

**JURISPRUDÊNCIA
CATARINENSE**

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

Ano XL – 3º e 4º trimestres de 2013 – N. 127 – Florianópolis – SC – 2014

JURISPRUDÊNCIA CATARINENSE

Publicação trimestral do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, composta de trabalhos selecionados pela Comissão Permanente de Jurisprudência, 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 publicados nesta revista são cópia fiel do original que está nos respectivos autos.

Diretor

Des. Nelson Juliano Schaefer Martins

Comissão Permanente de Jurisprudência (Portaria n. 039/2014-GP)

Des. José Antônio Torres Marques – Presidente

Des. Luiz Fernando Boller

Juiz de Direito de Segundo Grau Leopoldo Augusto Brüggemann

Diretor de Documentação e Informações

Ricardo Albino França

Jurisprudência Catarinense/Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. – v. 1, n. 1
(jul./set. 1973) – Florianópolis: TJSC, 1973.

21cm.

Trimestral.

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

ISSN: 1981-402X.

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

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

SUMÁRIO

9	APRESENTAÇÃO
13	COMPOSIÇÃO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA
	SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL
29	Ação direta de inconstitucionalidade
41	Agravo regimental no recurso extraordinário com agravo
48	<i>Habeas corpus</i>
58	Repercussão geral no recurso extraordinário
	SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA
83	Agravo regimental em recurso especial
98	Recursos em mandado de segurança
131	Recurso especial
	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SANTA CATARINA
	ÓRGÃO ESPECIAL
143	Conflito de competência
	CÂMARA CIVIL ESPECIAL
150	Agravo em agravo de instrumento
	CÂMARA ESPECIAL REGIONAL DE CHAPECÓ
185	Apelações cíveis
	PRIMEIRA CÂMARA DE DIREITO CIVIL
218	Apelação cível
	SEGUNDA CÂMARA DE DIREITO CIVIL
241	Apelação cível
	TERCEIRA CÂMARA DE DIREITO CIVIL
265	Agravo de instrumento

270	QUARTA CÂMARA DE DIREITO CIVIL Apelações cíveis
325	QUINTA CÂMARA DE DIREITO CIVIL Apelação cível
367	SEXTA CÂMARA DE DIREITO CIVIL Apelações cíveis
407	SEGUNDA CÂMARA DE DIREITO COMERCIAL Agravo de instrumento
422	Apelação cível
432	TERCEIRA CÂMARA DE DIREITO COMERCIAL Agravo de instrumento
437	Apelação cível
449	QUARTA CÂMARA DE DIREITO COMERCIAL Agravo de instrumento
489	QUINTA CÂMARA DE DIREITO COMERCIAL Apelações cíveis
516	TERCEIRA CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO Apelação cível
546	QUARTA CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO Apelações cíveis
	JURISPRUDÊNCIA PENAL
663	SEÇÃO CRIMINAL Embargos infringentes
678	PRIMEIRA CÂMARA CRIMINAL Apelação criminal
710	SEGUNDA CÂMARA CRIMINAL Apelações criminais

729	TERCEIRA CÂMARA CRIMINAL Apelações criminais
827	QUARTA CÂMARA CRIMINAL Apelação criminal
850	PRIMEIRA INSTÂNCIA Sentença
876	Sentença criminal
981	RELAÇÃO DAS COMARCAS DE SANTA CATARINA
1003	ÍNDICE NUMÉRICO
1009	ÍNDICE POR ASSUNTO
1037	ÍNDICE ONOMÁSTICO

APRESENTAÇÃO

Em momento decisivo da implantação do processo digital, a Comissão de Jurisprudência tem a satisfação de disponibilizar o Volume 127 da revista “Jurisprudência Catarinense”, reduzida sua tiragem para 300 exemplares em função da facilidade de contato com as decisões judiciais por meio da internet. Não obstante seja necessário avançar no aperfeiçoamento da relação entre o Poder Judiciário e seus jurisdicionados e facilitar o acesso à Justiça, não se pode desprezar sua importância na construção de nossa história.

Repositório oficial da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, muitas vezes o único subsídio de consulta que possuía o magistrado em início de carreira, em meados dos anos 70, quando foi criada, continua exposta em estantes de salas de audiências e bibliotecas nas 111 comarcas do Estado com idêntico propósito.

Entretanto, na medida em que novos desafios se nos apresentam, entre eles o da inclusão digital, é necessário que a “Jurisprudência Catarinense” não se mantenha à margem das possibilidades de utilização da informática, com a adoção do formato virtual, e contribua para romper com o paradigma de uma Justiça arcaica. “Felizes os que observam o passado para poder caminhar no futuro”, escreveu Augusto Cury. Tal qual uma cortina de vidro, deve o Tribunal de Justiça estar preparado para o momento em que prestação jurisdicional, dada à sua efetividade e celeridade, será a real expressão do choque de interesses entre as partes e não o peso da escrita em folhas de papel. Esse é o desafio a ser vencido pela atual gestão.

Torres Marques

Presidente da Comissão de Jurisprudência

COMPOSIÇÃO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA

COMPOSIÇÃO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA

(Abril de 2014)

Presidente

Des. NELSON Juliano SCHAEFER MARTINS

Primeiro Vice-Presidente

Des. José Antônio TORRES MARQUES

Segunda Vice-Presidente

Desa. SÔNIA MARIA SCHMITZ

Terceiro Vice-Presidente

Des. CLÁUDIO VALDYR HELFENSTEIN

Corregedor-Geral da Justiça

Des. LUIZ CÉZAR MEDEIROS

Vice-Corregedor-Geral da Justiça

Des. RICARDO Orofino da Luz FONTES

Des. José GASPAR RUBICK

Des. PEDRO MANOEL ABREU

Des. José TRINDADE DOS SANTOS

Des. CLÁUDIO BARRETO DUTRA

Des. NEWTON TRISOTTO

Des. VANDERLEI ROMER

Des. ELÁDIO TORRET ROCHA

Des. SÉRGIO Roberto BAASCH LUZ

Des. Antonio do Rêgo MONTEIRO ROCHA

Des. FERNANDO CARIONI

Des. RUI Francisco Barreiros FORTES

Des. MARCUS TULLIO SARTORATO

Des. CESAR Augusto Mimoso Ruiz ABREU

Desa. SALETE SILVA SOMMARIVA

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. RODRIGO Antônio da CUNHA
Des. JÂNIO de Souza MACHADO
Desa. SORAYA NUNES LINS
Des. PAULO ROBERTO CAMARGO COSTA
Des. HENRY Goy PETRY JUNIOR
Des. RAULINO JACÓ BRÜNING
Des. ROBERTO LUCAS PACHECO
Des. JAIRO FERNANDES GONÇALVES
Des. JOSÉ INÁCIO SCHAEFER
Des. JOÃO BATISTA GÓES ULYSSÉA
Des. RONEI DANIELLI
Des. LUIZ FERNANDO BOLLER
Des. GETÚLIO CORRÊA
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
Des. RODRIGO Tolentino de Carvalho COLLAÇO
Des. SÉRGIO ANTÔNIO RIZELO
Des. SEBASTIÃO CÉSAR EVANGELISTA
Desa. DENISE VOLPATO
Des. DOMINGOS PALUDO

Juiz de Direito de Segundo Grau PAULO HENRIQUE MORITZ MARTINS DA SILVA
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 ODSON CARDOSO FILHO
Juiz de Direito de Segundo Grau JOSÉ EVERALDO SILVA
Juiz de Direito de Segundo Grau VOLNEI CELSO TOMAZINI
Juiz de Direito de Segundo Grau LEOPOLDO AUGUSTO BRÜGGEMANN
Juiz de Direito de Segundo Grau JÚLIO CÉSAR KNOLL
Juíza de Direito de Segundo Grau JANICE GOULART GARCIA UBIALLI
Juíza de Direito de Segundo Grau CLÁUDIA LAMBERT DE FARIA
Juiz de Direito de Segundo Grau FRANCISCO JOSÉ RODRIGUES DE OLIVEIRA NETO
Juíza de Direito de Segundo Grau CINTHIA BEATRIZ DA SILVA BITTENCOURT SCHAEFER
Juiz de Direito de Segundo Grau JORGE LUIS COSTA BEBER
Juiz de Direito de Segundo Grau GUILHERME NUNES BORN
Juiz de Direito de Segundo Grau EDUARDO MATTOS GALLO JÚNIOR
Juiz de Direito de Segundo Grau LUIZ ZANELATO
Juiz de Direito de Segundo Grau DINART FRANCISCO MACHADO
Juiz de Direito de Segundo Grau GERSON CHEREM II
Juíza de Direito de Segundo Grau ROSANE PORTELLA WOLFF
Juíza de Direito de Segundo Grau DENISE DE SOUZA LUIZ FRANCOSKI
Juiz de Direito de Segundo Grau ARTUR JENICHEN FILHO
Juiz de Direito de Segundo Grau PAULO RICARDO BRUSCHI
Juiz de Direito de Segundo Grau LUIZ CÉSAR SCHWEITZER
Juiz de Direito de Segundo Grau RUBENS SCHULZ

ÓRGÃOS JULGADORES

TRIBUNAL PLENO

Des. NELSON Juliano SCHAEFER MARTINS - Presidente

Des. José GASPAR RUBICK

Des. PEDRO MANOEL ABREU

Des. José TRINDADE DOS SANTOS

Des. CLÁUDIO BARRETO DUTRA

Des. NEWTON TRISOTTO

Des. LUIZ CÉZAR MEDEIROS

Des. VANDERLEI ROMER

Des. ELÁDIO TORRET ROCHA

Des. SÉRGIO Roberto BAASCH LUZ

Des. Antonio do Rêgo MONTEIRO ROCHA

Des. FERNANDO CARIONI

Des. José Antônio TORRES MARQUES

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. JOSÉ INÁCIO SCHAEFER
Des. JOÃO BATISTA GÓES ULYSSÉA
Des. RONEI DANIELLI
Des. LUIZ FERNANDO BOLLER
Des. GETÚLIO CORRÊA
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
Des. RODRIGO Tolentino de Carvalho COLLAÇO
Des. SÉRGIO ANTÔNIO RIZELO
Des. SEBASTIÃO CÉSAR EVANGELISTA
Desa. DENISE VOLPATO
Des. DOMINGOS PALUDO

ÓRGÃO ESPECIAL

Des. NELSON Juliano SCHAEFER MARTINS - Presidente
Des. José GASPAS RUBICK
Des. PEDRO MANOEL ABREU
Des. José TRINDADE DOS SANTOS
Des. CLÁUDIO BARRETO DUTRA
Des. NEWTON TRISOTTO
Des. LUIZ CÉZAR MEDEIROS

Des. ELÁDIO TORRET ROCHA
Des. SÉRGIO Roberto BAASCH LUZ
Des. Antonio do Rêgo MONTEIRO ROCHA
Des. FERNANDO CARIONI
Des. José Antônio TORRES MARQUES
Des. RUI Francisco Barreiros FORTES (Substituindo Des. VANDERLEI ROMER)
Des. MARCUS TULIO SARTORATO
Des. CESAR Augusto Mimoso Ruiz ABREU
Des. SALIM SCHEAD DOS SANTOS
Desa. MARIA DO ROCIO LUZ SANTA RITTA
Des. ALEXANDRE d'IVANENKO
Des. LÉDIO ROSA DE ANDRADE
Des. MOACYR DE MORAES LIMA FILHO
Des. JOÃO HENRIQUE BLASI
Des. JORGE LUIZ DE BORBA
Des. JÂNIO de Souza MACHADO
Desa. SÔNIA MARIA SCHMITZ
Des. PAULO ROBERTO CAMARGO COSTA

CONSELHO DA MAGISTRATURA

Des. NELSON Juliano SCHAEFER MARTINS – Presidente
Des. José Antônio TORRES MARQUES – 1º Vice-Presidente
Des. LUIZ CÉZAR MEDEIROS – Corregedor-Geral da Justiça
Desa. SÔNIA MARIA SCHMITZ – 2º Vice-Presidente
Des. CLÁUDIO VALDYR HELFENSTEIN – 3º Vice-Presidente
Des. RICARDO Orofino da Luz FONTES – Vice-Corregedor-Geral da Justiça
Des. LÉDIO ROSA DE ANDRADE
Des. JORGE LUIZ DE BORBA
Desa. REJANE ANDERSEN
Des. RAULINO JACÓ BRÜNING
Des. JAIRO FERNANDES GONÇALVES
Desa. DENISE VOLPATO

GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO CIVIL

Des. José TRINDADE DOS SANTOS – Presidente

Des. ELÁDIO TORRET ROCHA

Des. Antonio do Rêgo MONTEIRO ROCHA

Des. FERNANDO CARIONI

Des. MARCUS TULIO SARTORATO

Desa. MARIA DO ROCIO LUZ SANTA RITTA

Des. SÉRGIO IZIDORO HEIL

Des. VICTOR José Sebem FERREIRA

Des. JOEL Dias FIGUEIRA JÚNIOR

Des. HENRY Goy PETRY JUNIOR

Des. RAULINO JACÓ BRÜNING

Des. JAIRO FERNANDO GONÇALVES

Des. JOÃO BATISTA GÓES ULYSSÉA

Des. RONEI DANIELLI

Desa. DENISE VOLPATO

Des. SEBASTIÃO CÉSAR EVANGELISTA

Des. DOMINGOS PALUDO

Juiz de Direito de Segundo Grau JORGE LUIS COSTA BEBER

GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO COMERCIAL

Des. José GASPAR RUBICK – Presidente

Des. CLÁUDIO BARRETO DUTRA

Des. SALIM SCHEAD DOS SANTOS

Des. LÉDIO ROSA DE ANDRADE

Des. José Carlos CARSTENS KÖHLER

Desa. REJANE ANDERSEN

Des. JÂNIO de Souza MACHADO

Desa. SORAYA NUNES LINS

Des. PAULO ROBERTO CAMARGO COSTA

Des. LUIZ FERNANDO BOLLER

Des. TULIO José Moura PINHEIRO

Des. ROBSON LUZ VARELLA

Juiz de Direito de Segundo Grau ALTAMIRO DE OLIVEIRA (substituindo o

Des. JOSÉ INÁCIO SCHAEFER)

Juíza de Direito de Segundo Grau JANICE GOULART GARCIA UBIALLI (substituindo o Des. RICARDO Orofino da Luz FONTES)

Juíza de Direito de Segundo Grau ROSANE PORTELLA WOLFF (substituindo o Des. RONALDO MORITZ MARTINS DA SILVA)

GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO PÚBLICO

Des. PEDRO MANOEL ABREU – Presidente

Des. NEWTON TRISOTTO

Des. SÉRGIO Roberto BAASCH LUZ

Des. CESAR Augusto Mimoso Ruiz ABREU

Des. CID José GOULART Junior

Des. JAIME RAMOS

Des. JOÃO HENRIQUE BLASI

Des. JORGE LUIZ DE BORBA

Des. RODRIGO Antônio da CUNHA

Des. RICARDO José ROESLER

Juiz de Direito de Segundo Grau PAULO HENRIQUE MORITZ MARTINS DA SILVA

Juiz de Direito de Segundo Grau STANLEY DA SILVA BRAGA (substituindo o Des. VANDERLEI ROMER)

PRIMEIRA CÂMARA DE DIREITO CIVIL

Des. RAULINO JACÓ BRÜNING – Presidente

Des. SEBASTIÃO CÉSAR EVANGELISTA

Des. DOMINGOS PALUDO

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

SEGUNDA CÂMARA DE DIREITO CIVIL

Des. José TRINDADE DOS SANTOS – Presidente

Des. Antonio do Rêgo MONTEIRO ROCHA

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

Desa. MARIA DO ROCIO LUZ SANTA RITTA

Juiz de Direito de Segundo Grau SAUL STEIL (Cooperador)

QUARTA CÂMARA DE DIREITO CIVIL

Des. ELÁDIO TORRET ROCHA – Presidente

Des. VICTOR José Sebem FERREIRA

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

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

QUINTA CÂMARA DE DIREITO CIVIL

Des. SÉRGIO IZIDORO HEIL – Presidente

Des. HENRY Goy PETRY JUNIOR

Des. JAIRO FERNANDES GONÇALVES

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

SEXTA CÂMARA DE DIREITO CIVIL

Des. JOEL Dias FIGUEIRA JÚNIOR – Presidente

Des. RONEI DANIELLI

Desa. DENISE VOLPATO

PRIMEIRA CÂMARA DE DIREITO COMERCIAL

Des. José GÁSPAR RUBICK – Presidente

Des. SALIM SCHEAD DOS SANTOS

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

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

SEGUNDA CÂMARA DE DIREITO COMERCIAL

Desa. REJANE ANDERSEN – Presidente

Des. LUIZ FERNANDO BOLLER

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

Juíza de Direito de Segundo Grau ROSANE PORTELLA WOLFF (Substituindo o

Des. RONALDO MORITZ MARTINS DA SILVA)

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

QUARTA CÂMARA DE DIREITO COMERCIAL

Des. LÉDIO ROSA DE ANDRADE – Presidente

Des. José Carlos CARSTENS KÖHLER

Juiz de Direito de Segundo Grau ALTAMIRO DE OLIVEIRA (substituindo o Des. JOSÉ INÁCIO SCHAEFER)

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

QUINTA CÂMARA DE DIREITO COMERCIAL

Des. CLÁUDIO BARRETO DUTRA – 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 (Vago)

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

SEGUNDA CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO

Des. SÉRGIO Roberto BAASCH LUZ – Presidente

Des. CID José GOULART Junior

Des. JOÃO HENRIQUE BLASI

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

TERCEIRA CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO

Des. CESAR Augusto Mimoso Ruiz ABREU– Presidente

Des. PEDRO MANOEL ABREU

Juiz de Direito de Segundo Grau STANLEY DA SILVA BRAGA (Substituindo o Des. VANDERLEI ROMER)

Juiz de Direito de Segundo Grau STANLEY DA SILVA BRAGA (Cooperador)

QUARTA CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO

Des. JAIME RAMOS – Presidente

Des. RODRIGO Antônio da CUNHA

Des. RICARDO José ROESLER

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

CÂMARA CIVIL ESPECIAL

Des. CLÁUDIO VALDYR HELFENSTEIN – Presidente

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

Juíza de Direito de Segundo Grau CLÁUDIA LAMBERT DE FARIA

Juiz de Direito de Segundo Grau LUIZ ZANELATO

Juiz de Direito de Segundo Grau ARTUR JENICHEN FILHO

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

CÂMARA ESPECIAL REGIONAL DE CHAPECÓ – CERC

Des. Antonio do Rêgo MONTEIRO ROCHA – Presidente

Juiz de Segundo Grau EDUARDO MATTOS GALLO JÚNIOR

Juiz de Segundo Grau RUBENS SCHULZ

Juiz de Segundo Grau PAULO RICARDO BRUSCHI

Juiz de Segundo Grau LUIZ CESAR SCHWEITZER

SEÇÃO CRIMINAL

Des. RUI Francisco Barreiros FORTES – Presidente

Desa. SALETE SILVA SOMMARIVA

Des. ALEXANDRE d'IVANENKO

Des. MOACYR DE MORAES LIMA FILHO

Des. JORGE Henrique SCHAEFER MARTINS

Desa. MARLI MOSIMANN VARGAS

Des. ROBERTO LUCAS PACHECO

Des. GETÚLIO CORRÊA

Des. PAULO ROBERTO SARTORATO

Des. CARLOS ALBERTO CIVINSKI

Des. RODRIGO Tolentino de Carvalho COLLAÇO

Des. SÉRGIO ANTÔNIO RIZELO

PRIMEIRA CÂMARA CRIMINAL

Desa. MARLI MOSIMANN VARGAS – Presidente

Des. PAULO ROBERTO SARTORATO

Des. CARLOS ALBERTO CIVINSKI

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

SEGUNDA CÂMARA CRIMINAL

Desa. SALETE SILVA SOMMARIVA – Presidente

Des. GETÚLIO CORRÊA

Des. SÉRGIO ANTÔNIO RIZELO

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

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

TERCEIRA CÂMARA CRIMINAL

Des. RUI Francisco Barreiros FORTES – 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 SCHAEFFER MARTINS – Presidente

Des. ROBERTO LUCAS PACHECO

Des. RODRIGO Tolentino de Carvalho COLLAÇO

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

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

JUÍZES CORREGEDORES

Juiz-Corregedor ANTÔNIO ZOLDAN DA VEIGA

Juiz-Corregedor PAULO ROBERTO FROES TONIAZZO

Juíza-Corregedora MARIA PAULA KERN

Juiz-Corregedor LUIZ HENRIQUE BONATELLI

Juiz-Corregedor ALEXANDRE KARAZAWA TAKASCHIMA

COORDENADORIA DE MAGISTRADOS

Juiz MARCELO PIZOLATI

CHEFE DE GABINETE DA PRESIDÊNCIA

JULIE CECCONI MAZON

DIRETORIA-GERAL ADMINISTRATIVA

CLEVERSON OLIVEIRA

DIRETORIA-GERAL JUDICIÁRIA

RONEI VILMAR BARON

**SUPREMO TRIBUNAL
FEDERAL**

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE

Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.726, de Santa Catarina

Relator: Ministro Joaquim Barbosa

Requerente: Procurador-Geral da República

Interessado: Governador do Estado de Santa Catarina

Interessada: Assembleia Legislativa do Estado de Santa Catarina

EMENTA

CONSTITUCIONAL. FINANCEIRO. ICMS. PARTILHA DO PRODUTO ARRECADADO. VALOR ADICIONADO. GERAÇÃO DE ENERGIA ELÉTRICA. LEI ORDINÁRIA DO ESTADO-MEMBRO QUE UTILIZA CRITÉRIOS DE PARTILHA COM BASE NA ÁREA INUNDADA PELO RESERVATÓRIO E DEMAIS INSTALAÇÕES DA USINA HIDRELÉTRICA.

Nos termos do art. 161, I, da Constituição, cabe à lei complementar federal estabelecer a definição de valor agregado, para o efeito de partilha entre os municípios do valor arrecadado com o Imposto sobre Operação de Mercadorias e Serviços, a que faz alusão o art. 158, par. único, I, também da Constituição..

É inconstitucional a Lei 13.249/2004, do Estado de Santa Catarina, que estabeleceu ela própria a referida definição. Violação do art. 161, I, da Constituição de 1988. Vício insanável.

Ação Direta de Inconstitucionalidade julgada procedente.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os ministros do Supremo Tribunal Federal, em Sessão Plenária, sob a presidência do ministro Joaquim Barbosa, na conformidade da ata de julgamento e das notas taquigráficas, por maioria e nos termos do voto do relator, em julgar procedente a ação direta de inconstitucionalidade, vencido o Ministro Marco Aurélio.

Brasília, 20 de novembro de 2013.

Ministro Joaquim Barbosa, Relator

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA - (Relator): Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade em que o Procurador-Geral da República impugna a Lei Estadual 13.249/2004, do Estado de Santa Catarina, em especial os arts. 1º e 2º, por violação do art. 161 da Constituição.

Os dispositivos impugnados têm a seguinte redação:

“Art. 1º. O valor adicionado, para cálculo da participação dos Municípios no produto do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação – ICMS, relativo a energia elétrica, cujo estabelecimento ocupe território de mais de um município, será atribuído nas condições e proporções a seguir indicadas:

I – quando a área inundada com o reservatório for inferior a vinte e cinco hectares, a divisão será feita em partes iguais entre os municípios em cujo território se localizarem, no mínimo, parte dos componentes: barragem, e suas comportas, vertedouro, condutos forçados, casa de máquinas, estação de máquinas, estação elevatória e reservatória.

II – quando a área inundada com o reservatório for igual ou superior a vinte e cinco e inferior a cinquenta hectares, a divisão será feita: 70% (setenta por cento) para o município, ou municípios, em cujo território estejam localizadas a barragem e suas comportas, o vertedouro, os condutos forçados, a casa de máquinas e a estação reservatória; e 30% (trinta por cento) para o município ou municípios cujo território tenha sido atingido pelo reservatório, proporcionalmente à área inundada, utilizando-se para o cálculo, o mesmo critério para distribuição dos royalties cabíveis aos municípios; e

III – quando a área inundada for igual ou superior a 50% (cinquenta por cento) para o município, ou municípios, cujo território tenha sido atingido pelo reservatório, proporcionalmente à área inundada, utilizando-se para o cálculo, o mesmo critério para distribuição dos royalties cabíveis aos municípios.

