORN, DJ. EM 22.09.2011).

MULTA CONTRATUAL ESTIPULADA EM 10%. REQUERIDA MINORAÇÃO PARA O PATAMAR DE 2%, CONFORME

PRECONIZADO NO ARTIGO 52, §1º, DO CÓDIGO DE PROTEÇÃO E DEFESA DO CONSUMIDOR. IMPOSSIBILIDADE DIANTE DA INEXISTÊNCIA DE RELAÇÃO CONSUMERISTA. MULTA QUE DEVERÁ PERMANECER NOS EXATOS TERMOS PACTUADOS.

“De fato, como não incide o Código de Defesa do Consumidor no contrato objeto da presente ação, inaplicável por consequência o disposto no art. 52, do CDC, ou seja, as multas em decorrência pelo inadimplemento poderão ser superiores a 2% (dois por cento).” (Apelação Cível n. 2004.018288-0, de Cunha Porá, rel. Des. Saul Steil, dj. em 25.01.2010).

ALEGADA ONEROSIDADE EXCESSIVA. TESE NÃO COMPROVADA. EXEGESE DO ARTIGO 333, I, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL.

“O ônus da prova incumbe ao autor, quanto aos fatos por ele alegados e dos quais depende a existência do direito subjetivo que pretende resguardar pela tutela jurisdicional, a teor do artigo 333, inciso I, do Código de Processo Civil (Apelação Cível n. 2003.016131-7, de São José, rel. Des. Luiz Carlos Freyesleben, j. 23-9-2004) (Apelação Cível n. 2008.031013-2, de Criciúma, rel. Desa. Maria do Rocio Luz Santa Ritta, j. 10-2-2009).” (Apelação Cível n. 2008.031702-6, da Capital, rel. Des. Stanley da Silva Braga, j. em 15.06.2010).

SENTENÇA AJUSTADA, SEM MODIFICAÇÃO DE SEU RESULTADO. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2007.022656-4, da comarca de Chapecó (3ª Vara Cível), em que é apelante Ernesto Piazza e Filhos Ltda., e apelada Bayer Cropscience Ltda:

A Câmara Especial Regional de Chapecó decidiu, à unanimidade, conhecer do recurso interposto, e no mérito, dar-lhe parcial provimento, tão somente para reconhecer a ocorrência da revelia, situação que não modifica o resultado final da demanda, qual seja, a improcedência dos pedidos elencados na inicial. Custas legais.

Participaram do julgamento, realizado nesta data, os Exmos. Srs. Des. Paulo Roberto Camargo Costa, presidente com voto, e o Des. Jorge Luis Costa Beber, como revisor.

Chapecó, 07 de fevereiro de 2012.

Eduardo Mattos Gallo Júnior
RELATOR

RELATÓRIO

ERNESTO PIAZZA E FILHOS LTDA. ajuizou “Ação de Revisão Contratual”, na terceira vara cível da comarca de Chapecó, em oposição a BAYER CROPSCIENCE LTDA. (inicial de fls. 02-14), juntando os documentos de fls. 15-34.

Citado, o requerido apresentou resposta, em forma de contestação (fls. 39-49), acompanhada dos documentos de fls. 50-100.

Após a regular tramitação processual, sobreveio a sentença de fls. 156-161, tendo sido apresentada apelação pelo requerente (fls. 167-188).

Os autos ascenderam a esta Corte, após o oferecimento das contrarrazões (fls. 194-208).

Este é o relatório.

VOTO

Conheço do recurso, uma vez presentes os pressupostos legais de sua admissibilidade.

1. Da validade da citação.

Pugna o apelante pela validade da citação da empresa apelada, afirmando, para tanto, que conforme vislumbra-se no aviso de recebimento juntado a fls. 37, a citação efetivamente se convalidou, visto que fora recebida por um empregado da apelada, o qual além de informar o número de sua identidade, carimbou a seguinte informação: “Área Jurídica – Bayer”.

Assim, requer seja decretada a revelia da apelada, sendo desconstituída a contestação apresentada a fls. 39-49 e, conseqüentemente, anulando a sentença de primeiro grau, determinando a apresentação de todos os contratos firmados entre as partes.

Parcial razão lhe assiste.

Inicialmente, é de se afirmar que a citação constitui ato pelo qual é realizada a triangulação processual, *“sendo impossível a existência de processo sem a sua ocorrência, isso porque nenhum efeito surtirá a sentença na qual não tenha sido proporcionado ao demandado a oportunidade de se defender, daí advém o princípio da bilateralidade da audiência.”* (Apelação Cível n. 2004.014698-1, Rel. Des. Anselmo Cerello, dj. em 31.05.2007).

Neste sentido, o artigo 213, do Código de Processo Civil assim preconiza:

Citação é o ato pelo qual se chama a juízo o réu ou o interessado a fim de se defender.

No caso dos autos, vislumbra-se que a citação foi realizada nos termos legais, ou seja, através do correio, com o envio de carta com aviso de recebimento, conforme preconizado nos artigos 222 e 223, do referido Diploma Legal.

Assim, vislumbra-se dos autos que a apelada realmente apresentou contestação intempestiva, uma vez que juntado o AR de citação em 24 de setembro de 2002, e protocolada a defesa em 12 de novembro de 2002.

O artigo 297 do Código de Processo Civil dispõe que:

“Art. 297. O réu poderá oferecer, no prazo de 15 (quinze) dias, em petição escrita, dirigida ao juiz da causa, contestação, exceção e reconvenção.”

Referente ao prazo, cumpre citar o artigo 241, I, do Código Buzaid:

“Art. 241. Começa a correr o prazo:

“I - quando a citação ou intimação for pelo correio, da data de juntada aos autos do aviso de recebimento;”

A propósito, diferentemente do que entendeu o magistrado sentenciante, não há como acatar a tese de nulidade da citação defendida pela apelada.

Isso porque, mesmo tendo a empresa apelada, em data de 24 de julho de 2002 incorporado a Aventis CropScience Ltda, passando a possuir nova razão social e, conseqüentemente, modificado sua sede para a Avenida Maria Coelho Aguiar, n. 215, bloco B, Jardim Luis, Santo Amaro, São Paulo – SP, as informações constantes no AR dão conta de que efetivamente a citação se convalidou.

Diz-se isso porque não há como deixar de considerar as informações constantes no aviso de recebimento, quais sejam, tanto o carimbo com o nome do funcionário, quanto o carimbo com a seguinte informação: “Área Jurídica – Bayer”, dados estes que efetivamente demonstram que a apelada possuía funcionário no local para receber correspondências.

Ressalta-se, neste ponto, que tanto a doutrina quanto a jurisprudência consideram válida a citação de empresas quando recebidas e assinadas por funcionários, sobretudo quando no ato do recebimento não é argumentado

a falta de poderes para tal recebimento, aplicando-se, para tanto, a teoria da aparência.

A propósito, extrai-se do entendimento doutrinário de Cândido Rangel Dinamarco:

Sadia jurisprudência caminha no sentido de considerar válida a citação da empresa, quando feita “na pessoa que, na sua sucursal, se apresenta com poderes de gerência ou de administração, recebendo a contrafé e apondo a nota de ciência no mandado sem nada argüir a respeito da falta de poderes de representação” (STJ). Tal é uma legítima projeção da *teoria da aparência*, pela qual se reputa juridicamente relevante a crença naquilo que parece ser, ainda quando na realidade possa não ser o que parece. A experiência mostra como às vezes é difícil identificar com precisão quem é o sujeito habilitado por estatuto ou contrato social a receber citações pela empresa; mostra ainda que a rígida exigência de citar somente tais sujeitos abre amplo espaço para as escusas e negaças do demandado que pretenda furtar-se à citação, dificultando o trabalho do oficial de justiça e retardando a tutela jurisdicional.

Além do mais, o próprio Código de Processo Civil já se mostra bem menos aferrado aos formalismos de uma citação obstinadamente pessoal, o que ele demonstra ao instituir a *via postal* como meio prioritário de citar, ocupando o plano que antes era ocupado pela citação por mandado (art. 222); para a coerência do sistema, não se deve exigir que o oficial de justiça entregue a contrafé diretamente nas mãos do presidente da empresa, quando o funcionário dos Correios o faz na portaria do prédio. Essa é também uma aplicação do art. 1775 do Código Civil, pelo qual “o preponente responde com o gerente pelos atos que este pratique em seu nome, mas à conta daquele”. Eventual deficiência interna, pela qual a citação não chegue ao real destinatário, fica por conta dos *riscos do negócio*, de grande significado na moderna teoria das empresas em geral, assim como da culpa *in eligendo*, também inerente a essas atividades. Por isso, sempre que não intercorra alguma forte razão em contrário devem ser havidas por eficazes as citações feitas ao empregado, na sede da empresa: a jurisprudência afirma que isso só se faz *em casos especiais* mas a dificuldade para identificar e localizar a pessoa formalmente habilitada a receber a citação caracteriza essa excepcionalidade. [...]

(in Instituições de Direito Processual Civil. 6ª ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Malheiros, 2009, pgs. 421-422).

Outrossim, tem sido este o entendimento adotado por esta Corte de Justiça:

APELAÇÕES CÍVEIS. AÇÃO CAUTELAR DE SUSTAÇÃO DE PROTESTO E AÇÃO DECLARATÓRIA DE NULIDADE DE TÍTULO. RECURSOS DO DEMANDADO. PRELIMINAR DE NULIDADE DA CITAÇÃO. RECHAÇADA. MÉRITO. APLICABILIDADE DOS EFEITOS DA REVELIA MANTIDA. EXTEMPORANEIDADE DA APRESENTAÇÃO DA RESPOSTA. DOCUMENTOS CONSTANTES DOS AUTOS QUE CONFIRMAM AS ALEGAÇÕES DO DEMANDANTE. SENTENÇAS MANTIDAS. RECURSOS CONHECIDOS E DESPROVIDOS. (Apelação Cível n. 2011.000444-2, de Itajaí, rel. Desa. Rejane Andersen, dj. em 06.12.2011)

E, ainda:

APELAÇÃO CÍVEL - REVISIONAL BANCÁRIA - CONTRATO DE ABERTURA DE CRÉDITO EM CONTA CORRENTE TIPO "CHEQUE ESPECIAL" E RENEGOCIAÇÃO DA DÍVIDA - PRELIMINAR DE NULIDADE DA CITAÇÃO ARGÜIDA - TESE RECHAÇADA [...] "No AR houve aposição de carimbo do Banco-réu, o que significa dizer que através de seu preposto a carta citatória ingressou na sua esfera de conhecimento. Entender em sentido diverso seria dificultar sobremaneira a citação pelo correio de pessoas jurídicas." (Resp. 195694/SP, Ministro Waldemar Zveiter). [...] (Apelação Cível n. 2004.014698-1, de Tubarão, rel. Des. Anselmo Cerello, dj. em 31.05.2007).

Assim, não tendo a apelada se precavido de maneira a diligenciar para apresentar contestação no prazo devido, a decretação da revelia é a medida que se impõe ao caso dos autos, nos exatos termos do contido no artigo 319 do Código de Processo Civil.

Porém, tratando-se a matéria debatida de questões essencialmente de direito, os efeitos da revelia restam mitigados, posto que a presunção

de veracidade dos fatos aplica-se tão somente aos fatos alegados na inicial pela apelante, e não ao direito aplicável na espécie.

Nesta senda, extrai-se do aresto catarinense:

APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DE COBRANÇA - CONTRATO DE ABERTURA DE CRÉDITO EM CONTA CORRENTE - JULGAMENTO ANTECIPADO - REVELIA - OCORRÊNCIA - EFEITOS – INAPLICABILIDADE [...] A decretação da revelia do réu gera presunção relativa de veracidade dos fatos descritos na exordial, não impedindo ao julgador a análise da coerência e legalidade dos pedidos constantes da exordial, pois absurdo o acolhimento irrestrito desses. [...] (Apelação Cível n. 2006.028830-3, da Capital, rel. Des. Wilson Augusto do Nascimento, dj. em 18.11.2009).

E, ainda:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÕES DE REVISÃO DE CONTRATO E DE BUSCA E APREENSÃO. AJUSTE DE FINANCIAMENTO. FEITO ORDINÁRIO. REVELIA. EFEITOS QUE NÃO ABRANGEM MATÉRIA DE DIREITO. “É preciso ressaltar, ainda, que os efeitos da revelia estão relacionados exclusivamente a aspectos fáticos da relação jurídica de direito material. Nada impede, portanto, seja rejeitada a pretensão do autor, não obstante a revelia e a verossimilhança dos fatos, se a questão for exclusivamente de direito e o juiz extrair do texto legal conclusão diversa da apresentada na inicial” (Antônio Carlos Marcato). [...] (Apelação Cível n. 2010.045332-9, de Jaraguá do Sul, rel. Des. Altamiro de Oliveira, dj. em 29.10.2010).

Ademais, é de ressaltar que o desentranhamento da contestação ofertada fora do prazo não é considerado um dos efeitos da revelia, sendo, portanto, permitida sua permanência nos presentes autos.

Inclusive, tem sido este o entendimento adotado por este Tribunal:

PROCESSUAL CIVIL. PRAZO PARA CONTESTAR. EXEGESE DO ART. 188 DO CPC. BENEFÍCIO NÃO EXTENSÍVEL AOS PARTICULARES. CONTESTAÇÃO INTEMPESTIVA. DETERMINAÇÃO DE DESENTRANHAMENTO.

REVELIA QUE NÃO PROJETA TAL CONSEQUÊNCIA. MANUTENÇÃO DA PEÇA NOS AUTOS. PRECEDENTES. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. (Apelação Cível n. 2011.023038-4, de São Francisco do Sul, rel. Des. Newton Janke, dj. em 08.11.2011).

Também:

APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DE COMPLEMENTAÇÃO DE AÇÕES EMITIDAS EM DECORRÊNCIA DE CONTRATO DE PARTICIPAÇÃO FINANCEIRA FIRMADO COM EMPRESA DE TELEFONIA. AGRAVO RETIDO - CONTESTAÇÃO APRESENTADA INTEMPESTIVAMENTE - DECISÃO DETERMINANDO O SEU DESENTRANHAMENTO - INSURGÊNCIA DA REQUERIDA - POSSIBILIDADE DE MANUTENÇÃO DA PEÇA DEFENSIVA NOS AUTOS, A DESPEITO DA REVELIA DA EMPRESA DE TELEFONIA - RECURSO PROVIDO. A despeito da revelia da demandada, é possível a permanência nos autos da peça defensiva para conhecimento de questões de ordem pública nela suscitadas, ou, ainda, para aferição das provas requeridas e dos documentos que a acompanham, sobretudo porque o Parágrafo Único do art. 322 do CPC permite ao revel intervir no processo em qualquer fase. [...] (Apelação Cível n. 2009.006280-1, de São Bento do Sul, rel. Des. Paulo Roberto Camargo Costa, dj. em 16.07.2010).

Destarte, diante de tais considerações, reforma-se a sentença neste ponto, confirmando a validade da citação e, conseqüentemente, decretando a revelia da apelada, sem, contudo, aplicar efetivamente seus efeitos.

2. Da inexistência de relação de consumo.

Insurge-se o apelante contra a sentença de primeiro grau, no que tange a inaplicabilidade do Código de Proteção e Defesa do Consumidor ao caso dos autos, requerendo, desta forma, a inversão do ônus da prova, para que a apelada junte aos autos todos os pactos firmados entre as partes.

Porém, razão não lhe assiste.

Isso porque sobre o caso dos autos não há a incidência do Código de Defesa do Consumidor, uma vez que, como bem ressaltado na sentença singular, não há relação de consumo entre as partes, tendo em vista que o apelante adquiriu os produtos da apelada com o fim de revendê-los a terceiro.

Para tanto, importa ressaltar que o próprio Código Consumerista prevê em seu art. 2º, que “Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço **como destinatário final**”. (grifou-se)

A respeito, conceitua Carlos Alberto Bittar:

[...] Consumidor é toda pessoa física, ou jurídica, que adquire ou utiliza bens ou serviços, como destinatário final (art. 2º). Isso significa que é o elo final da cadeia produtiva, destinando-se o bem ou serviço à sua utilização pessoal. [...] observe-se que, no conceito legal, ingressam também as pessoas jurídicas, sempre que destinatárias finais do produto, ou do serviço, matéria em que o nosso Código é explícito, evitando dúvidas e questionamentos nela levantados. (*Direitos do Consumidor*: Código de Defesa do Consumidor. 6 ed. rev. atual. ampl. por Eduardo C. B. Bittar. Rio de Janeiro: Editora Forense Universitária, 2003. p. 28).

Indica o entendimento doutrinário, ainda, que somente não será consumidor quem “adquirir ou utilizar produto ou serviço que integra diretamente o processo de produção, transformação, montagem, beneficiamento ou revenda” (DENSA, Roberta. *Direito do consumidor*. SP: Atlas, 2005. p. 08). (grifou-se)

O entendimento jurisprudencial deste egrégio Tribunal de Justiça segue no mesmo sentido:

Para se caracterizar o consumidor, portanto, não basta ser, o adquirente ou utente, destinatário final fático do bem ou serviço: deve ser também o seu destinatário final econômico, isto é, a utilização deve romper a atividade econômica para o atendimento de necessidade privada, pessoal, não podendo ser reutilizado, o bem ou serviço, no processo produtivo, ainda que de forma indireta

(Agravo de Instrumento n. 2011.010031-1, de Videira. Relator: José Carlos Carstens Köhler. Órgão Julgador: Quarta Câmara de Direito Comercial. Data: 29/07/2011).

E, ainda:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE DÉBITO E INEXIGIBILIDADE DE CARTULAS LEVADAS A PROTESTO. AÇÃO QUE JULGOU IMPROCEDENTE OS PEDIDOS VERTIDOS NA EXORDIAL. RECURSO DA AUTORA.

PRETENSÃO DE APLICAÇÃO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR E CONSÉQUENTE INVERSÃO DO ONUS PROBANDI. INACOLHIMENTO. AUSÊNCIA DE PROVAS QUANTO À RELAÇÃO DE CONSUMO. INDÍCIOS DE QUE A SITUAÇÃO JURÍDICA EM APREÇO NÃO SE AMOLDA ÀS RELAÇÕES AFETAS AO CÓDIGO CONSUMERISTA.

“[...] a aquisição de bens ou a utilização de serviços, por pessoa natural ou jurídica, com o escopo de implementar ou incrementar a sua atividade negocial, não se reputa como relação de consumo e, sim, como uma atividade de consumo intermediária” (STJ. REsp 541867/BA, rel. Ministro Antônio de Pádua Ribeiro, rel. p/ Acórdão Ministro Barros Monteiro, Segunda Seção, julgado em 10-11-2004, DJ 16-5-2005, p. 227).

EMISSÃO DOS TÍTULOS VINCULADA A NEGÓCIO DESFEITO. ALEGAÇÃO NÃO COMPROVADA. ÔNUS QUE INCUMBIA À DEVEDORA.

“Para ver reconhecida a inexigibilidade de cheques, compete à emitente provar alegação de que correspondiam à compra e venda frustrada” (Apelações Cíveis ns. 2008.069014-0 e 2008.069013-3, de Braço do Norte, rel. Des. José Inácio Schaefer, j. 31-5-2010).

RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO (Apelação Cível n. 2007.016381-5, de Itajaí. Relator: Altamiro de Oliveira. Órgão Julgador: Quarta Câmara de Direito Comercial. Data: 29/11/2011).

Assim, frente a situação dos autos, afasta-se, de plano, a aplicação do Código Consumerista e, conseqüentemente, a inversão do ônus da prova conforme requerido pelo apelante em suas razões recursais.

3. Da novação.

Pugna o apelante pela descaracterização do instituto da novação, requerendo, desta forma, a revisão de todos os contratos que deram origem ao termo de confissão de dívida juntado a fls. 22-24.

Melhor sorte não lhe assiste.

A respeito de tal instituto, dispõe o artigo 999, do Código Civil de 1916, vigente quando da formação do instrumento:

Art. 999. Dá-se a novação:

I - Quando o devedor contrai com o credor nova dívida, para extinguir e substituir a anterior.

II - Quando novo devedor sucede ao antigo, ficando este quite com o credor.

III - Quando, em virtude de obrigação nova, outro credor é substituído ao antigo, ficando o devedor quite com este.

No mesmo norte, lecionam Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery:

Novação significa modificação ou substituição de uma obrigação por outra. Como tal não se entende a tolerância ou prorrogação de prazo para o recebimento de dívida. É a transformação de uma obrigação por outra. A causa da nova obrigação é a anterior, que desaparece. Novação é o negócio jurídico por meio do qual se cria uma nova obrigação, com o objetivo precípua de extinguir-se a obrigação anterior (Lacerda de Almeida. *Novação*, verbete in REDB, v. 34, p. 275). (in Código Civil Comentado – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p.485)

A propósito, é consabido que o instituto da novação não se presume; sendo necessário para sua caracterização a presença expressa do *animus novandi*, o qual encontra-se evidenciado no instrumento de confissão de dívida, objeto da presente ação revisional.

Neste sentido, colhe-se dos itens “4 e 5”, do “Quadro Resumo”, do Instrumento Particular de Confissão, Novação de Dívida e Promessa de Pagamento (fls. 22):

4) VALOR TOTAL DA DÍVIDA NOVADA: R\$ 1.714.848,45 (hum milhão, setecentos e catorze mil, oitocentos e quarenta e oito reais e quarenta e cinco centavos).

5) FORMA DE PAGAMENTO: A dívida novada será quitada, pela DEVEDORA à CREDORA, em 07 (sete) parcelas mensais, conforme valores e vencimentos abaixo indicados.

Logo, plenamente demonstrado a ocorrência de novação no caso dos autos.

Ressalta-se, neste ponto, que a novação não elide a possibilidade de revisão dos pactos findos, conforme orientação constante no enunciado da Súmula n. 286, do Superior Tribunal de Justiça.

A propósito, extrai-se dos julgados do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

APELAÇÕES CÍVEIS. NEGÓCIO JURÍDICO BANCÁRIO. AÇÃO REVISIONAL. CONTRATOS DE ABERTURA DE CRÉDITO EM CONTA CORRENTE, BANRICOMPRAS, CRÉDITO UM MINUTO, CARTÃO DE CRÉDITO E CRÉDITO PESSOAL. ALCANCE DA REVISÃO. É possível a revisão de toda a contratualidade, incluindo os contratos extintos pelo pagamento, novação ou renegociação, pois as nulidades contratuais não se convalidam no novo ajuste. Súmula 286 do STJ. [...] (Apelação Cível n. 70039913355, Segunda Câmara Especial Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Lúcia de Fátima Cerveira, j. em 30/11/2011).

E, do aresto catarinense:

[...] Possível a revisão de contratos, ainda que efetuada novação, consoante enunciado sumular 286 do Superior Tribunal de Justiça. [...] (Apelação Cível n. 2006.042231-4, de Presidente Getúlio, rel. Des. Wilson Augusto do Nascimento, dj. em 09.09.2009).

Logo, caberia ao apelante ter juntado aos autos os contratos anteriores para análise das supostas cláusulas abusivas, nos exatos termos do disposto no artigo 333, I, do Código de Processo Civil.

Porém, tendo trazido ao caderno processual, tão somente o instrumento de confissão de dívida de fls. 22-24, a revisão requerida nos presentes autos se restringirá a tal pacto.

4. Da revisão contratual.

Pugna o apelante pela reforma da sentença ora combatida, sendo realizada a revisão contratual requerida na peça inicial, “*devendo ser excluídos os valores cobrados indevidamente, caracterizando excesso de cobrança, cujo valor real do débito, deverá ser apurado em liquidação de sentença.*” (fls. 180)

Porém, é consabido que ao magistrado é defeso promover a revisão *ex officio* das cláusulas contratuais, nos termos do disposto no enunciado da Súmula n. 381, do Superior Tribunal de Justiça.

Outrossim, nos termos do artigo 286, do Código de Processo Civil, o pedido deve ser certo e determinado, de modo que os pedidos genéricos não podem ser conhecidos, sob pena de afronta a tal dispositivo legal.

A propósito, tem sido este o entendimento adotado por esta Corte de Justiça:

[...] TAXAS E TARIFAS - PEDIDO GENÉRICO - INVIABILIZAÇÃO DA ANÁLISE, EM FACE DA SÚMULA 381, STJ, SOB PENA DE REVISAR ENCARGOS NÃO POSTULADOS - PEDIDO NÃO CONHECIDO. [...] (Apelação Cível n. 2010.064950-4, de Itapiranga, rel. Des. Guilherme Nunes Born, dj. em 22.09.2011).

E, ainda:

CIVIL. REVISÃO DE CONTRATO. RECURSO DA AUTORA. CORREÇÃO MONETÁRIA DAS PRESTAÇÕES PELO INPC.

INEXISTÊNCIA DE VINCULAÇÃO AO SALÁRIO MÍNIMO. PEDIDO GENÉRICO DE ANULAÇÃO DE CLÁUSULAS ABUSIVAS. IMPOSSIBILIDADE. APELO DA AUTORA DESPROVIDO. [...] “Nos contratos bancários, é vedado ao julgador conhecer, de ofício, da abusividade das cláusulas” (STJ, SÚMULA 381). Esse entendimento se aplica também às ações revisionais de contrato de compromisso de compra e venda de imóvel. [...] (Apelação Cível n. 2010.066813-3, de Itajaí, rel. Des. Luiz Carlos Freyesleben, dj. em 08.04.2011).

Destarte, no caso dos autos, somente será analisada a possível abusividade constante na multa contratual estipulada no documento de fls. 22-24, bem como a suposta onerosidade excessiva decorrente da alegada súbita valorização do dólar frente à moeda nacional.

5. Da multa.

Sustenta o apelante que a cláusula contratual que estipula a multa em 10% encontra-se eivada de ilegalidade, requerendo, portanto, a minoração para o montante de 2%, nos termos do disposto no artigo 52, §1º, do Código de Proteção e Defesa do Consumidor.

Melhor sorte não lhe assiste.

Isso porque não restando caracterizada a relação de consumo, torna-se inaplicável o disposto no referido dispositivo legal e, em consequência, as multas previstas nos instrumentos privados poderão ser superiores a 2%.

Nesta senda, extrai-se dos julgados deste Tribunal:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO REVISIONAL DE CONTRATO C/C ANULAÇÃO DE CLÁUSULAS CONTRATUAIS ABUSIVAS. CÂRÊNCIA DE AÇÃO. AFASTADA. PACTA SUNT SERVANDA. RELATIVIZAÇÃO. VEÍCULO E CHEQUES DADOS COMO ENTRADA DO NEGÓCIO. COMPROVADOS. CONTRATO DE ADESÃO. NÃO CARACTERIZADO. INAPLICABILIDADE DO CDC. ART. 52 DO MESMO CODEX AFASTADO. LITIGÂNCIA DE MÁ-

FÉ. PENA ADEQUADAMENTE APLICADA. SENTENÇA PARCIALMENTE MANTIDA. RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO. [...] (Apelação Cível n. 2004.018288-0, de Cunha Porá, rel. Des. Saul Steil, dj. em 25.01.2010). (grifou-se)

E, do corpo do acórdão:

[...] f) Da multa.

Ressalta a apelante que é inaplicável ao caso o art. 52, § 1º, do CDC, por não restar caracterizada a relação de consumo.

De fato, como não incide o Código de Defesa do Consumidor no contrato objeto da presente ação, inaplicável por consequência o disposto no art. 52, do CDC, ou seja, as multas em decorrência pelo inadimplemento poderão ser superiores a 2% (dois por cento).

Neste íterim, advindo o inadimplemento, a multa aplicável é a prevista no contrato particular de compra e venda de veículo com cláusula acessória de reserva de domínio firmado entre as partes litigantes. [...]

Desta forma, a manutenção da multa nos exatos termos pactuados é a medida que se impõe.

6. Da alegada onerosidade excessiva.

Assevera o apelante que diante da súbita valorização do dólar frente à moeda nacional, deve ser acolhida a teoria da imprevisão e, consequentemente, ser relativizado o princípio *pacta sunt servada*, preservando, desta forma, o equilíbrio contratual.

Razão não lhe assiste.

Isso porque o apelante não se desincumbiu de comprovar o alegado, ônus este que lhe competia, nos exatos termos do que dispõe o artigo 333, I, do Código de Processo Civil.

Nesse sentido, leciona Humberto Theodoro Júnior:

Não há um dever de provar, nem à parte assiste o direito de exigir a prova do adversário. Há um simples ônus, de modo que o litigante assume o risco de perder a causa se não provar os fatos alegados e do qual depende a existência do direito subjetivo que pretende resguardar através da tutela jurisdicional. Isto porque, segundo a máxima antiga, fato alegado e não provado é o mesmo que fato inexistente” (THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de Direito Processual Civil. 43 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005 .v. I. p. 462).

Da jurisprudência, extrai-se o seguinte precedente:

[...] O ônus da prova incumbe ao autor, quanto aos fatos por ele alegados e dos quais depende a existência do direito subjetivo que pretende resguardar pela tutela jurisdicional, a teor do artigo 333, inciso I, do Código de Processo Civil (Apelação Cível n. 2003.016131-7, de São José, rel. Des. Luiz Carlos Freyesleben, j. 23-9-2004) (Apelação Cível n. 2008.031013-2, de Criciúma, rel. Desa. Maria do Rocio Luz Santa Ritta, j. 10-2-2009). (Apelação Cível n. 2008.031702-6, da Capital, rel. Des. Stanley da Silva Braga, j. em 15.06.2010).

Assim, como amplamente demonstrado, ao apelante incumbiria o ônus da prova de fato constitutivo de seu alegado direito, ou seja, caberia ao mesmo demonstrar efetivamente a alegada onerosidade excessiva decorrente da súbita valorização do dólar frente à moeda nacional, fato este que não demonstrou.

Inclusive, tem sido este o entendimento adotado pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

APELAÇÃO CÍVEL. NEGÓCIOS JURÍDICOS BANCÁRIOS. AÇÃO REVISIONAL. CRÉDITO PESSOAL. CLÁUSULAS ABUSIVAS: É vedado ao julgador o reconhecimento de abusividade ou legalidade de cláusulas, de ofício, em contratos bancários (Enunciado nº. 381 da Súmula do STJ). ONEROSIDADE EXCESSIVA: Não demonstrada a onerosidade excessiva. [...] (Apelação Cível n. 70044677235, Primeira Câmara Especial Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Eduardo João Lima Costa, j. em 01/11/2011).

E, do corpo do acórdão:

[...] NELSON NERY JUNIOR, *apud* Cavalieri Filho in Programa de Direito do Consumidor, 2ª ed., Ed. Atlas, 2010, p. 172-173 assim discorre sobre a onerosidade excessiva:

“Somente as circunstâncias extraordinárias é que entram no conceito de onerosidade excessiva, dele não fazendo parte os acontecimentos decorrentes da álea normal do contrato. Por álea normal deve entender-se o risco previsto, que o contratante deve suportar, ou, se não previsto explicitamente no contrato, de ocorrência presumida em face da peculiaridade da prestação ou do contrato”.

Não demonstrado nos autos, por parte do autor (art. 333, I CPC), qualquer acontecimento extraordinário para embasar a alegação de ocorrência de onerosidade excessiva, esta é afastada. [...]

Outrossim, como bem salientou o magistrado sentenciante, *“à autora não apontou qual o acontecimento extraordinário e imprevisível, ocorrido, obviamente, após a formação do instrumento de confissão, que torna excessiva a obrigação.”* (fls. 159)

Desta forma, vislumbra-se a fragilidade do conjunto probatório, sendo que, seguindo orientação da jurisprudência dominante deste Tribunal, agiu com acerto o Juiz de primeiro grau ao julgar pela improcedência da ação.

Nessa direção, ao arremate da temática, colhe-se da jurisprudência:

Sustentando-se o direito em fatos, aquele que invoca, arca com o ônus da prová-los. Faltando consistência objetiva ao pedido do autor, inarredável é a improcedência da prestação jurisdicional. (AC n. 44.087, Des. Francisco Oliveira Filho) (Apelação Cível n. 2007.052763-1, de Tubarão, rel. Des. Luiz César Medeiros, j. em 28.01.2008).

Sob tais circunstâncias, dá-se parcial provimento ao recurso interposto, tão somente para decretar a revelia da apelada, fato este que não modifica o resultado final da demanda, qual seja, a improcedência dos pedidos elencados na inicial.

Por fim, mantém-se a condenação a respeito das custas processuais e honorários de sucumbência, como estabelecidos na sentença de primeiro grau, visto estarem adequados aos parâmetros estabelecidos no artigo 20, do Código de Processo Civil.

Este é o voto que se encaminha a apreciação do julgamento desse Colegiado.

PRIMEIRA CÂMARA CRIMINAL

APELAÇÕES CRIMINAIS

Apelação Criminal n. 2012.001747-3, de Lages

Relator: Des. Paulo Roberto Sartorato

APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME CONTRA O PATRIMÔNIO. FURTO QUALIFICADO PELO ROMPIMENTO DE OBSTÁCULO, NA FORMA TENTADA (ART. 155, § 4º, INCISO I, C/C ART. 14, INCISO II, DO CÓDIGO PENAL). SENTENÇA QUE DECIDIU PELA ABSOLVIÇÃO SUMÁRIA DO ACUSADO. RECURSO MINISTERIAL. INVIABILIDADE DA APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA À HIPÓTESE. VALOR DOS BENS SUBTRAÍDOS QUE NÃO PODE SER CONSIDERADO ÍNFIMO. DELITO PRATICADO NA FORMA QUALIFICADA. INCOMPATIBILIDADE COM O RECONHECIMENTO DO REFERIDO INSTITUTO. TIPICIDADE DA CONDUTA MANIFESTA.

O princípio da insignificância ou bagatela, sabe-se, repousa na ideia de que não pode haver crime sem ofensa jurídica – *nullum crimen sine iniuria* –, e deve ser invocado quando verificada a inexpressividade de uma determinada lesão a um bem jurídico tutelado pelo ordenamento legal.

No entanto, em se tratando de crime patrimonial, caso constatado o considerável valor dos objetos subtraídos, impossível se reputar mínima a lesividade da conduta perpetrada pelo réu, o que desautoriza a aplicação do mencionado princípio à hipótese.

Ademais, em se tratando de crime patrimonial na forma qualificada, restam demonstradas a grande periculosidade social e a alta reprovabilidade da ação, o que impede o reconhecimento da insignificância penal da conduta.

CRIME CONTRA A FÉ PÚBLICA. FALSA IDENTIDADE (ART. 307 DO CÓDIGO PENAL). SENTENÇA QUE DECIDIU PELA ABSOLVIÇÃO SUMÁRIA DO ACUSADO. RECURSO MINISTERIAL. APRESENTAÇÃO DE NOME FALSO PERANTE A AUTORIDADE POLICIAL. CONDUCTA QUE EXCEDE O DIREITO À AUTODEFESA. TESE DE CRIME IMPOSSÍVEL RECHAÇADA. CRIME FORMAL.

Entende-se como inaceitável a extensão do uso falseado de identidade perante a autoridade policial no momento da lavratura do auto de prisão em flagrante, uma vez que o instituto da auto-defesa se limita aos fatos contra si imputados, não se ampliando à identificação do agente durante a qualificação.

Além disso, tem-se que o delito em tela é classificado como formal, ou seja, sequer exige resultado naturalístico, consistente na obtenção efetiva de vantagem ou na causação de prejuízo para outrem, para sua consumação.

RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

Inviável a absolvição sumária do acusado quando não se está diante de qualquer das hipóteses elencadas pelo art. 397 do Código de Processo Penal, devendo prosseguir regularmente a instrução probatória do feito.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n. 2012.001747-3, da comarca de Lages (1ª Vara Criminal), em que é apelante o Ministério Público do Estado de Santa Catarina, e apelado Sílvio Pacheco:

A Primeira Câmara Criminal decidiu, por votação unânime, conhecer do recurso e dar-lhe provimento. Custas legais.

O julgamento, realizado nesta data, foi presidido pela Exma. Des. Marli Mosimann Vargas, com voto, e dele participou o Exmo. Des. Newton Varela Júnior.

Funcionou na sessão pela douta Procuradoria-Geral de Justiça o Exmo. Dr. Paulo Antônio Günther.

Florianópolis, 08 de maio de 2012.

Paulo Roberto Sartorato
RELATOR

RELATÓRIO

O representante do Ministério Público, com base no incluso Auto de Prisão em Flagrante, ofereceu denúncia contra Sílvio Pacheco, devidamente qualificado nos autos, dando-o como incurso nas sanções do artigo 155, § 4º, inciso I, *c/c* artigo 14, inciso II, *c/c* artigo 307, na forma do artigo 69, todos do Código Penal, em concurso material, pela prática dos seguintes atos delituosos, assim narrados na preambular acusatória, *in verbis*:

[...]

No dia 25 de julho de 2011, por volta das 14h30min, imbuído de manifesto animus furandi, o Denunciado causou o rompimento da janela e porta do estabelecimento comercial Planet Burger de propriedade da vítima Clair Raimundo Zanotto, localizado na Rua Correia Pinto, n. 490, Bairro Centro, neste Município, adentrando no local.

Ato contínuo, subtraiu para si 01 (uma) bandeja de salsicha, pesando 800 gramas; 01 (uma) porção de queijo muzzarella fatiado, pesando aproximadamente 400 gramas; 68 (sessenta e oito) embalagens de

pastilhas marcas Freegels diversos sabores e a quantia de R\$ 19,20 (dezenove reais e vinte centavos) em moedas.

Ocasião em que restou surpreendido pela vítima Clair Raimundo Zanotto, que efetivou sua detenção até a posterior chegada dos Policiais Militares ao local.

Posteriormente, Sílvio Pacheco ao ser inquirido pela autoridade policial identificou-se como Cleber Silva Leite Moreira, vizinho do denunciado. Sendo que somente após esclarecimentos prestados pela vítima Cleber, tomou-se conhecimento sobre sua verdadeira identidade (fl. 34).

Merece ser frisado que a *res furtiva* foi restituída à vítima.

[...].

Comunicada a prisão em flagrante, o MM. Juiz *a quo*, nos termos do art. 310, inc. III, do Código de Processo Penal, concedeu a liberdade provisória ao acusado, mediante compromisso de comparecimento aos demais atos do processo, além de ter fixado medidas cautelares, nos termos do art. 319, do Código de Processo Penal (fls. 27/28).

Recebida a denúncia (fl. 57), o réu foi regularmente citado (fl. 65v.), tendo apresentado defesa preliminar às fls. 69/72, através de defensor dativo (fl. 67v.).

Laudo Pericial do Exame em Local de Arrombamento anexado às fls. 59/63.

Ato contínuo, o Magistrado *a quo*, por intermédio da sentença de fls. 73/78, julgou improcedente a denúncia para absolver sumariamente o réu, Sílvio Pacheco, das acusações que lhe foram feitas, com base no art. 397, inciso III, do CPP: no que se refere ao delito de furto qualificado tentado, por entender que a conduta supostamente praticada foi atípica, dada a insignificância da lesão ao bem jurídico tutelado; quanto ao crime de falsa identidade, por entender, igualmente, pela atipicidade da conduta, perpetrada em exercício de autodefesa.

Inconformado, o representante do Ministério Público do Estado de Santa Catarina interpôs recurso de apelação (fl. 80), alegando, em resumo, não se tratar de hipótese de absolvição sumária, sob o argumento de que os fatos narrados à denúncia constituem, efetivamente, crimes capitulados pelo Código Penal (fls. 81/95).

A defesa do acusado, em contrarrazões, requereu o conhecimento e desprovimento do apelo interposto pelo órgão ministerial (fls. 100/105).

Após, os autos ascenderam a esta Superior Instância, tendo a douta Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer da lavra do Exmo. Dr. Ivens José Thives de Carvalho, opinado pelo conhecimento e provimento do reclamo (fls. 110/116).

É o necessário relatório.

VOTO

Preenchidos os requisitos objetivos e subjetivos de admissibilidade, o presente reclamo merece ser conhecido.

O presente recurso de apelação criminal, interposto pelo Ministério Público, volta-se contra sentença de primeiro grau que absolveu sumariamente o réu, Sílvio Pacheco, acusado de infringir o artigo 155, § 4º, inciso I, c/c artigo 14, inciso II, c/c artigo 307, na forma do artigo 69, todos do Código Penal - furto qualificado pelo rompimento de obstáculo, na forma tentada, e falsa identidade -, em concurso material.

A respeitável sentença *a quo*, ora combatida, absolveu sumariamente o acusado de ambas as acusações lançadas na denúncia, com fundamento no art. 397, inciso III, do Código de Processo Penal, por compreender que não constituiriam fatos típicos o furto qualificado tentado, em razão da inexpressividade da lesão jurídica ocorrida, e a comunicação de falsa identidade, por corresponder a exercício de autodefesa e crime impossível.

Da detida análise dos autos, conclui-se pela impropriedade da absolvição sumária levada a efeito pelo *decisum* recorrido, razão pela qual merece prosperar a insurgência do órgão ministerial.

I – Da expressividade da lesão jurídica ocasionada pelo delito de furto qualificado, na forma tentada, supostamente cometido

O princípio da insignificância ou bagatela, sabe-se, repousa na ideia de que não pode haver crime sem ofensa jurídica - *nullum crimen sine iniuria* -, e deve ser invocado quando verificada a inexpressividade de uma determinada lesão a um bem jurídico tutelado pelo ordenamento legal.

Sobre o tema, é o ensinamento de Fernando Capez:

O direito penal não cuida de bagatelas, nem admite tipos incriminadores que descrevam condutas incapazes de lesar o bem jurídico. Se a finalidade do tipo penal é tutelar bem jurídico, se a lesão, de tão insignificante, torna-se imperceptível, não é possível proceder-se ao enquadramento, por absoluta falta de correspondência entre o fato narrado na lei e o comportamento iníquo realizado. Por essa razão, os danos de nenhuma monta devem ser considerados atípicos. Tal não se confunde com o furto privilegiado, em que a coisa furtada é de pequeno valor, mas não é de valor insignificante, ínfimo. Somente a coisa de valor ínfimo autoriza a incidência do princípio da insignificância, o qual acarreta a atipicidade da conduta. (*In Curso de Direito Penal, volume 2: parte especial. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 389*).

Segundo a jurisprudência dos Tribunais Superiores, “*o princípio da insignificância tem como vetores a mínima ofensividade da conduta, a nenhuma periculosidade social da ação, o reduzido grau de reprovabilidade do comportamento e a inexpressividade da lesão jurídica provocada*”. (STJ - AgRg no REsp. 1282906/SP, Quinta Turma, Rel. Min. Jorge Mussi, j. em 15/03/2012).

Por outro lado, certo que referido princípio deve ser utilizado moderadamente pelo julgador, visto que sua aplicação descomedida

ocasionaria a banalização e incentivo ao cometimento de delitos de pequeno porte.

No caso em tela, denota-se que, em conformidade com o Auto de Avaliação Indireta de fl. 13, os objetos alegadamente subtraídos pelo acusado foram avaliados em R\$ 100,89 (cem reais e oitenta e nove centavos), quantia que não pode ser reputada desprezível, não ao ponto de tornar atípica a conduta e justificar a abstenção da intervenção do direito penal à hipótese.

Não se confunda, a propósito, bem de valor *insignificante*, compreendido como aquele de importância praticamente nula, imperceptível, incapaz de justificar a persecução penal, com bem de *pequeno valor*, que, por sua vez, corresponde a coisa de valor reduzido e autoriza, em tese, a aplicação do privilégio insculpido no art. 155, § 2º, do Estatuto Repressivo.

A conduta supostamente praticada pelo réu, com efeito, adequa-se perfeitamente à previsão abstrata disposta pelo art. 155 do Código Penal - *subtrair, para si ou para outrem, coisa alheia móvel* -, recaindo, por isso, em tipicidade formal; por outro lado, o objeto material do delito, consistente em bens valorados em R\$ 100,89 (cem reais e oitenta e nove centavos), como já dito, não possui importância irrelevante a ponto de seu espólio constituir *insignificância* e, conseqüentemente, fato materialmente atípico.

Repise-se, por necessário, que o princípio da insignificância deve ser empregado com copiosa cautela, evitando-se, dessa forma, a ampliação disparatada do que se tem como lesão inexpressiva a bem jurídico e à ordem social. Somente quando a potencialidade lesiva da conduta for manifestamente irrelevante, pois, é que estará excluída sua tipicidade material.

Extrai-se da jurisprudência do Tribunal de Justiça de Santa Catarina:

FURTO SIMPLES. [...] PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. CONDIÇÕES PESSOAIS FAVORÁVEIS. CONTUDO, VALOR QUE NÃO PODE SER CONSIDERADO INEXPRESSIVO. INAPLICABILIDADE. AFASTAMENTO TAMBÉM DO FURTO PRIVILEGIADO. [...] (Apelação Criminal n. Apelação Criminal n. 2012.008163-6, de Joaçaba, Rel. Des. Jorge Schaefer Martins, j. em 1º/03/2012).

PENAL. FURTO DUPLAMENTE QUALIFICADO (CP, ART. 155, § 4.º, I E IV). FORMA TENTADA. CORRUPÇÃO DE MENORES (LEI N. 8.069/90, ART. 244-B). ABSOLVIÇÃO SUMÁRIA. CRIME CONTRA O PATRIMÔNIO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. APELO MINISTERIAL. TENTATIVA DE FURTO QUALIFICADO PELO ARROMBAMENTO E CONCURSO DE AGENTES. VALOR DOS BENS QUE NÃO PODE SER CONSIDERADO ÍNFIMO. INSIGNIFICÂNCIA AFASTADA. DEVOLUÇÃO DOS BENS À ESFERA DE PODER DA VÍTIMA QUE NÃO ILIDE A OFENSIVIDADE E A REPROVABILIDADE DA CONDUTA DO AGENTE. [...] (Apelação Criminal n. 2012.002479-1, de Araranguá, Rel. Des. Roberto Lucas Pacheco, j. em 27/03/2012).

APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME CONTRA O PATRIMÔNIO. TENTATIVA DE FURTO (ART. 155, *CAPUT*, C/C O ART. 14, II, AMBOS DO CP). INCONFORMISMO DA DEFESA. ALMEJADO O RECONHECIMENTO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. VALOR DA *RES FURTIVA* QUE NÃO PODE SER CONSIDERADO ÍNFIMO. CONDENAÇÃO MANTIDA.

RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. (Apelação Criminal n. 2011.084739-2, de Criciúma, Rel. Des. Alexandre d'Ivanenko, j. em 27/03/2012).

APELAÇÃO CRIMINAL (RÉU PRESO). CRIME CONTRA O PATRIMÔNIO. TENTATIVA DE FURTO SIMPLES (ART. 155, *CAPUT*, C/C ART. 14, II, AMBOS DO CÓDIGO PENAL). SENTENÇA CONDENATÓRIA. RECURSO DA DEFESA. ABSOLVIÇÃO PELA ATIPICIDADE DA CONDUTA. RECONHECIMENTO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. NÃO ACOLHIMENTO. REQUISITOS OBJETIVOS E SUBJETIVOS NÃO PREENCHIDOS. VALOR

DA *RES FURTIVA* QUE NÃO PODE SER CONSIDERADO IRRISÓRIO NA ÉPOCA DOS FATOS. [...] (Apelação Criminal n. 2011.046411-2, de Chapecó, Rel. Des. Marli Mosimann Vargas, j. em 21/03/2012).

Note-se, ainda, que, segundo o documento de fl. 52, o réu já fora beneficiado pelo reconhecimento da insignificância de pretérita lesão a bem jurídico. Escancarado está que o reconhecimento da atipicidade de condutas como a ora examinada, além de representar injustificada desvirtuação da Lei Penal, somente serviria de incentivo ao cometimento de subtrações de menor porte, o que fatalmente proporcionaria intensos riscos à ordem social.

Cite-se, por oportuno, julgado do Superior Tribunal Justiça:

HABEAS CORPUS. TENTATIVA DE FURTO EM SUPERMERCADO. OBJETO DE PEQUENO VALOR (TRÊS LATAS DE CERA AVALIADAS EM R\$ 31,98). INAPLICABILIDADE DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. IMPOSSIBILIDADE.

1. A conduta perpetrada pelo agente não pode ser considerada irrelevante para o direito penal. O delito em tela – tentativa de furto de três latas de cera de um supermercado, avaliadas em R\$ 31,98 –, muito embora não expresse intensa agressão ao patrimônio da vítima, não se insere na concepção doutrinária e jurisprudencial de crime de bagatela.

2. No caso do furto, não se pode confundir bem de pequeno valor com de valor insignificante. Este, necessariamente, exclui o crime em face da ausência de ofensa ao bem jurídico tutelado, aplicando-se-lhe o princípio da insignificância; aquele, eventualmente, pode caracterizar o privilégio inculpado no § 2º do art. 155 do Código Penal, já prevendo a Lei Penal a possibilidade de pena mais branda, compatível com a pequena gravidade da conduta.

3. A subtração de mercadorias, cujo valor não pode ser considerado ínfimo, não pode ser tido como um indiferente penal, na medida em que a falta de repressão de tais condutas representaria verdadeiro

incentivo a pequenos delitos que, no conjunto, trariam desordem social.

4. Ordem denegada. (HC 47247/MS, Rel. Mina. Laurita Vaz, j. em 18/05/2006).

Não bastasse a argumentação retro, verifica-se, da leitura do caderno processual, mais especificamente do laudo de fls. 59/63, que o noticiado crime de furto tentado se deu na forma qualificada, com rompimento de obstáculo (art. 155, § 4º, I, do CP), situação que, por si só, revela a grande periculosidade social e a alta reprovabilidade da ação, e, conseqüentemente, impede o reconhecimento da insignificância penal da conduta supostamente praticada.

Nesse sentido é a jurisprudência desta Corte:

APELAÇÃO CRIMINAL. TENTATIVA DE FURTO QUALIFICADO MEDIANTE CONCURSO DE PESSOAS (ART. 155, § 4º, IV, C/C ART. 14, II, AMBOS DO CÓDIGO PENAL). SENTENÇA QUE REJEITOU A DENÚNCIA COM FUNDAMENTO NO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA E POR AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA PARA O EXERCÍCIO DA AÇÃO PENAL (ART. 395, III, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL). RECURSO MINISTERIAL. PLEITO VISANDO A CONTINUIDADE DO PROCESSO ATÉ O FINAL JULGAMENTO, PELA IMPOSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. ACOLHIMENTO. CRIME NÃO COMPATÍVEL COM A BENESSE. NÃO PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS INDISPENSÁVEIS PARA O RECONHECIMENTO DO ALUDIDO PRINCÍPIO. OCORRÊNCIA DO DELITO NA FORMA QUALIFICADA. (Apelação Criminal n. 2011.026554-5, de Canoinhas, Rel. Desa. Marli Mosimann Vargas, j. em 31/05/2011).

[...] PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA QUE NÃO SE AFIGURA VIÁVEL. DELITO PRATICADO NA FORMA QUALIFICADA QUE É INCOMPATÍVEL COM O RECONHECIMENTO DO REFERIDO INSTITUTO. RÉU, ADEMAIS, REINCIDENTE. PLEITO AFASTADO. (Apelação

Criminal n. 2012.001775-8, de Joinville, Rel. Des. Alexandre d'Ivanenko, j. em 20/03/2012).

[...] É inaplicável o furto privilegiado quando o crime é qualificado pelo rompimento do obstáculo. (Apelação Criminal n. 2011.073927-7, de São Bento do Sul, Rel. Des. Carlos Alberto Civinski, j. em 19/04/2012).

Pertinentes ao caso em tela, sem dúvida, as anotações realizadas pelo ilustre Ministro Ayres Britto quando do julgamento do Habeas Corpus n. 104.586/RS:

[...] O reconhecimento da insignificância material da conduta increpada ao paciente serviria muito mais como um temerário incentivo ao cometimento de novos delitos do que propriamente uma injustificada mobilização do Poder Judiciário. É dizer: o quadro empírico desenhado pelas instâncias de origem impossibilita a adoção do princípio da insignificância penal e, ao mesmo tempo, justifica a mobilização do aparato de poder em que o Judiciário consiste. Poder que só é de ser acionado para a apuração de condutas que afetem, em substância, os bens jurídicos tutelados pelas normas incriminadoras. Que é o caso dos autos. (STF - HC n. 104.586/RS, Rel. Min. Ayres Britto, DJe 24/09/2010).

Cabe salientar, ainda, que a restituição dos bens à vítima não é capaz de ocasionar a aplicação do almejado princípio ou de isentar o agente da responsabilidade penal, visto que a recuperação das coisas somente ocorreu depois que aquele foi surpreendido e rendido pelo proprietário da lanchonete saqueada.

Com efeito, diante dos argumentos acima expostos, impossível se julgar insignificante a lesividade da conduta alegadamente praticada pelo réu, o que desautoriza a aplicação do mencionado princípio ao caso. Não há, portanto, como se falar em absolvição sumária do acusado em razão de *o fato narrado evidentemente não constituir crime*, nos termos do art. 397, III, do Código de Processo Penal, motivo pelo qual deve prosseguir regularmente o feito.

II – Da inocorrência de autodefesa ou crime impossível quando da segunda conduta delituosa imputada ao acusado

O réu foi acusado também em razão de suposta infração ao art. 307 do Código Penal porque, ao ser detido em flagrante delito pela força policial, atribuiu-se de falsa identidade para obter vantagem em proveito próprio, com o desiderato de preservar seu real nome e causar prejuízo a terceiro. À polícia, disse ser Cleber Silva Leite Moreira, seu vizinho, assinando, inclusive, como se aquele fosse, o termo de interrogatório de fl. 08 e a nota de culpa de fl. 09.

O texto legal assim prevê: “*Art. 307. Atribuir-se ou atribuir a terceiro falsa identidade para obter vantagem, em proveito próprio ou alheio, ou para causar dano a outrem*”.

In casu, os indícios de materialidade e a autoria do delito restam cabalmente demonstrados pelos documentos alhures mencionados.

Cumprido evidenciar que o elemento subjetivo do delito, qual seja, a obtenção de vantagem em proveito próprio, com o escopo de não ser identificado, fora preenchido pelo acusado, que, utilizando falsa identidade, pretendeu esquivar-se da responsabilidade penal.

Destarte, ainda que se admita, sob os ditames da ampla defesa, a utilização pelo acusado do direito de calar-se ou até de alterar a verdade dos fatos puníveis que lhe são atribuídos, entende-se como inaceitável a extensão do uso falseado de identidade perante a autoridade policial no momento da lavratura do auto de prisão em flagrante, uma vez que este instituto se limita aos fatos contra si imputados, não se ampliando à identificação durante a qualificação.

Observa-se, pois, que o eventual aceite de condutas como a ora sob exame seria inadmissível, já que flagrantes os prejuízos que adviriam a terceiros não envolvidos em ações delitivas. Na hipótese, aliás, verifica-se

notório prejuízo a terceiro, ao passo que o verdadeiro Cleber da Silva Leite Moreira teve seu nome vinculado à prática do crime em grande veículo de comunicação (boletim de ocorrência de fl. 32).

Nesse âmbito, colhe-se deste Tribunal:

[...] FALSA IDENTIDADE. PLEITO ABSOLUTÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. RÉU QUE ATRIBUI PARA SI NOME DE OUTREM PERANTE À AUTORIDADE POLICIAL POR SER FORAGIDO DA JUSTIÇA. PRESENÇA DO ELEMENTO SUBJETIVO ESPECÍFICO DO TIPO PÊNAL. OBTENÇÃO DE VANTAGEM PARA SI CONFIGURADA. CONDUTA CONTRÁRIA AO ORDENAMENTO JURÍDICO E QUE EXTRAPOLA O DIREITO À AUTODEFESA. CONFISSÃO CORROBORADA PELOS TESTEMUNHOS DOS POLICIAIS. PROVA APTA À EMBASAR A CONDENAÇÃO. ABSOLVIÇÃO ARREDADA. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. (Apelação Criminal n. 2010. 055166-3, de Porto Belo, Rel. Des. Marli Mosimann Vargas, j. em 11/05/2011).

[...] FALSA IDENTIDADE - APRESENTAÇÃO DE NOME DE TERCEIRO AOS AGENTES POLICIAIS - CONDUTA QUE É CONTRÁRIA AO ORDENAMENTO JURÍDICO E EXTRAPOLA O DIREITO À AUTODEFESA - DELITO FORMAL - CONSUMAÇÃO NO MOMENTO EM QUE RÉU SE IDENTIFICA FALSAMENTE PARA OBTER VANTAGEM, CONSISTENTE NA OCULTAÇÃO DE SEUS ANTECEDENTES CRIMINAIS - CONDENAÇÃO QUE SE IMPÕE.

“A lei processual estabelece ao acusado a possibilidade de confessar, negar, silenciar ou mentir. O réu pode calar-se, sem que isso importe confissão tácita (CPP, art. 198), e pode mentir, uma vez que não presta compromisso legal; logo, não há sanção prevista para sua mentira. Claro que, como manifestação do direito de defesa, ao réu é dado silenciar apenas em relação ao interrogatório de mérito. [...] Dessa forma, o agente que se identifica falsamente com o propósito de ocultar seu passado criminoso não exerce autodefesa, uma vez que nesta somente pode incidir no interrogatório de mérito” (Fernando Capez). (Apelação Criminal n. 2011.084207-9, da Capital, Rel. Des. Moacyr de Moraes Lima Filho, j. em 06/03/2012).

[...] PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO DA PRÁTICA DO CRIME DE FALSA IDENTIDADE. INVIABILIDADE. ACUSADO QUE CONFESSA TER FORNECIDO FALSA IDENTIDADE PARA A AUTORIDADE POLICIAL. CONDUTA QUE AFRONTA O ORDENAMENTO JURÍDICO E EXTRAPOLA O DIREITO À AUTODEFESA. CONDENAÇÃO MANTIDA. DOSIMETRIA. PENA-BASE. AUMENTO POR CONTA DAS CIRCUNSTÂNCIAS DOS CRIMES, DEVIDAMENTE FUNDAMENTADO. REINCIDÊNCIA. AUSÊNCIA DE CERTIDÃO DE TRÂNSITO EM JULGADO DA DECISÃO CONDENATÓRIA. EXCLUSÃO. RECURSOS PARCIALMENTE PROVIDOS. (Apelação Criminal n. 2011.015492-9, de São Francisco do Sul, Rel. Des. Substituto Newton Varella Júnior, j. em 18/11/2011).

[...] FALSA IDENTIDADE (ARTIGO 307 DO CÓDIGO PENAL). MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS. ATRIBUIÇÃO DE NOME FALSO PERANTE A AUTORIDADE POLICIAL. CONDUTA DO AGENTE QUE É CONTRÁRIA AO ORDENAMENTO JURÍDICO E QUE EXTRAPOLA O DIREITO DE AUTODEFESA, NÃO PODENDO SER CONSIDERADA COMO SIMPLES DESDOBRAMENTO DO DIREITO AO SILÊNCIO. INTUITO DO AGENTE DE ESQUIVAR-SE DA ANÁLISE DE SUA VIDA PREGRESSA. MANUTENÇÃO DA CONDENAÇÃO QUE SE IMPÕE.

O agente que falseia a sua identidade perante a autoridade policial extrapola os limites da autodefesa, uma vez que esse instituto limita-se aos fatos contra si imputados e não à sua identificação durante a qualificação, incorrendo no delito de falsa identidade o réu que apresenta falso nome para esquivar-se de sua vida pregressa. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. (Apelação Criminal n. 2011.025856-4, de Acurra, Rel. Des. Hilton Cunha Júnior, j. em 18/11/2011).

Acerca da tese de autodefesa quando da conduta em comento, anota Guilherme de Souza Nucci:

[...] Não abrange, no entanto, o momento de qualificação, seja na polícia, seja em juízo, pois, o direito de silenciar ou mentir que possui o acusado não envolve essa fase do interrogatório. Não há,

como visto em itens anteriores, qualquer direito absoluto, de modo que o interesse na escuridão administração da justiça, impedindo-se que um inocente seja julgado em lugar do culpado, prevalece neste ato. Daí por que, falseando quanto à sua identidade, pode responder pelo crime do art. 307 [...] (*In* Código Penal Comentado, 7^a. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 986).

Não se fale, outrossim, em crime impossível, sob o argumento de que a verdadeira identidade do agente seria fatalmente descoberta pela autoridade policial, porquanto o delito em tela é classificado como formal, ou seja, sequer exige resultado naturalístico, consistente na obtenção efetiva de vantagem ou na causação de prejuízo para outrem, para sua consumação.

Afirma Victor Eduardo Rios:

[...] A doutrina é unânime em afirmar que a falsidade é crime formal. Assim sendo, a consumação ocorre no instante em que o agente se atribui a falsa identidade, pouco importando se consegue ou não obter a vantagem visada [...]. Ora, como a efetiva obtenção da vantagem é dispensável para fins de consumação do delito em análise, não há que se falar em crime impossível pela posterior descoberta da verdadeira identidade do sujeito, uma vez que o ilícito já estava consumado desde o momento em que o agente atribui-se identidade alheia. (*In* Dos crimes contra os costumes aos crimes contra a Administração. 2^a. Ed. São Paulo, Saraiva, 2000, p. 107).

É da jurisprudência:

APELAÇÃO CRIMINAL - FURTO QUALIFICADO (CP, ART. 155, § 4º, I) E FALSA IDENTIDADE (CP, ART 307) - RECURSO MINISTERIAL - FALSA IDENTIDADE - ATRIBUIÇÃO DE NOME FALSO PERANTE A AUTORIDADE POLICIAL - TESE DE CRIME IMPOSSÍVEL E ABSOLVIÇÃO POR EXERCÍCIO DE AUTODEFESA - INOCORRÊNCIA - AGENTE QUE PRETENDIA OBTER VANTAGEM PARA SI - CONDENAÇÃO QUE SE IMPÕE [...] (Apelação Criminal n. 2010.071431-3, de Lages, Rel. Desa. Salete Silva Sommariva, j. em 14/06/2011).

CRIME CONTRA A FÉ PÚBLICA. FALSA IDENTIDADE (ART. 307 DO CP). DELITO FORMAL, QUE NÃO EXIGE

RESULTADO DANOSO. CONDUTA QUE EXTRAPOLA OS LIMITES DA AUTODEFESA. TIPICIDADE E ILICITUDE RECONHECIDAS. INJUSTO CULPÁVEL CARACTERIZADO. CONDENAÇÃO MANTIDA. RECURSO NÃO PROVIDO. (Apelação Criminal n. 2009.023716-1, de Balneário Camboriú, Rel. Des. Irineu João da Silva, j. 06/08/2009).

Conclui-se, portanto, que a conduta supostamente praticada pelo acusado aparenta ser fato típico e ilícito, ou seja, crime, não havendo como se conceber, de igual forma, sua absolvição sumária com supedâneo no art. 397, III, do Código de Processo Penal, razão pela qual deve prosseguir regularmente a instrução probatória do feito.

À vista de todo o exposto, vota-se no sentido de conhecer e dar provimento ao recurso de apelação.

Este é o voto.

Apelação Criminal n. 2011.070115-1, de Blumenau

Relator: Des. Newton Varella Júnior

APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME DE INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA (ART. 10 DA LEI N. 9.296/1996). SENTENÇA ABSOLUTÓRIA (ART. 386, V, CPP). INSURGÊNCIA DA ACUSAÇÃO. PRETENDIDA CONDENAÇÃO. ACOLHIMENTO. MATERIALIDADE EVIDENCIADA. GRAVAÇÃO DAS ESCUTAS ILEGAIS APREENDIDAS NA RESIDÊNCIA DA RÉ, QUE APRESENTOU JUSTIFICATIVA NÃO CONVINCENTE E SEM RESPALDO PROBATÓRIO. ÔNUS QUE COMPETIA À DEFESA. CIRCUNSTÂNCIA ALIADA ÀS PALAVRAS DA VÍTIMA E DE TESTEMUNHA QUE NÃO DEIXA DÚVIDAS QUANTO À AUTORIA. CONDENAÇÃO DECRETADA. RECURSO PROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n. 2011.070115-1, da comarca de Blumenau (1ª Vara Criminal), em que são apelantes o Ministério Público do Estado de Santa Catarina e Assistente da Acusação, e apelada A. E. R.:

A Primeira Câmara Criminal decidiu, por votação unânime, conhecer do recurso e dar-lhe provimento para condenar A. E. R. à pena de 2 (dois) anos e 10 (dez) meses de reclusão, em regime inicial fechado, e 38 (trinta e oito) dias-multa, no valor unitário de 1/30 (um trinta avos) do salário mínimo vigente à época dos fatos, corrigidos monetariamente, pela prática do crime descrito no art. 10 da Lei n. 9.296/1996. Custas legais.

O julgamento, realizado nesta data, foi presidido pela Exma. Sra. Desa. Marli Mosimann Vargas, com voto, e dele participou o Exmo. Sr. Des. Paulo Roberto Sartorato. Funcionou pela douta Procuradoria-Geral de Justiça o Exmo. Sr. Dr. Ivens José Thives de Carvalho.

Florianópolis, 3 de abril de 2012.

Newton Varella Júnior
RELATOR

RELATÓRIO

A. E. R. foi absolvida pela MM. Juíza Substituta da 1ª Vara Criminal da Comarca de Blumenau, nos autos da ação penal n. 008.09.011231-5, da imputação quanto à prática do crime descrito no art. 10 da Lei n. 9.296/1996, com fulcro no art. 386, V, do Código de Processo Penal.

Irresignado, o representante do Ministério Público interpôs apelação criminal, alegando que o conjunto probatório é tranquilo no sentido de demonstrar a materialidade do delito e a autoria por parte da acusada, notadamente por ela não ter apresentado justificativa plausível sobre as gravações telefônicas ilegais encontradas em sua residência. Assim, pugna pela condenação da recorrida no crime que lhe foi imputado.

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. Ivens José Thives de Carvalho, opinado pelo conhecimento e provimento do reclamo.

VOTO

Presentes os pressupostos de admissibilidade, o recurso deve ser conhecido.

Narra a denúncia, em síntese, que, a partir do dia 1º de outubro de 2003 e até maio de 2004, a apelada, sem a devida autorização judicial, realizou interceptação do número telefônico residencial de K. G. H., com a finalidade, inclusive, de obter informações para perpetrar delitos contra a vítima.

Assim, a ré foi denunciada pela prática do crime descrito no art. 10 da Lei n. 9.296/1996, que diz:

Art. 10. Constitui crime realizar interceptação de comunicações telefônicas, de informática ou telemática, ou quebrar segredo da Justiça, sem autorização judicial ou com objetivos não autorizados em lei.

Pena: reclusão, de dois a quatro anos, e multa.

Ao sentenciar o feito, a Magistrada absolveu a acusada sob fundamento de não existir prova de ela ter concorrido para a infração penal (art. 386, V, CPP), já que a materialidade e autoria não estariam suficientemente demonstradas.

É de se dar razão, todavia, à insurgência recursal.

A respeito da não comprovação da materialidade, expôs a Julgadora que as fitas cassete contendo a gravação das escutas ilegais não estão anexadas no feito, registrando também que não foi apreendido o respectivo aparelho gravador. Consignou, ainda, que não foi juntada aos autos a decisão que autorizou a busca das fitas na residência da ré e que o Termo de Apreensão acostado às fls. 15/18 não especificou qual o local exato do imóvel as fitas foram encontradas. Além disso, mencionou que referido Termo noticia a apreensão de 62 (sessenta e duas) fitas cassete, sendo estranho a vítima ter apresentado à perícia apenas 58 (cinquenta e oito) delas.

Ocorre que tais fundamentos não se sustentam.

Consta do Laudo Pericial às fls. 54/94 que, em julho de 2008, a vítima levou à perita criminal Lúcia Helena Ignácio Beduschi uma caixa

contendo 58 (cinquenta e oito) fitas cassete, solicitando-lhe a degravação do conteúdo de uma delas. Realizada a diligência, verificou-se tratar de conversações obtidas da linha telefônica residencial de propriedade da vítima, registrando a perita, ao fim, que observou “ruídos de linha compatíveis com gravação decorrente de grampo telefônico” (fl. 57).

Ouvida em Juízo, referida profissional confirmou integralmente o teor dessa perícia (CD à fl. 194).

O fato de tais fitas não estarem anexadas a estes autos não leva ao questionamento acerca de sua existência, como erroneamente assentou a Julgadora.

É que, segundo relatado na queixa-crime (fls. 03/08), e também consoante informações obtidas junto ao Sistema de Informação do Judiciário - SAJ, tem-se que, na Comarca de Navegantes, a ré fora denunciada - e restou condenada - pelo crime de roubo de joias praticado em março de 2004 (Ação Penal n. 135.04.001943-1), objetos estes que foram encontrados na sua residência em cumprimento a mandado de busca e apreensão, conforme demonstra o Termo de Apreensão às fls. 15/18, o qual noticia, também, que na casa foram apreendidos inúmeros outros itens, dentre os quais 62 (sessenta e duas) fitas cassete.

Já na Vara da Família da Comarca de Blumenau, a ré havia proposto Ação de Dissolução de Sociedade de Fato em face da vítima (autos n. 008.03.021405-7), haja vista que ambos foram companheiros durante 5 (cinco) anos, tendo acabado o relacionamento em janeiro de 2003. Nesta ação, o próprio Magistrado requisitou, a pedido da vítima (réu na ação cível), aquelas fitas ao Juízo da Comarca de Navegantes. Atendido o pedido, foi então entregue à vítima, em julho de 2008, apenas 58 (cinquenta e oito) do total das que haviam sido apreendidas, razão pela qual levou essa quantidade à perita criminal para realizar a degravação.

Isso explica, portanto, o porquê de a vítima ter estado na posse de apenas 58 (cinquenta e oito) das 62 (sessenta e duas) fitas cassete apreendidas na residência da apelada, bem como o motivo de o material não estar juntado aos presentes autos, pois, por determinação do próprio MM. Juiz da Vara da Família da Comarca de Blumenau nos autos Ação de Dissolução de Sociedade de Fato, em junho de 2010, as referidas fitas foram devolvidas ao Juízo da Comarca de Navegantes para serem reanexadas aos autos daquela Ação Penal n. 135.04.001943-1, onde originariamente estavam.

E a ausência da decisão que autorizou aquela busca e apreensão na residência da ré não é motivo para afastar a licitude do ato, pois, como ficou claro, a diligência foi realizada por ordem do Juízo da Comarca de Navegantes para instruir as investigações que resultaram na deflagração da citada Ação Penal n. 135.04.001943-1.

No mais, a falta de informação sobre o exato local em que foram encontradas as fitas na residência da apelada, ou o fato de não ter havido a apreensão do aparelho gravador, são circunstâncias irrelevantes para fins de comprovação da materialidade, haja vista que as fitas cassete contendo o “grampo telefônico”, por si só, já são o suficiente para tanto.

As dúvidas acerca da materialidade consignadas na sentença, como se vê, não procedem.

Com relação à autoria, entendeu a Magistrada *a quo* que a única ligação entre a interceptação telefônica ilegal e a acusada é o fato de as fitas cassete terem sido encontradas em sua casa.

Tal hipótese, com efeito, seria insuficiente para fundamentar o decreto condenatório, não fossem várias outras provas e evidências que não deixam dúvidas sobre a autoria por parte da recorrida.

Como anteriormente dito, as fitas cassete contendo as gravações do “grampo” foram apreendidas, em maio de 2004, na residência da acusada, sendo cediço que “Adquire enorme significado, no que concerne à certeza da autoria, a apreensão da coisa em poder daquele que a detém sem justificção plausível, circunstância que importa na inversão do ônus da prova” (Apelação Criminal n. 2009.039641-0. Relator: Des. Sérgio Paladino. Julgada em 3.11.2009).

E fica claro nos autos que nenhuma prova ou explicação crível foi apresentada pela defesa para afastar aquela presunção, cujo ônus lhe competia.

Ouvida na Delegacia, a apelada negou que tenha realizado qualquer escuta ilegal, dizendo que elas teriam sido feitas pela irmã da vítima ou pelos seus sobrinhos por motivos de disputa de herança, sendo que posteriormente as fitas contendo as gravações lhe foram enviadas por um “motoboy” (fls. 31/32).

Ocorre que, de um lado, a defesa não indicou quem seriam esses sobrinhos, tampouco houve interesse em ouvi-los. De outro, vê-se que, ao tempo daquele depoimento (abril/2009), a irmã da vítima, M. H. de Q., já era falecida (maio/2006), conforme revela a Certidão de Óbito à fl. 36.

A propósito, vale indagar: se o interesse da irmã da vítima, ou dos seus sobrinhos, com o “grampo” telefônico era o de obter informações em virtude de disputa de herança, como justificou a acusada, qual seria o motivo de estes supostos autores terem lhe enviado todas as fitas cassete contendo as gravações?

Como se vê, tal versão foi forjada pela ré apenas na tentativa de imputar a autoria das escutas ilegais a terceiros e, assim, afastar de si a responsabilidade do delito.

Não se desconhece que a testemunha de defesa N. da S. O., que trabalhou como dama de companhia da mãe da vítima entre outubro/2000 e maio/2003, relatou em Juízo que soube de alguns problemas envolvendo a vítima e sua irmã (CD à fl. 159). Todavia, tal testemunha foi clara quando afirmou que a própria ré lhe contou que as escutas telefônicas foram por ela realizadas, a mando da irmã da vítima (04'50" a 05'12").

Ou seja, ainda que se aceitasse o argumento de que havia algum interesse da irmã da vítima naquelas escutas, tal circunstância não afastaria a autoria por parte da ré, haja vista que a referida testemunha trazida pela própria defesa foi taxativa ao revelar que o “grampo” foi realizado pela apelada.

Não bastasse todas essas evidências, tem-se ainda que, na fase judicial, a acusada não fez sequer questão de comparecer ao seu interrogatório para defender-se, apesar de devidamente intimada (fls. 167).

É certo que a Constituição da República garante ao acusado o direito de permanecer em silêncio diante de uma acusação que lhe é dirigida (art. 5º, LXIII).

Porém, não se pode esquecer que, com as recentes alterações dadas ao Código de Processo Penal, notadamente pela Lei n. 11.719/2008, o interrogatório passou a ser não mais apenas meio de prova, e sim importante instrumento de defesa, já que é o momento processual em que o acusado, após a ciência de todo o conteúdo probatório produzido, exercerá pessoalmente o seu direito de defesa sobre a imputação que lhe é dirigida.

No caso, como visto, a ré ficou inerte quando chamada à Juízo para ser ouvida, muito embora lhe recaísse o ônus de justificar a apreensão das fitas em sua residência.

A circunstância apontada na sentença relativa à ausência de exame grafotécnico, o qual teria a finalidade de verificar se as inscrições à caneta

contidas nas fitas cassete foram feitas pela ré (fl. 55), não deve ser sopesado, pois absolutamente em momento algum dos autos isso foi questionado pela defesa.

Ademais, vale repetir que as mencionadas fitas foram encontradas na residência da ré e era ônus da defesa valer-se dos meios probatórios existentes para refutar as evidências que lhe apontavam a autoria do crime, de sorte que, não tendo havido qualquer insurgência quanto à necessidade de produzir aquela prova (exame grafotécnico), certamente não poderia o Julgador, na sentença, exigir da acusação esse ônus.

Portanto, não há se falar em insuficiência de provas a acerca da autoria. Pelo contrário, a conclusão da responsabilidade da apelada é resultante de um farto conjunto de provas, evidências, circunstâncias e indícios, todos acima vistos, os quais, concatenados, permitem um juízo de certeza suficiente para corroborar as palavras da vítima, tanto em seus depoimentos (fls. 29 e 141) quanto nos fatos narrados na queixa-crime (fls. 03/08), e fundamentar o decreto condenatório.

Cita-se, por oportuno, a lição de Maria Thereza Rocha de Assis Moura sobre a questão da valoração das provas:

A concordância dos indícios significa que os mesmos devem ajustar-se entre si, de modo a produzirem um todo coerente e natural.

Vale dizer, os indícios concordantes corroboram-se ou confirmam-se reciprocamente, afastando o azar e gerando, no espírito do julgador, a crença na realidade do fato por eles indicado, ao descartarem as hipóteses contrárias (*A prova por indícios no processo penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 99).

E nosso Tribunal assenta:

A prova realizada por meio de indícios e que permite a presunção é prevista no processo penal. Este adota o princípio do livre convencimento motivado (art. 157), quando da apreciação do conjunto probatório pelo julgador, não existindo, portanto, hierarquia entre meios de prova, o que significa que a conclusão,

acerca da existência do fato, far-se-á pela análise de todo o material probatório colhido, não se vinculando o juiz a qualquer prova individualmente considerada ou avaliada em termos de exclusividade ou preponderância (Apelação Criminal n. 2002.008122-7. Relator: Sérgio Roberto Baasch Luz. Julgada em 10.12.2002).

Ou mais:

A prova indireta constituída por indícios múltiplos, concatenados e possuidores de credibilidade, é suficiente à condenação (Apelação Criminal n. 2008.043176-6. Relator: Des. Amaral e Silva. Julgada em 7.10.2008).

Nesses termos, merece acolhimento o recurso para condenar a apelada pela prática do crime que lhe foi imputado.

Passa-se, pois, à dosimetria.

Tem-se que a pena cominada em abstrato para o delito descrito no art. 10 da Lei n. 9.296/1996 é de 2 (dois) a 4 (quatro) anos de reclusão, e multa.

Em análise às circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal, verifica-se: a) a culpabilidade, relativa ao grau de reprovabilidade da conduta, não se mostrou além do que o legislador já considerou para a cominação da pena mínima; b) a certidão à fl. 173 revela que a ré possui antecedente criminal, concernente à condenação na Comarca de Navegantes por roubo circunstanciado (art. 157, § 2º, I e II, CP), cujo trânsito em julgado ocorreu em 23.8.2005 (Ação Penal n. 135.04.001943-1), cabendo registrar que, “Segundo precedentes da Suprema Corte e deste Superior Tribunal, podem ser considerados, para caracterização de maus antecedentes, condenações por crime anterior com trânsito em julgado posterior ao delito em exame” (STJ, HC n. 185.126 / MG. Relator: Min. Jorge Mussi. Julgado em 28.2.2012); c) não há elementos nos autos que permitam a desvalorização da conduta social e da personalidade da acusada; d) os motivos e as consequências do crime, que segundo a acusação seriam

de a ré obter informações da vida pessoal da vítima e contra ela praticar crimes, e isso teria ocorrido com a tentativa de homicídio praticado por terceiro em novembro de 2003, também não merece acolhida, pois tal argumento recai no campo das suposições, haja vista não haver dados concretos e confiáveis nos autos que dê sustentação a isso; e) as circunstâncias do delito foram normais ao tipo penal; f) o comportamento da vítima em nada contribuiu para a ação.

Assim, considerando haver apenas 1 (uma) circunstância judicial desfavorável (antecedentes criminais), à pena-base privativa de liberdade devem ser acrescidos 2 (dois) meses de reclusão, *quantum* este que, apesar de abaixo da diretriz de 1/6 (um sexto) adotada por esta Corte, se mostra mais razoável e adequado ao caso, pois trata-se de um único antecedente criminal.

Ainda quanto à reprimenda basilar, é tranquilo o entendimento de que a multa deve guardar proporcionalidade com a pena privativa de liberdade, proporcionalidade esta que tem por parâmetro a margem de aumento permitida pelo legislador para cada modalidade de reprimenda (privativa de liberdade e multa), margem que resulta da subtração das penas máxima e mínima respectivamente cominadas. Nestes termos, considerando os patamares mínimo e máximo da pena privativa de liberdade cominados em abstrato ao referido crime, tem-se 2 (dois) anos permitidos para elevação, de sorte que os 2 (dois) meses majorados em concreto correspondem a aproximadamente 8% (oito por cento) daquele limite, percentual este que, levando-se em conta a margem de 350 (trezentos e cinquenta) dias-multa previstos no art. 49, *caput*, do Código Penal, equivale a 28 (vinte e oito) dias-multa a serem majorados. E com fulcro no que preveem os arts. 49, §§ 1º e 2º, e 60, *caput*, ambos do Código Penal, o valor do dia-multa é fixado em 1/30 (um trinta avos) do salário mínimo vigente à época dos fatos, corrigidos monetariamente.

Portanto, nesta primeira fase de cálculo, tem-se a pena-base de 2 (dois) anos e 2 (dois) meses de reclusão, e 38 (trinta e oito) dias-multa.

Na segunda etapa, verifica-se a incidência das seguintes circunstâncias agravantes: a) reincidência (art. 61, I, CP), revelada pela certidão à fl. 174, relativa à condenação por homicídio simples (art. 121, *caput*, CP) na Comarca de Rio do Sul (Ação Penal n. 054.93.000962-6), cujo trânsito em julgado ocorreu em 24.11.1997, mas com extinção da pena somente em 11.7.2005, de modo a não configurar a hipótese do art. 64, I, do Código Penal, e sim a regra geral do art. 63 do mesmo diploma; b) ter sido o crime cometido contra maior de 60 (sessenta) anos (art. 61, II, *h*, CP), conforme demonstra o documento à fl. 23, salientando-se que o delito foi praticado quando já vigente a alteração dada a este dispositivo pela Lei n. 10.741/2003.

Considerando, pois, a existência dessas 2 (duas) agravantes, é razoável a elevação da reprimenda em 8 (oito) meses de reclusão, principalmente porque o crime em exame foi praticado quando a ré estava em período de prova do livramento condicional concedido naquela Ação Penal que configurou a reincidência.

Não há circunstâncias atenuantes a serem aplicadas, tornando-se a a pena, desse modo, em 2 (dois) anos e 10 (dez) meses de reclusão, e 38 (trinta e oito) dias-multa, ressaltando-se que, conforme entendimento jurisprudencial pacífico nesta Corte, a pena de multa não sofre alterações nesta fase dosimétrica.

Por fim, inexistem causas gerais ou especiais de aumento e de diminuição, razão pela qual torna-se definitiva a reprimenda no patamar acima indicado.

Levando em conta ser a ré reincidente, bem como haver circunstância judicial desfavorável, não incide a Súmula 269 do Superior Tribunal de

Justiça, de sorte que, em observância ao disposto no art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal, fixa-se o regime inicial fechado para cumprimento da sanção.

Incabíveis a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito e a sua suspensão condicional porque não preenchidos os requisitos elencados, respectivamente, no art. 44, II e III, e art. 77, *caput*, I e II, ambos do Código Penal.

No mais, o pedido de fixação de honorários advocatícios apresentado nas contrarrazões pelo defensor que as subscreveu, Dr. Elton Tito Raimundo da Silva (fl. 231), deverá ser apreciado pelo Juízo *a quo*, após o retorno dos autos à origem, porque lá efetuada a nomeação (fl. 165).

Ante o exposto, voto pelo conhecimento e provimento do recurso para condenar A. E. R. à pena de 2 (dois) anos e 10 (dez) meses de reclusão, em regime inicial fechado, e 38 (trinta e oito) dias-multa, no valor unitário de 1/30 (um trinta avos) do salário mínimo vigente à época dos fatos, corrigidos monetariamente, pela prática do crime descrito no art. 10 da Lei n. 9.296/1996.

SEGUNDA CÂMARA CRIMINAL

AGRAVO EM EXECUÇÃO PENAL

Agravo em Execução Penal: 2012.023935-4

Des. Subst. Francisco Oliveira Neto

AGRAVO PREVISTO NO ART. 197 DA LEI N. 7.210/84 (AGRAVO EM EXECUÇÃO PENAL). FALTA GRAVE. REGRESSÃO PARA O REGIME FECHADO. SENTENÇA CONDENATÓRIA QUE FIXOU O REGIME SEMI-ABERTO. IMPOSSIBILIDADE DE REGRESSÃO ALÉM DO LIMITE DA CONDENAÇÃO. OFENSA À COISA JULGADA. REGRESSÃO AFASTADA. AGRAVO PROVIDO.

Depois de “fixado determinado regime na sentença e esta tendo transitada em julgado, não é permitida a regressão a regime mais gravoso. Não é lógico admitir que a condenação do paciente se torne mais severa, na fase de execução da pena, por ter ele praticado falta grave. A falta grave, nessa situação, serviria para determinar-se a recontagem do prazo necessário à progressão; não para impor a regressão a regime mais gravoso que o fixado na sentença. É ilógico, ainda, que o réu possa regredir de regime sem ter progredido” (STF, HC n. 93761/RS, rel Min. Eros Grau, Segunda Turma, j. 5.8.08, 1065).

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso de Agravo n. 2012.023935-4, da comarca de Joinville (3ª Vara Criminal), em que é recorrente Ricardo Ferrari Frutuoso, e recorrido Ministério Público do Estado de Santa Catarina:

A Segunda Câmara Criminal decidiu, por unanimidade, dar provimento ao recurso a fim de reformar a decisão do magistrado a quo, restabelecendo o regime semi-aberto ao apenado. Custas legais.

O julgamento, realizado no dia 5 de junho de 2012, foi presidido pelo Excelentíssimo Desembargador Sérgio Izidoro Heil, com voto, e dele participou o Excelentíssimo Desembargador Volnei Celso Tomazini.

Florianópolis, 6 de junho de 2012.

Francisco Oliveira Neto
RELATOR

RELATÓRIO

<"Parte ativa selecionada#Parte ativa selecionada pelo usuário na tela Novo Documento=100@ATPT"> interpôs recurso de agravo em face da decisão que regrediu seu regime de execução da pena para o semi-aberto. Alegou que não foi condenado ao cumprimento da pena em regime fechado, motivo pelo qual não pode estar sujeito à forma regressiva, com a transferência para regime mais rigoroso, ao argumento de que "se não passou por aquele regime, não há de se falar em 'regredir' ao mesmo" (fl. 6).

Recebido o agravo (fl. 3), o representante do Ministério Público ofertou suas contrarrazões (fls. 8/10) e, ao final, o magistrado manteve a decisão pelos seus próprios fundamentos (fl. 11), acostando as cópias necessárias à formação do instrumento (fls. 12/28).

Os autos ascenderam a este Tribunal (fl. 29), sendo a mim redistribuídos (fl. 30), ocasião em que a douta Procuradoria-Geral de Justiça, por intermédio de parecer lavrado pelo Exmo. Procurador de Justiça <"Procurador#Procurador que ofereceu parecer quando o processo foi à PGJ=12@PROC">, arguiu a ausência de procuração do advogado

do agravante e, na questão de fundo, opinou pela manutenção da decisão prolatada (fl. 32/34).

VOTO

O recurso, adiante-se, deve ser conhecido e provido.

1. Da admissibilidade:

A decisão judicial desfavorável em sede de execução penal desafia o recurso de agravo, que é o meio hábil para impugnação das decisões, nos termos do que preconiza o art. 197 da Lei de Execuções Penais.

À falta de previsão legal de rito processual próprio, consolidou-se na jurisprudência o entendimento de que deve ser observado o procedimento do recurso em sentido estrito, atentando-se ao disposto nos arts. 581 e seguintes do CPP, ex vi:

“O Superior Tribunal de Justiça vem se manifestando no sentido de que se aplica ao agravo em execução, diante da ausência de expressa previsão legal, no que couber, o rito previsto no Código de Processo Penal ao recurso em sentido estrito” (HC n. 133225/MS, rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, Quinta Turma, j. 1º.10.09).

Dessa feita, a formação do instrumento observou as regras atinentes ao referido recurso, notadamente àquela constante no art. 587 do CPP, in verbis:

“Art. 587. Quando o recurso houver de subir por instrumento, a parte indicará, no respectivo termo, ou em requerimento avulso, as peças dos autos de que pretenda traslado.

Parágrafo único. O traslado será extraído, conferido e concertado no prazo de cinco dias, e dele constarão sempre a decisão recorrida, a certidão de sua intimação, se por outra forma não for possível verificar-se a oportunidade do recurso, e o termo de interposição.”

No caso concreto, constata-se que, muito embora o recorrente não tenha acostado aos autos o instrumento de mandato, o magistrado, ao ordenar a formação do instrumento, acostou cópia do termo de audiência na qual foi proferida a decisão que decretou a regressão de regime, ora impugnada. No referido ato, consta o nome do advogado, Dr. Karlo Muillo Honotorio (fl. 28), como defensor do agravante, o que, por si só, supre a ausência mencionada, a considerar que, no processo penal, se admite flexibilização para a constituição de defensor - constituição *apud acta*, nos termos do art. 266 do CPP (“*A constituição de defensor independe de instrumento de mandato, se o acusado o indicar por ocasião do interrogatório*”). Nesse contexto, tem-se por suprida eventual ausência do instrumento próprio, já que reconhecido pelo juízo como advogado do agravante.

Logo, o recurso deve ser conhecido, estando apto para julgamento.

2. Do mérito:

A questão gira em torno da possibilidade de aplicação do disposto no art. 118 da LEP em caso de pena fixada em regime semi-aberto, operando-se regressão para o regime fechado, ao qual o condenado nunca esteve submetido.

Preleciona o art. 118 da Lei de Execução Penal que “a execução da pena privativa de liberdade ficará sujeita à forma regressiva, com a transferência para qualquer dos regimes mais rigorosos, quando o condenado: I - praticar fato definido como crime doloso ou falta grave”.

De início, não se desconhece a posição consolidada no Superior Tribunal de Justiça no sentido de que a fixação do regime inicial de cumprimento da pena no regime semi-aberto não faz coisa julgada para o juiz da execução, pois “o cometimento de falta grave pelo condenado acarreta a regressão de regime e a perda dos dias remidos, sem que se vislumbre ofensa ao direito adquirido ou à coisa julgada. Precedentes do

Superior Tribunal de Justiça” (HC n. 217589/RS, rel^a. Min^a Laurita Vaz, Quinta Turma, j. 14.2.12).

No mesmo sentido:

“O condenado poderá ser transferido do regime aberto quando frustrar os fins da execução, sendo que atitudes que evidenciam verdadeiro desprezo à execução penal permitem não só a conversão da pena alternativa em privativa de liberdade, mas também a imposição de regime mais gravoso do que o imposto na sentença condenatória” (STJ, HC n. 196.756/SP, rel. Min. Gilson Dipp, Quinta Turma, j. 11.10.11).

Contudo, ocorre que, em sentido contrário, há decisão do STF, relator Min. Eros Grau, assim ementada:

“HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO PENAL. SENTENÇA DETERMINANDO O INÍCIO DO CUMPRIMENTO DA PENA EM REGIME SEMI-ABERTO. FALTA GRAVE. REGRESSÃO DE REGIME. IMPOSSIBILIDADE. Sentença transitada em julgado determinando o início do cumprimento da pena em regime-semi-aberto. Regressão de regime em razão da prática de falta grave [o paciente foi beneficiado com a saída temporária e não retornou]. Impossibilidade da regressão de regime do cumprimento da pena: a regressão de regime sem que o réu tenha sido beneficiado pela progressão de regime afronta a lógica. A sanção pela falta grave deve, no caso, estar adstrita à perda dos dias remidos. Ordem concedida” (HC n. 93761/RS, rel Min. Eros Grau, Segunda Turma, j. 5.8.08 – grifou-se).

Pois bem. Analisadas as teses apresentadas, penso que a última das posições se mostra mais adequada ao sistema constitucional pátrio e aos princípios ali colocados, em especial, ao que trata do respeito à coisa julgada e a impossibilidade de agravamento da pena no momento de sua execução.

É que, e essa é a questão que exsurge do caso concreto, pois o réu foi condenado ao regime semi-aberto, não havendo efetivamente qualquer possibilidade de agravamento da pena por cometimento de falta grave

além do que lhe foi atribuído na sentença. Ora, se é certo que o disposto no art. 33 do CP admite o cumprimento da pena em regime fechado, semi-aberto ou aberto, igualmente certo é afirmar que este dispositivo é dirigido às possibilidades dada ao juiz no momento da fixação da pena, não significando que o juiz da execução poderá transitar livremente entre eles no momento do resgate da pena.

Pensar assim - dada as diferenças existentes entre eles - seria o mesmo que admitir que praticamente desnecessária seria a fixação pelo juiz no momento da sentença, ficando então a livre escolha do juiz da execução a definição do regime de cumprimento.

Em seu voto, o eminente Min. Eros Grau, com a inteligência que lhe é inerente, assim justificou este posicionamento:

“O que me parece óbvio é que, fixado determinado regime na sentença e esta tendo transitada em julgado, não é permitida a regressão a regime mais gravoso. Não é lógico admitir que a condenação do paciente se torne mais severa, na fase de execução da pena, por ter ele praticado falta grave. A falta grave, nessa situação, serviria para determinar-se a recontagem do prazo necessário à progressão; não para impor a regressão a regime mais gravoso que o fixado na sentença. É ilógico, ainda, que o réu possa regredir de regime sem ter progredido” (fl. 1065).

Não é lógico admitir que o condenado cumpra um regime prisional além daquele fixado na sentença.

Há uma coisa julgada material de ordem parcial, a qual impede o agravamento da pena no momento de sua execução, situação que se assemelha, em muito, à edição de norma posterior que venha a impor maior rigor no cumprimento da medida. Nas duas situações, e aqui reside o ponto comum, haverá um respeito parcial a coisa julgada, de modo que impossível será a aplicação da norma mais restritiva de direitos. O raciocínio é o mesmo: o modo de execução determinado na sentença transitada em julgado

não poderá ser alterado para outro de maior gravidade, impondo-se o respeito aos limites colocados quando da condenação criminal.

3. Diante disso, voto no sentido de **prover o agravo**, a fim de reformando a decisão do magistrado a quo, reestabelecer o regime semi-aberto ao apenado.

APELAÇÃO CRIMINAL

Apelação Criminal n. 2011.029834-8, de São José

Relator: Des. Volnei Celso Tomazini

APELAÇÃO CRIMINAL. TENTATIVA DE ROUBO DUPLAMENTE CIRCUNSTANCIADO PELO EMPREGO DE ARMA DE FOGO E CONCURSO DE AGENTES (ART. 157, § 2º, INCS. I E II, C/C ART. 14, INC. II DO CÓDIGO PENAL). LATROCÍNIO (ART. 157, § 3º, SEGUNDA PARTE DO DIGESTO REPRESSOR). CONCURSO MATERIAL. RECURSO DA ACUSAÇÃO.

PRELIMINARES SUSCITADAS POR OCASIÃO DAS CONTRARRAZÕES. NULIDADE EM RAZÃO DA INTERPOSIÇÃO DO RECURSO POR REPRESENTANTE DO *PARQUET* QUE NÃO DETINHA ATRIBUIÇÃO NA COMARCA. INOCORRÊNCIA. PROMOTORA QUE, ALÉM DE ESTAR LOTADA NA COMARCA, ENCONTRAVA-SE DESIGNADA PARA RESPONDER PELA UNIDADE JUDICIÁRIA QUANDO DA INTERPOSIÇÃO RECURSAL. INEXISTÊNCIA DO PRINCÍPIO DO PROMOTOR NATURAL. APELO INTERPOSTO POR MEIO DE PROTOCOLO UNIFICADO QUE, POR SUA VEZ, NÃO REPRESENTA QUALQUER IRREGULARIDADE. TEMPESTIVIDADE EVIDENCIADA. PREFACIAIS REPELIDAS.

RECURSO. PRETENDIDA CONDENAÇÃO. ACOLHIMENTO. MATERIALIDADE E AUTORIA DELITIVAS SATISFATORIAMENTE COMPROVADAS. VÍTIMAS QUE RECONHECERAM O RÉU COMO SENDO UM DOS AUTORES DO CRIME. DELAÇÃO EXTRAJUDICIAL DO COMPARSA MENOR. CONDENAÇÃO IMPERATIVA.

DOSIMETRIA DA PENA.

CRIME DE ROUBO DUPLAMENTE CIRCUNSTANCIADO TENTADO. AUSÊNCIA DE CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. PENA-BASE NO MÍNIMO LEGAL. APLICAÇÃO DA ATENUANTE DA MENORIDADE NA SEGUNDA FASE. VEDAÇÃO, CONTUDO, DA REDUÇÃO DA PENA AQUÉM DO MÍNIMO LEGAL. INTELIGÊNCIA DA SÚMULA 231 DO STJ. TERCEIRA ETAPA. AUMENTO DE 3/8 EM RAZÃO DAS MAJORANTES DE EMPREGO DE ARMA DE FOGO E CONCURSO DE AGENTES. CAUSAS QUE REMONTAM A MAIOR VULNERABILIDADE DA VÍTIMA. DE OUTRO LADO, PRESENTE A MINORANTE DA TENTATIVA. REDUÇÃO DE 1/3 DA SANÇÃO, LEVADO EM CONSIDERAÇÃO O *ITER CRIMINIS* PERCORRIDO PELO AGENTE.

CRIME DE LATROCÍNIO CONSUMADO. PRIMEIRA FASE DOSIMÉTRICA. PENA-BASE FIXADA NO MÍNIMO LEGAL. SEGUNDA FASE. ATENUANTE DA MINORIDADE QUE NÃO PERMITE REDUZIR A PENA ABAIXO DO MÍNIMO, NOS TERMOS DA SÚMULA 231 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA.

PEDIDO DE RECONHECIMENTO DA CONTINUIDADE DELITIVA. IMPOSSIBILIDADE. DELITOS QUE POSSUEM MODUS OPERANDI DIVERSOS. CONCURSO MATERIAL. POSSIBILIDADE DA ADEQUAÇÃO DO ENQUADRAMENTO JURÍDICO DO CONCURSO DE CRIMES, DESDE QUE SE ATENHA AOS FATOS DA PROEMIAL ACUSATÓRIA. ART. 383, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL.

RECURSO PROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n. 2011.029834-8, da comarca de São José (2ª Vara Criminal), em que é apelante Ministério Público do Estado de Santa Catarina, e apelado Alexandre de Aguiar:

A Segunda Câmara Criminal decidiu, por unanimidade, decidiu dar provimento ao recurso para condenar Alexandre de Aguiar à pena de 23 (vinte e três) anos, 6 (seis) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, além do pagamento de 18 (dezoito) dias-multa, por infração aos arts. 157, § 2º, I e II, c/c 14, II e 157, § 3º (2ª parte), na forma do art. 69, todos do Código Penal. Custas legais.

Participaram do julgamento, realizado nesta data, os Exmos. Srs. Des. Sérgio Izidoro Heil (Presidente) e Des. Francisco de Oliveira Neto. Funcionou como representante do Ministério Público o Exmo. Sr. Dr. Gilberto Callado de Oliveira.

Florianópolis, 26 de junho de 2012.

Volnei Celso Tomazini
RELATOR

RELATÓRIO

No Juízo da 2º Vara Criminal da comarca de São José, Alexandre de Aguiar foi denunciado como incurso nas sanções dos arts. 157, § 2º, I e II, c/c art. 14, II e 157, § 3º (2ª parte), nos moldes do art. 71, todos do Código Penal, e Marcos Wolff pelo delito do art. 180, caput, do mesmo ordenamento, porque consoante se depreende da vestibular acusatória:

[...] I – DO CRIME DE ROUBO:

Infere-se dos autos que o denunciado Alexandre, juntamente com o adolescente [E. V. de S.], com dolo pré-ordenado, um aderindo à conduta do outro, intentaram dilapidar o patrimônio alheio.

Assim é que no dia 02 de março de 2006, por volta das 21:30 horas, na Avenida Central, em frente à Loja Kilojão, Bairro Kobrasol, nesta, o denunciado Alexandre e seu assecla mirim abordaram a vítima Herbert Chaplin, a qual acabara de estacionar sua camionete

Chrysler Cherokee. Valendo-se de uma arma de fogo, ambos anunciaram a voz de assalto.

Ocorre que, assustado com a ação dos agentes, a vítima caiu, tisonando a ação delitiva, pelo que o denunciado Alexandre efetuou um disparo de arma contra aquela.

Frustrados, o denunciado e seu assecla partiram, sem conseguir consumir o ilícito por circunstâncias alheias à sua vontade.

II - DO CRIME DE LATROCÍNIO

Ato contínuo, ao fugirem da ação má sucedida, o denunciado Alexandre e seu comparsa [E.] dirigiram-se à Rua Adhemar da Silva, em frente ao Edifício Dona Lídia, quando se depararam com o veículo Fiat Marea, placas MBM- 8877, ocupado pelas vítimas Sidney Gladstone Machado Júnior e Mariah Ghizoni Vieira, esta no banco do caroneiro.

Assim foi que, ao se aproximarem do veículo, enquanto o adolescente abordava a vítima Sidney, o denunciado Alexandre, à posse de uma arma de fogo, atacou a também ofendida Mariah, dando voz de assalto, ordenando que saíssem estes do automóvel. Agiam ambos os agentes permeados pelo mesmo ideal delitivo, coadunando suas condutas.

Durante a ação delitiva (sem que a vítima esboçasse qualquer reação), o denunciado Alexandre desferiu um disparo contra a pobre ofendida Mariah, tendo ela saído do veículo e corrido em direção ao outro lado da rua, onde caiu sem vida, conforme o laudo cadavérico de fls.

Tal violência aparelhou a violenta subtração do bem, tanto que o denunciado e seu assecla inimputável partiram da cena do crime, já à posse do Fiat Marea, além de um telefone celular, talões de cheque e R\$130,00, todos bens pertencentes à vítima Sidney Gladstone Machado Júnior.

III – DO CRIME DE RECEPÇÃO

Infere-se dos autos que no dia 3 de maio de 2006, por volta das 14h, policiais militares que investigavam o crime de latrocínio que vitimou Mariah Ghizoni Vieira localizaram o veículo roubado (Fiat/

Marea, placas MBM-8877) coberto com um lençol, o qual estava ao lado de uma casa na Favela Frei Damião, no Município da Palhoça.

Ocorre que, ao diligenciarem a propriedade do imóvel, os agentes da lei constataram pertencer ao denunciado Marcos Wolff, o qual recebeu o veículo supra, das mãos do denunciado Alexandre, sabendo ser produto de roubo.

O denunciado Marcos, pois, recebeu e ocultou consigo objeto que sabia de origem espúria, iniciando-se tal apossamento naquela mesma noite do dia 02 de março de 2006 [...] (fls. 2/6).

O feito foi cindido em relação ao acusado Marcos Wolff (fl. 444).

Concluída a instrução criminal, a MM^a. Juíza Tânia Regina Vieira Luiz julgou improcedente a denúncia para absolver Alexandre de Aguiar, com fulcro no art. 386, VII, do Código de Processo Penal.

Irresignada com a prestação jurisdicional, a representante do Ministério Público interpôs recurso de apelação. Nas razões recursais ofertadas, pugnou pela condenação do apelado pela infração aos arts. 157, § 2º, I e II, c/c 14, II e 157, § 3º (2ª parte), todos do Código Penal.

Contra-arrazoado o recurso, ascenderam os autos a esta Corte.

Lavrou parecer pela douta Procuradoria-Geral de Justiça o Exmo. Sr. Dr. Hélio José Fiamoncini, que opinou pelo provimento do recurso.

É o relatório.

VOTO

Cuida-se de apelação criminal interposta pela representante do Ministério Público, irresignada com a sentença que absolveu Alexandre de Aguiar da acusação da prática dos ilícitos dispostos nos arts. 157, § 2º, I e II, c/c 14, II e 157, § 3º (2ª parte), todos do Código Penal.

Primeiramente, antes de adentrar ao exame da insurgência ministerial, passa-se à análise da preliminar suscitada pela defesa, nas

suas contrarrazões, e que diz respeito à impossibilidade de conhecimento do apelo dado ao fato de a promotora que firmou o recurso à época não ter atribuição funcional na Comarca de São José, bem como, em face da intempestividade da irresignação (fl. 999).

A preambular não merece acolhida.

No que tange à suposta mácula ao princípio do Promotor Natural, tem-se por equivocada o argumento do combativo defensor.

Isso porque o Supremo Tribunal Federal refutou a tese da existência do postulado do promotor natural no ordenamento jurídico brasileiro (HC 67.759/RJ, rel. Min. Celso de Mello, j. 06/08/1992), orientação esta posteriormente ratificada por ocasião do julgamento do HC 84.468/ES (Primeira Turma, rel. Min. Cezar Peluso, j. 07/02/2006) e HC 90.277/DF (Segunda Turma, rel. Min. Ellen Gracie, j. 17/06/2008).

O HC 67.759/RJ ficou assim ementado:

HABEAS CORPUS - MINISTÉRIO PÚBLICO - SUA DESTINAÇÃO CONSTITUCIONAL - PRINCÍPIOS INSTITUCIONAIS - A QUESTÃO DO PROMOTOR NATURAL EM FACE DA CONSTITUIÇÃO DE 1988 - ALEGADO EXCESSO NO EXERCÍCIO DO PODER DE DENUNCIAR - INOCORRENCIA - CONSTRANGIMENTO INJUSTO NÃO CARACTERIZADO - PEDIDO INDEFERIDO. - O postulado do Promotor Natural, que se revela imanente ao sistema constitucional brasileiro, repele, a partir da vedação de designações casuísticas efetuadas pela Chefia da Instituição, a figura do acusador de exceção. Esse princípio consagra uma garantia de ordem jurídica, destinada tanto a proteger o membro do Ministério Público, na medida em que lhe assegura o exercício pleno e independente do seu ofício, quanto a tutelar a própria coletividade, a quem se reconhece o direito de ver atuando, em quaisquer causas, apenas o Promotor cuja intervenção se justifique a partir de critérios abstratos e pré-determinados, estabelecidos em lei. A matriz constitucional desse princípio assenta-se nas cláusulas da independência funcional e da inamovibilidade dos membros

da Instituição. O postulado do Promotor Natural limita, por isso mesmo, o poder do Procurador-Geral que, embora expressão visível da unidade institucional, não deve exercer a Chefia do Ministério Público de modo hegemônico e incontrastável. Posição dos Ministros CELSO DE MELLO (Relator), SEPÚLVEDA PERTENCE, MARCO AURÉLIO e CARLOS VELLOSO. Divergência, apenas, quanto a aplicabilidade imediata do princípio do Promotor Natural: necessidade da “interpositio legislatoris” para efeito de atuação do princípio (Ministro CELSO DE MELLO); incidência do postulado, independentemente de intermediação legislativa (Ministros SEPÚLVEDA PERTENCE, MARCO AURÉLIO e CARLOS VELLOSO). - Reconhecimento da possibilidade de instituição do princípio do Promotor Natural mediante lei (Ministro SYDNEY SANCHES). - Posição de expressa rejeição a existência desse princípio consignada nos votos dos Ministros PAULO BROSSARD, OCTAVIO GALLOTTI, NÉRI DA SILVEIRA e MOREIRA ALVES. (HC 67.759/RJ, rel. Min. Celso de Mello, j. 06/08/1992).

Vale colacionar o precedente, também do STF, que confirmou essa orientação:

DIREITO PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. PRINCÍPIO DO PROMOTOR NATURAL. INEXISTÊNCIA (PRECEDENTES). AÇÃO PENAL ORIGINÁRIA NO STJ. INQUÉRITO JUDICIAL DO TRF. DENEGAÇÃO. 1. Trata-se de habeas corpus impetrado contra julgamento da Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça que recebeu denúncia contra o paciente como incurso nas sanções do art. 333, do Código Penal. 2. Tese de nulidade do procedimento que tramitou perante o TRF da 3ª Região sob o fundamento da violação do princípio do promotor natural, o que representaria. 3. **O STF não reconhece o postulado do promotor natural como inerente ao direito brasileiro (HC 67.759, Pleno, DJ 01.07.1993):** “Posição dos Ministros CELSO DE MELLO (Relator), SEPÚLVEDA PERTENCE, MARCO AURÉLIO e CARLOS VELLOSO: Divergência, apenas, quanto à aplicabilidade imediata do princípio do Promotor Natural: necessidade de “interpositio legislatoris” para efeito de atuação do princípio (Ministro CELSO DE MELLO); incidência do postulado, independentemente de intermediação legislativa (Ministros

SEPÚLVEDA PERTENCE, MARCO AURÉLIO e CARLOS VELLOSO). - Reconhecimento da possibilidade de instituição de princípio do Promotor Natural mediante lei (Ministro SIDNEY SANCHES). - Posição de expressa rejeição à existência desse princípio consignada nos votos dos Ministros PAULO BROSSARD, OCTAVIO GALLOTTI, NÉRI DA SILVEIRA e MOREIRA ALVES". 4. **Tal orientação foi mais recentemente confirmada no HC nº 84.468/ES** (rel. Min. Cezar Peluso, 1ª Turma, DJ 20.02.2006). **Não há que se cogitar da existência do princípio do promotor natural no ordenamento jurídico brasileiro.** [...] (HC 90277/DF, Segunda Turma, rela. Mina. Ellen Gracie, j. 17/06/2008, o grifo não é do original).

Não é outro o entendimento deste egrégio Tribunal de Justiça:

NULIDADE. VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DO PROMOTOR NATURAL. DENÚNCIA OFERECIDA POR REPRESENTANTE DO MINISTÉRIO PÚBLICO QUE NÃO ACOMPANHOU A INSTRUÇÃO PROCESSUAL POR FORÇA DA DECLINAÇÃO DA COMPETÊNCIA. AUSÊNCIA DE RATIFICAÇÃO DA DENÚNCIA PELO QUE PASSOU A ATUAR NO PROCESSO, DO MESMO GRAU FUNCIONAL, APENAS LOTADO EM FORO DIVERSO E COMPETENTE. DESNECESSIDADE. EIVA INEXISTENTE.

O princípio do Promotor Natural, sem amparo em preceito legal, é reconhecido pela jurisprudência com o único propósito de impedir que se institua o acusador de exceção. "O ato processual de oferecimento da denúncia, praticado, em foro incompetente, por um representante, prescinde, para ser válido e eficaz, de ratificação por outro do mesmo grau funcional e do mesmo Ministério Público, apenas lotado em foro diverso e competente, porque o foi em nome da instituição, que é una e indivisível" (HC 85.137-1-MT, rel. Min. Cezar Peluso, DJU 28.10.2005) (Apelação criminal n. 2009.017996-2. Rel. Des. Sérgio Paladino, j. Em 31.3.2011).

Assim, o princípio constitucional da indivisibilidade significa que todos os membros do Ministério Público são reciprocamente substituíveis, tornando o órgão uma totalidade homogênea, o que não se coaduna com a noção de prefixação unitária traduzida pelo princípio do promotor natural.

Ainda, o princípio constitucional da unidade se refere à subordinação hierárquica única, de modo que não pode haver fracionamento da chefia.

Na hipótese, conforme portaria que segue anexa, a digna promotora recorrente, além de estar lotada na Comarca de São José, por ocasião do apelo encontrava-se em substituição na 2ª Vara Criminal da referida comarca (Portaria n. 043/66/2010), de modo que é perfeitamente válida a interposição do recurso pela representante ministerial, razão pela qual é de ser rechaçada a prefacial neste aspecto.

Em relação à alegada intempestividade do recurso, verifica-se que não houve interposição a destempo da peça recursal. Isso porque a acusação tomou ciência da sentença no dia 24.08.2010 – terça-feira (fl. 962-v), de sorte que o início do prazo ocorreu em 25.08.2010 (quinta-feira) e findou em 29.08.2010 (domingo), prorrogando-se, portanto, para 30.08.2010 (segunda-feira), exatamente o dia do protocolo (confira-se à fl. 963).

Cumprido destacar:

APELAÇÃO CRIMINAL. ROUBO DUPLAMENTE CIRCUNSTANCIADO PELO CONCURSO DE PESSOAS E RESTRIÇÃO DA LIBERDADE DA VÍTIMA (ART. 157, § 2º, II E V, DO CP). RECURSO DO RÉU ÂNGELO DA SILVA APRESENTADO POR MEIO DO PROTOCOLO UNIFICADO. PROVIMENTO N. 07/87 DA CGJ. INTEMPESTIVIDADE AFASTADA [...] (Apelação Criminal (Réu Preso) n. 2009.055280-5, de São José, rel. Des. Newton Varella Júnior, j. 15.6.2010).

Observa-se, ainda, que a interposição do reclamo, muito embora tenha se dado em comarca diversa da que tramita ação, o foi via Sistema de Protocolo Unificado, e, portanto, plenamente válida.

Ultrapassada as prejudiciais, passa-se ao exame do mérito.

Busca o órgão acusador, em suma, a condenação do réu pelos delitos de roubo tentado e latrocínio consumado, por entender, ao contrário da

digna magistrada sentenciante, estarem presentes provas contundentes da autoria delitiva.

Em se tratando de dois ilícitos perpetrados em um mesmo contexto fático, o segundo (latrocínio) momentos após o primeiro (roubo), a análise da materialidade e autoria delitivas dar-se-á conjuntamente.

Conforme bem consignado no *decisum* de primeiro grau, a materialidade dos delitos está positivada por meio dos Termos de Apreensão (fls. 29/30; 58; 60 e 68) e de Entrega (fls. 89/90 e 125), do Laudo Pericial de Balística (fls. 130/135), do Laudo Cadavérico (fls. 176/179), bem assim nos depoimentos coligidos ao longo do processado.

Por outro lado, em relação à autoria do crime, necessário fazer uma análise minuciosa do caso em comento.

Dos fatos narrados ao longo do processo, consigna-se que, no dia 2.3.2006, por volta das 21h30, houve a tentativa de roubo de um automóvel de propriedade de Herbert Chaplin e, em seguida, a abordagem do veículo Marea na Rua Adhemar da Silva. Neste automóvel estavam Sidney Gladstone e Mariah Ghizone Vieira, que foi atingida mortalmente pelo disparo de arma de fogo efetuado por um dos agentes.

Destaca-se, inicialmente, que o objeto do crime (automóvel) foi apreendido na residência de Jair Gonçalves (fl. 60), irmão do codenunciado Marcos Wolff, na favela Frei Damião. Foram também recolhidos no local uma camisa azul, um lençol, uma cinta e uma bermuda na cor verde (fl. 58).

Em relação à apreensão do automóvel de propriedade da vítima Sidney Gladstone, asseverou Jair Gonçalves em depoimento à polícia (fls. 75-76):

Que no dia 2 de março de 2006, por volta das 23h00 o declarante chegou em casa, e lá estava estacionado um veículo Marea de cor cinza, que foi perguntar para seu irmão que estava na residência o que aquele veículo estava fazendo em seu terreno; **que, Marcos**

Wolf, irmão de declarante disse que 2 indivíduos deixaram o carro e disseram que iriam buscar pela manhã; que um dos indivíduos que tinha deixado o veículo na casa do declarante estava próximo ao Marea, que o indivíduo foi reconhecido através de fotografias nesta Central como sendo E. V. de S., vulgo “Grilo”, que segundo indivíduo o declarante não conseguiu ver; que, no momento em que o declarante chegou em casa o veículo já estava tampado com um lençol; que, perguntado se o declarante estava dentro do veículo o mesmo alega que não, que também não sabia que o veículo era roubado, como também não sabia que os 2 indivíduos haviam atirado em uma moça no bairro Kobrasol; que, após conversar com seu irmão, o declarante saiu de casa e foi para a casa de sua mãe; que, no outro dia a noite foi informado de que o veículo que estava em sua casa havia sido roubado no bairro do Kobrasol e que haviam matado uma moça para roubar o veículo.

Marcos Wolf, por sua vez, declarou (fls. 82-83):

Que o declarante no dia 2 de março de 2006, por volta das 21h30, alega que estava em casa onde mora sozinho sendo que seu irmão JAÍR GONÇALVES VIEIRA, vulgo TITO, as vezes dorme na residência, pois o declarante é separado de sua amásia; **que, o declarante estava em casa junto com seu irmão, “TITO”, que chegou 2 indivíduos pedindo para guardar um veículo na cor cinza, no pátio da residência, que disseram que iriam deixar o carro até no outro dia, pois estava sem combustível, que os dois indivíduos pegaram um lençol que estava na cerca e tamparam o veículo, que um dos indivíduos foi reconhecido nesta Central de Polícia através de fotografias como sendo E. V. S., vulgo GRILO, e o outro o declarante não reconhece, mas acha muito parecido com ALESSANDRO DA COSTA, vulgo Ziquinho;** que após os indivíduos deixarem o veículo o declarante e seu irmão foram até o bar; que nega qualquer envolvimento com o latrocínio ocorrido no dia 2 de março por volta das 21h30; que, com relação ao lençol encontrado em cima do veículo Marea, utilizado para ocultar o veículo, o declarante alega que pertence a sua amásia a senhora SIMONE SOFIA SOARES; que, o declarante no dia 3 de março estava enfrente ao hotel Itaguaçu, no bairro Campinhas, juntamente com sua amásia, que estava conversando com a mesma, quando foi abordado por policiais militares; que, os policiais perguntaram onde estava o veículo Marea, que o declarante disse que não estava

sabendo de nada, que foi neste momento que ficou sabendo do crime de latrocínio ocorrido no bairro Kobrasol no dia 2 de março; que perguntado se o declarante possui arma de fogo o mesmo alega que não.

O policial militar João de Jesus da Silva informou:

Que no dia de hoje, por volta das 14h, o declarante foi até a favela Frei Damião, no município de Palhoça, para verificar o veículo que havia sido roubado, no dia 2 de março de 2006, na rua Adhemar da Silva, no Bairro Kobrasol; **que o veículo estava estacionado ao lado de uma casa pertencente a GILMAR, vulgo “TITO”, coberto por um lençol de cor azul de listas brancas; que no local começou a colher informações a respeito de quem era proprietário da residência e de quem era o lençol que estava tampando o veículo; que verificou que no terreno onde foi encontrado o veículo Marea, existem 2 casas, uma de MARCOS WOLF e a outra de seu irmão GILMAR, vulgo “TITO”; que através das informações dos vizinhos, ficou sabendo que na noite do dia 2 de março, por volta das 22h, MARCOS e TITO, estavam ao redor do veículo consumindo bebida alcoólica,** que essa informação foi dada por MARTA uma vizinha de TITO e MARCOS, que SIMONE amásia de de MARCOS disse que também estavam no veículo BIDU e CHANDINHO; que ambos, BIDU e CHANDINHO, costumam frequentar a casa de MARCOS (fl. 28).

No curso da investigação criminal, apurados os nomes de Alexandre de Aguiar, réu do processo em tela, além dos menores M. A. R. e E. V. S., este último reconhecido por Jair Gonçalves Vieira e Marcos Wolf (fls. 77 e 86). O menor E.V.S. declarou na fase inquisitória:

Que, na noite de quinta-feira passada dia 02 de março de 2006, o depoente saiu do morro do Avai, juntamente com seu amigo M., dirigindo-se para o bairro Kobrasol; que o depoente estava de posse de um revólver cal. 38, municiado com 05 (cinco) cartuchos, que **no bairro Kobrasol encontraram-se com dois amigos de M., ‘Xandinho’ e Fabiano; que Xandinho é ‘neguinho altinho’, cabelo curto, vestindo uma bermuda branca e camisa não lembra a cor, usando boné; que Fabiano é ‘galeguinho’, alto, magro, cabelo loiro liso, não usava boné; que no local resolveram fazer um**

assalto, por sugestão de M.; que o depoente deu seu revólver para M., o qual repassou para Xandinho; que observaram uma camioneta de cor branca estacionada, com o som ligado; que resolveram roubar tal veículo para posteriormente ‘depená-lo’, ou seja, retirar aparelhagem de som, aros, etc; que Xandinho, de arma em punho, acompanhado do depoente, M. e Fabiano, abordaram o condutor da camioneta no momento em que este saía do veículo, quando Xandinho falou que era um assalto o condutor trancou o veículo e saiu correndo em direção ao cachorro quente que tinha nas proximidades; que Xandinho efetuou um disparo para o alto; que saíram correndo; que o depoente pegou a arma com Xandinho repassando para M.; que o depoente e M. correram para um lado e Xandinho e Fabiano para outro; **que em seguida o depoente e M. avistaram um veículo Marea de cor cinza parado, com a porta do carona aberta; que no interior do veículo encontravam-se um homem no banco do motorista e uma moça no banco do carona; que M., de arma em punho, abordou a moça, dizendo que era um assalto; que o depoente abordou o motorista, fazendo sair do veículo; que quando M. abordou a moça esta fechou a porta do veículo, momento em que M. efetuou um disparo contra a moça; que o declarante viu sangue no rosto da moça quando esta saiu do veículo; que a moça colocou a mão no rosto e saiu andando; que o depoente embarcou no veículo, conduzindo o mesmo, com M. a seu lado; que após cruzarem a avenida Central do Kobrasol, apanharam Xandinho e Fabiano próximo ao Colégio Melão; que dirigiram-se então para o bairro Brejarú, no município da Palhoça; que naquela localidade resolveram guardar o veículo; que Xandinho indicou uma residência onde encontravam-se dois bêbados; que um dos bêbados encontrava-se armado; que conversaram com um dos bêbados, o mais moreno, e pediram para esconder o carro no local; que este bêbado solicitou então algum dinheiro para ocultar o veículo; que o depoente e seus comparsas deram vinte e cinco reais em espécie; que o depoente e tal bêbado tamparam o veículo com pedaço de lençol e lona; que Xandinho e Fabiano dirigiram-se para suas residências, pois moram naquela localidade; que o depoente e M. dirigiram-se a um local próximo onde este havia ocultado uma motocicleta furtada, uma Honda Twister de cor preta; que então retornaram para sua residência no morro do Avai; que na tarde do dia seguinte, sexta-feira, dirigiram-**

se com a citada moto para o bairro do Brejarú, a fim de ‘depenar o veículo’; que estavam na rua Geral do Brejarú, quase na esquina da rua onde estava escondido o veículo, quando viram policiais a pé no local; que o depoente jogou a moto no chão e saiu correndo; que ao pular uma cerca foi alvejado com um tiro nas costas e preso; que M. conseguiu correr mais, tendo sido preso próximo ao Aeroclube, tendo levado um tiro na perna; que o depoente na ocasião não estava armado, nem tão pouco M.; que não efetuaram disparos contra os policiais; que o depoente foi colocado em uma ambulância e conduzido ao Hospital; que acredita que a arma que foi entregue na Delegacia da Palhoça era dos bêbados; que a arma que seu advogado entregou na Central de Polícia de São José é a que foi utilizada no crime; que o depoente apenas confessou ser o autor do disparo contra a vítima Mariah por orientação de seu advogado, de nome Jeison; que não foi o depoente que chamou a imprensa até o Hospital onde está internado; que a imprensa chegou juntamente com seu advogado, onde então o depoente deu uma entrevista para a televisão (fls. 116/117).

O adolescente, perante o representante do Ministério Público, confirmou as declarações prestadas ao delegado de polícia, bem como acrescentou que “participou de ato infracional de latrocínio, embora quem tenha atirado foi o M.” (fl. 136).

Ao ser interrogado pelo delegado, M. A. R. afirmou:

Que no dia 2 de março de 2006, o declarante estava na casa de sua namorada GISELE, que fica no mesmo bloco de kitnetes onde o declarante mora, que o declarante alega que dormiu na casa de GISELE; que ficou sabendo do homicídio ocorrido no dia 2 de março, no bairro Kobrasol, através da televisão, que não tem nenhuma informação a respeito deste crime; que na sexta-feira dia 3 de março o declarante estava no morro do Avaí, nas proximidades de sua residência quando um conhecido seu de nome DENILSON, passou com uma motocicleta Twister de cor preta, que parou para conversar com o declarante, que o DENILSON ofereceu carona para o declarante, pois o mesmo estava indo para a casa de seu pai, que mora no bairro Jardim Eldorado no município de Palhoça, DENILSON ao ver várias viaturas da Polícia Militar, parou a motocicleta e saiu correndo, que o declarante por medo também

começou a correr, sendo que os policiais militares saíram atrás e começaram a atirar, sendo que o declarante foi atingido na perna; que o declarante alega que na ocasião não estava armado, e que DENILSON não sabe dizer; que o declarante tem passagem pela polícia por uso de substância tóxica; que trabalha no CEASA, desde os 9 anos como chapa (fls. 95-96).

Já em outro momento, sua versão dos fatos foi diversa:

Que o declarante estava em sua residência no morro Avaí, que se encontrou com E. V. S., vulgo GRILO, pegaram um táxi e foram até o bairro do Kobrasol; que o declarante sabia que GRILO estava armado, e que foram até o referido bairro para fazer um assalto, **que queriam roubar um carro, para dar uma volta e posteriormente roubar algumas peças; que estavam sentados na avenida central do Kobrasol, avistaram um indivíduo descendo de uma camioneta de cor branca, que GRILO e o declarante foram até o indivíduo, que GRILO disse 'é um assalto', apontando a arma para a vítima, que o indivíduo saiu correndo e GRILO deu um tiro; que o declarante e GRILO também saíram correndo, em direção a uma paralela à avenida central e avistaram um veículo Marea de cor prata ou branco, que GRILO estava com a arma e foi primeiramente no motorista do Marea e, posteriormente foi até a caroneira que apontou a arma e a mulher fecho a porta, que neste momento E., vulgo GRILO, efetuou um disparo de arma de fogo; que o declarante não se recorda se no momento do disparo o motorista estava dentro do veículo, que após efetuar o disparo de arma de fogo, a caroneira saiu correndo de dentro do veículo; que então o declarante entrou no veículo e GRILO pegou o volante, que saíram em alta velocidade em direção ao bairro do Brejarú, no município de Palhoça;** que, chegando no bairro avistaram uma casa e colocaram o veículo Marea ao lado do barraco, que não chegaram a conversar com ninguém no bairro, que o declarante pegou uma lona velha que estava em uma cerca e colocou em cima do veículo; que, no momento em que o declarante estava ocultando o veículo GRILO saiu, e retornou com uma motocicleta Honda Twister de cor preta, que foram para a casa da namorada do declarante Gisele; que, o declarante dormiu na referida residência e GRILO saiu; que, no outro dia após o meio dia o declarante e GRILO, estavam dirigindo-se até o local onde haviam deixado o veículo, que chegando no bairro Brejarú, avistaram

policiais militares, que os policiais pediram p GRILO parar a motocicleta, que neste momento GRILO largou a motocicleta e ambos saíram correndo e foram alvejados pelos policiais militares, que o declarante foi encaminhado para a Delegacia do Município da Palhoça e GRILO para o Hospital Regional (fls. 146-147).

Ainda, no seu terceiro depoimento, declarou:

Que, ratifica o depoimento prestado no dia 6 de março de 2006; que, na data dos fatos realmente pernitoou na casa de GISELE, que por volta das 20h, GRILO passou na casa da namorada do declarante, convidando para sair; que, o depoente não acompanhou GRILO, pois sua namorada não permitiu tendo os dois discutido, que no outro dia sexta feira dia 3 de março após o meio dia em torno de 13h, GRILO retornou à residência onde estava o depoente pilotando uma motocicleta Honda Twister de cor preta, que GRILO convidou o depoente para ir até o bairro Brejarú no município de Palhoça, pois lá havia um veículo, que GRILO perguntou ao depoente se o mesmo não queria ganhar um dinheirinho; que chegando no local o veículo Marea de cor branca ou prata, estava estacionado ao lado de uma casinha de madeira bem velha, coberto com uma lona, que GRILO tinha a chave de tal veículo; que, GRILO abriu o veículo, que o depoente sentou no banco do carona, observou que no veículo haviam pedaços de vidro caídos no chão, que constataram que no veículo não havia aparelho de som no painel do veículo, que o depoente em momento algum lesionou-se no interior do veículo, que o depoente pediu para GRILO sairem do local; que, estavam trafegando com a motocicleta, ainda no bairro Brejarú, que ao dobrarem uma esquina, avistaram vários policiais parados na rua com viaturas, que um dos policiais mandou que GRILO e o depoente parassem a motocicleta, que GRILO jogou a moto no chão e ambos saíram correndo, que os policiais foram atirando atrás do depoente e de GRILO, que o depoente não viu quando GRILO foi alvejado; que o depoente verificou que estava alvejado com um tiro na perna e tentou esconder-se no mato, mas foi capturado; que o depoente nem GRILO estavam armados e não efetuaram disparos contra os policiais militares; que o depoente chegou a assumir participação no roubo em que foi vítima MARIAH, pois sentiu-se constrangido e intimidado, que tomou conhecimento de que na manhã de hoje, indivíduos do bairro Brejarú, estiveram na

residência do pai do depoente, a qual fica na Palhoça, perguntando sobre o mesmo (fls. 164-165).

De outro norte, o menor E. V. S., no interrogatório judicial, declarou que a morte da vítima era de sua autoria:

[...] que como não conseguiram roubar o carro saíram correndo para a rua lateral, onde encontraram o automóvel Marea; que o depoente foi para o lado da vítima, juntamente com M.; que o depoente deu um tiro na vítima. 'Fui eu quem matou ela'; que o réu Alexandre de Aguiar não estava junto, e sequer o depoente o conhece (fl. 588).

Verifica-se, assim, que os fatos narrados pelo menor E.V.S. e por M. A. R. são contraditórios em relação à participação de Alexandre nos crimes.

Não obstante o adolescente E.V. S. tenha alterado sua versão dos fatos em juízo, excluindo a participação do recorrido em ambos os delitos, tal retratação, porque desprovida de qualquer justificativa e em descompasso com as demais provas dos autos, não merece acolhida.

Nesse sentido, a corroborar a participação do acusado no primeiro ilícito, observam-se as palavras de Herbert Chaplin, vítima da tentativa de roubo, que, ao ser inquirido na fase do contraditório, apontou com segurança a autoria a Alexandre:

[...] que foi vítima da tentativa de roubo descrita na denúncia (fl.3); que estava na caminhonete Cherokee de cor branca; que foi ao BESC da Av. Central e parou pouco antes para estacionar, no Kilojão; que logo depois de descer do carro, já tendo fechado a porta, trancado o carro e dado uns dois passos, foi abordado por um indivíduo mulato, quase negro, cabelo raspado, magro, 1,65 a 1,70 de altura, bermudão largo de surfista e camiseta folgada, empunhando uma arma; que ele fez a abordagem sozinho, mas havia claramente com ele outro indivíduo, que se postou por detrás da caminhonete, junto a avenida; que esse outro tinha partes do cabelo clareadas e era branco, magro também; que este outro estava com uma jaqueta de moletom e capuz escuros; que quando fora abordado ainda estava de costas e ouviu 'é um assalto'; que quando se virou é que viu esses indivíduos; que ao se virar, tropeçou num

lance da calçada, ao se desequilibrar, resolveu se jogar para trás do carro ao lado; que quando caiu no chão, já por trás do carro, é que ouviu um disparo, certamente do criminoso armado contra si; que ato contínuo correu e entrou na agência do BESC; que logo depois chegou o vigia, que trancou a agência até a chegada da polícia; que foi então que soube, pelo vendedor de cachorro-quente, que aqueles criminosos haviam matado a moça na rua paralela e levado o carro; que no momento do disparo havia várias pessoas no cachorro-quente, tendo todas corrido ao ouvir o tiro; que no dia posterior prestou seu depoimento e lhe foram apresentadas fotografias, nas quais não reconheceu ninguém; que viajou em seguida e recebeu fotos por email do delegado, mas também não reconheceu ninguém; **que na terça à noite soube pela imprensa que um menor tinha assumido a autoria dos crimes, mas sabia que isso não era verdade porque ao menos o criminoso que lhe abordara com a arma tinha 18 anos ou mais, acreditando o depoente que tivesse mais;** que na quarta-feira o delegado lhe telefonou e afirmou ter enviado mais fotos por email; que o depoente foi conferi-las e **identificou imediatamente o com certeza a pessoa do acusado Alexandre de Aguiar, vulgo Xandinho, como aquele criminoso que lhe abordara com a arma;** que também teve acesso a foto do menor Grilo, supostamente comparsa de Xandinho, mas não pôde identificá-lo com convicção; **que retornou para São José na quinta-feira e esteve na delegacia, onde reconheceu pessoalmente o acusado,** deixando de reconhecer Grilo. [...] que muito embora não tenha como reconhecer Grilo, posto que só vira o comparsa passar por trás de Xandinho, os atributos físicos daquele elemento batem com os de Grilo, o qual viu na sala de reconhecimento; que viu os agentes criminosos correrem em direção da esquina onde ocorreria o latrocínio do qual veio saber depois, já que eles foram na direção oposta à do depoente; que se refugiou no BESC, enquanto os dois dobraram a própria esquina do Kilojão; que depois da tentativa frustrada de roubo que sofreu, não houve nem apareceu nenhuma viatura ou policial até que o vigia do banco chamou a polícia; que a toda evidência ninguém perseguia os criminosos depois do disparo de que foi vítima. [...] que de fato declarou (fl.49) que o agressor media 1,75, retificando que media por volta de 1,70; que não se recorda de ter usado a expressão 'índio' para descrever o agressor; que 'está com uma arma apontada para si e não vai ficar medindo'; que confirma como seu (sic) e a assinatura de fls. 18 e 19; que o

proprietário do carrinho de cachorro-quente esteve presente e viu a cena; que pode confirmar, mas acredita que já tenha apagado os tais emails; **que as fotos vinham por email identificadas; que ainda naquela terça-feira, antes de ter acesso à foto de Xandinho por email, quando ouviu a notícia de Grilo assumindo o crime já se mencionou o nome de Alexandre de Aguiar, vulgo Xandinho, como suspeito de participar dos crimes;** que em audiência anterior no juízo da infância, conversou pouca coisa com a vítima Sidney, praticamente a respeito da ambulância que o teria levado ao hospital; **que não foi intimado desta audiência, mas avisado dela pela delegacia, por um telefonema; que o delegado jamais lhe afirmou categoricamente terem sido Grilo e Xandinho os responsáveis pelo crime; [...]** (destacou-se - fls. 470/471).

Quanto ao segundo fato criminoso, têm-se os depoimentos de Sidney Gladstone, que, em ambas as fases procedimentais, narrou com detalhes a ação delituosa dos agentes na perpetração do delito, cometido logo após o primeiro, apontando com segurança a autoria dos crimes ao recorrido. Sob o crivo do contraditório, declarou o ofendido:

[...] que estava, conforme a denúncia, deixando naquele dia a vítima em sua casa, um edifício de apartamentos, numa paralela à Presidente Kennedy, quando estacionou na única vaga disponível, parando o carro; que, ato contínuo, aproximaram-se correndo, ‘do nada’, dois elementos que até então nunca tinha visto; que a esta altura a vítima Mariah já tinha aberto um pouco a porta e ambos os criminosos gritavam ‘vaza, vaza’; que um deles estava armado e o outro não; que os dois vinham juntos e muito próximos um do outro; que Mariah olhou para o depoente, assustada, e quando se voltou para o lado e sair (sic) o criminoso armado disparou um tiro na direção do rosto dela, atingindo-a; que não obstante ela saiu do carro e passou a caminhar na direção do seu edifício; que nesse ínterim o criminoso que depois seria identificado como um menor, ‘Magrelo’, alto e magro, ingressou no carro e sentou no banco do carona, enquanto o depoente já ia saindo, obedecendo às ordens dos criminosos; que também nesse meio tempo o outro criminoso deu a volta no carro, continuando armado, e apontou a arma para a cabeça do depoente, já fora do carro e de pé; que então o depoente caminhou alguns passos para longe e olhou Mariah, que caminhava,

conforme antes descrito; que ainda se virou e olhou para o criminoso armado, que prosseguia lhe apontando a arma para cabeça; que nesse momento achou que levaria um tiro quando novamente se voltou para Mariah, mas ouviu barulho; que, pelo contrário, percebeu que o criminoso armado também havia ingressado rapidamente no carro, o ligou, deu a ré e saiu cantando pneus; que foi então que percebeu Mariah caia no chão e correu para socorrê-la; que ela já punha muito sangue pela boca, já agonizando; que o depoente não sabe precisar porque não tem conhecimento técnico, mas acredita que ela já morreu ali; que não obstante a cena tenha sido rápida, o depoente confirma e tem convicção de que haviam pessoas nas redondezas presenciando a cena, especialmente um grupo de skatistas para na esquina diagonal; que não teve mais notícias deles; que sabe que daquelas pessoas todas que foram chegando depois, muitas deixavam o nome com policiais querendo testemunhar; que em seguida foi encaminhado para o hospital e medicado, inclusive na veia, e dali foi levado para casa por um tio; que não demorou muito apareceu uma viatura da polícia civil, a qual o levou para a delegacia; que naquela oportunidade não foi feito nenhum tipo de reconhecimento nem fotográfico; que fez antes dos reconhecimentos pessoais, reconhecimento fotográfico, inicialmente do menor Grilo, sem sucesso no tocante ao criminoso que portava a arma; que nos dias seguintes esteve na delegacia quase todos os dias, para pegar documentos, etc; **que numa dessas oportunidades reconheceu por fotografia no computador o acusado Alexandre de Aguiar, vulgo Xandinho; que então, depois disso foram realizadas três sessões de reconhecimento pessoal; que na primeira delas reconheceu de plano o menor Grilo e descartou outros três dos cinco presentes, sobrando um, o qual afirmou guardar significativa semelhança com o criminoso armado; que já na segunda sessão reconheceu já sem dúvida Xandinho, não se recordando se nessa oportunidade Grilo estava ou não presente; que semanas após é que ocorreu a terceira, ao que sabe a pedido da defesa de Xandinho, que reconheceu novamente Xandinho, e também não se recorda se Grilo estava presente nesta oportunidade; que está convicto de que era Xandinho o criminoso armado e autor o disparo; que ‘não tem como esquecer, a cor da pele, as orelhas, a expressão dos olhos’.** [...] que o depoente não foi intimado esta audiência, mas comparece porque conferiu na internet; que soube também que a testemunha Herbert Chaplin também não foi intimado, que

ao que parece não mora mais naquele endereço mas mantém o mesmo telefone residencial; que no primeiro reconhecimento não se sentiu exatamente amedrontado, mas algo próximo disso; que o reconhecimento é uma situação de pressão e constrangedora; que na sala de reconhecimento ingressou primeiro o depoente e o advogado titular da defesa, presente nesta audiência; que em seguida chegou o delegado de polícia Rodrigo Marquet; que o telefone furtado a que se refere o depoente no termo de fl. 42 é o seu celular pessoal, levado com o carro; que aquele quinto elemento, reconhecido na primeira sessão de reconhecimento antes descrita de fato é parecido com Xandinho, mas maior; que ele guarda a mesma fisionomia; que inclusive naquele primeiro reconhecimento, um policial, não tem certeza se foi o Dr. Rodrigo instou o depoente da seguinte maneira: ‘daqueles cinco, me aponta os dois’; que ‘isso seria uma indução, não é’. [...] que não se recorda dos medicamentos que lhe foram ministrados no hospital Regional; que presume tenham sido calmantes; que do exposto é evidente que ouviu a voz os meliantes; que eles estavam ‘alucinados’; que se recorda que num dos reconhecimentos apontou para o indivíduo identificado por número que não se recorda e afirmou ‘é esse o que deu a entrevista na rede record’, que por ser menor não apareceu seu rosto; que perguntado como efetuou esse raciocínio, já que apontou para uma pessoa presente através do vidro e reconhecendo-a como tendo dado entrevista para rede record com o rosto oculto por ser menor, afirmou ‘dessa parte não me lembro bem’; que se recorda e afirma que uma semana depois deu entrevista para o jornalista Cacau Menezes afirmando que estava tomando forte medicação, ‘calmantes’; que não sabe dizer se eram ou não eram anti-depressivos; que de fato deu uma entrevista para o jornalista Mario Motta mas não se lembra se isso (sic) para ele estar tomando ‘anti-depressivos’ ou ‘remédios de tarja preta’; que não gostaria de condenar um inocente; que não sabe dizer se lhe foi mostrada a fotografia de Xandinho no computador após o depoimento de Herbert; que nunca viu a foto de Xandinho na internet; que viu no jornal impresso; que essa foi a capa em que Xandinho fazia um gesto obsceno; que salvo engano era a chamada da reportagem: ‘acusado de matar estudante de medicina’; que confirma suas assinaturas no termo de fls. 42 e 43; que não se recorda do teor desse depoimento; que afirmou ali ‘que os indivíduos aparentavam ter 1,70m’, no sentido de que eles eram mais baixos que o depoente; que confirma que eles tinham

pele morena, aparentando terem entre dezessete e dezoito anos; que quanto ao sotaque se referiu a modalidades de fora, como gaúchos; que no momento que deu o depoimento ‘não lembrava de nada’, ao ser perguntado por que afirmara ‘que não lembra a fisionomia dos indivíduos’; que nem o depoente nem Mariah se limpavam do sangue em papel; que o vidro da porta do carona foi quebrado pelo tiro; que não se recorda se os meliantes se machucaram na ação; que salvo engano o indivíduo retratado como número 01 de fl. 127 é aquele apontado por semelhança no primeiro reconhecimento; que desconhece o nome M. e sua relação com os reconhecimentos; que nada sabe a respeito desse M.; que não acredita que os meliantes tivessem outro objetivo que não levar o carro porque seu estado de ânimo e sua evidente correria evidenciavam que eles queriam o carro para continuar sua trajetória em melhores condições; que propugnou avisar Hebert dessa audiência no interesse de que ela se realizasse; que nunca teve nenhuma conversa com Herbert fora da delegacia; que toda região em que ocorreu o crime é iluminada e movimentada; que os presentes naquela área e que viam a cena teriam condições de reconhecer os agentes; que soube pela imprensa e pelo delegado que o acusado apresentou o álibi da igreja; **que perguntado se realmente, em razão de todas as circunstâncias, possa estar apontando o acusado por possibilidade, probabilidade ou semelhança, reafirmou estar convicto de ter sido o acusado o agente do crime descrito na denúncia [...]** (fls. 475/477).

Registre-se que nos crimes contra o patrimônio, as declarações coerentes das vítimas oculares do ilícito apresentam extrema relevância e alto valor probatório, ainda mais quando procedem o reconhecimento do agente, de modo que, em harmonia com os demais elementos constituídos no processo, como no presente caso, autorizam a sentença condenatória.

Neste diapasão, colhem-se precedentes desta Corte de Justiça:

APELAÇÃO CRIMINAL. CRIMES CONTRA O PATRIMÔNIO. ROUBO DUPLAMENTE CIRCUNSTANCIADO PELO EMPREGO DE ARMA E CONCURSO DE AGENTES (ART. 157, § 2º, INCISOS I E II, DO CÓDIGO PENAL) E ROUBO CIRCUNSTANCIADO PELO EMPREGO DE ARMA (ART. 157, § 2º, INCISO I, DO CÓDIGO PENAL). PRELIMINAR DE NULIDADE DO RECONHECIMENTO

DO ACUSADO RECHAÇADA. AUSÊNCIA DE MÁCULA FULMINANTE. **MATERIALIDADE E AUTORIA DELITIVAS COMPROVADAS. DEPOIMENTOS FIRMES DE FUNCIONÁRIOS DO POSTO DE GASOLINA ESPOLIADO. RECONHECIMENTO FOTOGRÁFICO CONFIRMADO EM JUÍZO** E SEGUIDO DE RECONHECIMENTO PESSOAL, TAMBÉM EM JUÍZO. CONDENAÇÃO QUE SE IMPÕE. INCIDÊNCIA DAS CAUSAS ESPECIAIS DE AUMENTO DE PENA. EMPREGO DE ARMA CAPAZ DE INTIMIDAR. CONCURSO DE AGENTES, NO QUE SE REFERE AO PRIMEIRO DELITO, DEVIDAMENTE COMPROVADO. AUMENTO DA PENA EM 3/8, NO QUE TANGE AO DELITO DUPLAMENTE CIRCUNSTANCIADO, COM BASE EM FUNDAMENTAÇÕES CONCRETAS. PREQUESTIONAMENTO. DISPOSITIVOS LEGAIS ABORDADOS NO CORPO DA DECISÃO. REQUERIMENTO PREJUDICADO. SENTENÇA MANTIDA. RECURSO DESPROVIDO. 1. O reconhecimento do acusado por meio de fotografia, posteriormente ratificado em juízo, juntamente com os depoimentos firmes e harmônicos prestados pelos indivíduos que presenciaram os fatos, em ambas as fases do processo, demonstram-se suficientes para revestir o reconhecimento de força probatória e, por consequência, hábeis a fundamentar um decreto condenatório. Ademais, a validade do reconhecimento do acusado não está obrigatoriamente vinculada à regra contida no art. 226 do Código de Processo Penal, porquanto tal dispositivo veicula meras recomendações à realização do procedimento. 2. **“Em se tratando de crime contra o patrimônio, o reconhecimento realizado pelas vítimas, sem motivos para atribuir falsamente ao agente a prática da conduta típica, constitui forte elemento de prova, apto a sustentar o édito condenatório, mormente quando amparado pelos demais elementos de prova”** (Apelação Criminal n. 2008.031704-0, de Balneário Camboriú, Rel. Des. Moacyr de Moraes Lima Filho, j. em 13/08/2008). 3. Tratando-se de roubo com emprego de arma, prescindível, para a incidência da causa especial de aumento de pena prevista pelo art. 157, § 2º, inciso I, do Código Penal, a comprovação de seu efetivo potencial lesivo; basta, para tal, que o artefato seja capaz de causar temor à vítima e de reduzir seu poder de resistência. 4. Quando incide o roubo em duas hipóteses especiais de aumento de pena, por conta do concurso

de agentes e do emprego de arma, viável a aplicação do aumento no patamar de 3/8 (três oitavos), desde que, em respeito à Súmula 443 do STJ, a majoração esteja devidamente fundamentada na decisão. (Apelação Criminal (Réu Preso) n. 2012.003497-4, de Blumenau, rel. Des. Paulo Roberto Sartorato, j. 3.4.2012)

APELAÇÃO CRIMINAL - ROUBO DUPLAMENTE CIRCUNSTANCIADO PELO EMPREGO DE ARMA DE FOGO E PELO CONCURSO DE AGENTES (ART. 157, §§ 1º E 2º, I E II, DO CÓDIGO PENAL) - MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS - EMPREGO DE ARMA DE FOGO - AUSÊNCIA DE APREENSÃO E PERÍCIA - DESNECESSIDADE - RECONHECIMENTO DO RÉU REALIZADO PELA VÍTIMA E CORROBORADO PELA TESTEMUNHA PRESENCIAL - NÃO COMPROVAÇÃO DO ÁLIBI APRESENTADO - PLEITO DE ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA - MATÉRIA AFETA AO JUÍZO DA EXECUÇÃO - RECURSO DESPROVIDO. A ausência de apreensão da arma e conseqüente inexistência do exame pericial não afastam o reconhecimento da majorante ante a comprovação de seu uso por meio do conjunto probatório. A causa de aumento de pena decorrente do uso de arma é objetiva e decorre da intimidação provocada à vítima, que anula ou diminui sua capacidade de resistir à conduta criminoso. **Não há falar em insuficiência probatória para justificar a absolvição quando os elementos contidos nos autos permitirem a formação de um seguro juízo de convicção, principalmente quanto ao firme reconhecimento do agente pela vítima e pela testemunha presencial.** (Apelação Criminal (Réu Preso) n. 2008.007579-5, de Balneário Camboriú, rel. Des. Solon d'Eça Neves)

Cabe destacar que, embora a magistrada *a quo* tenha mitigado o valor probante do reconhecimento de Sidney, necessário se faz tecer algumas considerações.

Sidney identificou, num primeiro momento, o adolescente (E.) como sendo o indivíduo que interpelou Mariah, após ouvir sua voz em um programa de rádio (depoimento de fls. 123/124). Posteriormente, no reconhecimento pessoal, Sidney apontou Alexandre como tal, porém

reconheceu, também, uma pessoa que não tinha relação nenhuma com o crime e que foi somente utilizado pelo delegado para compor o ato (termo de reconhecimento de fl. 126). Entretanto, o equívoco não pode ser entendido como fator depreciante da prova.

Isso porque, em crimes de notável crueldade como o dos autos, em que Sidney, além de ser vítima do assalto, ainda presenciou a morte da namorada (Mariah Ghizoni Vieira), é perfeitamente compreensível que hesite e vacile em expressar, de maneira clara, sua convicção da realidade, mormente quando instado a identificar as pessoas responsáveis pelo sofrimento suportado.

Tal situação foi bem retratada e, posteriormente, justificada pelo próprio ofendido em sua oitiva judicial (fls. 475/477), quando disse

“que no primeiro reconhecimento não se sentiu exatamente amedrontado, mas algo próximo disso; [...] **que aquele quinto elemento, reconhecido na primeira sessão de reconhecimento antes descrita de fato é parecido com Xandinho, mas maior;** que ele guarda a mesma fisionomia; que inclusive naquele primeiro reconhecimento, um policial, não tem certeza se foi o Dr. Rodrigo instou o depoente da seguinte maneira: ‘daqueles cinco, me aponta os dois’; que ‘isso seria uma indução, não é’”.

Ademais, ao final do referido depoimento, prestado já no curso do processo, quando, então, transpassada a efervescência e abrandado o abalo ocasionado pelas funestas consequências dos fatos, ao ser “perguntado se realmente, em razão de todas as circunstâncias, possa estar apontando o acusado por possibilidade, probabilidade ou semelhança, **reafirmou estar convicto de ter sido o acusado o agente do crime descrito na denúncia**”.

Logo, não há qualquer mácula ou defeito que possa retirar a credibilidade do reconhecimento pessoal do réu Alexandre realizado pela vítima Sidney Gladstone.

Sobre esse ponto, ainda, faz-se necessário esclarecer que a autoridade policial apenas solicitou ao “reconhecedor” que indicasse dois dos cinco indivíduos enfileirados, porque a prova oral, até então coletada no inquérito, denotava serem dois os autores da empreitada criminosa, razão pela qual não se verifica qualquer irregularidade no ato realizado.

Assim, porque perpetrado o segundo crime momentos após o cometimento do primeiro e, sendo dois os agentes responsáveis pela prática de cada uma deles, é fácil concluir tratarem-se dos mesmos autores que praticaram tanto o roubo quanto o latrocínio.

E, no caso em apreço, revestindo de veracidade as palavras das vítimas, contemplam-se, além da delação extrajudicial do comparsa adolescente após retratada, as declarações do delegado de polícia que diligenciou no caso e procedeu ao indiciamento do recorrente. Expôs a autoridade policial, quando ouvida sob o crivo do contraditório:

[...] que presidiu o inquérito que resultou na denúncia; que o primeiro depoimento a vítima Sidney que tomou foi alguns dias depois (sic); que nessa oportunidade “Sidney não parecia estar cem por cento”; que o depoente não teve isso como anormal, em razão das circunstâncias do crime; que Sidney escreveu (sic) o crime; que desde sempre Sidney se referiu a duas pessoas; que um abordou o lado da vítima Mariah e outro o lado de Sidney; que o crime de latrocínio resultou da tentativa de roubo ocorrida logo antes, contra a vítima Herbert reconheceu perfeitamente o acusado Alexandre de Aguiar (sic); que não se recorda se Herbert reconheceu por fotografia ou não o acusado antes do reconhecimento pessoal, o qual foi positivo; que Grilo chegou a prestar um depoimento formal apontando Xandinho como um dos autores do crime; que Grilo é branco, magro e mais alto; que Xandinho é moreno, quase negro, mais baixo e de idade maior; que um outro investigado, Marcelo, tem compleição física parecida com a de Xandinho, razão pela qual o depoente tomou cuidado de colocar na sala de reconhecimento sempre não só Grilo e Xandinho como também Marcelo; que ao que sabe foi já na justiça da infância que Grilo voltou atrás e deixou de imputar o crime a Xandinho; que Herbert fez seu reconhecimento

também na presença dos três, além de outros dois para completar o número de cinco; que chegou-se ao denunciado Alexandre, vulgo Xandinho, porque o carro subtraído foi localizado em seguida ao crime na favela Frei Damião, de posse de Marcos Wolff, que na localização os policiais diligenciaram na vizinhança e uma senhora, ex-mulher de Marcos Wolff, confirmou que naquela madrugada haviam uns rapazes de folia naquele lugar, entre eles Marcos Wolff e depois chegaram outros no carro subtraído; que Xandinho estava entre os que chegaram no carro; que daí se apurou sobre ele junto aos policiais de Palhoça, acabou sendo decretada sua prisão e na semana seguinte ele foi apresentado por seu atual defensor, depois do que acabou reconhecido tanto por Herbert tanto, numa série de três reconhecimentos, pela vítima Sidney (sic); que a investigação foi levantada e concluída [...] (fl. 478).

Como se não bastasse, Valdeci Atacílio Vicente, porteiro de prédio onde morava Mariah e testemunha do fato, ao comparecer na delegacia para proceder ao reconhecimento pessoal do suposto autor do delito, ainda que não revestido da certeza necessária, declarou “ter tudo para ser Alexandre de Aguiar” (fls. 166/168).

Cumprido ressaltar que em todos os reconhecimentos realizados pelo delegado incumbido de presidir o inquérito policial, o réu Alexandre de Aguiar foi colocado juntamente com o menor M. A. R., que, conforme o depoimento da autoridade policial, “que um outro investigado, M., tem compleição física parecida com Xandinho, razão pela qual o depoente tomou cuidado de colocar na sala de reconhecimento sempre não só Grilo e Xandinho, como também M”. Porém, em nenhum momento, o adolescente foi apontado como sendo um dos agentes que praticou os crimes.

De outro vértice, contrariando todos elementos probantes acima delineados, o acusado, ao ser interrogado em ambas etapas procedimentais (fls. 156/157 e 333/335), negou a autoria, alinhavando que, no momento da realização do crime,

[...] estava no culto da igreja Missionária de Cristo, “tendo permanecido no culto até às 22h; Que, no fim do culto foi para a casa de sua mãe, permanecendo no local até à 01h, e posteriormente foi para sua casa, a qual fica ao lado da casa de sua mãe; [...] Que, já conhecia o adolescente de alcunha ‘Grilo’, por vê-lo passar pelo bairro Frei Damião, que nunca tinha conversado com ‘Grilo’, que o adolescente M. não era conhecido do interrogando; [...] Que, com relação aos machucados que apresenta em suas mãos os mesmos são provenientes ao seu trabalho, qual seja catador de material reciclável em um ‘lixão’, próximo ao bairro que reside, **que esclarece que no mencionado culto haviam inúmeras pessoas presentes entre pastores e missionários os quais não sabe declinar o nome no momento**” (fls. 156/157).

Sob o crivo do contraditório, o recorrido manteve sua negativa:

[...] que nega a acusação; que não estava no local dos fatos; que desconhece as vítimas, inclusive a moça que foi morta; que conhece o denunciado Marcos faz aproximadamente 1 ano; que no dia dos fatos estava na Igreja; **que já fazia 3 meses na data do crime que frequentava a igreja todos os dias das 7h até as 10h da noite, menos sexta-feira; que não conhece nenhum E., de alcunha ‘Grilo’, o qual só viu algumas vezes passando na sua região;** que das testemunhas de acusação só conhece o Delegado Rodrigo Marchetti; que salvo engano já no outro dia depois do crime o interrogando estava trabalhando no lixão perto de sua casa, próximo ao Frigorífico, quando sua mãe veio avisar que a polícia estava a sua procura; que ao que sabe os responsáveis pela morte da vítima foram ‘Grilo’ e Marcelinho, que também não conhece, porque foi o que disse ‘Grilo’ na televisão; que tem como apelido a alcunha ‘Xandinho’; que não conhece nenhum Fabiano; que não vai para o Kobrasol; que não estava junto no roubo contra a caminhonete; que desconhece os fatos relatados no depoimento de ‘Grilo’ de fls. 116 a 118; [...] que se converteu quando passou a frequentar a Igreja; que continuou a mesma pessoa que era antes, com a mesma personalidade, do que quando não tinha religião; que já era calmo e nunca cometeu nenhum crime; que é a pessoa retratada fazendo o gesto obsceno de fl. 274; que conhece ‘Bidu’, apelido de Celso (fl. 298), que não é tido em sua região como cidadão de bem; que no entanto não sabe o que ele faz nem as pessoas com quem convive porque não anda com ele; que Marcos mora aproximadamente

300 metros; que Marcos é pintor e trabalhador; que não teve mais contato com ele depois que ele desviou, que significa parou de ir na igreja; que só soube depois que foi preso que foi encontrado o carro das vítimas na casa de Marcos ou de seu irmão; que conhecia Marcos fazia 1 ano; que Marcos já frequentava a igreja; que não se recorda ao certo quanto tempo antes do crime Marcos desviou; que alguns de seus colegas comentaram que ‘Grilo’ estava envolvido no crime; que não se recorda o nome de seus colegas; [...] que tinha se machucado antes de ser preso, inclusive nas mãos, mas não se recorda exatamente quando tempo antes; que tinha também ferimentos na perna; que foram cortes e sangraram; que lá mexe com vidros, garrafas e latas; que quando a polícia o prendeu ainda havia sangue seco nas duas mãos, tanto na palma quanto no dorso; que se machucou com espelho; que não sabe o dia em que o crime ocorreu, nem o dia da semana; que frequentava a Igreja Herói em Cristo; **que a Igreja fica próximo a sua casa e se chama ‘Heróis em Cristo’; que já existe faz bastante tempo; que não sabe se ela ainda existe;** que via de regra os fiéis iam à Igreja com roupas melhores; que interrogando já estava começando a ir melhor trajado também; que no dia do crime estava de sapatos pretos, calça azul e camisa branca da Igreja; que naquele dia havia umas 50 pessoas na Igreja; que acha que deveria ter até mais; que também vinha gente de fora, mais a maioria ela dali; que estavam lá Jailson, vulgo ‘Barriga’, Maria Dejanira de Aguiar, o Pastor Celso; que havia também umas vizinhas cujo não não se lembra; que não se lembra pelo nome dos demais; que reconhece o Pastor no documento ora juntado junto ao relatório policial; que Mirian Maran também é sua vizinha; [...] **que depois do culto voltou para a casa de sua mãe; que lá dormiu; que foram junto o Pastor, sua mulher e outros atendentes da igreja; que além de vizinhas para fazer o culto; que era para preparar o interrogando para o batizado que ocorreria no outro dia; que ficaram até 1h da manhã;** [...] que assim que soube que a polícia lhe procurava pediu para sua mãe ligar para um advogado a fim de que pudesse se apresentar para provar que nada devia; que trabalha no lixão de segunda a sábado das 6h da manhã às 6h da tarde; que fica subordinado ao ‘Barriga’, que é quem coordena o local; que é juntado com Patrícia, que está grávida; que esteve na Igreja pela última vez na quinta-feira antes de se apresentar; que não sabe se mudou o nome da igreja; que foram nesse dia para a igreja, além do interrogando, sua mãe, sua tia, ‘Barriga’ e algumas vizinhas; que sempre foi o Pastor

Celso que dirigiu a Igreja; que não sabe se o Pastor continua dirigir a igreja; que sempre quando ía à Igreja, sua família ia junto; que eram sempre as mesmas pessoas frequentavam a Igreja, mas de vez em quando ía gente nova; que o Pastor arregimentava fiéis indo de casa em casa; que Celso Bernardino é o Pastor; que Maria Sulamar da Silva também frequentava a igreja, assim como Valdir de Souza que trabalha no lixão; que Sônia Estela Silveira também frequenta a igreja; que Jailson Rodrigues é ajudante do pastor e trabalha no lixão; que ele é segundo pastor; que não se recorda de Marisa de Lima; que Miriam Pertile também frequentava a igreja, assim com Andrei Duarte Florentino e Márcia Aparecida; que estas pessoas estavam no último culto que participou; que as pessoas se acomodam na igreja de pé, sentadas e também nos fundos, junto às janelas; que há uma caixa de som para auxiliar os que ficam atrás; que tanto na entrada quanto na saída o Pastor e seus auxiliares cumprimentam de mão em mão; que neste último culto isso também ocorreu; que soube numa quarta-feira, segundo seu Advogado combinara com o Delegado seria entregue na delegacia e assim ocorreu; que foi recomendação do Advogado que quando chegasse na Delegacia cobrisse seu rosto para não ser filmado; que foi fotografado assim que chegou ‘pelos policiais’, na ausência do Advogado, que estava na sala ao lado; que viu essa foto ainda na Delegacia no computador; que entrando na Delegacia a sala do delegado fica a esquerda; que foi filmado nessa sala por um jornalista; que ele também fotografou o computador; que resolveu se apresentar para esclarecer porque não devia nada; que na Delegacia falou direto com o Delegado; que o Delegado desde logo disse que sabia que tinha sido o interrogando a matar a menina; que negou e respondeu não saber o que estava acontecendo; que pediu para tirar suas digitais e amostra de sangue para periciar; que não costuma trabalhar com luvas; que alguns presos na Delegacia disseram saber que na verdade ‘Grilo’ e ‘Marcelinho’ tinha matado Mariah, assim como policiais, cujos nomes desconhece; que no reconhecimento a que foi submetido a pessoa que reconhecia primeiro apontou um suspeito ao lado e só depois apontou o interrogando; que quando já estava preso pessoas de sua família comentaram ter descoberto que outros moradores dali estariam envolvido com o crime; que não pode revelar nomes por medo de represálias; que seriam pessoas mais altas que o interrogando; que no primeiro reconhecimento ‘Grilo’ e ‘Marcelinho’ não estavam na sala; que foi ofendido e filmado, razão pela qual reagiu com o referido gesto obsceno; que eram muitos

flashes; que não revela nomes de suspeitos nem de pessoas que poderiam esclarecer fatos por medo de vingança por sua família; que se pode frequentar a igreja mesmo sem a roupa adequada; que se declara inocente e espera que se encontre o real responsável pelo crime (fls. 333/335).

O álibi suscitado pelo recorrido não merece guarida, por colidir diretamente com os demais elementos probantes angariados, com especial destaque para as esclarecedoras palavras das vítimas presenciais, as quais reconheceram Alexandre como sendo um dos autores dos delitos. Ainda, porque não é crível que uma pessoa que frequenta a igreja seis vezes por semana durante “3 meses da data do crime” não saiba indicar o nome do pastor ou outros missionários que participavam da congregação (cfe. interrogatório extrajudicial). Ressalte-se, também, que os depoimentos das testemunhas/informantes da defesa ouvidas na instrução, que dão conta da presença do Alexandre no culto, devem ser tomados com reserva, dado serem familiares ou pessoas próximas a ele.

Ademais, cumpre transcrever as contradições dos depoimentos apontadas pelo representante ministerial, que corroboram o que foi até aqui esposado:

Em um primeiro momento cabe salientar, dentre outras contradições, o depoimento prestado por Maria Sulamar da Silva, às fls. 250-251, em que afirma que Xandinho vestia no dia 02 de março de 2006, uma blusa moleton, cor cinza, com estampa nas costas e uma calça preta. No entanto, difere o depoimento prestado às fls. 254-255, por Mirian Pertile, também dita freqüentadora do culto, em que afirma que no dia 02 de março de 2006, Xandinho estava vestindo roupa social, camisa de botão, gravata e calça social.

Como se não bastasse, à fl. 812, a testemunha Jailson Rodrigues alegou que a reunião de batismo após o culto teria durado aproximadamente 40 minutos. Ocorre que nos outros depoimentos prestados as testemunhas da defesa esmeraram-se para fazer crer que a tal reunião terminou por volta da 1 hora da madrugada, tudo para não contrariar a versão produzida pelo próprio denunciado no interrogatório, quando afirmou ter permanecido na reunião

até esse horário. Já às fls. 706/707 a testemunha da defesa amplia o tempo da reunião, dizendo “que a depoente e o acusado foram embora cerca de duas horas da madrugada, visto que sua sogra fez um jantar [...]”. E ainda, à fl. 814, a depoente Maria Dejandira de Aguiar afirma: “que o acusado Alexandre estava na igreja desde o início do culto, ou seja, às 19:00 horas, e depois também foi para casa de sua mãe; que a informante saiu da casa da mãe do acusado por volta das 23:00 horas, sendo que neste mesmo horário o acusado e sua esposa foram para casa deles, que fica perto”.

Com relação à nítida produção artificiosa do álibi mencionado, oportuno ressaltar a expressiva controvérsia no depoimento prestado pela genitora do acusado, às fls. 710-711, quando informou sobre a necessidade dos fiéis frequentarem a Igreja de seis a oito meses para se batizarem, e ainda, que a depoente e o acusado iriam se batizar uma semana após os fatos. Assim, totalmente falaciosa a argumentação arquitetada pela defesa para fazer crer que o acusado, no momento dos delitos de roubo e latrocínio, esteve primeiramente num culto e depois em reunião familiar.

Caso fossem verdadeiras as informações da mãe a respeito da norma religiosa atinente aos batizados, não poderia o acusado batizar-se em face de “tão recente a sua participação nos cultos”. Conforme já descrito, o acusado alegou, em princípio, frequentar a igreja “a uns três ou quatro dias”, e após, frequentar a igreja “já fazia 3 meses na data do crime”, segundo fls. 333-335. (fls. 825/826).

Ainda em relação ao álibi em comento, observou com muita propriedade a promotora recorrente:

Verifica-se a fragilidade do álibi do apelado também pela ausência de qualquer documentação que comprovasse que ele realmente seria batizado em poucos dias, como alegou, bem como o fato de que a instituição religiosa não possuía qualquer documentação relativa aos cultos realizados ou ao número e/ou identificação dos fiéis (fl. 259). Somado isso ainda há a contraditória informação prestada pela mãe do apelado que, em juízo, declarou:

“(…) que a frequência a igreja é comprovada por meio de atas, em que constam, as assinaturas dos presentes, assim como a data dos cultos e o nome do pastor que presidiu a celebração ...” (fl. 711).

Ora, se haviam atas comprovando a presença porque elas não foram juntadas aos autos? E porque a testemunha Maria Sulamar da Silva teria informado que nunca existiu nenhum livro de assentamento na Igreja Heróis de Cristo (fl. 259)? (fl. 979).

Destarte, diante das contradições das versões apresentadas pelo réu, bem como por esta não encontrar amparo em prova confiável e robusta do processado, cai por terra o álibi alegado, nos termos do art. 156 do Código de Processo Penal.

Em relação aos exames periciais, em que pese não tenham concluído pela participação de Alexandre nos delitos, também não conseguiram desconstituir, irrefutavelmente, a incriminação do agente.

A partir do exame a que foi submetido o veículo de propriedade da vítima Sidney Gladstone Machado Júnior (fls. 217/240), foram coletadas impressões papiloscópicas de dedos no lado externo do vidro da porta traseira direita, bem como de plantas palmares no lado externo do veículo, na coluna esquerda do pára-brisa dianteiro, no aerofólio traseiro, no vidro da ventarola traseira direita e no teto sobre a porta dianteira direita. Também, impressões papiloscópicas de dedos no lado interno do veículo, no vidro do pára-brisa (lado esquerdo) e no quebra-sol (lado direito), além de constatadas manchas de substância semelhante a sangue no estofamento do motorista no lado esquerdo, no apoio do braço do console dianteiro, no couro de acabamento do braço do câmbio do veículo e em um pedaço de papel tipo guardanapo, localizado no compartimento da porta dianteira esquerda. Tal material posteriormente foi enviado para o exame necessário.

Da perícia de confronto papiloscópico realizada (fl. 280) denota-se que

“dos exames realizados os Peritos concluem que os fragmentos de impressões digitais exploráveis coletados do veículo Marea, placas MBM, referente ao Inquérito Policial 043/06, **divergem das impressões digitais de E. V. S., M. A. R. e A. A.**” (fls. 280).

Tal conclusão não exclui a participação de Alexandre na prática dos delitos, porquanto é certo que o veículo, ainda que por apenas um dia, ficou nas mãos dos receptadores, os quais certamente examinaram o produto recebido e deixaram suas impressões no objeto.

Ademais, nem todos os fragmentos de impressão digital coletados na vistoria do veículo apresentaram condições de confronto, nota disso é que a perícia também não constatou sinais das digitais do adolescente E., comparsa confesso autor dos crimes, nem mesmo conseguiu constatar as digitais das vítimas, embora esses também tenham estado no interior do veículo..

De outra banda, o exame de pesquisa de sangue e tipagem sanguínea das amostras coletadas no interior do veículo Fiat Marea revelou-se sem préstimo para o deslinde dos fatos, tendo em vista que o material, segundo a conclusão do laudo, “encontra-se em quantidade insuficiente para tipagem sanguínea” (fl. 222).

Em razão disso, os objetos com material biológico apreendidos (pedaço do tecido do console [veículo], uma camisa, um pedaço de guardanapo e 02 [dois] swabs com material biológico), foram submetidos ao exame de DNA, que concluiu:

Referente ao Suspeito Alexandre Aguiar: A não correspondência de perfis genéticos obtidos de suspeito e evidências impossibilitam a existência de vínculo genético de verossimilhança entre ambos. **Tal condição configura uma situação de exclusão de verossimilhança entre Alexandre Aguiar e as amostras questionadas**, camisa (01QCAM06), papel tipo guardanapo (01AQPAP06), pedaços de tecido do console (01AQTECP06), e swab (01AQSW06).

A hipótese acima é corroborada pelo resultado da análise do cromossomo Y que apresenta uma descendência uniparental de origem paterna, desta forma, as Amostras Questionadas, camisa (01AQCAM06) e papel tipo guardanapo (01AQPAP06) **não pertencem ao mesmo ramo patrilíneo da amostra referência de Alexandre Aguiar.**

Referente à Vítima Mariah Guizoni Vieira: Considerando as coincidências alélicas observadas em todas as 15 regiões analisadas e a razão de verossimilhança obtida **não podemos excluir que a amostra questionada do tecido (01AQTEC06) e swab (01AQSW06) coletados do veículo Fiat/Marea de placas MBM-8877 e a amostra referência de Mariah Guizoni Vieira tenham a mesma origem**, o que equivale dizer que é aproximadamente cento e noventa quintilhões de vezes mais provável que os resultados obtidos seja consequência das amostras terem uma origem comum do que serem oriunda de dois indivíduos diferentes (destacou-se - fls. 636).

Do mesmo modo, a conclusão alcançada pela perícia não é apta a excluir a participação de Alexandre na empreitada criminoso. Isso porque o material biológico colhido da camisa que foi encontrada próxima ao automóvel roubado poderia ser de qualquer outra pessoa que esteve em contato com o tecido ou com Alexandre.

Ainda, em relação aos ferimentos na mão de Alexandre, o próprio réu afirmou que eram decorrentes de seu trabalho como catador de lixo, razão pela qual, afora os indícios apostos no relatório de fls. 302/310, não há nada nos autos que indique ter o agente se ferido em decorrência da ação delituosa, ou seja, inexistente prova de que havia sangue do agente na cena do crime.

A par do exposto, o reconhecimento pessoal realizado pelas vítimas dos delitos, aliada à delação extrajudicial do comparsa menor, bem como, por outro lado, a desconstituição do álibi alegado pela defesa, revelam, de forma incontestada, a prática, por Alexandre de Aguiar, dos delitos previstos no art. 157, § 2º, incs. I e II, c/c art. 14, inc. II (primeiro fato criminoso) e no art. 157, § 3º (2ª parte) (segundo fato delituoso), todos do Código Penal, sendo a condenação medida que se impõe.

Ressalta-se, ainda, que ao contrário do que sustentou a defesa em pleito alternativo, ocorrida a morte de Mariah concomitantemente ao roubo do veículo, perfeitamente delineado o crime de latrocínio e não o

de homicídio. Aliás, ainda que não houvesse se concretizado a subtração, estaria caracterizado o crime pelo qual o recorrido está sendo condenado, pois consoante a Súmula 610 do STF “Há crime de latrocínio, quando o homicídio se consuma, ainda que não realize o agente a subtração dos bens da vítima”.

Destarte, passa-se à dosimetria dos delitos.

DO CRIME DE ROUBO TENTADO

Na primeira etapa, o exame das circunstâncias judiciais do art. 59 do Estatuto Repressivo revela que: a culpabilidade é normal; o réu não possui antecedentes criminais; não existem dados para aferir a sua conduta social e personalidade; os motivos e consequências da infração são inerentes ao tipo penal; as circunstâncias mostram-se normais ao ilícito praticado e, por fim, o comportamento da vítima em nada influiu na prática delitiva.

Assim, diante da ausência de circunstâncias judiciais desfavoráveis, fixa-se a pena em 4 (quatro) anos de reclusão, além de 10 (dez) dias-multa, cada qual no valor mínimo legal.

Na segunda fase, presente a atenuante da menoridade, mantém-se a pena irrogada em razão da vedação, neste estágio, da diminuição da reprimenda aquém do mínimo legal (Súmula 231 do STJ).

Na etapa derradeira, há majorantes relativas ao emprego de arma e concurso de agentes, pelo que deve ser utilizado o percentual de 3/8 (três oitavos), haja vista que além da utilização de arma, o que certamente provocou pânico na vítima, tanto que saiu correndo em sinal de desespero, o fato de tratar-se de concurso de pessoas na prática do delito também foi decisivo para referida atitude do ofendido, dada a menor possibilidade de reação. Presente, por outro lado, a minorante de pena prevista no art. 14, inc. II, do Código Penal, determina-se a fração de 1/3 (um terço), em face do *iter criminis* percorrido, uma vez que os autores somente não levaram o veículo

da vítima porque esta, antes de correr, tinha ligado o alarme, ou seja, o carro estava trancado (fl. 18). Nesse contexto, perfaz a sanção 3 (três) anos e 8 (oito) meses de reclusão, além do pagamento de 8 (oito) dias-multa, cada qual no valor de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à época dos fatos.

DO CRIME DE LATROCÍNIO

Na primeira etapa, ratifica-se o exame procedido em relação ao crime de roubo, fixada a pena basilar no mínimo legal, ou seja, em 20 (vinte) anos de reclusão, além de 10 (dez) dias-multa, cada qual no valor mínimo legal.

Na segunda fase, presente a atenuante da menoridade, mantém-se a pena irrogada em razão da vedação, neste estágio, da diminuição da reprimenda aquém do mínimo legal (Súmula 231 do STJ).

Na etapa derradeira, a minguada de quaisquer causas de aumento ou diminuição, definitiva-se a pena em 20 (vinte) anos de reclusão, além de 10 (dez) dias-multa, no valor individual mínimo previsto em lei.

Em que pese o representante do *parquet*, ao aferir a capitulação da denúncia, ter imputado a regra da continuidade delitiva (art. 71, CP), tem-se que, na hipótese em apreço, a aplicação do concurso material é medida de rigor.

Apesar de divergências sobre o fato de serem crimes da mesma espécie, uma vez que se encontram no mesmo artigo, não importando que uma conduta é prevista no *caput* e a outra em um dos seus parágrafos (veja-se precedentes do Superior Tribunal de Justiça, HC n. 98.307-SP, rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, j. 2.6.2008), a posição dominante da doutrina e da jurisprudência pátria é de que não se considera a continuidade entre roubo e latrocínio, porque

[...] o fator elementar a ser discutido, em nosso ponto de vista, é o meio de execução. Caso haja um primeiro roubo (dolo) e, posteriormente, um roubo (dolo) seguido de morte da vítima (dolo), pensamos ser inviável a continuidade delitiva. Os meios de execução foram

propositadamente diversos. Na primeira situação, o agente somente se voltou contra o patrimônio da vítima; na segunda, dolosamente, atingiu dois bens jurídicos (patrimônio e vida) (NUCCI, Guilherme Souza. Código Penal Comentado, 10ª edição, 2010, RT, São Paulo, p. 464).

Fernando Capez leciona, ainda, que

Na hipótese de roubo e latrocínio, os crimes são da mesma espécie, dado que previstos no mesmo tipo incriminador (art. 157 do CP), sendo irrelevante se o delito vem capitulado no caput ou em um dos parágrafos. A continuidade delitiva, no entanto, é de difícil configuração, uma vez que não se poderá falar em semelhança no modo de execução desses crimes, requisito também exigido no art. 71 do CP. Com efeito, no roubo ocorrem subtração e o constrangimento ilegal, enquanto no latrocínio, subtração e morte da vítima, sendo diversas as formas de execução (in Curso de Direito Penal, parte especial, volume 2, Saraiva, p. 417).

A propósito, colaciona-se precedente do Superior Tribunal de Justiça:

HABEAS CORPUS . ROUBO CIRCUNSTANCIADO. LATROCÍNIO. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. FUNDAMENTAÇÃO ADEQUADA. CONTINUIDADE DELITIVA. IMPOSSIBILIDADE. APLICAÇÃO DE CONCURSO MATERIAL. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.

1. Na hipótese em apreço, não se verifica qualquer ilegalidade, uma vez que a pena-base fora fixada em razão de circunstâncias judiciais desfavoráveis, a saber: a culpabilidade, os maus antecedentes, a personalidade, as circunstâncias e as consequências do crime.

2. Rever os critérios utilizados pela Corte originária para sopesar as circunstâncias judiciais, da maneira colocada nas razões da impetração, demanda revolvimento do acervo fático-probatório dos autos, situação interdita na via estreita do habeas corpus.

3. **“É assente a jurisprudência desta Corte no sentido de que não é possível o reconhecimento da continuidade delitiva entre os crimes de roubo e de latrocínio, haja vista não se tratarem de delitos da mesma espécie, não obstante serem do mesmo gênero.”** (REsp 751.002/RS, Rel. Ministra MARIA THEREZA

DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 27/10/2009, DJe 16/11/2009).

4. Dosimetria da pena refeita.

5. Ordem parcialmente concedida, a fim de afastar a continuidade delitiva entre os crimes de roubo e latrocínio e fixar a pena de 51 (cinquenta e um) anos de reclusão, em regime fechado, 450 (quatrocentos e cinquenta) dias-multa, mantido os demais termos do édito condenatório (HC n. 16.1595-RJ, rel. Min. Vasco Della Giustina, j. 13.3.2012).

Não é outro o entendimento desta egrégia Corte:

REVISÃO CRIMINAL. PRESENÇA DOS PRESSUPOSTOS DE ADMISSIBILIDADE ELENCADOS NO ART. 621 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. CONHECIMENTO. DOSIMETRIA. TENTATIVA DE LATROCÍNIO, ROUBO DUPLAMENTE CIRCUNSTANCIADO E PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO. PENAS-BASES APLICADAS NO MÍNIMO LEGAL. REDUÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. ATENUANTE DA MENORIDADE QUE, NO CASO, NÃO TEM O CONDÃO DE DIMINUIR O “QUANTUM” DA SANÇÃO NA SEGUNDA ETAPA. EXEGESE DA SÚMULA 231 DO STJ. OCORRÊNCIA DE DUAS CAUSAS DE ESPECIAL AUMENTO (EMPREGO DE ARMA E CONCURSO DE AGENTES). ACRÉSCIMO DE 3/8 (TRÊS OITAVOS), DE ACORDO COM O CRITÉRIO PROGRESSIVO, ADOTADO POR ESTA CORTE. MANUTENÇÃO. PRETENDIDO RECONHECIMENTO DA CONTINUIDADE DELITIVA ENTRE ROUBO E LATROCÍNIO. IMPOSSIBILIDADE. DELITOS QUE, EMBORA DO MESMO GÊNERO, SÃO DE ESPÉCIES DIFERENTES. CONCURSO MATERIAL CARACTERIZADO. PEDIDO INDEFERIDO. (Revisão Criminal n. 2009.008968-7, de Joinville, rel. Des. Irineu João da Silva, j. 28.5.2009).

Diante do exposto, imperiosa a aplicação das regras atinentes ao concurso material.

Nesta senda, oportuno frisar ser perfeitamente possível ao magistrado, independentemente da capitulação aferida na denúncia, conferir novo

enquadramento jurídico (art. 383 do Código de Processo Penal) desde que se atenha aos fatos narrados na proemial acusatória, pois é em relação a estes que o réu se defende.

Não se olvida, por outro lado, que a decisão colegiada deve observar os limites do recurso impetrado pela parte, sobretudo quando manejado pela acusação, sob pena de incorrer em *reformatio in pejus*, quando do excesso sobrevier prejuízo ao réu.

In casu, destaca-se que a sentença de primeiro grau foi absolutória, de modo que o recurso do Ministério Público devolve a matéria, em sua plenitude, a este Órgão Colegiado.

De mais a mais, em se tratando de aplicação da pena, a jurisprudência vem entendendo ser plausível, em recurso da acusação, a adequação, de ofício, da regra de concurso de crimes.

Mudando o que deve ser mudado:

APELAÇÃO CRIMINAL - TRIBUNAL DO JÚRI - HOMICÍDIOS QUALIFICADOS PELO MOTIVO FÚTIL E MEDIANTE RECURSO QUE IMPOSSIBILITOU A DEFESA DAS VÍTIMAS, NAS MODALIDADES CONSUMADA E TENTADA - PRETENZA ANULAÇÃO DO JULGAMENTO POR CONTRARIEDADE ÀS PROVAS DOS AUTOS - IMPOSSIBILIDADE - DECISÃO QUE ENCONTRA SUPORTE EM UMA DAS VERSÕES - MANUTENÇÃO.

[...]

APLICAÇÃO DA REGRA DO CONCURSO FORMAL IMPERFEITO ENTRE OS DOIS DELITOS - PRÁTICA DE DUAS CONDUTAS - CONFIGURAÇÃO DO CONCURSO MATERIAL DE CRIMES - ADEQUAÇÃO DA SENTENÇA DE OFÍCIO, QUE, CONTUDO, NÃO IMPLICA EM MODIFICAÇÃO DA PENA (Apelação Criminal n. 2011.080624-8, de Abelardo Luz, rel. Des. Moacyr de Moraes Lima Filho, j. 10.4.2012).

Dito isto, porque aplicáveis à espécie as regras atinentes ao concurso material, somam-se as penas impostas a cada um dos delitos, definida a reprimenda em **23 (vinte e três) anos e 8 (oito) meses, além do pagamento de 18 (dezoito) dias-multa, no valor unitário de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente.**

Diante de todo o exposto, dá-se provimento ao recurso interposto pelo ministério público, de modo a condenar o réu alexandre de aguiar à pena privativa de liberdade de 23 anos e 8 meses, além do pagamento de 18 dias-multa, no valor unitário de 1/30 do salário mínimo vigente à época dos fatos, pelos crimes de roubo duplamente circunstanciado tentado e latrocínio consumado em concurso material (art. 157, §2º, incisos i e ii, c/c art. 14, ii e art. 157, § 3º, segunda parte, c/c art. 69, todos do código penal).

Fixa-se o regime fechado para cumprimento da sanção, a teor do art. 33, § 2º, alínea “a”, do Código Penal.

Inviável a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos ou a concessão de *sursis*, ausentes os critérios objetivos para cada qual, conforme preconizam os arts. 44, I, e 77, ambos do Estatuto Repressivo.

Por fim, indefere-se o pleito de fixação de URH's ao causídico signatário do apelo, porquanto como bem ressaltou a MM. Juíza na sentença, não se trata de defensor “nomeado pelo juízo”.

É o voto.

TERCEIRA CÂMARA CRIMINAL

APELAÇÃO CRIMINAL

Apelação Criminal n. 2011.007685-2, de São José

Relator: Des. Torres Marques

APELAÇÃO CRIMINAL. CRIMES CONTRA O PATRIMÔNIO. ESTELIONATOS CONSUMADO E TENTADO EM CONTINUIDADE DELITIVA. RECURSO DA DEFESA. PRELIMINAR DE NULIDADE. AUSÊNCIA DO REPRESENTANTE DO MINISTÉRIO PÚBLICO NA AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO E JULGAMENTO. PARTE QUE, INTIMADA, NÃO COMPARECEU AO ATO. JULGADOR QUE SE IMISCUIU NO MISTER DAQUELE. VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO ACUSATÓRIO. PROVA PRODUZIDA QUE ALICERÇOU A CONDENAÇÃO. NULIDADE INSANÁVEL. PRECEDENTES DO STJ. PREFACIAL ACOLHIDA.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n. 2011.007685-2, da comarca de São José (1ª Vara Criminal), em que é apelante Roberto Carlos, e apelado o Ministério Público do Estado de Santa Catarina:

A Terceira Câmara Criminal decidiu, por votação unânime, acolher a prefacial defensiva para anular o processo desde a audiência de instrução e julgamento de fl. 337; prejudicado o exame do mérito. Custas legais.

Participaram do julgamento, realizado no dia 17 de abril de 2012, os Exmos. Des. Alexandre d'Ivanenko e Moacyr de Moraes Lima Filho. Funcionou pela Procuradoria-Geral de Justiça o Exmo. Dr. José Eduardo Orofino da Luz Fontes.

Florianópolis, 18 de abril de 2012.

Torres Marques
PRESIDENTE E RELATOR

RELATÓRIO

Na comarca de São José (1ª Vara Criminal), o representante do Ministério Público denunciou Roberto Carlos por infração ao art. 171, *caput*, e art. 171, *caput*, c/c art. 14, II, na forma do art. 71, todos do Código Penal, conforme se infere da exordial acusatória:

II.I - Estelionato consumado

No dia 02 de abril de 2008, o denunciado, objetivando induzir em erro a vítima Nair Silva Curcio, com 76 anos de idade, manteve contato telefônico com a mesma e lhe propôs a venda de uma residência situada na Rua Álvaro Medeiros Santiago, nº 581, Bairro Barreiros, nesta Comarca.

A fim de efetivar a transação, o denunciado e a vítima se reuniram na residência do Sr. João Luiz, oportunidade em que a vítima pagou mediante solicitação do denunciado a quantia de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) a título de sinal, sendo emitido na ocasião uma proposta de compra de imóvel, em nome da empresa SR IMÓVEIS CRECI 3699, de propriedade do denunciado. A fim de dar veracidade ao golpe, o denunciado ainda entregou à vítima três chaves que seriam da suposta residência que acabara de comprar.

Ocorre que para a desagradável surpresa da vítima, ao se dirigir para a nova residência soube que o imóvel já havia sido alienado para outra pessoa, descobrindo-se então, que o denunciado, agindo com

dolo preordenado, vendeu imóvel cuja propriedade não era sua ou muito menos possuía autorização para venda.

II.II – Estelionato tentado

Não satisfeito, o denunciado inovou o ardil. Sem saber que a vítima havia descoberto a fraude, dirigiu-se no dia 10 de abril à sua residência na Rua São Pedro, nº 519, Barreiros, Nesta, e solicitou a quantia de R\$ 1.800,00 (mil e oitocentos reais) que supostamente seriam para cobrir as despesas com a prefeitura.

Entretanto, desta vez a vítima comunicou o fato aos agentes da lei, que de pronto dirigiram-se à residência da idosa vítima e prenderam o denunciado antes que auferisse a vantagem indevida.

Encerrada a instrução criminal, o réu foi condenado à pena de 2 (dois) anos, 3 (três) meses e 6 (seis) dias de reclusão, em regime aberto, e 27 (vinte e sete) dias-multa, no mínimo legal, por infração ao art. 171, *caput*, e art. 171, *caput*, c/c art. 14, II, na forma do 71, todos do Código Penal. Registra-se que a pena privativa de liberdade foi substituída por duas restritivas de direitos, consistentes em prestação de serviços à comunidade e prestação pecuniária em favor da vítima.

Inconformado (fl. 435), o acusado recorreu da sentença, alegando (fls. 403/474), preliminarmente, violação ao princípio acusatório, uma vez que o representante do Ministério Público não estava presente na audiência de instrução e julgamento e as testemunhas foram inquiridas pelo julgador. Pugnou, assim, pela anulação do processo desde aquele ato.

No mérito, em relação ao crime consumado, argumentou que a ação não passou de um mero ilícito civil decorrente de um desentendimento comercial, atestando que não foi comprovado o dolo. Quanto ao delito tentado, arguiu não existir provas de sua ocorrência, visto que nenhum valor foi apreendido. Pugnou, assim, por sua absolvição, com fulcro no art. 386, II, IV e VI, do Código de Processo Penal. Sucessivamente, aduziu que a acusação não pode pleitear indenização em favor da vítima, requerendo o afastamento da pena pecuniária fixada em favor desta última.

Contra-arrazoado o recurso (fls. 479/494), ascenderam os autos a esta Superior Instância, opinando a Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer da lavra do Exmo. Dr. Carlos Henrique Fernandes, pelo desprovemento do recurso (fls. 496/499).

VOTO

Trata-se de apelação criminal interposta por Roberto Carlos contra a sentença que o condenou pela prática de crimes de estelionato, tentado e consumado, na forma continuada.

Preliminarmente, argumentou o apelante que o processo está eivado de nulidade, uma vez que o representante do Ministério Público não se fez presente na audiência de instrução e as testemunhas foram inquiridas pelo magistrado, violando, assim, o princípio acusatório.

Extrai-se dos autos que a audiência de instrução e julgamento foi designada para o dia 18/9/2008, e que a representante do Ministério Público foi intimada para tanto em 15/9/2008 (fl. 333v).

Contudo, conforme apontou o apelante, o órgão acusador não compareceu ao ato em que foram ouvidas a vítima e as testemunhas. Diante disso, a oitiva se deu da seguinte forma: foi consignada a ausência da acusação, foi dada a palavra à defesa, que pouco perguntou e, em seguida, o julgador efetuou toda a inquirição, conforme se infere dos termos de fls. 338/344.

Diante desse contexto, impende analisar se a circunstância em tela ofendeu o princípio acusatório e ensejou nulidade processual.

A nova ordem constitucional, inaugurada pela Carta de 1988, elegeu o sistema acusatório para nortear o processo penal brasileiro, em detrimento do sistema inquisitório originariamente adotado pelo Diploma Processual Penal de 1941.

Assim, embora ainda não dominante na norma processual infra-constitucional, citado sistema vem sendo paulatinamente inserido naquela codificação, por meio das constantes reformas a que vem sendo submetido.

Deve-se deixar claro, de plano, que por meio da atual concepção constitucional, a persecução criminal fica marcada por personagens com funções preestabelecidas, em que o magistrado se põe apenas para julgar. Essa importante característica, que deve ser analisada concomitantemente ao princípio da imparcialidade, apresenta-se como marco determinante do processo penal democrático eleito pela Constituição de 1988.

A respeito, elucida Aury Lopes Jr.:

Para tanto, recordemos que não apenas o Ministério Público é o agente exclusivo da acusação, garantindo a imparcialidade do juiz e submetendo sua atuação à prévia invocação por meio da ação penal, mas, principalmente, que a carga probatória é inteiramente do acusador e que o Juiz não deve ter qualquer tipo de ativismo probatório (Direito processual penal e sua conformidade constitucional. 4 ed. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2009, p. 189).

Relacionando o que foi dito acima e o caso em voga, tem-se que a atual dicção do art. 212 do CPP, com redação dada pela Lei n. 11.690/08, é exemplo de aplicação do princípio acusatório. Assim versa a norma em comento:

Art. 212. As perguntas serão formuladas pelas partes diretamente à testemunha, não admitindo o juiz aquelas que puderem induzir a resposta, não tiverem relação com a causa ou importarem na repetição de outra já respondida.

Parágrafo único. Sobre os pontos não esclarecidos, o juiz poderá complementar a inquirição.

Frente à nova disposição, deixou o legislador de lado o sistema presidencialista no que tange ao depoimento das testemunhas, visto que as partes diretamente é que farão perguntas, cabendo ao magistrado

somente efetuar indagações em caráter suplementar. Hipótese clara, pois, de aplicabilidade do sistema acusatório e do primado da imparcialidade.

Não há dúvidas, então, que a função do magistrado nessa audiência é de garantidor dos direitos fundamentais, devendo estabelecer a ordem quando as partes agirem de forma que assim se faça necessário. Isto é, a função do julgador deixa de ser de ator para ser um espectador – nos dizeres de Aury Lopes Jr. –, permitindo, assim, que a gestão da prova recaia sobre as partes.

Especificamente sobre o dispositivo em voga esclarece Paulo Rangel:

Em um processo penal democrático, banhado pelo sistema acusatório, o juiz deve ser afastada da colheita de provas, deixando tal tarefa às partes. Se sistema é o todo e não uma parte, não pode o processo ter momentos em que seus atos serão à luz da estrutura acusatória e outros à luz de uma estrutura inquisitória. Isso não é sistema. Logo, em audiência não poderia ser diferente.

[...]

A colheita de depoimento pelo juiz passou a ter uma função supletiva, ou seja, se ele entender que há algum ponto não esclarecido, poderá complementar a inquirição, mas note-se bem: é sobre pontos não esclarecidos, ou seja, algo relevante ao julgamento do caso penal que envolve aquele depoimentos. Trata-se de ponto substancial e não acidental do depoimento. (Direito processual penal. 16 edição. Editora Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2009, p. 505).

E especificamente sobre o papel do Ministério Público menciona o doutrinador em tela que deverá “se amoldar à nova lei, isto é, o promotor terá de (re)aprender a fazer perguntas, se inteirando de todo o processo, quando da audiência, a fim de que possa perguntar dados importantes às testemunhas” (op. cit.).

Na hipótese de ausência do representante da acusação na audiência também não pode o julgador se imiscuir no mister acusatório, sob pena

de violar os princípios analisados e eivar de nulidade insanável o ato. Pontualmente sobre a questão, leciona Aury Lopes Jr.:

Após essa exposição breve e totalmente espontânea feita pela testemunha – sem a intervenção do juiz, que apenas dá o “starter” – deve ser consignada a ausência do Ministério Público e passada a palavra para defesa. E se o defensor nada perguntar? Deve o juiz dar por encerrado o ato. Simples assim.

Mas não pode o juiz substituir a figura do promotor e formular perguntas? Elementar que não. E perguntas para esclarecer os pontos relevantes, sobre os quais não se está suficientemente esclarecido? Também não, pois o juiz pode pedir esclarecimentos a partir do que foi produzido pelas partes e, neste caso, nada foi produzido. Portanto, não há o que ser esclarecido. (Boletim IBCCRIM n. 229, Ano 19, dezembro de 2011).

Não é outro o entendimento do Superior Tribunal de Justiça em caso análogo:

RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL PENAL. NOVA REDAÇÃO DO ARTIGO 212 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL, TRAZIDA PELA LEI Nº 11.690/08. ALTERAÇÃO NA FORMA DE INQUIRIRÇÃO DAS TESTEMUNHAS. PERGUNTAS FORMULADAS DIRETAMENTE PELAS PARTES. PONTOS NÃO ESCLARECIDOS. COMPLEMENTARIDADE DA INQUIRIRÇÃO PELO JUIZ. INVERSÃO DA ORDEM. NULIDADE RELATIVA. NECESSIDADE DE MANIFESTAÇÃO NO MOMENTO OPORTUNO E DEMONSTRAÇÃO DE EFETIVO PREJUÍZO. PECULIARIDADE DO CASO CONCRETO. SENTENÇA CONDENATÓRIA LASTREADA EXCLUSIVAMENTE NA PROVA ORAL COLHIDA PELO JUIZ NA AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO, DIANTE DO NÃO COMPARECIMENTO DO MEMBRO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. AUSÊNCIA DE SEPARAÇÃO ENTRE O PAPEL INCUMBIDO AO ÓRGÃO ACUSADOR E AO JULGADOR. VIOLAÇÃO DO SISTEMA PENAL ACUSATÓRIO. NULIDADE INSANÁVEL. RECURSO DESPROVIDO.

1 - Com a entrada em vigor da Lei nº 11.690, de 9 de junho de 2008, foi alterada a forma de inquirição das testemunhas, estabelecendo o artigo 212 do Código de Processo Penal que as perguntas serão formuladas pelas partes diretamente à testemunha, cabendo ao juiz apenas complementar a inquirição sobre os pontos não esclarecidos, bem como exercer o controle sobre a pertinência das indagações e das respostas.

2 - A complementaridade constante do texto legal examinado induz à conclusão de existência de ordem na inquirição, ou seja, sugere um roteiro, em que a parte que arrolou a testemunha formula as perguntas antes da outra parte, perguntando o juiz por último.

3 - Contudo, a inversão da ordem de inquirição, na hipótese em que o juiz - apenas o juiz, não a outra parte -, formule pergunta à testemunha antes da parte que a arrolou, somente poderia ensejar nulidade relativa, a depender do protesto da parte prejudicada no momento oportuno, sob pena de preclusão, bem como da comprovação inequívoca do efetivo prejuízo com a indagação formulada fora da ordem sugerida na norma processual.

4 - Não se pode olvidar que, no moderno sistema processual penal, não se admite o reconhecimento de nulidade sem a demonstração do efetivo prejuízo à defesa, vigorando a máxima *pas de nullité sans grief*, a teor do que dispõe o artigo 563 do Código de Processo Penal.

5 - Não obstante tais fundamentos, diante da peculiaridade do caso concreto, mostra-se irretocável o acórdão recorrido, que anulou o processo desde a audiência de instrução, já que o Juiz, na verdade, colheu toda a prova utilizada para embasar a sentença condenatória, diante da ausência do membro do Ministério Público na audiência de instrução.

6 - Assim, na hipótese, não se mostra relevante sequer a questão da inversão da ordem de inquirição, pois mesmo que o magistrado tivesse formulado perguntas às testemunhas arroladas pelo órgão de acusação em momento posterior à defesa, mas de tais depoimentos tenha extraído os elementos de convicção exclusivos que sustentaram a decisão condenatória, irrecusável reconhecer que a inquirição, pelo juiz, não se deu em caráter complementar, mas sim principal, em verdadeira substituição ao órgão incumbido da acusação, situação

que configura indisfarçável afronta ao sistema penal acusatório e evidencia o prejuízo efetivo do recorrido.

7 - Não se verificou, no caso concreto, a indispensável separação entre o papel incumbido ao órgão acusador e ao julgador, principal característica do sistema acusatório, pois a fundamentação exposta na sentença condenatória permite concluir que os elementos do convencimento judicial decorreram, exclusivamente, de provas colhidas pelo julgador na audiência de instrução, hipótese de nulidade insanável, não sujeita, portanto, à preclusão.

8 - Recurso especial desprovido. (REsp 1259482, rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, 5ª Turma, j. 4/10/2011).

Extrai-se, ainda, do corpo do acórdão:

Entretanto, em que pese a argumentação acima explanada, verifico que o caso ora examinado apresenta peculiaridade que merece especial atenção.

É que, conforme ressaltado no lúcido e fundamentado acórdão impugnado (fl. 356), o representante do Ministério Público não estava presente à audiência de instrução, o que significa dizer que não houve qualquer intervenção do órgão de acusação na inquirição das testemunhas que arrolara para provar os fatos imputados ao acusado.

No caso concreto, o juiz iniciou os questionamentos em relação às testemunhas e depois passou a palavra à defesa.

Verifico nos autos que a sentença condenatória está lastreada em elementos de convicção obtidos exclusivamente na oitiva de testemunhas, arroladas pelo Ministério Público, na audiência de instrução, a qual não estava presente seu órgão de acusação, tendo o juiz formulado todas as perguntas que envolviam os fatos da imputação penal..

Com efeito, em tais situações não se mostra relevante sequer a questão da inversão da ordem de inquirição, pois mesmo que o magistrado tivesse formulado perguntas às testemunhas arroladas pelo órgão de acusação em momento posterior à defesa, mas de tais depoimentos tenha extraído os elementos de convicção exclusivos que sustentaram a decisão condenatória, irrecusável reconhecer que a inquirição, pelo juiz, não se deu em caráter complementar, mas sim principal, em verdadeira substituição ao órgão incumbido da

acusação, situação que configura indisfarçável afronta ao sistema acusatório e evidencia o prejuízo efetivo do recorrido.

A nulidade decorre, no caso, da violação do caráter complementar da inquirição, não da ordem de inquirição.

Diante do que foi exposto, e considerando que as circunstâncias do presente feito se subsomem ao entendimento alinhado, não há dúvidas de que houve violação ao princípio acusatório no caso em evidência, porquanto o julgador atuou de forma a extrapolar suas funções ao coletar a prova em caráter principal e não suplementar, prova esta, registre-se, utilizada para alicerçar o édito condenatório.

Posto isso, acolhe-se a prefacial defensiva para anular o processo desde a audiência de instrução e julgamento de fl. 337; ficando prejudicado o exame do mérito.

QUARTA CÂMARA CRIMINAL

APELAÇÕES CRIMINAIS

Apelação Criminal (Réu Preso) n. 2012.005784-8, de Laguna

Relator: Des. Jorge Schaefer Martins

TRÁFICO DE DROGAS. CONDENAÇÃO. RECURSO DOS TRÊS RÉUS. ANÁLISE CONJUNTA. PRELIMINAR. ALEGAÇÃO DE NULIDADE DO PROCESSO. DENÚNCIA ANÔNIMA. NÃO OCORRÊNCIA. INVESTIGAÇÕES POLICIAIS QUE INDICARAM A OCORRÊNCIA DO ILÍCITO. PROCESSO PENAL QUE TEVE INÍCIO COM A PRISÃO EM FLAGRANTE DOS RÉUS. NULIDADE NÃO EVIDENCIADA. PRELIMINAR RECHAÇADA.

“Não há falar em ilegalidade no procedimento policial que, em razão de denúncia anônima, instaura inquérito para apurar a suposta prática do crime de narcotraficância, procedendo, inclusive, a busca e apreensão, que culminou na prisão em flagrante dos pacientes. Da mesma forma, não é ilegal a interceptação telefônica motivada por tal notícia desde que, prévia e judicialmente autorizada, seja realizada com observância da Lei n. 9.296/96” (Habeas Corpus n. 2012.013677-3, de Jaraguá do Sul, rel. Des. Roberto Lucas Pacheco).

MÉRITO. AUTORIA. APLICAÇÃO DO *IN DUBIO PRO REO*. INOCORRÊNCIA. CONJUNTO PROBATÓRIO QUE INDICA A OCORRÊNCIA DO CRIME. VERSÃO DOS RÉUS SOBRE OS FATOS QUE SE MOSTRA CONTRADITÓRIA E

POUCO CONVINCENTE, SEM ELEMENTOS DE PROVA A CORROBORÁ-LA. PRISÃO PRECEDIDA DE NOTÍCIA SOBRE O TRANSPORTE DE DROGAS. AGENTES POLICIAIS QUE VISUALIZARAM OS RÉUS ARREMESSANDO O ENTORPECENTE PELA JANELA DO VEÍCULO. RELATOS FIRMES E COERENTES. PROVAS IDÔNEAS E SUFICIENTES PARA SUSTENTAR CONDENAÇÃO. CONDENAÇÃO MANTIDA.

“As declarações dos agentes estatais, a princípio, são isentas de suspeita e só não possuem valor quando estes agem de má-fé, o que não é o caso. Desta forma, em inexistindo circunstâncias que afastem a eficácia probatória do depoimento dos policiais e considerando que suas declarações foram ratificadas em juízo, mister é o reconhecimento do seu valor probante” (Apelação Criminal (Réu Preso) n. 2009.028425-6, de Tubarão. Rel. Des. Salete Silva Sommariva).

PERDIMENTO DE BENS. APREENSÃO DE DINHEIRO EM ESPÉCIE COM UM DOS RÉUS. EXISTÊNCIA DE PROVAS ESCRITAS SOBRE A ORIGEM DA QUANTIA. RÉU QUE RECEBIA PENSÃO DO INSS. PERDA EM FAVOR DA UNIÃO REVOGADA. SENTENÇA REFORMADA NESSE PARTICULAR.

Para haver o confisco de bens, sejam eles lícitos ou ilícitos, basta identificar o nexos etiológico entre a coisa apreendida e a prática do tráfico. Por certo, ao ser observada quantia de dinheiro em espécie conjuntamente a razoável montante de drogas, há, em regra, presunção de que essa pecúnia seria proveniente ou parte das atividades criminosas, salvo se existir a comprovação em sentido contrário como no presente caso.

CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA. PRETENSÃO DE APLICAÇÃO DO ART. 33, § 4º, DA LEI DE DROGAS PELO RÉU NÃO BENEFICIADO. IMPOSSIBILIDADE. RÉU REINCIDENTE.

A aplicação do chamado tráfico privilegiado, todavia, depende da identificação de quatro requisitos cumulativos descritos no texto legal: a) primariedade; b) bons antecedentes; c) não se dedique às atividades criminosas; d) não integre organização criminosa.

DOSIMETRIAS DA PENA. PLEITO DE APLICAÇÃO DO REDUTOR EM GRAU MÁXIMO. INVIABILIDADE. NATUREZA E QUANTIDADE DAS DROGAS QUE PODE SERVIR COMO FATO CONCRETO A FUNDAMENTAR A REDUÇÃO EM GRAU MODERADO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS QUE DEVE SER OPERADA. INCONSTITUCIONALIDADE DOS ARTIGOS 44 E 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA QUE DEVE PREVALECER. NÃO RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE DO DISPOSITIVO QUE IMPÕE A PRISÃO PARA O TRAFICANTE DE MENOR PERICULOSIDADE. INCONSTITUCIONALIDADE DA VEDAÇÃO À SUBSTITUIÇÃO RECONHECIDA. RESOLUÇÃO N. 5/2012 DOS SENADO FEDERAL. RESERVA DE PLENÁRIO PRESCINDÍVEL. CASO CONCRETO QUE FAZ JUS AO BENEFÍCIO. EXEGESE REQUISITOS DO ART. 44 DO CP. ALTERAÇÃO DA SENTENÇA QUE SE IMPÕE.

“O processo de individualização da pena é um caminhar no rumo da personalização da resposta punitiva do Estado, desenvolvendo-se em três momentos individuados e complementares: o legislativo, o judicial e o executivo. Logo, a lei comum não tem a força de subtrair do juiz sentenciante o poder-dever de impor ao delinqüente a sanção criminal que a ele, juiz, afigurar-se como expressão de um concreto balanceamento ou de uma empírica ponderação de circunstâncias objetivas com protagonizações subjetivas do fato-tipo. Implicando essa ponderação em concreto a opção jurídico-positiva pela prevalência do razoável sobre o

racional; ditada pelo permanente esforço do julgador para conciliar segurança jurídica e justiça material” (HC n. 97.256/RS. Rel. Min. Ayres Britto. Julgamento: 01-9-2010. Órgão Julgador: Tribunal Pleno).