Parágrafo único. Para os efeitos desta Lei, considera-se estabelecimento de usina hidrelétrica as áreas compreendidas pelo reservatório de água destinadas à geração de energia, barragem e suas comportas, vertedouro, condutos forçados, casa de máquinas e estação ou subestação elevatórias.

Art. 2º. O valor adicionado de que trata esta Lei, será computado integralmente para o município onde esteja localizado o estabelecimento, quando este abrigar todos os seus componentes, inclusive o reservatório.”

Argumenta o requerente que a partilha do valor adicionado para fins de distribuição do produto arrecadado com o ICMS é inconstitucional, porquanto há reserva de lei complementar para dispor sobre o assunto, nos termos do art. 161 da Constituição e da Lei Complementar 63/90.

Adotado o rito do art. 12 da Lei 9.868/1999 e solicitadas informações (fls. 33-45), a Assembléia Legislativa do Estado de Santa Catarina destaca que a referida lei exhibe perfeita adequação à Constituição federal e à Constituição estadual. Ademais, sustenta que o objetivo da Lei Estadual 13.249/2004 é estender os benefícios gerados pelas hidrelétricas para todos os municípios por ela influenciados, já que os municípios

alagados também sofrem os impactos decorrentes da instalação das usinas. Entende, ainda, que só está restrita à disciplina por lei complementar a regulamentação quanto à definição de valor adicionado fiscal, normas de acompanhamento no tocante ao cálculo das cotas de participação e a liberação de recursos. Todavia, os percentuais de participação, coeficientes de conservação, saneamento, qualidade de água e outros fatores que influenciam no cálculo das cotas individuais podem ser regulamentados pela legislação ordinária.

Nesse sentido manifesta-se o Governador do Estado de Santa Catarina (fls. 99-103), em suas informações, defendendo a tese de que o conteúdo da lei em comento não trata da definição do valor adicionado, mas que na verdade define critérios de repartição do produto arrecadado com o ICMS.

A advocacia-geral da União pugna pela inconstitucionalidade da mencionada lei, dada a ofensa aos arts. 22, I e IV, e 161, I, da Constituição (fls. 107-124).

Por seu turno, o Ministério Público Federal opina pela procedência do pedido por se tratar de vício formal de inconstitucionalidade, tendo em vista a invasão de campo normativo reservado à lei complementar (fls. 126-132).

É o relatório. Distribuam-se, oportunamente, cópias aos demais membros da Corte.

VOTO

O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA – (Relator): Em diversas oportunidades o Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade de normas locais que dispunham sobre o cálculo do valor adicionado, para fins de partilha do produto arrecadado com a incidência do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços – ICMS.

Registro, por oportuno, a ementa de tais precedentes:

“EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. PRELIMINARES. LEI ESTADUAL. ICMS. PARCELA PERTENCENTE AOS MUNICÍPIOS. CÁLCULO. VALOR ADICIONADO. MATÉRIA RESERVADA À LEI COMPLEMENTAR. VÍCIO FORMAL INSANÁVEL.

1. Atende as exigências legais procuração que outorga poderes específicos ao advogado para impugnar, pela via do controle concentrado, determinado ato normativo, sendo desnecessária a individualização dos dispositivos.

2. Não ocorre a prejudicialidade da ação quando a lei superveniente mantém em vigor as regras da norma anterior impugnada e sua revogação somente se dará pelo implemento de condição futura e incerta.

3. ICMS. Distribuição da parcela de arrecadação que pertence aos Municípios. Lei estadual que disciplina a forma de cálculo do valor adicionado para apuração do montante fixado no inciso I do parágrafo único do artigo 158 da Constituição Federal. Matéria expressamente reservada à lei complementar (CF, artigo 161, I). Vício formal insanável que precede a análise de eventual ilegalidade em face da Lei Complementar federal 63/90. Violação direta e imediata ao Texto Constitucional.

4. Cuidando-se de defeito de forma que, pelas mesmas razões, atinge outros dispositivos não impugnados na inicial, impõe-se a aplicação da teoria da inconstitucionalidade consequência.

5. Parcela relativa a um quarto da participação dos Municípios no produto da arrecadação do ICMS (CF, artigo 158, parágrafo único, inciso II). Matéria reservada à lei estadual. Afronta formal não configurada. Inexistência de desrespeito ao princípio da isonomia. Ação procedente em parte.” (ADI 2.728, rel. min. Maurício Corrêa, DJ de 20.02.2004);

“EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. MEDIDA CAUTELAR DEFERIDA AD REFERENDUM. IMPUGNAÇÃO DIRIGIDA CONTRA OS §§ 1º, 2º E 3º DO ART. 17 DA LEI COMPLEMENTAR Nº 157, DE 20 DE JANEIRO DE 2004 E EM FACE DE TODA A LEI COMPLEMENTAR Nº 158, DE 29 DE JANEIRO DE 2004, AMBAS DO ESTADO DO MATO GROSSO. VIOLAÇÃO AO

INCISO I DO PARÁGRAFO ÚNICO DO ART. 158 C/C O ART. 161, INCISO I, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988.

- Reconhece-se plausibilidade da tese sustentada na inicial, uma vez que, ao disciplinar os índices de participação dos Municípios de Mato Grosso no produto da arrecadação do ICMS, as leis impugnadas nesta ação direta de inconstitucionalidade laboraram no campo normativo reservado à lei complementar federal.

- Medida cautelar referendada pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal.” (ADI 3.262-MC, rel. min. Carlos Britto, DJ de 04.03.2005);

“RECURSO EXTRAORDINÁRIO. TRIBUTÁRIO E FINANCEIRO. REPARTIÇÃO DO ICMS. ART. 158, IV E 161, I, DA CF/88. RESERVA DE LEI COMPLEMENTAR. USINA HIDRELÉTRICA. RESERVATÓRIO. ÁREAS ALAGADAS.

1. Hidrelétrica cujo reservatório de água se estende por diversos municípios. Ato do Secretário de Fazenda que dividiu a receita do ICMS devida aos municípios pelo ‘valor adicionado’ apurado de modo proporcional às áreas comprometidas dos municípios alagados.

2. Inconstitucionalidade formal do ato normativo estadual que disciplina o ‘valor adicionado’. Matéria reservada à lei complementar federal. Precedentes.

3. Estender a definição de apuração do adicional de valor, de modo a beneficiar os municípios em que se situam os reservatórios de água representa a modificação dos critérios de repartição das receitas previstos no art. 158 da Constituição. Inconstitucionalidade material. Precedentes.

4. Na forma do artigo 20, § 1º, da Constituição Federal, a reparação dos prejuízos decorrentes do alagamento de áreas para a construção de hidrelétricas deve ser feita mediante participação ou compensação financeira. Recurso extraordinário conhecido e improvido.” (RE 253.906, rel. min. Ellen Gracie, Pleno. DJ de 18.02.2005).

Recentemente, o Plenário da Corte confirmou o entendimento, ao julgar a ADI 1.423 (DJ de 08.06.2007), da qual fui relator. O precedente recebeu a seguinte ementa:

“EMENTA: CONSTITUCIONAL. FINANCEIRO. PARTILHA DO PRODUTO ARRECADADO COM A INCIDÊNCIA DO IMPOSTO SOBRE CIRCULAÇÃO DE MERCADORIAS E SERVIÇOS - ICMS. FUNDO DE PARTICIPAÇÃO DOS MUNICÍPIOS. OPERAÇÕES DE GERAÇÃO DE ENERGIA ELÉTRICA. USINA. NORMA ESTADUAL QUE DISPÕE SOBRE O CÁLCULO DO VALOR AGREGADO (LEI 9.332/1995, DO ESTADO DE SÃO PAULO). VIOLAÇÃO DOS ARTS. 158, IV, E PARÁGRAFO ÚNICO, I E 161, I, DA CONSTITUIÇÃO DE 1988.

Viola a reserva de lei complementar federal, prevista no art. 161, I, da Constituição, norma estadual que dispõe sobre o cálculo do valor agregado, para fins de partilha da arrecadação do ICMS, nos termos do art. 158, IV, e parágrafo único, I, da Carta Magna.

Ação direta de inconstitucionalidade conhecida e julgada procedente.”

Contrariamente ao disposto no art. 161, I, da Constituição, a Lei estadual 13.249/2004 opta por metodologia e critérios próprios para a repartição das receitas previstas no art. 158, IV, e parágrafo único, I, da Constituição. Tais critérios manifestam-se na fórmula que determina o cálculo do valor adicionado na operação de geração e distribuição de energia elétrica com base em frações diferenciadas, relativas à proporção de extensão territorial em que se encontram dois tipos de instalações de uma mesma usina hidrelétrica, quais sejam: (i) área inundada com o reservatório e (ii) as demais instalações.

Patente, portanto, o vício de inconstitucionalidade formal.

Dado que o art. 3º da lei em questão versa sobre a data de entrada em vigor de suas normas, reputo-o também inconstitucional por arrasamento.

Do exposto, *julgo procedente esta ação direta de inconstitucionalidade.*

É como voto.

08/10/2008

TRIBUNAL PLENO

Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.726, de Santa Catarina

VOTO

O SR. MINISTRO MENEZES DIREITO - Senhor Presidente, cito a leitura do artigo 161, § 1º, com o artigo 1º da Lei, para ver que trata de valor adicionado, da forma e dos critérios de cobrança. É inconstitucional.

Acompanho o voto do Relator.

VOTO

O SR. MINISTRO CARLOS BRITTO - Senhor Presidente, decidimos assim referendando uma cautelar de minha autoria, na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.262, Mato Grosso do Sul, a que o Ministro Joaquim Barbosa se referiu, assentando a reserva de lei complementar federal na matéria.

Acompanho o voto de Sua Excelência.

EXTRATO DE ATA

Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.726-9

Procedência: Santa Catarina

Relator: Ministro Joaquim Barbosa

Requerente: Procurador-Geral da República

Requerido: Governador do Estado de Santa Catarina

Requerida: Assembleia Legislativa do Estado de Santa Catarina

DECISÃO

Após o voto do Senhor Ministro Joaquim Barbosa (Relator), julgando procedente a ação direta, no que foi acompanhado pelos Senhores Ministros Menezes Direito, Cármen Lúcia, Eros Grau, Carlos Britto, Cezar Peluso, Ellen Gracie, pediu vista dos autos o Senhor Ministro Marco Aurélio. Ausente, justificadamente, porque em representação do Tribunal no exterior, o Senhor Ministro Ricardo Lewandowski. Presidência do Senhor Ministro Gilmar Mendes. Plenário, 08.10.2008.

Presidência do Senhor Ministro Gilmar Mendes. Presentes à sessão os Senhores Ministros Celso de Mello, Marco Aurélio, Ellen Gracie, Cezar Peluso, Carlos Britto, Joaquim Barbosa, Eros Grau, Cármen Lúcia e Menezes Direito.

Procurador-Geral da República, Dr. Antônio Fernando Barros e Silva de Souza.

P/Luiz Tomimatsu

Secretário

VOTO VISTA

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Eis como a Assessoria retratou as balizas desta ação direta de inconstitucionalidade:

O Procurador-Geral da República questiona, na inicial, a constitucionalidade formal da Lei nº 13.249/2004, do Estado de Santa Catarina. Alega ofensa ao artigo 161, inciso I, da Constituição Federal, porquanto estabelece a necessidade de o valor adicionado para efeito de distribuição da receita do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços ser rateado entre os municípios sedes de complexos hidrelétricos e os alagados por represas. A matéria envolvida – definição do valor adicionado para fins de distribuição de receitas aos Municípios –, segundo sustenta, demandaria regulamentação por lei complementar, no caso, o artigo 3º da Lei Complementar nº 63/1990. Esse dispositivo, ao contemplar que o valor adicionado corresponderá, “... para cada Município, ao valor das mercadorias saídas acrescido do valor das prestações de serviço, no seu território, deduzido o valor das mercadorias...”, teria regulamentado a matéria na forma prevista no artigo 158, parágrafo único, inciso I, da Carta da República, atribuindo, então, eficácia plena ao artigo 161, inciso I, do Diploma Maior. Assim, disciplinado o tema pela União, não poderia o legislador estadual dispor sobre a forma de cálculo do valor adicional para a apuração do montante a ser repassado aos municípios, porquanto o texto constitucional determina a regência por lei complementar.