RESPONDER AO RECURSO EM LIBERDADE. MATÉRIA VENCIDA. PREJUDICIALIDADE DO PEDIDO NESSE PONTO. RECURSOS PARCIALMENTE PROVIDOS. ALTERAÇÃO, DE OFÍCIO, DO REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DA PENA CONFORME NOVA ORIENTAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal (Réu Preso) n. 2012.005784-8, da comarca de Laguna (Vara Criminal), em que são apelantes Alysson Ramos Batista, Maik Antonio Gonçalves e Marcos Aurélio de Oliveira e apelado Ministério Público do Estado de Santa Catarina:

ACORDAM, em Quarta Câmara Criminal, por unanimidade, afastada a preliminar, dar provimento parcial ao recurso de Alysson Ramos Batista para afastar o perdimento de bens em favor da União; por maioria, vencido o Des. José Everaldo Silva, dar provimento parcial aos recursos dos réus Maik Antônio Gonçalves e Marcos Aurélio de Oliveira para substituir as penas privativas de liberdade por duas restritivas de direitos, consistentes em prestação pecuniária no valor de 1 (um) salário mínimo em favor da entidade a ser designada pelo juízo da execução e prestação de serviços a comunidade à razão de 1 (uma) hora por dia pelo tempo da pena. Por maioria, vencido o Exmo. Des. José Everaldo Silva, de ofício, alterar o regime de pena dos réus Maik Antônio Gonçalves e Marcos Aurélio de Oliveira para o aberto. Expeça-se alvará de soltura em favor dos réus Maik Antônio Gonçalves e Marcos Aurélio de Oliveira, se por outro motivo não estiverem preso, com urgência. Custas legais.

Participaram do julgamento, realizado no dia 5 de julho de 2012, o Excelentíssimo Desembargador Substituto José Everaldo Silva e a Excelentíssima Desembargadora Substituta Cinthia Beatriz da Silva Bittencourt Schaefer. Emitiu parecer pela Procuradoria-Geral de Justiça o Dr. Ernani Guetten de Almeida.

Florianópolis, 6 de julho de 2012.

Jorge Schaefer Martins
PRESIDENTE E RELATOR

RELATÓRIO

Na comarca de Laguna, Alysson Ramos Batista, Maik Antônio Gonçalves e Marcos Aurélio de Oliveira foram denunciados como incurso nos delitos descritos nos artigos 33, *caput*, e 35, *caput*, da lei n. 11.343/06, pelos fatos assim narrados na peça exordial:

No dia 16 de junho de 2011, Policiais Cíveis e Militares receberam denúncia anônima informando que Alysson Ramos Batista, Maik Antônio Gonçalves e Marcos Aurélio de Oliveira estavam transportando drogas da região de Criciúma para revender em Laguna, no interior de um automóvel Fiat/Palio, branco, placas MEG 0049.

Desse modo, a força policial montou campanas em alguns pontos da Rodovia BR 101, como nas imediações da Lanchonete Estação, na entrada do bairro 37 e no trevo de acesso a esta cidade, visualizando o automóvel, quando este transitava na direção informada (sul/norte), por volta das 22h30min, tendo como motorista o denunciado Marcos Aurélio de Oliveira e os outros dois de caroneiros.

Ao avistar a viatura da Polícia Militar, o motorista empreendeu fuga com o automóvel, não parando nem mesmo quando policiais deflagraram tiros contra os pneus, sendo necessário um barreira policial para parar o veículo.

Durante a perseguição foi possível visualizar o momento em que o denunciado Maik Antônio Gonçalves jogou pela janela um pacote contendo em seu interior 190 (cento e noventa) gramas de cocaína, que os denunciados transportavam e traziam consigo sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar, para fins de comercialização.

Além disso, foi apreendida com os denunciados a quantia de R\$ 111,40 (cento e onze reais e quarenta centavos), proveniente do comércio de drogas e 02 (dois) aparelhos de telefonia celular.

Por fim, releva ponderar que as investigações realizadas demonstraram que os denunciados estavam associados para a prática reiterada do tráfico de drogas e que a droga apreendida era transportada em união de vontades e esforços, pelos três denunciados (fls. III-IV).

Citados, os réus apresentaram defesa por meio de defensor constituído. Na instrução, os réus foram interrogados, houve a oitiva de 8 (oito) testemunhas e foram requeridas diligências ao Comando da Polícia Militar e Delegacia de Tubarão, respondida nas fls. 236-241. Após, foram apresentadas alegações finais na forma de memorial pelas partes.

Sentenciando, o MM. Juiz *a quo* julgou parcialmente procedente o pedido, em que absolveu os réus em relação ao delito de associação para o tráfico e condenou-os às seguintes penas pelo tráfico de drogas: Alysson Ramos Batista a 6 (seis) anos de reclusão, no regime inicialmente fechado, e o pagamento de 550 (quinhentos e cinquenta) dias-multa, no mínimo legal; Maik Antônio Gonçalves a 2 (dois) anos e 6 (seis) meses de reclusão, no regime inicialmente fechado, e o pagamento de 250 (duzentos e cinquenta) dias-multa, no mínimo legal; Marcos Aurélio de Oliveira a 2 (dois) anos e 6 (seis) meses de reclusão, no regime inicialmente fechado, e o pagamento de 250 (duzentos e cinquenta) dias-multa, no mínimo legal; vedada ainda a substituição das penas para todos os réus.

Irresignado, Marcos Aurélio de Oliveira apelou e requereu a reforma da sentença para reconhecer a confissão espontânea como atenuante em segunda fase, para aplicar o redutor do Artigo 33, § 4º, da Lei de Drogas,

no patamar máximo e para substituir a pena privativa de liberdade em restritiva de direitos. Ao derradeiro, pleiteou a faculdade de recorrer em liberdade.

Igualmente irredignado, Alysso Ramos Batista apelou e, preliminarmente, alegou nulidade do processo pela inexistência de denúncia anônima ou investigação preliminar. No mérito, postulou a absolvição sob as alegações de estar provado que não concorreu para infração e por não existirem provas de sua participação no delito. Quanto à dosimetria, requereu a diminuição da pena aplicada e redução na terceira fase com base no redutor do Artigo 33, § 4º, da Lei de Drogas e posterior substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos. Por fim, requereu a reforma da sentença no que toca ao perdimento de bens em seu desfavor.

Também irredignado, Maik Antonio Gonçalves apelou e requereu a reforma da sentença em prol da absolvição sob as alegações de estar provado que não concorreu para infração e por não existirem provas de sua participação no delito. Quanto à dosimetria, requereu a aplicação do redutor do Artigo 33, § 4º, da Lei de Drogas em grau máximo e a posterior substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos. Por fim, pleiteou a faculdade de recorrer em liberdade.

Apresentada contrarrazões recursais, os autos ascenderam a esta Corte.

Instada, a Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer da lavra do Dr. Ernani Guetten de Almeida, opinou pelo conhecimento e não provimento dos recursos.

VOTO

Destaca-se que os recursos serão analisados conjuntamente.

Ab initio, afasta-se a preliminar aventada.

A alegação de nulidade no processo por ausência de denúncia anônima e investigação preliminar, formulada pelo apelante Alysson Ramos Batista, não tem como subsistir.

A denúncia anônima não macula o processo penal caso a instauração do procedimento penal tenha ocorrido após a apuração pela autoridade policial da veracidade de seu conteúdo. No caso concreto, diferentemente do que alega o apelante, o procedimento penal foi originado da prisão em flagrante dos réus e não por que eles foram anonimamente denunciados.

Sobre o tema, extrai-se da jurisprudência desta Câmara:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. PRISÃO EM FLAGRANTE CONVERTIDA EM PREVENTIVA. INQUÉRITO POLICIAL. NULIDADE. DENÚNCIA ANÔNIMA. IRREGULARIDADE INEXISTENTE. ILICITUDE DA PROVA DERIVADA. BUSCA E APREENSÃO E INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA AUTORIZADAS PREVIAMENTE POR DECISÃO JUDICIAL. Não há falar em ilegalidade no procedimento policial que, em razão de denúncia anônima, instaura inquérito para apurar a suposta prática do crime de narcotraficância, procedendo, inclusive, a busca e apreensão, que culminou na prisão em flagrante dos pacientes. Da mesma forma, não é ilegal a interceptação telefônica motivada por tal notícia desde que, prévia e judicialmente autorizada, seja realizada com observância da Lei n. 9.296/96 (Habeas Corpus n. 2012.013677-3, de Jaraguá do Sul, rel. Des. Roberto Lucas Pacheco).

Dessarte, na linha do posicionamento acima, não há nulidade a ser reconhecida no presente caso. Também inviável a aceitação de mácula por inexistir investigação preliminar. A aceitação da tese impediria a apuração de grande número de crimes, além de não contar com amparo legal.

Fica, pois, afastada a preliminar.

No mérito, ressalta-se que o crime de tráfico de drogas, que é de perigo abstrato, descrito no artigo 33 da Lei n. 11.343/2006, representa tipo penal misto alternativo com diversos núcleos e pune as condutas de:

importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas; ou seja, substâncias entorpecentes em desacordo com determinação legal ou regulamentar.

A materialidade do delito está comprovada pelo laudo de constatação (fl. 38) e pelo laudo pericial (fls. 182-184), os quais confirmam que os 191,4 (cento e noventa e um vírgula quatro) gramas apreendidos são o material estupefaciente popularmente conhecido como cocaína, substância entorpecente proibida no território nacional pela Portaria n. 344/1998 da Secretaria de Vigilância Sanitária do Ministério da Saúde.

No tocante à autoria, observa-se que os elementos de prova que militam contra os réus Alysson Ramos Batista e Maik Antônio Gonçalves concentram-se nos depoimentos dos milicianos que efetuaram o flagrante dos réus.

Jafer Fredson Fernandes afirmou em Juízo:

Que na data dos fatos recebi uma informação do policial civil Rafael, o qual informava que havia sido passada pra ele pela DIC de Tubarão, que o acusado Alysson estaria pegando certa quantidade de entorpecentes na cidade de Içara e vindo para Laguna, tendo sido repassadas as características do veículo e mais ou menos o horário que iria chegar; mobilizei as guarnições e as posicionei em pontos estratégicos do KM 37, Lanchonete Estação em Cabeçudas e no trevo de acesso a esta cidade, de modo que tão logo o veículo dos acusados passou pelo KM 37 passou a ser monitorado e na altura do trevo, ao perceberam a presença da polícia, não pararam, furando o bloqueio e seguindo pela contramão, sendo que neste momento eu estava na diagonal, do lado esquerdo, e visualizei o acusado Alysson, que estava atrás, jogar o entorpecente para o lado de fora, pelo lado esquerdo do veículo; seguimos em perseguição e conseguimos efetuar a abordagem dos acusados, enquanto os demais policiais ficaram procurando a droga no local onde havia sido dispensada, tendo esta sido encontrada pelo soldado Dilnei que fazia

parte da guarnição do PPT; que conhecia anteriormente apenas o acusado Alysson e que haviam várias informações de tráfico sobre ele; a denúncia descrevia o automóvel e quem dirigia era o cidadão aqui (Marcos Aurélio) [...] só foi localizada a quantidade que droga descrita na denúncia, que era aproximadamente 200 gramas de pasta base de cocaína e que foi apreendida [...] havia notícia de que Maik vendia drogas, o condutor eu não conhecia anteriormente (material audiovisual de fl. 207).

O soldado Dilnei Elias, em seu depoimento judicial, confirmou ter encontrado as drogas no local onde Alysson arremessou-a ao visualizar a barreira policial, ratificando o relato dos fatos acima descrito.

Na mesma linha, conquanto pelo enfoque investigativo, o policial civil Rafael de Oliveira Guedes confirmou que havia a informação a partir de investigações sigilosas do departamento de polícia civil de Tubarão sobre o possível transporte do entorpecente até Laguna, e de que possuía conhecimento sobre o exercício de tráfico pelos réus, nos seguintes termos:

Que recebi um telefonema oriundo da DIC de Tubarão, perguntando se conhecia algum traficante de nome Alysson, ao que respondi Alysson Ramos Batista; cerca de alguns minutos depois recebi outra ligação, oportunidade em que o interlocutor disse que ele havia comprado drogas de uma pessoa que eles estavam monitorando e que não poderiam dar o bote naquele momento, senão perderiam o serviço e falou que se a gente quisesse prender ele, ele estava com aproximadamente 200 g de cocaína em um veículo Pálio branco, com placa tal; que de posse de tais informações, montamos uma operação e fechamos todas as entradas da cidade com o apoio da Polícia Militar; fiquei na balsa, os militares estavam posicionados em outros locais; me informaram pelo rádio que os acusados haviam sido abordados nas proximidades do trevo e então me desloquei até o local; conhecia apenas o Alysson e o Maik, sendo que tinha informações de tráfico de drogas em relação a esses dois; o Alysson era traficante antigo e o Maik fazia correria para o Alysson; que já estavam investigando os dois antes [...] sobre a notícia do transporte, havia investigação da DIC de Tubarão e não da DIC de Laguna; eles em Tubarão verificaram a situação e só não efetuaram o flagrante dos

réus lá no local porque não queriam perder a investigação contra o patrão (material audiovisual de fl. 207).

Os apelantes, por seu turno, de maneira pouco convincente, limitaram-se a negar a autoria dos fatos afirmando que se teriam dirigido algumas vezes naquele dia a Tubarão para efetuar compras de autopeças.

Maik Antônio Gonçalves relatou a sua versão sobre os fatos da seguinte forma:

A denúncia é falsa; eu estava trabalhando de manhã na oficina; trabalho há uns cinco anos; aí chegou um rapaz com um carro, que eu não conheço, o Marco Aurélio, e perguntou se dava para arrumar o carro dele em um dia, só dar uma tintazinha no para-choque; daí combinei de colocar uns vinte reais a mais e ir até Tubarão comprar umas peças pra mim, na Autopeça Tubarão; paguei o para-choque dele e lá fui pegar as peças de um Voyage, só que de manhã só tinha a peça dele, não tinha as do Voyage para me entregar, daí nós combinados de passar lá novamente no final de tarde e já pegaríamos umas outras peças que ele queria, os dois faróis pelo menos, porque os dele estavam quebrados; de tarde o Alysson estava lá na oficina e eu já convidei ele para dar uma voltinha [...]; só que chegamos lá e ele novamente não tinha as peças então voltamos para Laguna; no outro dia eu ia novamente lá; voltando tudo tranquilo passamos a estação e escutamos um barulho, um farol piscando e começaram uns pá pá; no primeiro tiro que escutei me abaixei no banco; meu cunhado estava no banco do carona [...] lá em Tubarão o seu Marco deixou a gente na loja e saiu para dar umas voltas; depois ele passou para pegar a gente [...] a polícia não mandou a gente parar, porque não tinha motivo para a gente não parar; não tinha droga no carro, eu não vi, porque eu estava trabalhando [...] quem tem apelido de “Capíula” é o meu cunhado; não conheço os policiais e não tenho nenhuma inimizade com nenhum deles [...] (material audiovisual de fls. 207).

Já o réu Alysson Ramos Batista afirmou:

Na verdade eu estava em casa, mas como tive alguns problemas que eu tomei um tiro da polícia, eu não podia me mexer muito; fui à oficina e meu cunhado Maik me convidou para ir até Tubarão trocar umas peças e também do carro Sr. Marcos; daí nos chegamos

lá no local e o rapaz disse que não tinha as peças e disse pra voltar a tarde; chegamos lá a tarde e o cara falou que não tinha a peça e que outro dia ele ia ligar para buscar a peça quando chegasse; daí chegando no trevo de Laguna foi tiro para todo o lado [...]; em momento nenhum a polícia mandou parar; a gente não sabia se era polícia porque eles já chegaram atirando; eram umas nove e meia; eu não tinha nenhuma droga comigo e não vi ninguém dispensar droga; eu não vi nada, o dinheiro era meu, telefone eu não sei, não tenho telefone [...] eu até tava achando que isso aí é um forjamento, porque eu tomei uns tiros da polícia e estou até agora estou sem saber de nada [...] (material audiovisual de fls. 207).

Por fim, o réu Marcos Aurélio de Oliveira, em seu interrogatório, admitiu a culpa e tentou eximir os demais corréus do tráfico de drogas, nos seguintes termos:

Que eu fui em Içara é verdade; fui até um posto; entreguei dois mil reais e peguei as drogas de dois motoqueiros e de um celta; mas os dois rapazes eu tinha deixado ali, o Maik eu conheci na oficina e peguei ele e fomos lá na loja Tubarão demanhã; compramos um paracheque e voltamos, deixei o Maik e fui para a casa do meu sogro aqui no bairro Barbacena; chegou de tarde e fui novamente na officia pegar umas peças que faltavam e o Allyson estava lá, pessoa que eu não conheço; o Maik perguntou se ele queria ir junto; deixei os dois em Tubarão e fui lá em Içara pegar as drogas [...] os dois não sabiam que eu tinha ido buscar droga [...] só vi uns rapazes correndo de pé e atirando; tentei jogar a droga fora pela janela; a droga estava no meio das minhas pernas e joguei pela janela, pelo lado esquerdo do carro, joguei em um mato (material audiovisual de fls. 207).

Contudo, os depoimentos não convencem e apresentam uma série de contradições as quais acabam por não modificar a realidade dos fatos desenhada pelos demais elementos de prova. Ademais, o suposto álibi dos réus Alysson e Maik não veio aos autos confirmar os fatos por eles alegados. A conclusão é de que suas alegações encontram-se isoladas dentro do conjunto probatório, uma vez que, na esteira das demais provas carreadas, não é crível que os três envolvidos não tinham conhecimento

ou participação no transporte do material entorpecente flagrado pelos policiais militares e civis.

Além disso, a alegação de que a suposta rixa do corréu Alysston com policiais militares seria o pano de fundo para a prisão não encontra o mínimo substrato na realidade observada, especialmente porque ausente notícia nos autos sobre a participação nessa última operação do miliciano que acertou um tiro no réu em ocorrência policial anterior. Logo, além de não ser possível atestar se a suposta rixa realmente existe, ainda que ela existisse, não teria surtido efeitos no presente caso.

Dito isso, como os corréus não apontam em seus interrogatórios motivos ou fatos convincentes pelos quais os relatos policiais deveriam ser desconsiderados, conclui-se que não há nada que indique a suspeição dos agentes policiais, de modo a possivelmente melindrar os firmes e coerentes depoimentos prestados.

Aliás, sobre o valor probatório dos depoimentos policiais, extrai-se da doutrina pátria:

Também se discute o valor do testemunho de policiais, quando são os únicos apresentados pela acusação. Já se tem argumentado, principalmente nos crimes referentes a tráfico de entorpecentes, que a condenação não se pode basear apenas no depoimento de policiais, que têm interesse em dizer legítimas e legais as providências tomadas por eles na fase do inquérito. Mas não se pode contestar, em princípio, a validade dos depoimentos de policiais, pois o exercício da função não desmerece, nem torna suspeito seu titular, presumindo-se em princípio que digam a verdade, como qualquer testemunha. Realmente, o depoimento de policial só não tem valor quando se demonstra ter interesse na investigação e não encontra sustentação alguma em outros elementos probatórios (MIRABETE, Julio Fabrini. Processo penal. 8. ed. São Paulo: Atlas 1998. p. 306).

A jurisprudência, por seu turno, não discrepa do entendimento de que o relato dos policiais, ainda que envolvidos diretamente na investigação e prisão do acusado, constitui prova idônea. Nesse diapasão, desde que a defesa não demonstre mácula nos relatos, o testemunho policial prestado de forma convicta, e em consonância com o contexto fático existente nos autos, constitui prova suficiente para fundamentar decisão condenatória. Aliás, dos julgados desta Corte extrai-se:

APELAÇÃO CRIMINAL - TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES (LEI N. 11.343/2006, ART. 33, CAPUT).

OMISSIS.

MÉRITO - MATERIALIDADE E AUTORIA DEVIDAMENTE DEMONSTRADAS - CONFISSÃO EXTRAJUDICIAL - RETRATAÇÃO EM JUÍZO ISOLADA NOS AUTOS - DEPOIMENTOS DOS POLICIAIS, DO CORRÉU E DE USUÁRIO CONDIZENTES COM A REALIDADE DOS AUTOS - ABSOLVIÇÃO INVIÁVEL.

I - Ocorrendo a confissão espontânea repleta de detalhes na fase de inquérito policial, quando corroborada pelas declarações das testemunhas e dos demais elementos que formam o suporte probatório dos autos, justificada está a imposição de um decreto condenatório, ainda que posteriormente ocorra retratação em juízo.

II - Para que se considere o exercício da traficância, não é imprescindível a apreensão, junto ao acusado, de uma diversidade de drogas, tampouco que ele seja flagrado em efetiva mercancia e auferimento de lucros, uma vez que a lei tipifica várias espécies de condutas, não apenas o comércio, embora esta prática, in casu, se encontre corroborada pelas declarações das testemunhas arroladas pela acusação e ouvidas durante as fases indiciária e judicial.

III - Não há falar-se em insuficiência de provas quando presentes nos autos elementos aptos a demonstrar, de forma inequívoca, a materialidade e autoria do delito, tais como os depoimentos dos policiais militares que participaram das investigações criminais, das declarações do corréu, bem como pelo relato de um usuário a atestar o comércio ilícito de entorpecentes.

IV - As declarações dos agentes estatais, a princípio, são isentas de suspeita e só não possuem valor quando estes agem de má-fé, o que não é o caso. Desta forma, em inexistindo circunstâncias que afastem a eficácia probatória do depoimento dos policiais e considerando que suas declarações foram ratificadas em juízo, mister é o reconhecimento do seu valor probante (Apelação Criminal (Réu Preso) n. 2009.028425-6, de Tubarão. Rela. Des. Salete Silva Sommariva).

Em suma, o relato dos policiais permanece como a prova indubitável da prática delitiva por parte dos réus. Há algum tempo havia notícias e investigações contra os réus Alysson e Maik pela prática do tráfico de drogas na região, resultando no presente flagrante delito. Já o réu Marco Aurélio (motorista na operação de transporte), embora não previamente investigado, terminou por confessar a prática do crime, não sendo possível eximi-lo da conduta denunciada.

Por conseguinte, não há falar em prevalência do *in dubio pro reo*, ou falta de provas suficientes à comprovação da autoria do delito pelos dois corréus que postulam a absolvição.

Por outro lado, a insurgência contra o perdimento de bens que foi formulada pelo apelante merece acolhimento.

Sobre a perda de bens relacionados ao tráfico, em favor da União, extrai-se da doutrina de Andrey Borges de Mendonça e Paulo Roberto Galvão de Carvalho:

Ao cabo da ação penal, deve o juiz declarar o perdimento dos bens apreendidos ou sequestrados, que constituíram produto, proveito

ou instrumento do crime (repita-se que a previsão vale tanto para o produto ou proveito quanto para o instrumento do crime). Em relação aos instrumentos do crime, a Lei de Drogas distancia-se do regime geral do Código Penal, em que apenas os bens cujo uso, fabrico, alienação, porte ou detenção constituam fato ilícito serão perdidos. Para os crimes de drogas, todo e qualquer bem utilizado para a prática do crime, seja ele lícito ou ilícito por si só, será perdido em favor da União. Não se trata, na realidade, de inovação da Lei n. 11.343/2006, mas sim de repetição da disposição do art. 243 da Constituição Federal, que prevê o confisco de “todo e qualquer bem de valor econômico apreendido em decorrência do tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins”.

O caput do art. 63 afastou-se do art. 91 do CP, ao determinar que o magistrado motive o perdimento destes bens na sentença condenatória. Veja que, enquanto no Código Penal o perdimento dos bens é efeito automático da sentença condenatória - portanto, o magistrado sequer precisa expressamente declará-lo, pois é decorrência automática da condenação -, parece que foi intenção do presente artigo transformar efeito específico da condenação o perdimento do produto, bem ou valor apreendido, seqüestrado ou declarado indisponível, de modo que o magistrado deverá motivar na sentença a sua ocorrência. Porém, em relação aos instrumentos ou produtos do crime, concordamos, em parte, com a lição externada por Guilherme de Souza Nucci. Assim, devemos distinguir:

A) se o bem apreendido for em si ilícito, não será necessário o magistrado decidir fundamentadamente sobre ele, em caso de condenação, pois será efeito automático da decisão condenatória. Neste caso continua sendo efeito genérico da sentença penal condenatória. Não teria sentido exigir fundamentação para o perdimento da droga apreendida;

B) se o bem apreendido for lícito em si, deverá o magistrado motivadamente manifestar-se sobre ele, em caso de condenação. É efeito específico da condenação (Lei de Drogas: Lei 11.343, de 23 de agosto de 2006 - Comentada artigo por artigo. 2 ed. São Paulo: Método, 2008. p. 298-307).

Para haver o confisco de bens, sejam eles lícitos ou ilícitos, basta identificar o nexó etiológico entre a coisa apreendida e a prática do tráfico.

Por certo, ao ser observada quantia de dinheiro em espécie conjuntamente a razoável montante de drogas, há, em regra, flagrante presunção de que essa pecúnia seria proveniente ou parte das atividades criminosas, salvo se existir a comprovação em sentido contrário.

No caso concreto, no entanto, os réus não foram flagrados no ato de venda dos entorpecentes e sim no ato de transporte do material ilícito. Ainda, acrescente-se que o réu Alysson juntou aos autos documentos escritos (fls. 77-81) os quais comprovam que desde abril de 2011 vem recebendo R\$ 819,00 por mês em razão de auxílio-doença.

Dessa forma, ao analisar o conjunto desses elementos probatórios, aparenta ser crível anuir com a alegação de que os R\$ 111,40 (cento e onze reais e quarenta centavos) fazem parte de seus proventos pessoais e não tem relação com a mercancia proibida.

Nesses termos, reforma-se a sentença nesse particular para reverter a perda em favor da União dos R\$ 111,40 (cento e onze reais e quarenta centavos) pertencentes a Alysson Ramos Batista.

Dito isso, ao derradeiro, resta a análise da dosimetria das penas aplicada a cada um dos réus e os pleitos recursais a elas inerentes.

Alysson Ramos Batista.

Na primeira fase da dosimetria, houve aumento em face dos antecedentes criminais pois existem quatro condenações com trânsito em julgado (fls. 51-55). Ainda que considerada a reincidência, é assente na jurisprudência dos Tribunais Superiores e desta Corte que, caso exista mais de uma condenação com trânsito em julgado, é possível utilizar uma delas para o aumento na segunda fase e as outras para o aumento na primeira, tal como fez o Magistrado *a quo*. Exemplificativamente, cita-se o seguinte precedente:

APELAÇÃO CRIMINAL. ROUBO CIRCUNSTANCIADO PELO EMPREGO DE ARMA (CP, ART. 157, § 2.º, I). CONDENAÇÃO. APELO DEFENSIVO. DOSIMETRIA DA PENA. MAUS ANTECEDENTES E REINCIDÊNCIA COM FUNDAMENTO EM CONDENAÇÕES DISTINTAS. NÃO OCORRÊNCIA DE BIS IN IDEM. Não há falar em bis in idem quando na sentença os antecedentes e a reincidência forem considerados de formas distintas. PLEITO DE FIXAÇÃO DE HONORÁRIOS. CAUSÍDICA NOMEADA PELO JUÍZO A QUO PARA ATUAR EXCLUSIVAMENTE NO SEGUNDO GRAU DE JURISDIÇÃO. VERBA HONORÁRIA DEVIDA. QUANTUM ARBITRADO DE ACORDO COM A LEI COMPLEMENTAR ESTADUAL N. 155/97. Deve ser deferido o pedido de fixação de honorários em favor de defensora nomeada para apresentar as razões de apelação, devendo o quantum ser arbitrado de acordo com a Lei Complementar n. 155/97. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. (Apelação Criminal (Réu Preso) n. 2012.020382-3, de Joinville, rel. Des. Roberto Lucas Pacheco)

Dessa forma, fica mantida a pena-base em 5 (cinco) anos e 6 (seis) meses de reclusão e o pagamento de 550 (quinhentos e cinquenta) dias-multa.

Na segunda fase, houve majoração da pena em razão da reincidência. A quantidade de aumento, em 6 (seis) meses, não se mostra desarrazoado ou desproporcional para o caso. Pena: 6 (seis) anos e 550 (quinhentos e cinquenta) dias-multa.

Por fim, na terceira fase, estão ausentes causas de aumento ou diminuição da pena, uma vez que o pleito recursal de aplicação do Artigo 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06 não pode ser aplicado ao apelante.

A aplicação do redutor de pena na terceira fase, também chamado de tráfico privilegiado, todavia, depende da identificação de quatro requisitos cumulativos descritos no texto legal, quais sejam: a) primariedade; b) bons antecedentes; c) não se dedique às atividades criminosas; d) não integre organização criminosa.

No caso concreto, tal como previamente discorrido, o réu é reincidente, de modo que a causa de diminuição de pena não pode ser aplicada em seu benefício. Nesse sentido, a jurisprudência desta Corte:

APELAÇÃO CRIMINAL - TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES (LEI N. 11.343/2006, ART. 33) - PRELIMINAR - FLAGRANTE PREPARADO - INCORRÊNCIA - CRIME PERMANENTE - MÉRITO - MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS - OFERTA DO ENTORPECENTE MEDIANTE PROMESSA DE PAGAMENTO EM DINHEIRO - PARCIAL CONFISSÃO EM JUÍZO - TESTEMUNHA COERENTE - ELEMENTOS PROBATÓRIOS QUE DEMONSTRAM O EXERCÍCIO DA TRAFICÂNCIA - PRETENSA DESCLASSIFICAÇÃO PARA O DELITO DE CONSUMO (LEI N. 11.343/06, ART. 28) - IMPOSSIBILIDADE - DOSIMETRIA - CONSEQUÊNCIAS NEFASTAS E PÉSSIMA CONDUTA SOCIAL - INVIABILIDADE - CAUSA ESPECIAL DE REDUÇÃO DO ART. 33, § 4º DA LEI DE DROGAS - REINCIDÊNCIA VERIFICADA - PENA READEQUADA - HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS - VERBA APLICADA NA SENTENÇA QUE ENGLOBA EVENTUAL INTERPOSIÇÃO DE RECURSO - INDEFERIMENTO.

I - Não há que se falar em nulidade do flagrante, sob a alegação de ter sido preparado ou provocado, pois o crime tráfico de entorpecentes é delito permanente, gerando situação ilícita que se prolonga com o tempo, consumando-se com a mera guarda ou depósito para fins de comércio.

II - O crime de tráfico ilícito de entorpecente é de ação múltipla, contendo várias modalidades de condutas delituosas, as quais compõem uma única modalidade delitiva, de modo que a presença de apenas uma delas é suficiente para o agente incidir nas penas cominadas ao tipo descrito no art. 33 da Lei n. 11.343/2006.

Na hipótese de comprovada a oferta de estupefaciente a policial à paisana, mediante promessa de pagamento em dinheiro, configurada está a conduta tipificada no art. 33, *caput* da Lei Antidrogas, nas modalidades “guardar” e “trazer consigo”, inviabilizando, assim, a desclassificação para o delito de consumo.

III - Não se justifica a elevação da pena-base sob o pretexto de se mostrarem graves as consequências do crime de tráfico ilícito de drogas, em virtude dos efeitos nefastos causados pela sua prática, uma vez que tal peculiaridade é inerente ao tipo penal, razão pela qual o legislador adotou limites de pena em abstrato de alta monta.

Em idêntico liame, a exasperação da pena-base por má conduta social face à não comprovação de emprego lícito pelo acusado e por ser este usuário de drogas, é igualmente equivocada, haja vista que dita circunstância refere-se ao comportamento do réu na sociedade, perante os indivíduos ao seu entorno, bem como no âmbito familiar, necessitando de dados concretos para ser valorada.

IV - Em se verificando que o réu é reincidente, inviável aplicar-se a causa especial de redução do § 4º do art. 33 da Lei de Drogas, haja vista que referido dispositivo exige a cumulação de quatro requisitos, quais sejam, a primariedade, os bons antecedentes, a não dedicação à atividade delituosa e a não integração a organização criminosa (Apelação Criminal (Réu Preso) n. 2010.046625-4, de Balneário Camboriú. Rel. Desa. Salete Silva Sommariva).

Portanto, refuta-se a aplicação do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas para na hipótese.

No mesmo norte, em razão da reincidência por crime doloso, não há falar em substituição da privativa de liberdade por restritiva de direitos, face os requisitos impostos pelo art. 44 do CP, os quais, nos seus incisos I

e II, vedam a substituição da pena a réus reincidentes e a penas superiores ao limite máximo de 4 (quatro) anos de reclusão.

O mesmo fundamento, da reincidência cumulada com a quantidade de pena, pode ser utilizado para afastar qualquer discussão sobre o regime inicial de cumprimento da pena, que deve permanecer no fechado.

Dito isso, a conclusão é de que, para o apelante Alysso Ramos Batista, **a pena deve ser mantida em 6 (seis) anos de reclusão, no regime inicialmente fechado, e em 550 (quinhentos e cinquenta) dias-multa, fixados no mínimo legal.**

Maik Antônio Gonçalves

Ao fixar a pena-base, não se aplicou aumento de pena. Na segunda fase, não existem causas de aumento ou diminuição a serem sopesadas. Por fim, na terceira fase, foi aplicado o redutor do Art. 33, § 4º, da Lei Drogas, no percentual de 1/2 (um meio) da pena. O réu postula a aplicação do dispositivo em patamar máximo, ou seja, no percentual de 2/3 (dois terços) da pena cominada.

Dessa forma, ao interpretar o caso concreto, importante retomar o escopo teleológico da norma em comento, inserida no texto antidrogas como forma de melhor individualizar a pena às diferentes espécies de traficantes, permitindo ao Juiz a análise dos aspectos objetivos e subjetivos do delito e do delinquente ao justapor uma reprimenda compatível com o bem jurídico efetivamente lesado pela conduta. Os traficantes de menor potencial ofensivo, independentemente da ação nuclear típica que praticaram, devem ser abarcados pela previsão legal do § 4º do artigo 33 da lei de drogas.

Na aplicação da minorante, tendo em vista que a norma dispõe sobre diminuição da pena de 1/6 a 2/3, analisadas as peculiaridades do caso concreto, na individualização da pena há que atentar para as circunstâncias

judiciais do réu, temperadas pelo disposto no artigo 42 da lei de drogas, o qual acrescenta natureza e quantidade da substância estupefaciente como fatores preponderantes a serem considerados.

Sobre o assunto, a doutrina de Vicente Greco Filho:

Algumas possibilidades se apresentam, considerando-se o art. 42 da Lei, que manda considerar, com preponderância sobre o previsto no art. 59, a natureza ou a quantidade da substância ou do produto, a personalidade e a conduta social do agente.

Acontece que essas circunstâncias específicas não deixam de estar no art. 59 e que devemos levar em conta a jurisprudência predominante do Superior Tribunal de Justiça, já sumulada, de que a reincidência, por exemplo, não pode ser levada em conta para a fixação da pena-base acima do mínimo e, depois, provocar aumento de pena como agravante genérica (ob. cit. p. 179).

Na mesma toada, os comentários de Guilherme de Souza Nucci:

[...] o legislador não estipulou quais seriam, apenas mencionando dever o magistrado reduzir a pena de um sexto a dois terços. Cremos que, como sempre, deve o julgador pautar-se pelos elementos do art. 59 do Código Penal, com a especial atenção lançada pelo art. 42 desta Lei: 'o juiz, na fixação das penas, considerará, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da substância ou do produto, a personalidade e a conduta social do agente'. É lógico que há de existir cuidado de evitar o *bis in idem*, ou seja, levar em conta duas vezes a mesma circunstância. Como temos defendido em outros trabalhos, as causas de diminuição de pena são mais relevantes que as circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal, de caráter nitidamente residual. Portanto, se o juiz notar um fator de destaque no crime cometido pelo traficante primário, de bons antecedentes, sem ligações criminosas, como a pequena quantidade de droga, deve utilizar esse critério para operar

maior diminuição da pena (ex.: dois terços), deixando de considerá-la para a fixação da pena-base (a primeira etapa da aplicação da pena, conforme art. 68 do Código Penal). O contrário também se dá. Percebendo enorme quantidade de drogas, ainda que em poder de traficante primário, de bons antecedentes, sem outras ligações com o crime organizado, pode reservar tal circunstância para utilização na diminuição da pena (ex.: um sexto). Se assim o fizer, não se valerá da mesma circunstância por ocasião da eleição da pena-base, com fundamento no art. 59 do CP (Lei penais e processuais penais comentadas. 4. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 361 e 362).

Nesse mesmo sentido, a jurisprudência mais recente do Supremo Tribunal Federal:

Habeas Corpus. 2. Tráfico de entorpecentes. 3. Pedido de aplicação da causa especial de diminuição de pena (Lei n. 11.343/2006, art. 33, § 4º) em patamar máximo. A quantidade e a qualidade de droga apreendida são circunstâncias que devem ser sopesadas na primeira fase de individualização da pena, nos termos do art. 42 da Lei 11.343/2006, sendo impróprio invocá-las por ocasião de escolha do fator de redução previsto no § 4º do art. 33, sob pena de bis in idem. 4. Ordem parcialmente deferida para determinar que se proceda a nova individualização da pena (Habeas Corpus n. 108.513/RS. Rel. Min. Gilmar Mendes. Data: 23-8-2011).

Isso posto, ao analisar a dosimetria da pena discorrida na sentença, percebe-se que a natureza e quantidade das drogas apreendidas é sim um fator idôneo e preponderante para a não aplicação do redutor no patamar máximo. Conforme se extrai dos laudos periciais e de constatação, além dos demais elementos de prova já citados, houve apreensão de aproximadamente 200 (duzentos) gramas de cocaína justificando a diminuição em somente metade, de modo que a dosimetria da pena deve ser mantida também nessa fase.

Dessarte, pena final para o réu Maik Antônio Gonçalves de **2 (dois) anos e 6 (seis) meses de reclusão e pagamento de 250 (duzentos e cinquenta) dias-multa, fixados no mínimo legal.**

Ao derradeiro, no entanto, seu pleito de reforma da sentença deve acolhido no que toca à vedação de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

Sobre a aplicação de penas substitutivas, em julgados anteriores, esta colenda Câmara julgadora vem apreciando a (in) constitucionalidade da parte do dispositivo legal que veda a conversão da pena privativa de liberdade aplicada em restritiva de direitos para o crime de tráfico de drogas.

Sobre a questão, assim dispõe o parágrafo 4º do artigo 33 da lei n. 11.343/2006:

Art. 33 – Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regular:

[...]

§ 4º - Nos delitos definidos no caput e no § 1º deste artigo, as penas poderão ser reduzidos de um sexto a dois terços, vedada a conversão em penas restritivas de direitos, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa (grifo nosso).

Igualmente, o artigo 44 do mesmo texto normativo reafirma a disposição legal citada:

Art. 44 – Os crimes previstos nos arts. 33, caput, e § 1º, e 34 a 37 desta lei são inafiançáveis e insuscetíveis de sursis, graça, indulto, anistia

e liberdade provisória, vedada a conversão de suas penas em restritivas de direitos (grifo nosso).

Essa norma entra em rota de colisão com a Constituição Federal, no inciso XLVI do seu artigo 5º, o qual estabelece que:

XLVI - a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes:

- a) privação ou restrição da liberdade;
- b) perda de bens;
- c) multa;
- d) prestação social alternativa;
- e) suspensão ou interdição de direitos.

O tráfico de drogas, a tortura, o terrorismo e os crimes hediondos, por seu turno, são delitos que estão especialmente discriminados no art. 5º, da CF, em razão da superior reprovabilidade pela qual, tal como o racismo, a sociedade brasileira optou por classificar esses crimes. Por isso, a norma constitucional impõe ao legislador parâmetros punitivos a serem obedecidos, nos seguintes termos:

XLIII - a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem;

Dentre os fatores de agravamento da reprimenda, o constituinte optou por não discriminar a vedação à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direito. Muito pelo contrário, somente três incisos abaixo do XLIII, determinou a individualização da pena para “todos os crimes” enumerando penas que devem ser adotadas (a expressão legal é “a

lei adotará”) nessa individualização. Amoldadas as penas, evidentemente, às regras genéricas de cabimento para cada espécie, deve ficar claro que a Constituição, apesar de discriminar o tráfico de drogas como crime muito reprovável, não previu ele como exceção à garantia constitucional de individualização da pena.

Ora, não se pode olvidar o fato de que não existe no ordenamento jurídico brasileiro direito absoluto, e os preceitos fundamentais, além de interagirem com as demais regras constitucionais originárias, podem ser restringidos ou regulamentados pela lei, desde que essa não afronte a norma determinada pelo texto constitucional. Isso significa, nas palavras do ilustre Ministro Carlos Ayres Britto, que a lei não pode atingir de forma negativa o “núcleo deontico ou de intransigente proteção individual” da garantia constitucional, sob pena de incidir em inconstitucionalidade.

Aliás, do corpo do voto exarado pelo eminente Ministro extrai-se relevante lição acadêmica sobre a interpretação das leis e a individualização da pena:

Daqui se deduz que a lei comum não tem a força de subtrair do juiz sentenciante o poder-dever de impor ao delinqüente a sanção criminal que a ele, juiz, se afigurar como expressão de um concreto balanceamento ou de uma empírica ponderação (mandado de otimização, diria Ronald Dworkin) de circunstâncias objetivas com protagonizações subjetivas do fato-tipo. Implicando essa ponderação em concreto - porque não dizer? - a opção jurídico-positiva pela prevalência do razoável sobre o racional. É que a pura racionalidade se dá nos colmos olímpicos da abstração mental, sempre ávida por trabalhar com categorias tão universais quanto atemporais, que são categorias aprioristicamente válidas para toda e qualquer situação existencial. Diferentemente do juízo de razoabilidade, que toma em linha de conta o contexto ou a contingência das protagonizações humanas. Atenta à elementar consideração de que o Direito é feito para

a concreta vida dos homens em sociedade, e o fato é que a concreta vida dos homens em sociedade escapa até mesmo à mais circunstanciada ou minudente descrição legislativa. Regida que é, tal como na particularizada esfera dos fenômenos quânticos, pelos princípios da complementariedade e da incerteza - para lembrar a conhecida categorização de Heizenberg. Ou como no Século V antes de Cristo sentenciava Heráclito: “o ser das coisas é o movimento” (e as coisas ditas humanas não fogem à regra). Por isso que só o impermanente é que é permanente; somente o inconstante é que é constante, porque tudo muda incessantemente, menos a incessante mudança.

Em suma, estamos a falar de uma necessária ponderação em concreto, ditada pelo permanente esforço do juiz para conciliar segurança jurídica e justiça material. Segurança e justiça que figuram desde o preâmbulo da Magna Carta Federal entre os valores de pronto qualificados como “valores supremos de uma sociedade pluralista, fraterna e sem preconceitos”. Saltando aos olhos que é esse tipo de sociedade que se põe como base de inspiração do princípio da “dignidade da pessoa humana” (inciso III do art. 1º) e, pour cause, do advento de um sistema de direito penal humanista.

Noutro modo de falar sobre a mesma coisa, o momento sentencial da dosimetria da pena não significa senão a imperiosa tarefa individualizadora de transportar para as singularidades objetivas e subjetivas do caso concreto - a cena empírico-penal, orteguiana por definição - os comandos genéricos, impessoais e abstratos da lei. Vale dizer, nessa primeira etapa da concretude individualizadora da reprimenda (a segunda etapa concreta já se dá intramuros penitenciários), o juiz sentenciante se movimenta com ineliminável discricionadedade entre aplicar a pena de privação ou de restrição da liberdade de condenado e uma outra que já não tenha por objeto esse bem jurídico maior da liberdade física do sentenciado. Sem prejuízo, claro, da proposição de que a lei, se não pode fechar para o julgador a porta da alternatividade sancionatório-penal, pode prever a cumulação

da pena que tenha por conteúdo a liberdade com outra desprovida de tal natureza. Como, por hipótese, a pena de perda de bens e a multa, ambas perfeitamente compatíveis com o seu adicionamento à perda ou então à constrição da liberdade da pessoa natural.

O que estamos a ajuizar não é senão o seguinte: o direito penal bem pode cumular penas, inclusive a privativa e a restritiva da liberdade corporal (vide o § 4º do art. 37 da CF, emblemático em tema de cumulação de sanções), mas lhe é vedado subtrair da instância julgadora a possibilidade de se movimentar com discricionariedade nos quadrantes da alternatividade sancionatória. Uma coisa é a lei estabelecer condições mais severas para a concreta incidência da alternatividade; severidade jurisdicionalmente sindicável tão-só pelos vetores da razoabilidade e da proporcionalidade. Outra coisa, porém, é proibir ao julgador, pura e secamente, a convalidação da pena supressora da liberdade em pena restritiva de direitos. Opção que a encarecida garantia da individualização da reprimenda, exatamente por ser a antítese da desindividualização, não tolera.

Feito luva encomendada, e ante o paradigmático precedente que declarou a inconstitucionalidade da proibição da progressão de regime prisional em se tratando de crimes hediondos (HC 82.959/SE *jud. cit.*), o ministro Eros Grau vocalizou que o Congresso Nacional, a quem primeiro se dirige o princípio da individualização da pena, “não pode impor regra que impeça o julgador de individualizar, segundo sua avaliação, caso a caso, a pena do condenado que tenha praticado qualquer dos crimes relacionados como hediondos” (HC n. 97.256/RS. p. 135-137).

Majoritária a partir do julgamento na Corte Superior sobre a inconstitucionalidade da vedação à progressão de regime prisional para os crimes hediondos, essa construção doutrinária e jurisprudencial alça o princípio da individualização da pena, interpretado pelo magistrado de acordo com as particularidades do caso concreto, ao status de garantia essencial do indivi-

duo no funcionamento de todo o sistema repressivo penal. Esse princípio veda à lei, por conseguinte, abstrair para o tipo penal a não aplicação da individualização da pena por parte do magistrado sentenciante.

Com efeito, não se pode cair no equívoco de considerar que a lei não possa estabelecer critérios para a aplicação de cada uma das formas de pena descritas no art. 5º, XLVI, da CF. O art. 33 do CP regulamenta a aplicação das penas de prisão, o art. 44 do CP sua substituição por restritivas de direito e os demais artigos do Título V as aplicabilidades de cada espécie de pena de acordo com a natureza e peculiaridades do delito cometido. O relevante na disposição legal, frisa-se, é garantir a individualização da pena qualquer que seja o crime ou a gravidade da conduta, para permitir ao Juiz a análise dos aspectos objetivos e subjetivos do delito e do delinquente ao justapor uma reprimenda compatível com o bem jurídico lesado.

Pois bem, o artigo 33, § 4º, da Lei de Drogas não faz isso. Ao contrário dos acima citados, esse dispositivo legal arremessa todos que cometem o fato típico do tráfico de drogas no balaio dos infratores que necessariamente devem permanecer socialmente segregados. Todavia, é notório (para todo aquele que acompanha o cotidiano da prática forense) que os réus desse crime não pertencem a uma classe homogênea de criminosos, variando desde as atividades do pequeno tráfico que serve para alimentar o próprio vício até o tráfico internacional e de alto vulto, os quais possuem níveis de periculosidade social muito discrepantes – a própria inovação legislativa em criar o § 4º desse artigo veio a reconhecer essa realidade. Por isso, vedar de forma abstrata a substituição da pena caracteriza norma penal que, além de ferir de morte o princípio da individualização da pena, afronta os princípios constitucionais da razoabilidade e da proporcionalidade pelos quais a própria circunstância de diminuição da pena deveria se pautar.

Nesse diapasão, ao analisar de forma sistemática as regras gerais da substituição das penas privativas de liberdade, da individualização das

reprimendas e do agravamento da pena para o delito de tráfico de drogas, percebe-se uma grande contradição nesse dispositivo legal. É evidentemente desarrazoado e desproporcional estabelecer tipo penal descritivo da figura privilegiada do tráfico, diminuindo sua pena em até dois terços, e vedar o direito de substituir a pena privativa de liberdade, aplicando-a, sempre em grau máximo, no regime fechado. Ora, se o viés teleológico da norma é permitir ao réu primário que cometeu um sério equívoco possa atingir a recuperação social, não faz o menor sentido depositá-lo às chagas do encarceramento fechado com todos os estigmas que essa punição irá produzir. Afinal, o sistema penal constitucional brasileiro impõe aos operadores do direito a clara mensagem de que a prisão do infrator não é a regra, mas, sim, a exceção. A lei que estabelece tipo penal em descompasso com a razoável proporção entre gravidade do delito, lapso temporal da punição e encarceramento do apenado incide em flagrante inconstitucionalidade.

Da análise doutrinária sobre a constitucionalidade das leis, cita-se relevante trabalho de direito comparado e hermenêutica jurídica constitucional:

Qual deve ser, porém, o comportamento do intérprete perante a lei arbitrária, aquela que, conforme o diagnóstico de San Tiago Dantas em estudo pioneiro (Revista Forense, 1948, vol. 116, p. 357), “reúne formalmente todos os elementos da lei, mas fere a consciência jurídica pelo tratamento absurdo ou caprichoso” que destoa dos princípios que vise regular?

A jurisprudência da Suprema Corte norte-americana construiu, para a contenção de abusos dessa natureza, o requisito do *due process of law*, o devido processo legal, como essência da legalidade dos comandos da autoridade.

Aplicado, originariamente, como garantia processual, o conceito se ampliou para alcançar, pelo chamado *substantive due process*, o remédio contra as restrições de direitos e liberdades na via administrativa e legislativa.

Foi, sobretudo, na avaliação da legitimidade da intervenção do poder público no domínio econômico e social, que se aplicou o teste de racionalidade (rationality test) e, a seguir, o padrão de razoabilidade (reasonableness standard) como aferição da legalidade da legislação.

Assim, por exemplo, em decisão de 1985, a Suprema Corte declarou inconstitucional lei estadual que isentava de imposto a compra de automóveis por residentes em Vermont e taxava igual ato do comércio praticado por não-residentes. Em várias outras decisões equivalentes, a Corte Suprema, conforme esclarecem Rotunda, Nowak e Young, consagrou o entendimento de que “uma lei que nega benefícios a novos residentes meramente para dar preferência aos antigos residentes não sobreviverá ao teste de racionalidade porque o desejo de discriminar não é um interesse legítimo e, portanto, esta lei não terá uma relação racional com um legítimo e, portanto, esta lei não terá uma relação racional com um legítimo objetivo governamental” (Treatise on Constitutional Law – Substance and Procedure, vol. 2. p. 67).

Em sentido equivalente, o direito alemão adotou o princípio da proporcionalidade, ou o princípio da proibição de excesso, conferindo-lhe a natureza de norma constitucional não escrita, que permite ao intérprete aferir a compatibilidade entre meios e fins, de modo a evitar restrições desnecessárias ou abusivas contra os direitos fundamentais.

A utilização de tais princípios leva, no direito alemão, ao exame da adequação da providência legislativa (Gilmar Ferreira Mendes, *Controle da constitucionalidade – Aspectos jurídicos e políticos*, p. 43).

[...]

A Constituição de 1988 deu ênfase aos princípios éticos que lastreiam sua estrutura.

Destaca entre seus valores essenciais a dignidade da pessoa humana e coloca entre os objetivos fundamentais da República a construção de uma sociedade livre, justa e solidária (art. 1º, n. III e art. 3º, nº I).

E incorpora ao quadro constitucional o princípio do devido processo legal como elementar à garantia da liberdade e do patrimônio (art. 5º, nº LIV).

No curso de sua elaboração, o rol dos princípios reguladores da atividade da administração pública contemplava, a par daqueles que permaneceram no atual art. 37, o requisito de razoabilidade dos atos administrativos.

Suprimida na redação final do preceito, a razoabilidade reaparece, contudo, em constituições estaduais, como as do Estado de São Paulo (art. 111), do Estado de Minas Gerais (art. 13) e do Estado de Sergipe (art. 25).

A rigor, o princípio da razoabilidade filia-se à regra da observância da finalidade da lei que, a seu turno, emana do princípio da legalidade.

A noção de legalidade pressupõe a harmonia perfeita entre os meios e os fins, a comunhão entre o objeto e o resultado do ato jurídico.

A vontade do legislador, como autoridade administrativa, deve buscar a melhor solução e a menos onerosa para os direitos e liberdades, que compõem a cidadania.

A atribuição ao Judiciário do controle das leis mediante o juízo de valor da proporcionalidade e da razoabilidade da norma legal não pretende substituir a vontade da lei pela vontade do juiz. Antes, a este cabe pesquisar a fidelidade do ato legislativo aos objetivos essenciais da ordem jurídica, na busca da estabilidade entre o poder e a liberdade (TÁCITO, Caio. A razoabilidade das leis. *in* Revista Forense, vol. 335. p. 4-7).

Transpondo o discorrido acima para o caso concreto, percebe-se que não há outro caminho a seguir senão no sentido da jurisprudência hoje

remansosa do Supremo Tribunal Federal, a qual entende pela inconstitucionalidade do dispositivo legal que veda a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direito para a figura do traficante de drogas descrito no § 4º do artigo 33 da lei, face à infração das mais comezinhas garantias constitucionais do apenado, como ilustram os seguintes precedentes:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES . SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS . JULGAMENTO DA QUESTÃO PELO PLENÁRIO. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA . 1. A questão de direito tratada neste writ diz respeito à possibilidade de conversão da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos nas hipóteses relacionadas aos crimes de tráfico ilícito de substâncias entorpecentes previstos na Lei 11.343/2006. 2. Em 1º de setembro de 2010, o Plenário desta Suprema Corte, ao julgar o HC 97.256/RS, rel. Min. Ayres Britto, declarou, por maioria, a inconstitucionalidade incidental da parte final do art. 44 da Lei 11.343/2006, bem como da expressão “vedada a conversão em penas restritivas de direitos”, prevista no § 4º do art. 33 do mesmo diploma legal. 3. O mencionado óbice legal, que impedia a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos nos crimes de tráfico de entorpecentes, foi removido para determinar que o Juízo de origem competente proceda, no caso concreto, à avaliação das condições objetivas e subjetivas do art. 44 do Código Penal. 4. Por ocasião do julgamento, posicionei-me contrariamente à tese vencedora. 5. Entretanto, não tendo prevalecido meu posicionamento, curvo-me ao entendimento da maioria, que, ao julgar o HC 97.256/RS, declarou incidentalmente a inconstitucionalidade da vedação legal que impedia a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos nos crimes de tráficos de entorpecentes (§ 4º do art. 33 e parte final do art. 44, ambos da Lei 11.343/06). 6. Ordem parcialmente concedida para, removendo o óbice previsto no Art. 4º do art. 33 e na parte final do art. 44, ambos da Lei 11.343/06, determinar que

o Juízo de origem competente aprecie a substituição da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos, nos termos do art. 44 do Código Penal (HC n. 106.200/ES. Rel. Mina. Ellen Gracie. Julgamento: 31-5-2011).

E o julgamento paradigmático da relatoria do ilustre Ministro Ayres Britto:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. ART. 44 DA LEI 11.343/2006: IMPOSSIBILIDADE DE CONVERSÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE EM PENA RESTRITIVA DE DIREITOS. DECLARAÇÃO INCIDENTAL DE INCONSTITUCIONALIDADE. OFENSA À GARANTIA CONSTITUCIONAL DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA (INCISO XLVI DO ART. 5º DA CF/88). ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA. 1. O processo de individualização da pena é um caminhar no rumo da personalização da resposta punitiva do Estado, desenvolvendo-se em três momentos individualizados e complementares: o legislativo, o judicial e o executivo. Logo, a lei comum não tem a força de subtrair do juiz sentenciante o poder-dever de impor ao delinqüente a sanção criminal que a ele, juiz, afigurar-se como expressão de um concreto balanceamento ou de uma empírica ponderação de circunstâncias objetivas com protagonizações subjetivas do fato-tipo. Implicando essa ponderação em concreto a opção jurídico-positiva pela prevalência do razoável sobre o racional; ditada pelo permanente esforço do julgador para conciliar segurança jurídica e justiça material. 2. No momento sentencial da dosimetria da pena, o juiz sentenciante se movimenta com ineliminável discricionariedade entre aplicar a pena de privação ou de restrição da liberdade do condenado e uma outra que já não tenha por objeto esse bem jurídico maior da liberdade física do sentenciado. Pelo que é vedado subtrair da instância julgadora a possibilidade de se movimentar com certa discricionariedade nos quadrantes da alternatividade sancionatória. 3. As penas restritivas de direitos são, em essência, uma alternativa aos efeitos certamente traumáticos, estigmatizantes e onerosos do cárcere. Não é à toa

que todas elas são comumente chamadas de penas alternativas, pois essa é mesmo a sua natureza: constituir-se num substitutivo ao encarceramento e suas seqüelas. E o fato é que a pena privativa de liberdade corporal não é a única a cumprir a função retributivo-ressocializadora ou restritivo-preventiva da sanção penal. As demais penas também são vocacionadas para esse geminado papel da retribuição-prevenção-ressocialização, e ninguém melhor do que o juiz natural da causa para saber, no caso concreto, qual o tipo alternativo de reprimenda é suficiente para castigar e, ao mesmo tempo, recuperar socialmente o apenado, prevenindo comportamentos do gênero.

4. No plano dos tratados e convenções internacionais, aprovados e promulgados pelo Estado brasileiro, é conferido tratamento diferenciado ao tráfico ilícito de entorpecentes que se caracterize pelo seu menor potencial ofensivo. Tratamento diferenciado, esse, para possibilitar alternativas ao encarceramento. É o caso da Convenção Contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e de Substâncias Psicotrópicas, incorporada ao direito interno pelo Decreto 154, de 26 de junho de 1991. Norma supralegal de hierarquia intermediária, portanto, que autoriza cada Estado soberano a adotar norma comum interna que viabilize a aplicação da pena substitutiva (a restritiva de direitos) no aludido crime de tráfico ilícito de entorpecentes.

5. Ordem parcialmente concedida tão-somente para remover o óbice da parte final do art. 44 da Lei 11.343/2006, assim como da expressão análoga vedada a conversão em penas restritivas de direitos, constante do § 4º do art. 33 do mesmo diploma legal. Declaração incidental de inconstitucionalidade, com efeito ex nunc, da proibição de substituição da pena privativa de liberdade pela pena restritiva de direitos; determinando-se ao Juízo da execução penal que faça a avaliação das condições objetivas e subjetivas da convação em causa, na concreta situação do paciente (HC n. 97.256/RS. Rel. Min. Ayres Britto. Julgamento: 01-9-2010. Órgão Julgador: Tribunal Pleno).

Portanto, analisado o § 4º do artigo 33 da Lei n. 11.343/2006 na dosimetria da pena (consequentemente, a reprodução do mesmo regramento pelo artigo 44 da lei de drogas), entende-se pela inconstitucionalidade da parte do dispositivo legal que veda a substituição da pena, impondo-se, com isso, a possibilidade de análise da substitutividade das penas privativas de liberdade por restritivas de direitos a apenados em razão do crime de tráfico de drogas.

Derradeiramente, acrescenta-se à fundamentação discorrida a novíssima Resolução n. 5/2012 do Senado Federal que suprimiu do texto legal, no artigo 33, § 4º, da Lei de Drogas, a expressão “vedada a conversão em penas restritivas de direitos”.

Com isso, no caso concreto, ao analisar os requisitos impostos pelo Art. 44 do CP, percebe-se que o réu Maik Antônio Gonçalves é primário, não possui circunstâncias judiciais valoradas em seu desfavor e a pena final firmada na sentença foi de 2 (dois) anos e 6 (seis) meses. Ainda, constata-se que não existem provas nos autos que indiquem se tratar de pessoa dedicada à atividade criminosa, tampouco integrante de organização criminosa. Logo, tendo cumprido os requisitos legais, não há falar em encarceramento obrigatório como meio necessário para impingir reprovação ou prevenção suficiente à gravidade do crime, pois é direito do apenado fazer jus ao benefício que lhe é previsto pela lei penal.

Portanto, não há óbice à substituição da pena privativa de liberdade, a qual deve ser convertida em duas restritivas de direitos, consistentes em 1 (uma) prestação pecuniária, no valor de um salário mínimo vigente, e 1 (uma) prestação de serviço à comunidade, proporcional ao tempo de condenação, ambas a serem devidamente delineadas pelo juízo da execução.

Derradeiramente, sobre a dosimetria da pena aplicada na sentença, é possível a alteração de ofício do regime inicial de cumprimento, na esteira do recente entendimento construído no Supremo Tribunal Federal.

Quanto ao regime de resgate, é certo que o sistema normativo que envolve o delito de tráfico determina que se mantenha o regime inicialmente fechado.

Essa conclusão advém da análise do inciso XLIII do artigo 5º da Constituição Federal, cuja sistemática equiparou o tráfico de drogas, a tortura e o terrorismo aos crimes hediondos, previstos em lei como aqueles mais graves dentro do ordenamento jurídico brasileiro. Na lei de regência desses crimes, o legislador determinou expressamente a obrigatoriedade no cumprimento das penas no regime inicialmente fechado, conforme se depreende da Lei n. 8.072/90, nos seguintes termos:

Art. 2º - Os crimes hediondos, a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e o terrorismo são insuscetíveis de:

I - anistia, graça e indulto;

II - fiança.

§ 1º - A pena por crime previsto neste artigo será cumprida inicialmente em regime fechado.

A jurisprudência uníssona desta Corte, quanto à aplicabilidade desse dispositivo ao tráfico de drogas, não impõe óbice:

APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS (ART. 33, CAPUT, DA LEI 11.343/06). SENTENÇA CONDENATÓRIA. RECURSO DA DEFESA. ALEGAÇÃO DE NULIDADE NA APREENSÃO DAS DROGAS POR AUSÊNCIA DE MANDADO JUDICIAL. DESNECESSIDADE DA ORDEM POR SE TRATAR DE CRIME PERMANENTE. PRELIMINAR RECHAÇADA. MÉRITO. PEDIDOS DE ABSOLVIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. MATERIALIDADE E AUTÓRIAS DEVIDAMENTE COMPROVADAS. DEPOIMENTOS POLICIAIS E DE TESTEMUNHA ATESTANDO A PRÁTICA CRIMINOSA. NEGATIVAS DE AUTORIA ISOLADAS NO CONJUNTO PROBATÓRIO. CONDENAÇÕES MANTIDAS. REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DA PENA FIXADO NO FECHADO. PRETENDIDA ALTERAÇÃO PARA ABERTO OU SEMIABERTO. IMPOSSIBILIDADE. DELITO

EQUIPARADO A CRIME HEDIONDO, AINDA QUE RECONHECIDA A CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DA PENA. OBSERVÂNCIA DO ART. 2º, § 1º, DA LEI N. 8.072/1990.

RECURSOS IMPROVIDOS (Apelação Criminal (Réu Preso) n. 2010.077562-7, de Palhoça. Rel. Des. Newton Varela Júnior).

Dessarte, porquanto o delito de tráfico de drogas é equiparado à hediondo, o regime inicial de cumprimento da pena é o fechado, dada a expressa previsão legal.

Todavia, em recente julgamento (iniciado em 14 de junho de 2012 e finalizado em 27 de junho de 2012), o Supremo Tribunal Federal, ao apreciar o HC n. 111.840/ES, tendo como relator o Min. Dias Toffoli entendeu, por maioria de votos (8 a 3), em declarar *incidenter tantum*, a inconstitucionalidade do § 1º, do art. 2º da Lei 8.072/90, em face de seu conflito com o princípio constitucional da individualização da pena (disponível <stf.jus.br> Informativo STF n. 670 e consulta processual no STF, acessos em 02 de julho de 2012).

Apesar de ainda não publicado o acórdão respectivo, pelos dados constantes do informativo do STF referenciado, é possível observar a discussão levada a efeito na oportunidade, restando clara a nova posição majoritária, que traz consequências aos processos em que venha a reconhecer a prática da narcotraficância.

Seguindo a linha de orientação de referido julgamento, e considerando que as circunstâncias judiciais do art. 59 do CP não foram analisadas negativamente a ponto de autorizar o acréscimo à pena-base, assim como não se reconheceram circunstâncias legais agravantes, tanto é que restou beneficiado com o redutor do § 4º, do art. 33 da Lei de Tóxicos, e verá adiante, substituída a pena privativa de liberdade irrogada, imperativa a fixação do regime aberto para o resgate da reprimenda.

Modifica-se a sentença, nesse particular, de ofício.

Marcos Aurélio de Oliveira

Na fixação da pena-base não foram identificadas circunstâncias judiciais negativas. Já na segunda fase da dosimetria da pena, existe a confissão do réu como atenuante de pena, com pleito do apelante para que reduza a pena para além do mínimo legal. O pleito, todavia, não tem como ser provido com escopo no verbete sumular de n. 231 do Superior Tribunal de Justiça, que assim dispõe:

Súmula n. 231 do STJ – A incidência da circunstância atenuante não pode conduzir a redução da pena abaixo do mínimo legal.

Mantida a pena aplicada, observa-se que na terceira fase o magistrado sentenciante aplicou a causa de especial diminuição de pena do Artigo 33, § 4º, da Lei de Drogas na quantidade de 1/2 (um meio) ao réu o qual também está postulando a aplicação do redutor em grau máximo.

Nesse particular, tendo em vista a identificação das mesmas circunstâncias objetivas e subjetivas já analisadas na dosimetria da pena do réu Maik Antônio Gonçalves, de modo a evitar tautologia, faz-se remissão aqueles fundamentos para manter a pena-final aplicada na sentença, tão somente modificando-a no que toca à possibilidade de substituição da privação de liberdade por duas restritivas de direitos.

Por conseguinte, permanece a pena final para o **réu Marco Aurélio de Oliveira de 2 (dois) anos e 6 (seis) meses de reclusão e o pagamento de 250 (duzentos e cinquenta) dias-multa, fixados no mínimo legal.**

A pena privativa de liberdade, no entanto, fica substituída por duas restritivas de direitos, consistentes em 1 (uma) prestação pecuniária, no valor de um salário mínimo vigente, e 1 (uma) prestação de serviço à comunidade, proporcional ao tempo de condenação, ambas a serem devidamente delineadas pelo juízo da execução.

Em conclusão, ante o acima exposto, observa-se que o recurso de todos os réus foi parcialmente provido. Alysson Ramos Batista obteve êxito no pedido de reforma do perdimento de bens em favor da União, devendo ser-lhe restituído do valor de R\$ 111,40 (cento e onze reais e quarenta centavos), em espécie. Já Maik Antônio Gonçalves e Marcos Aurélio de Oliveira foram bem sucedidos no pleito de alteração da sentença para substituir a pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos.

Por fim, na esteira do que foi concedido ao réu Maik e conforme a fundamentação exposta acima, o regime inicial de cumprimento da pena deve ser alterado, de ofício, do fechado para o aberto, com sua subsequente substituição na forma estabelecida acima.

Apelação Criminal n. 2011.038181-8, de Orleans

Relator: Des. Substituto Carlos Alberto Civinski

PROCESSUAL PENAL E PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL (CPP, ART. 593, I). ABSOLVIÇÃO SUMÁRIA POR ATIPICIDADE DA CONDUTA (CPP, ART. 397, III). IMPUTAÇÃO CRIME DE FURTO PRIVILEGIADO (ART. 155, § 2º). *ERROR IN PROCEDENDO*. IMPOSSIBILIDADE DE ABSOLVIÇÃO SUMÁRIA SEM PRÉVIA MANIFESTAÇÃO DO RÉU. AFRONTA À ORDEM CONSTITUCIONAL. ARTIGOS 397 E 396-A DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL NÃO PADECEM DE INCONSTITUCIONALIDADE. ATIPICIDADE DA CONDUTA AFASTADA. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. DISTINÇÃO ENTRE VALOR ÍNFIMO E INSIGNIFICANTE. IMPOSSIBILIDADE DE ADOÇÃO DE CRITÉRIO OBJETIVO BASEADO TÃO-SOMENTE NO VALOR DA COISA FURTADA. SENTENÇA REFORMADA.

- A evolução histórica dos direitos humanos resultou na absoluta impropriedade de imputar a alguém a prática de uma infração penal sem a existência de um processo, no qual seja assegurado o devido processo legal.

- A prolação de sentença, tanto condenatória como absolutória, sem a prévia formação do contraditório, não encontra respaldo na Constituição Federal, nem na legislação infraconstitucional.

- A previsão legal contida no art. 397 e art. 396-A, ambos do Código de Processo Penal, que impõe a formação de contraditório e assegura a ampla defesa antes da prolação de sentença não padece de inconstitucionalidade, carecendo ao magistrado de primeiro grau de discricionariedade de encerrar antecipadamente feito com sentença de mérito.

- Não cabe absolver sumariamente acusado da prática de furto privilegiado sob fundamento de atipicidade material, baseando-se

tão-somente em critérios objetivos relacionados ao valor do bem furtado, pois distingue-se valor ínfimo de valor insignificante. Precedentes do STJ.

- Parecer da PGJ pelo conhecimento e provimento do recurso.
- Recurso conhecido e provido.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n. 2011.038181-8, da comarca de Orleans (1ª Vara), em que é apelante Ministério Público do Estado de Santa Catarina, e apelado Edson Carlos:

A Quarta Câmara Criminal decidiu, por maioria de votos, conhecer do recurso e dar-lhe provimento para anular a sentença absolutória e, por conseguinte, determinar a oitiva do acusado para que se manifeste inclusive sobre a proposta de suspensão condicional do processo. Vencido do Exmo. Des. Jorge Schaefer Martins, que negava provimento ao recurso. Custas legais.

Participaram do julgamento, realizado nesta data, os Exmos. Srs. Des. Jorge Schaefer Martins, presidente, e Des. José Everaldo Silva.

Florianópolis, 1º de março de 2012.

Carlos Alberto Civinski
RELATOR

RELATÓRIO

Denúncia:

Ministério Público ofereceu denúncia em face de Edson Carlos em razão dos seguintes fatos:

Em 14 de junho de 2008, por volta das 09h30min, na Rodovia SC-446, Bairro Samuel Sandrini, município de Orleans-SC, mais precisamente no pátio do Posto de Combustíveis Samuel Sandrini, o denunciado Edson Carlos, movido pela intenção de assenhorar-se ilicitamente de bens alheios, subtraiu para si 01 (um) capacete de cor preta, marca HGF, tamanho 60, de propriedade da vítima Fabio Silvestre Mazzucco, aproveitando-se, para tanto, que a vítima estava distraída a lavar sua motocicleta e havia deixado seu capacete pendurado em um gancho próximo da lavação.

Após se apoderar da *res furtiva*, o denunciado pegou carona com Elton Martins, o qual não tinha conhecimento do delito, e se evadiu do local. Contudo, após perceber o furto de seu capacete, a vítima lembrou-se de que havia visto o denunciado momentos antes nas imediações do local, e sabia que o mesmo residia no Bairro Cohab, razão pela qual acionou a Polícia Militar. Ao chegar a residência da vítima, a Força Pública localizou e apreendeu o capacete da vítima, que estava no guidon da motocicleta utilizada pelo denunciado para se evadir do local do crime, consoante Auto de Exibição e Apreensão de fl. 08. O capacete subtraído foi avaliado em R\$ 55,00 (cinquenta e cinco reais), conforme Auto de Avaliação de fl. 17.

Postulou-se a condenação do acusado pela prática do crime descrito no art. 155, § 2º do Código Penal.

Sentença: absolveu sumariamente o acusado com base no art. 397, III do Código de Processo Penal por aplicar o princípio da insignificância (fls. 34-38).

Recurso de apelação do Ministério Público:

O Ministério Público apresentou recurso de apelação criminal às fls. 40-50, no qual sustentou, em síntese, que:

a) a sentença é nula, por erro de procedimento haja vista a prolação de sentença de absolvição sumária sem a prévia citação do acusado, o que impediu a formação do contraditório;

b) impossibilidade de aplicação do princípio da insignificância, porque o bem furtado constitui instrumento fundamental para locomoção e trabalho da vítima.

Requeru o acolhimento da questão preliminar para declarar nula a sentença e, sucessivamente, a sua reforma, o que impõe a citação do réu para apresentação de resposta à acusação.

Contrarrazões:

O recorrido apresentou contrarrazões às fls. 72-77, na qual sustentou que:

- a) o fato imputado deve ser considerado atípico;
- b) a nova capitulação processual penal permite que o magistrado forme sua convicção sem que haja produção probatória subsequente ao oferecimento da defesa preliminar.

Pugnou pelo conhecimento e desprovimento do recurso.

Parecer da PGJ: Lavrou parecer pela douta Procuradoria-Geral de Justiça a Exma. Sra. Dra. Procuradora de Justiça Heloísa Crescenti Abdalla Freire, que opinou pelo conhecimento e provimento do recurso (fls. 81-83).

Este é o relatório.

VOTO

Discute-se no presente recurso dois aspectos, a saber: i) a existência de erro de procedimento em se absolver sumariamente acusado da prática de furto privilegiado sem que tenha sido previamente citado; ii) o reconhecimento da atipicidade material pela prática de furto privilegiado.

A questão preliminar de nulidade deve ser afastada.

A pretensão do Ministério Público é reconhecer a nulidade da sentença que absolveu sumariamente o acusado porque o magistrado não teria dado oportunidade para oferecimento de manifestação antes do recebimento da denúncia.

Num primeiro momento, pode-se pensar que a inobservância do art. 396-A do Código de Processo Penal ao impor a formação do contraditório antes da prolação de absolvição sumária não implica prejuízo ao acusado, nem tampouco para a acusação, uma vez que as informações trazidas por aquele dificilmente seriam favoráveis à pretensão punitiva deduzida pelo titular da ação penal.

Independentemente da concepção ideológica a ser adotada, o fato é que as normas processuais devem ser aplicadas de forma a instrumentalizar os direitos constitucionais do indivíduo, pois o processo penal é a forma que o jurisdicionado tem de se defender da imputação feita pelo Estado, bem como o caminho a ser observado pelo órgão acusador para que atinja a pretensão punitiva.

Trata-se de uma via de mão dupla, na medida em que no Estado Democrático de Direito é inconcebível a condenação de qualquer indivíduo, sem que tenha ciência acerca da existência do processo. Quanto a esse aspecto, não paira qualquer controvérsia.

Mas, no caso em apreço, a questão posta é justamente oposta, pergunta-se se é possível absolver sumariamente alguém que não tenha sido previamente citado.

Sem embargo das opiniões doutrinárias, o primeiro norte do magistrado deverá ser o direito positivo.

A resposta portanto deve ser extraída do texto constitucional e das demais normas infraconstitucionais.

A Constituição Federal não disciplina especificamente a questão, limitando-se a contemplar o princípio do devido processo legal e seus respectivos corolários no art. 5º, LIV e LV, vejamos:

LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;

LV - 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;

Na omissão constitucional, poder-se-ia sustentar que seria lícito ao juiz absolver o réu sumariamente sem sua cientificação do processo, pois não lhe seria subtraída a liberdade ou seus bens.

Antigamente, admitia-se a imposição de sanções independentemente da existência de um processo, no qual a pessoa fosse cientificada dos termos da imputação. Era a fase em que as sanções decorriam da verdade sabida.

No atual estágio civilizatório, todavia, toda pretensão punitiva deve ser deduzida em um determinado procedimento que instrumentalize o direito do cidadão tomar ciência da imputação e deduzir toda matéria de defesa.

O postulado do devido processo legal só ganha normatividade jurídica e impõe observância irrestrita a partir do surgimento do processo.

É cediço que não há processo sem que o réu seja cientificado de sua existência, não se trata de mero formalismo, mas, sim, a essência e o ponto culminante da evolução humana em matéria de respeito aos direitos individuais.

Hoje, não se concebe qualquer decisão estatal, tanto favorável como contrária, que influencie na vida do cidadão sem que haja qualquer conhecimento a respeito do procedimento existente contra si.

Ninguém é punido se não existir processo, logo, como a existência do processo depende da ciência (não estamos falando da citação) do acusado, não poderá o juiz resolver definitivamente o mérito de uma demanda sem que haja a realização do ato processual. Essa é a regra, pois um processo não deixa de ter curso regular se, apesar de ausente a citação, o réu comparece, toma ciência das imputações e deduz sua defesa.

Pode-se extrair do art. 5º, LIV e LV da Constituição Federal, dentre outras, as seguintes normas:

a) a Constituição Federal não cria nenhuma possibilidade de se discutir a responsabilidade civil, administrativa ou penal de um cidadão sem que exista um processo. Logo, nosso ordenamento banuiu a verdade sabida;

b) a existência formal de processo não é suficiente para efetivar uma imposição que atente contra a liberdade ou patrimônio do cidadão, pois deve-se assegurar o contraditório e a ampla defesa seja ao litigante, seja ao acusado.

Com isso, observamos que a Constituição Federal por si só não autoriza o julgamento, nem a favor nem contrário ao cidadão, se não houver tido prévia ciência da imputação.

O Código de Processo Penal não continha nenhuma previsão expressa no sentido de autorizar que o magistrado proferisse sentença de absolvição sumária em processo cujo rito fosse ordinário.

A matéria foi assim disciplinada:

Art. 395. A denúncia ou queixa será rejeitada quando:

I - for manifestamente inepta;

II - faltar pressuposto processual ou condição para o exercício da ação penal; ou

III - faltar justa causa para o exercício da ação penal.

Art. 396. Nos procedimentos ordinário e sumário, oferecida a denúncia ou queixa, o juiz, se não a rejeitar liminarmente, recebê-la-á e ordenará a citação do acusado para responder à acusação, por escrito, no prazo de 10 (dez) dias.

Parágrafo único. No caso de citação por edital, o prazo para a defesa começará a fluir a partir do comparecimento pessoal do acusado ou do defensor constituído.

Art. 396-A. Na resposta, o acusado poderá argüir preliminares e alegar tudo o que interesse à sua defesa, oferecer documentos e justificações, especificar as provas pretendidas e arrolar testemunhas, qualificando-as e requerendo sua intimação, quando necessário.

§ 1º A exceção será processada em apartado, nos termos dos arts. 95 a 112 deste Código.

§ 2º Não apresentada a resposta no prazo legal, ou se o acusado, citado, não constituir defensor, o juiz nomeará defensor para oferecê-la, concedendo-lhe vista dos autos por 10 (dez) dias.

Art. 397. Após o cumprimento do disposto no art. 396-A, e parágrafos, deste Código, o juiz deverá absolver sumariamente o acusado quando verificar:

- I - a existência manifesta de causa excludente da ilicitude do fato; .
- II - a existência manifesta de causa excludente da culpabilidade do agente, salvo inimizabilidade;
- III - que o fato narrado evidentemente não constitui crime; ou
- IV - extinta a punibilidade do agente.

Examinando o processo legislativo, observa-se que após inúmeras contribuições formuladas pelo próprio STF, em comissão presidida pela Min.^a Ellen Gracie, AMB, com a participação do Des. Rodrigo Collaço e do presidente da AJUFE, Dr. Walter Nunes da Silva Júnior, a relatora do PLC 36/2007, na Comissão de Constituição e Justiça do Senado Federal, Sen.^a Ideli Salvati, sistematizou a matéria de modo que a lei prevesse primeiro a possibilidade de rejeição da denúncia sem que houvesse qualquer

manifestação do acusado, o que resultou na redação do art. 395 do Código de Processo Penal.

Posteriormente, então se normatizou a hipótese de absolvição sumária cabível apenas após se assegurar a possibilidade de defesa do réu.

Vejamos o conteúdo do parecer 1001, de 2007:

Pontualmente, no art. 395, que trata da oportunidade da resposta pelo acusado, entendemos que seria mais adequado transferir o disposto no art. 396, que cuida das hipóteses que autorizam, desde logo, a rejeição da denúncia ou queixa, para momento anterior à defesa do réu. Assim, invertemos os arts. 395 e 396 para prever, em primeiro lugar, as hipóteses de rejeição da peça acusatória inicial, e em seguida a oportunidade de defesa.

Vê-se que a sistematização do Capítulo I do Título I do Livro II do Código de Processo Penal não foi feita sem reflexão ou critério científico.

O objetivo do novo regramento, conforme o parecer 1001/2007, era o de adequar a legislação processual penal ao postulado do devido processo legal, instrumentalizando o exercício da garantia constitucional da ampla defesa, vejamos:

Os arts. 395 a 399 trazem inovação de grande importância. Estabelece-se a resposta do acusado antes do exame da admissibilidade da denúncia, em atendimento ao princípio constitucional da ampla defesa, com procedimento semelhante ao já previsto para os crimes de responsabilidade dos funcionários públicos, podendo o juiz absolver sumariamente o acusado. Essa inovação força o Estado a realizar uma análise de admissibilidade prévia, o que demandará mais eficiência nos procedimentos investigatórios da polícia e do Ministério Público. A proposta otimiza o processo penal e certamente contribuirá para acelerar os trabalhos judiciais.

Comumente, afirma-se que a intenção do legislador não deve condicionar o órgão julgador, em razão da independência entre os poderes, haja vista a desnecessidade de termos na República juízes que se limitem a reproduzir a “boca da lei”.

Tal premissa é indiscutivelmente acertada tendo em conta inclusive o papel constitucional da Magistratura na Administração Pública.

Ocorre que a subsunção do fato à norma é uma premissa inafastável, de sorte que o magistrado deverá aplicar as disposições legais sempre que elas não se revestirem de inconstitucionalidade.

Pelo exposto, não resta dúvida que a Constituição Federal não autoriza julgamento de um cidadão sem a existência de um processo e que a legislação processual impõe a cientificação do acusado para lhe assegurar o contraditório e a ampla defesa antes que seja proferida uma decisão judicial.

Cabe perguntar: há alguma eiva de inconstitucionalidade na expressão “Após o cumprimento do disposto no art. 396-A, e parágrafos, deste Código” contida no art. 397, do Código de Processo Penal?

A resposta é desenganadamente negativa.

O magistrado de primeiro grau fundamentou que:

Claro que o dispositivo legal faz referência ao cumprimento do art. 396-A, da mesma Lei. No entanto, nem pode negar que, em podendo o Juiz absolver sumariamente o acusado após a sua manifestação sobre a acusação formulada, poderá fazê-lo por igual até mesmo antes de tal manifestação, desde que, de plano, verifique a ausência de qualquer dos elementos que compõem a definição jurídica do crime objeto da acusação. Se pode o mais, pode o menos, até porque nenhum prejuízo resultará à defesa, maior interessada no disposto no art. 396-A do CPP (fl. 38).

O direito positivo autoriza atualmente o magistrado ou a rejeitar de plano a denúncia ou absolver sumariamente o acusado. Naquele, não se exige formação de contraditório, diferentemente do que ocorre neste.

O processo fisicamente existirá tanto numa hipótese como na outra, mas a evolução histórica dos direitos humanos redundou na total impossibilidade de existir processo sem que o acusado da prática de um crime

tenha ciência de sua existência antes da prolação de sentença ainda que esta lhe seja favorável.

A celeridade na resolução da demanda não pode se sobrepor a um pressuposto constitucional para imposição de qualquer sanção.

Uma visão pragmática pode apregoar que estamos advogando certo formalismo que só virá em prejuízo do acusado, uma vez que não haverá qualquer consequência com a não manifestação dele antes da prolação da sentença absolutória.

Tal premissa estará equivocada por inúmeros motivos.

A uma, porque não se pode tratar uma conquista histórica da humanidade como mero formalismo, ou seja, exigir que a parte tenha ciência que o Estado lhe imputa a prática de crime é um direito humano fundamental do cidadão.

A duas, porque a extinção prematura do feito poderá ser objeto de revisão em outra instância, que, em entendendo de forma distinta, não estará em condição de receber desde logo a denúncia como preconiza o verbete 709 do Supremo Tribunal Federal. Como o juiz, para proferir a sentença, deve logicamente ter recebido a denúncia, deveremos, com a reforma daquela, retroceder a qual etapa processual?

Se entendermos que, apesar da sentença, a denúncia não foi recebida, deveremos determinar a citação do réu para que então se manifeste sobre o seu recebimento. Isso resultaria num prejuízo flagrante a ordem processual e inclusive razoável duração do processo. Do contrário, teremos suprimido o direito do acusado se manifestar antes do recebimento da denúncia.

A três, justamente pela existência de duplo grau de jurisdição em matéria penal, mercê da previsão contida na Convenção Interamericana de Direitos Humanos, a revisão do pronunciamento judicial em desfavor do réu poderá não resultar em efeito prático, pois a pretensão punitiva estatal

poderá ser acobertada pela prescrição. Destaco que se faz mister delinear os efeitos jurídicos decorrentes da Lei 12.234/2010.

Dessa forma, observa-se que não há a alegada discricionariedade do magistrado com os efeitos práticos dela sustentados na sentença impugnada, porquanto a existência de processo na concepção material e não meramente formal exige que qualquer sentença seja proferida apenas quando o réu, titular de direitos humanos fundamentais e não mais objeto de investigação, tenha ciência da imputação.

Por essas razões, há que se destacar o extremo zelo e sensibilidade do diligente representante do Ministério Público, Dr. Samuel Dal-Farra Napolini, que, apesar da sentença muito bem fundamentada pelo não menos zeloso magistrado, trouxe à apreciação da Corte tema de extrema relevância na nossa ordem constitucional.

Apesar da providência adotada pelo magistrado de Primeiro Grau aparentemente ser benéfica ao acusado, ao se reconhecer a inocência; na verdade, redundaria na supressão de um direito humano fundamental, que é a existência do próprio processo que precede qualquer juízo acerca da culpa.

Da atipicidade da conduta

Apesar da nulidade invocada constituir prejudicial, por se tratar de questão prejudicial ao mérito, impõe-se observar também o fundamento adotado pelo magistrado *a quo* referente à absolvição sumária por questão de economia processual.

Os requisitos formais da denúncia estão descritos no art. 41 do Código de Processo Penal:

Art. 41. A denúncia ou queixa conterá a exposição do fato criminoso, com todas as suas circunstâncias, a qualificação do acusado ou esclarecimentos pelos quais se possa identificá-lo, a classificação do crime e, quando necessário, o rol das testemunhas.

A doutrina aponta duas espécies de inépcia da denúncia: a formal, consubstanciada pela ausência dos requisitos elencados no art. 41 do Código de Processo Penal; e a material, que resulta da ausência de justa causa.

A justa causa significa basicamente a existência de lastro probatório mínimo para o embasamento da denúncia.

No caso vertente, a denúncia narra que:

Em 14 de junho de 2008, por volta das 09h30min, na Rodovia SC-446, Bairro Samuel Sandrini, município de Orleans-SC, mais precisamente no pátio do Posto de Combustíveis Samuel Sandrini, o denunciado Edson Carlos, movido pela intenção de assenhorar-se ilicitamente de bens alheios, subtraiu para si 01 (um) capacete de cor preta, marca HGF, tamanho 60, de propriedade da vítima Fabio Silvestre Mazzucco, aproveitando-se, para tanto, que a vítima estava distraída a lavar sua motocicleta e havia deixado seu capacete pendurado em um gancho próximo da lavação.

Após se apoderar da *res furtiva*, o denunciado pegou carona com Elton Martins, o qual não tinha conhecimento do delito, e se evadiu do local. Contudo, após perceber o furto de seu capacete, a vítima lembrou-se de que havia visto o denunciado momentos antes nas imediações do local, e sabia que o mesmo residia no Bairro Cohab, razão pela qual acionou a Polícia Militar. Ao chegar a residência da vítima, a Força Pública localizou e apreendeu o capacete da vítima, que estava no guidon da motocicleta utilizada pelo denunciado para se evadir do local do crime, consoante Auto de Exibição e Apreensão de fl. 08. O capacete subtraído foi avaliado em R\$ 55,00 (cinquenta e cinco reais), conforme Auto de Avaliação de fl. 17.

O magistrado de Primeiro Grau, em sentença bem fundamentada, absolveu sumariamente o acusado em razão de aplicar o princípio da insignificância. Destaco o seguinte excerto da sentença:

Com efeito, a rejeição da peça acusatória é medida que se impõe, em conformidade com o Princípio da Insignificância.

Senão vejamos:

Para a aplicação do Princípio da Insignificância é indispensável o preenchimento dos requisitos objetivos e subjetivos, ditados pela doutrina e jurisprudência, quais sejam: a mínima ofensa ao bem jurídico tutelado e as circunstâncias judiciais favoráveis ao réu.

De fato, o objeto furtado, avaliado em R\$ 55,00 (cinquenta e cinco reais) é de ser considerado de valor ínfimo, ademais, a conduta delitativa não afetou o patrimônio da vítima que teve seu capacete - objeto do furto - apreendido e restituído.

Além disso, o acusado é primário, não está sendo processado e nem foi condenado pela prática de outro crime, o que inclusive, autorizou o representante do Ministério Público a apresentar proposta para a Suspensão Condicional do Processo (fls. III).

Reportando-se ao Princípio da Insignificância leciona Damásio E. de Jesus que, *ligados aos chamados “crimes de bagatela” (ou “delitos de lesão mínima”), recomenda que o Direito Penal, pela adequação típica, somente intervenha nos casos de lesão jurídica de certa gravidade, reconhecendo a atipicidade do fato nas hipóteses de perturbações jurídicas mais leves (pequeníssima relevância material). Esse princípio tem sido adotado pela nossa jurisprudência nos casos de furto de objeto material insignificante, lesão insignificante ao Fisco, maus-tratos de importância mínima, descaminho e dano de pequena monta, lesão corporal de extrema singeleza etc.* (Direito Penal, vol. 1, 23. ed., 1999, São Paulo: Saraiva, p. 10).

Neste contexto, colhe-se da jurisprudência catarinense:

RECURSO EM SENTIDO ESTRITO - TENTATIVA DE FURTO - AUTO DE PRISÃO EM FLAGRANTE NÃO HOMOLOGADO - ATIPICIDADE DA CONDUTA - PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA - VALOR DA COISA SUBTRAÍDA QUE NÃO ULTRAPASSA UM SALÁRIO MÍNIMO VIGENTE A ÉPOCA DOS FATOS - DENÚNCIA OFERECIDA - REJEIÇÃO - RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. “(...) A aplicação do princípio da insignificância, exige que a res furtiva seja de pequeno valor, via de regra, balizado pelo salário-mínimo vigente à época do fato e que o réu não seja reincidente. (...)” (Recurso Criminal

2008.062057-6, Rel^a. Des^a. Marli Mosimann Vargas, j. em 20/05/2009, v.u.) (Sublinhei).

E mais:

PROCESSUAL PENAL - DENÚNCIA REJEITADA - TENTATIVA DE FURTO - PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA - APLICABILIDADE - RECURSO DESPROVIDO - PRECEDENTES JURISPRUDENCIAIS. “O sistema jurídico há de considerar a relevantíssima circunstância de que a privação da liberdade e a restrição de direitos do indivíduo somente se justificam quando estritamente necessárias à própria proteção das pessoas, da sociedade e de outros bens jurídicos que lhes sejam essenciais, notadamente naqueles casos em que os valores penalmente tutelados se exponham a dano, efetivo ou potencial, impregnado de significativa lesividade. O direito penal não se deve ocupar de condutas que produzam resultado, cujo desvalor - por não importar em lesão significativa a bens jurídicos relevantes - não represente, por isso mesmo, prejuízo importante, seja ao titular do bem jurídico tutelado, seja à integridade da própria ordem social” (STF - HC 84412/SP - rel. Min. Celso de Mello - j. 19.10.2004 - DJU 19.11.2004) (Recurso Criminal 2004.037473-2, Rel. Des. Amaral e Silva, j. em 108/03/2005, v.u.).

Em recentíssima decisão, o Supremo Tribunal Federal reafirmou o entendimento esposado pelo acórdão antes transcrito, reconhecendo a validade do Princípio da Insignificância, inclusive quanto a crime contra a administração pública, como se depreende do julgado que segue:

DIREITO PENAL. HABEAS CORPUS. CRIME DE DESCAMINHO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. APLICABILIDADE. VALOR SONEGADO INFERIOR AO FIXADO NO ART. 20 DA LEI 10.522/02. ATIPICIDADE DA CONDUTA. ORDEM CONCEDIDA. 1. A questão de direito tratada neste writ, consoante a tese exposta pela impetrante na petição inicial, é a suposta atipicidade da conduta realizada pelo paciente com base no princípio da insignificância. 2. No caso concreto, o paciente foi denunciado pela prática da conduta tipificada no art. 334 do Código Penal, no qual o valor dos tributos sonegados seria de R\$ 1.706,50 (um mil, setecentos e seis reais e cinquenta centavos). 3. O art. 20 da Lei 10.522/02

determina o arquivamento das execuções fiscais, sem baixa na distribuição, quando os débitos inscritos como dívida ativa da União forem iguais ou inferiores a R\$ 10.000,00 (dez mil reais), valor modificado pela Lei 11.033/04. 4. Esta Colenda Segunda Turma tem precedentes no sentido de que falta justa causa para a ação penal por crime de descaminho quando a quantia sonogada não ultrapassar o valor previsto no art. 20 da Lei 10.522/02. 5. Ante o exposto, concedo a ordem de habeas corpus (HC 100549, Rel^a. Min^a. Ellen Gracie, Segunda Turma, j. em 16/03/2010, v.u.) (Sublinhei).

O Supremo Tribunal Federal, por sua vez, elenca os seguintes requisitos: a) mínima ofensividade da conduta do paciente; b) ausência de periculosidade social da ação; c) reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento; d) inexpressividade da lesão jurídica provocada.

De qualquer modo, diante da ausência de particularidades que venham a confrontar com os requisitos enumerados acima, portanto, reconhecidamente preenchidos no caso vertente, é de se aplicar aqui o princípio em destaque.

HABEAS CORPUS. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. CRIME DE RECEPÇÃO. OBJETO DE VALOR REDUZIDO. DEVOLUÇÃO ESPONTÂNEA À VÍTIMA. REQUISITOS DO CRIME DE BAGATELA PREENCHIDOS NO CASO CONCRETO. ATIPICIDADE MATERIAL DA CONDUTA. ORDEM CONCEDIDA. 1. A incidência do princípio da insignificância depende da presença de quatro requisitos, a serem demonstrados no caso concreto: a) mínima ofensividade da conduta do paciente; b) ausência de periculosidade social da ação; c) reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento; d) inexpressividade da lesão jurídica provocada. 2. A via estreita do habeas corpus não admite um profundo revolvimento de provas nem o sopesamento das mesmas. A aplicação do princípio da insignificância só será permitida se os autos revelarem claramente a presença dos requisitos mencionados. 3. No caso, a receptação de um walk man, avaliado em R\$ 94,00, e o posterior comparecimento do paciente perante a autoridade policial para devolver o bem ao

seu dono, preenchem todos os requisitos do crime de bagatela, razão pela qual a conduta deve ser considerada materialmente atípica. 4. Ordem concedida para determinar o trancamento da ação penal de origem (HC 91920, Rel. Min. Joaquim Barbosa, Segunda Turma, j. em 09/02/2010, v.u.).

Assim, é forçoso reconhecer falecer ao Estado interesse processual na presente *persecutio criminis in iudicio*, dada a irrelevância do fato, inclusive com possibilidade de absolvição sumária do denunciado.

O exame da situação fática bem evidencia o desacerto da sentença recorrida.

Isso porque a denúncia imputa ao denunciado a prática de crime de furto privilegiado, justamente em razão do pequeno valor da coisa furtada.

A incidência do princípio da insignificância, observado tão-somente o critério objetivo do valor da coisa furtada, não encontra respaldo na jurisprudência da nossa Câmara.

Os elementos de cognição contidos nos autos demonstram que a vítima trabalha como motorista (fl. 04) e é proprietário de uma motocicleta, de modo que o bem furtado, a saber, um capacete marca HGF, cor preta, tamanho 60 (fl. 08), era imprescindível para que pudesse utilizar o meio de transporte, sob pena de praticar infração de trânsito gravíssima, além de colocar em risco sua segurança pessoal.

Como destacou com extrema propriedade do ilustre Promotor de Justiça, Dr. Samuel Dal-Farra Napolini:

A qualificação da vítima, pessoa de pouco estudo e humilde ocupação, torna patente que a subtração do capacete - instrumento, aliás, imprescindível para sua locomoção - representaria desfalque considerável em seu patrimônio pessoal. Assim não o fosse, é bem verdade, a vítima não se apressaria em buscar o auxílio policial e acorrer ao local onde fora encontrado o autor do ilícito para reconhecer e readquirir a posse de seu bem, antes subtraído” (fl. 47).

Deve-se ressaltar, por último, a sensibilidade do digno representante do *Parquet* que imputou ao acusado a prática do crime de furto privilegiado, que se caracteriza também pelo pequeno valor da coisa furtada.

Na sentença de primeiro grau, observa-se o tratamento indiscriminado entre valor ínfimo e valor insignificante, o que não é admitido pela jurisprudência por desconsiderar o princípio da legalidade e exceder os limites da fragmentariedade e subsidiariedade do direito penal.

A distinção entre valor ínfimo e insignificante é assente na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. PENAL. CRIME DE TENTATIVA DE FURTO. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INVIABILIDADE. EXPRESSIVIDADE ECONÔMICA DO OBJETO DO CRIME. ESPECIAL REPROVABILIDADE DA CONDUTA DO AGENTE. HABITUALIDADE DELITIVA. CONDENAÇÕES TRANSITADAS EM JULGADO PELOS CRIMES DE FURTO, FURTO QUALIFICADO E TENTATIVA DE ROUBO. PRECEDENTES DE AMBAS AS TURMAS DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. AGRAVO DESPROVIDO.

1. A conduta perpetrada pelo Paciente - tentativa de furto de duas toalhas de banho, duas calças masculinas, dois jalecos masculinos, três garrafas térmicas, uma máscara de solda, uma luva de solda, um avental de solda e três capas de chuva, avaliados em R\$ 226,00 (duzentos e vinte e seis reais) - não se insere na concepção doutrinária e jurisprudencial de crime de bagatela.

2. No caso do furto, não se pode confundir bem de pequeno valor com o de valor insignificante. Apenas o segundo, necessariamente, exclui o crime em face da ausência de ofensa ao bem jurídico tutelado, aplicando-se-lhe o princípio da insignificância. Precedentes.

3. Conforme decidido pela Suprema Corte, “O princípio da insignificância não foi estruturado para resguardar e legitimar constantes condutas desvirtuadas, mas para impedir que desvios de condutas ínfimos, isolados, sejam sancionados pelo direito penal,

fazendo-se justiça no caso concreto. Comportamentos contrários à lei penal, mesmo que insignificantes, quando constantes, devido a sua reprovabilidade, perdem a característica de bagatela e devem se submeter ao direito penal.” (STF, HC 102.088/RS, 1.^a Turma, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA, DJe de 21/05/2010.) Precedentes.

4. Na hipótese dos autos, não se verifica o desinteresse estatal à repressão do delito praticado pelo ora Agravante, o qual é réu reincidente, que têm condenações transitadas em julgado pelos crimes de furto, furto qualificado e tentativa de roubo.

5. Agravo regimental desprovido (Grifado) (AgRg no REsp 1.226.702/RS, Quinta Turma, Rel.^a Min.^a Laurita Vaz, j. em 06.09.2011, v.u).

Assim, desnecessárias maiores digressões para averiguar o desacerto do pronunciamento judicial.

Por certo, não é dado ao magistrado, por questão de política criminal, que entende ser a mais adequada, deixar de aplicar a legislação vigente, pois deve pautar sua atuação pelos parâmetros estabelecidos pela ordem constitucional.

Um processo dessa natureza pode parecer, em juízo de cognição sumária, um atraso para a atividade jurisdicional, por implicar em crime de pequena magnitude, que demandará esforço dos órgãos de persecução penal.

Todavia, tal mister é inerente à atividade jurisdicional, porque, se o cidadão que teve seu patrimônio atingido não puder se socorrer dos órgãos estatais para repreender o agressor, o Estado terá usurpado o poder de punir ilegitimamente das vítimas.

Estaremos a estimular que os cidadãos criem um Estado paralelo para resolver esses pequenos delitos, criando uma situação de barbárie, totalmente incompatível com o Estado Democrático de Direito, pois

a vítima de um delito dificilmente acionará a estrutura estatal caso seja vítima de um novo delito.

O posicionamento extremado de alguns, além de afrontar a Constituição Federal que impõe o direito fundamental da segurança no *caput* do art. 5º, derrui a essência do direito penal, que é a de impor conduta de comportamento social.

Afasta-se, portanto, a tese sufragada na sentença de primeiro grau de atipicidade da conduta e, por conseguinte, impõe-se determinar a notificação do acusado para que responda aos termos da denúncia.

Ante o exposto, voto pelo conhecimento e provimento do recurso, para anular a sentença absolutória e, por conseguinte, determinar a oitiva do acusado para que se manifeste inclusive sobre a proposta de suspensão condicional do processo.

Este é o voto.

Declaração de voto vencido do Exmo. Des. Jorge Schaefer Martins

EMENTA ADITIVA:

FURTO PRIVILEGIADO. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. ABSOLVIÇÃO SUMÁRIA SEM QUE HOUVESSE A OUVIDA DO DENUNCIADO. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES DESTA CORTE. NULIDADE AFASTADA.

PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. APLICAÇÃO DIANTE DAS PECULIARIDADES DO CASO CONCRETO. BEM DE POUCO VALOR E QUE FOI RESTITUÍDO PELA POLÍCIA EM FAVOR DA VÍTIMA.

RECURSO NEGADO.

Dissenti da douta maioria, pois quanto à nulidade é de se dizer que, na verdade, o Dr. Juiz de Direito rejeitou a denúncia com base no princípio da

insignificância, eis que inicia sua manifestação afirmando que “a rejeição da peça acusatória é medida que se impõe, em conformidade com o Princípio da Insignificância” (fl. 34), porém, ao final, concluiu pela absolvição sumária, com base no inciso III do artigo 397 do CPP, pois há precedente deste Tribunal que determina esse procedimento, se não vejamos:

APELAÇÃO CRIMINAL – RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO – FURTO SIMPLES NA FORMA TENTADA (CP, ART. 155, *CAPUT*, C/C ART. 14, II) – REJEIÇÃO DA DENÚNCIA POR ATIPICIDADE DA CONDUTA (CPP, ART. 395, III) – INSURGÊNCIA QUE SE PROCESSA MEDIANTE RECURSO EM SENTIDO ESTRITO (CP, ART. 581, I) – APLICAÇÃO DA FUNGIBILIDADE – INEXISTÊNCIA DE MÁ-FÉ (CPP, ART. 579) – RECURSO CONHECIDO – *RES FURTIVA* SUBTRAÍDA EM ESTABELECIMENTO COMERCIAL DOTADO DE VIGILÂNCIA ELETRÔNICA E PESSOAL – HIPÓTESE QUE NÃO CONFIGURA CRIME IMPOSSÍVEL (CP, ART. 17) – MEIO EFICAZ CARACTERIZADO – ATOS EXECUTÓRIOS QUE CONFIGURARIAM, NO MÍNIMO, TENTATIVA PUNÍVEL (CP, ART. 14, II) – RECURSO PROVIDO.

I – Labora em equívoco o magistrado que rejeita a denúncia por ausência de justa causa (CPP, art. 395, III), hipótese em que a via impugnativa adequada seria o recurso em sentido estrito (CPP, art. 581, I), em virtude de considerar atípica a conduta do acusado, conjectura que resulta na absolvição sumária (CPP, art. 397, III), cujo ataque se processa mediante recurso de apelação (CPP, art. 595, I).

Diante disso, não se olvida que deve ser dada máxima observância à economia processual, a ponto de se tornar írrita a citação do denunciado e a espera de sua resposta à acusação (CPP, arts. 396 e 396-A) se, desde o primeiro momento, o julgador visualiza a possibilidade de aplicação do princípio da insignificância.

In casu, caberia ao magistrado, desde logo, receber a denúncia e, na mesma oportunidade, absolver sumariamente o acusado, porquanto, em se tratando de aparentes contradições de princípios constitucionalmente assegurados, nesta peculiar hipótese, a razoável duração do processo, da qual deriva a economia processual, preponderaria sobre o devido processo legal – que até mesmo, por via reflexa, estaria melhor contemplado, – sendo incabível, no

entanto, a fusão entre os dispositivos processuais legais precitados, mormente pela distinção entre as suas vias impugnativas.

II – Nos termos do art. 579 do Código de Processo Penal: “*salvo a hipótese de má-fé, a parte não será prejudicada pela interposição de um recurso por outro*”. Desse modo, a impropriedade na interposição do recurso não enseja o seu desconhecimento quando inexistir má-fé da parte insurgente, desde que observado, por certo, o requisito da tempestividade.

[...] (Apelação Criminal n. 2011.022473-8, da Capital, rela. Des. Salete Silva Sommariva).

Destarte, a decisão de fls. 34 a 38 nada mais é do que a rejeição da denúncia pela atipicidade da conduta em razão da insignificância da *res* furtiva, o que segundo entendimento desta Corte deve ser realizado pelo Dr. Juiz de Direito por meio da absolvição sumária sem a necessidade de ouvida do denunciado.

Assim, não verifico a nulidade apontada pelo Ministério Público.

No mais, o denunciado furtou um capacete da vítima avaliado em R\$ 55,00, o qual foi restituído em razão da ação da polícia, além de que é primário e não possui maus antecedentes.

Além disso, em que o valor do bem não ser insignificante em relação às condições financeiras da vítima, o que poderia afastar a possibilidade de aplicação do princípio da insignificância, este argumento fica prejudicado em razão da restituição do bem.

Nesse contexto, nego provimento ao recurso e mantenho a absolvição sumária do denunciado.

Florianópolis, 9 de março de 2012.

Jorge Schaefer Martins
DESEMBARGADOR

RECURSO CRIMINAL

Recurso Criminal n. 2011.040977-6, de Brusque

Relator Designado: Des. Substituto Carlos Alberto Civinski

PENAL E PROCESSO PENAL. RECURSO EM SENTIDO ESTRITO (ART. 581, IV). DUAS TENTATIVAS DE HOMICÍDIO EM CONCURSO MATERIAL COM CRIME DE FURTO (ART. 121, CAPUT C/C ART. 14, II, DUAS VEZES E ART. 155, CAPUT, NA FORMA DO ART. 69, TODOS DO CÓDIGO PENAL). SENTENÇA DE PRONÚNCIA. VEDAÇÃO À SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA IMPEDE SUBSTITUIÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA POR MEDIDAS CAUTELARES NO SEGUNDO GRAU DE JURISDIÇÃO. MÉRITO. ITER CRIMINIS EVIDENCIA INÍCIO DOS ATOS DE EXECUÇÃO. APLICAÇÃO TEORIA SUBJETIVA. DESCLASSIFICAÇÃO PARA O CRIME DE LESÃO CORPORAL AFASTADA. IMPOSSIBILIDADE DE ABSOLVIÇÃO SUMÁRIA. SENTENÇA DE PRONÚNCIA MANTIDA.

- Deve ser mantida a segregação cautelar do agente que, além de foragido, intimidou uma das vítimas a ponto dela não comparecer em juízo para depor.

- A aplicação das medidas cautelares previstas na Lei 12.403/2011 não pode ser efetivada diretamente no órgão *ad quem*, sob pena de violação ao devido processo legal e a consequente supressão de instância.

- O agente que, após golpear uma das vítimas com uma faca, persegue a outra, que se refugiou no interior de um estabelecimento comercial, responde pela tentativa de homicídio.

- Não é possível absolver sumariamente o agente da suposta prática de crime de furto quando o conjunto probatório evidencia

a existência do crime e indício suficiente de que seja o réu o seu autor.

-Parecer da PGJ pelo conhecimento e parcial provimento do recurso.

- Recurso conhecido e improvido.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso Criminal n. 2011.040977-6, da comarca de Brusque (Vara Criminal), em que é apelante Márcio Pires Camargo, e recorrido Ministério Público do Estado de Santa Catarina:

A Quarta Câmara Criminal decidiu, por maioria de votos negar provimento ao recurso. Vencido o Relator que não reconhece a tentativa contra uma das vítimas e acolhe em parte o pedido do réu para substituir a prisão preventiva por medidas cautelares. Custas legais.

Participaram do julgamento, realizado no dia 28 de julho de 2011, os Exmos. Srs. Des. Jorge Henrique Schaefer, Presidente com voto vencido, e Des. José Everaldo Silva.

Florianópolis, 16 de novembro de 2011.

Carlos Alberto Civinski
RELATOR DESIGNADO

RELATÓRIO

Na comarca de Brusque, o representante do Ministério Público do Estado de Santa Catarina ofereceu denúncia contra Márcio Pires Camargo, em razão de ter cometido, em tese, o delito tipificado no artigo 121, *caput*, c/c artigo 14, inciso II, por duas vezes, e artigo 155, *caput*, na forma do

artigo 69, todos do Código Penal, conforme os fatos narrados na peça acusatória, nestes termos:

Consta do presente caderno indiciário que, no dia 19 de maio de 2007, por volta das 17h30min, as vítimas, que vivem em união estável, Edson José Barbosa e Juliana dos Santos Bittencourt, grávida de cinco meses, caminhavam pela margem da Rodovia Ivo Silveira, nesta Cidade e Comarca, quando foram abordados pelo denunciado MÁRCIO PIRES CAMARGO, ex-namorado de Juliana, que por ali transitava de bicicleta.

Naquela oportunidade, o denunciado, motivado por ciúmes de sua ex-namorada, e não aceitando o término do relacionamento, com evidente *animus necandi*, largou a bicicleta e partiu para cima de Edson com uma faca (tipo adaga), desferindo golpes em sua direção, o qual se defendia com uma jaqueta de couro que trazia consigo, tendo uma das investidas atingido a vítima no braço esquerdo, causando-lhe as lesões descritas no laudo de corpo de delito de fls. 16.

Não satisfeito, também com evidente *animus necandi*, partiu de faca em punho no encalço de Juliana, que saiu correndo, somente não conseguindo agredi-la em virtude de a mesma ter se abrigado em um estabelecimento existente nas margens daquela via (loja WJ).

Aproveitando o fato de o denunciado ter saído no encalço de Juliana, Edson também conseguiu fugir e se abrigar no mesmo local.

O denunciado, enfurecido por não ter conseguido obter êxito na sua empreitada delitiva, proferia várias ameaças de morte as vítimas que se encontravam no interior do estabelecimento.

Antes da chegada da polícia militar e dos bombeiros, que haviam sido acionados por funcionários do estabelecimento que serviu de abrigo as vítimas, o denunciado deixou o local, oportunidade em que subtraiu a

jaqueta de couro e o celular de Edson que haviam caído nas margens da rodovia no momento do ataque.

Desta forma, resta evidente que o denunciado deu início a um duplo crime de homicídio, que somente não se consumou por circunstâncias alheias a sua vontade, bem como praticou um crime de furto (fl. III).

Recebida a denúncia (fl. 35) e realizada a citação por edital (fl. 37), o réu não compareceu à audiência.

Suspensão o processo e o prazo prescricional, o MM. Juiz de Direito decretou a prisão preventiva ao argumento de que o réu, após o cometimento dos delitos narrados na peça acusatória, evadiu-se do distrito da culpa.

Dando continuidade à ação penal, o defensor nomeado em favor do réu apresentou defesa prévia (fls. 86/87).

Colhidas as provas orais (fls. 106/107 e 118-121) e cumprido o mandado de prisão preventiva (fl. 133), foi realizado o interrogatório do réu (fls. 140/141).

Nas fls. 142-146, o Ministério Público apresentou alegações finais, reiterando o pedido condenatório formulado na denúncia para que o réu seja submetido ao Tribunal do Júri pela suposta prática dos crimes de tentativa de homicídio simples, além do furto simples consumado.

Por sua vez, nas fls. 152-158, o réu apresentou alegações finais, pretendendo a impronúncia ou a desclassificação do delito de homicídio para lesão corporal. Outrossim, requereu a absolvição em relação ao crime de furto.

Sentenciando, o MM. Juiz de Direito julgou admissível a denúncia e pronunciou o réu para que seja submetido ao Tribunal do Júri pela suposta prática do crime previsto no artigo 121, *caput*, c/c artigo 14, II, por duas

vezes, em concurso material, *c/c* artigo 155, *caput*, na forma do artigo 69, todos do Código Penal.

Inconformado, o réu interpôs recurso em sentido estrito, pretendendo, em preliminar, o reconhecimento do direito de recorrer em liberdade ao argumento de que não estão mais presentes os fundamentos da prisão preventiva e, no mérito, reiterou a argumentação exposta nas alegações finais.

Apresentadas as contrarrazões e mantida a decisão, ascenderam os autos a esta Corte.

Nesse grau de jurisdição, a Procuradoria-Geral de Justiça, por meio de parecer da lavra do Dr. José Eduardo Orofino da Luz Fontes, opinou pelo provimento parcial do recurso apenas para conceder a liberdade provisória.

VOTO

Trata-se de recurso em sentido estrito interposto com fundamento no art. 581, IV do Código de Processo Penal em face de sentença de pronúncia na qual admite a denúncia pela prática de dois crimes de homicídio, na forma tentada, e pelo crime de furto simples em concurso material, previstos no artigos 121, *caput c/c* art. 14, II, (duas vezes) *c/c* art. 155, *caput*, na forma do art. 69, todos do Código Penal imputados ao réu Márcio Pires Camargo.

Passo a apreciar separadamente as alegações contidas no presente recurso.

1. Da ausência dos requisitos para recorrer em liberdade

Primeiramente, analisa-se a manutenção da prisão preventiva e a consequente negativa do direito de recorrer em liberdade. Com efeito, a Autoridade Judiciária de primeiro grau decretou a prisão preventiva do réu, da seguinte forma:

Considerando que o acusado logo após o cometimento do grave ilícito penal evadiu-se do distrito da culpa, tomando rumo ignorado, decretou sua custódia preventiva com fundamento na garantia da

ordem pública, conveniência da instrução criminal e aplicação da lei penal, posto que presentes os requisitos do art. 312, do CPP (fl. 39).

E, na decisão de pronúncia, manteve a segregação provisória à motivação de que “ainda se mantém hígidos os motivos” acima mencionados.

Ora, consoante o artigo 413, § 3º do Código de Processo Penal, ao pronunciar o réu:

O juiz decidirá, motivadamente, no caso de manutenção, revogação ou substituição da prisão ou medida restritiva de liberdade anteriormente decretada e, tratando-se de acusado solto, sobre a necessidade da decretação da prisão ou imposição de quaisquer das medidas previstas no Título IX do Livro I deste Código.

O pronunciamento do magistrado *a quo* está devidamente fundamentado à luz da legislação então vigente.

Há precedente da minha relatoria no qual se autoriza a decretação da prisão preventiva na hipótese em que o réu está foragido, sendo indispensável a medida para assegurar a aplicação da lei penal, vejamos:

PROCESSO PENAL. RECURSO EM SENTIDO ESTRITO (CPP, ART. 581, V). RÉU NÃO LOCALIZADO PARA O ATO DE CITAÇÃO. CITAÇÃO POR EDITAL. NÃO COMPARECIMENTO. PREJUÍZO PARA APLICAÇÃO DA LEI PENAL. DESCONHECIMENTO DO LOCAL ONDE O RÉU SE ENCONTRA. POSSIBILIDADE DE DECRETAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA. SITUAÇÃO FÁTICA QUE EVIDENCIA A PRESENÇA DOS ELEMENTOS DO ART. 312 DO CPP.

- A não localização do réu no endereço informado nos autos faz presumir que está foragido.
- Configura prejuízo para a aplicação da lei penal o fato do réu estar em local incerto.
- A presença dos requisitos legais que autorizam a decretação da prisão preventiva afastam a presunção de inocência.

- A prisão preventiva não constitui cumprimento antecipado da pena quando o agente utiliza-se de subterfúgio para aplicação da lei penal. Indispensabilidade da custódia cautelar para assegurar a possibilidade da persecução penal.
- Parecer da PGJ pelo conhecimento e desprovimento do recurso.
- Recurso conhecido e provido (Recurso Criminal 2011.016133-3, 4ª Câmara de Direito Criminal, minha relatoria, j. em 24.05.2011, m.v – Vencido Des. Jorge Schaefer).

Além disso, os elementos de cognição constantes nos autos demonstram que o réu efetivamente gerava um temor na vítima, dificultando a instrução penal, vejamos.

A vítima declarou que:

[...] depois dos fatos a informante começou a receber ligações telefônicas de ameaças; que o interlocutor não se identificava; que fez boletim de ocorrência das referidas ameaças; que depois dos fatos não teve mais contato com o acusado, mas mesmo assim foi avisada por conhecidos de que este continuava dizendo que iria matar a informante e seu marido; que continuam com medo do acusado; que não veio a audiência anterior porque estava com medo do acusado (fl. 118).

Esses elementos reforçam a necessidade de segregação cautelar do agente.

Destaco que o advento da Lei 12.403/2011 não tem o condão de permitir a concessão diretamente no Tribunal de Justiça das medidas cautelares, por implicar em grave comprometimento do postulado do devido processo legal, ante a supressão de instância.

Subsidiariamente, resalto posição pessoal de que a legislação infraconstitucional deve passar por uma atenta leitura constitucional, ou filtragem constitucional como denominam alguns constitucionalistas, de modo que as normas extraídas dos dispositivos do Código Penal e Código

de Processo Penal devem se compatibilizar com o postulado da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III).

Com o postulado normativo da dignidade da pessoa humana na Carta da República, não resta dúvida que o bem jurídico tutelado de maior relevo, a correta diretriz constitucional recai sobre a distinção do regime jurídico aos crimes que atentam contra os bens jurídicos mais relevantes.

O fundamento do direito penal, a *ultima ratio* e os princípios da fragmentariedade e subsidiariedade, impõem que as normas extraídas da legislação infraconstitucional coíbam os agentes que atentem contra a vida e a liberdade dos cidadãos.

Logo, se for possível aplicar medidas cautelares aos agentes que atentam contra o bem jurídico fundamental conforme a Constituição Federal, será totalmente desproporcional vedar a concessão dessas medidas aos agentes que cometem crimes contra o patrimônio e outros bens jurídicos contemplados na legislação.

Com isso, o princípio da unidade da Constituição estaria sendo enfraquecido, bem como vulnerado o postulado da isonomia, ao se adotar tratamento idêntico aos infratores que atentem contra bens jurídicos de diferente relevo constitucional e social.

Considerando a atual inversão axiológica imposta pelo constituinte e, agora, consagrada pelo legislador infraconstitucional, compete ao Poder Judiciário aplicar a legislação em compasso com o princípio da proporcionalidade, que inegavelmente veda o tratamento desigual e a resposta estatal iníqua.

Deve-se observar ainda que a Constituição Federal consagra também no art. 5º, caput, o princípio da segurança, que assegura à coletividade o resguardo da ordem jurídica ao possibilitar sanções àqueles que atentem contra a vida, liberdade, segurança e propriedade alheias.

Dos dispositivos da Lei 12.403/2011 é possível depreender que o legislador partiu dessa premissa ao estabelecer a inadequação da medida cautelar em razão da gravidade do crime, vejamos:

Art. 282. As medidas cautelares previstas neste Título deverão ser aplicadas observando-se a:

I - necessidade para aplicação da lei penal, para a investigação ou a instrução criminal e, nos casos expressamente previstos, para evitar a prática de infrações penais;

II - **adequação da medida à gravidade do crime**, circunstâncias do fato e condições pessoais do indiciado ou acusado (Grifado agora).

A gravidade do crime de homicídio consumado ou tentado não constitui premissa subjetiva do aplicador da lei ou do operador jurídico, pois decorre do próprio postulado da dignidade da pessoa humana e da Constituição Federal.

O crime de maior gravidade contra a pessoa humana não recebe o mesmo tratamento jurídico daqueles outros crimes que não importam em tamanha gravidade, mercê da filtragem constitucional necessária ao aplicar a legislação infranconstitucional.

O art. 282, II do Código de Processo Penal, ao dispor que as medidas cautelares devem observar a adequação da medida à gravidade do crime, não assegura aplicação daquelas à toda e qualquer afronta ao ordenamento jurídico.

A interpretação literal do dispositivo poderia até autorizar essa interpretação, porém a norma que se extrai do comando é o de que determinadas condutas por afrontarem a dignidade da pessoa humana merecem tratamento jurídico mais severo, sob pena de subtração da eficácia normativa das normas constitucionais.

É cediço que a norma desprovida de sanção constitui mera norma moral, social, que repercute apenas no âmbito de determinada coletividade ou grupo de pessoas sem qualquer coerção.

Caso se interprete a afronta ao princípio norteador do ordenamento jurídico, a saber, a dignidade da pessoa humana ocorrida por meio de crime contra a vida, merece tratamento benevolente daqueles que o transgridem estaremos transformando o texto constitucional em uma carta de recomendação desprovida de sanção jurídica.

A Constituição perderá sua característica inata, que é a força vinculante e dirigente, de que falava Canotilho, bem como a sua função de nortear a interpretação de todo ordenamento jurídico.

Para assegurar a força normativa da Constituição Federal, ratificar seu caráter dirigente ao assegurar o progresso da sociedade e vedar o retrocesso social, bem como tutelar a dignidade da pessoa humana por se tratar de direito humano fundamental, há que se extrair, no processo interpretativo do art. 282, II, do Código de Processo Penal, a possibilidade de aplicação das medidas cautelares aos agentes que, mediante o uso de arma, cometem ou tentam cometer homicídio.

Até mesmo Guilherme Nucci que faz algumas ressalvas ao posicionamento ora defendido, sustenta que, “se tais delitos [roubo, extorsão, homicídio etc] atentarem diretamente contra a segurança pública (garantia da ordem pública), cabe a prisão preventiva e não medidas cautelares alternativas” (NUCCI, Guilherme de Souza. Prisão e liberdade. São Paulo: RT, 2011, p. 28).

Essa posição pessoal, refletida à luz dos valores constitucionais, busca ponderar a necessidade de aplicação de penas mais justas àqueles pequenos infratores e repreender adequadamente os réus que atentam contra os princípios fundantes da humanidade.

Portanto, considero que não é possível conceder a medida cautelar prevista na Lei 12.403/2011 diretamente no órgão *ad quem*, por implicar em violação ao devido processo legal, com a conseqüente supressão de instância e ainda acrescento posição pessoal no sentido da inadequação da aplicação das medidas cautelares àqueles que, mediante o emprego de arma, praticam crimes dolosos contra a vida, seja na forma consumada ou tentada.

2. Da ausência de *animus necandi* e a desclassificação da tentativa de homicídio para lesão corporal

Estamos diante de fato ocorrido na cidade de Brusque/SC, no dia 19/05/2007.

O réu golpeou com uma faca a vítima Edson que transitada de bicicleta com sua mulher Juliana, que havia tido relacionamento anterior com o agressor.

Após se defender de alguns golpes, a vítima acabou sendo acertada no braço e caiu numa gruta, momento em que o agressor perseguiu Juliana que se refugiou no interior de um estabelecimento comercial.

Discute-se no presente recurso se estava evidenciada a intenção de matar, do agente, uma vez que, segundo a defesa, o crime de homicídio não foi consumado, por existir apenas intenção de provocar lesão corporal.

Os elementos de cognição não autorizam, nessa fase processual, desclassificar a conduta do agente.

Inicialmente, cabe transcrever o disposto no § 1º e no *caput* do art. 408 do Código de Processo Penal:

Art. 408. Se o juiz se convencer da existência do crime e de indícios de que o réu seja o seu autor, pronunciará-lo-á, dando os motivos do seu convencimento. (Redação dada pela Lei nº 5.941, de 22.11.1973)

§ 1º Na sentença de pronúncia o juiz declarará o dispositivo legal em cuja sanção julgar incurso o réu, recomendá-lo-á na prisão em

que se achar, ou expedirá as ordens necessárias para sua captura.
(Redação dada pela Lei nº 9.033, de 2.5.1995)

Conforme se depreende da norma supracitada, a decisão de pronúncia deve verificar a presença de elementos suficientes ao reconhecimento da materialidade e indícios que apontem o réu como autor da conduta descrita.

Acerca da questão, vale transcrever a lição de Júlio Fabrini Mirabete:

Para que o juiz profira uma sentença de pronúncia, é necessário, em primeiro lugar, que esteja convencido da “existência do crime”. Não se exige, portanto, prova incontroversa da existência do crime, mas de que o juiz se convença de sua materialidade. (...). É necessário, também, que existam “indícios suficientes da autoria”, ou seja, elementos probatórios que indiquem a probabilidade de ter o acusado praticado o crime. Não é indispensável, portanto, confissão do acusado, depoimentos de testemunhas presenciais etc. Como juízo de admissibilidade, não é necessário à pronúncia que exista a certeza sobre a autoria que se exige para condenação. Daí que não vige o princípio do *in dubio pro reo*, mas se resolvem em favor da sociedade as eventuais incertezas propiciadas pela prova (*in dubio pro societate*) (Código de processo penal interpretado, 11. ed., São Paulo: Atlas, 2003, p. 1084).

Cita-se também Aluízio Bezerra Filho:

Assim, estando convencido da existência do crime e de que os indícios são suficientes para apontar a sua autoria, cabe ao Juiz proferir a sentença de pronúncia com os requisitos processuais necessários a sua eficácia e validade.

É oportuno lembrar o magistério de Hermínio Marque Porto de que os indícios de autoria ‘são as conexões entre fatos conhecidos no processo e a conduta do agente, na forma descrita pela inicial penal; o indício ‘suficiente’ de autoria oferece uma relativa relação entre um primeiro fato e o seguinte advindo da observação inicial, e devem tais indícios, para que motivem a decisão de pronúncia, apresentar expressivo ‘grau de probabilidade que, sem excluir dúvida, tende a aproximar-se da certeza’.

Mas, ocorrendo dúvida quanto à autoria do crime, aplica-se a regra *in dubio pro societate*. Havendo incertezas, se pronuncia o acusado,

conquanto é competência do Tribunal do Júri decidir quanto a sua culpabilidade (Tribunal do Júri - Homicídios, Curitiba: Juruá, 2001, p. 73).

Heráclito Antônio Mossin também pondera que:

As posições pretorianas se perfilam, de maneira unânime e harmônica, no sentido de que sendo a pronúncia mero juízo de probabilidade, ‘ não se faz indispensável a certeza da criminalidade do acusado, mas mera suspeita jurídica decorrente dos indícios de autoria, inexistindo, portanto, confronto meticoloso e profunda valoração de prova, mesmo porque isso poderia traduzir-se na antecipação do veredito sobre o mérito da questão, matéria de competência exclusiva do Tribunal do Júri, Juiz natural da causa, e não do juiz de instrução’. (Júri: Crimes e Processo, 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 272)

Diante da doutrina supracitada, não restam dúvidas de que a pronúncia não representa juízo de valor absoluto quanto a autoria, caso contrário estar-se-ia se sobrepondo à competência do Tribunal do Júri.

Assim, no exame do caso em tela, irreatorquível a decisão recorrida.

Está devidamente comprovada a materialidade quanto a vítima Edson, em razão do laudo de fl. 16 e das declarações de fl. 141.

As declarações prestadas na fase indiciária às fls. 03, 06, 07/08, 09 e 10 e as declarações das vítimas na fase judicial traduzem em sua narrativa elementos que revelam indícios suficientes a autorizar a pronúncia do acusado.

A declaração da vítima, de que deduziu que a “prioridade do acusado era matar ela” (fl. 120), não autoriza por si só desclassificar a conduta, pois em vários depoimentos se extrai ameaças de morte do agente dirigidas contra as duas vítimas.

A conduta criminosa voltou-se inicialmente contra o homem, ou seja, o agressor desmobilizou a vítima que poderia provocar maior resistência,

tendo na sequência perseguido a vítima Juliana, com quem havia tido relacionamento afetivo e estava grávida do atual companheiro.

O contexto fático dá conta que inúmeras ameaças de morte foram lançadas contra o casal após o réu deixar a prisão, de modo que a sentença de pronúncia encontra-se devidamente alicerçada por competir ao juízo natural dirimir a dúvida acerca da conduta praticada.

Assim, não havendo nos autos prova inequívoca para afastar a autoria imputada acusado e ciente de que para a pronúncia não são exigidos os mesmos critérios valorativos dispensados quando da formação da condenatória, a existência de indícios consistentes, apontando o acusado como autor do delito, é suficiente para autorizar o envio do feito à sessão plenária.

Desta maneira, nega-se provimento ao recurso mantendo-se incólume a sentença de pronúncia.

3. Da tentativa de homicídio contra a vítima Juliana

Importa saber se a conduta do agente constituiu mero ato preparatório ou início da execução do crime de homicídio.

O recorrente sustentou que não houve início de ato de execução do crime de homicídio em relação à ré Juliana; enquanto de outra parte, houve pronúncia do acusado por considerar que os atos materiais realizados constituíram início do crime de homicídio.

A denúncia narra objetivamente que o réu, após golpear a vítima Edson, “partiu de faca em punho no encalço de Juliana, que saiu correndo, somente não conseguindo agredi-la em virtude de a mesma ter se abrigado em um estabelecimento existente nas margens daquela via (loja WJ)” (fl. III).

O réu por ocasião do interrogatório negou a ocorrência dos fatos, porquanto asseverou que, após empurrar a vítima Edson no barranco,

continuou andando e não foi atrás da vítima Juliana, a qual já teria fugido do local no início da discussão e se abrigado no estabelecimento comercial.

Esta versão, não converge com os depoimentos prestados em juízo pelas vítimas, pois Juliana disse:

[...] que tão logo alcançou as vítimas, o acusado abandonou a bicicleta, sacou de uma faca que trazia consigo e investiu contra Edson; que a informante imediatamente saiu correndo; que o acusado atingiu Edson com um golpe de faca no braço esquerdo; que após atingir Edson o acusado começou a correr atrás da informante com a faca em punho; que a informante correu para o interior da loja WJ; que as funcionárias fecharam a porta para impedir que o acusado entrasse; que este do lado de fora continuava dizendo que iria matar a informante; que gritaram dizendo que a polícia já estava chegando; que então o acusado saiu do local dizendo que ‘era bandido, não tinha medo e ia matar nos dois’; que logo depois Edson veio correndo pelo meio da vegetação e também se escondeu no interior da loja; que neste momento o acusado retornou até a porta de entrada da loja, demonstrando vontade de entrar; que em frente a loja o acusado continuava com a faca em uma das mãos; [...] (fl. 119).

Por sua vez, Edson declarou que

[...] que imediatamente o acusado veio em direção as vítimas; que o acusado começou a dizer: ‘sou bandido, sou bandido, e agora você vai ver quem eu sou’; que ato contínuo sacou de uma faca que trazia na cintura e partiu para cima do informante e sua companheira; que o acusado veio contra o informante e quando percebeu que seria atingido acabou se protegendo com uma jaqueta de couro que vestia; que o acusado acertou três ou quatro golpes de faca na jaqueta; que enquanto isso o informante caminhava de ré tentando se defender; que em dado momento perdeu o equilíbrio e quando estava caindo foi atingido com um golpe no braço esquerdo; que em seguida caiu e ‘rolei para a grotá’; que neste instante o

acusado saiu correndo atrás de Juliana, a qual havia corrido para a loja WJ; [...] que depois que o informante também conseguiu correr para o interior da loja WJ, o acusado veio até a porta, com a faca na mão, dizendo que iria matar as vítimas, [...] que pela forma como o acusado agiu o informante concluiu que ‘a prioridade do acusado era matar ela’; que a esposa saiu correndo no momento em que viu que o informante havia sido atingido por um golpe de faca; [...] que no momento em que caiu na grotta o acusado se voltou contra a esposa do informante; [...] (fl. 120).

A versão apontada pelas vítimas de que o réu foi até a loja e tentou adentrar no estabelecimento comercial encontra respaldo nos depoimentos de fls. 106/107, nestes termos:

[...] que estava colocando o cadeado na porta, quando, ao se virar viu Edson já ensanguentado e Juliana, que estava grávida; que Juliana pedia ajuda; que a depoente não viu o réu até este momento e não sabia que era o responsável pela agressão; que abriu a loja novamente para ligar para o Corpo de Bombeiros; que neste momento as vítimas adentraram na loja, quando a outra funcionária fechou a loja e a trancou; que a depoente estava ao telefone e pode ver o réu se aproximar da porta e ficar gritando para as vítimas, não sabendo dizer o que ele berrava; que o réu também tentava forçar a porta para entrar; que depois de uns cinco minutos o agressor foi embora do local e chegou o Corpo de Bombeiros; [...] que deduziu que o réu era o agressor em razão de ele ter ficado na porta da loja gritando e tentando forçar a entrada; [...] (Edina Hellmann Zucconelli).

[...] que trabalhava na empresa Wj na época dos fatos; que no dia dos fatos no momento em que a depoente estava tentando fechar a loja, viu quando três pessoas conversavam, o réu e as duas vítimas; que se virou e quando voltou o olhar para as pessoas uma delas, um homem já estava sangrando; que as vítimas vieram em direção a loja seguidas pelo réu; que esclarece que no momento em que as três pessoas conversavam nada ouviu

da conversa, não podendo dizer se era uma discussão; que na época estava na loja a depoente, Edina e uma terceira funcionária, que não mora nesta cidade; que reabriram a loja para as vítimas entrarem; que o réu ficou do lado de fora gritando; que não pode ouvir o que ele falava, mas ele tentou entrar na loja; [...] que o réu permaneceu do lado de fora da loja por cerca de 5 minutos e depois foi embora; que neste momento o réu ficava sentado na bicicleta; que não viu o réu tentando forçar a porta para entrar na loja ; que acredita que no momento em que Edina estava ao telefone não tenha podido ver o agressor; que não viu nenhuma arma com o réu; que tudo aconteceu muito rápido; que o réu parecia estar transtornado e acredita que por ele estar de bicicleta tenha sido difícil alcançar as vítimas, pois Juliana correu rápido. [...] (Lucinéia Fuechter).

Nesse contexto, verifica-se que a versão apresentada pelo réu não está em consonância com as demais provas produzidas, e, portanto, procedem, pelo menos nesta fase preliminar, os fatos narrados na denúncia de que, após atingir a vítima Edson, o réu foi atrás de Juliana no estabelecimento comercial.

Bem evidenciada a questão fática, como dito anteriormente, cabe apenas definir se houve mero ato preparatório ou início de execução.

O conceito jurídico de tentativa é exposto em nosso ordenamento jurídico através de quatro teorias, a saber: teoria subjetiva, teoria objetiva-formal; teoria objetiva-material e teoria da hostilidade ao bem jurídico.

Para a teoria subjetiva, segundo lição de Rogério Greco, “haveria tentativa quando o agente, de modo inequívoco, exteriorizasse sua conduta no sentido de praticar a infração penal” (Curso de direito penal.: parte geral. 4.ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2004, p. 272).

Na teoria objetiva-formal “somente poderíamos falar em tentativa quando o agente já tivesse praticado a conduta descrita no núcleo do

tipo penal. Tudo o que antecede a esse momento é considerado como ato preparatório” (Ob. cit., p. 273).

A teoria objetivo-material “busca ser um complemento da primeira de natureza formal. Segundo Carlos Palma, por intermédio dela se incluem ‘ações que por sua necessária vinculação com a ação típica, aparecem como parte integrante dela, segundo uma natural concepção ou que produzem uma imediata colocação em perigo de bens jurídicos’” (Ob. cit., p. 273).

Há ainda a teoria da hostilidade ao bem jurídico, segundo a qual “teria de se indagar se houve ou não uma agressão direta ao bem jurídico. Ato executivo (ou de tentativa) é o que ataca efetiva e imediatamente o bem jurídico; ato preparatório é o que possibilita, mas não é ainda, sob o prisma objetivo, o ataque ao bem jurídico” (Ob. cit., p. 273-274).

No caso vertente, o agente estava munido de uma faca, logo não poderia praticar o crime de homicídio contra a vítima Juliana sem que estivesse próximo a ela, a menos que fosse um exímio arremessador de facas.

Em virtude do instrumento utilizado para a prática do crime, o ato do réu deslocar-se no encalço da vítima representa, sim, início de execução, cujo elemento subjetivo diferenciador dos tipos penais para definir se crime contra a vida ou de lesões corporais será definido por ocasião do julgamento de mérito.

O importante é que para a concretização da intenção do agente, seja provocar lesão corporal ou crime doloso contra a vítima, haveria necessidade de perseguir a vítima para então praticar os atos materiais contra seu corpo.

Se o agente estivesse munido de arma de fogo, a depender da distância e de sua habilidade, poderíamos estar diante de situação diversa, porém, no caso, o agente necessitaria se aproximar da sua ex-namorada para praticar qualquer tipo de crime e o ato de persegui-la até o local em que ela buscou abrigo demonstra início da execução.

Se fosse uma mera cogitação, ato impune, o agente não a teria perseguido.

A matéria é de fato tormentosa tanto no âmbito doutrinário quanto jurisprudencial e comporta uma série de situações cujas peculiaridades comportam temperamentos, mas, em regra, acolho a teoria subjetiva.

A divergência do ínclito Des. Jorge Schaefer Martins, posicionando-se pela aplicação da teoria objetivo-formal no tocante a tentativa, também encontra precedentes, porém não me parece acertada para bem equacionar o caso em apreço.

Pelo exposto, torna-se aplicável o disposto no art. 408 do Código de Processo Penal, porque há elementos demonstrando a existência de tentativa do crime de homicídio em relação a vítima Juliana e, quiçá, contra o feto, uma vez que estava grávida.

A legislação então vigor estabelecia que:

408. Se o juiz se convencer da existência do crime e de indícios de que o réu seja o seu autor, pronunciá-lo-á, dando os motivos do seu convencimento.

A redação do art. 414 do Código de Processo Penal dada pela Lei 11.689/2008 é inaplicável ao caso vertente por estar no período de *vacatio legis*, de modo que deve ser afastada a pretensão do recorrente em ver aplicado o art. 409 do Código de Processo Penal ao caso vertente.

Ante o exposto, consoante art. 408 do Código de Processo Penal, com a devida *venia* da divergência, nega-se provimento a este capítulo do recurso em sentido estrito.

4. Da absolvição sumária pela prática do crime de furto

O recorrente requereu a absolvição sumária, que guarda a seguinte conforção legislativa:

Art. 409. Se não se convencer da existência do crime ou de indício suficiente de que seja o réu o seu autor, o juiz julgará improcedente a denúncia ou a queixa.

Parágrafo único. Enquanto não extinta a punibilidade, poderá, em qualquer tempo, ser instaurado processo contra o réu, se houver novas provas.

A denúncia imputa ao réu a prática do crime de furto de uma jaqueta de couro e o celular de Edson que haviam caído nas margens da Rodovia Ivo Silveira, em Brusque/SC após o ataque do agente.

De um lado, a defesa sustentou que: i) não há provas da materialidade e autoria do crime de furto; ii) a *res furtiva* não foi encontrada; iii) as contradições nas declarações da vítima Edson constitui frágil elemento de cognição, de modo que o simples desaparecimento da jaqueta não lhe pode ser imputado.

Examinando o conjunto probatório, observa-se que ambas as vítimas afirmaram em Juízo que o réu levou a jaqueta e o celular da vítima Edson, conforme depoimentos de fls. 118-121.

Os demais elementos de cognição não permitem evidenciar com clareza que o fato não ocorreu ou que não houve conduta do agente.

A recuperação da *res furtiva*, é cediço, não constitui condição de procedibilidade de ação penal nem pressuposto para tipificação do crime de furto, portanto, não afastam a imputação da prática da infração penal descrita no art. 155, *caput* do Código Penal.

E no que tange a aventada divergência entre as versões apresentadas pela vítima quanto ao fato, não compete ao Tribunal de Justiça em sede de recurso em sentido estrito examinar a divergência, sob pena de ofensa a regra prevista no art. 5º, XXXVIII, 'c' da Constituição Federal.

A jurisprudência deste Tribunal não dissente dessa posição:

RECURSO CRIMINAL. HOMICÍDIO QUALIFICADO PELO MOTIVO FÚTIL E PELA SURPRESA. PRONÚNCIA.

RECURSO DEFENSIVO VISANDO À ABSOLVIÇÃO SUMÁRIA, POR NEGATIVA DE AUTORIA. PLEITO ALTERNATIVO DE EXCLUSÃO DAS QUALIFICADORAS, POR INOCORRENTES.

ABSOLVIÇÃO SUMÁRIA INVIÁVEL. MATERIALIDADE COMPROVADA E INDÍCIOS DA AUTORIA DELITIVA. ANIMUS NECANDI DO ACUSADO, EM TESE, CARACTERIZADO. VERSÕES DIFERENTES PARA O FATO, QUE DEVEM SER DIRIMIDAS PELO TRIBUNAL DO JÚRI. QUALIFICADORAS DO MOTIVO FÚTIL E DA SURPRESA COM RAZOÁVEL APOIO NOS AUTOS. MANUTENÇÃO. PRONÚNCIA MANTIDA.

RECURSO DEFENSIVO DESPROVIDO (Recurso Criminal 2011.014854-8, 4ª Câmara Criminal, Rel. Des. Roberto Lucas Pacheco, j. em 28.04.2011, v.u).

Portanto, afasto a pretendida absolvição sumária ante a ausência das hipóteses elencadas no art. 409 do Código de Processo Penal, de modo que a apreciação sobre a prática do crime de furto deverá ser efetuada pelo Conselho de Sentença.

Este é o voto.

Declaração de voto vencido do Exmo. Des. Jorge Schaefer Martins

EMENTA ADITIVA:

PROCESSO PENAL. TENTATIVA DE HOMICÍDIO. PROCEDIMENTO ESPECIAL DO JÚRI. SENTENÇA DE PRONÚNCIA. MANUTENÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA. MOTIVO NOVO NÃO APONTADO PELO MAGISTRADO, QUE FEZ REFERÊNCIA AOS MOTIVOS ANTERIORES, OS QUAIS NÃO PERSISTEM EM RAZÃO DO CUMPRIMENTO DA PRISÃO CAUTELAR E A

CONSEQUENTE TRAMITAÇÃO REGULAR DA AÇÃO PENAL.

A prisão preventiva decorrente da evasão do réu após os fatos narrados na denúncia e da sua não localização para a citação, não pode persistir após o cumprimento do mandado prisional e do término da instrução criminal que culminou com a sentença de pronúncia, sem que haja motivos novos capazes de demonstrar a necessidade da manutenção da segregação cautelar.

POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO, DE OFÍCIO, DAS MEDIDAS CAUTELARES INSERIDAS NO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL DIANTE DA LEI 12.403/2011. EXISTÊNCIA DE MEDIDAS ADEQUADAS AO CASO CONCRETO.

Salvo em prejuízo do réu, pode o Magistrado, de ofício, aplicar as medidas cautelares durante a instrução criminal, principalmente quando houver hipóteses que se adequam ao caso concreto e evitam a necessidade de manutenção da prisão preventiva.

TENTATIVA. *ITER CRIMINIS*. ATOS PREPARATÓRIOS QUE NÃO TEM O CONDÃO DE EXIGIR O DIREITO DE PUNIR DO ESTADO.

A fase externa do *iter criminis* divide-se em manifestação, preparação, execução e consumação, das quais as duas primeiras, salvo quando configurem tipos penais autônomos, não são suficientes para gerar o direito de punir do Estado.

PASSAGEM DOS ATOS PREPARATÓRIOS PARA OS EXECUTÓRIOS. SITUAÇÃO TÊNUE. EXISTÊNCIA DE DUAS TEORIAS. SUBJETIVA E OBJETIVA, ESTA COM SUBDIVISÃO.

A passagem dos atos preparatórios para os executórios é de suma importância para a configuração da tentativa no ordenamento jurídico penal brasileiro, pois aplica-se a teoria objetivo-formal, a qual preconiza “que ato executório é aquele que *“constitui uma parte real do fato incriminado pela lei”* (von Liszt, Birkmeyer), ou, nas palavras de Beling, atos executórios são os que fazem parte do núcleo do tipo (verbo) (cf. Hungria, Comentários ao Código Penal, v. I, t. II, p. 83-84)” (Nucci, Guilherme de Souza. Código penal comentado. 8. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, verbete 29-A, p. 173); ou a objetivo-individual, *“defendendo que os atos executórios não são apenas os que dão início à ação típica, atacando o bem jurídico, mas também os praticados imediatamente antes, desde que se tenha prova do plano concreto do autor* (Zaffaroni e Pierangeli, *ob. cit.*, p. 56) (ob. cit. p. 173).

NECESSIDADE DE ANÁLISE DO CASO CONCRETO PARA SE APURAR A OCORRÊNCIA OU NÃO DA TENTATIVA.

[...] qualquer teoria, à luz do caso concreto, pode ganhar contornos diferenciados, pois tudo depende das provas produzidas nos autos do inquérito (antes do oferecimento da denúncia ou queixa, voltando-se à formação da convicção do órgão acusatório) ou do processo (antes da sentença, tendo por fim a formação da convicção do julgador). Por isso, encontrar, precisamente, a passagem da preparação para a execução não é tarefa fácil, somente sendo passível de solução à vista da situação real (ob. cit., p. 174).

RÉU QUE ABORDA DUAS PESSOAS E INVESTE COM UMA FACA CONTRA UMA DELAS. ATO EXECUTÓRIO CONFIGURADO. VÍTIMA QUE SAI CORRENDO NO MOMENTO DA ABORDAGEM E ADENTRA EM ESTABELECIMENTO COMERCIAL. *ITER CRIMINIS*

QUE NÃO ULTRAPASSOU OS ATOS PREPARATÓRIOS. TENTATIVA DE HOMICÍDIO NÃO CONFIGURADA. HIPÓTESE QUE PODE CONFIGURAR APENAS CRIME AUTÔNOMO.

Demonstrado nos autos que logo após a abordagem do réu uma das vítimas correu e adentrou em estabelecimento comercial, sem que o réu a perseguisse de imediato, apenas depois de investir golpes de faca contra a outra vítima, não há falar em dupla tentativa de homicídio, pois somente em relação àquela em que desferidos os golpes deve o agente responder pela tentativa perante o Conselho de Sentença.

CONJUNTO PROBATÓRIO QUE COMPROVA A MATERIALIDADE E INDÍCIOS SUFICIENTES PARA ENSEJAR O RECONHECIMENTO DA AUTORIA DOS FATOS NARRADOS NA DENÚNCIA BEM COMO TER AGIDO, EM TESE, SOB *ANIMUS NECANDI*, ALÉM DE TER FURTADO OBJETOS DE UMA DAS VÍTIMAS. DESCLASSIFICAÇÃO PARA LESÃO CORPORAL E EXCLUSÃO DO CRIME DE FURTO. IMPOSSIBILIDADE NESTA FASE PROCESSUAL. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

Comprovada a materialidade e existentes indícios suficientes de autoria, eventual desclassificação do suposto crime de homicídio para lesão corporal, bem como o não cometimento do crime de furto, devem ser dirimidos pelo Conselho de Sentença.

Primeiramente, analisa-se a manutenção da prisão preventiva e a consequente negativa do direito de recorrer em liberdade. Com efeito, a Autoridade Judiciária de primeiro grau decretou a prisão preventiva do réu, da seguinte forma:

Considerando que o acusado logo após o cometimento do grave ilícito penal evadiu-se do distrito da culpa, tomando rumo ignorado, decreto sua custódia preventiva com fundamento na garantia da ordem pública, conveniência da instrução criminal e aplicação da lei penal, posto que presentes os requisitos do art. 312, do CPP (fl. 39).

E, na decisão de pronúncia, manteve a segregação provisória à motivação de que “ainda se mantém hígidos os motivos” acima mencionados.

Ora, consoante o § 3º do artigo 413 do Código de Processo Penal, ao pronunciar o réu

O juiz decidirá, motivadamente, no caso de manutenção, revogação ou substituição da prisão ou medida restritiva de liberdade anteriormente decretada e, tratando-se de acusado solto, sobre a necessidade da decretação da prisão ou imposição de quaisquer das medidas previstas no Título IX do Livro I deste Código.

Contudo, no caso concreto, conforme apontado pelo Dr. José Eduardo Orofino da Luz Fontes na fl. 211, o Magistrado não apontou qualquer motivo novo para a continuidade da prisão, apenas fez referência aos motivos anteriores, os quais, data vênia, não persistem, pois houve o cumprimento do mandado de prisão e, em consequência, a tramitação regular da ação penal.

Ademais, já decidiu esta Corte:

RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. RÉU EM LOCAL INCERTO E NÃO SABIDO. CITAÇÃO EDITALÍCIA. REVELIA. SUSPENSÃO DO PROCESSO E DO PRAZO PRESCRICIONAL. DECISÃO QUE INDEFERIU O PEDIDO DE PRISÃO PREVENTIVA. PLEITO DO MINISTÉRIO PÚBLICO FUNDADO EXCLUSIVAMENTE NOS PREJUÍZOS DECORRENTES DA AUSÊNCIA DO ACUSADO. INSUFICIÊNCIA DE MOTIVAÇÃO DO PEDIDO. PRESSUPOSTOS DO ART. 312 NÃO SATISFEITOS. DECISÃO MANTIDA. RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO (Recurso Criminal n. 2011.006993-6, de São Bento do Sul, rel. Des. Newton Varella Júnior).

Finalmente, não se pode olvidar da Lei 12.403/2011, vigente a partir do dia 4 de julho de 2011, a qual alterou vários dispositivos do Código de Processo Penal pertinentes à prisão cautelar, inclusive com várias novidades, entre as quais, a aplicação de medidas cautelares como forma de evitar a medida extrema. *In casu*, pelo menos duas delas se adequam a hipótese dos autos, pois extrai-se dos depoimentos prestados pelas vítimas, em juízo, que o réu após os fatos narrados na denúncia continuou fazendo ameaças, por telefone ou por terceiros, o que motiva a proibição de manter contato com as vítimas (inciso III). Outra medida cautelar recomendada no caso concreto é a proibição do réu de ausentar-se da Comarca sem autorização judicial (inciso IV), pois se evadiu do distrito da culpa e dificultou a sua citação, acarretando inclusive a aplicação da suspensão do processo e do prazo prescricional, bem como a prisão preventiva. Estes elementos concretos são suficientes para demonstrar a necessidade da medida para o término da instrução, no caso em tela o julgamento pelo Tribunal do Júri.

Outrossim, sabe-se que a Lei 12.403/2011 trouxe novas regras penais, processuais penais e híbridas, portanto, como se trata de lei mais benéfica ao réu aplica-se imediatamente.

Sendo assim, votei pela revogação da prisão preventiva para reconhecer o direito de recorrer em liberdade, e, de ofício, aplicar as medidas cautelares previstas nos incisos III e IV do artigo 319 do Código de Processo Penal.

No mais, é de se dizer que na sentença de pronúncia basta a comprovação da materialidade dos fatos e a existência de indícios da autoria ou participação.

Quanto à vítima Edson, o laudo acostado na fl. 16 demonstra que houve a violação à integridade física da vítima por meio de instrumento perfurante, além de que o próprio réu em seu interrogatório admite que desferiu facadas contra a vítima Edson, da seguinte forma:

[...] que parou para conversar com as vítimas e esclarecer os motivos das ameaças de Edson; que então ocorreu uma discussão entre ambos; que logo em seguida entraram em luta corporal; que neste momento o interrogando sacou de uma faca que trazia à cintura e passou a desferir contra Edson; que não chegou a perceber em que parte do corpo atingiu a vítima; que também não viu o momento em que atingiu Edson; que em dado momento empurrou Edson no barranco, às margens da rodovia; [...] (fl. 141).

Ademais, o conjunto probatório, adiante esmiuçado, é suficiente para determinar sua submissão ao Tribunal do Júri.

Assim, em relação ao suposto crime de tentativa de homicídio cometido contra a vítima Edson, também manteve a decisão de pronúncia.

Por outro lado, no tocante a vítima Juliana observa-se dos fatos narrados na denúncia que o réu saiu correndo atrás dela, porém como ela adentrou em um estabelecimento comercial não conseguiu atacá-la, ficando apenas ameaçando-a fora do estabelecimento.

Estes fatos foram negados pelo réu, pois em seu interrogatório disse que após empurrar a vítima Edson no barranco, continuou andando e não foi atrás da vítima Juliana, a qual já teria fugido do local no início da discussão e se abrigado no estabelecimento comercial.

Esta versão, não converge com os depoimentos prestados em juízo pelas vítimas, pois Juliana disse

[...] que tão logo alcançou as vítimas, o acusado abandonou a bicicleta, sacou de uma faca que trazia consigo e investiu contra Edson; que a informante imediatamente saiu correndo; que o acusado atingiu Edson com um golpe de faca no braço esquerdo; que após atingir Edson o acusado começou a correr atrás da informante com a faca em punho; que a informante correu para o interior da loja WJ; que as funcionárias fecharam a porta para impedir que o acusado entrasse; que este do lado de fora continuava dizendo que iria matar a informante; que gritaram dizendo que a polícia já estava chegando; que então o acusado saiu do local dizendo que ‘era bandido, não tinha medo e ia matar nos dois’; que logo depois Edson veio correndo pelo

meio da vegetação e também se escondeu no interior da loja; que neste momento o acusado retornou até a porta de entrada da loja, demonstrando vontade de entrar; que em frente a loja o acusado continuava com a faca em uma das mãos; [...] (fl. 119).

Por sua vez, Edson declarou que

[...] que imediatamente o acusado veio em direção as vítimas; que o acusado começou a dizer: ‘sou bandido, sou bandido, e agora você vai ver quem eu sou’; que ato contínuo sacou de uma faca que trazia na cintura e partiu para cima do informante e sua companheira; que o acusado veio contra o informante e quando percebeu que seria atingido acabou se protegendo com uma jaqueta de couro que vestia; que o acusado acertou três ou quatro golpes de faca na jaqueta; que enquanto isso o informante caminhava de ré tentando se defender; que em dado momento perdeu o equilíbrio e quando estava caindo foi atingido com um golpe no braço esquerdo; que em seguida caiu e ‘rolei para a grota’; que neste instante o acusado saiu correndo atrás de Juliana, a qual havia corrido para a loja WJ; [...] que depois que o informante também conseguiu correr para o interior da loja WJ, o acusado veio até a porta, com a faca na mão, dizendo que iria matar as vítimas, [...] que pela forma como o acusado agiu o informante concluiu que ‘a prioridade do acusado era matar ela’; que a esposa saiu correndo no momento em que viu que o informante havia sido atingido por um golpe de faca; [...] que no momento em que caiu na grota o acusado se voltou contra a esposa do informante; [...] (fl. 120).

A versão apontada pelas vítimas de que o réu foi até a loja e tentou adentrar o interior do estabelecimento comercial encontra respaldo nos depoimentos de fls. 106 e 107, nestes termos:

[...] que estava colocando o cadeado na porta, quando, ao se virar viu Edson já ensanguentado e Juliana, que estava grávida; que Juliana pedia ajuda; que a depoente não viu o réu até este momento e não sabia que era o responsável pela agressão; que abriu a loja novamente para ligar para o Corpo de Bombeiros; que neste momento as vítimas adentraram na loja, quando a outra funcionária fechou a loja e a trancou; que a depoente estava ao telefone e pode ver o réu se aproximar da porta e ficar gritando para as vítimas, não sabendo dizer o que ele berrava; que o réu também tentava forçar a porta para entrar; que depois de uns cinco minutos o agressor foi embora do

local e chegou o Corpo de Bombeiros; [...] que deduziu que o réu era o agressor em razão de ele ter ficado na porta da loja gritando e tentando forçar a entrada; [...] (Edina Hellmann Zucconelli).

[...] que trabalhava na empresa Wj na época dos fatos; que no dia dos fatos no momento em que a depoente estava tentando fechar a loja, viu quando três pessoas conversavam, o réu e as duas vítimas; que se virou e quando voltou o olhar para as pessoas uma delas, um homem já estava sangrando; que as vítimas vieram em direção a loja seguidas pelo réu; que esclarece que no momento em que as três pessoas conversavam nada ouviu da conversa, não podendo dizer se era uma discussão; que na época estava na loja a depoente, Edina e uma terceira funcionária, que não mora nesta cidade; que reabriram a loja para as vítimas entrarem; que o réu ficou do lado de fora gritando; que não pode ouvir o que ele falava, mas ele tentou entrar na loja; [...] que o réu permaneceu do lado de fora da loja por cerca de 5 minutos e depois foi embora; que neste momento o réu ficava sentado na bicicleta; que não viu o réu tentando forçar a porta para entrar na loja ; que acredita que no momento em que Edina estava ao telefone não tenha podido ver o agressor; que não viu nenhuma arma com o réu; que tudo aconteceu muito rápido; que o réu parecia estar transtornado e acredita que por ele estar de bicicleta tenha sido difícil alcançar as vítimas, pois Juliana correu rápido. [...] (Lucinéia Fuechter).

Nesse contexto, verifica-se que a versão apresentada pelo réu não está em consonância com as demais provas produzidas, e, portanto, procedem, pelo menos nesta fase preliminar, os fatos narrados na denúncia de que, após atingir a vítima Edson, o réu foi atrás de Juliana no estabelecimento comercial.

Dito isto, pergunta-se se em relação à vítima Juliana, o fato do réu ter ido atrás dela no estabelecimento comercial, caracteriza o início dos atos executórios para a prática do crime de homicídio?

Assim, deve-se analisar acerca do *iter criminis* para a configuração do delito de homicídio, pois se não houve o início dos atos executórios não

há falar em tentativa no ordenamento jurídico penal brasileiro, já que se adota a teoria objetiva.

A propósito, a respeito das teorias que alicerçam a punição da tentativa, colhe-se os comentários de Guilherme de Souza Nucci:

[...] são basicamente quatro: a) subjetiva (voluntarística ou monista): leva em consideração, para justificar a punição da tentativa, fundamentalmente, a vontade criminosa, desde que nítida, podendo ela estar presente e identificada tanto na preparação quanto na execução. Leva-se em conta apenas o desvalor da ação, não importando, para a punição, o desvalor do resultado. Nesse caso, inicia-se a possibilidade de punir a partir do momento em que o agente ingressa na fase da preparação. Como o objetivo é punir aquele que manifesta vontade contrária ao direito, nem sempre deve o juiz atenuar a pena; b) objetiva (realística ou dualista): o objetivo da punição da tentativa volta-se ao perigo efetivo que o bem jurídico corre, o que somente se configura quando os atos executórios, de caráter unívoco, têm início, com idoneidade, para atingi-lo. É a teoria adotada pelo art. 14, II, do Código Penal Brasileiro. Leva-se em consideração tanto o desvalor da ação quanto o desvalor do resultado. A redução da pena torna-se, então, obrigatória, uma vez que somente se poderia aplicar a pena igual à que seria cabível ao delito consumado se o bem jurídico se perdesse por completo – o que não ocorre na figura da tentativa. [...] c) subjetivo-objetiva (teoria da impressão): o fundamento da punição é representado pela junção da avaliação da vontade criminosa com um princípio de risco ao bem jurídico protegido. Nas palavras de Roxin, ‘a tentativa é punível, quando e na medida em que é apropriada para produzir na generalidade das pessoas uma impressão juridicamente ‘abaladora’; ela põe, então, em perigo a paz jurídica e necessita, por isso, de uma sanção correspondente a esta medida’ [...]. Como se leva em consideração a vontade criminosa e o abalo que a sua manifestação pode causar à sociedade, é faculdade do juiz reduzir a pena; d) teoria sintomática: preconizada pela Escola Positiva, entende que o fundamento de punição da tentativa concentra-se na análise da periculosidade do agente. Poder-se-ia punir os atos preparatórios, não se necessitando reduzir a pena, de caráter eminentemente preventivo (Código penal comentado. 8. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, verbete 29-A, p. 171) (sem grifo no original).

Ora, para a teoria subjetiva ou monista o fato do agente ter ido atrás da vítima com uma faca seria suficiente para configurar a tentativa do crime de homicídio, pois bastaria a vontade criminosa, independente de qualquer resultado em relação ao bem jurídico tutelado pela norma penal, no caso concreto, a vida do ser humano.

Por sua vez, a teoria objetiva entende que não basta a intenção do agente, mas também o resultado, ou seja, exige-se o perigo efetivo do bem jurídico tutelado. E, pergunta-se novamente. O fato do agente ter tentado adentrar no estabelecimento comercial colocou em perigo efetivo a vida da vítima Juliana? Deve ser considerado como ato executório para o cometimento do crime de homicídio?

Sobre o *iter criminis*, comenta o citado doutrinador:

31. **Conceito e divisão do *iter criminis*:** trata-se do percurso para a realização do crime, que vai da cogitação à consumação. Divide-se em duas fases – interna e externa – que se subdividem: a) fase interna, que ocorre na mente do agente, percorrendo, como regra, as seguintes etapas: a.1) *cogitação*: é o momento de ideação do delito, ou seja, quando o agente tem a idéia de praticar o crime; a.2) *deliberação*: trata-se do momento em que o agente pondera os prós e os contras da atividade criminosa idealizada; a.3) *resolução*: cuida do instante em que o agente decide, efetivamente, praticar o delito. Tendo em vista que a *fase interna* não é exteriorizada, logicamente não é punida, pois *cogitationis poenam nemo patitur* (ninguém pode ser punido por seus pensamentos), conforme já proclamava Ulpiano (Digesto, lib. XLVIII, título 19, lei 18); b) fase externa, que ocorre no momento em que o agente exterioriza, através de atos, seu objetivo criminoso, subdividindo-se em: **b.1) *manifestação*: é o momento em que o agente proclama a quem queira e possa ouvir a sua resolução. Embora não possa ser punida esta fase como tentativa do crime almejado, é possível tornar-se figura típica autônoma, como acontece com a concretização do delito de ameaça; b.2) *preparação*: é a fase de exteriorização da idéia do crime, através de atos, que começam a materializar a perseguição ao alvo idealizador, configurando uma verdadeira ponte entre a fase interna e a execução. O agente ainda não ingressou nos atos**

executórios, daí não é punida a preparação no direito brasileiro (ver nota 29-A supra). [...] execução: é a fase de realização da conduta designada pelo núcleo da figura típica, constituída, como regra, de atos idôneos e unívocos para chegar ao resultado, mas também daqueles que representarem atos imediatamente anteriores a estes, desde que se tenha certeza do plano concreto do autor [...] Exemplo: comprar um revólver para matar a vítima é apenas a preparação do crime de homicídio, embora dar tiros na direção do ofendido signifique atos idôneos para chegar ao núcleo da figura típica “matar”; b.4) *consumação*: é o momento de conclusão do delito, reunindo todos os elementos do tipo penal. [...] 32. **Passagem da preparação para a execução:** não se trata de tema fácil e uniforme. Há, basicamente, duas teorias acerca do assunto; a) *subjetiva*: não existe tal passagem, pois o importante é a vontade criminosa, que está presente, de maneira nítida, tanto na preparação quanto na execução do crime. Ambas trazem punição ao agente; b) *objetiva*: **o início da execução é invariavelmente constituído de atos que principiem a concretização do tipo penal.** Trata-se da teoria adotada pelo Código Penal e sustentada pela doutrina pátria. Há, pois, maior segurança para o agente, que não será punido simplesmente pelo seu “querer”, salvo quando exteriorizado por atos que sejam próprios e adequados a provocar o evento típico, causando um perigo real ao bem jurídico protegido pela norma penal. Ainda assim, dentro da teoria objetiva, a doutrina se divide em várias correntes, embora haja o predomínio das seguintes: a) *teoria objetivo-formal*, preconizando que ato executório é aquele que “constitui uma parte real do fato incriminado pela lei” (von Liszt, Birkmeyer), ou, nas palavras de Beling, atos executórios são os que fazem parte do núcleo do tipo (verbo) (cf. Hungria, Comentários ao Código Penal, v. I, t. II, p. 83-84). Ainda no contexto da teoria objetivo-formal, pode-se destacar a teoria da hostilidade ao bem jurídico, sustentando ser ato executório aquele que ataca o bem jurídico, retirando-o do “estado de paz”. É a teoria adotada por Meyer e seguida por Hungria (Comentários ao Código Penal, v. I, t. II, p. 84). É a teoria que sustenta serem atos executórios apenas os idôneos e unívocos para atingir o resultado típico. Em seu apoio, além de Hungria, estão Frederico Marques (Tratado de direito penal, v. II, p. 373-374) e Paulo José da Costa Jr. (Comentários ao Código Penal, 7. ed., p. 50); b) *teoria objetivo-material*, afirmando que

atos executórios não são apenas os que realizam o núcleo do tipo ou atacam o bem jurídico, mas também aqueles imediatamente anteriores ao início da ação típica, valendo-se o juiz do critério do terceiro observador para ter certeza da punição (cf. Exposição de Zaffaroni e Pierangeli, *Da tentativa*, p. 56). [...] **c) teoria objetivo-individual**, defendendo que os atos executórios não são apenas os que dão início à ação típica, atacando o bem jurídico, mas também os praticados imediatamente antes, desde que se tenha prova do plano concreto do autor (Zaffaroni e Pierangeli, ob. cit., p. 56). **Logo, a diferença entre esta última teoria e a objetivo-material é que não se necessita do terceiro-observador; ao contrário, deve-se buscar prova do plano concreto do agente, sem avaliação exterior. A primeira teoria – objetivo-formal, abrangendo a da hostilidade ao bem jurídico – predominava no Brasil, por ser, em tese, mais segura na averiguação da tentativa. Entretanto, as duas últimas vêm crescendo na prática dos tribunais, especialmente porque, com o aumento da criminalidade, têm melhor servido à análise dos casos concretos, garantindo punição a quem está em vias de atacar o bem jurídico, sendo desnecessário aguardar que tal se realize, desde que se tenha prova efetiva disso. [...] Parece-nos a teoria objetivo-individual a mais acertada. Ademais, a teoria objetivo-formal é extremamente restritiva, pretendendo punir somente atos idôneos e unívocos para atingir o resultado, desprezando os imediatamente anteriores, igualmente perigosos ao bem jurídico, o que de certo modo, significa aguardar em demasia o percurso criminoso do agente. De todo exposto, no entanto, deve-se ressaltar que qualquer teoria, à luz do caso concreto, pode ganhar contornos diferenciados, pois tudo depende das provas produzidas nos autos do inquérito (antes do oferecimento da denúncia ou queixa, voltando-se à formação da convicção do órgão acusatório) ou do processo (antes da sentença, tendo por fim a formação da convicção do julgador). Por isso, encontrar, precisamente, a passagem da preparação para a execução não é tarefa fácil, somente sendo passível de solução à vista da situação real** (ob. Cit., verbetes 31 e 32, p. 171 a 174) (sem grifo no original).

E, a respeito, da diferença entre atos preparatórios e atos de execução menciona Rogério Greco:

Talvez um dos maiores problemas que enfrentamos ao iniciarmos o estudo do Direito Penal seja justamente tentar diferenciar os atos preparatórios, não puníveis pela nossa lei, dos chamados atos de execução, uma vez que a linha que os separa é por demais tênue.

Várias teorias surgiram, ao longo do tempo, com a finalidade de elaborar essa distinção. A conclusão de que determinado ato praticado pelo agente é preparatório ou de execução tem repercussões importantíssimas. Como já foi visto, a cogitação e os atos preparatórios não são puníveis, uma vez que a lei penal somente se interessa pelo fato quando o agente, ressalvadas as hipóteses de punição dos atos preparatórios como infrações autônomas, inicia os atos de execução.

Assim, se considerarmos como preparatório o ato, com ele não se importará o Direito Penal, ao passo que, se o interpretarmos como de execução, sobre ele já terá incidência a lei, podendo-se falar, a partir daí, pelo menos, em tentativa, caso o agente não chegue à consumação por circunstâncias alheias à sua vontade. [...] Na verdade, não obstante os esforços expendidos por um grande número de doutrinadores a fim de demarcar a fronteira entre os atos preparatórios e os de execução, tal tarefa, mesmo nos dias de hoje, ainda não foi superada. Há atos que, com toda certeza, reputaríamos como preparatórios ao início da execução da infração penal, como, *v.g.*, a aquisição da arma pelo agente e a procura de automóvel mais fácil de ser subtraído, em face da ausência de dispositivos de segurança; há outros que, também com absoluta certeza, entenderíamos como de execução, como no caso se o agente já estar se retirando do interior da casa da vítima levando consigo algumas jóias a ela pertencentes, ou mesmo daquele que inicia o acionamento da arma puxando o gatilho.

Embora existam os atos extremos, em que não há possibilidade de serem confundidos, a controvérsia reside naquela zona cinzenta na qual, por mais que nos esforcemos, não teremos a plena convicção se o ato é de preparação ou de execução. Ainda não surgiu, portanto, teoria suficientemente clara e objetiva que pudesse solucionar esse problema (GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal. 11 ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2009, v. I, p. 252 e 254).

Por sua vez, leciona Damásio de Jesus:

A diferença entre atos preparatórios e de execução, segundo a doutrina, baseia-se em dois critérios:

- a) critério material: há ato executório quando a conduta do agente ataca o bem jurídico;
- b) critério formal: existe ato de execução quando o comportamento do agente dá início à realização do tipo.

O critério material não satisfaz, pois o perigo ao bem jurídico também pode apresentar-se em face da realização dos atos preparatórios. Pode ser um elemento secundário, não exclusivo, para a solução do problema quando se apresenta um fato duvidoso. De acordo com o segundo critério, só há começo de execução quando o sujeito inicia a realização de um comportamento que se adapte ao núcleo do tipo, não se pode deixar de reconhecer o início de atos executórios do crime e a existência da tentativa. [...] Em face disso, estamos hoje abandonando as teorias material e formal-objetiva e aceitando a objetiva-individual, defendida por Welzel e Zaffaroni. Para ela, é necessário distinguir-se “começo de execução do crime” e “começo de execução da ação típica”. Se o sujeito realiza atos que se amoldam ao núcleo do tipo, certamente está executando a ação típica e o crime. Mas, como começo de execução da conduta típica não é o mesmo que começo de execução do crime, o conceito deste último deve ser mais amplo. Por isso, o começo de execução do crime abrange os atos que, de acordo com o plano do sujeito, são imediatamente anteriores ao início de execução da conduta típica. Nosso CP, no art. 14, II, fala em início de execução do crime, não se referindo a início de execução da ação típica. Diante disso, é perfeitamente aceitável o entendimento de que também são atos executórios do crime aqueles imediatamente anteriores à conduta que se amolda ao verbo do tipo.

A distinção é importante, uma vez que só se cogita da tentativa a partir da realização de atos executórios do crime. Antes, havendo atos preparatórios, em regra, como vimos, a conduta é atípica (JESUS, Damásio E. de. Direito Penal, volume 1: parte geral, 31 ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 373 e 374).

E, diante sobre os elementos da tentativa argumenta:

São elementos da tentativa:

- 1º) início de execução do crime; e

2º) não consumação do crime por circunstâncias alheias à vontade do agente.

O primeiro elemento está expresso no art. 14, II: diz-se do crime de tentativa quando, “iniciada a execução”, não se consuma, por circunstâncias alheias à vontade do agente.

Exigindo a lei atos de execução, não aceitou a teoria subjetiva ou voluntarista, que se contenta com a exteriorização da vontade através da prática de atos preparatórios; nem com a sintomática, que se satisfaz simplesmente com a periculosidade subjetiva manifestada. Foi aceita a teoria objetiva, exigindo um início típico de execução. **Assim, tendo em vista o homicídio, são atos preparatórios: a compra da arma, a busca de lugar adequado, o pacto com os comparsas, a procura do desafeto, a tocaia, o empolgar o punhal, o fazer pontaria com a arma de fogo; são atos de execução: o disparo do projétil, o colocar o veneno na alimentação da vítima, o brandir o punhal para atingir o desafeto. Somente estes constituem início da execução. Os atos preparatórios não incidem sob a norma de extensão** (JESUS, Damásio E. de. Direito Penal, volume 1: parte geral, 31 ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 376) (sem grifo no original).

Finalmente, Fernando Capez ao dissertar sobre tentativa aponta o critério utilizado por Nelson Hungria para distinguir ato preparatório de início de execução, da seguinte forma:

Tentativa. Crime doloso. Considera-se tentado o crime quando, iniciada a sua execução, não se verifica o resultado naturalístico por circunstâncias alheias à vontade do agente (CP, art. 14, II). Tratando-se de crime material, o homicídio admite tentativa, que ocorrerá quando, iniciada a execução do homicídio, este não se consumir por circunstâncias alheias à vontade do agente. Para a tentativa, é necessário que o crime saia de sua fase preparatória e comece a ser executado, pois somente quando se inicia a execução é que haverá início de fato típico. O crime percorre quatro etapas (*iter criminis*) até realizar-se integralmente: a) cogitação – nessa fase o agente apenas mentaliza, idealiza, planeja, representa mentalmente a prática do crime; **b) preparação – são atos anteriores necessários ao início da execução, mas que ainda não configuram início de ataque ao bem jurídico, já que o agente ainda não começou a realizar o verbo constante da definição legal (núcleo do tipo);** c) execução

– aqui o bem jurídico começa a ser atacado. Nessa fase o agente inicia a realização do verbo do tipo e o crime já se torna punível, ao contrário das fases anteriores; d) consumação – todos os elementos que se encontram descritos no tipo penal foram realizados. Nélson Hungria nos traz um critério distintivo entre ato preparatório e início de execução: ‘ato executivo (ou de tentativa) é o que ataca o bem jurídico; ato preparatório é o que possibilita, mas não ainda, do ponto de vista objetivo, o ataque ao bem jurídico. Assim, tendo-se em vista o homicídio, serão atos preparatórios: a aquisição da arma ou do veneno, a procura do local propício, o ajuste de auxiliares, o enalço do adversário, a emboscada, o fazer a pontaria com a arma de fogo, o sacar o punhal; **serão atos executivos: o disparo do tiro, o deitar o veneno no alimento destinado à vítima aludida, o brandir o punhal para atingir o adversário. Nos casos de irreduzível dúvida sobre se o ato constitui um ataque ou apenas uma predisposição para o ataque, o juiz terá de pronunciar o non liquet, negando a tentativa**’. Dessa distinção entre as várias etapas do crime resulta que o conceito de tentativa não se estende aos atos preparatórios. O crime tentado exige o começo de execução. **É que não se pode dizer que há crime quando nem sequer há o perigo de dano ao bem jurídico penalmente protegido.** Consoante o ensinamento de Nélson Hungria: **“enquanto não atinge esse *minimum de atuação objetiva*, a vontade criminosa, do ponto de vista penal, é um nada jurídico”**. Para nós, só há início de execução quando o sujeito começa a praticar o verbo do tipo, ou seja, quando começa a “matar”, a “subtrair”, a “constranger”, etc. **Assim, se o agente recebe um tapa no rosto e, prometendo matar o seu agressor, vai até a sua residência, pega sua arma de fogo, retorna ao local da briga e é preso em flagrante momentos antes de efetuar o primeiro disparo, não há como falar em tentativa de homicídio, pois o agente ainda não havia começado a “matar”. O início de execução, portanto, ocorre com a prática do primeiro ato idôneo, isto é, apto a produzir a consumação, e inequívoco à produção do resultado. Antes de apertar o gatilho, por mais que se esteja no limiar do ataque, ainda não se realizou o primeiro ato idôneo a produzir a morte da vítima** (CAPEZ, Fernando. Curso de direito penal, volume 2: parte especial: dos crimes contra a pessoa a dos crimes contra o sentimento religioso e contra o respeito aos mortos (arts. 121 a 212) 6 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 18 e 19).

A par destas considerações acerca da tentativa, observa-se dos fatos narrados na denúncia que o réu foi diretamente ao encontro da vítima Edson e o atacou com uma faca, inclusive atingindo-a em uma das investidas, e depois partiu atrás da vítima Juliana (ato preparatório), porém não iniciou os atos executórios, o que, em consonância com a teoria objetivo-formal, afasta a possibilidade de tentativa, pois não realizou nenhum ato idôneo ou unívoco para atingir o resultado típico em relação à vítima Juliana.

A propósito, a vítima Juliana disse que tão logo o réu alcançou as vítimas, o acusado abandonou a bicicleta, sacou de uma faca que trazia consigo e investiu contra Edson com um golpe de faca no braço esquerdo e depois começou a correr atrás da informante com a faca em punho (fl. 119). Por sua vez, a vítima Edson declarou que o réu veio em direção às vítimas e ato contínuo sacou de uma faca que trazia na cintura e partiu para cima do informante e sua companheira, porém o acusado veio contra o informante, o qual se protegeu com sua jaqueta, mas após vários golpes foi atingindo no braço esquerdo e caiu em uma grota, instante em que o réu partiu atrás da vítima Juliana, a qual havia corrido para a loja WJ. Disse, ainda, a vítima Edson, que pela forma em que o réu agiu a prioridade era matar Juliana (fl. 120).

E, da fase policial extrai-se importante declaração da vítima Edson, nestes termos:

[...] que, o acusado passou pelo declarante, largou sua bicicleta no acostamento da pista e partiu para cima do declarante; que, o declarante portava em suas mãos uma jaqueta de couro com a qual se defendia das facadas; que, Juliana estava grávida de cinco meses e ficou em estado de choque, momento em que o declarante a empurrou e mandou que corresse; que, o declarante caiu no chão tendo Márcio corrido atrás de Juliana que conseguiu esconder-se dentro da loja (fl. 07) (sem grifo no original).

Por sua vez, a vítima Juliana na fase policial disse:

[...] foram abordados por Márcio que armado de uma faca partiu para cima de Edson ferindo-o em seu braço; que, a declarante na época estava grávida de cinco meses e logo após as agressões sofridas por Edson, Márcio correu atrás da declarante com a faca na mão, no entanto a declarante conseguiu chegar até a loja WJ, [...] (fl. 09).

Ora, ambas as vítimas afirmam que o réu, em primeiro lugar, foi ao encontro da vítima Edson. A vítima Juliana, em seu depoimento em juízo, mencionou que “o acusado abandonou a bicicleta, sacou de uma faca que trazia consigo e investiu contra Edson; que a informante imediatamente saiu correndo” (fl. 118), e ao ser perguntada pela defesa afirmou “que não viu o momento em que o companheiro caiu, pois estava fugindo do local” (fl. 119).

A versão apontada pelas vítimas de que o réu foi até a loja e tentou adentrar o interior do estabelecimento comercial encontra respaldo nos depoimentos de fls. 106 e 107, nestes termos:

[...] que estava colocando o cadeado na porta, quando, ao se virar viu Edson já ensanguentado e Juliana, que estava grávida; que Juliana pedia ajuda; que a depoente não viu o réu até este momento e não sabia que era o responsável pela agressão; que abriu a loja novamente para ligar para o Corpo de Bombeiros; que neste momento as vítimas adentraram na loja, quando a outra funcionária fechou a loja e a trancou; que a depoente estava ao telefone e pode ver o réu se aproximar da porta e ficar gritando para as vítimas, não sabendo dizer o que ele berrava; que o réu também tentava forçar a porta para entrar; que depois de uns cinco minutos o agressor foi embora do local e chegou o Corpo de Bombeiros; [...] que deduziu que o réu era o agressor em razão de ele ter ficado na porta da loja gritando e tentando forçar a entrada; [...] (Edina Hellmann Zucconelli).

[...] que trabalhava na empresa WJ na época dos fatos; que no dia dos fatos no momento em que a depoente estava tentando fechar a loja, viu quando três pessoas conversavam, o réu e as duas vítimas; que se virou e quando voltou o olhar para as pessoas uma delas, um homem já estava sangrando; que as vítimas vieram em direção a loja seguidas pelo réu; que esclarece que no momento em que as três pessoas conversavam nada ouviu da conversa, não podendo

dizer se era uma discussão; que na época estava na loja a depoente, Edina e uma terceira funcionária, que não mora nesta cidade; que reabriram a loja para as vítimas entrarem; que o réu ficou do lado de fora gritando; que não pode ouvir o que ele falava, mas ele tentou entrar na loja; [...] que o réu permaneceu do lado de fora da loja por cerca de 5 minutos e depois foi embora; que neste momento o réu ficava sentado na bicicleta; que não viu o réu tentando forçar a porta para entrar na loja; que acredita que no momento em que Edina estava ao telefone não tenha podido ver o agressor; que não viu nenhuma arma com o réu; que tudo aconteceu muito rápido; que o réu parecia estar transtornado e acredita que por ele estar de bicicleta tenha sido difícil alcançar as vítimas, pois Juliana correu rápido. [...] (Lucinéia Fuechter).

Da mesma forma, as testemunhas acima afirmaram em juízo que as vítimas chegaram juntas ao estabelecimento comercial. Além disso, a testemunha Lucinéia afirma que foram seguidas pelo réu, porém em seu depoimento na fase policial menciona que primeiro chegou uma “senhora correndo e pedindo ajuda”, a qual alegava que haviam sido vítima de roubo e logo em seguida veio outro rapaz com o braço sangrando e pedindo ajuda” (fl. 11). Também disse, em juízo, que “por ele estar de bicicleta tenha sido difícil alcançar as vítimas, pois Juliana correu rápido” (fl. 107). E, Edina na fase policial mencionou que viram um rapaz e uma mulher caminhando rapidamente em direção a porta de entrada da loja e pediam ajuda (fl. 10).

À esta altura, uma coisa é certa, em nenhum momento o réu chegou a golpear a vítima Juliana, não se tem prova sequer de que ele esteve próximo dela, pois as duas vítimas foram categóricas em afirmar que o réu investiu primeiro contra a Vítima Edson, apenas depois correu atrás da vítima Juliana.

Portanto, para a teoria objetivo-formal não há falar em tentativa em relação à vítima Juliana, pois em nenhum momento ocorreu ato executório idôneo e unívoco para atingir o resultado típico, na hipótese, “matar

alguém”, tendo a prova dos autos demonstrado que em relação à vítima Juliana houve apenas eventual ameaça.

Por outro lado, em relação à teoria objetivo-individual, poder-se-ia entender que no caso concreto o fato do réu ter parado a bicicleta e abordado as vítimas com uma arma branca *per se* acarreta a possibilidade da tentativa, o que não é adequado no caso dos autos, pois a prova também não é clara no sentido de que a abordagem pelo réu foi feita com a faca empunho e em direção à vítima Juliana, pois em juízo ela disse que o réu “abandonou a bicicleta, sacou de uma faca que trazia consigo e investiu contra Edson” (fl. 118), e Edson, embora tenha mencionado que o réu veio em direção às vítimas, disse que o acusado falou a seguinte frase ‘sou bandido, sou bandido, e agora você vai ver quem eu sou’ (fl. 120). Estes fatos demonstram que o réu fez a abordagem em relação às vítimas, porém empunhou a faca e investiu-a contra a vítima Edson e somente depois foi atrás da vítima Juliana, quando esta já se encontrava no estabelecimento comercial.

Sendo assim, em relação à vítima Juliana o réu deve ser absolvido sumariamente do crime de homicídio tentado.

Quanto à possibilidade ou não de desclassificação da tentativa de homicídio para lesão corporal no tocante à vítima Edson, observa-se do conjunto probatório que há elementos que permitem a aceitação, no presente momento, de que o réu teria agido com *animus necandi*, pois, embora tenha atingido a vítima Edson apenas uma vez, é incontroverso que foram várias investidas, o que se mostra impeditivo da desclassificação do homicídio para lesão corporal neste juízo de admissibilidade, devendo a análise percuciente ficar adstrita ao Conselho de Sentença.

A propósito, já decidiu esta Corte:

[...]

“O Juiz não deve realizar, no momento da pronúncia, análise profunda da prova para verificar o elemento subjetivo do delito. A

matéria da culpabilidade nos delitos de competência do Júri deve ser resolvida pelo Conselho de Sentença quando não se encontre cabalmente demonstrado tenha o réu agido movido por dolo de crime estranho à sua competência.” (RT 656/275).

[...] (Recurso Criminal n. 2009.011727-8, de Lages, rel. Des. Roberto Lucas Pacheco).

Da mesma forma, ambas as vítimas afirmaram em juízo que o réu levou a jaqueta e o celular da vítima Edson, conforme depoimentos de fls. 118 a 121, e, portanto, eventual cometimento ou não do delito deverá ser analisada pelo Conselho de Sentença.

Nesse contexto, votei pela absolvição sumária do réu da suposta tentativa de homicídio praticada em relação à vítima Juliana, pois não chegou a praticar nenhum ato executório em razão da mesma ter corrido do local no momento em que o réu fez a abordagem e partiu para cima da vítima Edson.

Essas foram, portanto, as razões de meu dissenso.

Florianópolis, 1º de dezembro de 2011.

Jorge Schaefer Martins
DESEMBARGADOR

PRIMEIRA INSTÂNCIA

SENTENÇAS CÍVEIS

COMARCA DA CAPITAL

Autos n. 082.09.007575-9

Ação: Reparação de Danos/Ordinário

Autor: Jurandir Souza da Silveira

Réu: Grêmio Futebol Clube Porto Alegre

Vistos, etc.

Jurandir Souza da Silveira, devidamente qualificado nos autos, ajuizou a presente Ação de Reparação de Danos c/c Tutela Antecipada em face de Grêmio Futebol Clube Porto Alegre, também devidamente qualificado, alegando, em síntese, que, em dezembro de 1983, prestou serviço ao réu, na qualidade de fotógrafo, para a cobertura do campeonato mundial de futebol interclubes (COPA TOYOTA), em Tóquio (Japão), no qual o réu viria a sagrar-se campeão do mundo. No entanto, aduziu que, em 2009, quando do lançamento de material comemorativo concernente aos 25 anos da conquista do título de campeão, houve, por parte do réu, a publicação de fotos realizadas pelo autor, sem que lhe fossem atribuídos os respectivos créditos, razão por que propôs a presente ação.

Expostas as razões de fato e de direito, requereu a concessão de tutela antecipada liminarmente e, ao final, a procedência dos pedidos, para condenar o demandado ao pagamento de uma compensação por danos morais e de uma indenização por danos materiais, bem como ao pagamento de custas e honorários advocatícios.

Pugnou pela citação do réu, requereu produção de provas, atribuiu valor à causa e juntou procuração e documentos (arts. 282 e 283 do CPC).

Em decisão de fls. 79/81, foi o pedido de antecipação dos efeitos da tutela indeferido.

Devidamente citado, o réu ofereceu resposta na forma de contestação (arts. 300 e ss. do CPC), alegando, preliminarmente, a necessidade de denunciar a lide à empresa responsável pela elaboração da capa do DVD comemorativo. No mérito, afirmou ser o réu co-titular dos direitos patrimoniais sobre as fotografias em questão e asseverou que financiou a viagem do autor, para realizar a cobertura do Mundial de 1983, em troca da obtenção do material fotográfico produzido.

Requereu a improcedência dos pedidos e pugnou pela produção de provas.

Houve réplica.

Após, foram os autos conclusos ao MM. Juiz de Direito, Dr. Guilherme Nunes Born, que julgou antecipadamente a lide nos seguintes termos:

Por fim, quanto aos pedidos realizados em antecipação de tutela, deve-se mencionar a incompatibilidade daqueles com os princípios da proporcionalidade e razoabilidade, vez que poderiam acarretar enormes prejuízos à demandada, atingindo uma proporção muito maior que a própria condenação na presente demanda.

Por esta razão, rejeita-se novamente os pedidos realizados em sede liminar, posto que não guardam consequência lógica com os fundamentos expostos acima.

Ante o exposto, com base no art. 269, inc. I, CPC, **julgo parcialmente procedentes** os pedidos da presente *Ação de Reparação de Danos c/c Tutela Antecipada*, ajuizada por Jurandir Souza da Silveira em face de Grêmio Foot-Ball Porto Alegrense, ambos qualificados para: 1) condenar a associação requerida ao pagamento de R\$15.000,00 (quinze mil reais), a título de danos morais, valor que deverá sofrer

correção monetária de acordo com a tabela da e. CGJ/TJ-SC, a partir do arbitramento (Súmula 362 do STJ), e juros de mora de 01% ao mês a partir da citação (art. 405, CC); 2) condenar a demandada ao pagamento de três mil exemplares comercializados, a título de danos materiais, no valor unitário de R\$27,90, a serem corrigidos a partir da data que estes deveriam ter sido pagos, conforme o Provimento 13/95 da Corregedoria Geral da Justiça deste Estado e juros de mora de 01% ao mês a contar da citação. Tendo em vista que o autor decaiu de parte mínima do pedido, condeno a requerida ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, quais fixo em R\$2.000,00 (dois mil reais), conforme §4º, art. 20, CPC. Adverte-se a parte vencida que o pagamento do débito deverá ser promovido no prazo de 15 dias a partir do trânsito em julgamento independentemente de intimação, sob pena de incidência da multa de 10% prevista no art. 475-J do CPC.

Inconformada, a parte ré interpôs recurso de apelação (fls. 111/120), no qual repisou, em preliminar, o argumento da necessidade de denunciação da lide à empresa Nova Forma Industrial e Distribuição Ltda., responsável pela elaboração da capa do DVD comemorativo, bem como sustentou a ocorrência de cerceamento de defesa, em face do julgamento antecipado da lide, posto que pretendia produzir prova testemunhal para comprovar o contrato de prestação de serviços que ligava o autor ao réu e, em consequência, a co-titularidade dos direitos de autor sobre as imagens utilizadas.

No que tange ao mérito, reafirmou os argumentos desenvolvidos na contestação, insistindo na ideia da co-titularidade dos direitos autorais como forma de excluir o alegado uso indevido do material.

Em conformidade, requereu a anulação da sentença, com o acolhimento das preliminares suscitadas e, subsidiariamente, na eventualidade de análise do mérito, o afastamento da condenação por danos morais e materiais ou a redução dos valores fixados, pleiteando, por fim, a condenação do autor ao pagamento das custas e honorários advocatícios.

O autor apresentou contrarrazões à apelação (fls. 259/269) e interpôs recurso adesivo (fls. 291/297), com o intuito de majorar o *quantum* compensatório arbitrado a título de danos morais e o valor dos honorários advocatícios. Postulou, ainda, a aplicação da Súmula 54 do STJ, a fim de que os juros de mora fossem fixados à razão de 1% (um por cento) ao mês a contar do evento danoso e não da citação.

Foram apresentadas, pela parte ré, contrarrazões ao recurso adesivo (fls. 291/297), após o que subiram os autos ao egrégio Tribunal de Justiça de Santa Catarina.

Em sede de julgamento da apelação, a Terceira Câmara de Direito Civil do Tribunal de Justiça, por votação unânime, deu provimento ao recurso para acolher a preliminar de cerceamento de defesa, anulando o processo desde a sentença, inclusive, a fim de que se procedesse à instrução do feito.

Assim, retornaram os autos à 1.^a instância e designou-se audiência de instrução e julgamento, na qual foi tomado o depoimento pessoal do autor e inquirida uma testemunha por ele arrolada. Sem mais provas, foi encerrada a instrução.

Após, vieram os autos conclusos.

É o relatório. Passo a decidir.

Da denunciação da lide:

Alegou o réu na contestação a necessidade de denunciar a lide à empresa responsável pela elaboração da capa do DVD comemorativo, com fundamento na aplicação do art. 70, inc. III, do CPC, que dispõe *ipsis verbis*:

Art. 70. A denunciação da lide é obrigatória:

(...)

III - àquele que estiver obrigado, pela lei ou pelo contrato, a indenizar, em ação regressiva, o prejuízo do que perder a demanda.

Face à redação do dispositivo codicístico supracitado, não restam dúvidas que a mobilização do instituto processual da denunciação da lide depende, em tal hipótese, de previsão legal ou contratual específica do direito de regresso ou da ação regressiva.

É exatamente o que decorre da sólida exposição retórico-argumentativa de Humberto Theodoro Júnior, em termos que convém reter:

O pressuposto da denunciação da lide fundada no art. 70, n. III, do CPC, segundo decidiu o TJSP, é que a ação de regresso, contra o terceiro, decorra do texto específico da lei ou de relação contratual com o denunciante. O que não se admite é a denunciação da lide simplesmente à vista de qualquer alegação de relação jurídica do demandando com terceiro, que pudesse guardar alguma conexão remota com a questão debatida no processo. (**Curso de direito processual civil**, vol. I, 18. ed., São Paulo: Forense, 1997, pp. 127-128).

No mesmo sentido, ensina Vicente Greco Filho:

Parece-nos que a solução se encontra em admitir, apenas, a denunciação da lide nos casos de simples ação de regresso, isto é, a figura só será admissível quando, por força da lei ou do contrato, o denunciado for obrigado a garantir o resultado da demanda, ou seja, a perda da primeira ação, automaticamente, gera a responsabilidade do garante. **Em outras palavras, não é permitida, na denunciação, a intromissão de fundamento jurídico novo, ausente na demanda originária, que não seja responsabilidade direta decorrente da lei e do contrato. (Intervenção de terceiros. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1991. p. 91) (grifei).**

Ora, da análise atenta do contrato firmado para a realização do material comemorativo deflui que não há qualquer cláusula contratual que preveja expressamente a obrigação da empresa Nova Forma Industrial e Distribuição Ltda. de ressarcir qualquer prejuízo no caso de o presente réu perder a demanda.

Aliás, conforme pôs em evidência o MM. Juiz de Direito, Dr. Guilherme Nunes Born, o contrato em causa (fl. 152) contém um item - o item 31 - que reforça o entendimento precedente. Senão vejamos:

31. As partes se responsabilizam, cada qual, sem qualquer espécie de solidariedade entre si, pelos impostos, taxas e contribuições, obrigações de natureza cível e criminal, bem com encargos trabalhistas, previdenciários e acidentários, que incidam ou venham a incidir sobre as atividades da LICENCIADA.

Portanto, e uma vez que não existe no contrato previsão específica de direito de regresso, que se arvora em condição *sine qua non* de aplicação da normatividade da denúncia da lide, a rejeição da preliminar é a medida que se impõe.

Do mérito:

Trata-se de ação de reparação de danos, pela qual o autor requer a condenação do réu ao pagamento de uma compensação por danos morais e de uma indenização por danos materiais, pelo fato de o demandado, alegadamente, ter violado os direitos autorais do demandante, ao utilizar material fotográfico de sua autoria em encarte de DVD comemorativo, sem lhe atribuir os respectivos créditos.

In limine, importa dilucidar uma questão não despicienda, que é a questão de saber qual é a lei aplicável à realidade fática concreta, dado que, em abstrato, há duas leis que se sucedem no tempo e apresentam campos de aplicação suscetíveis de serem mobilizados para enquadrar o presente caso, a saber: a Lei 5.988/73 e a Lei 9.610/98, ambas reguladoras dos direitos autorais.

A este propósito, o MM. Juiz de Direito pronunciou-se, em sede de julgamento antecipado da lide, pela aplicação da Lei 9.610/98, sob o fundamento de que o ato violador – objeto da lide – se deu no ano de

2009, com o lançamento do DVD comemorativo, e não em 1983, como destaca o réu (fl. 215).

Todavia, de modo diverso, o e. Tribunal de Justiça, no julgamento do recurso de apelação, preconizou a aplicabilidade da Lei 5.988/73, pelo fato de ser essa a lei vigente à época da produção das imagens em discussão (fl. 310).

Quid iuris? Deve-se aplicar a lei antiga ou a lei nova?

Em matéria de direito intertemporal, cumpre observar, desde logo, a regra insculpida no art. 5.º, XXXVI, da Constituição Federal, que dispõe o seguinte: “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”.

Além desta regra, merece imperiosa referência a regra do artigo 6.º, *caput*, da Lei de Introdução ao Código Civil (Decreto-lei n.º 4.657, de 4 de setembro de 1942), segundo a qual “a Lei em vigor terá efeito imediato e geral, respeitados o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada”, sendo que, no que diz respeito aos direitos adquiridos, o artigo 6.º, § 2º, da mesma lei estabelece: “consideram-se adquiridos assim os direitos que o seu titular, ou alguém por ele, possa exercer, como aqueles cujo começo do exercício tenha termo pré-fixo, ou condição preestabelecida inalterável, a arbítrio de outrem”.

Consagra-se, destarte, no seio do ordenamento jurídico brasileiro, o princípio da proibição da retroatividade das leis, pois os atos normativos legislativos não podem retroagir para prejudicar o direito adquirido, o ato jurídico perfeito ou a coisa julgada.

Tal princípio normativo reveste-se de tanta relevância jurídica, que a doutrina mais autorizada, encabeçada por Gomes Canotilho, erige-o em vetor fundamental de um dos quatro subprincípios concretizadores do princípio do Estado de Direito (art. 1.º da CF), qual seja o subprincípio da

segurança jurídica e da proteção da confiança dos cidadãos (relativamente a atos normativos):

O princípio do estado de direito, densificado pelos princípios da segurança e da confiança jurídica, implica, por um lado, na qualidade de elemento objectivo da ordem jurídica, a durabilidade e permanência da própria ordem jurídica, da paz jurídico-social e das situações jurídicas; por outro lado, como dimensão garantística jurídico-subjectiva dos cidadãos, legitima a confiança na permanência das respectivas situações jurídicas. Daqui a ideia de uma *certa medida de confiança* na actuação dos entes públicos dentro das leis vigentes e de uma certa *protecção* dos cidadãos no caso de mudança legal necessária para o desenvolvimento da actividade de poderes públicos. (**Direito constitucional e teoria da constituição**, 2. ed. Coimbra: Almedina, 1998, pp. 252-253).

Especificamente, no tocante ao direito das obrigações, colhe-se da jurisprudência do STJ:

Consoante as regras de direito intertemporal, **as obrigações regem-se pela lei vigente ao tempo em que se constituíram, quer tenham elas base contratual ou extracontratual**. No campo dos contratos, os vínculos e seus efeitos jurídicos regem-se pela lei vigente ao tempo em que se celebraram. (STJ, Resp 656678/RS, Rel. Min. Luiz Fux, j. em 03.03.2005) (grifei).

O quadro normativo e jurisprudencial que se vem de dar conta é, insofismavelmente, a bússola norteadora da resolução da questão da lei aplicável, mas, acentue-se, tem de ser adequadamente compreendido ou interpretado.

Se não vejamos. A resposta à indagação acerca do direito aplicável pressupõe o conhecimento da dicotomia que opõe o *plano do direito subjetivo* ao *plano da violação do direito subjetivo*.

No plano do direito subjetivo, está em causa o direito de autor, que, como se sabe, reveste um carácter absoluto, na justa medida em que apresenta uma eficácia *erga omnes*, opondo-se a todos os membros da

comunidade jurídica, indiscriminadamente. Por isso, a ele se contrapõe o que a doutrina convencionou chamar de *dever geral de abstenção ou obrigação passiva universal*, direcionada à tutela do *status quo* pessoal ou patrimonial do titular do direito.

Ocorrida, porém, a violação do dever geral de abstenção por parte de um ou mais sujeitos integrantes da comunidade jurídica, transita-se, *ipso facto*, para o plano da violação do direito subjetivo (*in casu*, do direito de autor), no seio do qual passa agora a vislumbrar-se uma relação jurídica constituída pelo direito à indenização e correspondente obrigação de indenizar.

Ora, a separação ou cisão entre estes dois planos é de primordial importância, posto que é ela que ilumina a solução da questão em apreço.

Assim, com base nas considerações precedentes, é lícito afirmar que os direitos de autor do demandante nasceram em 1983, quando da produção do material fotográfico em Tóquio, ao abrigo do que dispunha a Lei 5.988/73, então vigente.

Porém, o ato violador dos direitos de autor, do qual emergiu o direito à reparação, que se pretende efetivar com a presente demanda, só se deu no ano de 2009.

Note-se que a obrigação de que se cuida *hic et nunc* ou, melhor dito, a obrigação conformadora do objeto da presente lide é a *obrigação de indenizar*, em que se traduz a *responsabilidade civil (extracontratual)*, como sanção cominada para a violação dos direitos de autor. E, como já se evidenciou, a obrigação de indenizar constituiu-se em 2009, com o lançamento do DVD comemorativo, sem a atribuição dos respectivos créditos ao demandante.

Deste modo, tal obrigação inscreve-se no campo de validade e eficácia (em uma palavra, vigência) da lei nova acerca dos direitos autorais, de harmonia, aliás, com o precedente judicial do STJ a que se aludiu *supra*.

Com o que se conclui pela aplicação da Lei 9.610/98 ao caso concreto decidendo.

Isto posto, cabe perscrutar o conteúdo dos direitos de autor, antes de se passar à análise das sanções aplicáveis (previstas nos artigos 101 e ss. da lei supracitada).

A respeito dos direitos de ordem intelectual, retira-se da doutrina de Arnaldo Rizzardo:

São aqueles que objetivam garantias à propriedade da obra, de sorte a manter intocável a paternidade na criação intelectual, que reflete a própria personalidade do autor. Visam, assim, proteger a personalidade do criador, que se manifesta na obra, e dizem com o direito do inédito, o direito de reivindicar a paternidade da obra, o direito de sua integralidade, de arrependimento e de retirar a obra de circulação, de destruição, de tradução e de modificação. (**Responsabilidade civil: Lei nº 10.406, de 10.01.2002.** Rio de Janeiro: Forense, 2006. pp. 829-831).

Observa, também, Alexandre Dias Pereira:

(...) os direitos de propriedade intelectual são informados por uma específica intenção de justiça, que decorre do valor comunitário constitucionalmente consagrado no princípio da “liberdade de criação cultural”. Na verdade, os bens protegidos no quadro da propriedade intelectual revestem natureza imaterial, sendo relativos a “criações do espírito”, isto é, a frutos da “liberdade de criação cultural”. Ora, a propriedade intelectual tem por função essencial a promoção da ontogenia do espírito humano, ao nível da originalidade literária e artística, da novidade inventiva e, até, da capacidade distintiva empresarial, bem como, ainda, de prestações de outros agentes do processo económico relativo à criação cultural. (**Informática, direito de autor e propriedade tecnodigital.** Coimbra: Coimbra Editora, 2001, p. 176).

Numa linha essencialmente coincidente, que aponta a “riqueza” da propriedade intelectual, veja-se Michel Vivant e Jean Michel Bruguière:

Hodiernamente, a verdadeira riqueza não é concreta, é abstrata. Não é material, é imaterial. Ora, quem diz imaterial, diz propriedade intelectual: ‘a propriedade intelectual ocupa um lugar central na economia do imaterial. Com efeito, numa economia em que primam as ideias, em que é a inovação que cria o valor, é normal que os sujeitos procurem proteger as suas ideias ou, a todo o custo, o benefício econômico que podem tirar delas’. (**Droit d’auteur**. 1. ed. Paris: Dalloz, 2009, p. 4) (**tradução minha**).

Por fim, mais especificamente sobre o conteúdo dos direitos de autor, assevera, com propriedade, Carlos Alberto Bittar:

Na análise do conteúdo dos direitos autorais, observa-se a existência de dois distintos, mas integrados, conjuntos de prerrogativas que o compõem, relacionados aos vínculos morais e pecuniários do titular com sua obra, a saber: os direitos morais e os direitos patrimoniais (...). Com efeito, cada bloco de direitos cumpre funções próprias: os direitos de cunho moral se relacionam à defesa da personalidade do criador, consistindo em verdadeiros óbices a qualquer ação de terceiros com respeito à sua criação; já os direitos de ordem patrimonial se referem à utilização econômica da obra, representando os meios pelos quais o autor dela pode retirar proventos pecuniários. Os direitos morais são reconhecidos em função do esforço e do resultado criativo, a saber, da operação psicológica, com a qual se materializa, a partir do nascimento da obra, verdadeira externalização da personalidade do autor. Os direitos patrimoniais advêm, como resultado da utilização econômica da obra, da decisão do autor de comunicá-la ao público e sob os modos que melhor atendam ao seu interesse. (**Direito de autor**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2008, pp. 45-46).

Foi precisamente o direito de autor delineado nos termos anteriores que o demandante alega ter sido violado pelo demandado, com o lançamento de material fotográfico produzido pelo demandante, sem menção de seu nome, o que configura, segundo exposição lapidar de Rui Stoco, um caso de responsabilidade (extracontratual) objetiva:

Note-se que a responsabilidade é objetiva, pois basta a utilização sem divulgação da identidade do autor para caracterizar-se o ato ilícito. Não se indaga da intenção do agente nem se releva o fato de ter incorrido em erro, ter sido apenas imprudente ou negligente (desidioso). (**Tratado de responsabilidade civil**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 820).

É sabido que a mobilização do *Tatbestand* da responsabilidade objetiva depende do preenchimento de três requisitos ou pressupostos indefectíveis, a saber: conduta do agente, dano e nexó de causalidade entre o fato e o dano.

E tais requisitos devem, por via de regra, ser provados pelo autor, enquanto fatos constitutivos do direito alegado, nos termos do disposto no art. 333, I, do Código de Processo Civil:

“Art. 333. O ônus da prova incumbe:

I – ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito;

[...]”

Pois bem. Compulsando os autos e analisando mais especificamente a prova documental carreada pelo autor, chega-se às mesmas conclusões a que chegou o MM. Juiz de Direito, quando julgou antecipadamente a lide, conclusões essas que ora se reproduzem (fls. 217/218):

Observando detidamente as provas apresentadas, verifica-se que o DVD em comemoração aos 25 anos da conquista da copa mundial interclubes, não conferiu o nome do autor junto ao item atinente às fotografias realizadas nos encartes (fl. 49).