Consigno que o ajuizamento da ação pelo Procurador- Geral da República decorreu de iniciativa do Prefeito do Município de Ipuçu – Santa Catarina, tendo em conta a competência normativa revelada no artigo 161, inciso I, da Constituição Federal. No mais, a espécie disciplinada por lei local não se enquadra no citado dispositivo. É que não há, no caso, preceito a versar a distribuição do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços, entre os municípios, presente valor adicionado. O Estado de Santa Catarina legislou consideradas áreas dos municípios alcançadas por complexos hidrelétricos e alagadas.

O tema, por ser estranho à previsão constitucional, não consta da lei federal nela referida, ou seja, a Lei Complementar nº 63, de 11 de janeiro de 1990. A razão é muito simples. Trata-se de matéria não incluída na previsão de regência mediante lei complementar à Carta da República. Julgo improcedente o pedido formulado, assentando cuidar-se de situação passível de regência pela própria Unidade da Federação.

VOTO

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI – Senhor Presidente, vou pedir vênias à divergência e entender que é procedente o pedido, porque, a meu juízo, o legislador estadual não dispõe de competência para regular critérios e procedimentos que informam distribuição e arrecadação do ICMS entre os municípios. Portanto pela procedência, acompanhando a relatoria, no caso, de Vossa Excelência.

EXTRATO DE ATA

Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.726

Procedência: Santa Catarina

Relator: Ministro Joaquim Barbosa

Requerente: Procurador-Geral da República

Interessado: Governador do Estado de Santa Catarina

Interessada: Assembleia Legislativa do Estado de Santa Catarina

DECISÃO

Após o voto do Senhor Ministro Joaquim Barbosa (Relator), julgando procedente a ação direta, no que foi acompanhado pelos Senhores Ministros Menezes Direito, Cármen Lúcia, Eros Grau, Carlos Britto, Cezar Peluso, Ellen Gracie, pediu vista dos autos o Senhor Ministro Marco Aurélio. Ausente, justificadamente, porque em representação do Tribunal no exterior, o Senhor Ministro Ricardo Lewandowski. Presidência do Senhor Ministro Gilmar Mendes. Plenário, 08.10.2008.

DECISÃO

Prosseguindo no julgamento, o Tribunal, por maioria e nos termos do voto do Relator, Ministro Joaquim Barbosa (Presidente), julgou procedente a ação direta, vencido o Ministro Marco Aurélio. Não votaram os Ministros Roberto Barroso, Teori Zavascki, Rosa Weber, Luiz Fux e Dias Toffoli, por sucederem, respectivamente, aos Ministros Ayres Britto, Cezar Peluso, Ellen Gracie, Eros Grau e Menezes Direito. Plenário, 20.11.2013.

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

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

P/ Luiz Tomimatsu

Assessor-Chefe do Plenário

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO

Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo n. 763.527, de Santa Catarina

Relator: Ministro Celso de Mello

Agravante: Conselho Regional de Engenharia e Agronomia - Crea/SC

Advogado: Adriano Chaves

Agravada: Visoli Construtora Ltda. Epp

Advogado: Renato Hartwig Grahl Filho

E M E N T A

RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO (LEI Nº 13.322/2010) – ANOTAÇÃO DE RESPONSABILIDADE TÉCNICA (ART) COBRADA PELOS CONSELHOS REGIONAIS DE ENGENHARIA, ARQUITETURA E AGRONOMIA (CREA) – NATUREZA JURÍDICA DE TAXA – NECESSÁRIA OBSERVÂNCIA DO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA RESERVA DE LEI FORMAL (CF, ART. 150, I) – *IMPOSSIBILIDADE DE CRIAÇÃO OU MAJORAÇÃO* DE REFERIDA EXAÇÃO TRIBUTÁRIA MEDIANTE SIMPLES RESOLUÇÃO – PRECEDENTES DO STF – RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Segunda Turma, sob a Presidência da Ministra Cármen Lúcia, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, em negar provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Relator.

Brasília, 27 de agosto de 2013.

Ministro Celso de Mello, Relator

RELATÓRIO

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

Inconformada com esse ato decisório, a parte ora agravante interpõe o presente recurso, postulando o provimento do agravo que deduziu. Por não me convencer das razões expostas, submeto, à apreciação desta colenda Turma, o presente recurso de agravo.

É o relatório.

VOTO

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

Com efeito, *tal como ressaltado* na decisão ora questionada, o Plenário desta Suprema Corte, ao julgar a ADI 1.717/DF, Rel. Min. SYDNEY SANCHES (RTJ 186/76), fixou orientação sobre a controvérsia em análise, proferindo decisão consubstanciada em acórdão assim ementado:

“DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 58 E SEUS PARÁGRAFOS DA LEI FEDERAL Nº 9.649, DE 27.05.1998, QUE TRATAM DOS SERVIÇOS DE FISCALIZAÇÃO DE PROFISSÕES REGULAMENTADAS.

1. *Estando prejudicada a Ação*, quanto ao § 3º do art. 58 da Lei nº 9.649, de 27.05.1998, como já decidiu o Plenário, quando apreciou o pedido de medida cautelar, a *Ação Direta é julgada procedente*, quanto ao mais, *declarando-se a inconstitucionalidade do ‘caput’ e dos parágrafos 1º, 2º, 4º, 5º, 6º, 7º e 8º do mesmo art. 58.*

2. *Isso porque a interpretação conjugada dos artigos 5º, XIII, 22, XVI, 21, XXIV, 70, parágrafo único, 149 e 175 da Constituição Federal, leva à conclusão, no sentido da indelegabilidade, a uma entidade privada, de atividade típica de Estado, que abrange até poder de polícia, de tributar e de punir, no que concerne ao exercício de atividades profissionais regulamentadas, como ocorre com os dispositivos impugnados.*

3. *Decisão unânime.*” (grifei)

Cabe assinalar, *por oportuno*, no tema ora em exame, ante a inquestionável procedência de suas observações, a seguinte ementa da decisão proferida pela eminente Ministra CÁRMEN LÚCIA (ARE 761.630/RS), ao apreciar matéria idêntica à versada nesta sede recursal:

“AGRAVO NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. TRIBUTÁRIO. CONSELHO REGIONAL DE ENGENHARIA, ARQUITETURA E AGRONOMIA – CREA. TAXA DE ANOTAÇÃO DE RESPONSABILIDADE TÉCNICA: CRITÉRIOS DE FIXAÇÃO DO VALOR DAS ALÍQUOTAS E BASES DE CÁLCULO. SUBMISSÃO AO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE. JULGADO RECORRIDO EM HARMONIA COM A JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. AGRAVO AO QUAL SE NEGA SEGUIMENTO.”

Cumprе ressaltar, *finalmente*, que esse entendimento vem sendo observado em sucessivos julgamentos, proferidos no âmbito do Supremo Tribunal Federal, a propósito de questões idênticas à que ora se examina (ARE 760.889/SC, Rel. Min. GILMAR MENDES – ARE 761.973/SC,

Rel. Min. GILMAR MENDES – RE 596.440/DF, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA – RE 599.778/DF, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI – RE 684.686/RS, Rel. Min. LUIZ FUX, v.g.).

Essa visão do tema – que bem reflete a diretriz jurisprudencial firmada por esta Suprema Corte – foi exposta, de modo claro, por LUÍSA HICKEL GAMBA (“Natureza Jurídica das Receitas dos Conselhos de Fiscalização Profissional” *“in”* “Conselhos de Fiscalização Profissional”, p. 145/146, item n. 5.5, 3ª ed., revista, atualizada e ampliada, 2013, RT):

“Tendo as anuidades e as taxas cobradas pelos conselhos de fiscalização natureza jurídica tributária, como visto nos itens anteriores, resta evidente que o regime jurídico que lhes é aplicável é o regime jurídico tributário, e, mais especificamente, o regime jurídico aplicável às contribuições especiais e às taxas, respectivamente.

Ambas devem observar, pois, a atribuição constitucional de competência tributária, bem como os princípios constitucionais tributários, além de estarem sujeitas às normas gerais de direito tributário estabelecidas no Código Tributário Nacional, recepcionado como lei complementar à Constituição, nos termos do art. 146, III, da CF.

....

Dos princípios constitucionais tributários, neste breve estudo, cabe referir apenas aqueles dispostos no art. 150 da CF: (1) princípio de legalidade, pelo qual se garante que nenhum tributo será instituído ou aumentado senão por lei (art. 150, I, da CF); (2) princípio da igualdade tributária, que é a projeção, na área tributária, do princípio geral da isonomia ou do princípio de que todos são iguais perante a lei, garantindo-se, aqui, tratamento uniforme, pela entidade tributante entre os contribuintes que se encontrem em situação equivalente (art. 150, II, da CF); (3) princípio da irretroatividade, que veda a cobrança de tributos em relação a fatos geradores ocorridos antes da vigência da lei que os houver instituídos ou aumentando (art. 150, III, A, da CF); (4) princípio da anterioridade, pelo qual nenhum tributo será cobrado no mesmo exercício financeiro ou antes de 90 dias da data em que haja sido

publicada a lei que o instituiu ou aumentou, possibilitando, assim, o planejamento das atividades econômicas, sem o inconveniente da insegurança, pela incerteza quanto ao ônus tributário a ser considerado (art. 150, III, 'b' e 'c', da CF); (5) princípio da vedação do confisco, pelo qual se veda a utilização da tributação com efeito de confisco (art. 150, IV, da CF); e (6) princípio da liberdade da tráfego, o qual proíbe que, pela tributação; seja estabelecida qualquer limitação ao tráfego de pessoas ou bens (art. 150, V, da CF).

Desses princípios, merece especial destaque, aqui, o princípio da legalidade, pelas circunstâncias próprias em que se encontram as receitas tributárias dos conselhos. Do referido princípio se extrai, inicialmente, que a instituição e a majoração de tributo devem se dar por lei em sentido estrito, ou seja, por lei em seu sentido formal e material.”

Cabe destacar, *por necessário*, nessa mesma linha de orientação, em face de sua precisa abordagem, a lição de ROQUE ANTONIO CARRAZZA (“A Taxa de Polícia Denominada ‘Anotação de Responsabilidade Técnica (ART)’ – Suas Inconstitucionalidades e Ilegalidades – Questões Conexas” *“in”* “Temas Atuais de Direito”, p. 347/348, item n. 10, 2008 Malheiros):

“Ao cabo do quanto expusemos, podemos concluir que:

I – a ‘Anotação de Responsabilidade Técnica’ (ART) tem natureza jurídica tributária, mais especificamente de ‘taxa de polícia’, pois é exigida em razão dos atos fiscalizatórios que o ‘CONFEA’ e os ‘CREAs’ realizam sobre os contratos para execução de obras prestação de serviços profissionais referentes a engenharia, arquitetura ou agronomia;

II – por ajustar-se aos arquétipos do art. 145, II, 1ª parte, da Constituição Federal e do art. 77, 1ª parte, do Código Tributário Nacional, a ‘ART’ deveria observar todos os princípios, regras, limitações, condições e pressupostos que disciplinam a ação estatal de exigir taxas de polícia, o que não se dá;

III – de fato, a Lei 6.496/1977 ‘criou’ uma ‘taxa de polícia’ – ainda que, muito a propósito, rotulada de ‘Anotação de Responsabilidade Técnica’ – sem atender, pois, aos princípios ‘da estrita legalidade’ e ‘da tipicidade fechada da tributação’;

IIIa – a Lei 6.496/1977 desatendeu ao ‘princípio da estrita legalidade’, porque deixou de especificar os elementos temporal e espacial da hipótese de incidência da taxa de polícia em questão, além de lhe haver omitido a ‘base de cálculo’ e a ‘alíquota’; isto foi feito por meio de resolução do ‘CONFEA’; IIIb - a Lei 6.496/1977 também desatendeu ao ‘princípio da tipicidade fechada da tributação’, já que deixou em aberto ‘elementos essenciais da ART’, omissão que rendeu ensejo a que o ‘CONFEA’ e os ‘CREAs’, valendo-se de critérios próprios, viessem a lançá-la e cobrá-la; e

IV – não bastassem as inconstitucionalidade acima apontadas, a ‘Anotação de Responsabilidade Técnica’, incidindo sobre o valor da obra ou do serviço contratado, tem base de cálculo própria de imposto (do ISS), circunstância que reforça sua inconstitucionalidade, já que atropela o disposto no art. 145, § 2º da Carta Magna.”