As mesmas fotografias do encarte do DVD estão presentes em outras revistas, tais como Revista Gol e Placar (fls. 53, 54, 55, 56, 57, 61), inclusive a capa do DVD (fl. 53), que menciona o crédito ao autor, comprovando assim, sua autoria.

Deve-se salientar que a foto numerada como 03 na fl. 47 não é de autoria do demandante, indicando terceiro profissional como responsável pela fotografia, restando excluída do pedido.

Ademais, no tocante à imagem reproduzida à fl. 59, não se pode determinar que seja de autoria do demandante, inexistindo prova que configure a titularidade.

Desta forma, com base nas provas apresentadas, conclui-se que plenamente visível a ausência dos créditos ao autor no DVD lançado em 2009 (fl. 49), uma vez que deixou de atribuir o nome do requerente como fornecedor das fotografias do encarte, violando os direitos inerentes à personalidade e à regra do art. 79, § 2º, Lei 9.610/98.

Ademais, o depoimento do autor e o depoimento da testemunha por ele arrolada, em sede de audiência de instrução e julgamento, corroboram o que resulta da prova documental. Com efeito, o demandante confirmou em audiência os fatos alegados na petição inicial e o mesmo foi feito pela testemunha por ele arrolada, de nome Luiz Antonio Braga Guerreiro, ambos insistindo que as fotografias em causa são de autoria do demandante e que os créditos pelas mesmas jamais foram cedidos ao réu pelo autor, por via contratual.

Ou seja: o autor logrou provar, desde logo, que houve uma conduta violadora dos seus direitos, por parte do réu, posto que este não divulgou a sua identidade no material fotográfico de sua autoria.

No que diz respeito aos danos materiais, também resulta claro que existiu e existe a comercialização do DVD comemorativo, sem que ao autor fosse garantida qualquer contraprestação econômica, embora se desconheça concretamente o número de exemplares comercializados.

Relativamente ao dano moral, é entendimento cristalizado em nossos tribunais e em nossa doutrina que, em situações como a vertente, o autor não tem o ônus de demonstrar cabalmente os incômodos ou constrangimentos realmente sofridos, para se efetivar a responsabilização daquele que cometeu o ato ilícito, tendo em vista que o dano moral se presume, derivando do próprio ilícito (*in re ipsa*).

Colhe-se do TJSC:

É direito do autor ter seu nome veiculado junto à sua obra. A publicação de fotografias sem a indicação do nome do fotógrafo atenta contra os **DIREITOS AUTORAIS**, ensejando a reparação dos **DANOS MORAIS**, pouco importando não ser esta a prática corrente na mídia impressa. (Desembargador Jânio Machado, AC n. 2006.011790-1).

Similar é o teor da decisão proferida no STJ:

DIREITOS AUTORAIS. PUBLICAÇÃO DE FOTO SEM A IDENTIFICAÇÃO DA AUTORIA. A fotografia, quando divulgada, indicará de forma legível o nome do seu autor. (Lei nº 5.988/73, art. 82, § 1º); o descumprimento dessa norma legal rende direito à indenização por **danos morais**. Recurso especial não conhecido. (REsp 132896 / MG, Min. Ari Parglender, j. 17.8.2006).

Semelhante linha de argumentação é desenvolvida por Sérgio Cavalieri Filho, que enfatiza:

Nesse ponto a razão se coloca ao lado daqueles que entendem que o dano moral está ínsito na própria ofensa, decorre da gravidade do ilícito em si. Se a ofensa é grave e de repercussão, por si só justifica a concessão de uma satisfação de ordem pecuniária ao lesado. Em outras palavras, o dano moral existe in re ipsa; deriva inexoravelmente do próprio fato ofensivo, de tal modo que, provada a ofensa, ipso facto está demonstrado o dano moral à guisa de uma presunção natural [...] (**Programa de responsabilidade civil**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 101 e 102).

Complementando este pensamento, pontua Fernando Noronha:

[...] para fazer prova do dano, [...] é necessário recorrer às regras de experiência que são substrato das presunções naturais [...]. Estas presunções, também chamadas de presunções da experiência, do homem ou do juiz (*presumptiones hominis* ou *judicis*), têm por base aquilo que a vida nos ensina, o que normalmente acontece na vida real (*id quod plerumque accidit*) (**Direito das obrigações**. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 503).

Face ao exposto, incumbiria, então, ao réu, para se eximir à obrigação da compensação pecuniária, elidir a presunção de dano moral,

mediante a prova de que o autor não sofreu quaisquer danos imateriais ou extrapatrimoniais, o que não foi logrado.

Resta, outrossim, comprovado pelo autor o nexó de causalidade entre o fato do réu (lançamento de material fotográfico do autor sem divulgação de sua identidade) e os danos produzidos (danos materiais e morais), já que o primeiro constituiu causa adequada dos segundos.

Sublinhe-se que não merecem prosperar os argumentos trazidos à colação pelo réu de que havia sido celebrado um contrato entre as partes, mediante o qual haviam sido cedidos direitos à parte ré, de tal forma que esta seria co-titular de direitos patrimoniais sobre as fotos em questão.

E isto porque o réu não conseguiu provar em nenhum momento tal alegação, enquanto fato impeditivo do direito do demandante, prova essa que lhe cabia, segundo o disposto no art. 333, II, da lei processual civil:

Art. 333. O ônus da prova incumbe:

(...)

II – ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

De fato, analisando os autos, constata-se que foi realizada audiência de instrução e julgamento, em atenção ao Acórdão do TJSC (que se pronunciou favoravelmente ao cerceamento de defesa do réu), mas sem produção de qualquer prova testemunhal por parte do demandado, a qual seria fundamental para a prova da alegação de co-titularidade dos direitos autorais, considerando que o demandado não havia trazido aos autos qualquer contrato ou documento que o ligasse ao demandante.

Provados os fatos constitutivos do direito do demandante, deve ser reconhecida a responsabilidade civil do réu, com a inerente obrigação de reparar os danos causados.

Passe-se, então, à análise da questão do *quantum* compensatório.

Em matéria de dano moral, é curial observar que, para a fixação do *quantum* compensatório, devem, em geral, ser sopesados vários fatores não anódinos, tais como a situação sócio-econômica das partes, o grau de culpa do agente (se for o caso) e a proporcionalidade entre o ato ilícito e o dano suportado pela vítima, sem perder de vista que a compensação visa, ainda, o desencorajamento da prática de novos atos lesivos pelo ofensor. Outrossim, não pode a importância pecuniária ser arbitrada em valor irrisório para o ofensor ou proporcionar enriquecimento sem causa ao ofendido.

Está em causa, portanto, o respeito ao postulado da razoabilidade, havendo de servir a importância fixada como compensação pelos prejuízos ou constrangimentos suportados pela vítima, levando-se em conta que tais elementos são insuscetíveis de indenização.

Neste viés, já decidiu o STJ:

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 n. 355392/RJ, Rel. Min. Castro Filho, j. em 26.3.2002).

Na mesma esteira, ensina com *auctoritas* Regina Beatriz Tavares da Silva:

O critério na fixação do quantum indenizatório deve obedecer à proporcionalidade entre o mal e aquilo que pode aplacá-lo, levando-se em conta o efeito, que será a prevenção, ou desestímulo. Em suma, a reparação do dano moral deve ter em vista possibilitar ao lesado uma satisfação compensatória e, de outro lado, exercer função de desestímulo a novas práticas lesivas, de modo a 'inibir comportamentos anti-sociais do lesante, ou de qualquer outro membro da sociedade', traduzindo-se em montante que represente advertência ao lesante e à sociedade de que não se aceita o comportamento assumido, ou o evento lesivo (**Código civil comentado**, coord. Regina Beatriz Tavares da Silva. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 819).

No presente caso, não se pode deixar de levar em consideração que, por um lado, o autor já ganhou inúmeros prêmios na qualidade de fotógrafo, tendo granjeado reputação e renome entre os seus pares, de modo que o lançamento de material fotográfico pelo réu, sem a divulgação de sua identidade, é suscetível de lhe causar um abalo maior à honra e à dignidade profissional, repercutindo-se de uma forma especialmente negativa em sua esfera moral.

Por outro lado, no polo passivo, figura o Grêmio Futebol Clube Porto Alegrense, pessoa jurídica de poderosíssima condição econômico-financeira, sobretudo quando comparada à do autor, o que não pode ser desconsiderado para efeitos de fixação do valor da compensação em um patamar que permita exercer um efeito pedagógico sobre o réu.

Deste modo, diante das considerações tecidas, fixa-se a compensação por danos morais em R\$ 30.000,00 (trinta mil reais).

No que concerne à indenização dos danos materiais, conforme já se deixou dito, os danos existem, pois que não foi garantida ao autor uma contraprestação econômica decorrente da comercialização do DVD comemorativo, mas não há dados acerca do número de exemplares comercializados.

Em consequência, é inafastável a aplicação do art. 103, parágrafo único, da Lei 9.610/98:

Art. 103. [...]

Parágrafo único. Não se conhecendo o número de exemplares que constituem a edição fraudulenta, pagará o transgressor o valor de 3.000 (três mil) exemplares, além dos apreendidos.

Portanto, fixa-se a indenização por danos materiais no valor de três mil exemplares, a R\$ 27,90 (vinte e sete reais e noventa centavos) cada.

Por derradeiro, quanto aos pedidos de tutela antecipada, tais pedidos não se coadunam com os princípios da proporcionalidade e razoabilidade,

visto que são passíveis de acarretar prejuízos enormes ao demandado, em proporção incomparavelmente maior à da própria condenação na presente demanda, pelo que devem ser rejeitados novamente.

Ante o exposto, com base no art. 269, inc. I, CPC, **julgo parcialmente procedentes** os pedidos da presente *Ação de Reparação de Danos c/c Tutela Antecipada*, ajuizada por Jurandir Souza da Silveira em face de Grêmio Futebol Clube Porto Alegre, ambos qualificados, para:

1) indeferir os pedidos de antecipação dos efeitos da tutela formulados pelo autor;

2) condenar o réu ao pagamento do valor de R\$ 30.000,00 (trinta mil reais), a título de danos morais, valor que deverá sofrer correção monetária, de acordo com a tabela da e. CGJ/TJ-SC, a partir do arbitramento (Súmula 362 do STJ) e juros de mora de 1% (um por cento) ao mês a partir do evento danoso, uma vez que se trata de caso de responsabilidade extracontratual (Súmula 54 do STJ);

3) condenar o réu ao pagamento do valor de três mil exemplares comercializados, a título de danos materiais, no valor unitário de R\$ 27,90 (vinte e sete reais e noventa centavos), com correção monetária a partir da data em que deveriam ter sido pagos, conforme o Provimento 13/95 da Corregedoria Geral da Justiça deste Estado, e juros de mora de 1% (um por cento) ao mês a contar do evento danoso (Súmula 54 do STJ).

Tendo em vista que o autor decaiu de parte mínima do pedido, condeno o réu ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, os quais fixo em 15% (quinze por cento) sobre o valor da condenação, atendendo ao zelo e ao tempo de trabalho despendido pelo mandatário do autor no processo, bem como à natureza da causa e, sobretudo, seu longo tempo de tramitação, em função da existência de duplo grau de jurisdição, tudo nos termos do disposto no art. 20, § 3.º, do CPC.

Adverte-se a parte vencida que o pagamento do débito deverá ser promovido no prazo de 15 dias a partir do trânsito em julgado, independentemente de intimação, sob pena de incidência da multa de 10% prevista no art. 475-J do CPC.

P. R. I.

Florianópolis (SC), 28 de maio de 2012.

Claudio Eduardo Regis de Figueiredo e Silva
JUIZ DE DIREITO

Autos n. 023.08.035715-9/002

Ação: Embargos de Declaração/

Embargante: Maria José Buss e outros

Embargado: Estado de Santa Catarina

Vistos, etc.

Trata-se de embargos de declaração opostos por MARIA JOSÉ BUSS, SEBASTIÃO LUIZ ROSSETTO, MARIA CASSILDA FARIAS DE MEDEIROS, RICARDO LENZI DE CASTRO, ILMA DE FREITAS TSILIMPARIS, LOURDES MARIA FRANCESCHI, RENATE TEREZINHA GREBEL KOERICH, MARIA TEREZINHA HAMMES BORBA e ELIETE DUCKSTEN KOERICH, já qualificados, em face da sentença que julgou extinto o processo de execução por conta da satisfação do crédito executado.

Sustentam, em síntese, que a sentença embargada foi omissa quanto ao pedido de fixação de honorários advocatícios nos casos de execução contra fazenda pública em que o pagamento deve ser feito mediante requisição de pequeno valor, mesmo quando não embargadas. Colacionam julgados sustentando a tese. Ao final, requerem o acolhimento dos embargos e a fixação dos honorários advocatícios em 10% (dez por cento) sobre o valor da execução atualizado.

É O BREVE RELATÓRIO. DECIDO.

Inicialmente convém ressaltar o que dispõe o art. 535, do CPC:

“Cabem embargos de declaração quando:

I – houver, na sentença ou no acórdão, obscuridade ou contradição;

II – for omitido ponto sobre o qual devia pronunciar-se o juiz ou tribunal.”

Verifica-se, *in casu*, que houve a omissão alegada, na medida em que o pedido foi realizado na petição de fls. 189/191 e efetivamente não restou analisado na sentença vergastada.

Quanto à fixação dos honorários advocatícios em sede de execução contra a Fazenda Pública “não embargada”, cumpre destacar que o Supremo Tribunal Federal decidiu o seu cabimento nas execuções em que o crédito exequendo está sujeito à “Requisição de Pequeno Valor – RPV” (Tribunal Pleno - Emb. Decl. No RE 420.816-4/Paraná, Rel. Min. Sepúlveda Pertence), entendimento este também seguido no Superior Tribunal de Justiça (Resp. 905.190/SC, Rel. Min. Teori Zavascki) e Tribunal de Justiça de Santa Catarina (Ap. Civ. 2008.022403-7, Rel. Des. Luiz César Medeiros).

Não desconheço os precedentes.

Contudo, por dever de consciência, ressalvo ponto de vista diverso, *sub censura*.

O Supremo Tribunal Federal já teve a oportunidade de afirmar que **“por possuírem a mesma natureza, não há diferenciação entre precatório e Requisição de Pequeno Valor – RPV”**. Assim o fez ao definir sobre a incidência de juros de mora (Ag. Reg. No Agravo de Instrumento 618.770-9/RS, Rel. Min. Gilmar Mendes, julg. Em 12.02.2008).

Essa identidade de natureza entre “Precatório e RPV” advém do fato de resultarem, ambos, de um mesmo procedimento – “execução contra a Fazenda Pública”, disciplinado no art. 730 e seguinte do Código de Processo Civil. Este procedimento, aliás, não foi atingido pela reforma processual aplicada ao processo de execução comum, conforme decidido pela Excelsa Corte e Superior Tribunal de Justiça (STF – 1ª T. RE 158.694-0, Min. Celso de Melo; STJ – RT 795/162).

O Superior Tribunal de Justiça, inclusive, ao reconhecer a vigência do art. 730 do CPC, definiu ser *“imprescindível citar a Fazenda Pública para opor embargos à execução por quantia certa contra ela movida”* (RSTJ 75/259, STJ-RT 723/295), sendo *“inválida a expedição de ofício requisitório, sem prévio requerimento de citação da Fazenda Pública para opor embargos”* (RSTJ 75/259 e STJ-RT 717/282).

Com efeito, certo é que a Fazenda Pública goza de certas prerrogativas processuais próprias quando demandada judicialmente a pagar suas dívidas, estando a elas vinculada por impositivo legal, sendo correto extrair do arcabouço processual civil as seguintes premissas:

a) para alguém executar quantia certa contra a Fazenda Pública deverá seguir, obrigatoriamente, o rito do art. 730 e seguintes do CPC;

b) à Fazenda Pública deve ser garantida a citação para oferecer embargos (art. 730, CPC) antes da expedição da requisição (Precatório ou RPV), sob pena de nulidade;

c) não oferecidos os embargos, a requisição de pagamento dirigida à Fazenda Pública pode se dar sob duas formas, dependendo do valor do crédito: “Requisição de Pagamento por Precatório” ou “Requisição de Pequeno Valor”;

d) conforme definiu o STF no precedente citado, a “Requisição de Pagamento por Precatório” e a “Requisição de Pequeno Valor” possuem igual natureza.

Resumindo, na execução contra a Fazenda Pública, o credor, para receber o seu crédito, **independentemente do valor econômico** (expressivo – sujeito à Requisição por Precatório; ou, modesto – sujeito à RPV), deverá providenciar a citação do ente público para oferecer embargos, obrigatoriamente (art. 730, CPC), sob pena de invalidar os atos subsequentes. O caminho é um só, tanto para os grandes como para

os pequenos credores, **e a este procedimento está vinculada a Fazenda**, que não pode dispensá-lo, posto que se traduz em **norma de proteção** em razão do **patrimônio público que está em jogo**.

Nesse trilho, **na execução contra a Fazenda Pública não embargada**, seja a obrigação de grande ou pequeno valor econômico, **teremos sempre igual tramitação e identidade de etapas, resultando diversa, somente, a fase final - o pagamento**, sendo o **crédito expressivo** e acima dos limites constitucionais liquidado sob a forma de **Precatório**, enquanto os **demais** por **Requisição de Pequeno Valor**.

Em ambos os casos, todavia, reconhecido pela Fazenda Pública o crédito exigido, de forma expressa ou por falta de oposição de embargos, restam apenas procedimentos cartoriais burocráticos para a expedição das requisições (Precatório ou RPV). Não há pretensão resistida, e, por conseguinte, sucumbência de uma parte em relação a outra no âmbito da execução, apenas a prática de atos tendentes ao pagamento. Aqui, a Fazenda Pública deitou armas, acatou o pedido de pagamento, não resistiu.

Pois bem. Se correta a interpretação acima alinhada, pergunta-se: **haveria fundamento para se aplicar nova verba honorária na execução de sentença contra a Fazenda Pública “não embargada”?**

Quer parecer que não, diante da disciplina a que a Fazenda Pública e seus credores estão obrigados a seguir (art. 730 e seguinte, CPC), ao que se somam todas as normas restritivas atinentes ao orçamento público e responsabilidade dos seus gestores.

Nesse particular (orçamento), importante reconhecer que a Fazenda liquida suas obrigações com dinheiro público, fruto de tributos que tanto penalizam a sociedade e sobrecarregam o setor produtivo, **não parecendo razoável sobrepor mais um encargo (honorários advocatícios) a uma dívida em execução com a qual a Fazenda Pública concordou, ou seja, não resistiu ou ofereceu oposição, principalmente naquelas decorrentes**

de título judicial, na qual a verba honorária já foi devidamente fixada na sentença exequenda oriunda do processo de conhecimento.

De observar, nesse ponto, que a verba honorária não pertence mais à parte exequente, mas sim ao Advogado (art. 23, Lei nº 8.906/94), de modo que a imposição de uma **segunda incidência de verba honorária** nas execuções contra a Fazenda **não embargadas** em nenhum momento beneficia o cidadão ou empresa que durante anos lutou para ver reconhecido o seu direito, significando, apenas, mais um severo custo aos cofres públicos, com destinação legal exclusiva aos procuradores das partes, todos, diga-se, merecedores que são do respeito deste Juízo, mas que, na hipótese, estarão a perceber remuneração sem adequada correspondência ao princípio da sucumbência.

Note-se que, a prevalecer a atual interpretação conferida pelo Supremo Tribunal Federal, abre-se a possibilidade de uma **tripla remuneração advocatícia nas execuções de sentença não embargadas**: honorários contratuais + honorários de sucumbência + honorários da execução.

Daí porque se questionar, respeitosamente, o precedente do Pretório Excelso quando, **ao acertadamente reconhecer a constitucionalidade do artigo 1º-D da Lei nº 9.494/97 (RE 420.816-4/PR), na redação que lhe foi dada pela MP 2.180/2001**, aplicou “interpretação conforme” para excluir da incidência da norma constitucional as execuções não embargadas decorrentes de créditos de pequeno valor (art. 100, § 3º, CRFB/88).

Como se viu, tanto os créditos sujeitos ao pagamento por “RPV” como aqueles sujeitos à expedição de “Precatório” **possuem igual natureza** e, muitas vezes, num único feito, encontramos credores reclamando o pagamento de créditos de alta expressão econômica e outros de pequeno valor.

Repise-se, em ambos os casos os créditos seguem igual procedimento, apenas diferem no momento da requisição. Os valores maiores exigem a emissão de uma “Requisição de Pagamento por Precatório”, expedida pelo Juiz da causa e remetida ao Presidente do Tribunal respectivo, para posterior encaminhamento ao ente público devedor e inclusão no orçamento do ano seguinte; os valores menores, segundo definição constitucional, ou legislação posterior do ente público, são objeto de emissão de “Requisição de Pequeno Valor” pelo Juiz do processo, e por ele mesmo encaminhada ao ente público devedor **para pagamento em sessenta dias**.

Essa diferença, todavia, insistimos, não possui o condão de mudar a natureza da execução.

A redação do citado artigo 1º-D, da Lei nº 9.494/97, estabelece: *“Art. 1º-D. Não serão devidos honorários advocatícios pela Fazenda Pública nas execuções não embargadas.”*

Não diferenciou a lei, declarada constitucional, diga-se, a execução contra a Fazenda Pública em subespécies, fazendo incidir a regra em toda e qualquer execução dessa natureza não embargada, sendo possível extrair de forma clara a intenção do legislador:

a) estimular uma nova política judicial por parte da Fazenda Pública, evitando recorrer ou embargar a execução de decisões judiciais em matérias pacificadas nos tribunais, em homenagem ao princípio constitucional do acesso à justiça e descongestionamento do sistema judicial;

b) defender o erário público e evitar o ganho pelo ganho, nas palavras do Ministro Gilmar Mendes (RE 420.816-4/PR, p. 739/740).

O dispositivo acima referido, lembre-se, veio ao encontro dos interesses daqueles que litigam contra a Fazenda Pública, porquanto criou condições para a implementação dessa nova política judicial sem a oneração excessiva e desarrazoada do erário, da sociedade afinal.

Oportuno recordar que o Estado somos nós mesmos, contribuintes que sustentam toda essa estrutura monumental erguida para promover o bem comum, e atuar naquelas áreas em que as forças do indivíduo sozinho não são suficientes para superar dificuldades e atender necessidades básicas para a vida em comunidade.

Aplicável aqui, portanto, a máxima *ubi lex non distinguit, neque interpres distinguere potest* (onde a lei não distingue, o intérprete também não pode distinguir).

Como ensina Maximiliano, em se tratando o dispositivo referenciado daqueles classificados como “leis de ordem pública”, a **exegese deve ser estrita, não há margem para interpretação extensiva**, e muito menos para analogia.

Daí porque, ainda que ciente dos precedentes inicialmente referenciados, quer parecer inconciliável admitir a validade, constitucionalidade e incidência do art. 1º-D, da Lei nº 9494/97 (com a redação dada pela MP 2180/2001) às execuções por quantia certa contra a Fazenda Pública não embargadas, cujos créditos estejam sujeitos a expedição de “Precatório”, e excepcionar sua força normativa àquelas sujeitas ao pagamento por “Requisição de Pequeno Valor” (art. 100, § 3º, CRFB/88).

A questão ora decidida, *data maxima venia*, reveste-se de candente repercussão geral e deveria ser novamente enfrentada pela Suprema Corte, sob esse novo enfoque, dada a alta onerosidade aos cofres públicos que o atual entendimento vem produzindo.

Enfim, uma última questão poderia ser suscitada, em contraponto aos fundamentos desta decisão. Seria o caso das execuções contra a Fazenda Pública fundadas em título “extrajudicial”, as quais, caso não embargadas e segundo o dispositivo em comento, ficariam ao desabrigo da verba honorária sucumbencial, em contraste com as execuções comuns regradas pelo art. 20, § 4º, do CPC, uma vez que não resultariam de um precedente

processo de conhecimento onde normalmente a imposição da condenação em honorários se concretiza.

Todavia, ainda nessa hipótese, nenhuma inovação teria imposto o legislador no âmbito do direito processual, porquanto, além de preservado o direito do advogado aos honorários contratuais, a hipótese encontra paradigma nos Juizados Especiais Cíveis e Criminais (Lei nº 9099/95, art. 55), nos Juizados Especiais Federais (Lei nº 10.259/2001, art. 1º) e nos Juizados Especiais da Fazenda Pública (Lei nº 12.153/2009, art. 27), nos quais também indevida a verba de sucumbência (inclusive honorária) no primeiro grau.

ISTO POSTO.

ACOLHO OS PRESENTES EMBARGOS DE DECLARAÇÃO opostos pelos exequentes, com fundamento no art. 535, II, do CPC, para sanar a omissão apresentada e indeferir o pedido quanto à fixação de nova verba honorária, por se tratar de execução de sentença não embargada, à teor do art. 1º-D, da Lei nº 9494/97.

Publique-se. Registre-se. Intimem-se.

Cumpridas as formalidades legais, **arquivem-se.**

Florianópolis (SC), 28 de março de 2012.

Luiz Felipe Siegert Schuch
JUIZ DE DIREITO

COMARCA DE JOINVILLE

Autos n. 038.07.030145-7

Vistos etc.

CARLITO MERSS, brasileiro, casado, então deputado federal, residente e domiciliado na rua Guanabara, nº 765, bl. A35, apto 302, bairro Guanabara, em Joinville – SC, propôs **AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS** contra **CONSELHO DE ASSOCIAÇÕES DE MORADORES DO MUNICÍPIO DE JOINVILLE – COMAM**, associação sem fins lucrativos estabelecida na rua Princesa Izabel, nº 238, edifício Príncipe, sub-loja nº 1, contando que, nos dias 9 e 10 de junho de 2007, o réu patrocinou a colocação de diversos *outdoors* espalhados pela cidade com o intuito de abalar sua imagem perante a população. Nos *outdoors*, ilustrados por uma foto sua, constavam frases em letras garrafais, apontando-o como sendo um defensor do aborto.

Relatou que, dias antes, em 19 e 20 de maio daquele mesmo ano, o réu distribuiu panfletos, com o mesmo conteúdo dos *outdoors*, durante um congresso promovido pelo movimento Renovação Carismática Católica, no qual constavam mais de 3.000 participantes. Explicou que tudo começou quando um jornalista perguntou-lhe o que pensava sobre o aborto e, mesmo não tendo dito ser favorável ao ceifamento da vida intra-uterina, suas palavras foram dolosamente distorcidas pelo réu.

Questionando os motivos que levaram o demandado a gastar mais de R\$ 10.000,00 com a realização da campanha desabonadora à sua imagem como cidadão e político e afirmando que os atos não passaram de propaganda eleitoral antecipada, requereu, além de providências de cunho probatório, a condenação do réu no pagamento de indenização por danos morais, no importe sugerido de R\$ 100.000,00. Em escolha à inicial, vieram documentos (fls. 12/30).

Citado, o réu apresentou resposta na forma de contestação (fls. 58/66), sublinhando que a publicação dos *outdoors* está longe de consistir

em propaganda eleitoral, que é aquela feita por políticos e agremiações no afã de captar votos. Defendeu que a divulgação realizada por meio de painéis e panfletos consistiu numa manifestação movida pelo intuito de informar a população e conclamá-la a legitimamente pressionar o parlamentar.

Explicando que o autor afirmou ser a favor do aborto e que não havia razão para esconder isso da população, requereu a declaração de improcedência do pleito deduzido na inicial.

Após a réplica (fls. 71/73), os autos vieram-me conclusos para deliberação.

É o relatório.

DECIDO.

A problemática estabelecida nestes autos deixa transpirar aparente conflito de direitos constitucionalmente tutelados.

Ao passo que o autor delata o desrespeito à sua reputação e à sua honra (art. 5º, inciso X), o acionado, para livrar-se da responsabilidade que lhe é imputada pelo outro, ampara-se na salvaguarda da liberdade de pensamento e de sua manifestação (art. 5º, incisos IV e IX).

A solução do impasse, nesses casos, não está em estabelecer-se um *ranking* de direitos, alinhando-os como se a tutela de um ou de alguns desses direitos impedisse a validade e a vigência de outros. A bem da verdade, a interpretação sistêmica da Constituição leva à compreensão de que os direitos e garantias nela inseridos não se anulam ou se degladam, mas se completam, limitando-se uns aos outros, num sistema de perfeita unidade e harmonia.

Em casos como esses, cabe ao Juiz, que é o fiel da balança, buscar o ponto de equilíbrio entre as normas aparentemente colidentes, adequando-as, no caso concreto, para que coexistam dentro dos limites da própria Constituição. Inexistindo critérios apriorísticos e objetivos para solver esses “conflitos” (antinomias, melhor dizendo) de regras cons-

titucionais, o julgador deve, sempre concatenado com a interpretação sistêmica da Carta da República, guiar-se pelos ditames da prudência e da razoabilidade, em defesa da unidade constitucional.

Como realça o prestigiado mestre lusitano JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO, **“o princípio da unidade da Constituição ganha relevo autônomo como princípio interpretativo a significar que o Direito Constitucional deve ser interpretado de forma a evitar contradições (antinomias, antagonismos) entre as suas normas e, sobretudo, entre os princípios jurídicos-políticos constitucionalmente estruturantes. Como ‘ponto de orientação’, ‘guia de discussão’ e ‘factor hermenêutico de decisão’ o princípio da unidade obriga o intérprete a considerar a Constituição na sua globalidade e procurar harmonizar os espaços de tensão [...] existentes entre as normas constitucionais a concretizar. Daí que o intérprete deva sempre considerar as normas constitucionais, não como normas isoladas e dispersas, mas sim como preceitos integrados num sistema interno unitário de normas e princípios”** (“Direito Constitucional”, 5ª ed., Coimbra: Almedina, ano 1991, pág. 162).

No caso, verifico que, muito embora o réu afirme que o autor tomou partido a favor do aborto (isso fica muito claro na contestação de fls. 58/66), nada há de concreto nesse sentido. Quando muito, especulou-se com base na resposta de Carlito ao jornalista, até porque associar a resposta dele de que *“é hipocrisia ignorar o problema do aborto”* a uma manifestação favorável ao abortamento é forçar a barra, para dizer o menos. E nem se fale que a informação houvera partido do jornal ANotícia, pois, mesmo que o texto viesse a identificar Carlito como um entusiasta do aborto (edição de 13.05.2007), três dias depois (em 16.05.2007) o mesmo periódico já havia estampado nota com a manifestação do autor desmentindo a opinião que lhe havia sido erradamente atribuída (fl. 14). Como os painéis foram estampados nos dias 09 e 10 de junho daquele ano (fl. 03), não há como negar que o

COMAM já sabia da explicação dada por Merss quando deu sinal verde à execução dos *outdoors*.

De todo modo, mesmo que o autor tivesse se posicionado a favor do aborto, não se poderia negar que a manifestação do réu extrapolou o razoável, enveredando por um caminho em que o *animus difamandi* está escancarado. O propósito do demandado não era o de fomentar a polêmica, mas espezinhar o autor e prejudicar sua imagem como homem público perante o seu possível público eleitor. Não há como o réu escorar-se na sempre fácil invocação do livre direito de manifestação porque, como em tudo na vida, nenhum direito é absoluto. E, para ser ainda mais incisivo, entre preservar a dignidade de alguém ou assegurar o direito à liberdade de expressão, fico com o primeiro.

De fato, **“a garantia constitucional de liberdade de manifestação do pensamento (art. 5.º, IV) deve respeitar, entre outros direitos e garantias fundamentais protegidos, a honra das pessoas, sob pena de indenização pelo dano moral provocado, como decorre dos termos do art. 5.º, V e X, da CF. Não se deve confundir, por consequência, liberdade de expressão com irresponsabilidade de afirmação”** (STJ – REsp nº 801249/SC, relatora Ministra NANCY ANDRIGHI, publ. no DJ de 17.09.2007, citado em TJSC – EDcl em Ap. Cível nº 2003.012740-2/0001.00, da Capital, Primeira Câmara de Direito Civil, rel. Des. CARLOS PRUDÊNCIO, j. em 11.11.2008), ou seja, **“as liberdades públicas não são incondicionais, por isso devem ser exercidas de maneira harmônica, observados os limites definidos na própria CF (CF, art. 5º, § 2º, primeira parte). [...] Um direito individual não pode constituir-se em salvaguarda de condutas ilícitas. Prevalência dos princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade jurídica”** (STF – HC nº 82.424, Plenário, rel. Min. MAURÍCIO CORRÊA, j. em 17.09.2003).

Dáí porque **“os abusos porventura ocorridos no exercício indevido da manifestação do pensamento são passíveis de exame e apreciação pelo Poder Judiciário com a consequente responsabilida-**

de civil e penal de seus autores [RF nº 176/147]” (em ALEXANDRE DE MORAES, “Direito Constitucional”, 14ª ed., São Paulo: Atlas, ano 2003, pág. 72). Houve, sim, abuso de direito, em prática que configura ato ilícito (CC, art. 187).

O réu se defende dizendo que o demandante deu margem para ser criticado ao concordar (ou parecer concordar) com a realização de abortos, cuja declaração foi dada ao jornal ANotícia (fls. 12/13). Lendo e relendo as frases dos políticos da cidade publicadas pelo jornal naquela edição, sinceramente não vi muita diferença entre o que declarou o deputado petista e o que disseram, por exemplo, o pepista João Pizzolatti (“*Temos que discutir as ações nas classes mais baixas, que têm menos informação e lotam os hospitais com abortos mal sucedidos. É preciso pesar saúde pública e religião*”), o peemedebista Acélio Casagrande (“*É preciso avaliar o projeto antes. Não sabemos quais as condições propostas*”) ou a então senadora Ideli Salvatti (“*Enquanto não há propostas formais não é possível me posicionar. O assunto precisa ser discutido, sem tabus*”). Assunto espinhoso, que quase ninguém gosta de debater. Mas, à exceção de Carlito, nenhum dos outros prefalados políticos foi alvo da desatinada conduta do réu. Fernando Coruja, aliás, afirmou textualmente que seu partido (PPS) era até a favor do aborto (“*o partido é a favor, mas a discussão precisa amadurecer [...]*”), mas esta contundente afirmação, diga-se, não recebeu um só comentário da associação demandada. Como justificar, então, a colocação de *outdoors* ao custo de mais de R\$ 10.000,00 nos quais constava a foto do autor, e, em letras vermelhas e garrafais, que Carlito, então deputado federal, por “não defender a vida”, não podia representar a população? Está claro que a ação não era embalada pela sadia crítica sempre bem vinda, mas pelo sórdido propósito de distorcer a verdade na tentativa de enfraquecer alguém que representava alguma barreira à concretização dos seus interesses, seja lá quais fossem.

Visível, assim, o ato ilícito, inexistindo, no caso, qualquer excludente de responsabilidade a ser encampada (CC, art. 188).

O dano, que inexoravelmente decorreu da conduta do réu (nexo causal), também é patente. A figura do então deputado federal – pessoa afeita à atividade política e que, por isso mesmo, deve zelar pela sua imagem se quiser continuar sua trajetória como homem público – com certeza não saiu ileso da ação do réu. Num país como o Brasil, de maioria católica e no qual a discussão acerca do aborto consiste, para os políticos, quase num tabu, quaisquer comentários acerca do assunto devem ser dosados com muita parcimônia. A evasividade das opiniões, aliás, tem sido a tônica nos discursos plenários focando o árido tema. Na época, a repercussão da fala atribuída ao autor, durante algum tempo, tomou grandes proporções, inclusive incendiado pela visita do Papa Bento XVI ao Brasil, que enfaticamente apregoava a ideia da criminalização do aborto (fls. 12/125).

Juntando uma coisa à outra, tem-se que o réu agiu sorrateiramente para prejudicar a imagem de Carlito Merss, e, em maior ou menor grau, tenho certeza que conseguiu, embora seja impossível dimensionar precisamente o estrago. Nem por isso o dano, indenizável, não deva ser mensurado. Nesse ponto, sabe-se que **“o valor da indenização do dano moral deve ser arbitrado pelo juiz de maneira a servir, por um lado, de lenitivo para a dor psíquica sofrida pelo lesado, sem importar a ele enriquecimento sem causa ou estímulo ao abalo suportado; e, por outro, deve desempenhar uma função pedagógica e uma séria reprimenda ao ofensor, a fim de evitar a recidiva”** (TJSC – Ap. Cível nº 2002.016329-0, da Capital, Segunda Câmara de Direito Civil, rel. Des. LUIZ CARLOS FREYESLEBEN, j. em 12.12.2002).

Tem-se, de um lado, o autor, que, por ser pessoa devotada à política como profissão, depende da sua imagem, repito, para se sustentar na vida pública. Aqueles que dependem do voto para manterem-se na cena política sabem que vivem numa verdadeira corda bamba. De uma hora para outra sabem que estão sujeitos, em situações extremas, à execração, ou, quando menos, ao ostracismo, igualmente temido. De outro, o réu, que gastou expressiva quantia no propósito de prejudicar a imagem

pública do demandante. Em caso análogo, destacou-se, com muita propriedade, a importância de o juiz, ao fixar a monta indenizatória, não cerrar os olhos para a conduta do réu que age maliciosamente, de modo a exultar os papéis imbricados na indenização por dano moral (TJSC – Ap. Cível nº 2009.040340-9, de Jaraguá do Sul, Quinta Câmara de Direito Civil, rel. Des. Substº. ODSOSON CARDOSO FILHO, julgada em 03.11.2011). Sopesado tudo isso, hei por bem fixar em R\$ 50.000,00 a indenização a ser paga pelo réu em prol do autor. É verba que, acredito, abranda o abalo moral a ele causado, ao mesmo tempo em que presta-se ao papel indutor para estimular àqueles que estão à frente do COMAM, por vias transversas, a uma autorreflexão quanto aos limites entre a razão e o despautério, entre o que se faz *versus* aquilo que se quer, lembrando que **“a fixação do quantum indenizatório deve guardar relação com o dano experimentado, bem como desestimular a reiteração da conduta lesiva”** (TJSC – Apelação Cível nº 2005.005622-2, de Criciúma, Terceira Câmara de Direito Civil, unânime, rel. Des. WILSON AUGUSTO DO NASCIMENTO, julgada em 01.07.2005).

Esse quanto deverá ser atualizado e acrescido de juros moratórios a partir da data da prolação desta sentença, que é quando, de fato, tornou-se líquida a obrigação (CC, art. 397), devendo ser mitigada, em prol da disposição legal civilista, a aplicação da Súmula nº 54 do Superior Tribunal de Justiça (vem a calhar, nesse sentido: TJSC – Apelação Cível nº 2011.007822-7, de Campos Novos, Segunda Câmara de Direito Público, unânime, rel. Des. NEWTON JANKE, julgada em 09.08.2011; Apelação Cível nº 2010.086022-5, de Videira, Quarta Câmara de Direito Público, rel. Des. JAIME RAMOS, julgada em 09.12.2011; Apelação Cível nº 2011.01.075768-4, de Joinville, Primeira Câmara de Direito Público, unânime, rel. Des. VANDERLEI ROMER, julgada em 08.12.2011, *inter alia*).

À luz do exposto, **JULGO PROCEDENTE** o pedido veiculado nesta **AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS** proposta

por **CARLITO MERSS** contra **CONSELHO DE ASSOCIAÇÕES DE MORADORES DO MUNICÍPIO DE JOINVILLE – COMAM**, condenando o réu no pagamento de indenização por danos morais no importe de R\$ 50.000,00, cuja verba deverá ser atualizada pela variação do INPC/IBGE, bem como acrescida de juros moratórios desde a data desta sentença.

Condeneo o réu no pagamento das custas, bem como dos honorários advocatícios, que, dadas as peculiaridades do caso, fixo em 10% do valor da condenação (CPC, art. 20, § 3º).

Publique-se. Registre-se. Intimem-se.

Joinville, 12 de dezembro de 2011

Roberto Lepper

JUIZ DE DIREITO, EM COOPERAÇÃO NA 4ª VARA CÍVEL

COMARCA DE LAGES

Processo n. 039.08.000292-5

Autor: Base Terraplanagem Ltda

Réu : Klabin S/A

SENTENÇA

BASE TERRAPLANAGEM LTDA promoveu ação de reparação por danos materiais e morais, pelo procedimento comum ordinário [art. 272 do CPC], contra KLABIN S/A alegando, em suma, que manteve com a ré diversos contratos de prestação de serviços, desde 2003, vigorando na época da propositura da ação o contrato de prestação de serviços de limpeza, conservação e jardinagem, firmado em 3-7-2006, com a finalidade de prestação de serviços de manutenção, conservação, limpeza e jardinagem, com materiais e equipamentos necessários, serviços estes destinados às unidades industriais instaladas pela ré nas cidades de Lages [duas unidades], Otacílio Costa e Correia Pinto. Disse que referido contrato tinha termo final em 30-7-2008, com valor de R\$ 3.000.000,00, com serviços prestados por funcionários que eram contratados pela empresa autora, para prestação dos serviços no interior das unidades mantidas pela ré. Sustentou que o anexo V do referido contratou fixou os preços mensais que deveriam ser pagos pela ré, para a prestação dos serviços em cada uma das unidades, no montante de R\$ 127.289,00, válido para o primeiro ano do contrato, com aumento no segundo ano em relação aos itens materiais e mão-de-obra. Disse que em caso de inadimplemento, o contrato previu a cobrança de juros de mora de 1% ao mês, bem como a variação da SELIC.

Sustentou que desde o começo da execução do contrato, sempre cumpriu suas obrigações e nunca foi punida ou advertida pela ré, mas no curso da relação contratual, a ré “deixou de pagar por alguns serviços

prestados pela autora, como também promoveu descontos indevidos, infringindo os contratos firmados, deixando ainda de pagar pelos materiais de limpeza, conservação e jardinagem, oferecidos pela autora, o que lhe acarretou enorme prejuízo financeiro, levando a autora a uma situação de inadimplemento frente a seus fornecedores, o que culminou com inscrições em órgãos de proteção ao crédito, por culpa da ré” [fl. 8]. Em seguida, discorreu sobre cada uma das ações da ré para o descumprimento do contrato.

Sustentou que a ré:

[i] pagou valores diversos àqueles contratados como retribuição para os serviços prestados nas 4 unidades, diferença representada pelo desconto dos valores de materiais de limpeza, jardinagem e conservação, pois a ré não somou ao valor devido, o correspondente àqueles itens. Sustentou que a diferença mensal para as 4 unidades chegou a R\$ 11.697,84, que deveria ser multiplicada por 18 meses, entre julho de 2006 e dezembro de 2007, alcançando R\$ 210.561,12, débito que, corrigido conforma a previsão contratual, com juros de 1% ao mês e variação pela SELIC, corresponderia a R\$ 226.587,08;

[ii] reduziu indevidamente o pagamento correspondente aos serviços de limpeza e jardinagem das unidades de Correia Pinto e Otacílio Costa, pois os valores contratados eram de R\$ 44.589,93 para a unidade de Otacílio Costa, mas esse valor foi pago até novembro de 2006, seguindo-se o pagamento mensal a menor, embora calculado com a correção de 8,016%, gerando diferença de R\$ 50.128,38, enquanto para a unidade de Correia Pinto, embora os valores contratados fossem de R\$ 45.698,60 por mês, esse valor foi pago até novembro de 2006, seguindo-se o pagamento mensal a menor, embora calculado com a correção de 8,0%, gerando diferença de R\$ 82.271,57, num total de R\$ 132.399,05, que, somado à correção e aos juros previstos no contrato, corresponderia a R\$ 139.203,81;

[iii] reduziu indevidamente os valores que seriam devidos pela execução do contrato de serviço de limpeza, conservação e jardinagem na unidade Lages I, pois deveria pagar mensalmente R\$ 16.812,75, mas repassou corretamente essa importância até março de 2007, gerando uma diferença de R\$ 12.951,18, mesmo computada a correção de 7,87%, a partir de julho de 2007, valor que somado à correção e aos juros previstos no contrato, corresponderia a R\$ 13.400,99;

[iv] deixou de reembolsar as horas extraordinárias que eram pagas aos funcionários contratados pela autora para o cumprimento do contrato de limpeza, conservação e jardinagem nas unidades Lages I e II, cuja exigência correspondia a serviços a serem executados de segunda a segunda, pois o anexo V do contrato então vigente preceituava que as horas extraordinárias seriam devidas com majoração de 50% e 100%, mas foram ressarcidas até setembro de 2006, gerando um saldo de R\$ 24.798,51, que somado à correção e aos juros previstos no contrato, corresponderia a R\$ 26.658,34;

[v] deixou de pagar pelo serviço executado nos restaurantes das unidades de Lages I e II, pois embora o contrato não contemplasse a retirada de resíduos sólidos, esse serviço foi passado a ser executado, por ordem da ré, a partir de agosto de 2006, com a disponibilização de um funcionário para cada uma das unidades, gerando saldo de R\$ 1.399,68, que deveria ser multiplicado pelo número de meses em que os serviços foram prestados [17], totalizando R\$ 23.794,56, valor que somado à correção e aos juros previstos no contrato, corresponderia a R\$ 25.481,82;

[vi] deixou de pagar as diferenças contratadas para o serviço de embalagem dos estrados de madeira, pois o contrato respectivo foi prorrogado, mas a ré efetuou os pagamentos sem considerar a variação do IPC-FIPE nos períodos de 1-9-05 e 1-9-06, na ordem de 2,085299%, bem como deixou de considerar a mesma variação entre 1-9-06 e 1-9-07, na ordem de 4,882262%, gerando um saldo de R\$ 9.720,00 pelos dois

períodos, valor que somado à correção e aos juros previstos no contrato, corresponderia a R\$ 11.792,11;

[vii] promoveu descontos ilegais e não autorizados sobre os créditos a que a autora tinha direito, em verdadeiro exercício arbitrário das próprias razões, pois descontou valores entre setembro e dezembro de 2007, gerando saldo de R\$ 96.189,20, valor que somado à correção e aos juros previstos no contrato, corresponderia a R\$ 97.437,25;

[viii] exigiu no contrato de limpeza celebrado em 2003 a prestação de serviços considerando o número de pessoas, e não tarefas executadas, a partir de julho de 2003, razão pela qual foi obrigada a contratar mais 8 empregados, gerando um saldo de R\$ 111.999,72, considerando o total de 12 meses, valor que somado à correção e aos juros previstos no contrato de prestação de serviços, corresponderia a R\$ 195.018,84;

[ix] deixou de pagar o aumento do consumo de sacos de lixo utilizados para a execução do contrato, considerando a ampliação das instalações das unidades de Lages, gerando saldo de R\$ 1.610,00, durante 7 meses, totalizando R\$ 11.270,00 para a unidade I, enquanto para a unidade II restou saldo de R\$ 9.170,00;

[x] deixou de pagar os valores contratados para a prestação do serviço de confecção e manutenção de estrados de madeira, que era prestado na unidade de Correia Pinto, com saldo de R\$ 9.365,56, correspondente aos meses de outubro de 2004 a julho de 2005, pelo serviço de confecção, bem como de R\$ 5.896,57, correspondente aos meses de maio de 2003 a maio de 2004, pelo serviço de manutenção civil.

Sustentou, ainda, que no final de outubro de 2007, foi notificada pela ré a respeito do desinteresse na manutenção do contrato celebrado em 3-7-06, mas destacou que a cláusula 9ª do contrato seria nula de pleno direito, na medida em que excessivamente prejudicial à autora, que tinha justa expectativa de prestar os serviços até o termo do contrato, em 30-7-08.

Disse que essa previsão contratual, de facultar a rescisão sem justa causa, trouxe-lhe prejuízos diversos, mormente com o pagamento de funcionários e fornecedores, sendo ainda contrária à previsão do art. 603 do CC, eis que não havia nenhuma razão para a rescisão do contrato. Por isso, [xi] requereu que a ré fosse condenada ao pagamento da metade do saldo do contrato, correspondente a R\$ 318.222,50.

Sustentou, também, que em razão do rompimento unilateral do contrato de prestação de serviços, bem como dos descontos indevidamente realizados pela ré na retribuição que lhe era devida, deixou de honrar seus compromissos, obrigando-se a realizar empréstimos, assim como seus fiadores, mas como o montante a que faria jus alcançou cifra expressiva, R\$ 769.021,79, suas contas foram vencendo e, sem condições de cumprir com o pagamento de seus débitos, acabou sendo inscrita em órgãos de restrição ao crédito, como SERASA e cadastro de emitentes de cheques sem provisão de fundos do Banco Central do Brasil. Sustentou que essa situação ainda lhe causou o protesto de vários títulos pelos cartórios, prejudicando seu nome, fama, prestígio e reputação comercial, razão pela qual a ré deveria ser [xii] condenada ao pagamento de danos morais, sugeridos em 20% do contrato de maior valor econômico celebrado entre as partes, totalizando R\$ 600.000,00.

Requereu a concessão de medida liminar, à título de tutela antecipada, para que a ré fosse impedida de promover descontos dos valores devidos em razão do contrato, sob pena de multa diária. Requereu a procedência dos pedidos para condenar a ré ao pagamento dos danos materiais, danos morais e indenização pela rescisão unilateral do contrato. Requereu, finalmente, a declaração de nulidade da cláusula compromissória inserida no contrato de prestação de serviços celebrado entre as partes.

Indeferiu-se a tutela antecipada.

Citada, a ré contestou o pedido.

Em preliminar, requereu a extinção do processo, com base na validade da cláusula compromissória, submetendo as partes ao procedimento arbitral.

No tocante ao mérito, impugnou os pedidos deduzidos pela autora, sob os seguintes fundamentos:

[i] o valor devido à autora corresponde ao montante lançado sob o título total geral mensal, fixado para cada uma das unidades industriais, e não mediante a soma dos itens relacionados pela autora - materiais de limpeza, conservação e jardinagem. Disse que esse valor total foi lançado pelo próprio representante legal da autora, e os itens relacionados corresponderiam a um desconto, para que a autora saísse vencedora na licitação;

[ii] a redução dos pagamentos pelos serviços prestados em Correia Pinto e Otacílio Costa corresponde à dedução acordada entre as partes, tendo em vista a cobrança em duplicidade, por parte da autora, de serviços que não poderiam ser destacados, entre setembro de 2005 e junho de 2007, no montante de R\$ 339.294,16, conforme prévio ajuste entre as partes. Disse que os valores devidos foram regularmente pagos, conforme as notas fiscais emitidas pela autora;

[iii] a redução dos pagamentos pelos serviços prestados na unidade Lages I corresponde à dedução acordada entre as partes, tendo em vista a cobrança em duplicidade por parte da autora, entre setembro de 2005 e junho de 2007, no montante de R\$ 339.294,16, conforme prévio ajuste entre as partes;

[iv] não há ressarcimento por conta de horas extraordinárias prestadas nas unidades Lages I e II, porque o contrato previu a prestação de serviços de segunda a segunda, conforme os valores pactuados, que foram devidamente pagos, sendo obrigação da autora arcar com “[...] os encargos de ordem trabalhista” [fl. 607];

[v] os resíduos sólidos dos restaurantes das unidades Lages I e II estavam compreendidos no objeto do contrato, que era para coleta de lixo diário e o transporte para área indicada. Impugnou, ainda, o montante pretendido, sob a alegação de que o serviço realizado não exigia dois empregados;

[vi] os valores relativos ao contrato que tinha por objeto a confecção de estrados de madeira foram pagos conforme a previsão contratual, pois os aditivos trataram somente da prorrogação do prazo final, e não da correção de preços;

[vii] os descontos impugnados durante a relação contratual seriam decorrentes da compensação entre as partes, considerando a cobrança de serviços em duplicidade pela autora;

[viii] o contrato de limpeza celebrado em 2003 previu a remuneração pela prestação do serviço, sem referência ao número de pessoas a serem contratadas, com exceção do serviço de mensageiro;

[ix] o contrato de limpeza celebrado em 2005 foi pago conforme as notas fiscais emitidas pela autora, não havendo saldo por conta do fornecimento de materiais;

[x] o contrato de confecção e manutenção dos estrados, bem como de manutenção civil, foi devidamente pago conforme as notas fiscais emitidas pela autora.

Sustentou, ainda, que o contrato previu o pagamento da autora mediante a emissão das notas fiscais, que deveriam ser enviadas até o dia 20 de cada mês para conferência pela empresa, não havendo saldo a ser reconhecido depois de meses e anos da prestação dos serviços e dos pagamentos realizados. Impugnou ainda a exigência de juros de mora de 1% ao mês, bem como a variação da SELIC, para correção dos valores devidos,

porque essa previsão ficou restrita ao contrato de prestação de serviços, e não foi contemplada para os demais contratos firmados entre as partes.

Disse que promoveu a notificação prévia da autora a respeito do desinteresse na manutenção do contrato, como previsto, de modo que não haveria razão para que fosse condenada pela rescisão, pois a cláusula contratual não viola norma de ordem pública. Finalmente, impugnou o pedido de ressarcimento por danos morais, porque não praticou ato ilícito.

Houve réplica.

Em decisão interlocutória, foi declarada a ineficácia da cláusula compromissória, que instituiu o juízo arbitral.

Contra essa decisão, a ré interpôs agravo de instrumento, que foi desprovido.

Em audiências, a conciliação foi rejeitada, bem como dispensada a produção de provas.

É o relatório.

DECIDO:

Julgo antecipadamente a lide, na medida em que, não obstante tenha sido determinada a produção de prova, consistente em depoimentos pessoais, indeferindo-se a inquirição de testemunhas, os procuradores dispensaram expressamente qualquer modalidade de prova, além dos documentos trazidos com a inicial, a contestação e as sucessivas intervenções. Ora, tratando-se de relação jurídica que envolve direitos patrimoniais privados, compete ao juiz velar pela igualdade entre os litigantes e, embora se possa ordenar a produção de prova de ofício [art. 130 do CPC], essa atividade judicial fica reservada a situações em que haja verdadeira perplexidade do julgador, não quando as partes, devidamente assistidas, contentam-se com os documentos trazidos.

Nessa situação, ao julgador compete o exame da lide com base nos fundamentos da ação e da defesa, sem desprezar as presunções decorrentes da própria lei processual, como as contempladas pelos arts. 302, 333, 334 e 335 do CPC.

Desde logo, não se pode certamente reputar os contratos celebrados entre as partes durante vários anos, como típicos contratos de adesão, ou seja, de significativa superioridade de uma das partes que pudesse restringir, de forma tão decisiva a vontade do outro contratante, que justificasse a intervenção judicial em suas cláusulas e estipulações. Somente pelos dados levantados pela autora, em réplica - espécie de fonte ou letra, tamanho da fonte, padrões de cláusulas etc. -, não se pode reconhecer essa situação. Por outro lado, as partes contratantes são pessoas jurídicas e nem se cogita da incidência da Lei nº 8.078/1990 aos contratos em discussão.

Não se olvida que a ré é empresa de grande porte no mercado brasileiro, mas se fôssemos examinar a questão por esse ângulo fechado, certamente a empresa ré teria enorme dificuldade na contratação de outra empresa, do mesmo poderio empresarial e econômico, para que lhe prestasse os serviços que a autora validamente aceitou prestar, mediante a retribuição contratual. Ora, concluir que a ré tem superioridade econômica, financeira, empresarial, em comparação com a empresa autora é tão óbvio que dispensa comentários. Mas dessa conclusão não se extrai nenhum dado favorável à autora, quanto aos contratos celebrados, porque seria inimaginável que as disposições contratuais somente ganhassem força vinculante com empresas do mesmo porte econômico.

É absolutamente comum que, numa relação contratual, uma das partes possa ostentar superioridade comercial e econômica. Essa circunstância, isoladamente considerada, não se afigura como suficiente para, a partir dela somente, serem revistas as cláusulas de um contrato. Os contratos celebrados contemplam evidentemente gama muito maior de

obrigações à autora, prestadora de serviços, mormente se formos considerar a natureza e complexidade dos próprios contratos. Prestar serviços para uma empresa do porte da ré, nas unidades industriais, seguramente implica assumir enorme cota de atribuições, ônus e encargos, ao passo que a obrigação da ré seria, primordialmente, do pagamento dos valores ajustados. Essa conclusão decorre, portanto, não só da superioridade comercial da ré, mas sobretudo da natureza dos contratos.

Embora os contratos tenham sido redigidos pela ré, nesta ou naquela cidade, isso pouco importa, não são de adesão e não dispensam a observância dos princípios sociais, que dizem respeito a ambos os contratantes, cabendo ao julgador revisar o contrato e afastar as cláusulas consideradas abusivas ou ilegais, não simplesmente pela padronização, pelo tipo de fonte empregada etc., mas pela substância de suas cláusulas. Somente porque se tratam de cláusulas previamente lançadas pela ré, o contratante, pessoa jurídica, que delas tem ciência inequívoca, não está dispensado de fiel cumprimento a seus termos.

Cláudia Lima Marques ensina que:

“Contrato de adesão é aquele cujas cláusulas são preestabelecidas unilateralmente pelo parceiro contratual economicamente mais forte (fornecedor), *in varietur*, isto é, sem que o outro parceiro (consumidor) possa discutir ou modificar substancialmente o conteúdo do contrato escrito.

O elemento essencial do contrato de adesão, portanto, é a ausência de uma fase pré-negocial decisiva, a falta de um debate prévio das cláusulas contratuais e, sim, a sua predisposição unilateral, restando ao outro parceiro a mera alternativa de aceitar ou rejeitar o contrato, não podendo modificá-lo de maneira relevante.

Podemos destacar como características do contrato de adesão: 1) a sua pré-elaboração unilateral; 2) a sua oferta uniforme e de caráter geral,

para um número ainda indeterminado de futuras relações contratuais; 3) seu modo de aceitação, onde o consentimento se dá por simples adesão à vontade manifestada pelo parceiro contratual economicamente mais forte” (Contratos no Código de Defesa do Consumidor. 5ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 71-72).

Ora, pela natureza, complexidade, minudência, prazos, valores etc., nenhum dos contratos celebrados entre as partes, que são objeto da causa, pode ser caracterizado como contrato de adesão, muito menos de adesão pela prestadora dos serviços. Em todos eles observa-se um detalhamento incomum no objeto, na forma de prestação dos serviços, na fixação dos preços, sendo em alguns deles bem destacado o exame da composição dos custos, sobretudo de encargos trabalhistas assumidos pela autora.

Nesse sentido:

“Não é o simples fato de, eventualmente, tratar-se de contrato de adesão que implicará inobservância ao princípio do pacta sunt servanda. Ao depois, cuidam-se de litigantes pessoas jurídicas, acostumadas, pois, à elaboração dos mais diversos tipos de contrato, geralmente se fazendo auxiliadas por corpo jurídico competente no momento de sua feitura, não apresentando qualquer vulnerabilidade uma em relação à outra” (Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, agravo de instrumento nº 70022441976, de Passo Fundo, rel. Des. Osvaldo Stefanello).

E mais:

“DESPEJO. INFRAÇÃO CONTRATUAL. POSTO DE ABASTECIMENTO DE COMBUSTÍVEIS. CLÁUSULA DE EXCLUSIVIDADE DE FORNECIMENTO. VIOLAÇÃO. INFRAÇÃO CONFIGURADA. PROCEDÊNCIA MANTIDA. APELAÇÃO IMPROVIDA. Firmado o contrato por pessoas jurídicas, habilitadas nesse ramo de negócios, com exclusividade de fornecimento de derivados de petróleo, com cláusulas específicas e pertinentes à atividade, não há que falar

em contrato de adesão ou abusividade de cláusula. Configurada a infração contratual, consistente na aquisição de derivados de petróleo, adquiridos de terceiros, é de rigor o acolhimento do pedido de despejo formulado com base no art. 9º, da Lei n. 8.245/91” (Tribunal de Justiça de São Paulo, apelação cível nº 867109-0/2, de São Paulo, rel. Des. Norival Oliva).

Por outro lado, em tempos de crescente descumprimento de obrigações contratuais, deve-se prestigiar o princípio da boa fé, eis que não se mostra plausível conferir essa boa fé a quem parece pretender somente auferir os rendimentos do contrato, sem se submeter aos seus outros pontos, seus encargos e ônus.

Orlando Gomes explica:

“Na justificação moderna da relatividade do poder vinculante do contrato, a idéia da imprevisão predomina. Exige-se que a alteração das circunstâncias seja de tal ordem que a excessiva onerosidade da prestação não possa ser prevista. Por outras palavras, a imprevisão há de decorrer do fato de ser a alteração determinada por circunstâncias extraordinárias. As modificações por assim dizer normais do estado de fato existente ao tempo da formação do contrato devem ser previstas, pois constituem, na justa observação de RIPERT, uma das razões que movem o indivíduo a contratar, garantindo-se contra as variações que trariam insegurança às suas relações jurídicas. Quando, por conseguinte, ocorre a agravação da responsabilidade econômica, ainda ao ponto de trazer para o contratante muito maior onerosidade, mas que podia ser razoavelmente prevista, não há que pretender a resolução do contrato ou a alteração do seu conteúdo. Nesses casos, o princípio da força obrigatória dos contratos conserva-se intacto. Para ser afastado, previsto é que o acontecimento seja extraordinário e imprevisível.

Mas, não basta. Necessário ainda que a alteração imprevisível do estado de fato determine a dificuldade de o contratante cumprir a

obrigação, por se ter tornado excessivamente onerosa a prestação. A modificação quantitativa da prestação há de ser tão vultosa que, para satisfazê-la, o devedor se sacrificaria economicamente. Chega-se a falar em impossibilidade. Pretende-se, até, criar a categoria da impossibilidade econômica, ao lado da física e da jurídica, para justificar a resolução do contrato, mas se a equiparação procedesse, estar-se-ia nos domínios da força maior, não cabendo, em conseqüência, outra construção teórica. A onerosidade excessiva não implica, com efeito, impossibilidade superveniente de cumprir a obrigação, mas apenas dificulta, embora extremamente, o adimplemento. Porque se trata de dificuldade, e não de impossibilidade, decorre importante conseqüência, qual seja a da necessidade de verificação prévia, que se dispensa nos casos de força maior.

Portanto, quando acontecimentos extraordinários determinam radical alteração no estado de fato contemporâneo à celebração do contrato, acarretando conseqüências imprevisíveis, das quais decorre excessiva onerosidade no cumprimento da obrigação, o vínculo contratual pode ser resolvido ou, a requerimento do prejudicado, o juiz altera o conteúdo do contrato, restaurando o equilíbrio desfeito. Em síntese apertada: ocorrendo anormalidade da álea que todo contrato dependente de futuro encerra, pode-se operar sua resolução ou a redução das prestações” (Contratos, Forense, 1989, 12^a ed., p. 41 e 42).

Bem por isto, decidi o Tribunal de Justiça do Estado, em aresto da lavra do eminente Des. Marco Aurélio Gastaldi Buzzi que “O Judiciário deve coibir o descumprimento de normas contratuais livremente estipuladas pelas partes, notadamente quando não se vislumbrar coação ou qualquer outro vício maculador da vontade, sob pena de causar instabilidade nas relações negociais” (AI n. 2003.008460-6, de Joaçaba).

E de outros Tribunais:

“APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE REVISÃO DE CLÁUSULAS CONTRATUAIS. CONTRATO DE COMPRA E VENDA MERCANTIL. AQUISIÇÃO DE ÓLEO DIESEL E LUBRIFICANTES E MÚTUO. TERMOS DE CONFISSÃO DE DÍVIDA. PRODUTOS UTILIZADOS COMO INSUMO DA ATIVIDADE COMERCIAL. NÃO INCIDÊNCIA DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. OBSERVÂNCIA AOS PRINCÍPIOS DO PACTA SUNT SERVANDA E DA AUTONOMIA DA VONTADE.

O contrato de compra e venda mercantil para aquisição de óleo diesel e lubrificantes por empresa de grande porte do setor de transporte coletivo não se sujeita aos ditames do Código de Defesa do Consumidor, pois os produtos adquiridos são utilizados para o exercício da atividade comercial do adquirente, cujo valor é incluído na base de custo do serviço público por ele prestado, não se caracterizando, outrossim, a vulnerabilidade e hipossuficiência que autorizam a excepcional aplicação da referida norma.

Diante dos princípios do pacta sunt servanda e da autonomia da vontade, pilares do direito contratual, há que se respeitar o que for livremente avençado no contrato, cabendo a intervenção judicial para revisão de suas cláusulas somente em situações excepcionais, legalmente previstas” (TJ-DF; AC 2004.01.1.065450-8; Ac. 278093; Primeira Turma Cível; Rel. Des. Nívio Gonçalves; DJU 21/08/2007; pág. 106).

Por questão metodológica, os pedidos deduzidos serão examinados conforme a ordem estabelecida na inicial e na defesa da ré.

O primeiro pedido refere-se aos pagamentos realizados pela ré a menor, considerando os itens da composição do preço final do anexo V do contrato de prestação de serviços, nas 4 unidades da ré, representada essa diferença pela exclusão dos valores de materiais de limpeza, jardinagem e conservação do total geral. Sustentou a autora que a diferença mensal para

essas unidades chegou a R\$ 11.697,84 por mês, que, multiplicado por 18 meses, entre julho de 2006 e dezembro de 2007, alcançou R\$ 210.561,12.

Registre-se inicialmente que o contrato de prestação de serviços celebrado entre as partes contempla, na sua cláusula 1º, a seguinte finalidade: “o escopo deste contrato é a prestação de serviços de limpeza, conservação, jardinagem com materiais e equipamentos necessários à execução inclusos, nas unidades industriais [...]” [fl. 62].

Não se precisa discorrer sobre a natureza e complexidade do contrato de prestação de serviços celebrado entre as partes, com uma centenas de itens e especificações, normas gerais e detalhes de como seriam prestados os serviços pela autora. Não se trata certamente de contrato singelo que pudesse ser confeccionado e subscrito em pouco tempo, sem reflexão, sobretudo da composição dos preços. Induvidosamente os contratos demandaram certo tempo para exame de suas cláusulas e discussão de valores.

Não se olvida que a própria ré, em sua contestação, sustentou que os valores referentes aos itens pretendidos pela autora teriam sido subtraídos da composição do preço final por se tratar de um desconto, dado pelo representante legal da autora para vencer a licitação que envolvia outras empresas. A autora impugna os documentos de fl. 624-627, mas mesmo que não se dê credibilidade a tais documentos, a postulação não prospera.

Ora, não se precisa recorrer ao léxico para concluir que, em qualquer contrato, composto por uma sucessão de itens e partes destacadas, o produto final representa um total geral, ou seja, o valor global dos itens que seria o preço desse mesmo negócio. Segundo a disposição contratual antes mencionada, os materiais e equipamentos necessários à execução dos serviços estavam incluídos no preço final. Não há dúvida de que a soma dos itens do anexo V, que trata da composição final dos preços, não corresponde ao total geral mensal, mas, por outro lado, nada sustenta a

tese levantada na petição inicial, de que a ré teria promovido o pagamento a menor durante toda a relação contratual, de valores expressivos, para que somente com a propositura da ação, a autora se desse conta dessa subtração indevida e que lhe trouxe prejuízo financeiro.

Se a decomposição dos itens não atingiu o total geral mensal, essa discrepância não se converte, em si mesmo, em fato constitutivo do direito da autora de buscar uma hipotética diferença que não teria sido paga, portanto, em nenhum dos meses de vigência da relação contratual. Em outras palavras, a autora teria concordado ou não impugnado nenhum pagamento, que agora se acoima de inferior, durante 18 meses, desde a própria assinatura do contrato? Essa conclusão soa como despropositada e contrária à própria presunção natural que emana do art. 335 do CPC.

O contrato contemplava expressamente a forma pela qual os pagamentos devidos à autora seriam realizados, que dar-se-ia por intermédio de nota fiscal emitida pela própria autora. Os documentos expedidos pela autora, nesse ponto, compreendem justamente os valores pagos pela ré sem qualquer anotação de pagamento a menor ou eventual desacordo, que pudesse agora servir de fundamento lógico e razoável para a complementação pretendida. Não se comprovou que as notas fiscais estivessem em poder da própria ré para que fossem preenchidas a seu arbítrio. A previsão contratual de que as notas fossem examinadas pela ré não se converte em preenchimento incorreto. Não se comprovou que, durante a vigência do contrato, houve qualquer impugnação a tais pagamentos. Os valores pagos correspondem rigorosamente ao total geral mensal para cada uma das unidades da ré, nas cidades de Lages, Otacílio Costa e Correia Pinto.

Ora, se as notas fiscais foram lançadas pela autora, com a discriminação dos serviços prestados, não há fundamento para que se busque uma diferença mensal do contrato, sem que houvesse prova robusta

e segura de que o pagamento mensal foi inferior àquele contratado. Em suma: a discrepância que se constata na soma dos itens do preço com o total geral mensal não é suficiente para concluir pelo pagamento a menor.

Humberto Theodoro Júnior doutrina:

“No processo civil, onde quase sempre predomina o princípio dispositivo, que entrega a sorte da causa à diligência ou interesse da parte, assume especial relevância a questão pertinente ao ônus da prova. Esse ônus consiste na conduta processual exigida da parte para que a verdade dos fatos por ela arrolados seja admitida pelo juiz. Não há um dever de provar, nem à parte contrária assiste o direito de exigir a prova do adversário. Há um simples ônus, de modo que o litigante assume o risco de perder a causa se não provar os fatos alegados e do qual depende a existência do direito subjetivo que pretende resguardar através da tutela jurisdicional. Isto porque segundo máxima antiga, fato alegado e não provado é o mesmo que fato inexistente” (Curso de Direito Processual Civil, vol. I, 12ª ed., Forense, Rio de Janeiro, 1994, pág. 419).

José Frederico Marques complementa:

“As normas produtoras de efeitos jurídicos constituem, em última análise, verdadeiras configurações abstratas de fatos e acontecimentos, a cuja existência se prendem as conseqüências de ordem jurídica que os preceitos legais prevêm e disciplinam. Necessário é, por isso, que a pessoa que pretenda obter esses efeitos jurídicos previstos nas normas e regras da lei, prove e demonstre a existência dos fatos de onde tais efeitos se originam. Corolário desse fenômeno é a regra de que ‘cada parte suporta o ônus da prova sobre a existência de todos os pressupostos (inclusive os negativos) das normas sem cuja aplicação não pode ter êxito sua pretensão processual’. Como os fatos indicados pelo autor são os elementos constitutivos do pedido que deduziu em Juízo, cabe-lhe o ônus de provar esses fatos para

que sua pretensão seja acolhida e julgada procedente” (Manual de Direito Civil, vol. 2, pág. 188).

Carlos Roberto Gonçalves professa:

“É de lei que o ônus da prova incumbe a quem alega (CPC, art. 333, I). Ao autor, pois, incumbe a prova, quanto ao fato constitutivo do seu direito; e ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor (inc. II). A vontade concreta da lei só se afirma em prol de uma das partes se demonstrado ficar que os fatos, de onde promanam os efeitos jurídicos que pretende são verdadeiros. A necessidade de provar para vencer, diz Wilhelm Kisch, tem o nome de ônus da prova (Elementos de derecho procesal civil, 1940, p. 205). Claro está que, não comprovados tais fatos, advirá para o interessado, em lugar da vitória, a sucumbência e o não reconhecimento do direito pleiteado (Frederico Marques, Instituições de direito processual civil, Forense, v. 3, pág. 379)” (Responsabilidade Civil, 6ª edição, Saraiva, 1995, p. 646).

E da jurisprudência:

“De acordo com a doutrina e a jurisprudência, se a prova testemunhal de ambas as partes for de igual força, havendo, em consequência, o denominado entrechoque entre a produzida pelo autor e pelo réu, de modo a não se saber qual a preponderante, deve o magistrado decidir a favor do último’ (Apelação Cível nº 24.143 de Araranguá, Rel. Des. Napoleão Amarante)” (Ap. civ. n. 49.688, de Chapecó, rel. Des. Gaspar Rubik).

O segundo pedido refere-se à redução indevida do pagamento correspondente aos serviços de limpeza e jardinagem das unidades de Correia Pinto e Otacílio Costa, pois os valores contratados eram de R\$ R\$ 45.698,60 e 44.589,93, respectivamente, que foram pagos até novembro de 2006; a partir daí, o pagamento mensal teria sido menor, embora calculado com as correções de 8,016% e 8,0% gerando diferença de R\$ de R\$ 82.271,57 [Correia Pinto] e de R\$ 50.128,38 [Otacílio Costa].

Registra-se que a contestação sustenta, no ponto, que os pagamentos a menor - então reconhecidos e incontroversos -, que realmente se mostra distinto do fundamento do pedido anterior, seriam decorrentes de uma composição convencionada pelas partes, por intermédio do documento de fl. 659-661. Esse documento conteria a confissão da autora a respeito da cobrança em duplicidade por serviços que estavam incluídos no contrato de limpeza, especialmente a remoção de cinzas. Embora o documento referido contenha a descrição de um erro operacional, certo é que, ao final, concordou-se com a compensação de valores.

Desde logo, importante acentuar que não se trata de hipótese de compensação legal, quando seria evidentemente questão de direito, e não de fato, a determinar a existência de créditos e débitos recíprocos. Cuida-se de uma compensação contratual, mas não se pode reputar o documento em que se sustenta essa alegação como verdadeiro ato jurídico negocial.

Entretanto, não somente pela impugnação a esse documento, com fatos consistentes, porque não está subscrito por qualquer pessoa, tampouco se observou a prescrição contratual existente entre as partes, a exigir a prévia notificação sobre a natureza da infração, não se pode declarar incidentalmente a compensação, sem o oferecimento de reconvenção. É que a compensação convencional é verdadeiro negócio jurídico contratual, razão pela qual exige-se que as partes observem as regras estabelecidas no contrato ou na lei civil para que seja formalizada. No caso, não se tem propriamente um documento subscrito pelos contratantes ou, pelo menos, pelo devedor, reconhecendo o crédito da parte adversa. Trata-se de simples mensagem eletrônica, que, por mais idônea que pudesse ser, pois não se demonstrou igualmente fora fabricada, foi devidamente impugnada, eis que a ré teria em seus arquivos documentos com o timbre da autora. Somente o timbre identifica a origem do documento, mas não seu conteúdo. Sem que houvesse a confirmação desse documento por parte do representante

legal da autor, em outro escrito particular ou em depoimento pessoal, não se pode falar em compensação convencional.

Nesse sentido:

“PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. INADIMPLENTO CONTRATUAL. MENSAGEM ELETRÔNICA. PROVA INSUFICIENTE. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DESCUMPRIMENTO CONTRATUAL. ARTIGO 159 DO CÓDIGO CIVIL. ÔNUS DA PROVA. NÃO COMPROVAÇÃO DOS FATOS ALEGADOS. MENSAGENS ELETRONICAS. E-MAIL. PROVA QUE NÃO PODE SER CONSIDERADA COM EXCLUSIVIDADE, ISOLADAMENTE. Se o autor não logra comprovar o fato alegado, no que tange ao descumprimento contratual, correta a sentença monocrática que se convence pela improcedência do pedido inicialmente formulado. A mensagem eletrônica não deve ser considerada prova cabal da existência do vínculo jurídico quando analisada isoladamente, com exclusividade, já que a mesma não demonstra em si a autenticidade desta relação” (TJ-RJ; AC 6698/2002; Rio de Janeiro; Décima Quarta Câmara Cível; Rel. Des. Walter Agostino; julg. 06/05/2003).

E mais:

“MONITÓRIA. REQUISITOS.

Ajuizamento com base em minuta de confissão de dívida enviada por correspondência eletrônica (e-mail). Insuficiência. Documento produzido unilateralmente e sem assinatura das partes. Prova escrita não configurada. Eficácia de título executivo não demonstrada. Extinção do processo decretada” (TJ-SP; AC 916.009-0/2; Guarulhos; Trigésima Quarta Câmara de Direito Privado; rel. Des. Irineu Pedrotti; julg. 09/05/2007).

Finalmente:

“DANO MORAL. PERDA DE VAGA NO MERCADO DE TRABALHO. MENSAGEM DE CORREIO ELETRÔNICO. PROVA FRÁGIL. O serviço de correio eletrônico, conhecido como e-mail, não constitui meio de prova fidedigno. A falta de assinaturas, a possibilidade de alteração, no ‘percurso’ entre o remetente e o destinatário, bem como a facilidade de cadastramento de dados pessoais sem comprovação desaconselham a adoção irrestrita dessa espécie de prova. Apenas a assinatura eletrônica, procedimento complexo que depende de regulamentação legal, no país, poderia conferir algum grau de certeza quanto à autenticidade do documento” (TRT 9ª R.; Proc. 00990-2004-660-09-00-1; Ac. 28662-2005; Segunda Turma; relª. Desª. Marlene Teresinha Fuverki Suguimatsu; DJPR 08/11/2005).

Sustenta a ré que a compensação seria proveniente da cobrança, em duplicidade, de serviço de remoção de cinzas, mas em diversos documentos, esses serviços foram cobrados de forma destacada e, em outros, juntamente com os serviços ordinários. Sem que se pudesse estabelecer indubitavelmente essa cobrança, seu reconhecimento pelo representante legal da autora, admitindo o fato, essa modalidade anômala de extinção de uma obrigação mostra-se duvidosa e controversa.

Comentando um dos requisitos para a compensação, Arnaldo Rizzardo ensina que:

“Em segundo lugar, aparece a liquidez das obrigações. Unicamente as dívidas perfeitamente calculadas, com o montante devidamente indicado e certo é que sujeitam-se à compensação. Além de determinada a importância da prestação, não depende de termo ou condição, e muito menos está sujeita a controvérsias. Efetivamente, como pretender que se anulem através da compensação dívidas não calculadas ou dependentes de perícia, de provas, de consistência? Nesta ótica pronunciou-se a jurisprudência: ‘A compensação de débitos opera-se entre dívidas líquidas e vencidas. Não se

revela possível a compensação de débitos contestados que se encontram pendentes de julgamento. Inteligência do art. 1.010 do CC'. Recorda-se que o art. 1.010 corresponde ao art. 369 do atual diploma civil". (Direito das Obrigações. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 405).

Há verdadeira controvérsia sobre a existência da compensação, de modo que, sem reconvenção, inviável se promover a compensação convencional.

Não fosse suficiente, penso que a compensação deveria igualmente observar os padrões de entendimento adotados pelas próprias partes. Houvesse uma mensagem eletrônica da ré imputando a prática da cobrança em duplicidade e, na sequência, a resposta igualmente por meio eletrônico da autora reconhecendo essa cobrança e propondo o desconto, verdadeira compensação, a questão mudaria de enfoque. Mas no caso em julgamento, para além das notas fiscais que não servem como prova suficiente da cobrança em duplicidade, tampouco são, em si mesmas, prova da existência da compensação, seria imperiosa a propositura de reconvenção, com a ampliação do espectro de cognição da causa.

Nesse sentido:

“LOCAÇÃO. AÇÃO DE COBRANÇA DE ALUGUÉIS E ENCARGOS. [...] Exclusão da compensação que se determina de ofício, prejudicado o recurso. Apenas a compensação legal pode ser argüida como matéria de defesa em contestação, operando os seus efeitos, por incidência do artigo 1.010 do Código Civil de 1916, pela simples constatação de sua existência. A compensação judicial, em que se faz necessária prévia cognição a respeito do direito de crédito, enseja o exercício de ação reconvenicional, constatando-se que o crédito afirmado não possibilita a compensação legal, seu reconhecimento só pode ocorrer mediante exercício de ação própria, impossível se mostra a apreciação da matéria argüida, ante a falta de exercício da reconvenção” (TJ-SP; AC 758397-0/8; São Paulo; Trigesima

Primeira Câmara de Direito Privado; Rel. Des. Antonio Rigolin; julg. 17/05/2005).

E mais:

“CONTRATOS - EMPREITADA - RECLAMATÓRIA TRABALHISTA CONTRA O CONTRATANTE - DIREITO REGRESSIVO CONTRA O EMPREITEIRO - COMPENSAÇÃO - RECONVENÇÃO – INADMISSIBILIDADE. Se não ofertada reconvenção, não é possível a compensação com outros eventuais débitos do contratante, notadamente se ilíquidos (CC, art. 1.010)” (Apelação cível n. 98.005319-6, de Joinville, rel. Des. Newton Trisotto).

Finalmente:

“COMPENSAÇÃO JUDICIAL. POSSIBILIDADE QUANDO UMA DAS DÍVIDAS FOR ILÍQUIDA. RECONVENÇÃO. NECESSIDADE. É possível a compensação judicial se uma das dívidas é ilíquida, porém, há necessidade de reconvenção” (TACSP 2; AI 669.359-00/2; Décima Câmara; Rel. Juiz Nestor Duarte; Julg. 13/12/2000).

Rejeitada a compensação, que era o fundamento da contestação [art. 333, II do CPC], tem-se que os valores indicados pela autora não foram objeto de específica impugnação da parte adversa [art. 302 do CPC]. Portanto, a autora tem direito ao recebimento das diferenças lançadas na inicial [fl. 10-13], na montante de R\$ 139.203,81, que deverá ser corrigida pela SELIC, bem como sofrer a incidência de 1% ao mês, conforme previsão contratual não impugnada pela ré, desde dezembro de 2007 até o efetivo pagamento.

Embora se reconheça que a SELIC tem incidência dirigida aos débitos constituídos em favor da fazenda pública, não se pode acoiar de inconstitucional ou ilegal sua previsão em contrato privado, que envolva direitos patrimoniais disponíveis. Esse dado é igualmente relevante para se

concluir, também, que os contratos celebrados entre as partes, mesmo que tenham sido redigidos pela ré, não podem ser qualificados como de adesão, tanto que foram contempladas obrigações diversas para os contratantes e penalidades iguais em caso de inadimplemento.

Veja-se:

“CIVIL. EMPRESARIAL. CONSTRUÇÃO DE CONJUNTO HABITACIONAL. FINANCIAMENTO DA CEF. INADIMPLEMENTO. [...] OBRIGAÇÃO LEGAL DE INDENIZAR. INDEXADOR. LUCROS CESSANTES LIMITADOS AO SALDO DA OBRA. Em direito contratual prevalece, sempre, salvo vedação legal, o princípio da autonomia da vontade. Se os contraentes elegeram livremente determinado indexador e sendo certa a existência e a atualidade dele, seria inadmissível violência substituí-lo por qualquer outro, por mais justo que fosse” (Tribunal Regional Federal da 5ª Região, apelação cível nº 339.195, processo nº 2004.05.00.010008-7, de Pernambuco, rel. Des. Paulo Roberto de Oliveira Lima; Julg. 22/11/2007; DJU 27/02/2008; Pág. 1681).

No que diz respeito ao terceiro pedido, a autora alegou redução indevida dos valores para a execução do contrato de serviço de limpeza, conservação e jardinagem na unidade Lages I, pois deveria receber mensalmente R\$ 16.812,75, mas essa importância foi paga até março de 2007, gerando uma diferença de R\$ 12.951,18, mesmo computada a correção de 7,87%, a partir de julho de 2007.

Nesse ponto, observa-se que a contestação suscitou novamente a compensação, nos mesmos moldes do item anterior. Portanto, considerando a fundamentação acima desfilada, não se pode reconhecer a compensação. Os valores contratados - de forma incontroversa -, ou seja, abstraída a exclusão dos itens de materiais de limpeza, conservação e jardinagem, que foram examinados anteriormente, não foram devidamente repassados pela ré. Não há, repita-se, impugnação quanto ao pagamento a

menor, mensalmente, a partir de março de 2007, de forma que procede o pedido nesse ponto, condenando-se a ré ao pagamento de R\$ 13.400,99, calculado até dezembro de 2007, que deverá sofrer a correção pela variação da SELIC, com juros de mora de 1%, até o efetivo pagamento.

No que toca com o quarto pedido, a ré teria deixado de reembolsar as horas extraordinárias que eram pagas aos funcionários contratados pela autora para o cumprimento do contrato de limpeza, conservação e jardinagem nas unidades Lages I e II, cuja exigência correspondia a serviços a serem executados de segunda a segunda, pois o anexo V do contrato então vigente preceituava que as horas extraordinárias seriam pagas com majoração de 50% e 100%, despesa que foi ressarcida até setembro de 2006, gerando saldo de R\$ 24.798,51.

Segundo os termos do contrato, os preços foram previstos para abranger todos os serviços contratados em cada uma das unidades industriais. Num dos itens do contrato - anexo II -, constou de forma muito clara que a limpeza dos escritórios, banheiros, pisos, corredores etc. deveria ocorrer diariamente, de segunda a segunda [fl. 76]. O contrato igualmente previu que a autora responsabilizar-se-ia pelo pagamento de todos os encargos de ordem trabalhista, de modo que o pagamento de horas extraordinárias que certamente foram prestadas pelos funcionários contratados pela autora não é um item que possa ser isoladamente considerado e, destacado do preço final, venha agora a se somar ao montante previsto no total geral mensal.

Não tem relevância jurídica a conclusão, indisputável, de que verbas trabalhistas somente poderiam ser exigidas perante a Justiça do Trabalho. Disso certamente não se trata, mas é evidente e indubitoso que a espécie de contratação celebrada entre as partes poderia ser objeto de questionamento pelos empregados da autora. Com isso, a ré promoveu a inserção no contrato de que os encargos trabalhistas ou verbas trabalhistas, dentre eles certamente horas extraordinárias prestadas pelos funcionários

da autora, estavam compreendidas no total geral mensal. É irrelevante, portanto, pretender justificar a pretensão sob o argumento de que o pedido é formulado como ressarcimento civil de verbas trabalhistas. O controle interno da autora sobre horas extraordinárias [fl. 320-322] certamente não poderia, como se pretende, ampliar o aspecto financeiro do contrato, pois a se admitir tal postulação, a autora verdadeiro cheque em branco, uma disposição contratual para ampliar, ao seu talante, o total a ser pago pela ré.

Se o contrato contemplava serviços prestados ininterruptamente, ou na expressão do pacto, de segunda a segunda, a forma pela qual esses serviços eram desempenhados, com um ou vários funcionários, com pagamento de horas extraordinárias, era absolutamente irrelevante para produzir reflexos em favor da autora, mesmo que sob o título de ressarcimento civil pela verba trabalhista a que os funcionários da autora faziam jus.

O quinto pedido diz respeito ao pagamento pelo serviço executado nos restaurantes das unidades de Lages I e II, pois embora o contrato não contemplasse essa tarefa, esse serviço passou a ser executado a partir de agosto de 2006, por solicitação da ré, com a disponibilização de um funcionário para cada uma das unidades, gerando saldo de R\$ 1.399,68, que deveria ser multiplicado pelo número de meses em que os serviços foram prestados [17], totalizando R\$ 23.794,56.

Embora a ré tenha sustentado que esse serviço estava compreendido nas finalidades do contrato, penso que não há como se concluir por esse caminho, nesse particular. Observa-se que os fundamentos do pedido são consistentes, na medida em que se sustentou que antes de a autora assumir esse encargo adicional, o serviço de coleta dos resíduos sólidos dos restaurantes era realizado por empresa diversa e somente depois de agosto de 2006 é que a autora passou a desempenhar tal atribuição. Não há impugnação consistente para desfazer a presunção natural que decorre dessas circunstâncias. Não se impugnou que anteriormente outra empresa

realizara tais serviços e que, por conseguinte, não era encargo contratado com a autora. Observando os termos do contrato, sobretudo dos anexos, constata-se uma descrição muito meticulosa e minuciosa dos serviços a serem prestados, dos locais a serem limpos, das tarefas de incumbência da autora, que não se pode entender englobada a retirada de resíduos sólidos dos restaurantes.

Não se pode extrair, sequer implicitamente, que os serviços de retirada de resíduos sólidos de dois restaurantes mantidos nas unidades de Lages estivessem compreendidos no item “atividades” que eram de responsabilidade da autora [fl. 76-77]. Não seria plausível concluir que tais serviços estivessem dentro do escopo primário do contrato, eis que é fato notório que a ré mantém grande número de funcionários em cada uma de suas unidades, cuja utilização dos restaurantes certamente acarreta um trabalho considerável e expressivo para a retirada dos restos de comida. Embora seja razoável concluir que os restos de comida são, ao final e ao cabo, lixo, o trabalho adicional que é a coleta desses restos e o transporte para local adequado não se identifica propriamente como coleta de lixo, mormente se esse serviço for cotejado com os locais em que o lixo deveria ser recolhido – escritórios, banheiros e corredores.

Igualmente conspira a favor do pedido a singela consideração de que, usualmente, depois da utilização de qualquer refeitório, não se costuma fazer a coleta do lixo, mas certamente a limpeza desse mesmo ambiente. O termo lixo empregado no contrato somente pode ser interpretado como lixo pura e simplesmente, como aquele lixo depositado em cestos ou recipientes similares, não com a comida que sobrava das refeições.

Por outro lado, os valores que são pretendidos pela autora mostram-se compatíveis com a natureza das atividades e a necessidade, presumível, de que dois funcionários fossem responsáveis pela execução da tarefa, máxime porque foram em dois restaurantes prestados tais serviços. Na

contestação, suscitou-se que não seria necessário dois funcionários, mas não há prova nesse sentido. Somente uma prova escorreita poderia implicar a conclusão de que o serviço era singelo e poderia ser realizado por um só funcionário. Como a ré tinha conhecimento de que o serviço era prestado por empresa diversa, bastaria que trouxesse ao processo prova documental de quantos funcionários eram contratados pela anterior empresa, bem como dos valores pagos, para que se cumprisse o art. 333, II do CPC. Sem essa prova documental, é de se adotar os fundamentos da inicial, que estão corroborados por prova documental idônea, consistente nos pagamentos feitos a dois funcionários contratados pela autora [fl. 326-339].

Procedente, portanto, o pedido deduzido nesse ponto, em parte, para condenar a ré ao pagamento de R\$ 23.794,56, correspondente aos valores dos empregados contratados pela autora para a execução do serviço adicional, com correção monetária computada da propositura da ação e juros de mora de 1%, computados da citação, nos termos dos arts. 219 e 406 do CC .

Registra-se que a correção monetária e os encargos de mora pretendidos pela autora não são devidos, na medida em que a previsão contratual para sua incidência está restrita exclusivamente aos serviços que, inicialmente contratados, não tivessem sido devidamente pagos nas datas convencionadas. No caso, disso não se trata, pois o reconhecimento de que o contrato foi executado com maior encargo à autora, com a inclusão de serviços não contratados expressa ou implicitamente, remete a condenação às obrigações civis, pois o princípio é a vedação do locupletamento indevido. Não se pode estender a cláusula específica do contrato para hipótese por ele não contemplada.

Veja-se:

“A correção monetária conta-se do ajuizamento da ação, conforme preceitua o § 2º do art. 1º da Lei n. 6.899/81, uma vez que a dívida, no

momento da propositura da ação de conhecimento, era ilíquida e incerta” (TJ-DF; AC 2003.01.1.110538-2; Ac. 273271; Quarta Turma Cível; Rel. Des. Sandoval Oliveira; DJU 12/06/2007; Pág. 109).

No sexto pedido, alega-se que a ré deixou de pagar as diferenças contratadas para o serviço de embalagem dos estrados de madeira, pois o contrato respectivo foi prorrogado, mas a ré efetuou os pagamentos sem considerar a variação do IPC-FIPE nos períodos de 1-9-05 e 1-9-06, na ordem de 2,085299%, bem como deixou de considerar a mesma variação entre 1-9-06 e 1-9-07, na ordem de 4,882262%, gerando saldo de R\$ 9.720,00 pelos dois períodos.

Não tenho a mesma compreensão da disposição contratual, a respeito do reajuste do preço pretendida pela autora. Segundo a cláusula contratual, “o preço base está sujeito a reajuste, após 12 meses de vigência deste contrato, por no máximo o IPC-FIPE do período” [fl. 354]. Decorrido esse termo, observa-se realmente que as partes firmaram um aditivo contratual, estabelecendo justamente a majoração pelos serviços prestados pela autora [fl. 373]. Nesse instrumento contratual, subscrito em 1-8-2005, estabeleceu-se que permaneceriam as demais cláusulas do contrato originário. Em 2-9-2006, sobreveio novo aditivo contratual, prorrogando o prazo de vigência do contrato.

No contrato inicialmente celebrado, não se previu, como pretende fazer valer a autora, verdadeiro gatilho para o automático reajuste dos valores pagos pela ré, como se, decorrido o período de 12 meses, fosse natural essa majoração dos preços pagos, seguindo a variação do IPC divulgado pela FIPE. Observa-se justamente o contrário, na medida em que decorrido o primeiro período de 12 meses, as partes precisamente pactuaram um novo valor para remuneração pelos serviços prestados. Não se disse, tampouco se comprovou, que esse primeiro aumento dos valores representou a variação do IPC-FIPE do período de 12 meses.

Não se registrou no contrato inicialmente elaborado pelas partes, que decorrido o período de 12 meses, os preços pagos seriam automaticamente reajustados pelo IPC-FIPE, mas sim cláusula que tratou de subordinar essa mesma majoração a, no máximo, a variação da inflação divulgada pela FIPE. Então uma majoração, sempre prevista em contrato, poderia atingir aquele índice. Houvesse mesmo intenção das partes de estabelecer um gatilho contratual, certamente não se lançaria a sujeição do preço à variação do IPC-FIPE, como mera referência, mas sim como cláusula impositiva. Esse argumento mais se reforça porque, decorrido o primeiro período de 12 meses, as partes trataram de subscrever termo aditivo em que se tratou, exclusivamente, da majoração do preço pago. Se essa variação era simples gatilho, cuja incidência fosse obrigatória e automática, sequer seria necessário o próprio aditivo, bastaria simples cálculo da variação do IPC-FIPE, para vigência a partir de agosto de 2006. Reforça-se tal conclusão, ainda, com a constatação de que, passados 24 meses de vigência do contrato, novo aditivo contratual foi subscrito, mas a alteração restringiu-se tão somente ao prazo de duração desse mesmo contrato.

Não impressiona a alegação suscitada na inicial, de que a majoração foi igualmente reproduzida pelos aditivos, com a expressão de que “permanecem inalteradas as demais cláusulas do contrato original”, na medida em que esse registro não tem qualquer relevância ou utilidade para alterar a conclusão acima esposada. Esse registro não sustenta a tese da autora [art. 333, I, do CPC]. Por outro lado, qualquer alteração substancial do contrato seria veiculada justamente em aditivos subscritos pelos representantes das partes [cláusula 4.2]. Ora, se houve a primeira majoração de preços, veiculada por aditivo contratual, como pretender estabelecer que as demais variações do preço dispensariam esse instrumento? Ou, em outras palavras, o aditivo contratual mostrava-se indispensável para que o novo preço fosse pactuado, que não estava vinculado exclusivamente ao decurso do prazo de 12 meses, sob pena de valerem os preços praticados

a partir do contrato original ou da última alteração. Logo, não há saldo a ser perseguido pela autora.

Em igual sentido, decidiu-se:

“CONTRATO ADMINISTRATIVO. PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. REAJUSTE DO PREÇO. IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO. ORDINÁRIA. CONTRATOS ADMINISTRATIVOS. Pretensão de reajustes de preços das obras realizadas, em função de lapso de tempo entre a elaboração dos orçamentos e o término da obra. Confirmação da sentença que julgou improcedente o pedido. Na ausência de previsão contratual, através de cláusula expressa que estipule o reajuste, tem-se que o preço fixado para as obras já inclui eventuais aumentos dos insumos necessários à prestação convencionada” (TJ-RJ; AC 294/2004; Rio de Janeiro; Décima Quarta Câmara Cível; Rel. Des. Marlan Marinho; Julg. 10/08/2004).

No que diz respeito ao sétimo pedido, a ré teria feito descontos ilegais, não autorizados, sobre os créditos a que a autora tinha direito, em verdadeiro exercício arbitrário das próprias razões, pois descontou entre setembro e dezembro de 2007, o montante de R\$ 96.189,20. Em contestação, a ré não impugna propriamente a existência do crédito em favor da autora, mas sim suscita que o pagamento a menor deveu-se à compensação por serviços cobrados em duplicidade pela autora.

Como anteriormente restou consignado, não se pode reconhecer a compensação sem a presença de todos os seus requisitos, mormente a vontade dos contratantes, pois a compensação seria convencional. A compensação igualmente pressuporia a reconvenção, que não foi proposta pela ré contra a autora. Ou seja, por esses dois fundamentos, não há compensação a se reconhecer e, portanto, o crédito resulta incontroverso, nos termos do art. 334, II e III, do CPC. Portanto, a autora tem direito ao recebimento dos créditos glosados pela ré, na importância de R\$ 97.437,25,

calculada com a incidência de multa de 1% ao mês, bem como mediante a variação da SELIC, com correção por esses índices desde 7-1-2008 até o efetivo pagamento [fl. 396].

O oitavo pedido diz respeito ao contrato de limpeza celebrado em 2003, em que se alega que a ré exigiu que a autora prestasse serviços considerando o número de pessoas, e não pelas tarefas executadas, a partir de julho de 2003, razão pela qual a autora teria sido compelida a contratar mais 8 empregados para o desempenho das tarefas, gerando um saldo de R\$ 111.999,72, considerando o total de 12 meses.

Observando os termos do contrato trazido com a contestação [fl. 662-671], constata-se que não há previsão alguma, expressa ou implícita, de que os serviços contratados foram estabelecidos pelo número de funcionários. O anexo I desse contrato estabeleceu somente o objeto da contratação, descrevendo pormenorizadamente os locais em que os serviços deveriam ser prestados, bem como a periodicidade. Não há nenhuma obrigação que se pudesse imputar à ré quanto ao pagamento de empregados que, diante da complexidade ou extensão dos serviços, precisassem ser contratados. Somente para o serviço de mensageiro é que a ré exigiu que houvesse um funcionário especialmente destacado, mas isso não está em exame como fundamento da causa.

No item “preço dos serviços” [fl. 664], constata-se que o valor fixado para a remuneração compreendeu o exame das despesas que a autora, então contratada, teria com sua execução, inclusive no pagamento de salários, encargos sociais e tributários. Em momento algum se exigiu determinado número de empregados, tampouco a ré comprometeu-se a remunerar os serviços conforme esse número de empregados. Pelo que consta do fundamento do pedido, a ré teria exigido a contratação de mais empregados, mas não há prova alguma dessa exigência, mediante aditivo contratual. Certo é que, pelo valor do contrato, muito superior a 10

salários mínimos ao tempo em que foi celebrado, não se poderia conferir credibilidade à alegação de que a ré teria prometido verbalmente essa remuneração considerando o número de empregados.

O nono pedido refere-se ao aumento do consumo de sacos de lixo utilizados pela autora, considerando a ampliação das instalações das unidades industriais de Lages, gerando saldo de R\$ 1.610,00, durante 7 meses, totalizando R\$ 11.270,00 para a unidade I, enquanto para a unidade II restou saldo de 9.170,00. Embora a autora tenha incorrido em erro quanto ao ano de início do contrato, o documento de fl. 785-812 comprova sua contratação para prestação de serviço de limpeza nas unidades industriais da ré. Postula a autora um saldo considerando o aumento do uso de sacos de lixo nas duas unidades acima indicadas. No contrato e em seus anexos constou expressamente que a autora ficaria responsável pelos materiais empregados nos serviços, como os sacos de lixo. Os pagamentos seriam realizados mediante depósito bancário [fl. 790, item 5.5]. Não se alega ausência de pagamento pelos serviços contratados, mas sim uma diferença dos valores por conta do aumento dos insumos. Ora, o objeto do contrato contemplou inequivocamente que a autora prestaria os serviços conforme as “necessidades de consumo da KLABIN” [fl. 787], destacando-se nos anexos que a autora responderia precisamente pelos sacos de lixo utilizados [fl. 803, item 3].

Ora, o contrato que foi celebrado contemplou, como se mostra incontroverso, uma obrigação que era naturalmente variável por parte da autora, contratada para que efetuasse a limpeza das instalações das unidades industriais mantidas pela ré. Não se pode conceber, dentro dessa natural álea do contrato, que uma possível e provável alteração das instalações de uma ou outra unidade fosse suficiente para romper o equilíbrio contratual e gerar verdadeiro aumento do preço inicialmente combinado. O que pretende a autora é justamente isso, uma revisão dos preços, ao postular

a complementação do valor mensal, ao argumento de uma mudança extraordinária.

É de se presumir que essa alteração das instalações, que não é controvertida, não tenha gerado tamanho dispêndio que fosse necessária uma verdadeira recomposição do contrato ou de um de seus aspectos fundamentais, o preço mensal de remuneração da autora. Observa-se que a autora recebeu, em duas ocasiões, pagamentos realizados pela ré justamente por conta dos referidos contratos, especificamente em decorrência de “saco para lixo, desinfetante, cera líquida e vassoura” [fl. 408-409]. Esses pagamentos somente podem ser considerados como a remuneração que foi convencionada pelas partes, de maneira implícita, mas inequívoca, como decorrência daquele aumento dos serviços nas duas unidades.

Como se pode vislumbrar, as relações comerciais entre a autora e a ré eram remuneradas invariavelmente com a emissão de notas fiscais. Se a autora emitiu essas duas notas fiscais, que compreendem precisamente o pagamento de sacos de lixo, de maneira destacada, que inicialmente seriam de sua responsabilidade, praticamente quitou qualquer saldo que pudesse exigir. Não se concebe que, sem prova robusta e concludente, documental, pudesse pretender um saldo por conta do mesmo item – sacos de lixo.

Ora, dispõe o art. 478 do CC que “Nos contratos de execução continuada ou diferida, se a prestação de uma das partes se tornar excessivamente onerosa, com extrema vantagem para a outra, em virtude de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, poderá o devedor pedir a resolução do contrato”. Se a quantidade de sacos de lixo realmente não estava dentro da natural álea contratual, pois incumbia à autora fornecê-los no desempenho de seu mister, se o volume desses insumos tivesse sido particularmente elevado, a ponto de causar um empobrecimento da autora e um ganho extraordinário em favor da ré, daí poder-se-ia invocar

a disposição legal – que dispensaria cláusula expressa – e buscar, a tempo e modo, a revisão do preço ou a repartição daquele item em especial.

Com o recebimento dos dois pagamentos, repita-se, presume-se que a autora tenha passado verdadeira quitação, nada mais podendo reclamar. Pode-se, quando muito, concluir que a autora suportou um ônus maior que o inicialmente previsto, mas não se pode concluir que essa alteração previsível tivesse gerado dano patrimonial que fosse suficiente à alteração da composição do preço.

O décimo pedido diz respeito ao saldo dos valores contratados para a prestação do serviço de confecção e manutenção de estrados de madeira, bem como de manutenção civil, que eram realizados na unidade de Correia Pinto, buscando a autora receber R\$ 9.365,56, correspondente aos meses de outubro de 2004 a julho de 2005, pelo serviço de confecção, bem como de R\$ 5.896,57, correspondente aos meses de maio de 2003 a maio de 2004, pelo serviço de manutenção civil.