Forçoso concluir, *desse modo*, que não se revela lícito aos Conselhos de Fiscalização, por meio de resolução, fixarem os critérios e os valores de referida exação tributária, sob pena de ofensa à garantia constitucional da legalidade estrita (CF, art. 150, I).

Sendo assim, tendo em consideração as razões expostas, nego provimento ao presente recurso de agravo, mantendo, em consequência, por seus próprios fundamentos, a decisão ora agravada.

É o meu voto.

EXTRATO DE ATA

Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo n. 763.527

Procedência: Santa Catarina

Relator: Ministro Celso de Mello

Agravante: Conselho Regional de Engenharia e Agronomia - Crea/SC

Advogado: Adriano Chaves

Agravada: Visoli Construtora Ltda. Epp

Advogado: Renato Hartwig Grahl Filho

DECISÃO

A Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Relator. 2ª Turma, 27.08.2013.

Presidência da Senhora Ministra Cármen Lúcia. Presentes à sessão os Senhores Ministros Celso de Mello, Gilmar Mendes, Ricardo Lewandowski e Teori Zavascki.

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

Ravena Siqueira

Secretária Substituta

HABEAS CORPUS

Habeas Corpus n. 114.393, do Rio Grande do Sul

Relatora: Ministra Cármen Lúcia

Paciente: Fernando Braga da Silva

Impetrante: Defensoria Pública da União

Procurador: Defensor Público-Geral Federal

Coator: Superior Tribunal de Justiça

EMENTA

HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO PENAL. REMIÇÃO DE PENA. JORNADA DE TRABALHO. PRETENSÃO DO CÔMPUTO DA REMIÇÃO EM HORAS, E NÃO EM DIAS TRABALHADOS: IMPROCEDÊNCIA. ORDEM DENEGADA.

1. Para fins de remição de pena, a legislação penal vigente estabelece que a contagem de tempo de execução é realizada à razão de um dia de pena a cada três dias de trabalho, sendo a jornada normal de trabalho não inferior a seis nem superior a oito horas, o que impõe ao cálculo a consideração dos dias efetivamente trabalhados pelo condenado e não as horas.

2. Ordem denegada.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Segunda Turma, sob a Presidência da Ministra Cármen Lúcia, na conformidade da ata de julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade, em denegar o *habeas corpus*, nos termos do voto da Relatora. Ausentes, justificadamente, os Ministros Celso de Mello e Teori Zavascki.

Brasília, 3 de dezembro de 2013.

Ministra Cármen Lúcia, Relatora

RELATÓRIO

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - (Relatora):

1. *Habeas Corpus*, sem requerimento de medida liminar, impetrado pela Defensoria Pública da União, em favor de Fernando Braga da Silva, contra ato do Ministro Jorge Mussi, do Superior Tribunal de Justiça, que negou seguimento ao Agravo Regimental no Recurso Especial n. 1.283.575- RS.

2. Tem-se nos autos que o Paciente foi condenado definitivamente pelo Juízo de primeira instância à pena de 21 anos, 5 meses e 21 dias em regime fechado. O Paciente iniciou o cumprimento da pena em 19.12.2004.

3. O Juízo da Vara de Execuções Criminais da Comarca de Santa Maria - RS indeferiu ao Paciente a remição na proporção de 18 horas trabalhadas para cada dia de pena a ser remido.

4. Em 28.9.2010, a defesa interpôs agravo em execução (Proc. n. 70039685599) no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul e, em 12.1.2011, a Quinta Câmara Criminal desse Tribunal deu provimento ao recurso para declarar remidos 23 dias de pena:

“Execução penal. Remição da pena. Horas trabalhadas além da jornada mínima de seis horas por dia. Critério de contagem. A cada dezoito horas de trabalho o apenado faz jus a remir um dia de pena.

Agravo provido. Unânime”.

5. Contra essa Decisão, o Ministério Público interpôs recurso especial (Proc. n. 1.283.575), o qual, monocraticamente, foi provido em 18.4.2012, nos seguintes termos:

“A teor do art. 33, caput, da Lei de Execução Penal, ‘a jornada normal de trabalho não será inferior a 6 (seis) nem superior a 8 (oito) horas’.

(...)

Ora, resta evidente que o legislador, como regra, estabeleceu que a remição pelo trabalho se dá em dias, exigindo-se para cada dia um período entre 6 (seis) e 8 (oito) horas de labor.

Esta Corte Superior já afirmou ser possível, para fins de remição da pena do condenado, o aproveitamento da hora trabalhada que exceda o limite de 8 (oito) horas. Veja-se:

EXECUÇÃO PENAL. RECURSO ESPECIAL. REMIÇÃO DA PENA. JORNADA DE TRABALHO.

Se o sentenciado desempenhar atividade laboral fora do limite máximo da jornada diária de trabalho (8 horas), o período excedente deverá ser computado para fins de remição de pena, considerando-se cada 6 (seis) horas extras realizadas como um dia de trabalho (Precedente).

Recurso parcialmente provido. (Resp 898593/RS, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, DJ 27/08/2007)

No entanto, não é esta a hipótese dos autos. Aqui, a Corte local, sustentando a possibilidade do cálculo em horas trabalhadas, entendeu que 18 (dezoito) horas de labor equivaleria a 1 (um) dia remido. Sendo assim, contrariou os arts. 33 e 126, § 1º, da Lei nº 7.210/84.

Tal o contexto, dou provimento ao recurso especial para restabelecer a decisão do Juiz das Execuções Penais.”

6. Irresignada, a defesa interpôs agravo regimental, ao qual a Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça negou provimento:

“EXECUÇÃO PENAL. REMIÇÃO. JORNADA DE TRABALHO x HORAS TRABALHADAS.

1. O condenado que cumpre pena no regime fechado ou semiaberto terá a

cada 3 (três) dias de trabalho 1 (um) dia de desconto da reprimenda (art. 126, § 1º, da Lei nº 7.210/84).

2. A jornada normal de trabalho não será inferior a 6 (seis) nem superior a 8 (oito) horas (art. 33 da mesma lei).

3. A jurisprudência dominante dos Tribunais Superiores admite que o trabalho diário que exceda a 8 (oito) horas seja aproveitado para fins de remição.

4. No entanto, não é a hipótese dos autos. A pretensão exposta na peça recursal (18 horas de trabalho para 1 dia de desconto na pena) não encontra apoio na legislação pátria.

5. Agravo regimental a que se nega provimento.”

7. No presente *habeas corpus*, a defesa sustenta a ”possibilidade de aplicação do critério de horas trabalhadas para a remição de pena, visando oferecer um tratamento igualitário para os apenados que laboram com jornada de trabalho distinta”.

Ressalta que “[e]mbora o artigo 33, da Lei de Execuções Penais versar que a jornada de trabalho não será inferior a 6 (seis) horas, nem superior a 8 (oito) horas, o que se tem como realidade não segue, necessariamente, a legislação pátria. Enquanto uns excedem o limite previsto em tal dispositivo, outros se beneficiam, injustamente, laborando por período inferior ao mínimo legal”.

Aduz que “há de ser possibilitada a adoção do critério de 18 (dezoito) horas para 1 (um) dia remido, reconhecendo-se o mínimo de 6 (seis) horas como correspondente a uma jornada de trabalho.”

Sustenta que “seria razoável considerar o critério de horas laboradas para o fim de remição de pena, pois, dessa forma, os presos teriam tratamento proporcional, fazendo jus à benesse da remição, conforme a dedicação de tempo ao trabalho”.

Argumenta que “há previsão legal de que a jornada laboral será de 6 (seis) a 8 (oito), contudo não há imposição para a aplicação do limite máximo, ficando a cargo do aplicador do direito. Neste caso, seria sensato que esta Corte priorizasse o princípio da igualdade, visando reconhecer a dedicação dos apenados ao tentarem reparar o dano causado e buscarem caminhos lícitos para serem seguidos, também, fora do ambiente carcerário.”

Afirma que “o paciente, por intermédio do Defensor Público, postula pela remição da pena, utilizando o critério de cálculo a jornada mínima de 6 (seis) horas, ou seja, postula que a cada 18 (dezoito) horas trabalhadas, 1 (um) dia de pena seja remido”.

Este o teor dos pedidos:

1. que seja colhido o parecer do Excelentíssimo Procurador- Geral da República;
2. no mérito, a concessão definitiva da ordem de *habeas corpus*, determinando a imediata aplicação do critério de horas para a remição da pena, ou seja, que a cada 18 (dezoito) horas trabalhadas, 1 (um) dia de pena seja remido.
4. a intimação pessoal do Defensor Público-Geral Federal que tem atribuição exclusiva de atuação no STF, observando todas as prerrogativas previstas na LC n.º 80/94 (Lei Orgânica da Defensoria Pública)”.

8. Em 29.4.2013, determinei vista dos autos ao Procurador-Geral da República, que opinou “pela denegação” da ordem.

É o relatório.

VOTO

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - (Relatora):

1. Conforme relatado, a Impetrante sustenta que a remição da pena do Paciente, que trabalha oito horas por dia, deve ser calculada em horas, e não em dias de trabalho, de modo que seja remido um dia de pena para cada dezoito horas de trabalho.

2. Razão jurídica não assiste à Impetrante.

3. Os arts. 33 e 126 da Lei de Execução Penal prescrevem que o cálculo para fins da remição da pena deve ser efetuado pelos dias (e não pelas horas) efetivamente trabalhados pelo condenado:

“Art. 33. A jornada normal de trabalho não será inferior a 6 (seis) nem superior a 8 (oito) horas, com descanso nos domingos e feriados”; e

“Art. 126. O condenado que cumpre a pena em regime fechado ou semiaberto poderá remir, por trabalho ou por estudo, parte do tempo de execução da pena.

§ 1º A contagem de tempo referida no caput será feita à razão de:

I - 1 (um) dia de pena a cada 12 (doze) horas de frequência escolar - atividade de ensino fundamental, médio, inclusive profissionalizante, ou superior, ou ainda de requalificará o profissional - divididas, no mínimo, em 3 (três) dias;

II - 1 (um) dia de pena a cada 3 (três) dias de trabalho” (grifos nossos).

4. Verifica-se, portanto, não haver plausibilidade jurídica a justificar a concessão da ordem, pois, para fins de remição, a legislação penal vigente estabelece que a contagem de tempo de execução da pena é realizada à razão de um dia de pena a cada três dias de trabalho, sendo a jornada normal de trabalho não inferior a seis nem superior oito horas.

Nesse sentido, a doutrina:

“A contagem do tempo para o fim da remição é feita à razão de um dia de pena por três de trabalho (art. 126, § 1.º). Somente devem ser computados os dias efetivamente trabalhados, excluídos, pois, os dias de descanso obrigatório, ou seja, os domingos e feriados (art. 33, caput, segunda parte). Tratando-se de horário especial de trabalho, imposto ao preso nos serviços de conservação e manutenção do estabelecimento penal, o descanso pode recair em outro dia da semana.

Somente podem ser considerados para os fins da remição os dias em que o condenado desempenhar sua atividade laboral durante a jornada completa de trabalho, que nunca poderá ser inferior a seis nem superior a oito horas, obedecida a lei local quanto à jornada mínima. Daí observarem Sérgio Neves Coelho e Daniel Prado da Silveira que, se o sentenciado trabalhar cinco horas em determinado dia, tal jornada, por não satisfazer ao requisito temporal mínimo (de seis horas), não lhe é computada para o efeito questionado e, de outro lado, se o condenado trabalhar por mais de oito horas (lapso temporal máximo da jornada de trabalho) o excesso não pode ser levado em conta para futura compensação. Essa conclusão impõe-se porque, caso contrário, permitir-se-ia ao condenado trabalhar apenas quando lhe aprouvesse, por quantas horas diárias desejasse, obtendo a remissão com a soma das horas e períodos trabalhados. Além disso, a lei fixa um limite máximo de horas para a jornada de trabalho, que não poderá ser excedido apenas porque o condenado deseja compensar as horas não trabalhadas em dia anterior.