O contrato em referência foi celebrado em 15-5-2003, pára vigorar pelo prazo de um ano, até 14-5-2004. O objeto do contrato era a manutenção civil e a manutenção e confecção de estrados de madeira na unidade de Correia Pinto. A retribuição pela prestação desses serviços foi fixada em R\$ 8.747,50, por mês. Os pagamentos seriam feitos depois de 15 dias, decorrido o mês a que correspondessem tais serviços. Esses pagamentos seriam realizados no estabelecimento da contratante [fl. 415, item 3.1]. Em 1-8-2005, as partes formalizaram aditivo contratual, estabelecendo novo preço mensal pelos mesmos serviços, com efeito retroativo a 31-7-2005, prorrogando o contrato para 31-7-2006. Ora, pelo que se pode compreender dos documentos trazidos, bem como dos fundamentos examinados, o contrato então sofreu solução de continuidade, ao menos sob o ponto de vista formal, pois há um hiato entre o encerramento inicialmente programado para maio de 2004 e a retroatividade do contrato para alcançar

o período a partir de julho de 2005. Pode-se entender que, mesmo sem a existência de um contrato, os serviços continuaram sendo prestados pela autora, pois o saldo que se pretende em relação à confecção dos estrados de madeira refere-se a outubro de 2004 e julho de 2005 [fl. 420].

Ou seja, a autora pretende receber o valor decorrente do mesmo serviço que foi inicialmente contratado, para um período em que não se tem propriamente a vigência do contrato, ao menos formalmente celebrado. Mas, nesse ponto, impõe-se a improcedência do pedido. É que, mesmo que se admita a prestação dos serviços e a imperiosa remuneração, observa-se que a planilha de fl. 420 mostra-se como documento unilateral. Não se buscou uma remuneração baseada no valor mensal que fora inicialmente contratado, tanto que não poder-se-ia utilizar nenhum dos dois valores ajustados para retribuição mensal, eis que, repita-se, a pretensão é dirigida justamente ao período que vácuo contratual. Pretende a autora, isto sim, receber pela diferença dos estrados confeccionados naquele período de vácuo contratual - outubro de 2004 e julho de 2005 -, mas penso que a nota fiscal emitida pela autora, em 15-9-2005, funciona, nas circunstâncias, como verdadeiro recibo e quitação.

Não seria plausível e razoável que a autora passasse a nota fiscal, discriminando os serviços realizados, sem que nesse valor estivesse compreendida a totalidade do saldo que compreendeu justamente os meses anteriores, eis que, a partir de 31-7-2005, as partes resolveram subscrever o aditivo, com a prorrogação do contrato e o estabelecimento de novo valor mensal de remuneração. Não há documento que dê credibilidade a essa pretensão, eis que nenhum controle foi mantido pela autora que pudesse agora conferir idoneidade aos saldos unilateralmente apurados. Os valores lançados na planilha são aleatórios e discrepam daquela remuneração mensal a que a autora fazia eventualmente jus pela prorrogação tácita do contrato.

O mesmo raciocínio tem incidência, em grande medida, no pedido subsequente, referente ao saldo do contrato de manutenção civil, pois aqui postula a autora o recebimento de R\$ 10.896,57, correspondente ao saldo do que deveria receber entre maio de 2003 e maio de 2004. Ora, o valor pretendido não diz respeito certamente à retribuição mensal que foi lançada no contrato celebrado entre as partes. Por outro lado, não se sabe como a autora promoveu a apuração desse saldo, que seria correspondente aos meses de vigência do contrato original. O documento de fl. 424 que seria a prova desse saldo é uma conta incompreensível, sem qualquer elemento que possa corroborar esse pedido. Não obstante, a própria autora trouxe prova documental que desconstitui a pretensão, na medida em que a nota fiscal de fl. 424, datada de 29-9-2005, serve indubitavelmente como recibo e quitação, pois consigna o “pagamento retroativo – manutenção civil”.

No que diz respeito, em suma, a esse ponto do pedido inicial, referente aos saldos do contrato, não vejo prova documental idônea para que se pudesse efetivamente condenar a ré ao pagamento dos valores pretendidos. Observo que as planilhas com os valores trazidas pela autora são documentos que, para além de unilaterais, não guardam nenhuma intervenção da ré, quando ao reconhecimento desses saldos. Seria presumível que houvesse algum documento contemporâneo, emanado da autora reclamando tais pagamentos, a fim de que agora se pudesse então reconhecer, não somente a prestação dos serviços, mas sim a falta de pagamento. Os documentos fiscais que instruíram a inicial, ambos de setembro de 2005, servem suficientemente para concluir que os serviços foram devidamente pagos, sem nenhuma oposição formal à época. Com a emissão das duas notas fiscais, em setembro de 2005, em época posterior àquela em que os saldos foram supostamente formados, estimo que a autora deu-se por satisfeita.

Mutatis mutandis, registra-se:

“COBRANÇA. FINANCIAMENTO DE VEÍCULO AUTOMOTOR. PAGAMENTO EM PRESTAÇÕES PERIÓDICAS. Prova da quitação das últimas parcelas. Presunção juris tantum de pagamento das anteriores. Aplicação do disposto no art. 322 do Código Civil” (Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, recurso cível nº 71001441278, de Itaquí, rel. Des. Heleno Tregnago Saraiva).

“RESPONSABILIDADE CIVIL. INCLUSÃO DO NOME DO DEVEDOR NOS CADASTROS DE INADIMPLENTES. PARCELAS PERIÓDICAS. DÍVIDA QUITADA. DANO MORAL. VALOR DA INDENIZAÇÃO. CORREÇÃO MONETÁRIA. JUROS MORATÓRIOS. RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO. Quando se trata de pagamento em parcelas periódicas, a quitação da última parcela faz presumir o pagamento das anteriores (art. 322, do Código Civil de 2002), cabendo ao credor o ônus de desfazer a presunção relativa de pagamento da dívida” (Tribunal de Justiça de Minas Gerais, apelação cível nº 1.0024.06.075377-9/001, Belo Horizonte, rel. Des. Bitencourt Marcondes).

“DIREITO CIVIL. PROCESSO CIVIL. COMPRA E VENDA. DUPLICIDADE. PAGAMENTO. RECIBO. PRESTAÇÕES PERIÓDICAS. ARTIGO 322, C.C. Mesmo estando ausente o contrato de compra e venda, a sua ocorrência pode ser aferida pelos recibos de pagamento das parcelas avençadas. Nos termos do artigo 322, do atual Código Civil, havendo pagamento em quotas periódicas, a quitação da última gera a presunção relativa de que foram solvidas as anteriores” (Tribunal de Justiça de Minas Gerais, apelação cível nº 1.0024.05.441686-2/001, de Belo Horizonte, rel. Des. Mota e Silva).

Rejeita-se o pedido nesse ponto.

O décimo primeiro pedido está relacionado à rescisão unilateral do contrato de prestação de serviços então vigente, ocorrida em outubro de

2007, eis que a autora sustenta que a cláusula que previu essa faculdade seria nula de pleno direito, pois tinha justa expectativa de prestar os serviços até o seu termo, em 30-7-08. Por isso, requereu que a ré fosse condenada ao pagamento da metade do saldo do contrato, correspondente a R\$ 318.222,50.

O contrato celebrado entre as partes - pessoas jurídicas -, que não se enquadra nas disposições da Lei nº 8.078/1990, previu prazo de vigência, mas igualmente contemplou, para ambos os contratantes, a faculdade de resolver o contrato antes do termo convencionado, mediante simples notificação com prazo de 90 dias, sem direito a qualquer indenização. A autora suscita a nulidade de pleno direito dessa cláusula, mas os fundamentos não impressionam, porque a declaração pretendida demandaria a violação de alguma disposição de ordem pública e inafastável pela vontade dos contratantes. Disso certamente não se cuida uma simples cláusula contratual que previu, dentro do poder de disposição das partes, a faculdade assegurada a qualquer um dos contratantes de resolver o contrato antes de seu termo.

Orlando Gomes ensina que “O fundamento da faculdade de resilir varia conforme a modalidade do contrato. Na rescisão unilateral dos contratos por tempo indeterminado, presume a lei que as partes não quiseram se obrigar perpetuamente, e, portanto, que se reservaram a faculdade de, a todo tempo, resilir o contrato. O fundamento do poder de resilir seria assim a sua vontade presumida. Outras vezes, o contrato distingue-se pelo elemento fiduciário que encerra, de modo que só subsiste enquanto existe confiança de uma parte na outra. Justo que a lei autorize sua rescisão pelo contratante que a perdeu. Por último, os próprios sujeitos reservam-se o direito de arrependimento, assegurando-se a faculdade de resilir o contrato, uma vez se sujeitem ao pagamento de multa prevista especialmente para esse fim. Em todas essas hipóteses, embora a ratio legis da autorização para resilir unilateralmente seja diferente, justifica-se

o poder que a lei confere aos contratantes” (Contratos, Forense, 2002, 25ª ed., p. 185).

Cumprir registrar que a intervenção judicial em contratos tipicamente privados, envolvendo pessoas jurídicas, somente ocorre quando as disposições impugnadas por uma das partes tenha provocado manifesto desequilíbrio ou verdadeira surpresa ao contratante prejudicado. Não se precisa discorrer demoradamente para se concluir que o contrato foi cumprido durante tempo substancial pela autora, que prestou os serviços em favor da ré.

Com a previsão contratual de rescisão unilateral, a autora, mesmo que tivesse expectativa de cumprir o contrato pelo seu tempo mínimo, não desconhecia a possibilidade de rescisão unilateral, desde que observado o prazo mínimo de 90 dias, como efetivamente sucedeu. A rescisão, por outro lado, não se deu tão logo celebrado ou contrato, muito menos por mero capricho ou deleite da contratante, mas sim possivelmente em razão de diversas reclamações quanto à qualidade dos serviços prestados. Houve, portanto, exercício regular de direito a invocação da cláusula contratual por parte da ré, que preferiu a rescisão unilateral a invocar uma possível rescisão motivada. Não há, portanto, ilegalidade alguma a ser reconhecida na cláusula contratual, tampouco exercício abusivo de direito, que justificasse qualquer indenização ou, como pretendido, o pagamento proporcional previsto no art. 603 do CC.

Veja-se:

“APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO INDENIZATÓRIA. CONTRATO DE PARCERIA COM A EMPRESA SEARA PARA CRIAÇÃO/TERMINAÇÃO DE SUÍNOS. RESCISÃO UNILATERAL DO CONTRATO MEDIANTE NOTIFICAÇÃO PRÉVIA PREVISTA NO CONTRATO. [...] DANOS MATERIAIS E MORAIS INEXISTENTES. DEVER DE INDENIZAR AFASTADO. RECURSO DA RÉ PROVIDO.

Rescisão unilateral de contrato de parceria, mediante prévia notificação, não configura ato ilícito e tampouco má-fé, não havendo, deste modo, danos materiais e morais passíveis de indenização” (Apelação Cível n. 2003.002139-6, de Turvo, rel. Juiz Henry Petry Junior).

“AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. DANOS MATERIAIS E MORAIS. REPRESENTAÇÃO COMERCIAL. RESCISÃO UNILATERAL. AVISO PRÉVIO. INVESTIMENTOS REALIZADOS. RISCO DA ATIVIDADE. [...] A rescisão unilateral do contrato de representação comercial não gera ao distribuidor o direito à indenização pelos investimentos realizados se o contrato já vigia há vários anos, o que possibilitou o retorno financeiro, bem como em razão de ter assumido o risco da atividade econômica. Não cabem danos morais em relação à pessoa jurídica se não demonstrados o abalo no bom nome e circunstâncias que geraram o prejuízo. A rescisão do contrato de representação mediante aviso prévio, conforme previsto em cláusula contratual não gera ao representante o direito à percepção de indenização extra contratual, pela inocorrência de ilícito” (Tribunal de Justiça de Minas Gerais, apelação cível nº 1.0024.03.089194-9/0011, de Belo Horizonte, rel. Des. Fernando Caldeira Brant).

“A existência de cláusula que prevê a faculdade de rescisão contratual unilateral e independente de notificação ou indenização pelas benfeitorias erigidas, exclui o dever de indenizar por eventuais perdas ou danos” (Tribunal de Justiça do Distrito Federal, apelação cível nº 2003.01.1.060330-0, acórdão nº 274.240, da Primeira Turma Cível, rel. Des. José Divino).

Invoca a autora o art. 603 do CC, para alcançar a nulidade da cláusula.

Penso que essa disposição não veicula norma de ordem pública, muito menos norma que não pudesse ser moldada pelas partes conforme os interesses em jogo. Essa previsão legal não comina nulidade, se o contrato

celebrado entre partes maiores e capazes, tiver contemplado regra diferente para o caso de rescisão imotivada. Por outro lado, a interpretação desse dispositivo deve ser condizente com a própria teleologia da lei, que ali certamente pretendeu abranger somente o prestador de serviço pessoa física, não a empresa que presta os serviços fazendo uso da mão-de-obra que contrata.

Gisele Leite, em artigo, sustenta:

“A expressão ‘justa causa’ constante do Código Civil constitui cláusula geral, podendo a CLT auxiliar no seu preenchimento, a bem da tese do “diálogo das fontes de direitos’. Para os casos em que o prestador é pessoa jurídica, não haverá tal incidência. Findo o contrato por seu termo final, o prestador de serviço pode exigir da outra parte a declaração de que esse contrato está extinto e quitado” (Comentários Sobre os Contratos de Prestação de Serviço e de Empreitada. Artigo publicado em Juris Plenum 12, 2010).

Pretendeu a autora, finalmente, no décimo segundo pedido, a condenação da ré ao pagamento de ressarcimento por danos morais, sob o fundamento de que o inadimplemento do contrato lhe trouxe enorme prejuízo financeiro. Não recebendo seus créditos conforme o contratado, a autora acabou perdendo a capacidade de honrar seus compromissos e foi inscrita em registros negativos - SPC e SERASA -, bem como sofreu vários protestos por parte de seus fornecedores.

Não se pode deixar de reconhecer que a relação jurídica entre as partes estava baseada em sucessivos contratos celebrados ao longo de anos. Sabe-se que “O simples inadimplemento de contrato ou de obrigação legal, salvo em situações excepcionais, não enseja a ocorrência de dano moral indenizável” (Apelação cível nº 2002.017875-1, rel. Des. Luiz César Medeiros).

Em igual sentido, decidiu o Superior Tribunal de Justiça:

“O inadimplemento do contrato, por si só, pode acarretar danos materiais e indenização por perdas e danos, mas, em regra, não dá margem ao dano moral, que pressupõe ofensa anormal à personalidade. Embora a inobservância das cláusulas contratuais por uma das partes possa trazer desconforto a outro contratante - e normalmente o traz - trata-se, em princípio, do desconforto a que todos podem estar sujeitos, pela própria vida em sociedade. Com efeito, a dificuldade financeira, ou a quebra da expectativa de receber valores contratados, não tomam a dimensão de constranger a honra ou a intimidade, ressalvadas situações excepcionais” (REsp n. 202.564, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira).

Bem verdade que a inexecução do contrato foi precisamente objeto da ação, não sendo acolhidos todos os pedidos deduzidos pela autora, circunstância que afastaria um dos pilares da fundamentação inerente ao dano moral, qual seja, que o volume dos créditos que não foram pagos implicaram verdadeiro estado de falência da empresa que prestava serviços à ré. Em se tratando de relação contratual, o seu descumprimento somente guarda correspondência com os encargos inerentes à mora ou à cláusula penal eventualmente devida, ou, então, às perdas e danos direta e precisamente resultantes dessa mesma inexecução.

Não se olvida que a natureza do contrato, seu vulto, sua expressão econômica, evidentemente implicavam a compra de insumos, produtos, equipamentos, pagamento de funcionários e fornecedores diversos, mas as inscrições negativas e os protestos decorreram de um fato que não pode ser inteiramente imputável à ré, ou suas consequências, pois a possibilidade de inexecução ou mesmo frustração do negócio é inerente a qualquer contrato, cabendo à parte prejudicada somente exigir os encargos que estejam previstos no contrato ou nas regras gerais da lei civil - correção monetária e juros de mora. Não se pode, mormente porque o pedido lançado na inicial não foi acolhido em sua integralidade, debitar à ré uma eventual má gestão patrimonial da empresa autora, a falta de previsão sobre

seus lucros de difícil concretização ou mesmo prejuízos, que são inerentes à atividade empresarial.

Em julgado semelhante, nosso Tribunal decidiu:

ADMINISTRATIVO - SERVIDOR PÚBLICO - VENCIMENTOS PAGOS COM ATRASO - DANO MORAL E MATERIAL NÃO CARACTERIZADOS.

1. O atraso no pagamento dos proventos de servidores públicos, por si só, não enseja indenização por dano moral. 2. Em relação às obrigações de pagamento em dinheiro, as perdas e danos ‘consistem nos juros de mora e custas, sem prejuízo da pena convencional’ (CC/16, art. 1.061)” (Apelação Cível n. 2005.013848-3, da Capital, rel. Des. Newton Trisotto).

Portanto, os pedidos são acolhidos, em parte, para condenar a ré ao pagamento daqueles lançados sob os itens ii, iii, v e vii, destacando-se, quanto ao penúltimo item, que a condenação não adotou os mesmos critérios de correção pretendidos pela autora.

Por outro lado, embora a autora tenha postulado que os valores da condenação fossem corrigidos e sofressem juros de mora, essa pretensão não se estende aos itens da sentença que adotaram precisamente o critério que as partes elegeram - selic e juros de mora de 1% -, na medida em que as parcelas que serão corrigidas por esse critério não poderiam igualmente receber novos juros, agora sob o título de juros de mora, os contemplados pelo art. 219 do CPC, pois “A taxa SELIC engloba, além da correção monetária, juros moratórios, sendo vedada sua utilização cumulada com qualquer outro índice de igual natureza” (Tribunal Regional Federal da 4ª Região, apelação cível nº 2007.72.06.000390-0, de Santa Catarina, rel. Des. Vilson Darós).

No aspecto da sucumbência, constata-se que o pedido inicialmente deduzido pela autora pugnava a condenação da parte adversa ao pagamento

de R\$ 1.687.244,29, mas a condenação alcançada com a sentença ficou muito aquém dessa pretensão, eis que somados os itens respectivos, o montante devido importa em R\$ 273.836,61, considerando os cálculos adotados na petição inicial. Então, a sucumbência da autora mostra-se em maior dimensão, eis que sua vitória ficou restrita a praticamente 15% da pretensão deduzida na inicial. Para a correta fixação dos encargos de sucumbência, o julgador deve sopesar as respectivas vitórias e derrotas, sem olvidar que, para esse mister, há “uma certa dose de discricionariedade do Julgador” (REsp nº 156.222, do Rio de Janeiro, rel. Min. Barros Monteiro). Por isso, a autora arcará com 85% das custas do processo e dos honorários de advogado da parte adversa, enquanto a ré suportará 15% das custas e dos honorários de advogado da parte adversa. Os honorários de advogado, para esse efeito, são arbitrados em R\$ 60.000,00, com base no art. 20, § 4º, do CPC, pois a causa assumiu particular complexidade, embora a questão seja eminentemente documental. Para o cálculo dos honorários, permite-se a compensação parcial, nos termos da súmula 306 do Superior Tribunal de Justiça.

Pelo exposto, julgo parcialmente procedente a ação proposta por BASE TERRAPLANAGEM LTDA contra KLABIN S/A para condenar a ré ao pagamento de R\$ 139.203,81, que deverá ser corrigida pela SELIC, bem como sofrer a incidência de juros de 1% ao mês, desde dezembro de 2007 até o efetivo pagamento, R\$ 13.400,99, que deverá ser corrigida pela SELIC, bem como sofrer a incidência de juros de 1% ao mês, desde dezembro de 2007 até o efetivo pagamento, R\$ 23.794,56, com correção monetária computada da propositura da ação e juros de mora de 1%, computados da citação, nos termos dos arts. 219 e 406 do CC, até o efetivo pagamento, e R\$ 97.437,25, que deverá ser corrigida pela SELIC, bem como sofrer a incidência de juros de 1% ao mês, desde janeiro de 2008 até o efetivo pagamento, rejeitando os demais pedidos formulados pela autora.

Nos termos do art. 21, caput, do CPC, a autora arcará com 85% das custas do processo e dos honorários de advogado da parte adversa, enquanto a ré suportará 15% das custas e dos honorários de advogado da parte adversa. Os honorários de advogado, para esse efeito, são arbitrados em R\$ 60.000,00, com base no art. 20, § 4º, do CPC, pois a causa assumiu particular complexidade, embora a questão seja eminentemente documental e o processo não exigiu audiências ou instrução oral. Para o cálculo dos honorários, permite-se a compensação parcial, nos termos da súmula 306 do Superior Tribunal de Justiça.

Publicada em audiência, registre-se.

Lages (SC), 4 de abril de 2011.

Leandro Passig Mendes
JUIZ DE DIREITO

COMARCA DE ITAJAÍ

Processo n. 033.07.039558-9

Ação de Nunciação de Obra Nova

Processo n. 033.07.039559-7

Ação Reivindicatória Cumulada com Pedido de Liminar e Perdas e Danos

Processo n. 033.08.015421-5

Medida Cautelar Inominada

Processo n. 033.08.001649-1

Ação Ordinária Declaratória de Nulidade de Ato Jurídico c/c Pedido de Tutela Antecipada e Perdas e Danos

Requerente: Auto Posto Ângela Ltda.

Requerida: Leão Empreendimentos Ltda.

Vistos etc.

I – RELATÓRIO

AUTO POSTO ÂNGELA LTDA., por procuradores constituídos, ingressou com **AÇÃO DE NUNCIAÇÃO DE OBRA NOVA** contra **LEÃO EMPREENDIMENTOS LTDA.**, qualificadas nos autos, aduzindo, em suma, que é proprietária de um imóvel com área total de 1.678 m², adquirido mediante escritura pública de permuta com o Município de Itajaí, datada de 5-1-1998.

Frisou que parte da área havia sido ocupada por terceiros, os quais venderam à requerida.

Informou que a ré está edificando um empreendimento de oito andares no local e nega-se a devolver a área ocupada.

Ponderou que a ocupação é indevida e lhe trouxe prejuízos de ordem material e moral.

Requeru o embargo da obra e, ao final, a procedência do pedido.

Valorou a causa e juntou documentos.

A liminar foi deferida, nos termos do *decisum* de fls. 74/75.

Citada, a demandada ofereceu contestação, sustentado, à guisa de prefacial, carência de ação por ilegitimidade ativa e impossibilidade jurídica do pedido, ambas sob a alegação de que a autora não ostenta a condição de vizinha, além de acrescentar que o pedido ressente-se de individualização dos anunciados prejuízos.

No mérito, reeditou as mesmas teses suscitadas em preliminar e, em adorno, suscitou que a autora não é legítima proprietária do terreno, bem assim ressaltou a inadequação da presente ação de nunciação de obra nova, pela qual pretende a demandante se insurgir contra a edificação em sua propriedade, o que não se enquadra no direito de vizinhança.

Impugnou os pedidos indenizatórios.

Requeru a improcedência da ação, com a condenação da autora nas penas de litigância de máfé, e a reconsideração do embargo.

Juntou documentos.

Consoante decisão acostada às fls. 248/250, foi deferido o pedido de levantamento do embargo.

A demandante replicou.

Em apenso, **AUTO POSTO ÂNGELA LTDA.** propôs **AÇÃO REI-VINDICATÓRIA** contra **LEÃO EMPREENDIMENTOS LTDA.**, em

que, repisando as teses suscitadas na ação de obra nova, objetiva a imissão na posse da área de sua titularidade ocupada pela ré.

Postulou a concessão de liminar para desocupação do imóvel e, ao final, a procedência da demanda com a condenação do requerida ao pagamento das perdas e danos.

Valorou a causa e juntou documentos.

A análise do pedido liminar foi relegada para após a resposta.

Contestando o feito, a requerida suscitou, preliminarmente, ilegitimidade ativa, porque a autora não comprovou a atividade de revenda de combustível que fundamenta o pedido indenizatório. Ainda em preliminar, defendeu a impossibilidade jurídica do pedido, ante a ausência dos pressupostos de admissibilidade da ação.

No mérito, reeditou as mesmas matérias suscitadas em preliminar.

Impugnou os pedidos de indenizações, bem assim a pretensão liminar.

Requeru a improcedência da ação, com a condenação da autora nas penas de litigância de máfé.

Juntou documentos.

Houve réplica.

Igualmente apenso, **AUTO POSTO ÂNGELA LTDA.** ajuizou contra **LEÃO EMPREENDIMENTOS IMOBILIÁRIOS LTDA., AÇÃO ORDINÁRIA DECLARATÓRIA DE NULIDADE DE ATO JURÍDICO C/C PEDIDO DE TUELA ANTECIPADA E PERDAS E DANOS** objetivando, em síntese, a declaração de nulidade do procedimento de retificação de área realizada pela ré, a qual agregou a área objeto do litígio ao imóvel de sua propriedade.

Frisou que é proprietária da área agregada pela ré, integrante de uma área maior adquirida em 5-1-1998 por escritura pública de permuta firmada com o Município de Itajaí, conforme matrícula 21.648 do 1º Ofício de Registro de Imóveis desta Comarca.

Ressaltou que a área já é objeto das ações reivindicatória e nunciação de obra nova envolvendo as mesmas partes.

Destacou que a retificação é nula porque não atende os requisitos legais.

Postulo perdas e danos.

Requeru liminarmente o bloqueio da averbação da retificação de área e, por fim, a procedência dos pedidos iniciais.

Valorou a causa e juntou documentos.

Devidamente citada, a ré ofereceu contestação arguindo, em preliminar, ilegitimidade ativa quanto às alegadas perdas e danos, pois a autora não logrou comprovar sua atividade empresarial no local do litígio.

No mérito, enfatizou a higidez do procedimento de retificação.

Requeru a improcedência da demanda.

Juntou documentos.

A requerente replicou.

Também em apenso, **AUTO POSTO ÂNGELA LTDA.** propôs **MEDIDA CAUTELAR INOMINADA INCIDENTAL** aos autos da **AÇÃO REIVINDICATÓRIA** nº 033.07.039559-7 contra **LEÃO EMPREENDIMENTOS IMOBILIÁRIOS LTDA.**, relatando, em apertada síntese, que, nas inúmeras ações envolvendo as partes no tocante ao objeto litigioso, a requerida declinou quatro endereços diversos, constatando-se a existência de diligência infrutífera de citar a requerida, cujos fatos acenam

para sua má-fé, pois tenta esquivar-se da Justiça, protelar a solução da lide, além de comprometer a idoneidade comercial e financeira da demandante.

Inseriu pedido de concessão de liminar *inaudita altera parte*, objetivando a indisponibilidade de um pavimento do Centro Comercial Cristine, obra de propriedade da requerida e que está sendo edificada no imóvel objeto do litígio.

A liminar foi deferida, conforme faz ver a decisão de fls. 15/17.

Em resposta, a demandada enfatizou não estarem demonstrados os requisitos do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*, pugnando pela revogação da liminar.

Requeru a improcedência da ação.

A autora impugnou os termos da contestação.

Em decisão saneadora envolvendo todas as demandas conexas (fls. 354/359 da ação de nunciação de obra nova), as preliminares suscitadas foram rechaçadas, bem assim indeferidos os pedidos antecipatórios formulados pela autora de imissão na posse e de bloqueio da retificação de área.

Foi deferida a prova pericial, cujo laudo consta às fls. 399/471.

Instadas a se manifestar, a ré trouxe parecer assinado por seu assistente técnico, enquanto que a autora manteve-se silente.

Vieram-me os autos conclusos.

É o relatório.

DECIDO.

1 – DA AÇÃO REIVINDICATÓRIA

Examina-se, por primeiro, se presentes estão os requisitos necessários para o sucesso da ação reivindicatória, ínsitos no art. 1.228 do Código

Civil, a saber: **a)** *domínio do autor*; **b)** *posse injusta do réu*; **c)** *perfeita individualização do imóvel*.

Com os documentos acostados à inicial, em especial os de fls. 18/21, a requerente comprova o seu domínio sobre a área reivindicada, cuja descrição do imóvel está perfeitamente individualizada, em termos de medidas e confrontações.

A área em questão pertencia ao patrimônio do Município de Itajaí, na categoria de bem de uso comum, porquanto era constituída da rua projetada “G”, do loteamento José Bonifácio Schmidt e Silvestre Schmidt. Referida área foi transformada em bem disponível pela Lei 3.221, de 23 de novembro de 1997 (fl. 20) e permutada com a requerente na data de 5-1-1998, conforme escritura pública de permuta acostada às fls. 18/19 dos autos.

Corroborando a mesma conclusão, é o que se extrai do laudo pericial, em resposta aos quesitos “a” e “b” formulados pela autora (fl. 409 da ação de nunciação de obra nova apensa).

A posse injusta da demandada, de igual forma, está configurada, pois tem origem na simples ausência de título de domínio, não se cogitando, *in casu*, da posse justa, consoante exegese do art. 1.200 do Código Civil, mas daquela oriunda da detenção sem título de propriedade.

A prova pericial, mais uma vez, não deixa dúvida, ao concluir que a área em litígio está contida na área maior de domínio da demandante, conforme denuncia a resposta ao quesito “a”, formulado pela autora, *in verbis*:

(...)

De acordo com a descrição constante da escritura e da planta de locação constantes nos presentes autos, juntadas pelo Requerente, queira o Senhor Perito precisar se este imóvel permutado, ou parte dela é o indicado na Planta em estudo e objeto do presente processo.

(...)

R: Sim, parte deste imóvel é o indicado na Planta em estudo e objeto do presente processo, mais precisamente a área de 429,66m² que foi incorporada a matrícula nº 10.747 do 1º Ofício de Registro de Imóveis de Itajaí. Os confrontantes são os apresentados na planta quadra e espelhos obtidos junto à Prefeitura Municipal de Itajaí, em anexo. (fl. 409)

Ademais, “a ação reivindicatória pode ser intentada contra qualquer possuidor, não só o de má-fé”, conforme preleciona o mestre J.M. Carvalho Santos, em sua obra Código Civil Brasileiro Interpretado, à página 287, 7ª edição.

Acresce notar, ainda, que, para os efeitos de caracterizar-se a posse injusta, no bojo de ação reivindicatória desnecessário se torna tenha ela - a posse - resultado de violência, clandestinidade ou precariedade.

Para os fins do artigo 1.228 do Código Civil, a injustiça da posse deve ser interpretada à luz do critério da repugnância do direito, vale dizer, sempre que a posse se colocar em antagonismo com o exercício da propriedade, indo de encontro ao domínio, é ela injusta, impondo-se prevalente o direito de propriedade.

A propósito, o luminar mestre PONTES DE MIRANDA preleciona:

É indiferente como o possuidor demandado alcançou a posse: se por transmissão, ou se por apreensão; se do proprietário, ou se de terceiro (...). Supõe-se que a alguém, que é proprietário, se tirou a posse. Quer-se a recuperação da posse, não porque se acuse o réu de esbulho, mas sim porque se diz e prova ser proprietário o autor e ter o *jus possidendi*.¹

Logo, possuidor injusto, sob o prisma da reivindicação, é todo aquele que possui o imóvel sem título, ou seja, sem o *jus possidendi*.

É da jurisprudência:

1 TRATADO DE DIREITO PRIVADO, Tomo XVI, pág. 21/22, ed. 1955

Para o proprietário sem posse que demanda contra o possuidor, é injusta a posse deste, mesmo que escoimada de vícios.²

Mutatis mutandis, aplicam-se ao caso vertente os seguintes ensinamentos do nosso Egrégio Tribunal de Justiça:

Ação Reivindicatória. Domínio dos Autores e posse injusta dos réus. Pedido procedente. A Ação Reivindicatória cabe ao proprietário não possuidor contra o possuidor não proprietário. A injustiça da posse consiste na injustificada oposição ao domínio do autor.³

Satisfeitos que estão, na hipótese em exame, os requisitos necessários, previstos no art. 1.228 do CC, a procedência da ação se impõe.

2 – DA AÇÃO DE NUNCIÇÃO DE OBRA NOVA

De início, impende ressaltar que, ao contrário do quanto sustentado pela ré, a ação de nunciação de obra nova é adequada para a hipótese em que envolve construção que invade parcialmente a propriedade de prédio vizinho.

Nesse sentido, extrai-se a seguinte lição da jurisprudência:

A obra edificada, em sua totalidade, sobre imóvel alheio legitima o possuidor turbado a manejar a ação de manutenção de posse, sendo apropriada a ação nunciatória na hipótese de a construção atingir apenas parte do prédio confinante.⁴ (sem grifo no original)

O e. Tribunal de Justiça de Santa Catarina também não destoa desse entendimento:

AÇÃO DE NUNCIÇÃO DE OBRA NOVA. CONSTRUÇÃO QUE INVADE TERRENO VIZINHO. MEIO PROCESSUALADEQUADO. PEDIDO JULGADO PROCEDENTE. APELAÇÃO. RECURSO DESPROVIDO.

2 RT, 500/183.

3 Apelação Cível n° 38.481, da Comarca de Campo Erê - Relator: Des. Nestor Silveira - Data da decisão: 18/12/92.

4 RJTAMG 52/212.

(...)

- A ação de nunciação de obra nova é própria para obstar a obra com que o vizinho invada a propriedade do nunciante.⁵

Por sua vez, a solução da *quaestio juris* emerge da prova técnica, a qual demonstra inequivocamente que a obra edificada pela ré ocupa uma área de 429,66m² do imóvel de domínio da autora.

Dispõe o art. 934, I, do Código de Processo Civil:

Art. 934 - Compete esta ação:

I - Ao proprietário ou possuidor, a fim de impedir que a edificação de obra nova em imóvel vizinho lhe prejudique o prédio, suas servidões ou fins a que é destinado.

Sobre a nunciação de obra nova, elucidativa é a lição de Adroaldo Furtado Fabrício⁶:

A “nunciação” ou, em linguagem mais moderna, embargo de obra nova, consiste em atuação de pessoa prejudicada no sentido de impedir o prosseguimento de construção, remodelação, demolição ou quaisquer outros trabalhos congêneres. **Essa atuação (ação no mais lato sentido) pode conjugar-se, e isso é o usual, a outras relacionadas com a mesma situação de fato e que envolvam outras pretensões de direito material (a indenização, ao desfazimento do que já esteja construído etc.)**, mas a pretensão própria e característica do embargo é fazer cessar a execução da obra. (destacou-se)

E o mesmo autor, comentado o referido dispositivo legal, deixa claro o caráter elástico do conceito de dano suscetível de proteção pelo manejo da ação de nunciação de obra nova, ao enfatizar:

O dano ameaçado pode ser à substância e integridade do prédio, como objeto material: **tal seria o caso, aliás freqüentemente, da edificação em terreno contíguo com invasão parcial do lote lindei-**

5 Apelação cível n. 47.288, de Tubarão. Relator: Des. Wilson Guarany.

6 in. Comentários ao código de processo civil. v. VIII, t. III, Rio de Janeiro: Forense, 1980, p. 579.

ro; também o da demolição que ameaçasse destruir, com a casa do dono da obra, também a do vizinho, ou parte dela. Mas também está contemplado o prejuízo às servidões que beneficiam o prédio, ou aos fins a que ele se destina. Prejudicial à servidão é a obra que lhe restrinja ou impossibilite o exercício: também essa pode consistir em construção (v. g., de muro que feche o caminho), em demolição (como a da ponte sem a qual a passagem se torna impossível) ou em simples modificação (tal o estreitamento da passagem). Os fins a que se destina o prédio, e relativamente aos quais ele pode ser prejudicado, envolvem a idéia do uso normal que dele faça o dono ou possuidor e que resultaria impedido ou dificultado pela obra nova.

As situações figuradas nos precitados artigos 573 e 582 do Código Civil devem ser tomadas como meramente exemplificativas, pois o alcance deste art. 934, I, é bem mais largo.⁷ (sem grifo no original)

Assim, por tais fundamentos, a procedência da presente ação nunciatória é medida que se impõe.

Contudo, o pedido demolitório não se afigurada razoável, devendo a questão resolver-se por perdas e danos, aplicando-se o disposto no art. 1.258 do código Civil, como se verá adiante.

3 – DA AÇÃO ANULATÓRIA

A pretensão anulatória procede.

Vale lembrar, o pedido anulatório formulado pela requerente cinge-se na alegada nulidade do procedimento de retificação levado a efeito pela demandada, de cujo procedimento resultou na incorporação da área de 429,66m², ora em litígio, ao imóvel de propriedade da ré registrado sob a matrícula 10.747, do 1º Ofício de Registro de Imóveis de Itajaí.

7 *in*. Comentários ao código de processo civil. v. VIII, t. III, Rio de Janeiro: Forense, 1980, p. 593-4.

A retificação de imóvel possui seus contornos delineados pela Lei 6.015/73, em seu art. 213, cuja omissão acarreta sua nulidade de pleno direito, consoante exegese do art. 214 do referido diploma legal.

Segundo o inciso II do art. 213 da Lei 6.015/73, o pedido de retificação que resulte na alteração da área deve ser instruído com memorial descritivo, assinado por profissional habilitado, com prova de ART e firmado, ainda, por todos os confrontantes.

Veja-se:

Art. 213. O oficial retificará o registro ou a averbação: (Redação dada pela Lei nº 10.931, de 2004)

(...)

II - a requerimento do interessado, no caso de inserção ou alteração de medida perimetral de que resulte, ou não, alteração de área, instruído com planta e memorial descritivo assinado por profissional legalmente habilitado, com prova de anotação de responsabilidade técnica no competente Conselho Regional de Engenharia e Arquitetura - CREA, bem assim pelos confrontantes. (Incluído pela Lei nº 10.931, de 2004)

Entretanto, segundo se infere dos autos, os documentos que serviram para instruir o procedimento de retificação ressentem-se da assinatura dos respectivos confrontantes, como fazem ver os documentos acostados às fls. 176/178.

Nada obstante a omissão denunciada, poderia, ainda, a demandada valer-se da faculdade contida no § 2º do já citado dispositivo legal. Entretanto, essa prova não ressaí dos autos.

Prevê o mencionado parágrafo:

§ 2o Se a planta não contiver a assinatura de algum confrontante, este será notificado pelo Oficial de Registro de Imóveis competente, a requerimento do interessado, para se manifestar em quinze dias, promovendo-se a notificação pessoalmente ou pelo correio, com aviso de recebimento, ou, ainda, por solicitação do Oficial de Re-

gistro de Imóveis, pelo Oficial de Registro de Títulos e Documentos da comarca da situação do imóvel ou do domicílio de quem deva recebê-la. (Redação dada pela Lei nº 10.931, de 2004)

Como se vê, o pedido manejado com a anuência expressa dos confrontantes ou a notificação destes pelo Ofício do Registro constituem prescrições legais, cuja omissão acarreta a nulidade de pleno direito do ato ou negócio jurídico.

Outra não é a lição da doutrina, como evidencia Walter Ceneviva⁸:

Os §§ 2º a 6º regulam a atividade a ser desenvolvida se a planta não contiver a assinatura de um ou mais confrontantes. Nomeados no pedido do interessado (sem necessidade da qualificação completa, mas com seu endereço), serão notificados da pretensão retificatória, pelo registrador, com prazo expressamente referido, sob pena de invalidar o ato, de quinze dias para resposta, contado da entrega, feita pessoalmente ou pelo correio, com aviso de recebimento.

Como é cediço, afigura-se nulo de pleno direito o negócio jurídico pelo qual “for preterida alguma solenidade que a lei considere essencial para a sua validade”, como reclama o art. 166, inciso v, do Código Civil.

Importante ressaltar ser inaplicável o § 5º do art. 214 da Lei 6.015/73. Prevê referida norma que a nulidade não será decretada se atingir terceiro de boa-fé que já tiver preenchido as condições de usucapião do imóvel.

Sem embargo quanto à possibilidade de a requerida ser enquadrada no conceito de terceiro de boa-fé, o certo é que, no caso em exame, não se vislumbra a ocorrência da prescrição aquisitiva, porque não provada a coexistência dos requisitos necessários à sua caracterização, como o lapso temporal, a posse mansa, pacífica e ininterrupta, ônus que lhe incumbia.

8 *in*. Lei dos registros públicos comentada. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 491.

Não se pode olvidar que até a data de 5-1-1998, quando a área *sub judice* passou ao domínio da autora, pertencia ela ao Município de Itajaí.

Somente com a edição da Lei Municipal 3.221/1997 passou a área da condição de bem de uso comum para área de patrimônio disponível do Município, o que viabilizou sua transferência para a requerente, mediante a escritura pública de permuta lavrada às fls. 001/002, do livro 253, do 2º Ofício de Notas da Comarca de Itajaí.

Sabe-se que o bem de domínio público é insuscetível de usucapião, consoante regra ínsita no art. 102 da lei substantiva civil, assim como previsão do art. 182, § 3º, da CF/88.

Portanto, até 5-1-1998, o imóvel em questão era insuscetível de usucapião. Somente após essa data - quando o domínio do imóvel passou a ser da autora - é que começou a fluir o prazo para a prescrição aquisitiva em favor da requerida e de seu antecessor.

Ocorre que o termo *a quo* não favorece à demandada.

Segundo preconizava o art. 550 do Código Civil revogado, o possuidor, independentemente de justo título, adquiriria a propriedade pela usucapião, desde que decorridos vinte anos de posse ininterrupta, mansa e pacífica.

Nesse contexto, a prescrição aquisitiva para fins de usucapião se resolveria somente no ano de 2018.

De outro vértice, mesmo que aplicável ao caso a regra de direito intertemporal erigida pelo art. 2.028 do Código Civil, ainda assim o prazo prescricional findaria na data de 11-1-2018 ou 11-1-2013, consoante regras ínsitas do art. 1.238 e parágrafo único, respectivamente, do Código Civil.

4 – DA AÇÃO CAUTELAR

Nada obstante as divergências existentes na doutrina e jurisprudência, sabe-se que a procedência da demanda cautelar está condicionada à presença dos requisitos do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*.

A propósito, invoca-se a lição vazada por Luiz Orione Neto⁹:

Todavia, sem embargo dessas opiniões que encartam o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora* na seara das condições da ação cautelar, somos partidários do entendimento de que as condições da ação cautelar são as mesmas exigidas para os demais tipos de processo, a saber: a possibilidade jurídica do pedido, o interesse processual e a legitimidade *ad causam*.

(...)

A nosso sentir, a inserção do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora* como integrantes do mérito da ação cautelar encontra respaldo no próprio ordenamento jurídico. Assim, à guisa de exemplo, Se Tício pede a tutela cautelar de arresto, porque o devedor está tentando “alienar os bens que possui” (art. 813, I), esse fato traduzirá o *periculum in mora*, que será o conteúdo da causa de pedir próxima, ou seja, os fatos que servirão de alicerce para a pretensão formulada pelo requerente. Se não lograr demonstrar essa situação fática invocada, será caso de improcedência do pedido. Será decisão de mérito, visto que o fundamento alegado não restou provado. Se, posteriormente, o mesmo devedor “tenta ausentar-se furtivamente” (art. 813, II, a), a fim de burlar o processo de execução, isso significará novo fundamento, a render azo a nova demanda cautelar, uma vez que teremos *causa petendi diversa*, diferente da anteriormente deduzida, conforme dicção do parágrafo único do art. 808 do Código de Processo Civil.

Também afigura-se incontroverso que o *fumus boni iuris* é elemento indissociável do mérito da tutela cautelar. Primeiro, porque, por coerência, se retirarmos a aparência do bom direito – di-lo, com propriedade, Sérgio Shimura – “o pedido cautelar fica órgão de fundamentação (*causa petendi remota*)”. Segundo, porque o juiz só pode julgar procedente a pretensão cautelar se houve ao menos uma probabilidade ou verossimilhança dos fatos alegados. Se a parte

9 in. Processo cautelar. São Paulo: 2004, p. 101-2.

postula medida cautelar de arresto e o julgados verifica que o réu já pagou, a pretensão cautelar é de ser julgada improcedente.

Como se vê, e nesse ponto há convergência de opiniões e consenso nos tribunais, a comprovação do *fumu boni iuris* e do *periculum in mora*, no caso concreto, impõe a concessão da providência cautelar solicitada, do mesmo modo que a ausência de ambos ou de apenas um deles impõe a denegação da tutela cautelar.

(...)

Daí remarcar o eminente Prof. Donaldo Armelin que: “O perigo iminente (*periculum in mora*) e a plausibilidade do direito a ser questionado no processo de conhecimento (*fumus boni iuris*) constituem a fundamentação (= mérito) do pedido de cautela, na podendo, destarte, ser confundidos com as condições da ação, sem embargo de várias e valiosas opiniões em contrário”. (destaquei)

A plausibilidade do direito invocado pela requerente se traduz por si só na procedência de todas as demandas por ela propostas contra a ora requerida.

Emerge das ações em análise o inquestionável domínio da autora sobre a área *sub iudice*, a invasão parcial da área pela edificação erigida pela demandada, assim como ficou plenamente evidenciada a nulidade do procedimento administrativo de retificação de área, pelo qual a área em litígio foi incorporada ao imóvel lindeiro adquirido pela ré.

Por sua vez, patente a presença do *periculum in mora*, mormente porque a procedência das demandas não significa necessariamente o fim do litígio instaurado entre as partes.

Ademais, afigura-se inegável o direito indenizatório da demandante, motivo pelo qual se faz imprescindível a manutenção da inalienabilidade do bem de propriedade da requerida determinada na liminar de fls. 15/17, mesmo porque o levantamento do gravame poderá acarretar a transferência do bem a terceiros de boa-fé.

Ante o exposto, forçoso é de se reconhecer a procedência da pretensão cautelar.

5 – DA INDENIZAÇÃO

De ressaltar, *ab initio*, que a solução a ser dada à matéria envolve todas as demandas conexas em análise.

Tenho que a resolução da *quaestio* no que toca à indenização na qual faz jus a autora passa, necessariamente, pela balança da razoabilidade e da proporcionalidade, traduzida no conceito do bom senso, a fim de se buscar a solução mais justa e adequada ao caso em concreto.

Nesse contexto, a indenização deve ser pautada pelos contornos dos artigos 1.258 do Código Civil, o qual deve ser aplicado *cum grano salis*, a fim de se relativizar a parte do dispositivo em comento que limita a área construída à vigésima parte do solo invadido, o que se invoca igualmente para afastar a aplicação do art. 1.259, *in fine*, do referido diploma legal, porque patente a má-fé da requerida.

Dispõe o art. 1.258 do CC:

Art. 1.258. Se a construção, feita parcialmente em solo próprio, invade solo alheio em proporção não superior à vigésima parte deste, adquire o construtor de boa-fé a propriedade da parte do solo invadido, se o valor da construção exceder o dessa parte, e responde por indenização que represente, também, o valor da área perdida e a desvalorização da área remanescente.

Parágrafo único. Pagando em décuplo as perdas e danos previstos neste artigo, o construtor de má-fé adquire a propriedade da parte do solo que invadiu, se em proporção à vigésima parte deste e o valor da construção exceder consideravelmente o dessa parte e não se puder demolir a porção invasora sem grave prejuízo para a construção.

No caso em exame, a indenização assume os contornos dispostos no parágrafo único do citado dispositivo legal.

Senão, veja-se.

A demandada adquiriu a área em litígio em 7-5-2007, conforme instrumento particular de cessão onerosa extrajudicial de direitos e ações cumulada com compromisso, acostado às fls. 518/519 da ação de nunciação de obra nova.

Importante registrar que, por apontado instrumento, a ré adquiriu o lote nº 49 registrado sob a matrícula 10.474, do 1º Ofício de Registro de Imóveis de Itajaí-SC, mais os direitos possessórios sobre uma área contígua de 435,30m², a qual ficou evidenciado pelos documentos e perícia constantes do caderno processual ser integrante do imóvel de domínio da requerente, com uma área maior de 1.678m².

Na sequência, em data de 24-5-2007, a requerida formulou pedido de consulta prévia para edificação de um prédio comercial, informando como área do lote de 829,15m², como se infere dos documentos de fls. 427 e 525.

Em 17-10-2007, a ré então obteve o alvará para construção, segundo documentos de fls. 433 e 529, e, paralelamente, iniciava o procedimento administrativo de retificação de área, consoante fazem ver os documentos acostados às fls. 177/178 dos autos da ação anulatória e certidão imobiliária de fls. 443/444 da ação de nunciação de obra nova.

Não se pode perder de vista que o procedimento de retificação de área se apresentou nulo de pleno direito, porquanto ressentir-se da anuência dos confrontantes, dentre os quais a própria autora, segundo se infere do laudo pericial, em resposta ao quesito da formulado pelo requerido (fl. 413 da nunciação de obra nova).

Ademais, ainda que a autora não fosse confrontante, sua notificação no procedimento de retificação era indispensável, porquanto o procedimento não se limitava apenas em retificar eventual erro existente no registro, mas, sim, promover substancial acréscimo de área, em verdadeira aquisição de propriedade sem justo título.

Como se vê, da digressão dos fatos ora narrados emerge cristalina a má-fé da demandada.

Como já se disse, a demolição da parte invasora não se apresenta como a solução mais adequada, pois comprometeria em definitivo o conjunto da obra, que é constituída por uma edificação de oito pavimentos, com área total de 3.105,35m².

Porém, segundo o já citado parágrafo único do art. 1.258 do CC, a indenização da área ocupada deve corresponder o décuplo da avaliação apurada.

Invocando, mais uma vez, os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, permitir que a indenização atinja o décuplo do valor de avaliação da área ocupada no caso *sub examine* não pode prevalecer, pois representaria uma transferência de riqueza por demais onerosa da esfera jurídica da requerida para a autora.

Se é verdade que a demolição da edificação, como já se disse, seria inaceitável, mormente porque atingiria terceiros de boa-fé adquirentes das salas comerciais do empreendimento, não é menos verdade que a aplicação pura e simples do dispositivo legal em comento traduziria vantagem excessiva em favor da autora.

Está-se diante, aqui, de um típico caso do legislador tentando fixar contornos quantitativos em matéria na qual essa função deveria ficar a cargo do julgador ao analisar as peculiaridades do caso concreto, fato que pode gerar inadequações e injustiças, como sói acontecer sempre que o juiz se depara com uma norma de parâmetros qualitativos e quantitativos fixos e rígidos.

No caso em exame, segundo apurou o perito, o valor de avaliação da área ocupada corresponde a R\$ 256.000,00 (duzentos e cinquenta e seis mil reais).

Se aplicado o parâmetro legal, a indenização passaria de plano ao montante de R\$ 2.560.000,00 e, sobre referido valor, seriam acrescidos até o presente momento mais de 50% só de juros de mora, porquanto a demanda remonta ao ano de 2007, sem esquecer da correção monetária.

Ora, mesmo numa análise perfunctória, emerge patente que a indenização, nestes termos, deixaria de cumprir o seu desiderato de recompor ao lesado o dano sofrido e servir de caráter pedagógico ao infrator, para dar azo a verdadeiro enriquecimento exacerbado.

Destarte, a indenização no patamar de dez vezes apresenta-se excessiva, devendo ser reduzida pela metade, a incidir sobre o valor de avaliação da área invadida, vale dizer, R\$ 256.000,00, multiplicado por cinco, cujo montante deverá ser atualizado monetariamente pela INPC, a partir do laudo, mais juros de mora de 12% a.a., a contar da citação.

De outro vértice, não assiste razão à demandante quanto aos alegados outros danos materiais.

Como é ressabido, a procedência da pretensão a título de danos materiais outros impõe ao autor o ônus de comprovar o fato constitutivo do seu direito, segundo regra do art. 333, I, do CPC.

Segundo Rui Stoco¹⁰:

Não basta, todavia, que o autor mostre que o fato de que se queixa, na ação, seja capaz de produzir dano, seja de natureza prejudicial. É preciso que prove o dano concreto, assim entendida a realidade do dano que experimentou, relegando para a liquidação a avaliação do seu montante (Da responsabilidade civil. 6. ed. 1979, v. 1, p. 93-94).

Embora alegue a autora tenha sofrido danos pela não utilização da área, não logrou demonstrar de forma concreta e objetiva quais seriam

10 *in*. Tratado de responsabilidade civil. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 1.184.

esses prejuízos, limitando-se a tecer digressões genéricas sobre eventuais danos emergentes e lucros cessantes suportados.

Aliás, uma análise das fotografias que acompanham o laudo (fls. 464/470) demonstra que a área em litígio não tem o condão de causar qualquer embaraço à atividade de comércio de combustível que desenvolve a requerente.

Ademais, vale lembrar que a demandante jamais teve a posse da área em questão, seja antes ou depois de sua aquisição, que ocorreu mediante permuta que fez com o Município de Itajaí.

Nem mesmo a pretensão de ver-se restituída dos valores pagos a título de IPTU merece guarida, porquanto a autora não comprovou satisfatoriamente que referidos valores dizem respeito a área em questão, por ser ela proprietária de outras no mesmo local.

De igual sorte, sem embargo do caráter ilícito que emerge da conduta da requerida, em especial no que se refere ao ilegal procedimento de retificação, ainda assim, não se entrevê, no caso em exame, a existência sequer de um dano anímico, decorrente de uma situação inusitada e de tamanha gravidade, passível de indenização moral.

O dano moral, no âmbito de uma empresa, por tratar-se de uma ficção jurídica que atua por representação, só se justifica quando comprometida a sua imagem, assim entendida a fama de boa pagadora, de gozar de boa situação financeira e patrimonial, de cumpridora de suas obrigações comerciais etc.

Na hipótese em apreço, à toda evidência, não se vislumbra dos fatos em questão qualquer abalado à imagem da requerente, embora, admite-se, o embaraço deles decorrentes, mas não suficientemente fortes de modo a gerar um dano moral indenizável.

Por fim, importa ressaltar que, paga a indenização, adquire a demandada a propriedade da área em litígio, valendo a presente decisão como título aquisitivo de domínio.

III – FUNDAMENTOS

Ante o exposto, **JULGO PROCEDENTE, em parte**, os pedidos formulados nas ações **REIVINDICATÓRIA, NUNCIAÇÃO DE OBRA NOVA, ORDINÁRIA DECLARATÓRIA DE NULIDADE DE ATO JURÍDICO e MEDIDA CAUTELAR INOMINADA**, propostas por **AUTO POSTO ÂNGELA LTDA.** contra **LEÃO EMPREENDIMENTOS IMOBILIÁRIOS LTDA.**, extinguindo os processos com resolução de mérito, o que faço com fundamento nos artigo 269, I, da Legislação Processual Civil.

Pelos fundamentos anteriormente delineados, **CONDENO** a demandada ao pagamento de uma indenização correspondente ao quántuplo da importância de R\$ 256.000,00 (duzentos e cinquenta e seis mil reais), cujo montante deverá ser corrigido monetariamente pelo INPC, contada da data do laudo (18-7-2011), mais juros de mora de 12% a.a., a partir da citação.

Consigno que o pagamento da indenização confere à demandada o domínio da área em questão.

Faculto à requerida o depósito da indenização em conta poupança vinculada a este Juízo.

Feito o depósito ou comprovado o pagamento extrajudicialmente, expeça-se mandado de registro, bem assim de levantamento de indisponibilidade, conforme AV-4, do imóvel matrícula 10.747, do 1º Ofício de Registro de Imóveis desta Comarca.

Oficie-se ao 1º Ofício de Registro de Imóveis desta Comarca, a fim de que proceda ao cancelamento da averbação “3”, da matrícula 10.747, no tocante à retificação de área, voltando o referido imóvel a sua área original.

Torno definitiva a liminar de indisponibilidade.

Em face da solução dada à quizila, deixa-se de expedir mandado de imissão na posse.

CONDENO a ré ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, estes arbitrados em R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), atento ao disposto no art. 20, § 4º, do CPC.

Incabível a condenação das litigantes nas penas e litigância de má-fé, porque não vislumbrado dolo processual na demandada, bem assim deixa-se de condenar a autora em custas e verba honorária, por ter decaído de parte mínima dos pedidos.

Traslade-se cópia desta sentença para todas as ações conexas.

Publique-se.

Registre-se.

Intimem-se.

Itajaí, 28 de fevereiro de 2012.

Oswaldo João Ranzi
JUIZ DE DIREITO

COMARCA DE PAPANDUVA

Autos n. 047.11.001479-7

Ação: Ação Ordinária/Ordinário

Autor: Estela Rank Eufrásio

Réu: Maxicar Distribuidora de Veículos Ltda e outros

Vistos, etc.

I - RELATÓRIO

ESTELA RANK EUFRÁSIO manejou a presente **AÇÃO DE RESSARCIMENTO C/C INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS** em face de **MAXICAR DISTRIBUIDORA DE VEÍCULOS LTDA., FIAT AUTOMÓVEIS S.A. e BFB LEASING ARRENDAMENTO MERCANTIL S.A.** sustentando, em síntese, ter adquirido em 14.10.2008, por meio de Contrato de Arrendamento Mercantil n. 3791622, o veículo Fiat Strada Adventure 1.8 Flex, ano/modelo 2008/009, Placas MFM 8096, Renavam 988303744.

Afirmou que em maio de 2011 o veículo apresentou um grave problema em suas colunas laterais frontais, ocorrendo grandes rachaduras, prejudicando toda a suspensão, ocasionando a total inutilidade do bem.

Na ocasião, a demandante teria comunicado o fato à segunda demandada e acionado a garantia de 3 (três) anos, de acordo com o manual, conforme Protocolo n. 04456352.

Diante da negativa da primeira demandada em realizar o conserto sem ônus para a demandante, o veículo estaria na mesma condição, parado, sem circulação, gerando-lhe prejuízos de elevada monta, uma vez que o veículo não mais poderia ser utilizado, sob risco de ocasionar acidentes.

Salientou que o automóvel era utilizado na prestação de serviços florestais a diversas pessoas, tendo a demandante perdido oportunidades de negócios devido ao problema apresentado.

Diante desse quadro, sustenta a demandante que não pôde mais quitar as parcelas do arrendamento mercantil devidas à terceira demandada, *“eis que em se tratando de um instrumento de labor o mesmo foi adquirido com o intuito de gerar lucro, e deste retirava o valor do financiamento”* (fl. 08).

Noticiou que, em razão do defeito do produto, teria adquirido outro veículo com a primeira demandada para que pudesse voltar a prestar seus serviços, arcando com o preço integral desse novo automóvel.

Disse, ainda, ter sofrido prejuízos materiais e perdas e danos no valor de R\$ 74.240,00 (setenta e quatro mil duzentos e quarenta reais).

Ademais, reforçou a solidariedade existente entre os demandados, ao final pugnando: a) liminarmente, pela suspensão dos vencimentos das parcelas do contrato de arrendamento mercantil desde a data do surgimento do problema, abril de 2011, bem como os juros e correção monetária, até a resolução do feito; b) pela condenação da primeira e da segunda demandadas a entregar à demandante um novo veículo, da mesma espécie e modelo, ou proceder à devolução do valor já pago, ou ainda, a realizar o abatimento do valor defasado no preço pago na data de aquisição do veículo, abatidos os juros do financiamento proporcionais a tal valor; c) pela condenação da primeira e da segunda demandadas ao pagamento de indenização por danos materiais e perdas e danos no importe de R\$ 74.240,00 (setenta e quatro mil duzentos e quarenta reais); d) pela condenação ao pagamento do abalo moral sofrido, em valor não inferior a R\$ 10.000,00 (dez mil reais); e) pela condenação ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios no importe de 20% (vinte por cento) sobre o valor total da condenação.

O pleito liminar foi indeferido (fl. 53).

Citadas (fls. 96-98), a primeira e a segunda demandadas apresentaram suas respectivas defesas (fls. 62-81/99-108). A terceira demandada deixou transcorrer *in albis* o prazo legal (fl. 96).

A primeira demandada, MAXICAR LTDA., aduziu, preliminarmente, a sua ilegitimidade passiva e a decadência do direito postulado.

Quanto ao mérito, informou que a garantia contratada pela requerente, abrangendo tanto a legal quanto a contratual totalizariam um período de 12 (doze) meses a contar da data da emissão da nota fiscal (14.10.2008), condicionadas à realização de todas as revisões e manutenções programadas na Rede de Assistência Fiat.

Asseverou, ainda, que referido prazo englobaria a garantia do veículo e da carroceria, consistindo essa última *“na reparação de todas as peças da carroceria que, em serviço e uso normal, apresentem ferrugem provocada por vício de fabricação ou material, reconhecido pela Fiat”*.

Evidenciou que os danos relatados teriam sido praticados pela demandante, em virtude das atividades desenvolvidas por esta, e que nas revisões realizadas não teria sido relatado qualquer problema à demandada. Enfatizou, por derradeiro, a improcedência dos pleitos de ressarcimento por danos materiais e morais.

A segunda demandada, FIAT AUTOMÓVEIS S.A., alegou, preliminarmente, a inépcia da inicial e a inaplicabilidade das disposições do Código de Defesa do Consumidor.

No mérito, salientou que o veículo não possuiria garantia estendida, sendo que a garantia legal somada à garantia contratual teria finalizado em 14.10.2009, prejudicando a possibilidade de realização de reparos sem custos ao consumidor. Destacou a inexistência de prova apta a demonstrar os danos materiais suportados, bem como a ausência de dano moral indenizável (fls. 62-81).

A demandante replicou as defesas apresentadas, renovando os pedidos da exordial (fls. 124-131).

Em audiência, a proposta conciliatória restou inexitosa. Na ocasião, a primeira demandada requereu a análise da tese de inexistência de garantia antes de eventual determinação de prova pericial. A demandante e a segunda demandada pugnaram pela produção de prova pericial e testemunhal (fl. 142), vindo os autos conclusos para deliberação.

É o relatório. Fundamento e decido.

II - FUNDAMENTAÇÃO

II.1 – Do julgamento antecipado

Recomendável o julgamento antecipado da lide, porquanto a prova documental acostada ao feito afigura-se suficiente para a entrega de uma segura prestação jurisdicional.

Na espécie, não obstante tenha a parte demandante pugnado pela realização de prova pericial, a implementação de tal modalidade probatória afigura-se desnecessária, conforme melhor se observará quando do enfrentamento das questões *de meritis*.

Ademais, de conformidade com os artigos 130 e 131, ambos do CPC, cumpre ao julgador, como destinatário das provas, a prerrogativa de ordenar sua produção ou de indeferir aquelas inúteis ao deslinde da controvérsia.

A propósito:

PROCESSUAL CIVIL - PROVA PERICIAL - DESNECESSIDADE “Como o destinatário natural da prova é o juiz, tem ele o poder de decidir acerca da conveniência e da oportunidade de sua produção, visando obstar a prática de atos inúteis ou protelatórios (art. 130 do CPC), desnecessários à solução da causa. Não há que se falar em cerceamento de defesa pelo indeferimento de prova pericial, dès que, a par de oportunizados outros meios de prova, aquela não se mostre imprescindível ao deslinde do litígio” (AI n.

2003.010696-0, Des. Alcides Aguiar). (TJSC, Apelação Cível n. 2005.021001-5, rel. Des. Luiz César Medeiros, j. em 8.6.2012)

Além disso, o comando constitucional emanado do inciso LXXVIII do art. 5º da Carta Magna disciplina a necessidade de os processos judiciais e/ou administrativos tramitarem de forma célere, assegurando sua razoável duração, devendo evitar-se, portanto, eventual dilação probatória que, em princípio, se mostrar inútil à resolução da causa.

II.2 – Da inépcia da inicial

Imerece acolhimento a preliminar de inépcia da inicial, porquanto a causa de pedir e os pedidos restaram devidamente explicitados.

De simples análise do contido na exordial, crível reconhecer que nenhuma dificuldade/prejuízo acarretou-se ao contraditório e à ampla defesa dos demandados.

A propósito do tema, elenca-se julgado do Tribunal de Justiça de Santa Catarina:

[...] INÉPCIA DA INICIAL NÃO VERIFICADA – PEDIDO COMPREENSÍVEL, COM EXPOSIÇÃO LÓGICA DA CAUSA DE PEDIR, VIABILIZANDO A IDENTIFICAÇÃO DO OBJETO DA DEMANDA E O EXERCÍCIO DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA [...]” (Apelação Cível n. 2005.039451-7, Rel. Des. Marco Aurélio Gastaldi Buzzi, j. em 28.09.2009)

Nesse molde, não estando configurada qualquer hipótese de inépcia da inicial (CPC, art. 295, parágrafo único), inviável o acolhimento da prefacial em tela.

II.3 - Da aplicabilidade do CDC e da não inversão do ônus da prova

Em se tratando de ação indenizatória proposta em face de empresa montadora de veículos (FIAT AUTOMÓVEIS S.A.), da revendedora de automotores (MAXICAR LTDA.) e de instituição financeira (BFB

LEASING ARRENDAMENTO MERCANTIL S/A), cuja causa de pedir circunscreve-se à suposta falha nos serviços/produtos oferecidos a um de seus clientes, evidencia-se a aplicação, ao caso em tela, das disposições consumeristas (art. 3º, §2º do CDC).

Contudo, não obstante a aplicação das disposições do Código de Defesa do Consumidor, deixa-se de proceder à inversão do ônus da prova (CDC, art. 6º, VIII) face à ausência de verossimilhança nas alegações constituintes da causa de pedir da pretensão inaugural, circunstância esta que será mais acuradamente analisada quando do exame da questão de fundo.

II.4 – Da legitimidade passiva da primeira demandada (Maxicar Distribuidora de Veículos Ltda.)

É rechaçada a alegação de ilegitimidade passiva *ad causam* aventada pela demandada MAXICAR LTDA., uma vez que nos casos de responsabilidade por supostos vícios do produto todos os fornecedores (comerciantes e fabricantes) são solidariamente responsáveis (CDC, art. 18, *caput*).

Relacionando-se ao tema, colhe-se opinião doutrinária de Eduardo Gabriel Saad:

Em se tratando de vícios de produto, o código coloca o comerciante em pé de igualdade com os demais fornecedores. A ele, com certeza, o consumidor dirigirá em primeiro lugar para exigir que o vício seja sanado no prazo máximo de 30 dias, sendo lícito às partes dilatarem esse prazo até o limite de 180 dias.[...]

Coerente com essa observação, entendemos que o consumidor, ao constatar que o produto apresenta vício que o torna inadequado ao fim desejado ou que lhe acarreta diminuição do valor tem o direito de ir ao comerciante que lhe vendeu o bem e exigir, alternativamente, à sua escolha, a substituição do produto por outro em perfeitas condições, a restituição imediata da quantia paga ou o abatimento

proporcional do preço. (*Código de Defesa do Consumidor*. 6. ed. São Paulo: Livraria dos Tribunais, 2006. p. 368 e 374)

Acerca da matéria, elenca-se precedente do Tribunal de Justiça de Santa Catarina:

DIREITO CIVIL – OBRIGAÇÕES – RESPONSABILIDADE CIVIL – DANOS MORAIS – TELEFONIA CELULAR – AQUISIÇÃO DE APARELHO – VÍCIO – IMPOSSIBILIDADE DE RECEBIMENTO DE LIGAÇÕES [...] – ILEGITIMIDADE PASSIVA – CDC – VÍCIO DE PRODUTO – SOLIDARIEDADE – FORNECEDOR E COMERCIANTE – EXEGESE DO ART. 18 DO CDC [...] .

São legítimos para figurarem no pólo passivo da demanda tanto o fornecedor quanto o comerciante, pelos vícios de produtos e serviços. (Apelação cível n. 2005.004212-0, de Itajaí, Rel. Des. Monteiro Rocha, j. em 26.4.2007)

Assim, é afastada a tese de ilegitimidade passiva *ad causam* da demandada MAXICAR LTDA.

II.5 – Da pretensão indenizatória

De pronto, impende asseverar que a pretensão indenizatória não merece prosperar.

Consoante ressei dos autos, a demandante em 14.10.2008 adquiriu perante a primeira demandada (MAXICAR LTDA.), um veículo FIAT/STRADA ADVENTURE 1.8 FLEX, ano/modelo 2008/2009, zero quilômetro (v. nota fiscal de fl. 122), tendo sido o documento do veículo expedido no dia ulterior imediato (fl. 26).

Pois bem, na inicial a demandante afirma que de acordo com o manual, a garantia do veículo em questão seria de 03 (três) anos (v. segundo parágrafo da fl. 06).

De outro lado, após a primeira demandada (MAXICAR LTDA.) haver acostado ao feito parte do manual do veículo que trata da matéria

atinente à garantia (fl. 116), a demandante, em réplica, mudando a tese inicial, assentou que o veículo em tela deixou a concessionária com garantia estendida não de 03 (três) anos, mas de 05 (cinco) anos, “como veiculado nos meios de propaganda” (fl. 127).

Veja-se que de conformidade com o manual inexistia qualquer modelo de veículo com garantia específica de 03 (três) anos/36 (trinta e seis) meses e, também, sequer foi encartada ao feito eventual propaganda noticiando que o veículo da demandante teria 05 (cinco) anos de garantia.

Ora, a demandante na inicial afirma que a garantia segundo o manual do veículo é de 03 (três) anos, posteriormente, ao tomar conhecimento do contido no manual assevera que a garantia, na verdade, seria de 05 (cinco) anos, mas não de conformidade com o manual, e sim de acordo com o “veiculado nos meios de propaganda”.

O desencontro das teses sustentadas pela própria demandante quanto ao período de garantia além de demonstrar grande desconhecimento acerca da referida temática, possibilita, ainda, concluir que a pretensão em foco alcança os lindes de uma aventura jurídica.

Não obstante a confusão da demandante quanto ao prazo de garantia fornecido pela fábrica, a fotocópia do manual acostada ao feito à fl. 116 é elucidativa, não deixando qualquer margem de dúvida quanto à garantia disponibilizada.

Convém destacar, por oportuno, que a cópia do manual encartada ao feito não foi objeto de impugnação por qualquer das partes e, portanto, restou incontroversa sua validade e pertinência (CC/2002, art. 225; CPC, arts. 334, III e 383), possibilitando a utilização das informações constantes de tal documento para solucionar o caso *sub judice*.

Desse modo, analisando-se detidamente os dados constantes do manual do veículo em questão, vislumbra-se que a garantia contratual,

bem como a legal (CDC, art. 50), já se encontravam há muito expiradas/ esgotadas quando da apresentação dos problemas nas colunas frontais e laterais do automóvel em questão ocorridos em maio de 2011.

O manual expressa e claramente disciplina que o FIAT/STRADA, adquirido pela demandante, conta com 12 (doze) meses de garantia, prazo este também aplicado à carroceria, senão vejamos:

1 - VEÍCULOS:

A **FIAT AUTOMÓVEIS S/A** confere a seus veículos, mantidos em condições normais de uso e funcionamento*, sem limite de quilometragem, garantia contra falhas materiais, defeitos de fabricação e/ou montagem de peças, por um período de 12 (doze) meses, sendo os primeiros 90 (noventa) dias referentes à garantia legal prevista no Código de Defesa do Consumidor e o período remanescente referente à garantia contratual, prestada por concessão da montadora, através de sua Rede Assistencial Fiat no Brasil, em todo o País. O prazo de garantia é contado a partir da emissão da nota fiscal de venda do veículo ao primeiro proprietário que deverá obrigatoriamente efetuar todas as revisões e manutenções programadas na **Rede Assistencial Fiat**. As despesas com materiais, eventuais reparos necessários e mão-de obra destas revisões são de responsabilidade do proprietário**. Todas as peças substituídas em garantia serão de propriedade da Fiat Automóveis S/A e deverão permanecer à sua disposição. [...]

2 – CARROCERIA:

A garantia da carroceria consistirá na reparação de todas as peças da carroceria que, em serviço, e uso normal, apresentarem ferrugem provocada por vício de fabricação ou material, reconhecido pela Fiat.

Veículos comerciais (Uno, Furgão, Fiorino, Doblò Cargo, Strada, Strada Fire e Ducato) e Veículos Autonomy: 12 (doze) meses*.

Uno Mille, Palio Fire e Siena Fire: 48 (quarenta e oito) meses*.

Demais veículos: 60 (sessente meses)*.

*Inclusa a garantia legal de 90 (noventa) dias.” (fl. 116)

Com efeito, facilmente se observa que a garantia, incluída a da carroceria, do veículo Strada é de 12 (doze) meses a contar da emissão da nota fiscal de venda do veículo.

A nota fiscal de venda do veículo foi emitida em 14.10.2008 (fl. 122), finalizando a garantia, portanto, em 13.10.2009.

Assentada referida premissa, convém notar ter a própria demandante, na exordial, asseverado que, “em maio de 2011, o veículo apresentou um grave problema em suas colunas frontais [...]” (fl. 05).

É dizer, os problemas/defeitos são datados de período muito posterior ao término da garantia do veículo em questão e, portanto, eventuais problemas apresentados refogem da responsabilidade das demandadas FIAT S/A e MAXICAR LTDA.

De outro lado, mesmo que se admitisse verdadeira a tese ventilada pela demandante em sua réplica – de ser a garantia da carroceria de 05 (cinco) anos, como apontado no manual – necessário ponderar, que mesmo nesta hipótese, a demandante não preencheria os requisitos necessários para ter direito à referida garantia.

É que no manual restou devidamente delineado que a garantia da carroceria de 4 (quatro) ou 5 (cinco) anos não se aplica para todos os veículo, dependeria do modelo do veículo e, como já anotado, não se encontra o veículo STRADA dentro daqueles com a possibilidade de obter garantia estendida, porquanto possuía a garantia apenas de 12 (doze meses), como já acima elucidado pela transcrição do item 2 – CARROCERIA, constante do manual.

De todo modo, para que referida garantia se estenda pelo período acima noticiado, frise-se, de acordo com o veículo especificado, necessária a realização de revisões anuais de carroceria, requisito este não observado pela demandante.

A propósito, disciplina o manual do veículo:

5 – REVISÕES – PRAZOS [...]

E – CARROCERIA

Objetivando preservar, em perfeitas condições de funcionamento e estética, a carroceria de seu veículo, a FIAT estabeleceu 4 ou 5 (dependendo do modelo do veículo) revisões anuais de Carroceria, que deverão ser feitas de 12 (doze) em 12 (doze) meses, contados a partir da data de emissão da nota fiscal de venda do veículo ao primeiro proprietário, com tolerância de 30 (trinta) dias para menos ou para mais desse prazo. Para a 5ª revisão anual de carroceria considerar até o último dia do 60º mês.

Em outras palavras, o manual do veículo não pode ser interpretado em tiras isoladas e, portanto, ao tratar o manual sobre as revisões da carroceria, está, em verdade, aludindo aos veículos com garantia estendida de 4 (quatro) ou 5 (cinco) anos, não se enquadrando o veículo na demandante em tal hipótese, porquanto conta com apenas 12 (doze) meses de garantia.

Afora isso, causa espécie a afirmação da demandante de possuir o veículo garantia de 03 (três) ou de 05 (cinco) anos, ao passo que a demandante somente realizou as duas primeiras revisões, de 15.000 KM em 29.01.2009 e de 30.000 Km em 12.08.2009 (fl. 29).

Nota-se, ainda, que as únicas revisões efetuadas foram realizadas dentro do período de garantia, ou seja, antes de completar-se o prazo de 01 (um) ano a contar da emissão da nota fiscal de venda ocorrida em 14.10.2008.

Como notoriamente sabido, para se manter válida a garantia dos veículos é necessária a realização das revisões periódicas designadas para ocorrer no prazo da garantia, sob pena de perdê-la, pois, como assentado no manual “o prazo de garantia é contado a partir da emissão da nota fiscal de venda do veículo ao primeiro proprietário que deverá obrigatoriamente

efetuar todas as revisões e manutenções programadas na Rede Assistencial Fiat.” (item 2 – fl. 116)

Defronte do quadro fático apresentado, razoável concluir que a demandante aparentava possuir conhecimento de que o veículo STRADA efetivamente contava com apenas 12 (doze) meses de garantia, tanto que somente realizou duas revisões, isso dentro do período de garantia de 12 (doze) meses, deixando de efetuar as demais revisões, pois, em tese, não prestariam mais para manter a garantia, pois essa já teria terminado.

Não bastasse isso, o fato de haver sido implementadas apenas as duas primeiras revisões revela descuido da demandante, eis que afirmado na inicial que o veículo em questão era utilizado exclusivamente no trabalho que desempenha, notadamente em se considerando serem os serviços florestais.

Convém ressaltar, ainda, que em nenhuma das revisões encetadas foi feita qualquer reclamação pela demandante em relação a eventuais problemas/defeitos nas caixas de roda e/ou da existência de rachaduras.

Além desses fatores, viável estabelecer que após a constatação dos problemas (maio de 2011), a requerente adquiriu outra FIAT/STRADA zero quilômetro, ano/modelo 2011/2012, com as mesmas especificações do veículo em questão, compra esta realizada perante a primeira demandada (MAXICAR LTDA.) (fls. 40-123), tudo a denotar que, em princípio, a demandante não está descontente com o veículo FIAT/STRADA, e sequer que não tenha sido corretamente informada das especificações técnicas e da garantia do veículo pela primeira demandada (MAXICAR LTDA.), mas, ao contrário, satisfeita com o produto e com os serviços prestados pela referida revenda de veículos.

Nesse contorno, deve ser reconhecida e improcedência da pretensão inaugural em relação às demandadas FIAT AUTOMÓVEIS S.A. e MAXICAR DISTRIBUIDORA DE VEÍCULOS LTDA.

Acerca do tema, *mutatis mutandis*, elencam-se precedentes:

APELAÇÃO CÍVEL. AGRAVO RETIDO. CERCEAMENTO DE DEFESA. PROVA ORAL. AÇÃO DE **RESSARCIMENTO. DESPESAS COM CONserto DE VEÍCULO. LEGITIMIDADE PASSIVA. EMPRESA FABRICANTE. FORD. GARANTIA JÁ EXPIRADA. IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO DE RES-SARCIMENTO.**

[...] 2. Não constitui cerceamento de defesa o indeferimento de pedido de produção de prova quando desnecessário e/ou inútil para o desate da lide, cabendo ao julgador, a teor do disposto no artigo 130 do CPC, fazer referida análise. Caso em que os elementos constantes nos autos apresentam-se suficientes para a solução das controvérsias. Desprovido o agravo retido.

[...] 4. Evidentemente, quando manifestado o problema no automóvel do autor, a garantia contratada tanto a normal como a extra - já havia se expirado em razão da alta quilometragem do veículo. O contratado era que a garantia permanecesse pelo prazo de 36 meses ou seja, até 17.07.2003 -, ou até que o automóvel atingisse 80.000 Km rodados, prevalecendo a condição que antes se implementasse. Em 01.07.2002, quando identificado o problema na caixa de câmbio, o automóvel já contava com 115.860 Km rodados. Ultrapassado, portanto, e muito, o limite estabelecido na garantia. 5. Nada há nos autos que demonstre tratar-se de vício oculto do bem, pré-existente, que somente veio a manifestar-se depois de expirada a garantia. 6. Por outro lado, a cláusula contratual que estabelece duas condições independentes para a expiração da garantia, prevalecendo a que antes de verificar, nada tem de abusiva. Ambas as condições, de modo justo e razoável, levam em conta o desgaste do bem, conforme o uso determinado pelo consumidor. 7. Ação de ressarcimento julgada improcedente. Redistribuídos os ônus da sucumbência. Agravo retido desprovido. Apelo provido. unânime. (TJRS, Apelação Cível n. 70017854191, Rel. Iris Helena Medeiros Nogueira, j. em 14.2.2007 – sem grifo no original)

E, ainda:

APELAÇÃO CÍVEL. CONSUMIDOR. AÇÃO ANULATÓRIA DE TÍTULO CUMULADA COM CANCELAMENTO DE PROTESTO E INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. GA-

RANTIA LIMITADA TEMPORALMENTE OU PELO USO DO VEÍCULO. MANUAL DE INSTRUÇÕES. IMPLEMENTO DE CONDIÇÃO EXTINTIVA. Ante a clareza da cláusula contratual, contida em manual do proprietário, que estabelece duas condições extintivas da garantia, determinando que prevalecerá a que primeiro ocorrer (limite de quilometragem ou de tempo), não se cogita de interpretação mais favorável. Somente cláusulas eivadas de obscuridade ou de difícil compreensão são passíveis de interpretação. Veículo que ao ser consertado já não se encontrava sob o manto da garantia, legitimando a cobrança do título pela concessionária e conseqüente protesto. INSCRIÇÃO NO SERASA. Até final decisão de mérito, enquanto não esgotadas as instâncias recursais, não se mostra adequado proceder à inscrição do autor em cadastros de restrição de crédito. No entanto, após o trânsito em julgado da presente decisão, persistindo a inadimplência, é possível proceder a tal cadastro. APELAÇÃO DESPROVIDA. (TJRS, Apelação Cível n. 70004582375, Rel. André Luiz Planella Villarinho, j. em 7.8.2003 – sem grifo no original)

Nesse quadrante, inexistindo pretensão indenizatória a ser amparada por este Juízo, diante da expiração do prazo de garantia, desmerecem guarida os pleitos formulados pela demandante quanto à entrega de novo veículo, assim como em relação à devolução de valores pagos ou abatimento do valor defasado no preço pago na data de aquisição do bem.

Do mesmo modo, não merecem prosperar os pedidos de indenização por supostos danos materiais e perdas e danos, diante da ausência de nexo de causalidade entre os defeitos relatados e a responsabilidade das demandadas.

Melhor sorte não assiste à demandante quanto à pretensão de indenização por danos morais, diante da ausência de nexo causal, pelas razões acima elucidadas.

Da mesma forma, forçoso reconhecer a improcedência da pretensão aparelhada em desfavor da terceira demandada (BFB LEASING S.A.), muito embora esta tenha deixado escoar o prazo para se defender.

Como sabido, a revelia faz presumir verdadeiros os fatos relatados na inicial, entretanto, como as outras demandadas contestaram, resta afastada referida presunção (CPC, art. 320, I).

Relacionando-se ao instituto da revelia, colhe-se do magistério doutrinário de Cândido Rangel Dinamarco:

É relativa e não absoluta a presunção estabelecida pelos arts. 302 e 319 do Código de Processo Civil. [...]

Como toda presunção relativa, também essa não tem o valor tarifado e invariável próprio aos sistemas de prova legal. No sistema da livre apreciação da prova segundo os autos, o juiz dar-lhe-á o valor que sua inteligência aconselhar, feito o confronto com o conjunto dos elementos de convicção eventualmente existentes nos autos e levando em conta a racional probabilidade da que os fatos hajam ocorrido como disse o autor [...] A convicção contrária pode resultar de prova nos autos, desmentindo ou pondo em dúvida as alegações do autor; essa prova pode até ter sido produzida até por este mesmo (princípio da aquisição da prova) [...]. (*Instituições de Direito Processual Civil*. 5. ed. v. III. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 533/524/535)

Com efeito, como já deliberado à fl. 53, a terceira demandada (BFB LEASING ARRENDAMENTO MERCANTIL S.A.), não colocou o veículo no mercado e não pode ser, por isso mesmo, responsabilizada pelos vícios e defeitos que a autora alega ter surgido na estrutura do automóvel.

A terceira demandada, em outras palavras, apenas concedeu o crédito para que a autora adquirisse/arrendasse o veículo em prestações, não havendo qualquer nexo de causalidade entre o suposto vício e o arrendamento mercantil celebrado.

O *leasing* nada tem haver com os supostos problemas estruturais que apareceram no automóvel e, não havendo qualquer ação, omissão ou ato ilícito a ser imputado à terceira demandada (BFB LEASING ARRENDAMENTO MERCANTIL S.A.), imprescindível o

reconhecimento da improcedência do pleito de suspensão/interrupção de pagamento do contrato de empréstimo firmado com esta última.

À vista do exposto, e baseado na fundamentação alinhavada, julgo **IMPROCEDENTES** os pedidos formulados nos presentes autos por **ESTELA RANK EUFRÁSIO** em desfavor de **MAXICAR DISTRIBUIDORA DE VEÍCULOS LTDA., FIAT AUTOMÓVEIS S.A.** e **BFB LEASING ARRENDAMENTO MERCANTIL S.A.**

Diante da sucumbência da demandante, fica esta condenada a arcar com o pagamento das custas processuais e dos honorários advocatícios.

A verba honorária é fixada no montante de R\$ 4.500,00 (quatro mil e quinhentos reais), cabendo R\$ 2.000,00 (dois mil reais) ao procurador da primeira demandada (MAXICAR LTDA.), R\$ 2.000,00 (dois mil reais) para o procurador da segunda demandada (FIAT AUTOMÓVEIS S.A.) e os R\$ 500,00 (quinhentos reais) restantes ao procurador da terceira demandada (BFB LEASING ARRENDAMENTO MERCANTIL S.A.), uma que não haver apresentado resposta e somente comparecido à audiência de conciliação.

Desentranhe-se a petição de fl. 138, pois pertinente a outro processo.

P.R.I.

Oportunamente, archive-se.

Papanduva (SC), 18 de junho de 2012.

Reny Baptista Neto
JUIZ DE DIREITO

SENTENÇAS CRIMINAIS

COMARCA DA CAPITAL

Autos n. 023.08.037396-0

Ação: Ação Penal / Ordinário – Comum

Representante: DEIC – Diretoria Estadual de Investigações Criminais

Representado: Ivonei Raul da Silva e outro

Vistos, etc

O representante do MINISTÉRIO PÚBLICO em exercício neste Juízo, no uso de suas atribuições legais, com base em incluso Auto de Prisão em Flagrante, ofereceu DENÚNCIA contra IVONEI RAUL DA SILVA, brasileiro, jornalista, em união estável, natural de Concórdia/SC, nascido em 04/03/1971, filho de João Batista da Silva e de Idecina Leme da Silva, residente na Rua XV de Novembro, nº 838, apartamento 802, centro, Blumenau/SC, e contra DANILO PRESTES GOMES, brasileiro, jornalista, casado, natural de Santana do Livramento/RS, nascido em 19/09/1949, filho de Alexandre Gomes de Moraes, residente na Rua Arcipreste Paiva, nº 16, 4º andar, centro, nesta Cidade e Comarca, atribuindo-lhes a prática do crime capitulado no art. 158, *caput*, *c/c* art. 29 (concorrência e culpabilidade para a figura típica penal), ambos do Código Penal, pelos fatos assim descritos na exordial acusatória (fls. II/X):

“A gênese da acusação ora imputada, tem como determinante, o fato investigado quanto a autoria, bem como, plenamente materializado, quanto à

sua dinâmica relativa a consumação e exaurimento, resultando na realização do tipo penal descrito no art. 158 do CP (extorsão).

*Retira-se do Auto de Prisão em Flagrante, a ação delituosa, visando a obtenção de vantagem econômica indevida exigida pelo conduzido, o ora denunciado **IVONEI RAUL DA SILVA**, conhecido como “**NEI SILVA**”, proprietário da **REVISTA METRÓPOLE (Dpto. Comercial)**, de circulação no Estado de Santa Catarina, veiculando assuntos de ordem política e administrativa, com caráter eminentemente comercial (e-mail transcrito adiante).*

Buscava a Revista Metrópole demonstrar a toda sociedade catarinense, em suas matérias, como prestação de contas e transparência, a divulgação de vários órgãos e poderes, as suas ações administrativas, entre estes, o Poder Executivo, Legislativo e Judiciário, como também o Ministério Público, Tribunal de Contas, entidades estatais, prefeituras municipais e empresariado.

Da mesma forma, contava com a colaboração de várias pessoas na publicação de matérias e reportagens, ressaltando o denunciado IVONEI RAUL DA SILVA, na página 341 do livro “A DESCENTRALIZAÇÃO NO BANCO DOS RÉUS, que uma das colunas da revista foi escrita pela jornalista Lurian Lula da Silva, que a época precisava de trabalho, filha de sua Excelência, o Senhor Presidente da República.

*Portanto, tendo acesso a verificada amplitude no campo política e administrativo, para alcançar o desígnio e seu resultado típico, contou o denunciado **IVONEI RAUL DA SILVA**, para a efetivação da conduta criminosa, ou seja, **extorsão**, com a participação e contribuição do denunciado **DANILO PRESTES GOMES**, também conhecido por **DANILO PRESTES**, editor da publicação (**REVISTA METRÓPOLE – Editor RJP – 00083-SC**), que como o intuito de obter vantagem indevida, agindo por liame e nexos psicológicos (caracterizados por laços de amizade, sociedade captação de recursos e superação de dificuldades financeiras), em acordo de vontades*

e em ação conjunta, elaboraram um livro, de capa vermelha, intitulado **“A DESCENTRALIZAÇÃO NO BANCO DOS RÉUS”**, composto de **“Prefácio, Primeira Parte e Segunda Parte, com 357 páginas”** (termo de exibição e apreensão de fl. 99).

Colhe-se do volume produzido, que o denunciado, **DANILO PRESTES GOMES**, ao prefaciá-lo, buscou sintetizar fatos, claramente visando induzir um clima alarmista e de confusão política, acerca de situações que pretendia apresentar como difamatórias, como o intuito de conspurcar, menoscar, vituperar e diminuir; ameaçando a honra, a reputação e o renome profissional de inúmeras personalidades da sociedade catarinense.

A sociedade na empreitada delituosa, apresenta-se com clareza pelo próprio denunciado **DANILO PRESTES GOMES** que, ao prefaciá-la obra, afirma:

“Antagonizar nunca foi minha praia, mas, confesso, restaram-me poucas alternativas capazes de me afastar ou me deixar outra opção que não fosse concordar em grau, gênero e número, com a determinação de meu sócio, autor deste compêndio, quando ele manifestou o desejo de transformar em livro fatos que em condições normais, deveriam permanecer guardados a sete chaves. Afinal, ninguém ignora o quanto a manifestação da verdade pode ser invasiva. A propósito, sou dos que acreditam que a verdade é uma fera perigosa, que não pode andar solta por aí” (Prefácio – p. 13).

Da mesma forma, a ação conjunta criminosa entre os denunciados fica demonstrada quando, ao crer que o chamado “acordo” ou seja, o constrangimento ao cumprimento da exigência patrimonial, mediante grave ameaça estava perfectibilizado, o denunciado IVONEI RAUL DA SILVA, em contato telefônico com o denunciado DANILLO PRESTES GOMES pediu que este redigisse um documento se tratando das publicações feitas no blog do jornalista César Valente (...) acessado em 12 de junho de 2008.

O conteúdo referia-se a cinco matérias a respeito de integrantes do Governo do Estado e do Poder Judiciário, sob os títulos: Retratos de uma chantagem 1,2,3b e final (transcrição de fls 207/209), tendo assim o denunciado DANILO PRESTES GOMES redigido o seguinte texto:

“DOCUMENTO EQUIVOCADO

A Revista Metr pole, por seu diretor infra assinado, vem a público fazer os seguintes esclarecimentos:

01. Assume toda a responsabilidade pelo projeto e elabora o das publica es alusivas   Descentraliza o do Governo do Estado e outras, cuja iniciativa   de exclusiva responsabilidade de seu departamento Comercial;

02. Quaisquer informa es sobre as publica es de ensaio ou print de um projeto de livro A DESCENTRALIZA O NO BANCO DOS RÉUS, será de exclusiva responsabilidade de quem publicou, considerando a absoluta falta de provas sobre o assunto, sua print foi ensaiado sob forte emo o. Sua eventual publica o será fruto de jornalismo maldoso ou comprometido com interesses escusos, contrariando o princípio do contraditório. Da mesma forma, a publica o reitera o propósito de contribuir para o fortalecimento do processo democrático da imprensa;

03. A eventual existência de algum documento comprovando outro envolvimento que não o da própria Revista, não procede, porquanto esses documentos foram furtados durante invasão de domicílio de maneira forçada por vândalos através de arrombamento da porta, verificada no apartamento do diretor da revista (anexo escritório), de acordo com o Boletim de ocorrência número 00054-2007-06337 datado de 30/11/2007;

04. A dire o da revista assume inteiramente a responsabilidade pelas publica es de várias edi es focalizando autoridades estaduais e outras, cujas publica es tiveram caráter eminentemente comercial, sem a participa o dos homenageados ou mote em cada dire o;

05. *Eventuais informações sobre o conteúdo das publicações não foram liberadas ou autorizadas pela revista para sua publicação, constituindo-se crime, portanto o vazamento dessas informações;*

06. *Especificamente, no caso de publicações envolvendo o Governo do Estado e ou outras, a Revista igualmente é a única responsável pelo projeto e suas execuções e elaborações, com a procura de clientes para viabilizar essas publicações, por iniciativa e responsabilidade da revista;*

07. *A falta de provas mencionada anteriormente, inviabiliza qualquer tipo de especulação ou eventual procedimento jurídico, porquanto, no entendimento do eminente jurista, ex-ministro da justiça, Márcio Thomaz Bastos, “a verdade é aquilo que se prova”;*

08. *Finalmente, a revista metrópole, por seu diretor superintendente, assume toda a responsabilidade penal ou pecuniária, por eventuais prejuízos causados pelas respectivas publicações em quaisquer de suas edições.*

A mentira não é odiosa em si mesma, mas porque se acaba por acreditar nela. Sempre entendi que a mentira dolosa é uma falsificação da alma (Sagulo Ramos).”

Examinando-se o volume intitulado “A DESCENTRALIZAÇÃO DO BANCO DOS RÉUS”, verifica-se de seu conteúdo uma série de publicações, documentos, fotografia e reportagens, acompanhados de comentários aviltantes, de mau gosto, debochados, eivados de profundo ressentimento e ira, cuja intenção não é outra, a não ser de embaralhar, confundir e misturar níveis de realidade e vesânia a quem tem acesso à sua leitura, ou boatos a ela vinculados.

Imputam assim os denunciados a integrantes do Governo do Estado de Santa Catarina, bem como a membros do Poder Judiciário, uma série de condutas, as quais, no seu entendimento doloso, serviriam para a prática do crime de extorsão, conhecido em linguagem vulgar no Brasil, como “chantagem” e, no direito comparado, como chantage (francês) ou blackmail (inglês).

Uma das inúmeras acusações efetuadas nas 357 (...) páginas, é que o Governos Estadual firmou contrato de publicidade, com a revista de propriedade do denunciado IVONEI RAUL DA SILVA, devendo a este a quantia de R\$ 500.000,00 mil reais, cuja existência de referido contrato não se verifica nos autos.

Utilizando-se da edição do livro, o denunciado IVONEI RAUL DA SILVA, elaborou – por sua conta – inicialmente, por parte do Governo Estadual, a existência de uma dívida na quantia de R\$ 40.000 (quarenta mil reais), para sua não divulgação, ameaçando, caso contrário, ao não cumprimento da exigência, de dar conhecimento do conteúdo para a imprensa estadual e nacional, inclusive par a revista “Veja”, estipulando o prazo de pagamento até o dia 31 de maio de 2008.

Diante de tal situação, no dia 29 de maio de 2008, em hora que poderá ser apurada durante a instrução, o denunciado IVONEI RAUL DA SILVA, em razão de seu desespero financeiro, dado o malogro e fracasso comercial da revista , buscando novos recursos, procurando vitimar o Excelentíssimo Senhor Governador do Estado Luiz Henrique da Silveira, seu Secretário de Coordenação e Articulação Ivo Carminati, ou quem tivesse relações com o governo estadual, contatou a vítima Armando César Hess de Souza, que escolheu como alvo de sua ação criminosa.

Tal escolha se deu, em razão da citada vítima ter sido Secretário de Planejamento do Governo, entre os anos de 2003 e 2004, vítima esta, a quem pretendia envolver nos fatos relatados no livro mencionado, e, utilizá-la, também, como interlocutor da ação criminosa para extorquir o Governador do estado e seu Secretário, enviando um e-mail com a ameaça cujo teor se transcreve na íntegra:

“Blumenau, 29 de maio 2008.

Caro Armando analise sobre a luz da razão.

01. Não posso firmar acordo, pré-defnido no Renaux . Neste momento é preciso que fique claro a intenção da Metrópole na sua decisão de publicar livro sobre a “ Descentralização”, considerando até a relevância do seu conteúdo;

02. Não fosse minha coerência e o desejo de equacionar a pendência sem a interferência ou qualquer vantagem para terceiros, já teria a possibilidade de, com esse procedimento, obter sucesso de forma digo menos traumática;

03. Tenho noção exata do material explosivo que tenho em mãos e por isso mesmo não tenho intenção de encaminhar o assunto a outras pessoas que não sejam aquelas previamente envolvidas no processo, a não ser que sejam esgotadas as possibilidades de acordo, esta é bom que se ressalte até sábado (31-05-08) após esta data estarei inserindo material (relisease/ entrevista em âmbito estadual e nacional);

04. Reitero que a decisão de transformar a polêmica em livro nasceu, da necessidade de equilibrar o combalido orçamento de minha empresa, em situação pré-falimentar provavelmente irrecuperável por motivos sobejamente conhecidos;

05. Tenho consciência também que todos somos vítimas de um processo mal encaminhado, mal orientado, atabalhado e de resultados consequenciais imprevisíveis, nada, porém que não possa ser resolvido nas próximas horas firmando CONTRATO COM CLÁUSULAS CONFIDENCIALIDADE INVIO LAVIO(sic) E RETROATIVO: comprometendo-me a não revelar, reproduzir, utilizar ou dar conhecimento em hipótese alguma, a teceiros, bem como, a não permitir que nenhum de seus empregados e/ou prepostos faça uso dessas INFORMAÇÕES CONFIDENCIAIS de forma diversa: escrita, verbal ou gravações, transcrições, vídeo, áudio, e-mail, notas fiscais, recibos, autorizações, discos, CDs, disquetes, fitas, projeto, clientes/

*fornecedores, entre outros, doravante denominados **INFORMAÇÕES CONFIDENCIAIS**.*

06. Considero também que no caso de uma solução, os mesmos cuidados observados no processo de elaboração do livro, seriam adotados na prática de eliminar seu conteúdo, ou repassá-los para a devida incineração, pois a não ser vagas informações sobre o episódio. Entretanto sei de vossa posição sobre o pagamento do lucro cessante reivindicando pela consciência que sou a parte mais fácil do problema. Diante do exposto rogo solução até data citada.

Grato Nei Silva”

*Em razão da clareza de declarada manifestação, no dia 30 de maio de 2008, por volta das 19:00 horas, o denunciado **IVONEI RAUL DA SILVA** encontrou-se com a vítima **Armando Hess de Souza**, no Restaurante Recanto das Sereias, localizado na cidade de Itapema/SC, onde seria entregue a quantia inicialmente exigida.*

*Contudo, o denunciado **IVONEI RAUL DA SILVA**, modificou seu plano inicial, quanto aos valores exigidos, passando a exigir a quantia de R\$ 1.460.000,00 (um milhão e quatrocentos e sessenta mil reais), para que o material não fosse divulgado, aguardando uma resposta até a meia noite do dia 31 de maio de 2008.*

*Na referida data (31/05/2008), a vítima **Armando Cesar Hess de Souza**, telefonou para o denunciado **IVONEI RAUL DA SILVA**, dizendo que havia conseguido a quantia exigida, combinando com ele um encontro no dia 02 de junho do corrente ano (2008), por volta das 8:00 horas, para que fosse transferido o valor.*

*Desta maneira, no dia e hora combinados, a vítima **Armando César Hess de Souza** e o denunciado **IVONEI RAUL DA SILVA**, encontraram-se no **Cambirela Hotel**, localizado na Avenida Max Schram, Bairro Estreito,*

*nesta cidade e comarca, onde a vítima apresentou para o denunciado uma planilha com as condições de pagamento, da seguinte forma: **R\$ 1.350.000,00 (um milhão e trezentos e cinquenta mil reais), divididos em três parcelas de R\$ 450.000,00 (quatrocentos e cinquenta mil reais).***

*Assim, homologado o “**acordo**”, a vítima Armando Cesar Hess de Souza, entregou ao denunciado **IVONEI RAUL DA SILVA**, uma pasta preta, contendo em seu interior a quantia **de R\$ 40.000,00 (quarenta mil reais)**, duas cartas enviadas a vítima Armando, no dia 29 de maio de 2008, com a inscrição “**Alguns assuntos que considero pertinentes**”, entre outros documentos (termos de exibição e apreensão de fl. 101/103), inclusive documento referente as condições e exigências do objeto da **extorsão** (termo de exibição e apreensão de fl. 99), sendo preso em flagrante, quando saía do **Cambirela Hotel**, exaurindo-se o crime.*

Fica clara a intenção dolosa e o especial fim de agir, consistente no intuito de obter vantagem econômica, quando retira-se do material editado, que além de ocupantes de cargos no Poder Executivo Estadual, os denunciados atribuíam fatos atentatórios a moral de integrantes do Poder Judiciário e da ordem dos Advogados do Brasil -SC, pessoas estas de reconhecida e ilibada reputação jurídica e social, bem como empresários, demonstrando os denunciados que o alcance de suas ações não se cingiria aos membros do Poder Executivo. (...).”

Concluiu postulando que os acusados sejam processados, julgados e condenados, observando-se todas as formalidades legais, com a oitiva das testemunhas arroladas. Na mesma oportunidade, o Ministério Público requereu a realização da perícia técnica dos materiais apreendidos nos autos (fl. 182).

Às fls. 69/71, a autoridade policial representou pela prisão preventiva do indivíduo IVONEI RAUL DA SILVA, bem como pela busca e apreensão domiciliar e pela interceptação telefônica dos aparelhos utilizados por este,

representações que foram deferidas (fls. 76/79) ante parecer ministerial favorável.

O relatório e a comunicação do Auto de Prisão em Flagrante do denunciado IVONEI RAUL DA SILVA foram acostados aos autos às fls. 210/221, restando a prisão em flagrante homologada à fl. 238.

Às fls. 243/246, foi postulado pela defesa de IVONEI pedido de liberdade provisória, sendo que este juízo se comprometeu em deliberar a respeito somente após o interrogatório do acusado (fl. 264).

O representante do Ministério Público requereu a prisão preventiva dos dois denunciados, o que foi indeferido na decisão de fl. 255, em face da ausência dos requisitos legais.

A denúncia foi recebida à fl. 255, oportunidade em que se designou data para o interrogatório dos acusados. Na data aprazada, após realizado o interrogatório do acusado IVONEI, foi concedida a liberdade provisória a este, através de decisão exarada em audiência (fls. 267/268). No tocante ao acusado DANILO, foi determinada a expedição de carta precatória para citação e interrogatório, tendo em vista que este reside na cidade de Blumenau.

À fl. 272, a vítima, Armando César Hess de Souza postulou ser admitida como assistente de acusação.

A defesa prévia do réu IVONEI foi ofertada às fls. 282/283, contendo rol de 5 (cinco) testemunhas e documentos (fls. 284/295), sendo recebida à fl. 306 dos autos.

Às fls. 307/312, foram juntadas pela defesa de IVONEI as transcrições das quatro conversas telefônicas gravadas nos CD's apresentados em sua defesa prévia.

A vítima, Armando César Hess de Souza, na qualidade de assistente de acusação, requereu fosse decretada a prisão preventiva do acusado, por descumprimento das condições legais quando da concessão da liberdade provisória, o que foi indeferido na decisão de fls. 334, a qual manteve os fundamentos jurídicos da decisão anterior, de fls. 263/264.

O denunciado DANILO PRESTES GOMES, às fls. 335/336, veio aos autos requerer fosse designada data e hora para o seu interrogatório neste Juízo, haja vista que até então não havia sido sequer citado na Comarca de Blumenau, o que restou deferido à fl. 339.

Às fls. 342/344, a defesa de DANILO postulou a proibição da divulgação da obra “A Descentralização no Banco dos Reús”, o que foi indeferido na decisão de fl. 374.

Foi acostado aos autos laudo pericial (fls. 347/360), referentes aos CDs juntados à defesa prévia de IVONEI, conforme determinado à fl. 306 dos autos.

O interrogatório do denunciado DANILO consta das fls. 366/368 e a defesa prévia deste foi oferecida à fl. 372.

Às fls. 387/388, foram apresentados dois pedidos de restituição de bens apreendidos, de propriedade do réu IVONEI, restando deferido apenas aquele de fl. 387.

À fl. 405, foi postulado pela defesa de IVONEI a degravação, pelo IGP, dos dois CDs constantes da fl. 406, referentes às conversações mantidas entre a testemunha de acusação Ivo Carminati e o referido denunciado, o que foi deferido à fl. 408. O acusado IVONEI solicitou, também, às fls. 1063/1064, a degravação dos CDs juntados às fls. 1065/ 1068 dos autos.

O laudo pericial, com as degravações dos CDs, foi juntado às fls. 1071/1099.

Às fls. 1106/1108, o acusado IVONEI RAUL DA SILVA requereu a juntada dos documentos de fls. 1109/1139, além da degravação do CD de fl. 204, o que restou deferido na audiência de fl. 1146.

Às fls. 1241/1278, fls. 1302/1314, fls. 1373/1382, fls. 1391/1403 e fls. 1468/1480, foram juntados aos autos outros quatro laudos periciais de CDs e Micro Fitas.

Durante a instrução processual, foram interrogados os dois acusados (fls. 269/271 e fls. 366/368) e inquiridas cinco testemunhas *ex officio* (fls. 591/594 e fls. 1157/1158); uma testemunha de defesa do acusado DANILO (fl. 1284), sendo que houve desistência da parte com relação às outras duas testemunhas arroladas (fl. 1161); cinco testemunhas de defesa do acusado IVONEI (fl.1147, fls. 1184/1185, fl. 1202, fl. 1294 e fl. 1056) e sete testemunhas de acusação (fls. 572/574, fls. 1056/1062 e fls. 1103/1104).

Em alegações finais, o douto Promotor de Justiça pugnou pela condenação dos réus nos termos da denúncia, alegando que a materialidade do delito praticado pelos acusados foi devidamente comprovada pela documentação juntada aos autos, em especial, no tocante à transcrição do e-mail enviado por IVONEI RAUL DA SILVA para Armando César Hess de Souza. Alegou, ainda, que os CDs de áudio e demais provas trazidas aos autos pelos acusados têm a finalidade de provar a existência de um contrato de publicidade entre eles e o Governo Estadual, mas que tal fato não restou provado, e, que esta não é a questão debatida nos presentes autos, mas sim a prática da exigência de valores para a não publicação do livro (fls. 1417/1429). Nesse mesmo sentido, foram as derradeiras alegações do assistente de acusação (fls. 1432/1434).

Por sua vez, a defesa de DANILO PRESTES GOMES, em suas alegações finais, pugnou pela absolvição, ao argumento de que este não participou de nenhum ato de extorsão e que sequer há indícios da ciência

por parte do referido acusado, da ocorrência desse delito, alegando, outrossim, que o denunciado Ivonei havia proibido o acusado Danilo de fazer o que a princípio fazia no livro, corrigi-lo, pois este censurava parte do conteúdo da obra, devido à carência de provas, e que portanto, IVONEI teria tomado para si a autoria do livro.

Em sua defesa, IVONEI RAUL SILVA, em derradeiras alegações, também pugnou pela absolvição, argumentando que o *Parquet* não logrou provar sua tese de acusação, e que o Governo do Estado de Santa Catarina contraíra uma dívida com o acusado Ivonei por serviços prestados com a Revista Metrópole, por força de um contrato verbal, razão pela qual foram elaboradas séries de revistas e outros trabalhos para o governo, o que não seria possível fazer gratuitamente, e que a existência de tal transação restou provada nos autos, e com base nisso, o acusado deixa claro que pretendia apenas receber o que lhe era devido, sendo que não houve extorsão alguma, mas apenas uma armação, com intuito de lhe prejudicar. Pugna, por fim, pela desclassificação do crime de extorsão para o crime previsto no art. 345 do Código Penal (fls. 1490/1505).

Vieram os autos conclusos.

É o relatório.

Decido.

Trata-se de ação penal pública deflagrada pelo representante do Ministério Público, objetivando apurar a responsabilidade penal dos acusados, qualificados nos autos, pela prática do crime de extorsão, previsto no art. 158, caput, c/c o art. 29, ambos do Código Penal.

Magalhães Noronha, já em 1948, ensinava que a extorsão *“é um delito permanente, pois seu momento consumativo perdura ou prolonga-se por tempo mais ou menos duradouro, ou, como diz Soler, pertence a essa classe de crimes cujas ‘acciones que, a la vez que constituyen el delito, pueden concebir-se como*

prolongadas en el tiempo, de modo que cualquier fragmento de la actividad del sujeto, posterior al momento inicial, constituye también delito bajo el mismo nomen juris: retener, mantener, navegar, no presentar-se’ “ (in Código Penal Brasileiro Comentado, 5º volume, Saraiva: São Paulo, 1948, p. 258).

E descrevendo os elementos constitutivos do tipo penal previsto no art. 158 do Código Penal:

“A essência da extorsão reside em a vítima constrangida pela ameaça ou violência do agente praticar, tolerar que se pratique, ou deixar de praticar uma ação, da qual advirá vantagem econômica para aquele ou para terceiro. Donde surgem os dois elementos característicos do crime: o estado de coação da vítima, e a ação ou omissão a que é obrigada, da qual resultará proveito ilícito para o sujeito ativo. Em toda sua contextura, ela apresenta os seguintes requisitos: a) o meio coativo do agente (ameaça ou violência); b) o estado de coação do sujeito passivo; c) a ação ou omissão deste; d) o fim da vantagem econômica ilícita do agente.

“[...]”

“O escopo do agente é obter indevida vantagem econômica. Se a obtém, sofre-a o sujeito passivo, resultando, portanto, lesão patrimonial (Direito Penal, vol. 2, 24ª ed., São Paulo: Saraiva, 2003, p. 266).

Especifica quanto à qualidade da vantagem econômica:

“Essa vantagem econômica deve ser indevida, consoante determina a lei. Vantagem indevida é a vantagem injusta, a que o agente não tem direito. Se ela lhe for devida, não haverá a extorsão aqui capitulada. Quem ameaça terceiro, para reaver, por exemplo, cambial já paga, não comete extorsão. Pode praticar o crime do art. 345, mas não o do art. 158, porque a vantagem que tem em vista é justa; sua pretensão é legítima”. (op. cit., p. 267)

Na ensinança do abalizado Guilherme de Souza Nucci:

“Extorsão é uma variante de crime patrimonial muito semelhante ao roubo, pois também implica numa subtração violenta ou com grave ameaça de bens alheios. A diferença concentra-se no fato de a extorsão exigir a participação ativa da vítima fazendo alguma coisa, tolerando que se faça ou deixando de fazer algo em virtude da ameaça ou da violência sofrida. Enquanto no roubo o agente atua sem a participação da vítima, na extorsão o ofendido colabora ativamente com o autor da infração penal”. (in CP Comentado, 10a ed. RT, pág. 768).

E prossegue o jurista:

“A partir da inclusão do parágrafo 3o ao art. 158, passa-se ao tipo específico da extorsão, cujo constrangimento é voltado à restrição da liberdade da vítima como forma de pressão para a obtenção de vantagem econômica. Não mais se aplica o concurso de crimes (roubo mais sequestro), inserindo-se o caso concreto, denominado vulgarmente de sequestro relâmpago, na figura nova. Jamais houve confusão entre roubo e extorsão. Quando o agente ameaça a vítima portando arma de fogo, exigindo a entrega do automóvel, por exemplo, cuida-se de roubo. A coisa desejada, afinal, está á vista, à disposição do autor do roubo. Caso o ofendido se negue a entregar, pode sofrer violência, ceder e o agente leva o veículo do mesmo modo. Porém, no caso da extorsão, há um constrangimento, com violência ou grave ameaça, que exige, necessariamente, a colaboração da vítima. Sem esta colaboração, por maior que seja a violência efetivada, o autor da extorsão não obtendo o almejado. Por isso, obrigar o ofendido a empreender saque em banco eletrônico é extorsão – e não roubo. Sem a participação da vítima, fornecendo a senha, é coisa objetivada (dinheiro) não é obtida. Logo, obrigar o ofendido, restringindo-lhe (limitar, estreitar) a liberdade, constituindo essa restrição o instrumento para exercer a grave ameaça e provocar a colaboração da vítima é exatamente a figura do art. 158, parágrafo 3o, do CP”.

Do saudoso Nelson Hungria:

“Há entre a extorsão e o roubo (aos quais é cominada pena idêntica) uma tal afinidade que, em certos casos, praticamente se confundem. Conceitualmente, porém, a distinção está em que, na extorsão, diversamente do roubo, é a própria vítima que, coagida, se despoja em favor do agente. Dizia Frank, lapidarmente, que o ‘ladroão subtrai, o extorsionário faz com que se lhe entregue’ (‘Der Räuber nimmt weg, der Expresser lässt sich geben’)” (Comentários ao Código Penal, vol. VII, Rio de Janeiro: Forense, 1980, p. 66).

Noutro trecho pontifica o mestre:

“O fim do agente deve ser uma ‘indevida vantagem econômica’, em seu benefício ou de terceiro. Indevida quer dizer contrária ao direito. Se a vantagem é legítima, ou supostamente tal, o crime, como já foi acentuado, passa a ser outro (‘exercício arbitrário das próprias razões’)” (Hungria, op. cit., p. 71).

Heleno Cláudio Fragoso, da mesma forma, entende:

“O constrangimento deve ser praticado com o propósito de obter, para si ou para outrem, indevida vantagem econômica” (Lições de Direito Penal: parte especial, Rio de Janeiro: Forense, 1981, p. 315).

Mais adiante:

“A vantagem deve ser indevida, o que significa vantagem a que o agente não tem direito, pois se tivesse ele direito à vantagem, o crime a identificar-se seria o de exercício arbitrário das próprias razões (art. 345 do CP) (Fragoso, op. cit., p. 317).

Damásio E. de Jesus, do mesmo modo, acrescenta:

“Na extorsão, ao contrário, o constrangimento é realizado com objetivo expresso: obter indevida vantagem econômica. Se o sujeito, mediante violência ou grave ameaça, pretende que a vítima realize determinado comportamento para que ele obtenha uma devida vantagem econômica, responde por exercício

arbitrário das próprias razões (CP, art. 345)” (Direito Penal, vol. 2, São Paulo: Saraiva, 2005, p. 370).

Contudo, não há como se chegar ao elemento subjetivo que norteava a conduta dos acusados, sem antes verificar a situação fática que enfrentaram ao tempo dos fatos, pois somente a partir dessa análise é que se poderá qualificar a pretensão dos agentes e concluir pela existência de uma conduta lastreada ou não de má-fé, extorsiva ou não extorsiva.

DO ACUSADO IVONEI RAUL DA SILVA

Segundo se colhe dos fatos narrados nos autos, os atos de grave ameaça teriam sido cometidos pelos dois acusados, em comunhão de esforços, contra a vítima ARMANDO HESS, quando IVONEI DA SILVA, então proprietário da empresa, Editora Metrópole Ltda., auxiliado pelo acusado DANILO, editor do periódico, passaram a promover o Governo Estadual e seus integrantes, através de publicação de edições da revista “Metrópole” e da confecção de *outdoors*, cuja proposta fora aceita pelo então Secretário de Planejamento e ora vítima, ARMANDO HESS, o qual orientava o serviço a ser prestado, com nítido caráter promocional de agente político e mediante patrocínio ilegal, por meio da iniciativa privada, tudo para viabilizar a divulgação de atos e modelos de gestão do Governo do Estado de Santa Catarina, durante o período a partir do segundo semestre de 2005, intitulado “Descentralização”.

Contudo, decorrido o prazo para o recebimento do valor de R\$ 500.000,00 (quinhentos mil reais), segundo o acusado, contratado verbalmente entre este e o então Secretário ARMANDO HESS e com anuência do próprio Governador do Estado, pelo pagamento da propaganda governamental, obstáculos pré-eleitorais acabaram sustentando a captação de recursos financeiros, impedindo assim a quitação do referido acordo, o que levou o acusado IVONEI a cobrar da vítima, o valor que alegava lhe ser devido, o que se conclui das gravações dos inúmeros contatos

telefônicos juntadas aos autos, telefonemas estes mantidos inclusive com outros integrantes do Governo do Estado, os quais, quando inquiridos neste Juízo, afirmaram desconhecer qualquer acordo celebrado entre a referida empresa e o Governo estadual.

Diante disso, constata-se que o acusado IVONEI, em face da dificuldade de obter o pagamento prometido, acabou reunindo diversas publicações, documentos, fotografias e reportagens colhidas durante o período em que, conforme alega, prestara serviços de publicidade e propaganda ao Governo Estadual, e compilou livro que denominou “A Descentralização no Banco dos Réus”, onde, segundo afirmado pelo Ministério Público na peça portal, tece inúmeras acusações contra agentes públicos, valendo-se desse instrumento para cobrar a mencionada dívida, através da vítima ARMANDO HESS, conforme se depreende do email transcrito na exordial acusatória, bem como dos depoimentos da vítima e das declarações prestadas pelos dois acusados, nas duas fases procedimentais.

Ao prestar depoimento na fase extrajudicial, às fls. 10/12, a vítima **ARMANDO CESAR HESS DE SOUZA** afirmou: *QUE, o declarante atualmente é empresário e exerce suas atividades em Brusque, na empresa Têxtil Renauxview; QUE, exerceu o cargo de Secretário de Planejamento no governo de Luiz Henrique da Silveira, no período de 2003 até 4 de janeiro de 2006; que, durante esse período conheceu o jornalista NEI SILVA, proprietário da revista Metrôpole; QUE, o declarante chegou a ver exemplares dessa revista e pode observar algumas reportagens sobre diversos assuntos, inclusive ações de governo, comunicava o acontecimento de reuniões de secretarias regionais, ou onde o governo estaria presente, bem como permitia presença de todos os órgãos da imprensa com intuito de mostrar as ações do governo; QUE, em relação a NEI SILVA da revista Metrôpole, o declarante fazia as comunicações por e-mail; QUE, durante o período em que estava no governo, não houve nenhum problema de relacionamento profissional entre NEI SILVA e o declarante;*

QUE, o envolvimento de ambos era estritamente profissional; QUE, após sair do governo, o declarante foi procurado por NEI SILVA, que pretendia cobrar valores que entendia ser credor do Governo do Estado; QUE, após tomar conhecimento detalhado do que NEI SILVA pretendia, o declarante veio a constatar que a cobrança era indevida; QUE, após alguns encontros, o declarante pôde observar que a forma como NEI SILVA estava colocando a cobrança tratava-se de chantagem, uma vez que o mesmo alegava que possuía documentos e gravações que comprometiam integrantes do governo, inclusive o próprio governador; QUE, o declarante nunca chegou a ter em mãos nenhum desses documentos; QUE, NEI SILVA procurou o declarante em várias oportunidades para ser interlocutor do Governo do Estado, sendo que as pretensões do mesmo foram repassadas a Secretária de Articulação e de Comunicação, inclusive para que o mesmo fosse recebido em audiência; QUE, para esclarecer que recebeu e-mails de NEI SILVA em que este fazia cobranças e ameaças do tipo “o tempo urge...”; QUE, as ameaças eram de que NEI SILVA levaria ao conhecimento da imprensa e da oposição política os documentos e gravações que ele havia preparado desde o início do trânsito no Governo do Estado e que comprometiam o governo; QUE, no início dessa semana o declarante recebeu através de sua secretária um envelope lacrado contendo o livro “A descentralização no banco dos réus”, de autoria de NEI SILVA; QUE, o conteúdo do livro constrangia efetivamente integrantes do Governo do Estado, empresários e membros do Poder Judiciário; QUE, o declarante comunicou esse fato para a esfera do governo; QUE, no dia 29 de maio de 2008, o declarante recebeu um e-mail de NEI SILVA em que o mesmo expõe a clara intenção de publicar o livro “A Descentralização no Banco dos Réus” caso não fosse atendido em sua exigência, isto é, um acordo até 31 de maio de 2008, o declarante recebeu um e-mail; QUE, por volta das 19:00 do dia 30 de maio de 2008, por sugestão de NEI SILVA, encontrou-se com o mesmo no Restaurante Recanto da Sereia, em Itapema – SC e tal encontro foi monitorado pela polícia; QUE, nesse encontro NEI disse claramente que sua pretensão agora era a exigência de um milhão quatrocentos e sessenta mil reais em troca de todo o material

que ele possuía; QUE, NEI SILVA já tinha encaminhado algumas partes desse material para publicação de jornalistas e órgãos de imprensa, porém, partes que não comprometiam muito o governo; QUE, nesse encontro, NEI SILVA disse que, caso houvesse o pagamento do valor acima, em duas vezes, no prazo de até trinta dias, ele se comprometia a entregar os documentos e fazer uma retratação em relação ao que até então havia sido divulgado, dizendo que o conteúdo não era verdadeiro, conforme o conteúdo do e-mail; QUE, na data de ontem o declarante dispo de quarenta mil reais exigidos anteriormente para entregar a NEI SILVA, não o fez porque este exigia agora o valor de um milhão quatrocentos e sessenta mil, motivo pelo qual a polícia deixou de fazer o flagrante, uma vez que nada entregou a NEI SILVA; QUE, esclarece que o valor de quarenta mil reais foi retirado de sua conta pessoal; QUE, no encontro de ontem NEI SILVA exigiu uma resposta até a meia noite de hoje, se o governo pagaria o valor exigido; QUE, caso o pagamento não fosse realizado, NEI SILVA encaminharia todo o livro para a circulação; QUE, também pode informar que NEI SILVA fez referência de que se o governo não atendesse suas exigências, ele iria procurar os partidos da oposição; QUE, na data de hoje o declarante ao abrir o blog do jornalista César Valente constatou publicações sobre os títulos – RETRATO DE UMA CHANTAGEM, 1, 2, 3, 3B e FINAL onde observa-se publicações e documentos que fazem referência a integrantes do Governo do Estado e também do próprio Poder Judiciário; QUE, após a leitura o declarante concluiu que de certa forma correspondem as afirmações de NEI o qual afirmou que teria encaminhado para publicação apenas alguns trechos do livro que não comprometiam muito o Governo...”

Ao ser inquirido perante este Juízo declarou às fls. 572/574: *“que até 04 de janeiro de 2006 o informante era secretário de planejamento de Santa Catarina; que em maio de 2008 recebeu em seu escritório um envelope com a inscrição confidencial e ao abri-lo, viu que havia em seu interior um livro intitulado A Descentralização no Banco dos Réus; que diante disto leu parte da referida edição e depois manteve contato com Ivo Carminatti, vinculado a*

secretaria de Articulação e Coordenação do Governo do Estado; que este também afirmou ter conhecimento da autoridade policial, o que efetivamente ocorreu; que quando ainda era secretário lhe foi apresentado um projeto da revista Metrópole que iria publicar matéria sobre descentralização do governo; que se interessou pelo projeto; que então recebeu em seu gabinete os acusados Ivone e Danilo; que o projeto foi encaminhado para a secretaria de comunicação, porém logo depois foi informado que o mesmo não era viável; que diante disto comunicou a Ivonei da ausência de interesse na execução do projeto apresentado; que neste meio tempo já havia sido editado uma das revistas sobre a matéria, na qual inclusive o informante escreveu um texto sobre o assunto; que em nenhum momento houve qualquer formalização sobre de documento entre os proprietários da revista e o governo do Estado ou o próprio informante em relação ao projeto de descentralização que se pretendia editar; que também não houve qualquer promessa de contrapartida em razão da edição que acabou sendo veiculada; que no segundo semestre de 2006 o informante foi procurado pelo acusado Ivonei, através de contato telefônico, oportunidade em que este disse que teria um valor de R\$ 120.000,00 a receber em razão das edições já publicadas sobre a matéria de descentralização do governo; que também fez referências a pesquisa eleitoral e ao outdoor do governo do Estado; que diante disto Ivonei esteve no escritório do informante quando novamente disse que tinha créditos a receber em decorrência de tais trabalhos; que diante disto indagou o mesmo sobre a existência de qualquer contrato ou formalização da contratação ao que o mesmo respondeu: “pra frente, eu me acerto”; que Ivonei procurou o informante pedindo que este fosse interlocutor com o governo do Estado para que pudesse receber os valores que entendia lhes ser devidos; que imediatamente rechaçou a proposta do acusado, uma vez que já não mantinha mais vínculos profissionais com o governo do Estado; que depois deste fato, por mais uma meia dúzia de vezes, Ivonei manteve contatos telefônicos e pessoalmente com o informante, sempre tentando receber o valor reclamado; que nestes contatos Ivonei sempre enaltecia a sua situação pré-falimentar e dificuldades financeiras que vinha atravessando; que diante disto acabou se

sensibilizando e entregou ao mesmo a importância de R\$ 40.000,00 de recursos próprios porque “se sentiu um pouco responsável pelo projeto”; que mediante tal pagamento ficou acordado que o acusado se daria por satisfeito; que no final de 2007 se encontrou com o acusado na capital do Estado, quando este disse que iria reclamar um crédito do governo do Estado no valor de R\$ 380.000,00; que em janeiro de 2008 relatou este fato ao Secretário do Estado Ivo Carminatti, quando o mesmo disse que se tratava de chantagem e que procurou o informante em seu escritório e começou a fazer ameaças dizendo que tinha documentos confidenciais e estava propenso a entregá-los para a oposição; que num desses contatos Ivonei inclusive simulou uma ligação telefônica para uma pessoa que teria vinculação com partidos políticos da oposição, marcando encontro para a entrega dos supostos documentos; que ao perceber a chantagem executada pelo acusado, deixou de recebê-lo em seu escritório; que depois desses fatos é que foi surpreendido com o livro que lhe foi encaminhado em envelope confidencial; que por orientação do delegado de polícia, combinou encontro com o acusado Ivonei no Restaurante Recanto da Sereia em Itapema; que naquela noite inclusive gravou a conversa ocorrida entre as partes; que naquele encontro Ivonei reclamava uma indenização no valor em torno de de R\$ 1.400.000,00 a título de lucros cessantes e outras indenizações; que Ivonei também disse que caso não houvesse composição dos valores até o dia seguinte, iria dar publicação ao livro que tinha escrito e inclusive comunicar o fato a revista Veja; que este encontro estava sendo monitorado pela polícia; que depois disto, novamente por orientação da polícia, marcou um encontro com o acusado Ivonei no Hotel Cambirela, na capital do Estado, onde acabou ocorrendo o flagrante; que neste encontro o informante entregou uma pasta contendo R\$ 40.000,00 ao acusado, o que seria um sinal do pagamento daquilo que o mesmo vinha reclamando; que o referido acordo também foi monitorado por policiais civis; que depois da prisão não manteve mais contato pessoal com os acusados; que Ivonei disse que não possuía nenhum contrato ou documento da negociação com o governo do Estado; que a partir do encontro ocorrido no final de 2007, o acusado Ivonei passou a dizer que

iria dar publicidade aos documentos que teria em sua posse e que comprometiam o governo do Estado, caso não fosse pago o valor exigido; que nunca esclareceu quais os documentos que possuía na sua posse; que também mencionou em um dos encontros que estaria na posse de fotografias do governador do Estado, “mais íntimas”; que no encontro anterior àquele que ocorreu a prisão, Ivonei assumiu compromisso de firmar documento público desmentindo de que estivesse publicando a obra mencionada; que não manteve nenhum contato pessoal ou telefônico com o acusado Danilo, exceto quando procurado para apresentar o projeto; que não soube que três edições da revista abordando a descentralização do governo; que desconhece tivesse ocorrido notificação extrajudicial de cobrança do projeto ao governo do Estado; que após lavrar boletim de ocorrência foi orientado a conversar com o delegado Dr. Renato; que enquanto secretário do Estado recebeu Ivonei em seu gabinete em duas ou três oportunidades; que na época encaminhou e-mail para todos os secretários regionais informando sobre o projeto e para que o mesmo fosse analisado pelos secretários; que não sabe se o governador do Estado participou da revista Metrôpole; que nunca autorizou a execução de outdoors por parte do acusado Ivonei; que questionado a respeito, Ivonei disse: “isto depois eu me acerto”; que em janeiro de 2008 não efetuou pagamento de R\$ 90.000,00 para o acusado Ivonei; que em nenhum momento Ivonei foi agressivo em relação ao informante quando tratou do assunto em comento; que na sexta-feira, antes do encontro que teve com o acusado Ivonei em Itapema, já havia tomado conhecimento de algumas “notinhas” na imprensa sobre a publicação da obra de Ivonei; que não gravou as ligações telefônicas que manteve com Ivonei; que [...] Ivonei lhe disse que tinha boas notícias e o convidou para um café da manhã no Hotel Cambirela; que para o encontro de sexta-feira em Itapema, também usou os mesmos argumentos para formular o convite; que todos os contatos foram orientados pela polícia; que os dois contatos foram por iniciativa do informante, a mando da polícia; que a iniciativa de procurar a polícia são com o objetivo de se proteger uma vez uma vez que a obra mencionada estava prejudicando o bom nome do informante; que viu um outdoor as margens da rodovia e a época inclusive questionou

Ivonei a respeito; que os e-mails que repassou para os secretários regionais ocorreram antes da secretaria de comunicação afirmar que o projeto não seria aprovado; que não deu conhecimento aos secretários regionais da não aprovação do projeto, admitindo “que foi um ato falho”; que nunca foi encarregado para buscar outros meios na obtenção de recursos para viabilizar o projeto; que sua empresa não trabalha com o banco HSBC; que não sabe se na empresa existe funcionária conhecida por Jô; que Mariana era sua secretária e Roberto Sander é gerente de Marketing; que este último trabalhou no seu gabinete quando secretário do Estado”.

Do depoimento extrajudicial do acusado **IVONEI RAUL DA SILVA**, prestado às fls. 95/96, colhe-se: *QUE, nesta data foi preso por volta das 8:30 horas da manhã por policias desta DEIC, ...; QUE, após escutar três gravações, pode informar que a primeira foi mantida entre o interrogando e ARMANDO CÉSAR HESS DE SOUZA e as outras duas entre o interrogando e DANILO PRESTES GOMES; QUE, o interrogando se compromete a acompanhar os policiais para diligências em Blumenau e se compromete a facilitar a diligência de busca e apreensão de fitas, gravações, e qualquer outro material que diga respeito ao caso.”*

Interrogado neste Juízo às fls. 269/271, respondeu: *que não é verdadeira a acusação que lhe é feita; que estava no local ao tempo em que foi cometida a infração; que conhece as testemunhas e nada tem contra as mesmas; que conhece o livro exibido, como também reconhece como da sua empresa e edição as revistas denominadas “Metrópole”; que a referida revista vivia financeiramente do departamento de vendas, com aporte de valores através de assinaturas e anúncios; que também teve contrato de anúncio, o que fez de forma tácita, com o governo do Estado, isso em outubro de 2005, sendo que o contato primeiro foi com a pessoa de Armando Hess; que foi o autor do livro exibido, cuja correção foi elaborada pelo co-acusado Danilo, que Danilo era funcionário da empresa e o interrogando é seu proprietário; que todo texto é de autoria do interrogando; que o email que narra a denúncia, às f. 07/08,*

foi de autoria do interrogando a pedido do Sr. Armando Hess; que o texto de f. V/VI também é do interrogando; que o livro foi um desejo descrito do interrogando mas em nenhuma intenção de vincula-lo para o público; que o livro foi feito para equilibrar o seu problema financeiro, no que tange a citada revista, mas nunca com intenção de extorquir quem quer que seja, que veio a cidade apenas para receber a quantia de R\$ 40.000,00 reais (quarenta mil reais), cuja operação deliberação foi tratado com Ivo Carminati, Ari José Veck e Gérson, assessor de acusação; que outros valores já havia recebido, isso no diretório do PMDB, no ano de 2006, das mão de Miguel Bertolini; que o interrogando teve seu apartamento arrombado na cidade e comarca de Blumenau; que texto do item “III” de f. 07 foi sugerido pelo Sr. Armando: que não extorquiou quem quer que seja para o recebimento de qualquer valor: que o documento de f. 100 circulou no dia em que se encontrou com Armando, cuja assinatura é do interrogando; que aquele de f. 106 é do mesmo teor, cuja assinatura, segundo o próprio Armando, era de Ivo Carminatti, que acabou sabendo na DEIC que a assinatura era do Delegado Renato; que o valor que era devido a sua empresa era de R\$ 1.460.000,00, incluindo o lucro cessante da empresa; que em 2006 referido valor já era o que o interrogando entendia ser devido, sendo que então foi atendido por Derly Assunção, coordenador da campanha do governo, acenando pela quitação; que também estava a pessoa de nome Içuriti, que apresentou-se como diretor da CODESC, dizendo ser amigo e compadre do governador, como ainda tesoureiro da campanha; que ratifica que o co-acusado Danilo apenas realizou a correção do texto do livro mencionado, cujo título “A descentralização no Banco dos Réus”; que por conta da publicação da revista, de “outdoor” e de intenções e voto, recebeu a quantia de R\$ 336.000,00, isso das mãos de Miguel Bertolini, Armando Hess e César, todos ligados ao PMDB; que recebeu o valor parcelado, sendo três de R\$ 40.000,00; uma de R\$ 90.000,00 e três de R\$ 42.000,00, sendo que a quarta era àquela do dia que narra a denúncia, que de fato foi recebida, no importe de R\$ 40.000,00; que os pagamentos foram feitos em 06/2006, 10/2006, 09/2007, 01/2008, 02/2008, 03/2008, 04/2008 e a última no dia

dos fatos; que os pagamentos eram autorizados por Ari Veck e Ivo Carminati, sendo que foi recebido das mãos, de forma alternada, de Armando Hess e um tal César; que sempre manteve contato telefônico com tais pessoas, isso desde a parcela de 09/2007; que já teve encontro com Armando Hess, em Itapema, isso no mês de maio do corrente ano; que foi tratativa de Armando, onde seria pago uma das parcelas, de R\$ 40.000,00, que acabou transferida para essa cidade e comarca; que nunca ficou devendo serviço do contrato dito tácito; que nenhuma tratativa financeira era realizada pelo co-denunciado Danilo com o governo do Estado, se não na área jornalística.”

Por seu turno, o acusado **DANILO PRESTES GOMES**, às fls. 88/90, ao ser interrogado na fase judicial respondeu: *QUE, o interrogado nunca foi sócio nem procurador da revistas Metrôpole; QUE, o interrogado apenas atuava como relator e editor responsável pelo fato de ser jornalista; QUE, conhece IVONEI RAUL DA SILVA, vulgo NEI SILVA, há pelo menos oito anos exatamente em razão de trabalhos envolvendo publicidade; QUE, há pelo menos quatro anos NEI SILVA fundou a revista Metrôpole, sendo que o interrogado foi editor da revista desde o princípio; QUE, no começo a revista fazia edições especiais em todo o Estado de Santa Catarina, versando sobre assuntos diversos, autoridades municipais e estaduais; QUE, o interrogado nunca atuou diretamente na comercialização, isto é, envolvendo numerários, mas só tinha vínculo com assuntos da redação; QUE, em razão dessa situação, o interrogado em uma oportunidade conversou pessoalmente com o Secretário de Comunicação DERLI e ARMANDO, na época então Secretário de Planejamento, em uma única oportunidade, tratando de assuntos de redação da revista; QUE, o interrogado recebia o pagamento por edição realizada; QUE, não cabia ao interrogado decidir sobre as matérias que seriam veiculadas, ou autoridades entrevistadas; QUE, o interrogado se recorda que a primeira relação entre a revista Metrôpole e o governo do estado foi quando saiu na capa o governador LUIZ HENRIQUE DA SILVEIRA, e outras reportagens afins; QUE, o interrogado também tem conhecimento que a revista Metrôpole*

tinha se comprometido a veicular outdoors sobre a Descentralização do governo do estado, mostrando a própria revista; QUE, seguiram-se outras publicações em torno de ações do governo, de órgãos do governo como CASAN, CELESC, BADESC, BRDE, e também de entidades privadas; QUE, pelo que tem conhecimento, não havia nenhum contrato com o governo para pagamento de qualquer publicidade através da revista Metr pole, salvo anúncio de empresas de economia mista; QUE, o interrogando não tem conhecimento de que NEI SILVA tivesse algum contrato de publicidade com o governador LUIZ HENRIQUE DA SILVEIRA, tanto na primeira legislatura, quando neste; QUE, também não tem conhecimento da existência de contrato pessoal de publicidade quando LUIZ HENRIQUE DA SILVEIRA foi candidato   reelei o; QUE, a última edi o da revista Metr pole circulou foi em março de 2008; QUE, o interrogando pode esclarecer que os custos e possíveis lucros da revista Metr pole vinham de anúncios de empresas e empresários tidos como parceiros do governo e outros; QUE, a partir de um certo período, a revista passou a circular com dificuldade e com um certo déficit e, em dado momento, segundo sabe, o governo teria se comprometido a cobrir o déficit desconhecendo o valor do débito; QUE, o governo se comprometeu cobrir o déficit a partir de um contato com o Secretário de Comunica o DERLI; QUE, tem conhecimento que em dado momento houve uma notifica o extrajudicial na tentativa de cobrar valores que não sabe declinar o montante; QUE, o interrogando tem conhecimento das informa es referentes a débito, rela o com o governo através de NEI SILVA; QUE, há aproximadamente oito meses atrás o interrogando foi convidado a prefaciar o livro Descentraliza o no Banco dos Re s, com uma coletânea de documentos e reportagens envolvendo a revista metr pole e o governo do estado; QUE, NEI SILVA, procurou o interrogando com material incluindo fotos, reportagens, transcri es, e, ao fazer o prefácio, o interrogando afirmou para NEI que vários itens não poderiam ser publicados, o alertando disso; QUE, com rela o ao comentário quanto ao conteúdo do livro, o interrogando afirmou que NEI SILVA publicaria algumas matérias desprovidas de provas; QUE, pelo que se recorda pela leitura do conteúdo

na época e informações colhidas com NEI SILVA, estava tentando cobrar a importância de trezentos e oitenta mil reais; QUE, também pôde constatar pelo próprio conteúdo do livro apresentado na época que alguns pagamentos tinham sido feitos a NEI SILVA; QUE, o interrogando tinha conhecimento de que havia um débito que NEI SILVA dizia ser do governo do Estado, mas desconhecia que o mesmo recebia alguma parcela para a quitação do mesmo; QUE, sendo exibido uma correspondência encaminhada a ARMANDO em 29 de maio de 2008, com título “alguns assuntos que considero pertinente” o interrogando afirma que desconhece o teor, acrescentando que não participou da elaboração do mesmo; QUE, sendo exibido um email com o título “documentário equivocado”, o interrogando reconhece que o mesmo foi, por ele elaborado, a pedido de NEI SILVA, após contato telefônico feito por este, na data de ontem; QUE, o interrogando esclarece que a finalidade do referido documento serviria como condições estabelecidas entre o governo do estado e a revista Metrópole de débitos que o interrogando imaginava que existissem; QUE, o interrogando desconhecia totalmente qualquer valor exigido em troca das condições estabelecidas no referido documento; QUE, o interrogando desconhecia qualquer exigência envolvendo o valor de um milhão, quatrocentos e sessenta mil reais, pois NEI SILVA nunca havia feito referência a respeito desse valor, mas sim a respeito do livro, trezentos e oitenta mil reais; QUE, o interrogando nunca ouviu nenhuma gravação, apesar de ter conhecimento da transcrição de alguma delas; QUE, após escutar duas gravações, o interrogando reconhece como sendo dois contatos mantidos com NEI SILVA, em 01 de junho de 2008, às 19:05:36, com quatro minutos e seis segundos de duração, e às 20:14:27, com um minuto e cinquenta e seis segundos; QUE, o interrogando esclarece que os anúncios de empresas privadas eram cobradas das próprias empresas; QUE, o interrogando esclarece recebia de três a quatro mil reais por edição e se compromete e autoriza a quebra do sigilo bancário de suas contas no BESC e na Caixa Econômica Federal para fazer prova de que nunca recebeu qualquer parcela em relação aos valores contidos no livro quanto a parcelas de trinta e quarenta mil reais; QUE, o interrogando atualmente presta

serviço como free lancer no Partido da República e se recorda que em certa oportunidade estava em certo ambiente nesta Capital e algum integrante do governo do Estado passou a comentar inclusive da cobrança que NEI SILVA fazia sob o possível débito do governo do Estado; QUE, nessa oportunidade o interrogando disse que até se prontificaria a intermediar uma conversa sobre o assunto com NEI SILVA, se necessário; QUE, essa foi a única vez que falou com algum integrante do governo do Estado a respeito desse assunto.”

Em Juízo, às fls. 366/368, mencionou: *que não é verdadeira a acusação que lhe é feita; que estava na cidade ao tempo dos fatos, já que assessor de imprensa do Partido da República; que conhece em parte as provas já apuradas; que não conhece as testemunhas Ivo, Içuriti, Antônio e Alexandre, conhecendo as demais, nada tendo a alegar; que não praticou o crime de extorsão e não sabe se o mesmo foi ou não praticado; que foi funcionário do co-réu, na condição de redator; que a empresa era denominada empresa Editora Metrôpole, percebendo, dependendo da atividade, algo em torno de R\$ 3.000,00 mensais; que tem conhecimento de que o acusado elaborou um livro, para ser publicado, cujo o título foi escolhido após as intervenções do interrogando, já que encarregado das correções e por ser o redator da empresa; que o livro não foi feito e escrito pelo co-réu para colocar quem quer que seja em situação vexatória; que não acompanhava o co-réu no dia dos fatos, sendo que não sabia se quer se o mesmo estava na cidade; que com ele não se encontrou; que o texto narrado as fls. V/VI foi feito a quatro mãos, participando o interrogando e o co-réu; que o título “Documentário Equivocado” foi utilizado porque alguém queria publicar, segundo o co-réu, o livro sem sua autorização; que o texto foi feito, até onde o interrogando tem conhecimento, com o fim de cobrar valores; que a cobrança de anunciantes da revista, não sabendo declinar quais seriam os anunciantes; que não sabe se alguma coisa tinha haver com o Governo do Estado; que tem conhecimento de que a empresa elaborou outdoor’s para divulgar o nome da Metrôpole, não sabendo o número de placas; que a divulgação tinha como objetivo divulgar um assunto do momento, no caso a “Descentralização”, que*

esse título era ato do Governo do Estado em descentralizar as suas ações para o interior; que as letras SC tinham as cores do Governo do Estado; que não sabe quanto foi gasto pelo co-réu; que faz dois anos que está fora da referida empresa e não sabe se o co-réu mantinha ou não contatos telefônicos com Armando ou Ivo Carminatti; que não sabe se o governo tinha alguma pendência com o co-réu e sua empresa, como também não sabe se mantinham algum tipo de negociação; que não conhece nenhum documento entabulado por quem quer que seja delineando valores, que foi apreendido no dia acontecido na denúncia; que o modelo da placa é aquele de fls. 14, que somente o anunciante é quem pagavam as propagandas, fatos inversos com os entrevistados; que o prefácio foi feito pelo interrogando, com algumas ressalvas, não o assinando; que ao tempo, falou para o co-réu que o livro era pesado e que deveriam existir provas dos escritos; que foi aí que residiu sua ressalva, o que foi feito verbalmente; que o diagramador do livro tinha ordem do co-réu de não deixar o interrogando ter acesso ao livro; que nunca teve o livro na mãos; que suas correções foram dos textos, no início dos rascunhos e escritos apresentados pelo co-réu; que acredita que as correções foram em 2006 a 2008, o que fazia porque tinha haveres com o co-réu; que advertiu o co-réu para a não publicação diante das divergências dos escritos, com ainda pela ausência de provas, entre o escrito e o fato descrito; que o co-réu nunca comentou com o interrogando se tinha algum contrato com Governo do Estado, seja para a revista, seja para qualquer outro meio; que o prefácio do livro era um ensaio, tão somente, mas conhecia o seu teor; que na atualidade autorizaria qualquer publicação, tanto que formulou pedido em juízo, essa semana para sua não publicação; que teme pela sua publicação pela absoluta ausência de provas; que os textos corrigidos não tinham formato de livros; que viu a impressão de alguns textos, sendo que não houve nenhuma publicação ou ato comercial para tanto; que alguns textos foram publicados na internet, daí o “Documentário Equivocado”, de fls. V/VI; que não tem os valores pendentes com a empresa, e também não ajuizou nenhuma medida; que não sabe da pendência de outros credores; que em 2006 a empresa do co-

réu já não era saudável, daí a idéia do livro para alavancar recursos; que não sabe da situação atual da empresa.”

Assim é que, analisando-se detidamente a conduta perpetrada pelo acusado IVONEI SILVA, tem-se inicialmente, que os alegados serviços de divulgação da propaganda institucional do Governo, foram prestados pelo acusado, através de sua empresa, “Editora Metrópole Ltda.”, o que restou evidenciado inclusive pelas declarações da própria vítima, que teria autorizado, consoante declarou às fls. 624, “...*que no ano de 2007, IVONEI passou a cobrar o pagamento das publicações e, inclusive, asseverou que, munido de espírito de caridade pagou-lhe R\$ 40.000,00 (quarenta mil reais)*”. Ora, nem o mais crédulo dos mortais acreditaria na justificativa do então Secretário de Planejamento do Governo, que, imbuído de nobre espírito de caridade, teria arcado com o pagamento de valor que não fosse realmente devido ao acusado IVONEI. Na verdade, a vítima viu-se obrigada a saldar um débito que ela própria havia assumido em nome do Governo Estadual, por temer a publicação do malfadado livro, preferindo usar desse ardil, para evitar que o acusado cumprisse o propósito anunciado.

E como também afirmado pelo culto Promotor de Justiça, Dr. Ricardo Paladino, em Ação Civil Pública que deflagrou nesta Comarca e cuja cópia consta às fls. 1507 a 1548 dos presentes autos, comentando com precisão o depoimento de uma das testemunhas de acusação, *verbis*: “*Se tempos após o Secretário IVO CARMINATTI levou os fatos ao conhecimento da Polícia Civil, redundando na prisão em flagrante de NEI SILVA foi porque sabia que o proprietário da revista já havia encaminhado para setores da imprensa o esboço do livro “A Descentralização no Banco dos Réus”, onde relatava toda a operação ilícita, de modo que o escândalo era iminente.” (fl. 1531)*

E disse mais o representante do Ministério Público, em sede de Ação Civil Pública, ao se referir ao Secretário ora vítima, Armando César Hess

de Souza, quando na edição de número 40 da Revista Metr pole, este teria emitido nota tecendo elogios ao plano de governo “Descentralização”, do então Governo Estadual, apontando o *Parquet, verbis*:

“Não fosse pelos incontidos elogios ao Governador e ao modelo de descentralização, o artigo de ARMANDO HESS DE SOUZA deixa nítida a sua participação na montagem da dedicação, seja quando inicia dizendo ‘Nesta edição especial que a revista Metr pole faz’, ou quando conclui asseverando ‘os primeiros exemplos aparecem nas páginas seguintes. Em verdade, transmudou sua posição de autor do artigo para, verdadeiramente, editor da revista, o que revela seu comprometimento”. (página 1520)

E prossegue ainda sobre o mesmo tema, o ilustre membro do Ministério Público da Vara da Fazenda, *verbis*:

“Porém, posteriormente, o acordo entabulado por ARMANDO, IVONEI e DANILO, começou a ruir, no momento em que Luiz Henrique da Silveira, candidato   reeleição e alvo de ações na Justiça Eleitoral, exigiu comedimento de subordinados e colaboradores na exposição pré-eleitoral. A partir de então, diante dos obstáculos   manutenção da captação de recursos, IVONEI RAUL DA SILVA passou a pressionar ARMANDO HESS DE SOUZA a quitar o contrato verbal firmado, exigindo o pagamento de valores que alegava pendentes. (fs. 1521)

Portanto, nenhuma d vida paira no contexto dos presentes autos, de que a pretensa vítima do crime de extorsão, na verdade agiu como verdadeiro incentivador e até coautor em muitas das edições da Revista Metr pole, de propriedade do acusado IVONEI, enaltecendo a atuação do Governo, com vistas   reeleição do então Governador do Estado, como faz crer o Ministério Público, na ação civil pública em comento.

E das demais testemunhas de denúncia que foram inquiridas nos autos, em ambas as fases procedimentais, cumpre colacionar, para melhor análise dos fatos:

IVO CARMINATI, inquirido na fase policial às fls. 5/6: *QUE, o declarante é Secretário de Coordenação e Articulação do Estado de Santa Catarina desde 7 de abril de 2006; QUE, não recordando a data, o declarante recebeu um cidadão que se dizia chamar NEI SILVA, jornalista e proprietário da Revista Metrópole e este exigia certo pagamento de LUIZ HENRIQUE DA SILVEIRA, da época da campanha, seria o devedor e, inclusive, tal exigência já constava em notificação extrajudicial no valor de quinhentos mil reais encaminhada ao Governador do Estado, pelo próprio indivíduo; QUE, em razão de não ter conhecimento da realidade dessa dívida, e não sendo apresentado nenhum documento que comprovasse a dívida, o declarante, após atender NEI SILVA, procurou se atualizar a respeito dos fatos; QUE, em razão disso, o declarante procurou obter informações sobre os fatos e constatou que não havia nenhum contrato ou documento a respeito de qualquer dívida com este cidadão, sendo que em outra oportunidade falou para o mesmo tomar as medidas judiciais cabíveis a respeito da cobrança; QUE, recorda-se que, em um dos encontros, o declarante chegou a fazer assertiva de que de que “tu tem sorte de ficar tratando com o Secretário do Estado e não como advogado do escritório porque você deveria estar preso por extorsão”; QUE, no dia 29 de maio de 2008, o declarante foi contatado pelo Ex- Secretário de Planejamento do Governo no período de 2003 e 2005, ARMANDO HESS DE SOUZA, que lhe disse o jornalista NEI SILVA estaria com um livro com título “Descentralização no banco dos réus”, pronto para ser publicado; QUE, também através de Armando soube que o jornalista publicaria o livro caso não fosse atendido nas suas exigências; QUE, ARMANDO também recebeu um e-mail datada de 29 de maio de 2008 com essas exigências, inclusive também fazendo referência que publicaria o livro caso fosse atendido, inclusive com assinatura de contrato; QUE, o declarante na oportunidade exhibe cópia do referido e-mail; QUE, em razão dessa situação e tendo conhecimento de que NEI SILVA pretendia receber valores indevidos, por parte do Governo do Estado, o declarante imediatamente acionou a Secretário de Segurança para as providências legais, inclusive orientado para que fosse feito um registro de*

ocorrência na 5ª Delegacia de Polícia Civil da Capital; QUE, o declarante notou que consta no livro “Descentralização no banco dos réus” que NEI SILVA além de tentar extorquir o Governo do Estado, também tenta envolver pessoas importantes do Poder Judiciário.”

Às fls. 1.103, neste Juízo, a mesma testemunha respondeu: *que presta serviço para a administração pública desde 7 de abril de 2006; que seu cargo era de coordenação e articulação; que não mais exerce o cargo; que o exercia até fevereiro do presente ano; que no período em que exerceu o cargo, atendeu o acusado Ivonei umas duas ou três vezes; que nas conversas que tiveram apresentava-se como diretor da revista Metrôpole; que na primeira conversa que teve com Ivonei, este pediu um valor de cerca de 500.000,00 (quinhentos mil reais) por serviços prestados ao Estado, sob pena de divulgar fotos, dados e matérias comprometedoras; que depois Ivonei passou a cobrar cerca de 1.400.000,00 (um milhão e quatrocentos reais); [...] que o dinheiro era exigido em razão de supostos serviços prestados, inclusive, anteriormente a sua entrada no governo; que foi buscar informações, mas não descobriu nenhum registro de contrato pactuado, bem como não viu nenhum registro de serviço prestado com base em processo licitatório; que voltou a encontrar-se com Ivonei, oportunidade em que disse que mandaria prendê-lo por extorsão, se isso voltasse a acontecer; que lembra de ter sido procurado por Armando Hess em 2008, o qual já estava fora do Estado, era ex-secretário de planejamento; que Armando lhe disse que Ivonei o havia procurado e que o estava pressionando acerca do lançamento de um livro com matérias comprometedoras; que não chegou a trabalhar no governo com Armando, pois já havia deixado o governo há dois meses; que Armando lhe procurou, dizendo que era conhecido ou amigo de Ivonei, e que Ivonei queria fazer divulgação, se fosse possível, para o Estado; que Armando teria se informado no setor de comunicação acerca da possibilidade, mas foi informado que não podia, então não o contratou; que recebeu um e-mail de Ivonei, que, inclusive, teria registrado na polícia; que não lembra do e-mail; que lembra de ter tido uma conversa direta com o Ivonei; que chegou a acionar*

a secretaria de segurança para tomar providências; que registrou pessoalmente boletim de ocorrência na delegacia do Estreito; que apenas leu algumas partes do livro “A Descentralização no Banco dos Réus”, que percebeu que se registra formas de publicidade e matérias anteriores ao ano de 2006; [...] que Ivonei registrava no livro que tinha gravações e fotos comprometedoras, bem como relatava sobre o envolvimento pessoal do então candidato a governador com a secretária; [...] que o candidato, ao tomar conhecimento do livro, relatou que o livro tinha fotos comprometedoras, que isso poderia inclusive complicar no processo que tramitava no TSE, acerca da cassação de mandato; que tomou a iniciativa de procurar a autoridade policial, porque as atitudes de Ivonei estavam criando um transtorno para a funcionalidade da casa civil; [...] que não tinha mais clima de trabalho, caracterizando a “extorsão”; que Ivonei fazia em notas, vindo pessoalmente, e em notinhas de jornal, que não havendo pagamento, começaria a fazer divulgação de notas e fatos; que diante disso, tomou a iniciativa de fazer o registro, o BO; que tratou pessoalmente com o delegado Renato, pedindo orientação, pois aquela situação não podia continuar; que o encontro no hotel Cambirella era para pagar a primeira parte da chantagem; que a primeira vez que conversou com o Ivonei foi no final do ano de 2008; que nessa conversa Ivonei cobrava pagamento por trabalho feita pela revista, e o depoente cobrava a apresentação de contrato, mas Ivonei não lhe apresentou nenhum contrato; que tomou conhecimento que Ivonei enviou uma notificação extrajudicial; que viu o conteúdo, mas mandou Ivonei ir cobrar na justiça; que nenhuma vez chamou Ivonei para conversar no centro administrativo, mas que Ivonei ligava insistentemente; que, então, abriu a agenda para acabar de vez com o assunto; que manteve conversas com Ivonei para saber o que ele tinha de contrato e preparar a prisão; que isso foi no decorrer de 2008; que tomou conhecimento das revistas nesse tempo e que elas foram feitas indevidamente; que as revistas se encontram nos autos, somando-se em dez ou doze revistas; que entrou no Estado em 2006 e ninguém nunca lhe falou que a revista Metrópole havia trabalhado para o governo; que nunca teve dúvida que Ivonei não trabalhou para o Estado e que se tratava de extorsão;

que tudo não passou de propaganda indevida, pois nunca foi contratado; que Armando Hess enviou e-mail para as secretarias regionais sobre o projeto “descentralização” por iniciativa próprio, sem seu consentimento; que não tem conhecimento que Armando Hess tenha mandado e-mails para as secretarias regionais para que, com os colaboradores do Estado, pagarem a revista; [...] que houve uma reunião entre o depoente, o delegado Renato e o Sr. Armando Hess; que o conteúdo da conversa era a extorsão; [...] que só teve uma reunião com a autoridade policial; que apenas registrou o BO e prestou depoimento; que desconhece a assinatura do documento de fls. 106/107, não sendo esta sua assinatura, embora reconheça o carimbo; que não participou da elaboração do conteúdo do referido documento; [...]”

IÇURITI PEREIRA DA SILVA, na fase extrajudicial às fls. 200/201 afirmou: *QUE, o declarante foi presidente da CODESC durante o primeiro mandato do governador Luiz Henrique da Silveria, função que exerceu até junho de 2007; QUE, licenciou-se do cargo durante quinze dias para se dedicar à campanha de reeleição do governador; QUE, recorda-se que, em certa oportunidade, durante a campanha, estando no comitê do PMDB onde exerce a função de tesoureiro geral do diretório regional, certo dia, lá estava DERLY DE ANUNCIACÃO sobre um suposto envolvimento que Luiz Henrique da Silveira teve com uma repórter; QUE, NEI SILVA, também, de certa forma, acusava sobre a existência de um suposto contrato que a Revista Metrôpole, de sua propriedade, tinha com o Governo do Estado para fazer publicidade; QUE, o declarante pediu para que NEI SILVA exibisse o contrato, e ao final, de certa forma, foi até bastante agressivo colocando fim nas supostas pretensões de NEI SILVA e DANILO GOMES, dizendo “desapareçam porque isso eu já conheço”; QUE, o declarante informa que a justiça eleitoral proíbe que o Governo celebre qualquer contrato durante o período em que se concorre a reeleição; QUE, em relação ao suposto envolvimento de Luiz Henrique com a repórter, o declarante efetivamente pode ter feito a afirmação “eu sabia que tinha cu no meio, e isso temos que resolver aqui e agora”, conforme consta*

no próprio livro “ Descentralização no Banco dos Réus”, página 40; QUE, esclarece que tinha convicção que não se tratava de qualquer envolvimento do candidato Luiz Henrique, mas que essa mentira fosse resolvida, pois na primeira campanha fato semelhante tinha ocorrido, isto é, uma tentativa de extorsão envolvendo a vida pessoal do mesmo candidato; QUE, o declarante assim se posicionou, dispensando NEI SILVA e DANILO GOMES, pois sabia que não havia nenhum contrato e, caso existisse na forma e pretensão anunciada, configuraria crime eleitoral; QUE, após esse dia, não teve mais nenhum contato com NEI SILVA e/ou DANILO GOMES.”

Prestando depoimento neste Juízo, às fls. 1059 afirmou: que ao tempo da campanha para o Governo do Estado o depoente teve contato com os acusados; que o encontro foi no comitê do PMDB e um deles, ou ambos, pedia uma reunião com o senhor Derly Anunciação; que a reunião foi marcada e o cidadão referido recebeu ambos os acusados; que era uma reunião do envolvimento do Governador com uma pessoa e um contrato de publicidade; que a intenção do que pode colher, era o constrangimento do Governador sobre um assunto reservado; que soube de um livro denominado descentralização do banco dos réus, isso pois sua oitiva na polícia; que a posteriormente também soube que o livro estava sendo manejado para obtenção de dinheiro e constrangimento do governo; que soube também posteriormente de que Armando de Souza foi contactado pelo acusado Ivonei; que soube através dos jornais da prisão de Ivonei quando com o livro buscava valores em dinheiro; que tinha contato diário com Armando; que tanto o depoente quanto Derli tinham conhecimento das intenções indevidas do acusado Ivonei, enquanto que Danilo permanecia em silêncio; que não soube de email sobre o assunto e nem de um blog denominado Cesar Valentin, jornalista; que não sabe de valores sobre o assunto; que o encontro do depoente com os réus foi o único, na forma antes narrada; que a existência de um contrato era meramente verbal mesmo porque nada lhe foi exibido; que por não existir o contrato e também por ser proibido por lei os acusados foram mandado embora do comitê; qe também por sentir

que era ato constrangedor, pacificou a saída dos acusados do local; que ratifica a expulsão dos acusados do local na forma declarada na polícia, pelas razões já referidas, já que interpretou como extorsão de Nei Silva; que a reunião foi antes da reeleição do Governador, em 2006, se não lhe falha a memória; que não sabia de nenhum envolvimento do Governador com uma funcionária da revista MetrÓpole; que não tem conhecimento de publicações referida com obras do Governo; que já foi presidente da Codesc e desconhece pagamentos a favor da referida revista, até porque diverso do setor que se entre eles havia ou não algum a favor da revista citada; que a autorização para publicação é através da Secretaria de Comunicação de Governo; que foi indeferida a pergunta se o depoente esta ou não afastado do Governo.”

A testemunha **DERLY MASSAUD DE ANUNCIACÃO** em seu depoimento extrajudicial de fls. 192/193) esclareceu: *QUE, o declarante é Secretário de Comunicação do Governo do Estado de Santa Catarina, tendo exercido o mesmo cargo de janeiro de 2003 a junho de 2006, quando se afastou do cargo e passou a coordenar a campanha da reeleição do Governador Luis Henrique da Silveira, tendo assumido o cargo em janeiro de 2007; QUE, possivelmente no final de 2004 ou início de 2005 o declarante foi contatado por ARMANDO HESS DE SOUZA, Secretário de Planejamento nessa época, para estudar a possibilidade de um projeto da Revista MetrÓpole, que pretendia as potencialidades do municípios que integravam cada secretaria regional, compreendidas pela Descentralização; QUE, na época e até esta data o declarante, enquanto Secretário de Estado, jamais se reuniu com IVONEI RAUL DA SILVA ou qualquer representante da Revista MetrÓpole para tratar de qualquer assunto de interesse da revista com o Governo do Estado; QUE, esclarece que, em certa oportunidade, no Oeste Catarinense, na cidade de Arabutã, quando o Governador Luiz Henrique inaugurava obras, chegou a ser entrevistado por alguém da Revista MetrÓpole; QUE, esclarece que esteve com IVONEI RAUL DA SILVA que se fazia acompanhar pelo jornalista DANILO GOMES, uma única vez, durante a campanha da*

reeleição, no comitê do partido, no centro da cidade, na mesma rua da sede da CASAN; QUE, também estava presente naquela oportunidade IÇURUTI PEREIRA; QUE, naquela oportunidade IVONEI informou ao declarante que estava passando por dificuldades financeiras com relação a sua revista e que também tinha comprovação de um possível envolvimento do candidato com uma repórter da revista; QUE, pelo que o declarante pôde receber, a pretensão de IVONEI era a de conseguir algum dinheiro junto ao comitê para melhorar a situação financeira da revista; QUE, porém, quando IVONEI fez o comentário sobre o possível envolvimento do candidato, IÇURITI reagiu imediatamente e disse que não aceitava qualquer chantagem; QUE, como ficou um “bate boca” inconveniente entre IÇURITI e IVONEI, o declarante decidiu terminar a reunião, dizendo que podia voltar a fazer contato com eles; QUE, posteriormente o declarante fez um comentário com o candidato a respeito do fato, sendo que obteve como resposta: “esqueça isso porque nunca houve nada”; QUE, ainda durante a campanha, houve outras tentativas de contato via telefone, com recados do tipo: “precisamos conversar”, “o tempo urge”, “precisamos acertar”, sendo que o declarante pode ter atendido algumas ligações a respeito desse assunto, mas procurou não mais atender ligações de IVONEI após algum tempo; QUE, após reassumir o cargo de Secretário no segundo mandato de Luiz Henrique, o declarante tomou conhecimento de que IVONEI teria ingressado com uma notificação extrajudicial em desfavor de Luis Henrique da Silveira, mas o assunto não tinha nenhuma relação com qualquer posicionamento da Secretaria de Comunicação; QUE, pode esclarecer que tomou conhecimento do livro Descentralização no banco dos réus quando IVONEI deixou um dos exemplares na Secretaria de Articulação e Coordenação Política, aos cuidados do Secretário Ivo Carminati, sendo que ficou sabendo do conteúdo, informando que não houve nenhuma promessa do declarante de qualquer pagamento; QUE, pode definir a relação do Governo do Estado com a revista Metrôpole, esta sendo uma empresa privada e sem nenhum vínculo contratual com o poder público do Estado, a qual buscava, entre outras, também divulgar ações do Governo do Estado, das Secretarias Regionais e de Órgãos

como CASAN, BRDE, BADESC e até do Poder Judiciário para, durante eventos, inauguração de obras e reuniões de empresários para oportunizar contatos e com isso viabilizar a venda de anúncios de empresas privadas; QUE, o declarante não autorizou e nem pagou qualquer importância para Ivonei, mas tem conhecimento de que na semana próxima passada o mesmo IVONEI passou a exigir, através do interlocutor ARMANDO HESS DE SOUZA, a quantia de R\$ 1.460.000,00 (hum milhão quatrocentos e sessenta mil) em troca da não publicação do livro “A DESCENTRALIZAÇÃO NO BANCO DOS RÉUS” cujo exemplar teria encaminhado para a Secretaria de Articulação e Coordenação Política, sendo que as providências passaram a ser tomadas pelo Secretário Ivo Carminati.”

Na fase judicial, à fl 1104, afirmou: Que exerce cargo na administração pública de janeiro de 2003 a julho de 2006 e de janeiro de 2007 até a presente data; que nesse período de afastamento foi coordenador da campanha de reeleição do Sr. Luiz Henrique da Silveira; [...] que em início de 2005, o então secretário Armando, que era do planejamento, trouxe um projeto da revista MetrÓpole, onde se propunha divulgar as questões das secretarias regionais; que em 2003, quando assumiram a secretaria de comunicação, editaram uma cartilha, onde um dos itens era de que eles não fariam nenhum projeto com um veículo específico, o que de fato não foi feita no primeiro nem no segundo mandato, nem com a “MetrÓpole”, nem com nenhum veículo de comunicação; que não teve nenhum contato com o acusado Ivonei, quando era secretário de Estado, apenas quando era coordenador de campanha; [...] que esse contato se deu por parte de Ivonei, que lhe procurou e pediu uma reunião; que nessa reunião estavam presentes ele e outra pessoa que trabalhava com Ivonei, chamada Danilo, o depoente, como coordenador de campanha e o Sr. Içuriti Pereira; que essa reunião ocorreu em junho ou agosto, na sede do comitê de campanha; nega ter havido outro encontro no Oeste de Santa Catarina, na cidade de Arabutã; que o que houve foi um evento em estava presente, onde o governador Luiz Henrique da Silveiro estava inaugurando obras na cidade

de Arabutã; que o Ivonei estava lá e conversou com o depoente, juntamente com outras pessoas; que, inclusive, disso foi feita uma matéria numa das edições da revista a qual ele dirige; que não se recorda se nesse evento também estava presente Danilo Gomes; que no encontro no Comitê de Campanha os ânimos ficaram exaltadas entre Içuriti Pereira e Ivonei; que a discussão entre eles ocorreu porque Ivonei colocou na reunião que a revista estava passando por dificuldades financeiras e relatou que tinha gravações que evidenciavam o possível envolvimento do então candidato Luiz Henrique com uma funcionária; Içuriti reagiu dizendo que era um homem experiente em campanha política e que não aceitaria nenhum tipo de chantagem; que realmente os ânimos se exaltaram; que, por coincidência, nesse mesmo dia, eles foram à residência do então candidato, relataram o ocorrido, e este lhe respondeu: “esqueçam isso, que não aconteceu nada!; que Ivonei chegou a lhe ligar umas duas ou três vezes, depois do ocorrido; que Ivonei lhe mandou mensagem via telefone; que eram pequenas mensagens: “precisamos falar”, “o tempo urge”, “o jornal O Globo nos procurou”; que ram mensagens nesse sentido; que quando reassumiu o cargo como secretário não voltou a ter contato com o Ivonei, nem no primeiro mandato, nem no segundo; que nunca mais tiveram uma reunião, para tratar de assunto publicitário da revista ou qualquer outro; que teve conhecimento da existência de notificação judicial sobre valores; que esta notificação teria sido feito ao governador Luiz Henrique, que já teria reassumido o cargo; que quem lhe passou essa informação foi a secretaria de articulação; que leu e tomou conhecimento do livro “Descentralização no Banco dos réus” porque ele foi entregue na Secretaria de Articulação; que o livro ainda era uma versão pré-impressa; que recebia informações da Secretaria de Articulação que o pessoal tava pedindo dinheiro para não publicar o livro;[...] que nunca teve conhecimento, pessoalmente, de alguma exigência de pagamento para a não publicação do livro; que ninguém nunca lhe telefonou ou lhe procurou nesse sentido; que sempre tomava conhecimento do ocorrido pela secretaria de articulação; que com relação ao que leu no livro, alega ser um somatório de contradição, o que se afirma numa página, desmenti-se na outra; que o secretário Armando Hess

chegou a lhe apresentar um projeto que o acusado Danilo teria elaborado, onde se visava fazer apologia ao governo do Estado, mas que de pronto recusou o projeto, porque o Governo do Estado, através da Secretaria de Comunicação não fez projeto com nenhum veículo de comunicação de Santa Catarina; que todos os veículos de Santa Catarina que estavam cadastrados no governo, quando tem campanha publicitária, dependendo do foco da campanha, não existe qualquer tipo de discriminação, até porque é o que consta na Constituição Estadual; [...]; que tomou conhecimento do desenrolar do caso através da entrega do livro pelo Secretário Ivo Carminatti, no qual teria conversações e que estaria sendo exigido valores do Estado; [...] que não lembra se houve algum período em que a revista Metrópole teria trabalhado exclusivamente para o governo, no período de 2006, em que vigorava uma liminar que proibiu o governo de fazer qualquer publicidade por um tempo; que no ano de julho a dezembro de 2006, não estava na secretaria, estava coordenando campanha; [...]”.

A testemunha **ANTÔNIO CARLOS BITTENCOURT DA SILVA**, às fls. 80/81, perante a autoridade policial declarou: *QUE o declarante é Escrivão de Polícia lotado nesta DEIC e no dia de hoje, juntamente com outros policiais recebeu uma determinação para se dirigir ao Hotel Cambirela, no Bairro Estreito, pois ali haveria um encontro entre um interlocutor do Governo do Estado e, para não publicá-lo, estava exigindo a quantia de R\$ 1.460,00 (um milhão, quatrocentos e sessenta mil reais) em duas parcelas do Governo do Estado de Santa Catarina; QUE, em companhia dos policiais LÍDIA E BINI o declarante acompanhou, a partir desta Diretoria, a certa distância, ARMANDO HESS DE SOUZA, ex-secretário de planejamento, que se passava por interlocutor do Estado e que também carregava uma maleta contendo R\$ 40.000,00 (quarenta mil reais) para o referido encontro; QUE, o declarante chegou no hotel em companhia dos policiais LÍDIA e BITTENCOURT, se dirigindo ao salão onde estava sendo servido o café da manhã; QUE, logo chegou NEI SILVA para o encontro; QUE, durante algum tempo os dois ficaram conversando, tomaram café, e o declarante observou que entre os dois houve*

apresentação de folhas de papel, sendo que IVONEI assinou uma delas; QUE, depois de algum tempo ambos se levantaram da mesa, sendo que NEI SILVA saiu carregando a pasta qua antes havia sido trazida por ARMANDO; QUE, NEI SILVA saiu do hotel e foi dado voz de prisão em flagrante pelo policial BITTENCOURT na porta da saída do hotel; QUE, NEI SILVA estava na posse da maleta que continha a quantia de R\$ 40.000,00 (quarenta mil reais).

Em juízo, às fls. 1061/1062, reiterou: *que participou ativamente da prisão em flagrante do réu Ivonei, num hotel da cidade, porque exigia valores para não divulgação de certas informações; que apenas foi convocado e não sabe o valor total da exigência mas no local foi apreendido R\$ 40.000,00; que prendeu o réu Ivonei quando saía do hotel, portando uma pasta; que estava acompanhado de uma policial; que viu Armando e o réu Ivonei trocando documentos como também assinaturas, ou escritos; que foi o delegado Renato que passou informações de que no local haveria uma extorsão, ou provável extorsão; que o valor referido estava na pasta apreendida; que nenhuma ouvida teve do assunto tratado ou se foi alguma coisa tratada quando da troca de papéis escritos; que o trato entre Armando e Ivonei era normal; que nenhum dialogo teve com o réu Ivonei muito embora tenha sido o autor da voz de prisão; que apreendeu um computador com uma pessoa que se dizia redator, que esta ai fora; que foi a Blumenau na casa do réu e apreendeu revistas e documentos; que não sabe e não se recorda de algum back up em computador.”*

Por sua vez, **ALEXANDRE BORDALHO REAL**, às fls. 85/86 da fase policial: *QUE, o declarante é designer e diagramador; que conheceu IVONEI RAUL MACHADO através de um representante da gráfica que produzia a revista Metrôpole, no início de 2008; QUE, certo dia, no mês de fevereiro pelo que se recorda, foi procurado por IVONEI e um senhor de nome DANILO e estes solicitaram que fossem feitas as últimas correções na revista Metrôpole que circularia em março de 2008; QUE, dias após esse encontro, IVONEI fez um contato telefônico e perguntou para o declarante, qual seria o valor para que fosse diagramado um livro; QUE, então, o declarante*

informou os preços para IVONEI, que dias depois procurou o declarante na residência deste na companhia de DANILO; QUE, nessa oportunidade, IVONEI levou consigo uma minuta de contrato de prestação de serviços na qual este pagaria dois reais e cinquenta pela diagramação de cada página, e quatrocentos e cinquenta reais pela criação da capa da obra; QUE, o prazo para a diagramação seria de quarenta dias; QUE, o declarante aceitou a proposta, e ficou aguardando que IVONEI entregasse o material para ser diagramado; QUE, cerca de quinze dias depois desse primeiro encontro, IVONEI procurou novamente o declarante e entregou parte do material; QUE, o material era enviado ao declarante também recebeu um CD de IVONEI com várias fotos, e após copiá-las, devolveu o CD; QUE, de posse de todo o material foram feitas 10 cópias, sendo que todas foram entregues para IVONEI; QUE, dia 28 de maio de 2008 o declarante recebeu um e-mail de IVONEI em que este solicitava a impressão de mais duas cópias; QUE, essas cópias foram apreendidas hoje na casa do declarante e trazidas para esta diretoria; QUE, a revisão da obra era feita, inicialmente, por DANILO, mas IVONEI solicitou que o declarante não remetesse cópia para que DANILO fizesse a revisão; QUE, o declarante só fez esse serviço para IVONEI e não tem ligação nem conhecimento dos fatos que motivaram a prisão em flagrante do mesmo; QUE, o declarante está a disposição desta autoridade policial para qualquer questionamento em toda oportunidade que for procurado; QUE, foi feita uma cópia de todos os arquivos referentes à diagramação do livro e que estavam no computador do declarante de forma que haverá ciência por parte desta Autoridade Policial se os mesmos forem acessados ou alterados.”

Na fase judicial, à fl. 1056, afirmou: *que o depoente foi procurado pelos réus Danilo e Ivonei para a diagramação de um livro, cujas correções eram feitas pelo primeiro; que documentos eram passados pelo word, por disquetes e ainda digitalizou o depoente fotos e outros documentos; que fez cinco ou seis cópias do livro, que é conhecido “como boneco”; que as cópias foram entregues a Ivonei; que as correções de DANILO eram através de emails remetidos entre o*

depoente e o mesmo; que posteriormente o livro foi batizado “a descentralização no banco dos réus”; que o conteúdo era de assuntos do governo e de pessoas nele trabalhando; que a uma certa altura da diagramação o réu Ivonei passou a pedir os textos para correção sem a intervenção de Danilo, não sabendo a razão; que foi ordenação de Ivonei que não participasse nada com ninguém.”

A testemunha **RENATO JOSÉ HENDGES**, às fls. 1057/1058, quando prestou depoimento neste Juízo: *que foi procurado por Ivo Carminati que anotava pratica de extorsão em relação a Armando de Souza; que havia exigência de extorsão para o pagamento de R\$ 1.470.000,00, em suas parcelas, mediante troca de não divulgação “de alguma coisa”, que no caso era o livro descentralização no banco dos réus; que um B.O foi feito e dai iniciou as investigações, com oitivas de pessoas e quebra de sigilo telefônico; que o referido registro, se não lhe falta a memória, foi feito por Armando; que conhece o email citado na peça de fl. 211, que dava conta de uma negociação; que tem conhecimento de uma exigência de Nei Silva, a Armando Souza, no valor de R\$ 40.000,00, que dava conta de uma parcela atrasada, por conta de valores que já vinha recebendo mensalmente; que sabe de um encontro do réu Ivonei com Armando, no hotel Cambirela, onde seria deliberado sobre as duas parcelas a serem pagas da quantia primeira por citado; que o pagamento era pra não constranger o Governo e pessoas ou alguém de seu Staff; que examinou os documentos apreendidos, sendo que conversas foram gravadas e devidamente degravadas; que tudo que apurou dava conta de uma extorsão por parte do acusado Ivonei; que todas as conversações de Armando com Ivonei foram acompanhadas pelo depoente, tudo a partir do B. O; que ratifica que o apurado dava conta de um crime de extorsão; que a reunião com Carminati foi no dia do registro do B.O, não sabendo o horário, mas foi durante o expediente, na sede do Governo; que o B. O foi sugestão do depoente; que não sabe o número de ligações feitas por Armando a Ivonei; que não sabe se foi Armando que ligou ou se Ivonei, já que inúmeras elas; que não foi o depoente que mandou levar os R\$ 40.000,00; que conhece o documento de fls. 106 é sua assinatura lançada*

na parte superior; que não se recorda de ter digitado o documento, mas tinha pleno conhecimento de seu conteúdo; que não se recorda onde o documento foi elaborado; que também não sabe quantos dias antes da prisão foi ele elaborado; que na reunião estavam Derli, o depoente, Ivo, Armando e tal Ari, bem como outras pessoas que não sabe declinar; que o Secretário do Estado não estava na reunião; que não sabe se foi feito um Back up do computador de Ivonei quando apreendido; que nunca viu antes dos fatos revistas com publicações do Governo, ma viu em outdoor; que revistas denominadas Metr pole viu na casa de Ivonei em Blumenau e não se recorda se foram apreendidas, até porque não tinha vinculo com a extorsão que investigava; que foram apreendidos depósitos bancários , não sabendo se do réu Ivonei ou de sua esposa, o que foi feita por uma equipe da DEIC; que durante as conversac es telefônicas mantinha contato direto com Armando; que não intercedia nas conversac es de Armando com o acusado Ivonei; que não viu nenhum ato de conversac o direta de Danilo na prática da extorsão que investigava.”

Portanto, se o Governo deixou de honrar o pagamento   empresa Revista Metr pole, para não caracterizar crime eleitoral, como tudo indica, o fato   que a presta o dos serviços publicitários oferecidos pelo acusado IVONEI ocorreu, e este decidiu cobrar o valor contratado, o que não significa que tenha cometido crime de extorsão.

Dessarte, não parece razoável afirmar a ocorrência de crime de extorsão, nem mesmo deduzir que o acusado IVONEI estivesse ameaçando a vítima, ao exigir a presta o que entendia lhe ser devida, pois nenhuma d vida ressumbra do processado, quanto   ocorrência da contrata o dos serviços da Empresa Metr pole pelo então Governo do Estado. Logo, a vantagem econômica pretendida pelo réu   legítima, ou seja, não há no processo prova de que o elemento volitivo da a o do agente fosse voltado   percep o de vantagem indevida, tanto era devida que alguns pagamentos lhe foram feitos, e ainda que a vítima, em seu depoimento de fls. 10/12, tenha afirmado ”...que as ameaças eram de que Nei Silva levaria

ao conhecimento da imprensa e da oposição política documentos e gravações que ele havia preparado desde o início do trânsito no Governo do Estado e que comprometiam o Governo... e que recebeu emails de Nei Silva, em que este fazia cobranças e ameaças do tipo “o tempo urge...”, isto não caracteriza a figura penal descrita no artigo 158 do Código Penal.

Na verdade, não se vislumbra qualquer ameaça do conteúdo das mensagens enviadas à vítima pelo acusado, restando evidenciado o contrato celebrado entre ambos, através da declaração prestada pela vítima no mesmo depoimento, quando afirmou “*...que acreditando que Nei Silva era uma pessoa idônea, o declarante, com a intenção de permitir o acesso do jornalista a eventos, reuniões e ações do Governo, comunicava o acontecimento de reuniões de secretarias regionais ou onde o Governo estaria presente, bem como permitia a presença de todos os órgãos de imprensa...em relação a Nei Silva da revista Metrópole, o declarante fazia as comunicações via email...*”. (fls. 10/12). Por sua vez, no depoimento de fls. 572/574, a vítima reconheceu “*...Que não deu conhecimento aos secretários regionais da não aprovação do projeto, admitindo que foi um ato falho...*”.

Ora, nenhum secretário do governo convidaria um jornalista para participar diuturnamente de reuniões e eventos, os quais eram posteriormente divulgados através da revista desse jornalista, sem que houvesse no mínimo um acerto verbal para pagamento futuro.

E quanto ao valor postulado por IVONEI, se era ou não exorbitante, ou se este estaria se aproveitando para cobrar além do montante contratado, isto não está em discussão nessa esfera, sendo certo apenas que alguma pendência restou, ou pelo menos, que esta era a expectativa do acusado, razão da cobrança. Contudo, isto não significa a prática de qualquer ameaça, pois o acusado estava apenas cobrando valores que, segundo ele, haviam sido previamente contratados, fossem ou não por serviços escusos ou ilegais que não poderiam vir à tona, a verdade é que o débito existiu e

o credor tentou obter seu direito, não se discutindo nos presentes autos a validade do serviço nem a legitimidade da contraprestação, mas tão somente a conduta do agente frente à norma contida no artigo 158 do Código Penal, ou seja, se houve a prática do crime de extorsão, que prevê, além da grave ameaça, a obtenção de vantagem econômica indevida.

Logo, equivoca-se o douto representante do Ministério Público ao afirmar que não há nos autos prova da existência de contrato de publicidade entre o acusado IVONEI e o Governo do Estado de Santa Catarina, por “*não ser esta a questão debatida nos autos e sim, a prática da exigência de valores para a não publicação do livro*” (fls. 1417/1429). Na verdade, a ocorrência do contrato de publicidade é de suma importância para o deslinde da questão, porquanto a exigência de valores deixa de ser a “*indevida vantagem econômica*”, caracterizadora do tipo penal do art. 158 do Código Penal. Se não tivesse havido qualquer forma de acordo entre as partes, a cobrança procedida pelo acusado seria indevida, ensejando, quiçá, a prática do delito de extorsão.

Portanto, restou evidenciado o comprometimento do Governo com o acusado à época dos fatos, ainda que não tenha havido contrato formal entre as partes, o fato é que a propaganda favorável ao governo existiu, daí decorrendo o crédito do acusado. E por certo, dentre as testemunhas de denúncia inquiridas, não se poderia esperar que negassem a versão da vítima, em se tratando de pessoas ligadas ao então governo, à exceção do Delegado de Polícia Hendges, que apenas cumpriu com seu dever funcional, e à testemunha DERLY MASSAUD DE ANUNCIAÇÃO, que mesmo tendo coordenado a campanha de reeleição do governador LHS, confirmou ter sido contratado pela vítima “*...para estudar a possibilidade de um projeto da Revista Metrópole que pretendia as potencialidades do municípios que integravam cada secretária regional, compreendidas pela Descentralização...*”. Pelas palavras do depoente, é fácil entrever que não faltou com a verdade ao afirmar que havia sido contratado pela vítima Armando Hess, então

Secretário de Planejamento, para que buscasse viabilizar o projeto com a empresa do acusado. Contudo, o desenrolar dos fatos acabou obrigando a testemunha a “esquecer” o assunto, conforme lhe foi determinado e consta de seu depoimento.

Ademais, urge tecer comentário acerca da “grave ameaça”, como elemento do tipo penal capitulado no artigo 158, do Código Penal. É que, no caso dos autos, a denúncia pretende atribuir ao acusado a prática de uma grave ameaça, que seria a publicação do livro contendo fatos que poderiam causar problemas ao Governo Estadual, caso não houvesse o pagamento do valor cobrado pelo acusado. Para ser considerada como “grave”, a ameaça deve ser “o prenúncio de um acontecimento desagradável, com força intimidativa, desde que importante e sério” (in *Código Penal Comentado*, Nucci, 10a Edição, RT, pág. 753). A grave ameaça significa a violência moral, aquela em que o agente usa de artifícios para conduzir a vítima de modo a obter o que pretende, sem precisar fazer uso de agressão física, coagindo-a, amedrontando-a de tal forma que a vítima sequer pensa em se negar à imposição. Ora, se os agentes públicos estavam se sentindo intimidados ante a possibilidade da publicação do livro, é porque tinham consciência de que algo havia sido praticado ao arrepio da lei, o que não significa a gravidade prevista no tipo penal em comento, que vem a ser aquela capaz de gerar temor no ser humano mediano. Indaga-se, a propósito, por que a vítima e seus pares não se mantiveram firmes diante da alegada grave ameaça do acusado IVONEI, deixando então que este publicasse o livro? Tanto é que o representante do Ministério Público afirmou na denúncia, que o livro contém, situações difamatórias, “ameaçando a honra e o renome profissional de inúmeras personalidades da sociedade catarinense”. E da mesma forma, a testemunha de denúncia Derly Massaud de Anunciação, afirmou, se referindo ao livro de autoria do acusado IVONEI, “é um somatório de contradição, o que afirma numa página, desmenti-se na outra”. Neste caso, uma vez publicada a obra, certamente o autor responderia por crimes

contra a honra. Logo, não haveria motivo para tanto temor por parte das mencionadas autoridades, especialmente da vítima.

Por outro lado, compulsando-se os depoimentos das testemunhas de defesa, em sua maioria compromissadas, constata-se terem confirmado na íntegra a versão do acusado IVONEI, de que este celebrara acordo com o Governo Estadual no ano de 2005, para tanto incumbindo-se através de sua empresa “Revista Metrópole”, para anunciar o programa “descentralização”, através de publicações e *outdoors*, o que foi afirmado pelos testigos, sendo que alguns deles inclusive não receberam seu pagamento pelos serviços encomendados, pois o acusado IVONEI alegava não ter recebido o valor lhe prometido pelo Governo do Estado.

A testemunha **GLEY FERNANDO SAGAZ, arrolada pelo acusado IVONEI**, que prestou depoimento em Juízo, devidamente compromissada, declarou à fl. 1149: *Que conhece Ivonei da Silva desde meados de 2007; que tinha conhecimento que ele tinha relações de negócios com integrantes do Governo de Santa Catarina; que esses negócios consistiam em divulgações e propagandas acerca do governo e do governador do Estado, tanto é que a revista faz parte da ação que quase cassou o mandato do governador, isso porque duas edições da revista, uma de janeiro de 2006 e outra de 30 de abril de 2006, da primeira até a última capa formavam uma apologia ao governo e ao governador; [...] que em meados de 2007, Ivonei lhe procurou, mostrou uma série de documentos, gravações e contas telefônicas, que mostravam as ligações efetuadas entre Ivonei e o governo; [...] que chegou a tomar conhecimento que Ivonei elaborava um livro onde narrava a relação dele com integrantes do governo catarinense; [...] que Ivonei não lhe especificou a finalidade do livro; [...] que ele chegou a lhe contar o conteúdos de algumas das conversas que teve com Armando Hess, com o Sr. Carminatti e com outro senhor de sobrenome Veck; que Ivonei lhe confidenciou que o objetivo dessas conversas essa sempre a dívida que tinham com ele, referente à revista Metrópole e mais os outdoors; [...] “.*

Por sua vez, das declarações prestadas pela testemunha **ÁLVARO ANTÔNIO JOSÉ PILLE**, às fls. 1184/85, igualmente compromissada: *que conhece do município de Concórdia, cidade esta em que o acusado militava como radialista; que tomou conhecimento acerca dos fatos, quando foi procurado pelo acusado Ivonei, que lhe encontrou no hotel Alvorada, onde um ou dois dias antes o Governador Luiz Henrique da Silveira havia passado, em visitas políticas; que Ivonei disse que precisava conversar com o depoente; que o depoente embarcou no carro de Ivonei e saíram em ruma a BR 153 e no trajeto aquele lhe revelou que havia feito uma edição quase especial da Revista Metrópole, voltada a assuntos da região do Alto Uruguai Catarinense, enaltecendo obras da região, sendo que empresas teriam reclames publicitários publicados nas páginas da referida revista, nas matérias sobre a região; que depois disso ele teria tomado conhecimento que tais empresários (não sabendo quantos) foram contactados por representantes do governo estadual, que sugeriam o não pagamento dos serviços publicitários à revista, tudo isto porque haveria um desentendimento do governo estadual, que não estaria satisfeito com o teor das matérias; que tal conversa ocorreu no mês de junho ou julho, do ano de 2003 ou 2004, recordando que era final do primeiro mandato do governo de Luiz Henrique; que o acusado Ivonei então pediu ao depoente que intercedesse junto ao Palácio do Governo, objetivando que os representantes do governo suspendessem a referida proibição, para que as pessoas pudessem efetuar os pagamentos: que o depoente conversou com o deputado Moacir Sopelski, pedindo a este que intervisse para suspender a proibição; que posteriormente voltou a falar com o deputado Moacir, o qual disse teria feito seus contatos, objetivando tal suspensão; que na época dos fatos Moacir era só Deputado; que ouviu comentários sobre a existência do livro, mas não chegou a lê-lo; que soube que teria um capítulo do livro, que se referia a Alvaro Pille; que conhecia alguns dos empresários que fizeram os seus reclames publicitários na Revista, porém não chegou a falar com nenhum deles; que ouviu comentários que a equipe da revista teriam promovido pesquisas eleitorais e confeccionaram outdoors sobre propaganda do Governo Estadual; que teriam sido divulgados*

nas “beiras das estradas”; que embora não tenha lido o referido capítulo do livro, o qual foi falado sobre o depoente, ouviu sobre o seu teor, confirmando que deu uma entrevista no Jornal, onde se manifestou que, a cerca do referido capítulo que o conteúdo era verídico; que não esteve na reunião que ocorreu no Hotel Thermas de Itá; que não esteve nessa reunião, que ouviu comentários que uma pessoa de nome Márgara teria entrado no quarto do Governador por engano; que no dia que o acusado Ivonei conversou com o depoente, ele também lhe mostrou a Revista, a qual já havia sido publicada e destruída; que folheou a revista e identificou que alguns anunciantes eram empresas conhecidas do depoente; que o problema teria ocorrido quando o acusado foi cobrar a publicidade dos anunciantes; que a Revista tinha circulação estadual e era impressa em Blumenau; que pelo que tem conhecimento os acusados Ivonei e Danilo eram coproprietários da revista; que tinham visto edições anteriores da referida Revista, podendo afirmar que não era uma revista de cunho político, sendo que as matérias são bem ecléticas; que também conversou com algumas pessoas das secretaria do Estado, “dando um toque” sobre o assunto; que nenhum deles confirmou que estivesse efetivamente tomado alguma providência; que também chegou a comentar com alguns dos empresários, sobre o assunto, mas eles “despistavam” sobre o assunto, porque ninguém queria se envolver; que nenhum empresário também confirmou se haviam recebido a proibição, comentada pelo acusado Ivonei; que na região o comentário era muito forte de que havia sido publicada as matérias e que não teria sido efetuado o pagamento; que não lembra de ter ouvido comentários sobre a existência do livro, nesta época do episódio da Revista; que a história do livro veio à tona “uns par de meses” após tais fatos; que acha que Ivonei chegou a comentar sobre o livro, porque havia um capítulo dedicado ao depoente; que soube sobre o conteúdo do Capítulo através de uma pessoa que teria dito que leu o livro; que essa pessoa fez referências sobre algumas partes do capítulo (meio página), que estaria escrito no mesmo, sendo que sobre aquilo o depoente confirmou que era verídico (os fatos que estariam descritos no livro); que os empresários confirmaram que tinham feito os reclames publicitários na Revista; que não conversou com nenhum

dos Secretários de Estado Ivo Carminatti, Armando Hesse e Derli Assunção e Ari Vechi, à época dos fatos, até porque não os conhecia; que também não conversou com o Governador sobre tal assunto.

CARLOS ALBERTO SCHIPHORST, testemunha de defesa também arrolada pelo acusado Ivonei, afirmou à fl. 1203: *que trabalhou com Ivonei no período de 2004 até final de 2005; que era responsável pela parte financeira da empresa; que tem conhecimento da revista MetrÓpole; que no período em que trabalhou para a revista MetrÓpole, esta trabalhava com assuntos públicos, muito próximos e relacionados ao Governo do Estado, principalmente as edições em que o depoente acompanhou; que não se recordo o nome, mas houve contrato firmado entre algumas pessoas do governo, secretários de modo geral, e os senhores Ivonei e Danilo, para tratarem de assuntos pertinentes a todas as publicações da revista; que o governador chegou a ligar várias vezes para a revista; que o depoente atendia o telefone, e, normalmente, era a secretária de gabinete, mas em uma das vezes, atendeu um telefonema do próprio governador, procurando o Ivonei; [...] que ao tempo desse telefone, lembra que tinha um trabalho semi-iniciado, cuja finalidade era fazer uma revista para CASAN; que isso foi no início de 2005; que lembra detalhadamente do projeto que envolveu a confecção de outdoors; que foi feito um contato da revista através do governo do Estado, Luiz Henrique e seus secretários, para na época da descentralização; que fizeram vários outdoors, dispostos em pontos estratégicos, aqui em Santa Catarina, levando ao conhecimento público, que a descentralização é uma das melhores atitudes do governo, para o bem do Estado; que foram feitos os outdoors e colocados em vias públicas; quem custeava a revista eram empresas indicadas pelo Estado ou empresas particulares que prestavam serviços para o governo do Estado; [...] que a revista não foi inteiramente paga; que o depoente, hoje, encontra-se endividado, com problemas de SERASA no banco BESC, que hoje é o banco do BRASIL, em função de cheques que o depoente deu, pois Ivonei lhe dizia: “você pode me emprestar o cheque, que nós vamos receber do Governo do Estado”; que então tirou cheque*

do BESC e fez o que Ivonei lhe pediu; que ajudou Ivonei a pagar parte dos outdoors e algumas publicações; que o dinheiro do Estado nunca entrava e o depoente ficou no prejuízo; que Ivonei passava por dificuldades financeiras; que Ivonei não cumpriu suas obrigações trabalhistas; que os funcionários ficavam sem receber; que teve colegas de trabalho que entraram na justiça para tentar receber; que os fornecedores também cobravam e Ivonei cumpria sua obrigação; que Ivonei reclamou várias vezes ao depoente, dizendo que estava sem dinheiro; [...] que tomava conhecimento das negociações de cobrança de Ivonei, através dos depósitos que chegavam ao setor de contabilidade; que Ivonei procurava uma forma amigável de se fazer cobrança, pois sempre procurou ser o mais conciliador possível; que sabia que o governador ligou várias vezes, porque as vezes atendia o telefone, e também porque sua sala ficava próxima à telefonista, e esta lhe dizia se era para o Ivonei ou para o Danilo e de onde era, se era do gabinete tal ou tal; [...] que na época só tratavam de assuntos com o governo; que as ligações partiam do palácio do governo; [...] que não chegou a ver nenhum instrumento de contrato da revista com o governo, mas chegou a ver autorizações de órgãos do governo, tipo BADESC, CASAN; que nunca viu nenhuma autorização diretamente do Palácio do Governo; [...] que conheceu o Sr. Armando Cesar Hess de Souza através do Ivonei, num encontro que Ivonei teve com Armando, em que o depoente foi junto; [...] que não sabe precisar o conteúdo da conversa do encontro, porque ficou na sala de fora, mas que Ivonei falou que iria tratar de negócios referentes à revista Metrópole e da “Descentralização”; [...] que Ivonei mantinha contato com o Sr. Armando, quando este exercia cargo no governo; que esse contato também era por e-mail; que não chegou a ver esses contatos, mas que Ivonei lhe contava; que nunca foi apresentado à pessoa de nome Derly Massaud de Anunciação, mas ouviu falar bastante nesse nome, por parte de várias pessoas, e, principalmente, por parte de Ivonei; [...] que Danilo também falava bastante nesse nome; que o que era falava era relacionado a revista; que nunca ouviu falar no nome de Içuriti Pereira da Silva.”

Os depoimentos das testemunhas Gley Sagaz e Álvaro Pille não deixam dúvidas acerca do envolvimento do acusado com o Governo do Estado, confirmando a tese defensiva de que houve um acordo para a prestação dos serviços de publicidade oferecidos por IVONEI, o que tornou legítima a cobrança posteriormente deflagrada pelo mesmo. Logo, não há se falar em prática de crime de extorsão pelo agente, como pretende o Ministério Público nos presentes autos.

Têm-se ainda, a ilustrar a versão do acusado IVONEI, os depoimentos das testemunhas do juízo, as quais participaram da realização das tarefas envolvendo a propaganda pro-governo, e cujas declarações vale transcrever:

JÚLIO CESAR FORMONTE, arrolado como Julio Kohler, representante da empresa JKohler Propaganda, às fl. 1157/1158 declarou: *sim, foi procurado para fazer montagem de outdoor para a revista MetrÓpole; que recebeu apenas parte dos valores, cerca de mil reais, pago pelo “pessoal da revista”, citando um secretário, que não lembra o nome da pessoa que cuida dos pagamentos; que constava no outdoor a seguinte frase em destaque: “Descentralização”, acompanhada de mais uma frase curta, e em baixo letras grandes: “Apoio revista metrÓpole”; que o valor do negócio era em torno de dois mil reais; que em nenhum momento algum terceiro estranho quitou algum valor; g) que todo os seus contatos foram firmados com o pessoal da revista; que não sabia da vinculação da revista com algum partido ou pessoa; que passou a conhecer a revista depois deste negócio; que depois viu a revista nas recepções das prefeituras de Brusque e Navegantes, pelo que lembra; que depois de fazer o serviço compareceu várias vezes a sede da empresa em Blumenau para efetuar a cobrança do valor faltante, nada tendo recebido; que a pessoa que o atendia era a mesma que cuidava da parte financeira e lhe tinha repassado o cheque; que conhece o réu Ivonei presente nesta audiência como sendo a pessoa que lhe contratou, que não recordava o nome dele; que três dos outdoor feitos instalou na cidade de Brusque; que os demais realizou apenas a impressão dos papéis e encaminhou para Barbieri Painéis LTDA, empresa situada em Blumenau; que*

não lembra o motivo dito pelo réu pelo qual os pagamentos não eram realizados; que lido pelo advogado de defesa a frase: “Descentralização, nunca se fez tanto por Santa Catarina”, o depoente disse que poderia ser a frase contratada, mas não tem certeza; que antes disto, uns dois anos antes, teria realizado um outro negócio para a empresa do réu Ivonei, lembrando tratar-se de alguma coisa para a prefeitura municipal de Brusque, na época em que o prefeito era Ciro Rosa; que de nome não consegue lembrar de Armando Hess de Souza, não sabendo dizer se já conversou com ele.

A testemunha **ESCOLÁSTICA PALMIRA LEMOS MOURA**, às fls. 592 afirmou: *que trabalhou para a revista Metrópole; que recebia R\$ 70,00 por dia; que pelo que se recorda nenhuma pessoa estranha a revista Metrópole efetuou o pagamento pelo trabalho; que pelo que escutou nos corredores da revista Metrópole que o interessado pela pesquisa era Luiz Henrique; que trabalhou 2 semanas cujo pagamento ocorreu com atraso; que havia comentários na revista Metrópole que o atraso do pagamento era porque o governo não mandou dinheiro; que não se recorda se no questionário de pesquisa havia menção sobre avaliação do governo estadual ou sobre a descentralização; que aproximadamente 10 pessoas trabalhavam na pesquisa de votos, divididos em 3 a 4 equipes; que trabalhou em Blumenau, Gaspar, Brusque e região.*

SILVIO RANGEL DE FIGUEIREDO, às fls. 593 assim se manifestou: *que é sócio-proprietário da empresa Terbuss – Pesquisas de Treinamento e Marketing; que o acusado Ivonei queria que o depoente fizesse pesquisas de votos nas regiões de Brusque e vale do Tijuca, Gaspar, Blumenau e todo Médio Vale do Itajaí; que o depoente efetuou pesquisa de votos apenas nas regiões de Brusque e cidades periféricas; que a pesquisa envolvia todos os candidatos aos cargos de Governador, Senador e Deputado Federal e Estadual; que para viabilizar o início do trabalho de pesquisa recebeu a quantia de R\$ 3.000,00, sendo que o acusado alegava que o dinheiro não havia sido repassado por Luiz Henrique Silveira; que entregou o material de pesquisa só*

em caderno impresso; que o acusado Ivonei mostrou ao depoente edições da revista MetrÓpole cujo conteúdo era predominantemente acerca do governo do estado e da descentralização, inclusive algumas com Luiz Henrique da Silveria na capa; que o acusado Ivonei declarou ao depoente que havia créditos elevados a receber do governo estadual, em face das publicações; que o acusado Ivonei declarou ainda que a revista MetrÓpole tinha um pacote de publicidade para o gabinete do governador.”

VIVIANE APARECIDA LEMOS MOURA, testemunha do juízo às fl. 594 respondeu: *que trabalhou para a revista MetrÓpole efetuado pesquisa de votos, em 2006; que a pesquisa envolvia os candidatos ao cargo de governador; que recebia em torno de R\$ 50,00 a R\$ 60,00 por dia de trabalho, da revista MetrÓpole; que não recebeu nenhum valor a não ser da revista MetrÓpole; que é filha da testemunha Escolástica; que o questionário tinha perguntas: “Como vai o governo?” e “Vai votar em quem?”; que não se recorda se na pesquisa havia menção sobre a descentralização; que trabalhou em Blumenau e Brusque; que recebeu coma atraso uma ou duas semanas de trabalho; que não se recorda se havia avaliação específica a respeito de qualquer candidato; que trabalhou apenas efetuando pesquisa na revista MetrÓpole.”*

A propósito, colacionam-se os seguintes precedentes jurisprudenciais:

“EXTORSÃO. DELITO NÃO CARACTERIZADO. DOLO ESPECÍFICO DA OBTENÇÃO DE VANTAGEM PATRIMONIAL INDEVIDA NÃO DEMONSTRADO. Para a caracterização de extorsão, é necessário que a ação constrangedora da vítima, mediante o emprego de violência ou grave ameaça, tenha por escopo obter vantagem econômica injusta, porquanto, ausente esse pressuposto, outro será o crime (Ap. Crim. n. 2000.021864-2, de Jaraguá do Sul, rel. Des. Genésio Nolli).

“EXTORSÃO. OBTENÇÃO DE VANTAGEM PATRIMONIAL INDEVIDA NÃO CONFIGURADA. ABSOLVIÇÃO DECRETADA. O intuito de obter para si ou para outrem indevida vantagem econômica,

é pressuposto essencial para caracterizar o crime de extorsão. O agente não comete o crime do artigo 158 do Código Penal quando não há qualquer referência de que eventual ameaça de prisão objetivava auferir vantagem patrimonial indevida (Ap. Crim. n. 1996.003836-1, de Taió, rel. Des. José Roberge).

No mesmo norte:

“APELAÇÃO CRIME. CRIME CONTRA O PATRIMÔNIO. EXTORSÃO. PROVA. ABSOLVIÇÃO MANTIDA. A prova colhida nos autos não permite a aferição da conduta dos réus em constranger a vítima, uma empresa de grande porte. O alegado constrangimento, no caso concreto, foi no sentido de que a empresa seria compelida a alcançar quantia em dinheiro aos apelados para não ser exposta à mídia, o que não é crível, dado seu porte financeiro e seu consequente acesso à assistência jurídica. Ademais, como bem ressaltou a decisão hostilizada, nada impedia que os acusados pleiteassem indenização diretamente à empresa – ainda que tenham procedido com ética discutível -, pois, de fato, estavam na posse de um produto defeituoso por ela fabricado e que, em tese, poderia causar prejuízo à saúde, caso consumido. Sentença mantida, apenas corrigido o fundamento da absolvição para o art.386, III, do CPP. APELO DA ASSISTENTE DA ACUSAÇÃO DESPROVIDO (TJRS – AP 70037011657 - VIII C.Cr. Relator(a): Desª ISABEL DE BORBA LUCAS – Julg. 26.01.2001).

“APELAÇÃO CRIMINAL. EXTORSÃO. BILHETE CUJO CONTEÚDO NAO REVELA UMA AMEAÇA DE CAUSAÇÃO DE MAL INJUSTO E GRAVE. ATIPICIDADE DA CONDUTA. SENTENÇA ABSOLUTÓRIA QUE SE MANTÉM PELOS PRÓPRIOS FUNDAMENTOS. RECURSO A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. A ameaça, forma de constrangimento a que se refere o art. 158 do CP, deve ser feita de forma inequívoca, séria e idônea a ponto de,

rompendo o equilíbrio da vítima através do medo, se mostre apta a levá-la a uma das condutas previstas na lei fazer ou deixar de fazer ou tolerar que se faça alguma coisa.

2. Despicienda a análise sobre existência de qualquer das outras elementares do crime de extorsão se se mostra ausente aquela que consiste no meio utilizado para o constrangimento.

3. Atipicidade da conduta reconhecida.

4. Recurso a que se nega provimento. (TJES - 24060244837 ES 24060244837, Relator: SÉRGIO BIZZOTTO PESSOA DE MENDONÇA, Data de Julgamento: 11/07/2007, PRIMEIRA CÂMARA CRIMINAL, Data de Publicação: 14/08/2007).”

Contudo, a mesma sorte não socorre o acusado, no que diz respeito à documentação elencada às fls. 993/1053, porquanto as ligações telefônicas apontadas nas faturas não estão em nome do acusado IVONEI e nem da empresa “Editora Metrópole Ltda.”, razão pela qual, de nada valem para comprovar qualquer argumento de defesa, o que se torna despiciendo em face da farta prova testemunhal coligida aos autos.