Deve ser computado para a remição, porém, o tempo em que o condenado foi obrigado a trabalhar fora dos horários normais. Assim, se, por determinação da autoridade, o preso trabalha em dia de repouso semanal ou mais de oito horas diárias, esse tempo deve ser computado na remição. A recusa ao trabalho é falta grave e compreende-se que o condenado não conteste a ordem de desempenhá-lo além das horas normais ou em dias que seriam de descanso. Não se lhe pode negar o cômputo desse tempo de trabalho, a que foi obrigado pela Administração e a que se submeteu por receio de ser submetido à punição disciplinar” (MIRABETE, Julio Fabbrini. Execução penal: Comentários à Lei n. 7.210, de 11.7.1974, 11 ed, São Paulo: Atlas, 2004, p. 524).

Dessa forma, não há se falar, na espécie, de constrangimento ilegal na execução penal do Paciente.

5. Na mesma linha, o parecer da Procuradoria-Geral da República:

“7. Como consignou o acórdão impugnado, e bem reconhece a impetrante, a Lei de Execuções Penais prevê que o cálculo da remição deve ser realizado considerando o dia de trabalho, exigindo para cada dia um período entre 6 (seis) e 8 (oito) horas, e não a quantidade de horas trabalhadas (arts. 33, caput, e 126, § 1º, da Lei nº. 7.210/1984). Somente nos casos em que o apenado exceder o máximo da jornada de trabalho (8 horas), essas horas extraordinárias devem ser computadas para fins de remição, de forma que a cada 6 (seis) horas extras realizadas equivalha a 1 (um) dia de trabalho.

8. Destacam-se outros precedentes do STJ: ‘Nos termos dos arts. 33 e 126, § 1º, II, da Lei de Execução Penal, o condenado que cumpre pena em regime fechado ou semiaberto poderá remir 01 (um) dia de pena, a cada 3 (três) dias de trabalho, sendo a jornada normal de trabalho não inferior a 6 (seis) nem superior a 8 (oito) horas. A pretensão do paciente - que cumpre jornada de trabalho de 8 (oito) horas - de que seja efetuado o cálculo da remição de pena em horas, e não em dias de trabalho - remir 01 (um) dia de pena, a cada período de 18 (dezoito) horas de trabalho -, não encontra respaldo na legislação pátria. Precedentes do STJ.’ (HC nº 215.368/RS, Rel. Min. Assusete Magalhães, DJe de 23.4.2013); ‘1. O art. 126, § 1º, II, da Lei de Execução Penal é claro ao afirmar que a contagem do tempo a ser remido será feita com base em dias, e não em horas de trabalho. Assim, se o trabalho do preso se restringir ao lapso temporal considerado pela lei como jornada normal (seis a oito horas diárias - art. 33), deve ser considerado como um dia, para efeito de remição. 2. A definição da jornada normal de trabalho do preso, dentro do lapso temporal previsto em lei, deve ocorrer, no caso concreto, com base nas peculiaridades do trabalho a ser desenvolvido e do esforço, para tanto, necessário. Dessa forma, como já existe critério razoável para a diferenciação da jornada, com base na maior ou menor exigência de esforço para o trabalho, justifica-se que, dentro do intervalo legal (seis a

oito horas), a jornada seja sempre considerada como um dia, para efeito de remição. 3. Apenas em caso de horas extraordinárias (entenda-se: superiores a oito horas diárias), estas devem ser computadas em separado, utilizando-se o divisor em horas, com base no mínimo previsto em lei (seis horas), por ser esse o entendimento que melhor se coaduna com a finalidade do instituto da remição. Precedentes. 4. No caso, o próprio recorrido informou que a sua jornada de trabalho era de oito horas, de sorte que a remição deve mesmo ser calculada com base no número de dias de trabalho, como efetuado pelo Juízo de primeiro grau, ficando afastado o critério utilizado pelo Tribunal de origem, segundo o qual a cada dezoito horas de trabalho considerava-se remido um dia da pena.' (REsp nº 1.302.924/RS, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, DJe de 06.3.2013).

9. Isso posto, opino pela denegação ”.

6. Pelo exposto, encaminho a votação *no sentido de denegar a ordem*.

SEGUNDA TURMA EXTRATO DE ATA

Habeas Corpus n. 114.393

Procedência: Rio Grande do Sul

Relatora: Ministra Cármen Lúcia

Paciente: Fernando Braga da Silva

Impetrante: Defensoria Pública da União

Procurador: Defensor Público-Geral Federal

Coator: Superior Tribunal de Justiça

DECISÃO

A Turma, por votação unânime, denegou a ordem, nos termos do voto da Relatora. Ausentes, justificadamente, os Senhores Ministros Celso de Mello e Teori Zavascki. 2ª Turma, 03.12.2013.

Presidência da Senhora Ministra Cármen Lúcia. Presentes à sessão os Senhores Ministros Gilmar Mendes e Ricardo Lewandowski. Ausentes, justificadamente, os Senhores Ministros Celso de Mello e Teori Zavascki.

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

Ravena Siqueira

Secretária Substituta

REPERCUSSÃO GERAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO

Repercussão Geral no Recurso Extraordinário n. 767.332, de Minas Gerais

Relator: Ministro Gilmar Mendes

Recorrente: Município de Belo Horizonte

Procurador: Procurador Geral do Município de Belo Horizonte

Recorrida: União Brasileira de Educação e Ensino - Ubee

Advogado (a/s): Letícia Chagas Ribeiro de Vasconcellos e outro(a/s)

EMENTA

Recurso extraordinário. Repercussão geral. 2. Imunidade tributária. Instituições de educação e de assistência social, sem fins lucrativos, atendidos os requisitos da lei. 3. IPTU. Lote vago. Não incidência. 4. A imunidade tributária, prevista no art. 150, VI, c, da CF/88, aplica-se aos bens imóveis, temporariamente ociosos, de propriedade das instituições de educação e de assistência social sem fins lucrativos que atendam os requisitos legais. Precedentes. 5. Recurso não provido. Reafirmação de jurisprudência.

DECISÃO

O Tribunal, por unanimidade, reputou constitucional a questão. O Tribunal, por unanimidade, reconheceu a existência de repercussão geral da questão constitucional suscitada. No mérito, por maioria, reafirmou a jurisprudência dominante sobre a matéria, vencido o Ministro Marco Aurélio. Não se manifestaram os Ministros Joaquim Barbosa e Roberto Barroso.

Ministro Gilmar Mendes, Relator

MANIFESTAÇÃO

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (Relator): Trata-se de recurso extraordinário que impugna acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais ementado nos seguintes termos:

APELAÇÃO CÍVEL TRIBUTÁRIO EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL UBEE IPTU IMUNIDADE TRIBUTÁRIA IMÓVEL LOTE VAGO INTELIGÊNCIA DO DISPOSTO NO ENUNCIADO DA SÚMULA 724 DO STF LEGALIDADE DA COBRANÇA PRECEDENTES Não afasta o benefício da imunidade concedido à entidade assistencial a mera alegação de que o imóvel sobre o qual recai o tributo encontra-se vago Recurso improvido (eDOC 1, p. 157).

Opostos embargos declaratórios, estes foram rejeitados (eDOC 1, p. 173-181).

No recurso extraordinário, interposto com fundamento no art. 102, inciso III, alínea a, da Constituição Federal, aponta-se violação dos artigos 5º, LV; 93, IX; e 150, VI, c, § 4º, do texto constitucional.

Nas razões recursais, sustenta-se que o imóvel vago não se encontra vinculado às finalidades essenciais da entidade assistencial e, por isso, não está protegido pela imunidade. Argumenta-se que somente se houvesse a aplicação de renda auferida pela locação nas atividades essenciais é que estaria sendo respeitado o disposto no § 4º do art. 150 da Constituição Federal, o que não ocorre no caso em tela.

Na origem, o recurso extraordinário foi admitido, ao fundamento de que a tese defendida nas razões recursais no sentido de que, para se fazer jus à concessão da imunidade, a entidade deve demonstrar a afetação do imóvel a seus fins institucionais reveste-se de razoabilidade.

Observados os demais requisitos de admissibilidade do presente recurso, submeto a matéria ao Plenário Virtual, a fim de que seja analisada a existência de repercussão geral.

Em síntese, discute-se se o reconhecimento da imunidade tributária, prevista no art. 150, VI, c, abrange também os imóveis vagos.

A discussão é de inegável relevância do ponto de vista jurídico, político e econômico e, certamente, não se limita aos interesses jurídicos das partes recorrentes.

A questão constitucional em discussão diz respeito à interpretação do art. 150, VI, c, da Constituição Federal, que traz a previsão de imunidade tributária para as instituições de educação e de assistência social, sem fins lucrativos, notadamente no que se refere à sua aplicabilidade aos bens imóveis temporariamente ociosos pertencentes a tais entidades.

A orientação consolidada na jurisprudência deste Tribunal é no sentido de que a imunidade conferida às entidades de educação sem fins lucrativos, prevista no art. 150, VI, c, da Constituição, é de natureza subjetiva e incide sobre quaisquer bens, patrimônio ou serviços dessas instituições, desde que vinculados às suas atividades essenciais.

Em diversas ocasiões, esta Corte já se pronunciou no sentido de garantir efetividade à imunidade tributária para tais entidades dada a natureza dos serviços prestados à sociedade.

Este Tribunal já reconheceu a aplicação da imunidade do art. 150, VI, c, da CF para afastar a incidência de IPTU sobre imóveis de propriedade das referidas instituições, ainda quando alugados a terceiros, desde que os aluguéis sejam aplicados em suas finalidades institucionais. Assentou, dessa forma, que o fato de o imóvel estar alugado não é condição bastante para afastar a regra constitucional de imunidade.

Cito, a propósito, o seguinte julgado:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. INSTITUIÇÃO DE ENSINO. IMUNIDADE. Entidade de ensino e de assistência social sem fins lucrativos. Impostos. Imunidade tributária que abrange o patrimônio e a renda, ainda que advinda de seus bens dados em locação, porque destinada ao cumprimento da finalidade da instituição. Precedente do Tribunal do Pleno. Agravo regimental não provido (RE-AgR 391.707, Rel. Min. Eros Grau, Primeira Turma, DJe 31.5.2013).

O tema foi inclusive objeto do Enunciado 724 da Súmula desta Corte, que prevê o seguinte:

Ainda quando alugado a terceiros, permanece imune ao IPTU o imóvel pertencente a qualquer das entidades referidas pelo art. 150, VI, c, da Constituição, desde que o valor dos aluguéis seja aplicado nas atividades essenciais de tais entidades.

Na mesma linha, há também precedentes desta Corte afirmando a inafastabilidade do benefício constitucional mencionado no caso de os imóveis da entidade servirem de moradia ou escritório para os integrantes da entidade imune. A propósito, veja-se o seguinte precedente:

IMUNIDADE INSTITUIÇÕES DE EDUCAÇÃO E ASSISTÊNCIA SOCIAL SEM FINS LUCRATIVOS IMÓVEIS ESCRITÓRIO E RESIDÊNCIA DE MEMBROS. O fato de os imóveis estarem sendo utilizados como escritório e residência de membros da entidade não afasta a imunidade prevista no artigo 150, inciso VI, alínea “c”, § 4º da Constituição Federal (RE 221.395, Rel. Min. Marco Aurélio, Segunda Turma, DJ 12.5.2000).

Especificamente quanto à questão constitucional ora suscitada, a orientação acolhida em diversos precedentes deste Tribunal é no sentido de que o fato de os lotes encontrarem-se temporariamente vagos, por si só, não é razão suficiente para afastar a imunidade do art. 150, VI, c, da CF. Ou seja, não é lícito às municipalidades cobrar IPTU em relação aos imóveis de propriedade das instituições de educação e de assistência social, sem fins lucrativos, ainda que se trate de lotes vagos.

Adotando esse entendimento, confirmam-se os seguintes julgados desta Corte:

Agravo regimental em recurso extraordinário. 2. Recurso que não demonstra o desacerto da decisão agravada. 3. Decisão em consonância com a jurisprudência desta Corte. Imunidade tributária. Vedação de instituição de impostos sobre o patrimônio, renda e serviços relacionados com as finalidades essenciais das entidades. Artigo 150, VI, 'c' e § 4º, da Constituição. Entidade de assistência social. IPTU. Lote vago. Precedente. 4. Agravo regimental a que se nega provimento (RE-AgR 357.175, de minha relatoria, Segunda Turma, DJe 14.11.2007).

Agravo regimental no agravo de instrumento. Imunidade tributária da entidade beneficente de assistência social. Alegação de imprescindibilidade de o imóvel estar relacionado às finalidades essenciais da instituição. Interpretação teleológica das normas de imunidade tributária, de modo a maximizar o seu potencial de efetividade. 1. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal vem flexibilizando as regras atinentes à imunidade, de modo a estender o alcance axiológico dos dispositivos imunitórios, em homenagem aos intentos protetivos pretendidos pelo constituinte originário. 2. Esta Corte já reconhece a imunidade do IPTU para imóveis locados e lotes não edificadas. Nesse esteio, cumpre reconhecer a imunidade ao caso em apreço, sobretudo em face do reconhecimento, pelo Tribunal de origem, do caráter assistencial da entidade. 3. Agravo regimental não provido (AI-AgR 746.263, Rel. Min. Dias Toffoli, Primeira Turma, DJe 21.2.2013).

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. TRIBUTÁRIO. IMUNIDADE TRIBUTÁRIA. IPTU.

ENTIDADE ASSISTENCIAL. IMÓVEL VAGO. IRRELEVÂNCIA. JURISPRUDÊNCIA DO STF. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO DESPROVIDO. 1. A imunidade tributária prevista no art. 150, VI, c, da CF alcança todos os bens das entidades assistenciais de que cuida o referido dispositivo constitucional. 2. Deveras, o acórdão recorrido decidiu em conformidade com o entendimento firmado por esta Suprema Corte, no sentido de se conferir a máxima efetividade ao art. 150, VI, b e c, da CF, revogando a concessão da imunidade tributária ali prevista somente quando há provas de que a utilização dos bens imóveis abrangidos pela imunidade tributária são estranhas àquelas consideradas essenciais para as suas finalidades. Precedentes: RE 325.822, Tribunal Pleno, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJ 14.05.2004 e AI 447.855, da relatoria do Ministro Gilmar Mendes, DJ de 6.10.06. 3. *In casu*, o acórdão recorrido assentou: Ação declaratória de inexistência de relação jurídica. Sentença de improcedência. Alegada nulidade por falta de intimação/intervenção do Ministério Público. Ausência de interesse público. Art. 82, III, CPC. IPTU. Imunidade. Decisão administrativa. Entidade de caráter religioso. Reconhecimento da imunidade, com desoneração do IPTU/2009. O imposto predial do exercício anterior (2008), no entanto, continuou a ser cobrado pela Municipalidade, por considerar estarem vagos os lotes na época do fato gerador (janeiro/2008). Comprovação da destinação dos imóveis para os fins essenciais da igreja construção de seu primeiro templo. Inteligência do art. 150, VI e § 4º, da CF. Dá-se provimento ao recurso. 4. Agravo regimental a que se nega provimento (ARE-AgR 658.080, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, DJe 15.2.2012).

Agravo regimental em recurso extraordinário. 2. Recurso que não demonstra o desacerto da decisão agravada. 3. Decisão em consonância com a jurisprudência desta Corte. Imunidade tributária. Vedação de instituição de impostos sobre o patrimônio, renda e serviços relacionados com as finalidades essenciais das entidades. Artigo 150, VI, 'c' e § 4º, da Constituição. Entidade de assistência social. IPTU. Lote vago. Precedente. 4. Agravo regimental a que se nega provimento (RE-AgR 357.175, de minha relatoria, Segunda Turma, DJe 14.11.2007).

Na mesma linha, aplicando a mesma interpretação acolhida nos precedentes acima referidos, cito também as seguintes decisões monocráticas: RE 577.749, Rel. Min. Cármen Lúcia, DJe 3.11.2008; RE 598.091, Rel. Min. Celso de Mello, DJe 22.4.2009; e AI 740.944, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJe 24.3.2009.

Assim, entendo que a mesma orientação deve ser aplicada ao caso em tela, dessa vez na sistemática da repercussão geral, para reconhecer que a imunidade tributária prevista no art. 150, VI, c, da Constituição Federal aplica-se inclusive aos bens imóveis, temporariamente ociosos, de propriedade das instituições de educação e de assistência social, sem fins lucrativos, desde que atendidos os requisitos legais necessários ao enquadramento nessa categoria.

Ante o exposto, manifesto-me pela existência de repercussão geral da questão constitucional debatida e pela reafirmação da jurisprudência desta Corte, de modo a fixar o entendimento no sentido de que a imunidade tributária, prevista no art. 150, VI, c, da CF/88, abarca os lotes vagos pertencentes às instituições de educação e de assistência social, que não tenham fins lucrativos, para, assim, afastar a incidência de IPTU na espécie.

Ante o exposto, nego provimento ao recurso extraordinário .

Repercussão Geral no Recurso Extraordinário n. 767.332, de Minas Gerais

PRONUNCIAMENTO

PRESTAÇÃO JURISDICIONAL – COMPLETEDE.

IMUNIDADE – ENTIDADE ASSISTENCIAL SEM FINS LUCRATIVOS – IMÓVEL VAGO.

RECURSO EXTRAORDINÁRIO – REPERCUSSÃO GERAL ADMITIDA – JULGAMENTO – PLENÁRIO VIRTUAL – INADEQUAÇÃO.

1. O Gabinete prestou as seguintes informações:

Eis a síntese do que discutido no Recurso Extraordinário nº 767.332/MG, da relatoria do ministro Gilmar Mendes, inserido no sistema eletrônico da repercussão geral às 17 horas e 5 minutos do dia 11 de outubro de 2013.

A Quinta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais negou provimento à Apelação nº 1.0024.10.206814-5/001 e assentou a imunidade das entidades assistenciais sem fins lucrativos, prevista no artigo 150, inciso VI, alínea “c”, da Carta Federal no tocante ao Imposto Predial e Territorial Urbano – IPTU incidente sobre imóvel vago a elas pertencente. Ao citar o Verbete nº 724 da Súmula do Supremo, consignou a aplicabilidade do aludido preceito constitucional, ainda que se tratasse de lote ao qual a proprietária não tivesse dado destinação imediata.

Os embargos declaratórios interpostos foram desprovidos.

No extraordinário, protocolado com alegada base na alínea “a” do permissivo constitucional, o Município de Belo Horizonte argui violação aos artigos 5º, inciso LV, 93, inciso IX, e 150, inciso VI, alínea “c”, e § 4º, do Diploma Maior. Sustenta, inicialmente, a omissão do Tribunal de origem que, mesmo após a interposição dos embargos declaratórios, não haveria analisado todas as teses abordadas. Conforme ressalta, o imóvel vago não se encontra vinculado a nenhuma das finalidades essenciais da recorrida, motivo por que esta não teria jus à imunidade tributária.

Segundo assevera, a limitação constitucional ao poder de tributar, abrange apenas o patrimônio das entidades de assistência afetos à respectiva missão institucional. Aduz a inadequação, na espécie, do verbete citado no acórdão recorrido.

Sob o ângulo da repercussão geral, afirma ultrapassar o tema o interesse subjetivo das partes, mostrando-se relevante do ponto de vista jurídico, político e econômico, por versar sobre o pacto federativo e a repartição de receitas tributárias.

A recorrida, nas contrarrazões, diz da impossibilidade de arguição de matéria fática em sede extraordinária, bem como da ofensa indireta aos mencionados dispositivos constitucionais. Quanto ao mérito, anota o acerto do ato impugnado.

O extraordinário foi admitido na origem.

Consta da presente repercussão geral questão relativa à reafirmação da jurisprudência do Supremo.

Eis o pronunciamento do ministro Gilmar Mendes:

MANIFESTAÇÃO

O Senhor Ministro Gilmar Mendes (Relator): Trata-se de recurso extraordinário que impugna acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais ementado nos seguintes termos:

APELAÇÃO CÍVEL TRIBUTÁRIO EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL UBEE IPTU IMUNIDADE TRIBUTÁRIA IMÓVEL LOTE VAGO INTELIGÊNCIA DO DISPOSTO NO ENUNCIADO DA SÚMULA 724 DO STF LEGALIDADE DA COBRANÇA PRECEDENTES.

Não afasta o benefício da imunidade concedido à entidade assistencial a mera alegação de que o imóvel sobre o qual recai o tributo encontra-se vago
Recurso improvido (eDOC 1, p. 157).

Opostos embargos declaratórios, estes foram rejeitados (eDOC 1, p. 173-181).

No recurso extraordinário, interposto com fundamento no art. 102, inciso III, alínea a, da Constituição Federal, aponta-se violação dos artigos 5º, LV; 93, IX; e 150, VI, c, § 4º, do texto constitucional.

Nas razões recursais, sustenta-se que o imóvel vago não se encontra vinculado às finalidades essenciais da entidade assistencial e, por isso, não está protegido pela imunidade. Argumenta-se que somente se houvesse a aplicação de renda auferida pela locação nas atividades essenciais é que estaria sendo respeitado o disposto no § 4º do art. 150 da Constituição Federal, o que não ocorre no caso em tela.

Na origem, o recurso extraordinário foi admitido, ao fundamento de que a tese defendida nas razões recursais no sentido de que, para se fazer jus à concessão da imunidade, a entidade deve demonstrar a afetação do imóvel a seus fins institucionais reveste-se de razoabilidade.

Observados os demais requisitos de admissibilidade do presente recurso, submeto a matéria ao Plenário Virtual, a fim de que seja analisada a existência de repercussão geral.

Em síntese, discute-se se o reconhecimento da imunidade tributária, prevista no art. 150, VI, c, abrange também os imóveis vagos.

A discussão é de inegável relevância do ponto de vista jurídico, político e econômico e, certamente, não se limita aos interesses jurídicos das partes recorrentes.

A questão constitucional em discussão diz respeito à interpretação do art. 150, VI, c, da Constituição Federal, que traz a previsão de imunidade tributária para as instituições de educação e de assistência social, sem fins lucrativos, notadamente no que se refere à sua aplicabilidade aos bens imóveis temporariamente ociosos pertencentes a tais entidades.

A orientação consolidada na jurisprudência deste Tribunal é no sentido de que a imunidade conferida às entidades de educação sem fins

lucrativos, prevista no art. 150, VI, c, da Constituição, é de natureza subjetiva e incide sobre quaisquer bens, patrimônio ou serviços dessas instituições, desde que vinculados às suas atividades essenciais.

Em diversas ocasiões, esta Corte já se pronunciou no sentido de garantir efetividade à imunidade tributária para tais entidades dada a natureza dos serviços prestados à sociedade.

Este Tribunal já reconheceu a aplicação da imunidade do art. 150, VI, c, da CF para afastar a incidência de IPTU sobre imóveis de propriedade das referidas instituições, ainda quando alugados a terceiros, desde que os aluguéis sejam aplicados em suas finalidades institucionais. Assentou, dessa forma, que o fato de o imóvel estar alugado não é condição bastante para afastar a regra constitucional de imunidade.

Cito, a propósito, o seguinte julgado:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. INSTITUIÇÃO DE ENSINO. IMUNIDADE. Entidade de ensino e de assistência social sem fins lucrativos. Impostos. Imunidade tributária que abrange o patrimônio e a renda, ainda que advinda de seus bens dados em locação, porque destinada ao cumprimento da finalidade da instituição. Precedente do Tribunal do Pleno. Agravo regimental não provido (RE-AgR 391.707, Rel. Min. Eros Grau, Primeira Turma, DJe 31.5.2013).

O tema foi inclusive objeto do Enunciado 724 da Súmula desta Corte, que prevê o seguinte:

Ainda quando alugado a terceiros, permanece imune ao IPTU o imóvel pertencente a qualquer das entidades referidas pelo art. 150, VI, c, da Constituição, desde que o valor dos aluguéis seja aplicado nas atividades essenciais de tais entidades.