E também não se diga que o acusado IVONEI tenha cometido o delito previsto no art. 345 do CP, referente ao exercício arbitrário das próprias razões, embora sugerido pela defesa, pois não estando o fato descrito na denúncia, não há como ser procedida a desclassificação postulada, como forma de condenação alternativa.

Acerca da configuração do crime do exercício arbitrário das próprias razões, leciona Fernando Capez:

“A conduta típica consiste em fazer justiça pelas próprias mãos para satisfazer pretensão, embora legítima. O agente se vale de diversos meios (violência física, ameaça, apropriação, subtração, fraude etc.) para satisfazer

uma pretensão que entende ser legítima” (Curso de Direito Penal, vol. 3, São Paulo: Saraiva, 2004, p. 609).

Extrai-se da lição de Damásio E. De Jesus, quanto ao delito do art. 345 do CP, verbis:

“O primeiro é o dolo, vontade livre e consciente de fazer justiça pelas próprias mãos. O tipo reclama um segundo elemento subjetivo, contido na expressão ‘para satisfazer pretensão, embora legítima’. De modo que se exige que o sujeito realize a conduta para a concretização de um fim determinado: satisfazer sua pretensão. A pretensão deve referir-se a um direito que o sujeito realmente tem ou supõe possuir. Assim pode ocorrer hipótese de: a) pretensão legítima; ou b) pretensão ilegítima. É irrelevante que a pretensão seja legítima ou ilegítima. Neste caso, porém, exige-se que o sujeito a suponha legítima. Como a lei fala em pretensão embora legítima, de admitir-se a ilegítima, necessitando, contudo, que o agente, por razões convincentes, a suponha lícita. A pretensão pode incidir sobre qualquer direito (...). É necessário que a pretensão, em sua essência, possa ser satisfeita perante o Judiciário. Assim, não há exercício arbitrário das próprias razões nas hipóteses em que o sujeito não poderia levar sua pretensão ao conhecimento da autoridade judiciária (...).” (in CP VER)

Em síntese, do contexto da prova, restou evidenciada a inexistência da indevida vantagem econômica, bem como da ameaça moral ou grave ameaça, elementares indispensáveis à configuração do tipo descrito no art. 158 do Código Penal. É que o acusado IVONEI não agiu com o intuito da obtenção de indevida vantagem econômica, mas sim, com o objetivo de garantir o direito à obtenção do pagamento pelos serviços publicitários prestados ao Governo Estadual, que entendia lhe serem devidos, e para tanto, condicionou a cobrança à publicação de livro que poderia causar constrangimentos a diversos agentes públicos. Na verdade,

DO ACUSADO DANILO GOMES PRESTES

Se não há nos autos elementos capazes de incriminar o acusado IVONEI da prática do crime de extorsão, muito menos no que se refere ao acusado DANILO, jornalista editor da Revista Metr pole, atribuindo-lhe a peça acusatória “os escritos difamatórios com intuito de conspurcar, menoscabar, vituperar e diminuir, ameaçando a honra, a reputa o e o renome profissional de inúmeras personalidades da sociedade catarinense” (fls. IV), constantes do volume que teria sido produzido pelos dois acusados, em comunhão de esforços.

Na verdade, a acusa o contida na denúncia, em rela o   conduta do acusado DANILO, refere-se tão-somente ao livro de autoria do acusado IVONEI, “A Descentraliza o no Banco dom Réus”, afirmando conter escritos difamatórios contra várias personalidades catarinenses, quando o que está em discussão nos autos   o crime de extorsão e não o conteúdo do livro que sequer foi publicado.

Portanto, o que se constata   que nem a denúncia, tampouco os elementos de prova colhidos nos autos, apontam o acusado DANILO como coautor do crime de extorsão imputado a IVONEI. Tanto   verdade, que as testemunhas de denúncia, sequer fazem qualquer alusão   pessoa do segundo acusado,   exce o de Içuriti Pereira da Silva, que mencionou tê-lo encontrado em uma reunião juntamente com Ivonei, oportunidade em que o acusado DANILO teria permanecido em silêncio, consoante declarado pela testemunha.

Ademais, o co-denunciado IVONEI, na oportunidade de seu interrogatório, confirmou as alega es do corréu, *verbis*:

“...que foi o autor do livro exibido, cuja corre o foi elaborada pelo co-acusado Danilo, que Danilo era funcionário da empresa e o interrogando   seu proprietário; que todo texto   de autoria do interrogando; que o email que narra a denúncia, às f. 07/08, foi de autoria do interrogando a pedido do Sr. Armando Hess; que o texto

de f. V/VI também é do interrogando; que ratifica que o co-acusado Danilo apenas realizou a correção do texto do livro mencionado, cujo título “A descentralização no Banco dos Réus”; que nenhuma tratativa financeira era realizada pelo co-denunciado Danilo com o governo do Estado, senão na área jornalística.”

Além disso, constata-se que o acusado DANILO não participou de nenhuma das entrevistas e telefonemas degravados nos autos, onde IVONEI manifesta a intenção de obter o pagamento pelos serviços prestados pela empresa Revista Metr pole ao Governo Estadual. Por outro lado, de suas declara es não se vislumbra qualquer nexu psicológico ou liame subjetivo com o primeiro, sem contar ainda, que a vítima, em nenhum momento teceu qualquer acusa a contra a pessoa de DANILO.

Cumprе salientar ainda, ao que se colhe dos autos, que o acusado DANILO não concordou com a inten a do acusado IVONEI, quanto   cobrança dos valores que este entendia lhe serem devidos pelo Governo do Estado, como também não comungava com a decisão de publicar o livro, cujo prefácio havia sido por ele elaborado, o que foi inclusive confirmado integralmente pela testemunha de defesa Fernando Dias, sem contar ainda, que o próprio DANILO requereu que o livro fosse desentranhado dos autos. Portanto, não houve declara a por parte dos dois acusados ou de alguma testemunha, seja de acusa a ou de defesa, que demonstrasse que ambos estavam imbuídos do mesmo propósito que levou IVONEI a postular junto ao Governo do Estado, o pagamento dos serviços publicitários prestados pela Revista Metr pole. Da mesma forma, não houve interesse conjunto para a confec a do livro de autoria de IVONEI e cuja única participa a de DANILO, fora confeccionar o prefácio, a pedido de IVONEI, desconhecendo até mesmo seu inteiro teor, confirmando o antagonismo defendido pelo acusado DANILO, que entendia que o crédito postulado por IVONEI deveria ser cobrado não do Governo, e sim dos anunciantes da Revista Metr pole, revelando

portanto, que DANILO não acreditava nessa cobrança, o que aliás restou evidenciado em seus interrogatórios, *verbis*:

*“... QUE, o interrogando nunca atuou diretamente na comercialização, isto é, envolvendo numerários, mas só tinha vínculo com assuntos da redação; QUE, em razão dessa situação, o interrogando em uma oportunidade conversou pessoalmente com o Secretário de Comunicação DERLI e ARMANDO, na época então Secretário de Planejamento, em uma única oportunidade, tratando de assuntos de redação da revista; QUE, o interrogando recebia o pagamento por edição realizada; QUE, não cabia ao interrogando decidir sobre as matérias que seriam veiculadas, ou autoridades entrevistadas; QUE, o interrogando se recorda que a primeira relação entre a revista Metrópole e o governo do estado foi quando saiu na capa o governador LUIZ HENRIQUE DA SILVEIRA, e outras reportagens afins; QUE, o interrogando também tem conhecimento que a revista Metrópole tinha se comprometido a veicular outdoors sobre a Descentralização do governo do estado, mostrando a própria revista; QUE, seguiram-se outras publicações em torno de ações do governo, de órgãos do governo como CASAN, CELESC, BADESC, BRDE, e também de entidades privadas; QUE, pelo que tem conhecimento, não havia nenhum contrato com o governo para pagamento para pagamento de qualquer publicidade através da revista Metrópole, salvo anúncio de empresas de economia mista; QUE, o interrogando não tem conhecimento de que NEI SILVA tivesse algum contrato de publicidade com o governador LUIZ HENRIQUE DA SILVEIRA, tanto na primeira legislatura, quando neste; QUE, também não tem conhecimento da existência de contrato pessoal de publicidade quando LUIZ HENRIQUE DA SILVEIRA foi candidato à reeleição; QUE, a última edição da revista Metrópole circulou foi em março de 2008; QUE, o interrogando pode esclarecer que as custos e possíveis lucros da revista Metrópole vinham de anúncios de empresas e empresários tidos como parceiros do governo e outros; QUE, a partir de um certo período, a revista passou a circular com dificuldade e com um certo déficit e, em dado momento, **segundo sabe, o governo teria se***

*comprometido a cobrir o déficit desconhecendo o valor do débito; QUE, o governo se comprometeu cobrir o déficit a partir de um contato com o Secretário de Comunicação DERLI; (grifo meu); QUE, tem conhecimento que em dado momento houve uma notificação extrajudicial na tentativa de cobrar valores que não sabe declinar o montante; QUE, o interrogando tem conhecimento das informações referentes a débito, relação com o governo através de NEI SILVA; QUE, há aproximadamente oito meses atrás o interrogando foi convidado a prefaciar o livro *Descentralização no Banco dos Reús*, com uma coletânea de documentos e reportagens envolvendo a revista *metrópole* e o governo do estado; QUE, NEI SILVA, procurou o interrogando com material incluindo fotos, reportagens, transcrições, e, ao fazer o prefácio, o interrogando afirmou para NEI que vários itens não poderiam ser publicados, o alertando disso; QUE, com relação ao comentário quanto ao conteúdo do livro, o interrogando afirmou que NEI SILVA publicaria algumas matérias desprovidas de provas; QUE, pelo que se recorda pela leitura do conteúdo na época e informações colhidas com NEI SILVA, estava tentando cobrar a importância de trezentos e oitenta mil reais; QUE, também pôde constatar pelo próprio conteúdo do livro apresentado na época que alguns pagamentos tinham sido feitos a NEI SILVA; QUE, o interrogando tinha conhecimento de que havia um débito que NEI SILVA dizia ser do governo do Estado, mas desconhecia que o mesmo recebia alguma parcela para a quitação do mesmo; QUE, sendo exibido uma correspondência encaminhada a ARMANDO em 29 de maio de 2008, com título “alguns assuntos que considero pertinente” o interrogando afirma que desconhece o teor, acrescentando que não participou da elaboração do mesmo; QUE, sendo exibido um email com o título “documentário equivocado”, o interrogando reconhece que o mesmo foi, por ele elaborado, a pedido de NEI SILVA, após contato telefônico feito por este, na data de ontem; QUE, o interrogando esclarece que a finalidade do referido documento serviria como*

condições estabelecidas entre o governo do estado e a revista Metr pole de débitos que o interrogando imaginava que existissem; QUE, o interrogando desconhecia totalmente qualquer valor exigido em troca das condi es estabelecidas no referido documento; QUE, o interrogando desconhecia qualquer exigência envolvendo o valor de um milhão, quatrocentos e sessenta mil reais, pois NEI SILVA nunca havia feito referência a respeito desse valor, mas sim a respeito do livro, trezentos e oitenta mil reais; QUE, o interrogando nunca ouviu nenhuma grava o, apesar de ter conhecimento da transcri o de alguma delas; QUE, após escutar duas grava es, o interrogando reconhece como sendo dois contatos mantidos com NEI SILVA, em 01 de junho de 2008, às 19:05:36, com quatro minutos e seis segundos de dura o, e às 20:14:27, com um minuto e cinquenta e seis segundos; QUE, o interrogando esclarece que os anúncios de empresas privadas eram cobradas das próprias empresas; QUE, o interrogando esclarece recebia de tr s a quatro mil reais por edi o e se compromete e autoriza a quebra do sigilo bancário de suas contas no BESC e na Caixa Econômica Federal para fazer prova de que nunca recebeu qualquer parcela em rela o aos valores contidos no livro quanto a parcelas de trinta e quarenta mil reais; QUE, o interrogando atualmente presta serviço como free lancer no Partido da República e se recorda que em certa oportunidade estav em certo ambiente nesta Capital e algum integrante do governo do Estado passou a comentar inclusive da cobrança que NEI SILVA fazia sob o possível débito do governo do Estado; QUE, nessa oportunidade o interrogando disse que até se prontificaria a intermediar uma conversa sobre o assunto com NEI SILVA, se necessário; QUE, essa foi a única vez que falou com algum integrante do governo do Estado a respeito desse assunto...que não praticou o crime de extorsão e não sabe se o mesmo foi ou não praticado; que foi funcionário do co-réu, na condi o de redator ; que a empresa era denominada empresa Editora Metr pole, percebendo, dependendo da atividade, algo em torno de R\$ 3.000,00 mensais; que tem conhecimento de que o acusado elaborou um livro, para ser publicado, cujo o título foi escolhido após as interven es do

*interrogando, já que encarregado das correções e por ser o redator da empresa; **que o livro não foi feito e escrito pelo co-réu para colocar quem quer que seja em situação vexatória;** que não acompanhava o co-réu no dia dos fatos, sendo que não sabia se quer se o mesmo estava na cidade; que com ele não se encontrou; que o texto narrado as fls. VIVI foi feito a quatro mãos, participando o interrogando e o co-réu; **que o título “Documentário Equivocado” foi utilizado porque alguém queria publicar, segundo o co-réu, o livro sem sua autorização;** que o texto foi feito, até onde o interrogando tem conhecimento, com o fim de cobrar valores; que a cobrança de anunciantes da revista, não sabendo declinar quais seriam os anunciantes; que não sabe se alguma coisa tinha haver com o Governo do Estado; que tem conhecimento de que a empresa elaborou outdoor’s para divulgar o nome da Metrópole, não sabendo o número de placas; **que a divulgação tinha como objetivo divulgar um assunto do momento, no caso a “Descentralização”, que esse título era ato do Governo do Estado em descentralizar as suas ações para o interior;** que as letras SC tinham as cores do Governo do Estado; que não sabe quanto foi gasto pelo co-réu; que faz dois anos que está fora da referida empresa e não sabe se o co-réu mantinha ou não contatos telefônicos com Armando ou Ivo Carminatti; que não sabe se o governo tinha alguma pendência com o co-réu e sua empresa, como também não sabe se mantinham alguma tipo de negociação; ... que o prefácio foi feito pelo interrogando, com algumas ressalvas, não o assinando; que ao tempo, falou para o co-réu que o livro era pesado e que deveriam existir provas dos escritos; que foi aí que residiu sua ressalva, o que foi feito verbalmente; que o diagramador do livro tinha ordem do co-réu de não deixar o interrogando ter acesso ao livro; que nunca teve o livro na mãos; que suas correções foram dos textos, no início dos rascunhos e escritos apresentados pelo co-réu; que acredita que as correções foram em 2006 a 2008, o que fazia porque tinha haveres com o co-réu; que advertiu o co-réu para a não publicação diante das divergências dos escritos, com ainda pela ausência de provas, entre o escrito e o fato descrito; que o co-réu nunca comentou com o interrogando se tinha algum contrato com Governo do Estado, seja para*

*a revista, seja para qualquer outro meio; que o prefácio do livro era um ensaio, tão somente, mas conhecia o seu teor; que na atualidade autorizaria qualquer publicação, tanto que formulou pedido em juízo, essa semana para sua não publicação; **que teme pela sua publicação pela absoluta ausência de provas**; que os textos corrigidos não tinham formato de livros; que viu a impressão de alguns textos, sendo que não houve nenhuma publicação ou ato comercial para tanto; que alguns textos foram publicados na Internet, daí o “Documentário Equivocado”, de fls. VIVI; que não tem os valores pendentes com a empresa, e também não ajuizou nenhuma medida; que não sabe da pendência de outros credores; que em 2006 a empresa do co-réu já não era saudável, daí a idéia do livro para alavancar recursos; que não sabe da situação atual da empresa.”*

Portanto, se o acusado DANILO não teve participação relevante no livro, a não ser pelo prefácio que escreveu e por eventuais correções realizadas na qualidade de redator-chefe da revista, deixando clara sua discordância no tocante à publicação da obra, é porque também não atuou na cobrança da prestação que IVONEI entendia devida pelo Governo, o que demonstra a inexistência de liame psicológico entre as condutas de ambos, a não ser na esfera profissional. Logo, o suposto vínculo atribuído aos acusados na denúncia, é muito tênue para caracterizar a coautoria de DANILO na prática do crime de extorsão, por mais que estivessem profissionalmente ligados no trabalho jornalístico desenvolvido, a participação do segundo acusado não restou demonstrada nos autos.

E quanto ao prefácio do livro, escrito pelo acusado DANILO, e que o Ministério Público aponta como revelador da “*sociedade na empreitada delituosa*”, deixa entrever sem a menor dúvida, que o acusado DANILO não concordava com a idéia levada a termo pelo acusado IVONEI, de cobrança dos serviços de publicidade prestados pela empresa Metr pole, ao contrário do afirmado pelo *Parquet*, veja-se:

“Antagonizar nunca foi minha praia, mas, confesso, restaram-me poucas alternativas capazes de me afastar ou me deixar outra opção que não fosse concordar em grau, gênero e número, com a determinação de meu sócio, autor deste compêndio, quando ele manifestou o desejo de transformar em livro fatos que em condições normais, deveriam permanecer guardados a sete chaves. Afinal, ninguém ignora o quanto a manifestação da verdade pode ser invasiva. A propósito, sou dos que acreditam que a verdade é uma fera perigosa, que não pode andar solta por aí” (fl. IV).

Da mesma forma, o “*Documentário Equivocado*” ao qual também se refere o Promotor de Justiça na denúncia, para imputar a conduta criminosa ao acusado DANILO, não comprova tenha este cometido o crime de extorsão, porquanto o texto se trata de uma “retratação” por parte do acusado IVONEI, assumindo a responsabilidade em nome da empresa Revista Metrópole, quanto ao conteúdo do livro “A Descentralização no Banco dos Réus”, de sua autoria, para evitar que fosse publicado por terceiros, pois IVONEI estaria entrando em acordo com Armando Hess para receber os valores lhe devidos e não pretendia correr esse risco. Portanto, o texto em questão, embora tenha sido redigido por DANILO, não envolve qualquer conduta do acusado, capaz de lhe atribuir culpabilidade nos fatos em julgamento.

E para ilustrar, colhe-se do depoimento da **testemunha de defesa do acusado Danilo, FERNANDO DIAS, que declarou às fls. 1284:** *que de 2007 a 2008 trabalhou com Danilo Gomes, na mesma sala; que se recorda que, em início de maio de 2008, o Danilo estava muito nervoso; que o depoente pegou um copo d’água para Danilo, que lhe relatou que o motivo de seu nervosismo era que Ivonei estava fazendo um livro, e que ele iria prefaciar esse livro, mas que não tinha conhecimento do que era verídico no livro, pois ele precisava saber quais as provas que Ivonei tinha, para poder se basear e fazer o prefácio; que Danilo teria ligado umas duas ou três vezes para o rapaz que*

cuidava da diagramação do livro, mas que este teria lhe dito que Ivonei havia proibido o seu acesso ao conteúdo do livro; que presenciou o contato de Danilo com o diagramador do livro; que Danilo lhe falou que estava preocupado a respeito de um dinheiro que tinha para receber da empresa da qual era sócio; que Ivonei, seu sócio, falava que iria pagar Danilo, mas estava misturando a sua obrigação para com Danilo com uma cobrança de pagamento que Ivonei fazia ao governo; [...]”.

Diante disso, outra não é a solução, a não ser absolver os dois acusados da acusação lhes feita na denúncia, da prática do crime de extorsão, contra a vítima Armando César Hess de Souza.

Ante o exposto, com amparo no art. 386, inciso III, do Código de Processo Penal, JULGO IMPROCEDENTE a denúncia de fls. II/X e, em consequência, ABSOLVO IVONEI RAUL DA SILVA e DANILO PRESTES GOMES da acusação da prática de crime de EXTORSÃO.

Após o trânsito em julgado, devolvam-se os materiais apreendidos nos autos.

Sem custas.

Publique-se. Registre-se. Intimem-se.

Florianópolis (SC), 04 de abril de 2012.

Denise Helena Schild de Oliveira

JUÍZA DE DIREITO

COMARCA DE LAGES

Autos n. 039.11.018814-2

Ação: Ação Penal - Tóxicos/Especial

Autor: Ministério Público do Estado de Santa Catarina

Acusado: Jose Moacir Ribeiro Neto

Vistos, etc...

O representante do Ministério Público, em exercício perante este Juízo, ofereceu denúncia contra JOSÉ MOACIR RIBEIRO NETO, já qualificados nos autos, como incurso nas sanções do art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/06, e artigo 331 do Código Penal. Reza a inicial acusatória, *in verbis*:

“No dia 04 de dezembro de 2011, por volta das 1h30min, em virtude de denúncia anônima dando conta de que, nas proximidades da ‘Chácara do Mário’, um indivíduo estaria praticando tráfico de entorpecentes com um veículo Fiat/Línea, cor branca, a polícia militar se deslocou ao bairro Vila Mariza, próximo ao Motel Vilages, neste Município e Comarca de Lages-SC, oportunidade em que, quando o denunciado JOSÉ MOACIR RIBEIRO NETO, que se encontrava no interior do mencionado veículo, visualizou a viatura policial, tentou imediatamente se evadir do local, sendo, entretanto, abordado em uma Rua que liga a referida chácara e o estabelecimento mencionado. Após a abordagem, os agentes militares realizaram revista no denunciado JOSÉ MOACIR RIBEIRO NETO, encontrando no interior do bolso de sua calça certa quantidade de cocaína, envolta em papel branco, substância essa causadora de dependência física e/ou psíquica, nos termos da Portaria n. 344/98, da Secretaria de Vigilância Sanitária do Ministério da Saúde, destinada a narcotraficância nesta municipalidade [boletim de Ocorrência Policial Militar n. 11731 – fls. 13/13-v; Boletim de Ocorrência n. 00076-2011-02901 – fls. 14/14-v; Auto de Resistência à Prisão – fl. 16; Boletim de Ocorrência n. 00076-2011-02902 – fls. 17/17-v; Auto de Exibição e apreensão – fl. 18;

Auto de Constatação Provisória – fl. 19]. Ato contínuo, diante dos fatos, os agentes policiais se dirigiram até a residência do denunciado JOSÉ MOACIR RIBEIRO NETO, localizada neste Município e Comarca de Lages – SC, na Rua Bernardo Guimarães, n. 30, apto. n. 101, bairro Universitário, oportunidade em que, após efetuarem buscas naquele local, contataram que este tinha em depósito 20 [vin-te] gramas de cocaína, envoltas em plástico branco encontradas no interior de um balde contendo produtos de limpeza, substância essa causadora de dependência física e/ou psíquica, nos termos da Portaria n. 344/98, da Secretaria de Vigilância Sanitária do Ministério da Saúde, também destinada a narcotraficância nesta municipalidade [Boletim de Ocorrência Policial Militar n. 11731 – fls. 13/13-v; Boletim de Ocorrência n. 00076-2011-02901 – fls. 14/14-v; Auto de Resistência à Prisão – fl. 16; Boletim de Ocorrência n. 00076-2011-02902 – fls. 17/17-v; Auto de Exibição e apreensão – fl. 18; Auto de Constatação Provisória – fl. 19]. Na sequência, durante a sua condição até a Delegacia de Polícia deste Município, o denunciado JOSÉ MOACIR RIBEIRO NETO desacatou o funcionário público *Jackson Xavier*, que se encontrava no exercício de sua funções, alegando que *‘já o conhecia de anos, que sabia onde ele morava e que não iria ficar assim’*, afirmou ainda, desacatando os demais agentes militares que se encontravam atendendo a ocorrência, que *‘era estudante de Direito, e sabia como ‘foder’ com os policiais’* [Termos de Declaração de fls. 03/06; Boletim de Ocorrência Militar n. 11731 – fls. 13/13-v; Boletim de Ocorrência n. 00076-2011-02901 – fls. 14/14-v; Auto de Resistência à Prisão – fl. 16; Boletim de Ocorrência n. 00076-2011-02902 – fls. 17/17-v; Auto de Exibição a apreensão – fl. 18; Auto de Constatação Provisória – fl. 19]”.

A denúncia, com rol testemunhal (fls. II/V), veio instruída com o auto de prisão em flagrante n. 472.11.000434 (fls. 02 *usque* 28), oriundo da Central de Plantão Policial da Comarca de Lages/SC.

Os antecedentes criminais do réu foram certificados às fls. 30/33 e atualizados às fls. 38/41.

Pela decisão de fl. 34, foi homologada a prisão em flagrante, sendo a mesma convertida em preventiva.

Às fl. 44/45, acostou-se laudo pericial n. 2507/11, de lesão corporal, expedido pelo Instituto Geral de Perícia da Comarca de Lages/SC.

Notificado o réu à fl. 47, apresentou defesa preliminar às fls. 52/53.

Foi apresentado às fls. 48/51, laudo pericial n. 13978/2011, de identificação de substâncias entorpecentes, expedido pelo Instituto de Análises Forenses da Comarca de Florianópolis/SC.

Designada audiência de instrução e julgamento (fls. 54).

Na data aprazada, após apregoadas as partes, iniciou-se o interrogatório do acusado (fls. 62). Na sequência, procedeu-se à inquirição de duas (02) testemunhas do rol acusatório (fls. 63 e 64) e uma (01) arrolada pela defesa (fls. 65), tendo havido a dispensa regular dos demais testigos. Concluída a instrução, passou-se aos debates orais, tendo, inicialmente o representante do *parquet*, requerido a procedência total da preambular acusatória, enquanto que a defesa pugnou pela desclassificação do crime de tráfico de entorpecente para o delito de porte para uso próprio. Quanto à increpação referente à conduta definida como desacato, o eminente defensor, após tecer considerações acerca da não configuração do referido delito, requereu a absolvição do acusado, tudo devidamente registrado pelo sistema audiovisual, conforme Termo de Audiência de Instrução e Julgamento de fls. 66.

É O RELATÓRIO.

DECIDO.

Cuida-de de ação pena pública incondicionada, em que se imputa ao denunciado JOSÉ MOACIR RIBEIRO NETO, já qualificado nos autos, a prática do crime disposto no artigo 33, *caput*, da Lei n. 11.343/06, e artigo 331, do Código Penal.

Preconiza o art. 33 da Lei n. 11.343/06:

“Art. 33. Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar.

Pena – reclusão de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos e pagamento de 500 (quinhentos) e 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa”.

Diz o art. 331 do Código Penal:

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

Pena – detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, ou multa”.

Colhe-se da denúncia que no dia 04/12/2011, por volta das 1h30min, no lugar denominado “Chácara do Mário”, fundos do Motel Villages, o réu estaria praticando o crime de tráfico de entorpecentes. Após denúncia anônima, a guarnição da polícia militar deslocou-se até o local indicado, onde flagraram o acusado, no interior de um veículo Fiat/Línea, cor branca, na posse de uma certa quantidade de cocaína, envolta em papel branco. Posteriormente, se deslocaram até a residência do denunciado, os policiais militares constataram que este tinha em depósito aproximadamente vinte (20) gramas de cocaína, envoltas em papel plástico branco, localizadas no interior de um balde contendo produtos de limpeza. Finalmente, durante a sua condução à Delegacia de Polícia desta Comarca, José Moacir Ribeiro Neto infringiu o disposto no artigo 331, do Código Penal, desacatando o policial militar Jackson Xavier, que se encontrava no exercício de sua funções.

A materialidade das condutas encontra-se parcialmente demonstrada, através do Boletim de Ocorrência de fls. 13/13v., Auto de Resistência à Prisão de fl. 16, Auto de Exibição e Apreensão de fl. 18, e Laudo Pericial n. 13978/2011 de fls. 49/51.

- DO CRIME DE TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES

Com relação à autoria do crime em tela (Lei nº 11.343/2006 – art. 33, *caput*), imensa distância há entre as provas produzidas e a formação de um juízo condenatório.

O réu nega a imputação de ambos os fatos tidos como criminosos ou seja, de tráfico ilícito de entorpecentes e desacato. Admite, porém, ser usuário de droga, e que na data, horário e local constantes na denúncia, sofreu uma abordagem policial, ocasião que teve apreendida, em sua posse, uma pequena quantidade de cocaína para uso próprio.

Compulsando os autos, verifico a presença de contradições relevantes nas declarações prestadas pelas testemunhas/policiais, exigindo, como de praxe, uma análise aprofundada de seu conteúdo, de modo que prevaleça, sem qualquer resquício duvidoso, a verdade dos fatos.

Nesse sentido, adentrando inicialmente na análise do depoimento do policial militar William Albanaz de Lima verifico que ele afirma, em seu depoimento às fls. 03/04 (fase inquisitória): *“QUE encontrava-se de serviço na VTR 1739/PM, juntamente com o soldado Xavier, quando foram acionados, via denúncia, pela Central de Emergência, para deslocarem-se até a chácara do Mário, situada no bairro Vila Mariza, próximo ao Motel Vilages, pois, segundo a denúncia, no local **o masculino de alcunha “Kabs”, estaria em um veículo Fiat/Línea, cor branca, comercializando “cocaína” em uma festa que acontecia no local;** (...); QUE José Moacir informou ser somente usuário de “drogas”, negando a denúncia de que estaria traficando no local; QUE foi perguntado a José Moacir se havia mais drogas em sua residência, o mesmo afirmou que não e disse que acompanharia a guarnição até sua casa para provar sua inocência; QUE juntamente com José Moacir, a GU então, se deslocou até a avenida Mal. Castelo Branco nº 1001, aptº 101, onde foi localizado aproximadamente “vinte gramas de cocaína”, cuja droga estava guardada dentro de um balde no interior da área de serviço e envolta em um plástico branco; (...)”*. Já na fase judicial, o mesmo policial militar sustenta

que participou da prisão do réu e já o conhecia de outras ocorrências; que segundo denúncias estaria vendendo drogas no local; que na casa do denunciado foi localizado 20g de cocaína.

Por sua vez, o policial militar Saulo Roberto Nunes Oliveira, em seu depoimento na fase policial (fls. 08/09), aduz “(...) *Que segundo as informações recebidas por Xavier e Albanez, estes teriam se dirigido até uma chácara atrás do Motel Vilages para atender denúncia de som alto e perturbação; (...)*”, fato confirmado pelo mesmo no seu depoimento, agora sob o crivo do contraditório (fase judicial).

Outra divergência constatada diz respeito à abordagem ao réu quando os PM's chegaram na “Chácara do Mário”. Segundo os milicianos Willian e Jackson, o acusado teria tentado empreender fuga ao avistar a viatura. Tal versão é atacada com veemência pela testemunha Raphael de Andrade (fls. 65), o qual, também se encontrava conduzindo um automóvel, e no momento da aproximação dos policiais militares, posicionava-se na fila da saída do aludido evento, e bem próximo do carro do réu.

Como já dito anteriormente, o réu afirma ser usuário de drogas, e que no dia dos fatos, ao conduzir o veículo Fiat/Línea, foi abordado por policiais militares, ocasião em que estes apreenderam em seu poder uma pequena quantidade da substância vulgarmente conhecida por cocaína, de seu uso pessoal. Sustenta, ainda, que após a abordagem os policiais se dirigiram até a sua casa, onde não foi permitida a entrada, e estes, apoderando-se da chave da moradia e ignorando a recusa expressa, adentraram em seu interior, retornando logo após, alegando terem encontrado uma pequena porção de cocaína.

Pois bem, visível as contradições, primeiro, entre os depoimentos dos brigadianos Willian e Saulo, pois afirmado pelo primeiro que teria providenciado o atendimento de denúncia de tráfico, sendo que o segundo sustenta o atendimento do delito de perturbação da ordem e som alto; e,

segundo, também entre os depoimentos dos PM's Willian e Jackson com as declarações prestadas pela testemunha Raphael Andrade e pelo próprio acusado, no que tange à suposta tentativa de fuga por parte do denunciado no momento em que se deparou com a guarnição da polícia militar.

As contradições apontadas, tanto em relação aos reais motivos que levaram a primeira guarnição se deslocar até o local onde viria a se dar a abordagem do acusado (**perturbação do sossego ou tráfico de drogas**), quanto à suposta tentativa de fuga por parte do réu quando avistou a viatura, geram um sentimento de dúvidas em relação a atuação dos policiais militares, uma vez que a verdade de um fato deve ser demonstrada coerentemente, retilínea, sem acréscimo e sem omissões, espantando, desde logo, qualquer sentimento de dúvida, assegurando a formação de um juízo seguro de convencimento.

É de se registrar um novo ponto controverso na apuração dos fatos, qual seja, os policiais/testemunhas alegam que a revista na casa do réu foi por ele consentida, anuência esta que o réu nega veementemente.

Da controvérsia criada, vem o raciocínio lógico de que, tivesse o réu autorizado a revista policial, de se concluir, por óbvio, que os conduziria até lá, sendo desnecessário que o seu endereço fosse obtido através de sua mãe, sendo esta localizada, noite adentro, através da consulta do RENAVAM do veículo que o acusado utilizava na ocasião. Esta conclusão se torna ainda mais contundente – de que o réu não autorizou a entrada dos policiais – na hipótese de se admitir que ele guardava droga no interior de sua residência. Aí mesmo é que jamais consentiria na efetivação da busca, uma vez que a sua condição de bacharel em direito, não lhe permitiria assinar uma confissão de autoria de um crime que se desenhava de gravíssima consequência. De se presumir, por óbvio, que ele acreditava piamente que não existia drogas no interior de sua moradia.

A se admitir o contrário, ou seja, de que o acusado soubesse de antemão da existência de entorpecente em sua casa, maior motivo teria para não autorizar a busca domiciliar que veio a ser realizada pelos PM's.

Por outro lado, incontroverso se mostra que o réu foi seviciado fisicamente pelos policiais, pois prova disso está configurada no exame de corpo de delito, ao qual se submeteu (fls. 45), sendo mentiroso, portanto, o auto de resistência de fls. 14, que assevera a higidez física do réu.

E segundo o réu, o mesmo somente foi agredido por não concordar com a ação policial tendente à acusação de traficante – e a consequente colocação de algemas – a partir do momento que com ele foi encontrado uma ínfima quantidade de droga. Disse, então, o acusado, que tinha pleno conhecimento dos seus direitos, principalmente, porque estava em vias de se formar no curso de Direito, e por isso mesmo não poderia ser tratado como um marginal, apenas porque tinha consigo uma “peteca” de cocaína.

Depois de uma discussão acalorada com os policiais, que ensejaram, inclusive, as sevícias – diga-se, *en passant*, demonstrada documentalmente – é por demais óbvio que o acusado – como qualquer pessoa comum – não consentisse que fosse realizada pelos seus agressores uma busca domiciliar.

Mas, repito, ainda que se venha a admitir que o réu tivesse franqueado, espontânea e voluntariamente, o acesso da polícia em sua residência a fim de proceder uma busca, como afirmam os brigadianos, obviamente que ele somente assim procederia, segundo dedução psicologicamente razoável, na certeza de que efetivamente não existia drogas no interior de sua residência. Isto é de uma clareza meridiana – ninguém, em sã consciência, como já dito alhures, iria produzir prova contra si, a não ser que fosse para atender os apelos e carinhos dispensados pelos solícitos policiais. Pois bem. Concluindo o raciocínio, pertinente aqui a seguinte indagação: Se não havia drogas, como que os policiais encontraram ??? Esta é a pergunta que não quer calar.

A Justiça é cega, mas o Juiz não é.

De conhecimento notório – e dele não se exclui os policiais militares – que é vedado o acesso à casa de alguém, no período noturno, só se permitindo nas hipóteses previstas em lei, preceito por certo ignorado pelos agentes envolvidos neste caso, a se deduzir do contexto fático.

É o que preceitua a nossa Constituição da República em seu artigo 5º, inciso XI:

“A casa é o asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial”

Observa-se que o princípio da inviolabilidade do lar, de tão sagrado, fez com que o legislador tivesse o cuidado de permitir o acesso sem autorização do morador e sem mandado judicial, **somente em caso de desastre ou na hipótese de prisão em flagrante**, permitindo, ainda, o acesso, **por determinação judicial, porém, durante o dia**. Vale dizer, ainda que de posse de mandado judicial, a entrada à noite, sem permissão do morador, é expressa e terminantemente proibida.

No entanto, o que se tem observado, com regular frequência, é que as incursões de policiais militares, em ocorrências de tráfico de drogas, são despidas de legalidade, eis que desprovidas de mandado de busca judicial, o que nos leva a deduzir que tais agentes possuem algum tipo de radar que os orienta na localização certa de drogas, o que lhes garante o respaldo legal de suas condutas na maioria das vezes temerárias.

É o que verificou na espécie, uma vez que os policiais que se disseram em campana ou monitoramento em relação à pessoa do réu, em momento algum abordaram algum usuário adquirindo droga do acusado, circunstância que diminuiria, em muito, o risco de “**errar o bote**”, o que os levaria a responder criminalmente.

Aliás, é bom que se diga – que isso já se tornou rotina –, dezenas e dezenas de flagrante de tóxicos são lavrados todos os meses nesta cidade de Lages, onde figuram como condutores, na sua esmagadora maioria, policiais militares – que teimam em se arvorar em polícia judiciária –, nas mesmas condições deste que serviram de base para que fosse deflagrada a presente ação penal. Entram na casa alheia a *manu militari*, sem permissão do morador, e muito menos, sem mandado judicial de busca. E o que mais chama atenção é que em todas essas incursões, jamais **“erraram o bote”**, ou seja, sempre **“encontraram alguma coisa”** – pelo menos, não me recorde de qualquer procedimento instaurado contra policial militar por abuso de autoridade, nessas circunstâncias. Aí, o flagrante é lavrado, o réu fica preso – porque normalmente a prisão é convertida em preventiva, por tratar-se de delito de intensa gravidade –, sem falar na consequente e provável condenação, como soi acontecer em delitos desta natureza, cujo inquérito se inicia com auto de prisão em flagrante.

E isto tudo ocorre rotineiramente, diante dos nossos olhos, sem que o Delegado de Polícia, o Promotor de Justiça e até mesmo, muitas vezes, o próprio Juiz de Direito, possam tomar alguma providência, porque ficam de **“mãos amarradas”**, já que, normalmente, restam a palavra dos milicianos contra a dos supostos acusados – e que, por óbvio, nesse confronto, há que prevalecer a palavra daqueles, tidos como **“agentes da lei”** e que por isso mesmo, são providos de **“fé pública”** – grifei.

Quase todos os dias, durante as audiências criminais, já se tornou uma constante ouvir lamentações de acusados acerca dos seus direitos que são negados pelos policiais militares, em abordagens rotineiras, ou reclamações acerca de sevícias por eles sofridas por ocasião dessas abordagens, sem que lhes seja possibilitado o encaminhamento ao IGP para o necessário e indispensável exame de corpo de delito. Somente quando chega ao Fórum e tomamos conhecimento dessa prática repugnante, é que tomamos as providências cabíveis, mas, como se sabe, sem qualquer êxito,

uma vez que, pelo decurso do tempo, as lesões tendem a desaparecer, e o expert nada mais pode fazer.

É chegada a hora de dar um basta. A Justiça não pode fechar os olhos para esses absurdos que teimam em se repetir.

Mas, voltando aos autos, não se vislumbra neste cartapácio outro entendimento que não seja o réu usuário de cocaína, como ele mesmo admitiu, uma vez que a prova coligida não foi capaz de criar um cenário criminoso de tráfico de droga, considerando que além da alegada apreensão, ocorrida em circunstâncias duvidosas, nada mais veio aos autos que transmudasse essa concepção dos fatos.

Os autos demonstram que o acusado, além de pertencer à família tradicional – e que goza de respeitabilidade no seio da sociedade lageana –, tem profissão definida, estava finalizando o curso de Direito e não tinha qualquer razão para se imiscuir no exercício do tráfico ilícito de entorpecentes.

É bom que se diga que não há qualquer prova a demonstrar ser o réu traficante de drogas, O que os autos demonstram, sem sombra de qualquer dúvida, é que o denunciado fazia uso esporadicamente de cocaína. Nada mais.

Assim, verificando-se que a prova coligida nos autos demonstra ser o réu apenas usuário de drogas, conforme enfatizado no curso de toda a instrução processual, deve, por isso, ser responsabilizado nos limites do tipo penal, que se amolda à sua conduta.

Sobre o assunto, entende o egrégio TJSC:

“(…); ‘Crime contra a saúde pública – Narcotraficância não suficientemetne comprovada – Desclassificação para o art. 16, da Leio Especial – Recurso provido – Não emergindo do conjunto probatório amealhado durante a fase intrutória elementos suficientes e convincentes a respeito da posse do tóxico destinada ao tráfico

ou ao consumo próprio, deve prevalecer, pela dúvida solução mais favorável ao agente.” (Apelação Criminal n. 28.2777, de Içara, rel. Des. Márcio Batista).

Sendo assim, necessária se faz a desclassificação do crime exposto no artigo 33, *caput*, para o artigo 28, *caput*, do Código Penal.

- DO CRIME DE DESACATO

No que tange à increpação de desacato, que teria sido praticado contra o policial Jackson, melhor sorte não socorre ao *dominus litis*, uma vez que é sabido que para a sua configuração, necessário se faz a presença do dolo específico, ou seja, a vontade livre e consciente de ultrajar e desprestigiar, “não bastando a mera enunciação de palavras ofensivas, em desabafo ou revolta momentânea” (RT 576/832), o que não é o caso dos autos.

Inicialmente, há que se ressaltar que somente a vítima alega ter sido desacatado pelo réu, uma vez que seu colega de farda, Saulo Roberto Nunes Oliveira, não ouviu qualquer coisa neste sentido, escutando, sim, o réu dizer que estava sendo perseguido pelo PM Jackson Xavier (ora vítima), não se configurando, desta feita, a suposta depreciação pessoal em razão da função exercida.

Mas, ainda que assim não fosse, ou seja, mesmo admitindo que o réu tenha dirigido alguma aleivosia contra à pessoa do PM Jackson, teria sido durante uma acalorada discussão, onde acabava de acontecer uma prisão – diga-se, de um dos envolvidos – o que desfigura o crime de desacato, não constituindo o fato infração penal.

A Jurisprudência não destoia desse entendimento:

“Absolve-se se as palavras ofensivas foram proferidas em momento de descontrole emocional, ao ser preso e quase arrastado para uma viatura de polícia” (TJDE, RT 779/621).

Deve, pois, o réu se absolvido da acusação de desacato.

Ante o exposto, JULGO PARCIALMENTE PROCEDENTE a denúncia de fls. II/V, para:

a) DESCLASSIFICAR a conduta exordialmente atribuída ao réu JOSÉ MOACIR RIBEIRO NETO, já devidamente qualificado nos autos, para o crime porte de material entorpecente para uso próprio, previsto no artigo 28, da Lei ° 11.343/06, e, APLICAR-LHE a medida educativa de advertência.

b) ABSOLVER o acusado JOSÉ MOACIR RIBEIRO NETO, já adredemente qualificado, da increpação de desacato (CP- art. 331), o que faço com fulcro no artigo 386, incisos III e VII, do Código de Processo Penal.

Condeno-o, outrossim, ao pagamento despesas processuais.

Ante a desclassificação operada, concedo ao sentenciado o direito de aguardar em liberdade pelo julgamento de eventual recurso que porventura venha a ser interposto contra esta decisão, sem olvidar que não mais persistem os motivos que ensejaram a medida odiosa (CPP- art. 312).

Expeça-se, pois, em favor do réu, o competente Alvará de Soltura, devendo ele ser posto imediatamente em liberdade, se por outro motivo não estiver preso.

Transitada em julgado:

- 01) Inscreva-se o nome do réu no Livro Rol dos Culpados;
- 02) Cumpra-se o disposto no art. 768, do Código de Processo Penal, encaminhando-se cópia deste *decisum* à ilustrada Autoridade Policial local;
- 03) Oficie-se à Justiça Eleitoral do domicílio do réu, para as providências necessárias, remetendo-se-lhe cópia desta Sentença;
- 04) Cumpra-se o disposto nos artigos 90, e seu parágrafo único, e 244, ambos do CNCGJ/SC;

05) Voltem os autos conclusos a fim de que seja designada a audiência de advertência; e,

06) Pagas as custas processuais e procedidas as anotações de praxe, archive-se os autos, com a devida baixa nos registros competentes.

P. R. I.

Lages (SC), 02 de março de 2012.

Geraldo Corrêa Bastos
JUIZ DE DIREITO

COMARCA DE OTACÍLIO COSTA

Autos n. 086.10.001517-0

Ação: Inquérito Policial/Indiciário

Indiciado: Acácio Lourenço da Silva

Vistos etc.

Trata-se de inquérito policial que apura a prática, em tese, de apropriação indébita de material lenhoso, que foi apreendido pela Polícia Ambiental, mas que foi deixado na residência do próprio infrator ambiental, fato criminoso que teria ocorrido por volta do ano 2008, figurando como suspeito o Lavrador, de quase setenta anos de idade, ACÁCIO LOURENÇO DA SILVA.

Alega o indiciado que teria sido autorizado a usar a lenha por uma mulher do IBAMA, e agora, pretende o MPSC que a Polícia vá descobrir quem é que é tal pessoa, bem como se ela é uma das Policiais Ambientais mencionadas nos autos!

Data venia, por falta de justa e razoável causa, deve-se obstar que o presente Inquérito Policial figure como fator de inviabilização da investigação e multiplicação de despesa judiciária, trancando sua tramitação, sob pena de inviabilização do sistema policial com custosas investigações cujo sucesso não só é de pouquíssima probabilidade, como também, acaso havido, pouco importam para a persecução penal, a qual, em última análise, tende à prescrição, dado o transcurso de tempo para uma pena mínima de um ano de privação de liberdade.

Tenho que a falta de justa causa para o prosseguimento da presente ação, impedindo a feitura de uma denúncia, ou seu recebimento, acaso tivesse sido oferecida, neste caso excepcional impede também que se

promova a realização de novas diligências, ou seja, mais baixas à Delegacia de Polícia para ainda mais diligências. Ora, somente o fato de se tratar de uma baixa, implica total carência de indícios resultantes de uma investigação que nunca foi priorizada, com algum motivo discricionário.

Por experiência, em que pese o esforço da autoridade policial em ultimar os trabalhos já realizados, sabe-se que dificilmente se consegue algum resultado útil, mormente em se tratando de diligências tendentes a elucidar um suposto crime menor realizado por pessoa humilde que pretendia não morrer de frio, queimando lenha. Ou seja, um objeto cujo valor pode ser considerado bagatela quando comparado ao dano efetivado causado por outros crimes ambientais maiores, ou inclusive os crimes contra a vida, cujo empenho policial demanda esforços imediatos que não podem ser desperdiçados.

Discricionariamente, inevitavelmente, tratarão as autoridades policiais de estabelecer o que é prioridade dentro de seu quadro sabidamente carente de recursos humanos e materiais da Otacílio Costa, decorrendo daí que é lícito a este Juízo, por economia, desde já, ultimar o procedimento que reputo, senão fadado à inutilidade, no mínimo desproporcional à despesa que está gerando para o contribuinte, e portanto, abarcado pelo Princípio da Insignificância.

O Princípio da Insignificância, cunhado por CLAUD ROXIN em 1964, também chamado de Princípio da Bagatela, visa excluir a tipicidade de certos fatos formalmente típicos, mas que não representam uma ofensa a bens ou a interesses tutelados na ordem penal, segundo CÁSSIO VINICIUS D. C. V. LAZZARI PRESTES, em sua obra "*O Princípio da Insignificância Como Causa Excludente da Tipicidade no Direito Penal*" (1ª ed. São Paulo: Memória Jurídica, 2003, p. 36)

Argumenta-se, para tanto, que a intervenção do Direito Penal é dispensável ou socialmente irrelevante quando não se demonstra efetiva

proporcionalidade entre a gravidade da conduta e a drasticidade da repressão penal prevista.

No mesmo sentido, FERNANDO CAPEZ:

A tipicidade penal exige um mínimo de lesividade ao bem jurídico protegido, pois é inconcebível que o legislador tenha imaginado inserir em um tipo penal condutas totalmente inofensivas ou incapazes de lesar o interesse protegido. Se a finalidade do tipo penal é titular um bem jurídico, sempre que a lesão for insignificante, a ponto de se tornar incapaz de lesar o interesse protegido, não haverá adequação típica. É que no tipo não estão descritas condutas incapazes de ofender o bem tutelado, razão pela qual os danos de nenhuma monta devem ser considerados atípicos. (*Curso de Direito Penal*, vol. 1., 8ª ed., Saraiva: São Paulo. 2005, p. 14).

Sobre o assunto CÁSSIO VINÍCIUS D. C. V. LAZZARI PRESTES leciona:

O princípio da insignificância surge como uma forma de interpretação restritiva, restringindo o âmbito de incidência do Direito Penal, ao tornar materialmente atípicas condutas que, não obstante, se amoldem à descrição legal e abstrata de infração penal, não lesionem de forma significativa bens jurídicos de importância primária para o corpo social. Com base na concepção material da tipicidade a adoção de referido princípio revela e reforça o caráter fragmentário e subsidiário do Direito Penal, reduzindo o campo de sua tutela a valores sociais imprescindíveis. Efetivamente deve-se excluir de sanção penal fatos de ínfima importância. Não há como considerar-se típicas na esfera penal, condutas que, no caso concreto, apresentem grau de gravidade insignificante, ainda que se subsumam a um tipo penal. Relembre-se que a tipicidade é também material e não deve abranger condutas cujo grau de injusto seja ínfimo. Esta atipicidade penal de fatos bagatelares não significa ausência de tutela jurídica, não significa que esses fatos sejam juridicamente indiferentes, são fatos jurídicos porque repercutem na órbita do Direito e merecem tratamento desta ciência, entretanto, em razão de sua insignificância não incide sobre eles o Direito Penal e, referida tutela, dar-se-á em outras esferas do Direito como a Civil ou Administrativa. O princípio da insignificância é uma forma de correção da descrição abstrata do tipo penal. Verifica-se que o legislador ao elaborar uma norma

penal descreve as condutas de forma genérica e acaba por englobar nesta descrição, juntamente com prejuízos graves, outros que não deveriam ser objeto de sanção penal em razão de constituírem casos leves, inócuos. Sempre que se chega à conclusão de que a ofensa foi mínima ou insignificante, é dizer, que não alcançou a magnitude suficientemente inequívoca a qual permite identificar a existência de uma clara situação de risco para o bem jurídico tutelado, resulta mais adequado retirar esse fato do âmbito do penalmente punível, reconhecendo sua insignificância (exclusão da tipicidade). (*in O Princípio da Insignificância como Causa Excludente da Tipicidade no Direito Penal*. Memória Jurídica: São Paulo, 2003, p. 62/63)

E, ainda, LUIZ FLÁVIO GOMES: “*De tudo resulta projetar a cláusula de justa causa, do artigo 648, I, do Código de Processo Penal, para uma sede constitucional, como princípio não expresso, mas presente na Constituição, de modo a englobar, com a força normativa de um princípio constitucional, não só a falta de interesse de agir, a falta de suporte probatório mínimo, a ausência de tipicidade, a insignificância da lesão ao bem jurídico penal, mas toda e qualquer circunstância que indique o descompromisso com a lógica do custo-benefício que deve presidir a demanda penal.*” (*in Justa Causa Penal Constitucional*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 109.)

Por fim, da jurisprudência do STJ, podemos citar: “*O princípio da insignificância considera necessária, na aferição do relevo material da tipicidade penal, a presença de uma mínima ofensividade da conduta do agente, nenhuma periculosidade social da ação, reduzindo grau de reprovabilidade do comportamento e inexpressividade da lesão provocada. (precedentes HC 84.412, STF, Rel. Min. Celso Mello)*” (RESP 406986/MG, Relator o Min. HÉLIO QUAGLIA BARBOSA, publicado em 17.12.2004).

As circunstâncias do delito, já processado pela Polícia Ambiental há tempos, a meu ver, não demandam uma desproporcional e nova investigação agora pela Polícia Civil para fins de atendimento de um ideal processual que fundamentou doutrina e jurisprudência tão antiga quanto o CPP – como a nota desfavorável de CELSO DELMANTO ao art. 16

do CPP, em seu *Código de Processo Penal Anotado* - a qual não se ignora, mas que não pode ser observada em termos absolutos, em detrimento de outros princípios processuais e constitucionais modernos. De outro modo, agigantar-se-ão pilhas de processos penais nos escaninhos do Poder Judiciário, especialmente os movidos contra párias frutos da injustiça social, enquanto é manifesto que a impunidade grassa entre agentes que ocupam cargos de autoridade pública e pessoas de grandes posses, que com aquelas se relacionam.

Uma necessidade de profundas mudanças, justamente para evitar esse empenho irracional em investigações, já foi sugerida pelo Des. LÉDIO ROSA DE ANDRADE no seu artigo científico *Atuação do Ministério Público e Teorias Penais*. Em síntese, podemos dizer que tal artigo, por meio de gráficos, tabelas e estatísticas já demonstrou um dos fundamentos desta decisão de trancamento, decisão que visa defender que o Ministério Público atue com mais ênfase na inibição de crimes que atentam contra os interesses coletivos relevantes.

Podemos citar da doutrina de LÉDIO ROSA DE ANDRADE:

O Ministério Público, por força constitucional, não só é titular da ação penal pública, ou seja, possui obrigação de denunciar todos os crimes desta natureza, como, também, é um órgão fiscalizador do sistema policial e carcerário. Por isto, não se justifica o ínfimo número de denúncias contra o crime de tortura, como pode ser observado no gráfico 10; ou contra a lavagem de dinheiro, 0,0036%, nos termos do gráfico 5; ou contra a corrupção, gráficos 5, 10, e 17. Mas uma vez, vê-se um princípio constitucional não sendo observado. As dificuldades na apuração destes delitos sempre é um argumento brandido para justificar a omissão na necessária e obrigatória perseguição legal. Por maior que sejam as dificuldades, isto não justifica a opção, demonstrada estatisticamente, pela persecução em percentual bastante avantajado dos crimes contra o patrimônio privado, quando o patrimônio público e outros valores sociais relevantes estão sendo atacados impunemente. Possíveis dificuldades devem ser enfrentadas, e a solução não está na liberação de práticas

delituosas tão danosas à sociedade, consumadas em grande escala e impunes. Os dados até agora estudados deixam claro que os objetivos fundamentais da República, bem como os princípios da humanidade e o republicano não são observados. Em realidade, o Ministério Público efetua - assim como o legislador e o Poder Judiciário - uma atividade seletiva, priorizando o combate aos crimes que atentam contra os valores básicos do sistema capitalista, como a propriedade privada, sendo, ao mesmo tempo, bastante tolerante ou omisso quando os pólos se invertem, ou seja, o criminoso é um dos integrantes do sistema. ANDRADE, Lédio Rosa. *Atuação do Ministério Público e Teorias Penais*. Artigo científico apresentado na rede de mensagens magis@tjsc.jus.br, em janeiro de 2010).

E prossegue o eminente jurista, no capítulo das conclusões do seu notável artigo:

Os princípios norteadores do Direito Penal, bem como a doutrina jurídica penal, conforme estudados no decorrer do trabalho, deixam muito evidente uma forma distorcida de ver e apresentar as normas penais. A teoria penal dogmática peca ao apresentar as normas penais como representadoras, de fato, dos valores sociais mais elevados. Não são, pois há uma escolha política e isto implica interesses de poder. O corolário é a não identificação entre o antijurídico com o anti-social. Também falseia a realidade quando afirma que os aparelhos repressivos do Estado atuam de forma igual para todos. Tanto a Lei em si, como a atuação prática das instituições, afastam-se de um tratamento isonômico. Há, portanto, seletividade no arcabouço jurídico e na atuação das autoridades. **Duas conclusões surgem: a) não há coerência entre teoria e prática; e b) na atuação do Ministério Público há seletividade.** Tanto na legislação como no site oficial do Ministério Público, a Instituição aparece como “essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.” Defender a ordem jurídica não significa escolher ou atuar para reprimir com primazia os delitos contra o patrimônio privado. Bem ao contrário, a defesa da ordem jurídica exige a isonomia de ação e perseguição jurídica. Da mesma forma, a defesa da democracia e dos interesses sociais e coletivos indisponíveis não está atrelada aos valores do sistema liberal capitalista, que possui a propriedade privada e o livre mercado como pilares estruturantes. Na Constituição Federal, e nos seus princípios

atrás estudados, não existe qualquer comando determinado a proteção prioritária do patrimônio particular em detrimento de tantos outros valores necessários à consolidação da própria democracia. Os dados apresentados não são resultado de determinações legais, mas de opção de atuação. E esta opção é uma opção ideológica. Neste ponto há outra conclusão: os princípios constitucionais penais não são efetivos, em particular naqueles pontos que dizem respeito aos objetivos fundamentais de nossa República, à igualdade de todos diante da lei e da dignidade do ser humano. Estas conclusões, entretanto, não podem servir para desqualificar o Ministério Público como instituição imprescindível ao sistema democrático. Ao revés, em primeiro lugar, servem para pô-lo, como deve estar toda instituição pública, nas trilhas da democracia, ou seja, sujeito ao debate coletivo e à crítica. Qualquer instituição que se entenda acima do bem e do mal, como paladina incondicional da Justiça, assume uma posição autoritária e efetua um desserviço democrático. Segundo, a demonstração da incoerência entre a teoria e a função institucional pretendida, com a efetiva prática, pode resultar em mudanças imprescindíveis ao aperfeiçoamento democrático. Aliás, os próprios dados assim já indicam, pois os gráficos 10 a 16 demonstram que nos últimos anos há um aumento de denúncias para apurar e punir outros crimes não diretamente relacionados ao patrimônio privado das vítimas. Não se está defendendo democracia como dependente da repressão penal. Pensa-se democracia como resultado de justiça social. Entretanto, não poderá haver democracia com atuação seletiva das instituições, seleção esta direcionada à repressão dos estamentos sociais menos favorecidos, sob a ótica econômica e de poder. A importância social do Ministério Público está posta e não se discute. Mas sua atuação, sim, está sob discussão, como se faz necessário em qualquer democracia. Os dados apresentados demonstram a necessidade de profundas mudanças se, de fato, a Instituição deseja ser uma efetiva guardiã da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis. (ANDRADE, Lédio Rosa. *Atuação do Ministério Público e Teorias Penais*. Artigo científico apresentado na rede de mensagens magis@tjsc.jus.br, em janeiro de 2010).

Não se pode obrigar o Ministério Público a renunciar ao direito-dever de exercer a ação penal, contudo, assim como a falta de justa causa se opera para o prosseguimento dela, seu início, se opera também em sentido

inverso, sob pena de restar ao Magistrado papel de mero observador da política criminal, da qual deve ser um dos protagonistas, pois julgador final de todos os procedimentos penais. Assim, deve o Judiciário envidar esforços para não deixar a Polícia Civil totalmente empenhada em crimes que se dão sempre em bairros da periferia, em função de pessoas das mais baixas classes sociais, como no caso dos autos, um LAVRADOR, e em função disso sem tempo para investigar gravíssimas condutas previstas nos tipos penais encerrados em leis especiais que raramente são objeto de decisões deste Magistrado, crimes os quais são a causa das injustiças sociais antes mencionadas, origem remota dos crimes mais comuns em nossa sociedade, e que portanto devem ser estabelecidos como prioridade dentro do que é possível em uma realidade de possibilidades limitadas.

De outro modo, continuarão as estatísticas a confirmar as conclusões do Des. LÉDIO ROSA, antes citadas, na qual se denuncia uma inversa seletividade na atuação ministerial catarinense.

Diante do exposto, NÃO HAVENDO JUSTA CAUSA (art. 395, III, do CPP), e ainda, tratando-se de bagatela o objeto da investigação, não só pelo seu valor econômico, mas pelas circunstâncias do suposto crime, sua lesividade e seu agente, impõe-se a concessão de *HABEAS CORPUS* em favor do investigado, e assim, o trancamento dos autos sem as diligências requeridas pela diligente Promotora de Justiça.

Comunique-se à Delegacia de Polícia, com cópia da presente.

P. R. I.

Após, archive-se.

Otacílio Costa, 7 de fevereiro de 2012.

Fernando Cordioli Garcia
JUIZ DE DIREITO

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. Curitibanos, 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 — Saguçu
CEP: 89201-900 — Joinville
Telefone: (47) 3461-8500

Fórum da Comarca de Lages
Rua Belisário Ramos, 3.650 — Centro
CEP: 88501-902 — Lages
Telefone: (49) 3221-3500

Fórum da Comarca de Laguna
Rua Arcângelo Bianchini, 69 — Centro
CEP: 88790-000 — Laguna
Telefone: (48) 3644-8300

Fórum da Comarca de Lauro Müller
Travessa 20 de Janeiro, s/n — Centro
CEP: 88880-000 — Lauro Müller
Telefone: (48) 3464-8600

Fórum da Comarca de Lebon Régis
Rua Valdir Ortigari, 45 — Centro
CEP: 89515-000 — Lebon Régis
Telefone: (49) 3247-6000

Fórum da Comarca de Mafra
Av. Cel. José Severiano Maia, 863 — Centro
CEP: 89300-000 — Mafra
Telefone: (47) 3641-4200

Fórum da Comarca de Maravilha
Av. Anita Garibaldi, 1.181 — Centro
CEP: 89874-000 — Maravilha
Telefone: (49) 3664-8800

Fórum da Comarca de 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

ACÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE

2012.039099-9 – Xanxerê..... 115

AGRAVO EM EXECUÇÃO PENAL

2012.023935-4 – Joinville 583

AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO

2011.083158-8 – Capital..... 495

AGRAVOS DE INSTRUMENTO

2011.052477-9 – Joinville 332

2011.066942-0 – Palhoça 165

APELAÇÃO CÍVEL EM MANDADO DE SEGURANÇA

2011.095995-8 – Curitiba..... 429

APELAÇÕES CÍVEIS

2007.022656-4 – Chapecó 534

2007.057649-0 – Capital..... 292

2008.018013-7 – Blumenau 241

2008.029371-9 – Joinville 308

2008.044618-3 – Gaspar 409

2009.014095-4 – Seara 464

2009.021651-4 – Caçador 312

2010.023305-7 – Blumenau 378

2010.048043-6 – Guaramirim..... 225

2011.013770-3 – Jaguaruna..... 418

2011.017844-8 – Navegantes..... 145

2011.043809-0 – Catanduvas 124

2011.063643-8	– Joinville	338
2011.065769-0	– Blumenau	200
2011.092169-8	– Capital/Estreito.....	370
2011.092170-8	– Capital/Estreito.....	370
2011.096055-9	– Canoinhas.....	217
2011.098910-2	– Joinville	276
2012.008499-3	– Campos Novos	136
2012.017315-9	– Laguna.....	171
2012.028828-5	– Criciúma.....	352

APELAÇÕES CRIMINAIS

2011.007685-2	– São José.....	631
2011.029834-8	– São José.....	590
2011.038181-8	– Orleans	681
2011.070115-1	– Blumenau	571
2012.001747-3	– Lages.....	555
2012.005784-8	– Laguna.....	641

CONFLITO DE COMPETÊNCIA

117.902 (STJ)	– Santa Catarina	89
---------------	------------------------	----

HABEAS CORPUS

221.594 (STJ)	– Santa Catarina	96
---------------	------------------------	----

MANDADO DE INJUNÇÃO

1064 (STF)	– Santa Catarina	63
------------	------------------------	----

MANDADO DE SEGURANÇA

2009.039767-0	– Taió	345
---------------	--------------	-----

RECLAMAÇÃO

13218 (STF) – Santa Catarina67

RECURSO CRIMINAL

2011.040977-6 – Brusque703

RECURSO ESPECIAL

1.239.147 (STJ) – Santa Catarina 102

SENTENÇAS

023.08.035715-9 – Capital.....766

023.08.037396-0 – Capital.....866

033.07.039558-9 – Itajaí828

038.07.030145-7 – Joinville774

039.08.000292-5 – Lages.....782

039.11.018814-2 – Lages.....935

047.11.001479-7 – Papanduva850

082.09.007575-9 – Capital.....747

086.10.001517-0 – Otacílio Costa 949

ÍNDICE POR ASSUNTO

AÇÃO ANULATÓRIA CUMULADA COM INDENIZAÇÃO POR PERDAS E DANOS

— Débito de IPTU – Execução fiscal. Citação do devedor remetida a endereço estranho. Arrematação do bem constritado. Não participação do arrematante no feito anulatório. Recurso parcialmente provido. Maioria de votos. VOTO VENCIDO.....418

AÇÃO COMINATÓRIA C/C DESAPROPRIAÇÃO

— Ações distintas com julgamento simultâneo – Área de terra inundada pelo reservatório de hidrelétrica. Cominatória julgada parcialmente procedente para reconhecer o direito de relocação da parte do imóvel atingida. Desapropriação. Sentença ilíquida. Possibilidade. Juros compensatórios. Adequação. Recurso parcialmente provido.....464

AÇÃO DE ADIMPLENTO CONTRATUAL

— Contrato de participação financeira para aquisição de linha telefônica – Complementação das ações emitidas em quantidade inferior. Extinção do feito sem julgamento do mérito. Ilegitimidade ativa da demanda em face da ausência de provas e da titularidade da linha telefônica. Carência probatória. Sentença mantida. Recurso desprovido.....338

AÇÃO DE DESTITUIÇÃO DO PODER FAMILIAR C/C PEDIDO DE ADOÇÃO

— Decisão em favor do pai afetivo, que criou desde o nascimento (1997) a filha de sua esposa, fruto de relação extraconjugal – Reconhecimento de paternidade e retificação de registro civil, declarando a infante como filha legítima do ora réu, pai biológico. Insubsistência. Autor e filha socioafetiva recolocados à situação legal justa, que não merecia alteração na esfera do direito. Prevalência da relação baseada no amor, na solidariedade e na aceitação recíproca. Recurso desprovido. Maioria de votos. VOTO VENCIDO.....241

AÇÃO DE INDENIZAÇÃO

— Acidente de transporte – Queda de *ferry boat*. Morte de passageiro. Indenização. Cláusula de incolumidade. Culpa exclusiva da vítima. Embriaguez do passageiro que não é causa de isenção. Negligência. Obrigação de indenizar. Recurso desprovido.....145

AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS

— Emissão de cheques sem provisão de fundos – Aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor. Portador do título não correntista do banco. Consumidor por equiparação. Responsabilidade civil objetiva. Teoria do risco da atividade. Dano material. Fornecimento de talão de cheques sem nenhum controle. Omissão do banco. Nexo causal. Dever de reparar o prejuízo causado. Sentença reformada. Recurso provido.171

AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS

— Corpo estranho encontrado dentro de garrafa de água mineral lacrada – Sentença de improcedência. Presença de sujidade incontroversa. Existência ou não de dano moral, haja vista a não ingestão do líquido contaminado. Consumo de várias unidades anteriores. Abalo anímico configurado. Quebra de confiança do consumidor, cliente assíduo da marca. Falta de higienização adequada pela empresa produtora. Descaso com o público. Recurso provido. Maioria de votos. VOTO VENCIDO.....312

AÇÃO DE RECONHECIMENTO E DISSOLUÇÃO DE UNIÃO ESTÁVEL C/C REGULAÇÃO DE GUARDA

— Requisitos comprovados – Guarda compartilhada. Situação que melhor atende aos interesses da criança. Acordo entre os genitores. Indícios de prática de alienação parental, pelo pai contra a mãe. Advertência. Forte animosidade entre os litigantes. Determinação de ofício que a continuidade da guarda fique vinculada à submissão de ambos a tratamento psicológico,

a ser realizado sob a supervisão do conselho tutelar. Recurso da autora parcialmente provido e o do réu desprovido.....200

AÇÃO DECLARATÓRIA DE NULIDADE DE DUPLICATA C/C DANOS MORAIS

— Documento emitido por empresa de transporte aéreo internacional de mercadoria importada com recolhimento de ICMS correspondente – Importador que invoca a existência de isenção fiscal e a inviabilidade da exigência da emissão de duplicata mercantil. Nota de débito que não se confunde com duplicata. Documento representativo de despesa da transportadora omitida na fatura de serviço. Inaplicabilidade. Eventual direito à isenção fiscal que não pode ser oposto à transportadora. Importadora que é a contribuinte dos impostos recolhidos antecipadamente pela empresa de transporte. Inscrição da devedora no cadastro de proteção ao crédito. Dano moral inexistente. Recurso desprovido.409

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE

— Medida cautelar – Artigo de Lei Estadual e Decreto Legislativo Municipal. Majoração do número de vereadores. Necessidade de emenda à Lei Orgânica. Alegada afronta às Constituições Federal e Estadual. Requisitos da cautelaridade presentes. *Fumus boni juris* e *periculum in mora*. Risco à eficácia plena e à perfeita atuação do provimento final. Cautelar deferida. ...115

AÇÃO INVESTIGATÓRIA DE PATERNIDADE C/C ALIMENTOS

— Investigado que não compareceu, por seis vezes ao longo de oito anos, para realizar o exame de DNA, embora ele próprio o tenha requerido – Presunção de paternidade diante da recusa. Prova testemunhal que evidencia o relacionamento amoroso exclusivo e duradouro entre ele e a mãe do autor no período da concepção. Vínculo da paternidade devidamente reconhecido. Demanda aforada quando o autor era menor e alcançada a maioridade no curso da ação. Alimentos devidos entre a data da citação

e o dia em que o investigante completou 24 anos. Recurso parcialmente provido.....276

ACÇÃO ORDINÁRIA

— Resolução de contrato de compra e venda de quotas sociais de empresa e indenização por perdas e danos – Inadimplência dos compradores. Procedência parcial dos pedidos. Afastamento da incidência da cláusula penal. Estipulação apenas para o exercício de pretensão judicial de cumprimento de qualquer das cláusulas avençadas. Perdas e danos. Eficácia restitutória da sentença. Possibilidade de ulterior liquidação. Recursos parcialmente providos.378

ACÇÃO ORDINÁRIA DE PRECEITO COMINATÓRIO C/C PERDAS E DANOS

— Proibição de a ré utilizar marca registrada em seu nome – Registro no Instituto Nacional de Propriedade Industrial cuja desconstituição não se discute neste processo. Autorização de uso exclusivo da marca no território nacional. Pretensão de que a requerida não utilize a expressão “Ocean Brazil”. Improcedência. Falta de provas sobre a utilização pela ré da marca anteriormente registrada em nome da autora. Recurso desprovido.....352

AGRAVO DE INSTRUMENTO

— *Vide* Recurso

AGRAVO REGIMENTAL

— *Vide* Recurso.

ATO DAS DISPOSIÇÕES CONSTITUCIONAIS TRANSITÓRIAS DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

— Art. 34429

— Art. 91429

CÓDIGO CIVIL

— Art. 50332
 — Art. 102828
 — Art. 122, segunda parte370
 — Arts. 159 e seguintes (1916)225
 — Art. 166, V.....828
 — Art. 178 (1916).....378
 — Art. 179 (1916).....378
 — Art. 182378
 — Art. 188774
 — Art. 206, § 3º, V378
 — Art. 219782
 — Art. 225850
 — Art. 231276
 — Art. 232276
 — Art. 322782
 — Art. 369782
 — Art. 397774
 — Art. 405747
 — Art. 406782
 — Art. 410378
 — Art. 411378
 — Art. 412378
 — Art. 474378
 — Art. 475378
 — Art. 478782
 — Art. 550828
 — Art. 603782
 — Art. 916 (1916).....378
 — Art. 917 (1916).....378
 — Art. 918 (1916).....378
 — Art. 919 (1916).....378

— Art. 927, parágrafo único	171
— Art. 944	145
— Art. 948, I e II.....	145
— Art. 999, I, II e III (1916)	534
— Art. 1.010 (1916)	782
— Art. 1.052	332
— Art. 1.061 (1916).....	782
— Art. 1.092, parágrafo único	378
— Art. 1.200	828
— Art. 1.228	828
— Art. 1.238 e parágrafo único.....	828
— Art. 1.258	828
— Art. 1.259, <i>in fine</i>	828
— Art. 1.593	241
— Art. 1.596	241
— Art. 1.597	241
— Art. 1.601	241
— Art. 1.604	241
— Art. 1.605	241
— Art. 1.606	217
— Art. 1.616	217
— Art. 1.634	241
— Art. 1.635, V.....	241
— Art. 1.637	241
— Art. 1.638	241
— Art. 1.694, § 1º.....	276
— Art. 1.723	200
— Art. 2.028	378, 828

CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR (Lei n. 8.078/1990)

—	782
— Art. 2º.....	534
— Art. 2º, parágrafo único.....	171
— Art. 3º, § 2º	171, 850

— Art. 6º, I.....	312
— Art. 6º, V.....	370
— Art. 6º, VIII.....	338, 850
— Art. 12, § 3º.....	312
— Art. 14, <i>caput</i> , e § 1º.....	171
— Art. 17.....	171
— Art. 18, <i>caput</i>	850
— Art. 20, § 3º.....	171
— Art. 29.....	171
— Art. 50.....	850
— Art. 51, IV.....	370
— Art. 52.....	534

CÓDIGO DE ÉTICA DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL

— Art. 17.....	292
— Art. 18.....	292
— Art. 19.....	292
— Art. 20.....	292

CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

— Art. 3º.....	338, 464, 495
— Art. 13.....	292
— Art. 14, I, II e III.....	292
— Art. 14, III.....	225
— Art. 17, I, II e V.....	292
— Art. 18.....	225
— Art. 18, §§ 1º e 2º.....	292
— Art. 20.....	165
— Art. 20, § 3º.....	312, 774, 747
— Art. 20, § 4º.....	370, 292, 464, 766, 782, 747, 828
— Art. 21, <i>caput</i>	782
— Art. 37.....	292
— Art. 47.....	418

— Art. 70, III	464, 747
— Art. 82	225
— Art. 103	370
— Art. 130	850, 782
— Art. 131	850
— Art. 132	136
— Art. 188	534
— Art. 213	534
— Art. 219	378
— Art. 222	534
— Art. 223	534
— Art. 241, I	534
— Art. 258	165
— Art. 259, VII	165
— Art. 264	276, 495
— Art. 267, V	292, 464
— Art. 267, VI	338, 495
— Art. 269, I	747, 828
— Art. 272	782
— Art. 273	165
— Art. 282	747
— Art. 282, I e II	703
— Art. 282, V	165
— Art. 283	747
— Art. 286	534
— Art. 289	378
— Art. 295, parágrafo único	850
— Art. 297	534
— Arts. 300 e seguintes	747
— Art. 302	782
— Art. 319	145, 534
— Art. 320	145
— Art. 320, I	850
— Art. 327	495

— Art. 330, I.....	370
— Art. 330, II.....	145
— Art. 333	312, 782
— Art. 333, I.....	338, 145, 136, 352, 534, 747, 828
— Art. 333, II.....	217, 171, 747
— Art. 334	782
— Art. 334, III	850
— Art. 335	409, 782
— Art. 383	850
— Art. 396	136
— Art. 397	136
— Art. 398	378
— Art. 405	276
— Art. 414, § 1º.....	276
— Art. 436	136
— Art. 462	352
— Art. 472	464
— Art. 475, I.....	464
— Art. 475-J.....	747
— Art. 475-L, VI.....	378
— Art. 475-Q, § 1º	145
— Art. 486	418
— Art. 499	124
— Art. 515, § 1º.....	370
— Art. 522	345
— Art. 523, § 1º.....	464
— Art. 527, II e III.....	345
— Art. 535	766
— Art. 557, § 1º.....	495
— Arts. 730 e seguintes.....	766
— Art. 899	370
— Art. 934, I.....	828
— Art. 941	165

CÓDIGO DE PROCESSO PENAL

— Art. 16	949
— Art. 41	681
— Art. 156	590
— Art. 212	631
— Art. 312	703, 935
— Art. 319	555
— Art. 319, III e IV.....	703
— Art. 383	590
— Art. 386, II, IV e VI.....	631
— Art. 386, III	866
— Art. 386, III e VII	935
— Art. 386, V.....	571
— Art. 386, VII.....	590
— Art. 395, I, II e III.....	681
— Art. 395, III	949
— Art. 396	681
— Art. 396-A.....	681
— Art. 397	555, 681
— Art. 397, III	681
— Art. 408, <i>caput</i> e § 1º	703
— Art. 409	703
— Art. 413, § 3º.....	703
— Art. 414	703
— Art. 581, IV	703
— Arts. 581 e seguintes.....	583
— Art. 587	583
— Art. 593, I.....	681
— Art. 648, I.....	949

CÓDIGO PENAL

— Art. 14, II.....	631, 555, 590, 703
— Art. 28, <i>caput</i>	935
— Art. 29	866

— Art. 33	641, 583
— Art. 33, § 2º, a	590
— Art. 33, §§ 2º e 3º	571
— Art. 44	641
— Art. 44, I	590
— Art. 44, II e III	571
— Art. 49, <i>caput</i> , e §§ 1º e 2º	571
— Art. 59	641
— Art. 60, <i>caput</i>	571
— Art. 61, I	571
— Art. 61, II, h	571
— Art. 64, I	571
— Art. 69	555, 590, 703
— Art. 71	631, 590
— Art. 77, <i>caput</i> , I e II	571
— Art. 77	590
— Art. 121, <i>caput</i>	571, 703
— Art. 155, <i>caput</i>	703
— Art. 155, § 2º	555, 681
— Art. 155, § 4º, I	555
— Art. 157, § 2º, I e II	571, 590, 102
— Art. 157, § 3º, segundo parte	590
— Art. 158, <i>caput</i>	866
— Art. 171, <i>caput</i>	631
— Art. 180, <i>caput</i>	590
— Art. 307	555
— Art. 331	935, 89
— Art. 345	866
— Art. 355, parágrafo único	292

CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL (Lei n. 5.172/1966)

— Art. 22, I	409
— Art. 170-A	429

CONFLITO DE COMPETÊNCIA

— Conflito negativo suscitado pela Terceira Turma de Recursos do Juizado Cível de Santa Catarina – Apelação criminal. Delito tipificado pelo art. 331 do Código Penal. Crime de menor potencial ofensivo. Processo que tramitou e foi julgado por juiz criminal. Competência do Tribunal de Justiça para analisar pedido formulado no recurso de apelação criminal defensivo. Recurso não conhecido. Concessão de *habeas corpus* de ofício. 89

CONSIGNAÇÃO EM PAGAMENTO E BUSCA APREENSÃO

— Depósito das prestações vencidas – Adimplemento de valor superior a oitenta por cento do débito. Mora descaracterizada. Ausente pressuposto da busca e apreensão do veículo. Sucumbência invertida em ambas as demandas. Recursos providos.370

CONSTITUIÇÕES

ESTADUAL-1989

— Art. 83, XI, XII e XIII 67
 — Art. 111, V115
 — Art. 117429

FEDERAL-1988

— Art. 1º747
 — Art. 1º, IV124
 — Art. 2º429
 — Art. 5º, IV, IX e X774
 — Art. 5º, V225
 — Art. 5º, XI935
 — Art. 5º, XXXII171
 — Art. 5º, XXXV 67
 — Art. 5º, XXXVI747
 — Art. 5º, XXXVIII 67
 — Art. 5º, XXXVIII, c703

— Art. 5º, XLIII	641
— Art. 5º, XLVI	641
— Art. 5º, LIV e LV.....	681
— Art. 5º, LXXI	63
— Art. 5º, LXXIV	276
— Art. 5º, LXXVIII.....	850
— Art. 24, XIII.....	124
— Art. 29, IV	115
— Art. 37, VII.....	67
— Art. 37, § 6º	145
— Art. 40, § 4º.....	63
— Art. 93, IX.....	67
— Art. 96, I.....	67
— Art. 100	464
— Art. 100, § 3º.....	766
— Art. 105, I, d.....	89
— Art. 105, III, a e c.....	102
— Art. 125	67
— Art. 126	67
— Art. 134, § 1º.....	124
— Art. 155, I e II, § 2º	429
— Art. 155, II, § 2º, X, a.....	429
— Art. 155, § 2º, XII, c.....	429
— Art. 170	124
— Art. 170, V.....	171
— Art. 182, § 3º.....	828
— Art. 226, <i>caput</i>	96
— Art. 226	241
— Art. 226, § 3º.....	200
— Art. 227	241
— Art. 229	241
— Art. 230	241

CRIME CONTRA A SAÚDE PÚBLICA

— Tráfico de drogas – Prisão em flagrante dos três réus. Conjunto probatório que indica a ocorrência do crime. Agentes policiais que visualizaram os réus arremessando a droga pela janela do veículo. Provas idôneas e suficientes para sustentar a condenação. Perdimento de bens. Apreensão de dinheiro em espécie com um dos réus fruto de pensão do INSS. Perda em favor da União revogada. Dosimetria das penas. Adequação individualizada. Recurso parcialmente provido.641

CRIME DE INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA

— Sentença absolutória – Insurgência da acusação. Acolhimento. Materialidade evidenciada. Gravação de escutas ilegais apreendida na residência da ré, que apresentou justificativa não convincente e sem respaldo probatório. Ônus que competia à defesa. Autoria provada. Condenação. Recurso provido.....571

DECLARATÓRIA DE DESONERAÇÃO DE FIANÇA

— Processual civil – Recurso dos autores interposto por advogada de uma das rés. Representação processual ofensiva ao art. 355, parágrafo único, do Código Penal e preceitos éticos do exercício da advocacia. Impossibilidade de juntada de procuração ou substabelecimento. Alteração da verdade dos fatos e atuação processual temerária. Multa e indenização por litigância de má-fé. Condenação. Recurso não conhecido.....292

EMENDAS CONSTITUCIONAIS

— N. 42/2003429
 — N. 58/2009115

ESTATUTO DA ADVOCACIA E DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL (Lei n. 8.906/1994)

— Art. 22, § 1º124

— Art. 23124
 — Art. 33292

ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE (Lei n. 8.069/1990)

— Art. 4º241
 — Art. 22241
 — Art. 24241
 — Art. 47, §§ 1º, 2º e 3º241
 — Art. 129, III200

ESTELIONATO

— Delito consumado e tentado em continuidade delitiva – Preliminar de nulidade. Ausência do Ministério Público na audiência de instrução e julgamento. Intimação válida. Violação ao princípio acusatório. Prova produzida que alicerçou a condenação. Nulidade insanável. Recurso provido631

EXECUÇÃO PENAL

— Agravo em execução penal – Falta grave. Regressão para o regime fechado. Sentença condenatória que fixou regime semiaberto. Impossibilidade de regressão além do limite da condenação. Ofensa à coisa julgada. Regressão afastada. Recurso provido583

FURTO PRIVILEGIADO

— Atipicidade de conduta – Impossibilidade de absolvição sumária sem prévia manifestação do réu. Afronta à ordem constitucional. Princípio da insignificância. Distinção. Impossibilidade de adoção de critério objetivo baseado no valor da coisa furtada. Sentença reformada. Recurso provido. Maioria de votos. VOTO VENCIDO681

FURTO QUALIFICADO

— Rompimento de obstáculo, na forma tentada – Absolvição sumária. Recurso ministerial. Delito praticado na forma qualificada. Incompatibilidade do reconhecimento do instituto. Tipicidade da conduta. Prisão em flagrante. Falsa identidade perante autoridade policial. Conduta que excede o direito à autodefesa. Crime formal. Recurso provido.555

HABEAS CORPUS

— Busca e apreensão de menor – Determinação de acolhimento institucional para posterior adoção. Ordem concedida..... 96

HOMICÍDIO

— Dupla tentativa em concurso material – Pronúncia. Vedação à supressão de instância impede substituição da prisão preventiva por medidas cautelares no segundo grau de jurisdição. *Iter criminis* que evidencia início dos atos de execução. Aplicação da teoria subjetiva. Desclassificação para lesão corporal afastada. Impossibilidade de absolvição sumária. Sentença de pronúncia mantida. Recurso desprovido. Maioria de votos. VOTO VENCIDO.703

HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS

— Alimentos – Extinção sem resolução do mérito. Justiça gratuita. Fixação de remuneração assistencial. Norma geral da União que determina o pagamento de defensor dativo nomeado. Sentença reformada. Fixação de honorários. Recurso provido.....124

INTERDIÇÃO

— Pretensão de juntada ao apelo de estudo social retirado de outro processo – Falta de caracterização de prova documental nova. Infração ao princípio da identidade física do juiz. Irrelevância. Cerceamento de defe-

sa inocorrente. Realização de terceira perícia médica. Prescindibilidade. Mérito. Conflito entre pai e filho sobre decisões em negócios comerciais e preferência do genitor por estilo de vida simples, sem prova segura de sua incapacidade para os atos da vida civil. Interdição desnecessária. Recurso desprovido.....136

INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE

— Investigação *post mortem* – Impossibilidade de realização de exame genético. Exumação do cadáver, no caso, impraticável. Prova documental e testemunhal suficientes à formulação do juízo de convicção positiva da relação de filiação. Investigado que, em vida, admitiu, para terceiros, a paternidade. *Exceptio plurium concumbentium* alegada mas não demonstrada. Paternidade reconhecida. Recurso desprovido.....217

LEGISLAÇÃO ESTADUAL

LEIS

— N. 10.297/1996 Art. 69429
 — N. 12.069/2001 Art. 10, § 3º115

LEGISLAÇÃO FEDERAL

DECRETOS-LEIS

— N. 911/1969 Art. 3º, § 6º370
 — N. 3.365/1941 *Vide* Lei das Desapropriações.
 — N. 4.657/1942 *Vide* Lei de Introdução ao Código Civil.

LEIS

— N.1.060/1950 *Vide* Lei da Assistência Judiciária.
 — N.1.533/1951 *Vide* Lei do Mandado de Segurança.
 — N. 4.717/1965 Art. 1º.....495
 — N. 5.172/1966 *Vide* Código Tributário Nacional.
 — N. 5.474/1968 *Vide* Lei das Duplicatas.

— N. 5.869/1973	Art. 17	225
— N. 5.988/1973	<i>Vide</i> Leis dos Direitos Autorais.	
— N. 6.015/1973	<i>Vide</i> Lei dos Registros Públicos.	
— N. 6.766/1979	Art. 42	464
— N. 6.899/1981	Art. 1º, § 2º	782
— N. 7.210/1984	<i>Vide</i> Lei de Execução Penal.	
— N. 7.357/1985	<i>Vide</i> Lei do Cheque.	
— N. 7.701/1988		67
— N. 7.783/1989		77
— N. 8.069/1990	<i>Vide</i> Estatuto da Criança e do Adolescente.	
— N. 8.072/1990	<i>Vide</i> Lei dos Crimes Hediondos.	
— N. 8.078/1990	<i>Vide</i> Código de Defesa do Consumidor.	
— N. 8.213/1991	Art. 57	63
— N. 8.245/1991	Art. 9º	782
— N. 8.560/1992	Art. 2º-A	276
— N. 8.560/1992	Art. 7º	276
— N. 8.666/1993	Art. 24, IV	495
— N. 8.666/1993	Art. 49	495
— N. 8.666/1993	Art. 78, XII	495
— N. 8.906/1994		
.....	<i>Vide</i> Estatuto da Advocacia e da Ordem dos Advogados do Brasil.	
— N. 9.099/1995	Art. 55	766
— N. 9.279/1996	Art. 124, V	352
— N. 9.279/1996	Art. 129, § 1º	352
— N. 9.279/1996	Art. 175	352
— N. 9.279/1996	Art. 209	352
— N. 9.296/1996		641
— N. 9.296/1996	Art. 10	571
— N. 9.494/1997	Art. 1º-D	766
— N. 9.504/1997	<i>Vide</i> Lei das Eleições.	
— N. 9.610/1998	<i>Vide</i> Leis dos Direitos Autorais.	
— N. 9.868/1999	Art. 11, § 2º	115
— N. 10.259/2001	Art. 1º	766
— N. 10.741/2003		571

— N. 10.826/2003	Art. 16, parágrafo único, I e IV	102
— N. 10.826/2003	Art. 30	102
— N. 10.826/2003	Art. 31	102
— N. 10.826/2003	Art. 32	102
— N. 11.280/2006		378
— N. 11.343/2006	<i>Vide Lei Antitóxicos.</i>	
— N. 11.690/2008		631
— N. 11.706/2008		102
— N. 11.719/2008		571
— N. 12.010/2009	Art. 1º, § 1º	96
— N. 12.016/2009	Art. 5º, II	345
— N. 12.153/2009	Art. 27	766
— N. 12.234/2010		681
— N. 12.318/2010	Art. 2º, parágrafo único, I, II, III e IV	200
— N. 12.318/2010	Art. 4º	200
— N. 12.318/2010	Art. 6º, I, II, III, IV, V, VI e VII	200
— N. 12.403/2011		703

LEI ANTITÓXICOS (Lei n. 11.343/2006)

— Art. 28	935
— Art. 33, <i>caput</i>	935
— Art. 33, <i>caput</i> , e § 4º	641
— Art. 35, <i>caput</i>	641
— Art. 42	641
— Art. 44	641

LEI DA ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA (Lei n. 1.060/1950)

—	124
— Art. 12	338

LEI DAS DESAPROPRIAÇÕES (Decreto-lei n. 3.365/1941)

— Art. 15-B	464
— Art. 20	464
— Art. 27, §§ 1º e 2º	464

LEI DAS DUPLICATAS (Lei n. 5.474/1968)	
— Art. 1º	409
— Art. 2º	409
— Art. 20	409
LEI DAS ELEIÇÕES (Lei n. 9.504/1997)	
— Art. 10, <i>caput</i> e § 1º	115
— Art. 11, <i>caput</i>	115
LEI DE EXECUÇÃO PENAL (Lei n. 7.210/1984)	
— Art. 118	583
— Art. 197	583
LEI DE INTRODUÇÃO AO CÓDIGO CIVIL (Decreto-lei n. 4.657/1942)	
— Art. 5º	124
— Art. 6º, <i>caput</i> , e § 2º	747
LEI DO CHEQUE (Lei n. 7.357/1985)	
— Art. 4º	171
LEI DO MANDADO DE SEGURANÇA (Lei n. 1.533/1951)	
— Art. 5º, II	345
LEI DOS CRIMES HEDIONDOS (Lei n. 8.072/1990)	
— Art. 2º, I, II, e § 1º	641
LEI DOS REGISTROS PÚBLICOS (Lei n. 6015/1973)	
— Art. 213, II, § 2º	828
— Art. 214	828

LEIS COMPLEMENTARES

— N. 87/1996 (Federal) Art. 4º.....409

LEIS COMPLEMENTARES

— N. 87/1996 (Federal) Art. 19429
 — N. 87/1996 (Federal) Art. 20429
 — N. 87/1996 (Federal) Art. 21429
 — N. 87/1996 (Federal) Art. 23, parágrafo único.....429
 — N. 87/1996 (Federal) Art. 32429
 — N. 87/1996 (Federal) Art. 33429
 — N. 102/2000 (Federal)429
 — N. 155/1997 (Estadual) Art. 17, V124

LEIS DOS DIREITOS AUTORAIS

— N. 5.988/1973 Art. 82, § 1º747
 — N. 9.610/1998 Art. 79, § 2º747
 — N. 9.610/1998 Arts. 101 e seguintes747

MANDADO DE INJUNÇÃO

— Atividades exercidas em condições de risco ou insalubres – Aposentadoria especial. Servidor público. Inexistência de lei complementar. Mora legislativa. Precedentes do plenário. Recurso parcialmente provido. 63

MANDADO DE SEGURANÇA

— Decisão judicial que determinou a busca e apreensão de bens objeto de contrato de financiamento – Ato passível de recurso com efeito suspensivo. Inadequação da via eleita. Segurança denegada.345
 — ICMS – Direito ao aproveitamento de crédito na aquisição de insumos destinados à fabricação de produtos para exportação. Operação que não depende de regulamentação infraconstitucional. Apropriação dos créditos,

na proporção do volume de exportações, em relação ao total de saídas do estabelecimento. Prazo de cinco anos ao direito, nos termos da inicial. Correção pela Taxa Selic. Suspensão do direito de apropriação até o trânsito em julgado. Recurso parcialmente provido.429

MEDIDAS PROVISÓRIAS

— N. 417/2008102
 — N. 1.901-30/1999464

NOTICIÁRIO

— Discurso proferido pelo Desembargador Henry Goy Petry Júnior, em nome do Tribunal, em saudação aos três novos Desembargadores empossados no Tribunal de Justiça de Santa Catarina. 25

— Discurso de posse do Dr. Paulo Roberto Sartorato no Cargo de Desembargador do Tribunal de Justiça de Santa Catarina..... 27

— Discurso de posse do Dr. Tulio José Moura Pinheiro no Cargo de Desembargador do Tribunal de Justiça de Santa Catarina. 32

— Discurso de posse do Dr. Carlos Alberto Civinski no Cargo de Desembargador do Tribunal de Justiça de Santa Catarina..... 35

— Discurso proferido pelo Desembargador Luiz César Medeiros, em nome do Tribunal, em saudação aos três novos Desembargadores empossados no Tribunal de Justiça de Santa Catarina. 44

— Discurso de posse do Dr. Ronaldo Moritz Martins da Silva no Cargo de Desembargador do Tribunal de Justiça de Santa Catarina. 49

— Discurso de posse do Dr. Ricardo José Roesler no Cargo de Desembargador do Tribunal de Justiça de Santa Catarina..... 52

— Discurso de posse do Dr. Robson Luz Varella no Cargo de Desembargador do Tribunal de Justiça de Santa Catarina..... 56

RECLAMAÇÃO

— Constitucional – Competência do Tribunal de Justiça para processar e julgar ação judicial sobre a legalidade do exercício do direito de greve por servidor público estadual. Precedentes. Recurso provido. 67

RECURSO

— Agravo de instrumento – Ação de usucapião. Valoração da causa. Valor venal do imóvel. Aplicação analógica do art. 259, VII, do CPC. Precedentes. Decisão reformada. Recurso provido.165

— Agravo de instrumento – Cumprimento de sentença. Pedido de desconsideração da personalidade jurídica. Encerramento irregular das atividades da empresa. Penhora de bens particulares dos sócios. Decisão mantida. Recurso desprovido.332

— Agravo regimental – Aplicação do princípio da fungibilidade. Decisão que julgou extinta, sem apreciação do mérito, a ação popular, pela superveniente ausência do interesse processual. Perda do objeto. Contrato administrativo firmado pelo procedimento de dispensa de licitação. Revogação. Celebração de novo contrato na modalidade pregão presencial. Homologação pelo Tribunal de Contas Estadual. Impossibilidade de o autor popular alterar pedido após citação dos réus, sem concordância destes. Decisão mantida. Recurso desprovido. Maioria de votos. VOTO VENCIDO.495

RECURSO ESPECIAL

— Posse ilegal de arma de fogo e de munições de uso permitido com numeração raspada – Tipicidade, em tese, da conduta descrita na denúncia. *Abolitio criminis* temporária não estendida ao porte, nem à posse de arma ou de munição de uso restrito. Recurso provido.102

REGIMENTO INTERNO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA

— Art. 195495

RESOLUÇÕES DO BANCO CENTRAL DO BRASIL

— N. 1.682/1990	Art. 14, a e b.....	171
— N. 2.025/1993	Art. 2º, I, II e V.....	171
— N. 2.025/1993	Art. 6º.....	171
— N. 2.025/1993	Art. 7º.....	171
— N. 2.025/1993	Art. 8º.....	171
— N. 2.025/1993	Art. 10.....	171
— N. 2.025/1993	Art. 12, I.....	171
— N. 3.972/2011	Art. 1º, § 1º, I, II, III e IV.....	171
— N. 3.972/2011	Art. 1º, § 2º, II, a e d.....	171
— N. 3.972/2011	Art. 2º, parágrafo único, I, II, III, IV, V e VI.....	171

REVISÃO CONTRATUAL

— Confissão de dívida – Citação pelo correio. Mudança da sede da empresa. Aviso de recebimento por funcionário no endereço antigo. Validade. Revelia decretada. Efeitos que não abrangem matéria de direito. Ausência de provas quanto à relação de consumo. Indícios de que a situação jurídica não é afeta ao Código de Defesa do Consumidor. Multa aplicada nos termos pactuados. Recurso parcialmente provido.534

REVISÃO DE COMPROMISSO DE COMPRA E VENDA DE IMÓVEL

— Recurso de apelação interposto antes do julgamento dos embargos declaratórios – Embargos acolhidos. Ratificação da apelação interposta prematuramente. Intempestividade. Recurso não conhecido.....308

ROUBO DUPLAMENTE CIRCUNSTANCIADO TENTADO

— Emprego de arma de fogo e concurso de agentes – Latrocínio. Concurso material. Possibilidade da adequação do enquadramento jurídico do concurso de crimes. Materialidade e autoria delitiva satisfatoriamente comprovadas. Delação extrajudicial de comparsa menor. Condenação. Recurso provido.590

SENTENÇA

— Embargos de declaração – Sentença que julgou extinto processo de execução por conta da satisfação do crédito executado. Omissão da decisão quanto ao pedido de fixação de honorários em execução contra a fazenda pública, em que o pagamento deve ser feito mediante requisição de pequeno valor, mesmo quando não houve embargados. Recurso acolhido.....766

— Nunciação de obra nova – Aquisição de área com 1.678 m², mediante escritura pública de permuta com o município. Parte da área ocupada por terceiros, os quais a venderam à requerida, que está edificando prédio de oito andares e nega-se a devolver a área. Ocupação indevida em parte da área. Embargo da obra. Concessão de liminar. Cancelamento da averbação da retificação da área, para retornar à sua área original. Ação parcialmente procedente.....828

— Indenização por danos materiais e morais – Contrato de arrendamento mercantil. Aquisição de veículo para trabalho. Defeito grave na estrutura do carro. Expiração do prazo da garantia há mais de um ano. Ônus do proprietário. Não quitação de parcelas. Julgamento antecipado da lide. Danos morais. Ausência de nexos causal. Improcedência dos pedidos.850

— Indenização por danos morais – Deputado federal que teve foto sua divulgada em diversos *outdoors* espalhados pela cidade, berço eleitoral deste, como um defensor do aborto. Abalo da imagem do político perante a população. Comprovação. Dano existente. Condenação. Ação procedente. .774

— Ação de reparação por danos materiais e morais – Contrato de prestação de serviços de limpeza, conservação e jardinagem, com materiais e equipa-

mentos. Pagamento menor do que contratado. Inadimplência da prestadora dos serviços com seus fornecedores. Inscrição em órgãos de proteção ao crédito. Notificação prévia para a abreviação do contrato. Possibilidade. Indenização. Danos morais entre pessoas jurídicas. Não cabimento sem comprovação do abalo ao bom nome e das circunstâncias que geraram o prejuízo. Ação parcialmente procedente.....782

— Reparação de danos c/c tutela antecipada – Cobertura de serviços fotográficos a clube de futebol. Publicação de material comemorativo referente aos vinte e cinco anos da conquista de título mundial de interclubes sem que lhes fossem atribuídos os respectivos créditos. Indenização. Ação parcialmente procedente.747

SENTENÇA CRIMINAL

— Extorsão – Revista de circulação estadual que aborda assuntos sobre ordem política e administrativa dos poderes, entidades estaduais e prefeituras, com caráter eminentemente comercial. Reportagens em que buscavam demonstrar a toda sociedade catarinense, espécie de prestação de contas e transparência sobre ações de vários órgãos governamentais. Lançamento posterior de livro intitulado “A descentralização no banco dos réus”, ao prefaciá-lo, induziu clima alarmista e de confusão política, de situações que pretendia apresentar como difamatórias, com intuito de conspurcar, vituperar e diminuir, ameaçando a honra, a reputação e o renome profissional de várias autoridades estaduais. Não comprovação. Absolvição dos réus. Ação improcedente.....866

— Inquérito policial – Apropriação indébita de material lenhoso. Suposto crime ambiental. Autorização por uma funcionária do Ibama. Pedido ministerial para investigar a pessoa que o autorizou. Inviabilidade. Suspeito, lavrador de quase setenta anos de idade. Fato de pouca monta ocorrido há quatro anos. Falta de justa causa para prosseguimento da ação penal. Concessão de *habeas corpus* em favor do investigado. Trancamento dos autos sem as diligências requeridas pela Promotora de Justiça.949

— Tráfico de entorpecentes – Cocaína. Pequena quantidade. Prisão em flagrante. Desacato no momento da prisão. Revolta momentânea. Absolvição. Desclassificação da conduta para porte de entorpecente para uso próprio. Aplicação de medida educativa de advertência.935

SÚMULAS-STF

— N. 149241
 — N. 267345
 — N. 473495

SÚMULAS-STJ

— N. 54 171, 747
 — N. 69464
 — N. 113464
 — N. 114464
 — N. 231 590, 641
 — N. 269571
 — N. 286534
 — N. 296370
 — N. 297 370, 171
 — N. 301276
 — N. 306782
 — N. 362747
 — N. 381534

TRÁFICO DE DROGAS

— *Vide* Crime Contra a Saúde Pública.

ÍNDICE ONOMÁSTICO

Altamiro de Oliveira.....	378
Carlos Alberto Civinski	681, 703, 35
Cármem Lúcia	67
Cláudia Lambert de Faria	516
Claudio Eduardo Regis de Figueiredo e Silva.....	747
Denise Helena Schild de Oliveira	866
Denise Volpato	124
Eduardo Mattos Gallo Júnior	534
Eládio Torret Rocha.....	217
Fernando Carioni.....	171, 165
Fernando Cordioli Garcia.....	949
Francisco Oliveira Neto.....	583
Geraldo Corrêa Bastos.....	935
Gilberto Gomes de Oliveira.....	145
Henry Petry Junior.....	25
Jaime Luiz Vicari.....	115
Jânio Machado	409
João Henrique Blasi.....	418
Jorge Luis Costa Beber	276
Jorge Schaefer Martins.....	700, 641, 723
José Carlos Carstens Köhler.....	352
José Inácio Schaefer	370
Júlio César Knoll	345
Laurita Vaz	102
Leandro Passig Mendes.....	782
Luiz Carlos Freyesleben	136

Luiz César Medeiros.....	44
Luiz Felipe Siegert Schuch.....	766
Luiz Fernando Boller.....	225, 266
Marco Aurélio	63
Maria do Rocio Luz Santa Ritta	200
Monteiro Rocha	308, 292, 516
Nancy Andrighi.....	96
Newton Varella Júnior	571
Oswaldo João Ranzi	828
Paulo Roberto Sartorato	555, 27
Pedro Manoel Abreu	464
Reny Baptista Neto	850
Ricardo Roesler	423, 429, 52
Roberto Lepper	774
Robson Luz Varella.....	332, 56
Rodolfo C. R. S. Tridapalli	495
Ronaldo Moritz Martins da Silva.....	241, 49
Ronei Danielli.....	312
Stanley da Silva Braga.....	321
Torres Marques.....	631
Tulio Pinheiro	338, 32
Vasco Della Giustina	89
Volnei Celso Tomazini.....	590

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