Na mesma linha, há também precedentes desta Corte afirmando a inafastabilidade do benefício constitucional mencionado no caso de os imóveis da entidade servirem de moradia ou escritório para os integrantes da entidade imune. A propósito, veja-se o seguinte precedente:

IMUNIDADE INSTITUIÇÕES DE EDUCAÇÃO E ASSISTÊNCIA SOCIAL SEM FINS LUCRATIVOS IMÓVEIS ESCRITÓRIO E RESIDÊNCIA DE MEMBROS. O fato de os imóveis estarem sendo utilizados como escritório e residência de membros da entidade não afasta a imunidade prevista no artigo 150, inciso VI, alínea “c”, § 4º da Constituição Federal (RE 221.395, Rel. Min. Marco Aurélio, Segunda Turma, DJ 12.5.2000).

Especificamente quanto à questão constitucional ora suscitada, a orientação acolhida em diversos precedentes deste Tribunal é no sentido de que o fato de os lotes encontrarem-se temporariamente vagos, por si só, não é razão suficiente para afastar a imunidade do art. 150, VI, c, da CF. Ou seja, não é lícito às municipalidades cobrar IPTU em relação aos imóveis de propriedade das instituições de educação e de assistência social, sem fins lucrativos, ainda que se trate de lotes vagos.

Adotando esse entendimento, confirmam-se os seguintes julgados desta Corte:

Agravo regimental em recurso extraordinário. 2. Recurso que não demonstra o desacerto da decisão agravada. 3. Decisão em consonância com a jurisprudência desta Corte. Imunidade tributária. Vedação de instituição de impostos sobre o patrimônio, renda e serviços relacionados com as finalidades essenciais das entidades. Artigo 150, VI, ‘c’ e § 4º, da Constituição. Entidade de assistência social. IPTU. Lote vago. Precedente. 4. Agravo regimental a que se nega provimento (RE-AgR 357.175, de minha relatoria, Segunda Turma, Dje 14.11.2007).

Agravo regimental no agravo de instrumento. Imunidade tributária da enti-

dade beneficente de assistência social. Alegação de imprescindibilidade de o imóvel estar relacionado às finalidades essenciais da instituição. Interpretação teleológica das normas de imunidade tributária, de modo a maximizar o seu potencial de efetividade. 1. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal vem flexibilizando as regras atinentes à imunidade, de modo a estender o alcance axiológico dos dispositivos imunitórios, em homenagem aos intentos protetivos pretendidos pelo constituinte originário. 2. Esta Corte já reconhece a imunidade do IPTU para imóveis locados e lotes não edificados. Nesse esteio, cumpre reconhecer a imunidade ao caso em apreço, sobretudo em face do reconhecimento, pelo Tribunal de origem, do caráter assistencial da entidade. 3. Agravo regimental não provido (AI-AgR 746.263, Rel. Min. Dias Toffoli, Primeira Turma, DJe 21.2.2013).

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. TRIBUTÁRIO. IMUNIDADE TRIBUTÁRIA. IPTU. ENTIDADE ASSISTENCIAL. IMÓVEL VAGO. IRRELEVÂNCIA. JURISPRUDÊNCIA DO STF. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO DESPROVIDO. 1. A imunidade tributária prevista no art. 150, VI, c, da CF alcança todos os bens das entidades assistenciais de que cuida o referido dispositivo constitucional. 2. Deveras, o acórdão recorrido decidiu em conformidade com o entendimento firmado por esta Suprema Corte, no sentido de se conferir a máxima efetividade ao art. 150, VI, b e c, da CF, revogando a concessão da imunidade tributária ali prevista somente quando há provas de que a utilização dos bens imóveis abrangidos pela imunidade tributária são estranhas àquelas consideradas essenciais para as suas finalidades. Precedentes: RE 325.822, Tribunal Pleno, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJ 14.05.2004 e AI 447.855, da relatoria do Ministro Gilmar Mendes, DJ de 6.10.06. 3. *In casu*, o acórdão recorrido assentou:

Ação declaratória de inexistência de relação jurídica. Sentença de improcedência. Alegada nulidade por falta de intimação/intervenção do Ministério Público. Ausência de interesse público. Art. 82, III, CPC. IPTU. Imunidade. Decisão administrativa. Entidade de caráter religioso. Reconhecimento da imunidade, com desoneração do IPTU/2009. O imposto predial do exercício anterior (2008), no entanto, continuou a ser cobrado pela Municipalidade, por considerar estarem vagos os lotes na época do fato gerador (janeiro/2008). Comprovação da destinação dos imóveis para os fins essenciais da igreja

construção de seu primeiro templo. Inteligência do art. 150, VI e § 4º, da CF. Dá-se provimento ao recurso. 4. Agravo regimental a que se nega provimento (ARE-AgR 658.080, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, Dje 15.2.2012).

Agravo regimental em recurso extraordinário. 2. Recurso que não demonstra o desacerto da decisão agravada. 3. Decisão em consonância com a jurisprudência desta Corte. Imunidade tributária. Vedação de instituição de impostos sobre o patrimônio, renda e serviços relacionados com as finalidades essenciais das entidades. Artigo 150, VI, 'c' e § 4º, da Constituição. Entidade de assistência social. IPTU. Lote vago. Precedente. 4. Agravo regimental a que se nega provimento (RE-AgR 357.175, de minha relatoria, Segunda Turma, Dje 14.11.2007).

Na mesma linha, aplicando a mesma interpretação acolhida nos precedentes acima referidos, cito também as seguintes decisões monocráticas: RE 577.749, Rel. Min. Cármen Lúcia, Dje 3.11.2008; RE 598.091, Rel. Min. Celso de Mello, Dje 22.4.2009; e AI 740.944, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Dje 24.3.2009.

Assim, entendo que a mesma orientação deve ser aplicada ao caso em tela, dessa vez na sistemática da repercussão geral, para reconhecer que a imunidade tributária prevista no art. 150, VI, c, da Constituição Federal aplica-se inclusive aos bens imóveis, temporariamente ociosos, de propriedade das instituições de educação e de assistência social, sem fins lucrativos, desde que atendidos os requisitos legais necessários ao enquadramento nessa categoria.

Ante o exposto, manifesto-me pela existência de repercussão geral da questão constitucional debatida e pela reafirmação da jurisprudência desta Corte, de modo a fixar o entendimento no sentido de que a imunidade tributária, prevista no art. 150, VI, c, da CF/88, abarca os lotes vagos pertencentes às instituições de educação e de assistência social, que não tenham fins lucrativos, para, assim, afastar a incidência de IPTU na espécie.

Ante o exposto, nego provimento ao recurso extraordinário.

2. Em primeiro lugar, apesar da interposição de embargos declaratórios, o Tribunal de origem não emitiu entendimento sobre o disposto no § 4º do artigo 150 da Constituição Federal, ou seja, acerca do alcance da imunidade no que indispensável que o imóvel seja destinado à atividade da beneficiária. Deve-se distinguir decisão de julgamento. Este último pressupõe, sob pena de transgressão ao devido processo legal, o enfrentamento das causas de defesa veiculadas pela parte. O extraordinário revela repercussão geral no que inobservados, de início, os artigos 5º, inciso LV, e 93, inciso IX, da Carta da República.

Em segundo lugar, surge a questão ligada à imunidade prevista no artigo 150, inciso VI, alínea “c”, do Diploma Maior. No acórdão impugnado, consigna-se o envolvimento, na espécie, de Imposto sobre a Propriedade Territorial Urbana a incidir em imóvel vago. Esse dado leva à necessidade de manifestação do Supremo, esclarecendo-se o alcance da imunidade.

Em terceiro lugar, ressalto que o denominado Plenário Virtual apenas serve à definição, segundo a ilustrada maioria, de encontrar-se satisfeito o requisito da repercussão geral, não podendo ser utilizado para o exame de fundo do próprio recurso extraordinário.

3. Pronuncio-me, tão somente, sobre a configuração, no caso, da repercussão geral, assentando-a existente.

4. Ao Gabinete para acompanhar a tramitação do incidente.

5. Publiquem.

Brasília – residência –, 23 de outubro de 2013, às 18h50.

Ministro MARCO AURÉLIO

MANIFESTAÇÃO

Manifesto-me, acompanhando o Relator quanto à existência de repercussão geral da matéria constitucional e pela reafirmação da jurisprudência desta Corte, adotando como razões de decidir o voto por mim proferido na Primeira Turma desta Corte no julgamento do RE nº 385.091/DF, de minha relatoria, que trata do mesmo tema versado nestes autos, *in verbis*:

“Trata-se de questão afeta à extensão da imunidade conferida pela Carta Política no art. 150, VI, c. Pretende-se definir se a exegese de tal dispositivo alcançaria hipótese na qual o imóvel do ente imune encontra-se vago.

O acórdão recorrido assentou que os imóveis de domínio do Serviço Nacional da Indústria (SESI), *ainda que não vinculados, em dado momento, ao seu propósito essencial*, nem por isso perdem a imunidade, podendo, ademais, a qualquer momento, nos precisos limites da conveniência ou da oportunidade, ser integrados aos fins respectivos.

A regra de imunidade compreende o reverso da atribuição de competência tributária. Isso porque a norma imunitória se traduz em um decote na regra de competência, limitando, *a priori*, o poder impositivo do Estado. Nesse sentido:

“Tais imunidades inscritas na Constituição são limitações ao próprio poder impositivo, expressos por meio de proibições ou exclusões da competência, não apenas para impedir a cobrança de imposto (não se trata de uma simples isenção que seria mera dispensa do crédito de imposto devido CTN, art. 175), mas vedação ‘a priori’ da competência do legislador ordinário, expressamente inscrita na Constituição Federal, por meio de textos proibitivos, normativos e auto-aplicáveis das ‘hipóteses negativas de atribuição de competência (...)’”. (NOGUEIRA, Ruy Barbosa. *Imunidades contra impostos na constituição anterior e sua disciplina mais completa na Constituição de 1988*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 1992. p.18).

Ademais, é pertinente registrar que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem reconhecido que a norma que versa sobre as imunidades tributárias, quando a serviço de um direito fundamental, constitui cláusula pétrea. Vide, a propósito, a ADI nº 939, Relator Ministro SYDNEY SANCHES, dez/93.

Diante do exposto, verifico que as normas imunizantes vêm, exatamente, garantir que, nas situações descritas e em relação às pessoas que apontam, a tributação não tolha o exercício de direitos constitucionalmente contemplados.

Com essas considerações iniciais, faço aqui um breve paralelo do instituto da imunidade com o da isenção, para corroborar conclusões que explicitarei a *posteriori*. Se, por um lado, a imunidade é uma regra de supressão da norma de competência, a isenção traduz uma supressão tão somente de um dos critérios da regra matriz.

A lei que confere isenção é empregada pela administração tributária casuisticamente para a consecução de políticas fiscais. Nesse caso, temos um favor fiscal do ente tributante em uma situação típica de pleno exercício da competência.

Entre as duas espécies de desoneração analisadas, observo antíteses que me permitem chegar a uma conclusão determinante para o desenlace dessa controvérsia.

A imunidade é uma garantia constitucional outorgada pela Carta Política que impede o exercício da competência legislativa. A isenção é um favor fiscal concedido pelo legislador ordinário. No caso da imunidade de que se trata, esta Corte tem conferido interpretação extensiva nos diversos precedentes em que se discute a compreensão do que seja o patrimônio, a renda e os serviços relacionados com as finalidades essenciais das entidades contempladas no texto constitucional, ao passo que tem interpretado restritivamente as normas de isenção. Todas essas

assertivas me fazem refletir sobre o ônus da prova em situações regidas por tais normas de desoneração.

Como a isenção é um favor fiscal, incumbe ao contribuinte que pretende a fruição da benesse o ônus de demonstrar seu enquadramento na situação contemplada. Noutra giro, decorrendo a imunidade diretamente do texto constitucional, o contribuinte não estaria gozando de um favor fiscal, mas de uma garantia constitucional de maior envergadura, *de modo que presunções sobre o enquadramento originalmente conferido devem militar a seu favor*.

A partir desse cenário, faço a seguinte constatação: caso já tenha sido deferido o *status* de imune ao contribuinte, *o afastamento dessa imunidade só pode ocorrer mediante a constituição de prova em contrário produzida pela administração tributária*. O oposto ocorreria com a isenção, pois essa constitui mero benefício fiscal concedido pelo legislador ordinário, o que faz com que, nesse caso, a presunção milite em favor da Fazenda Pública.

Note-se que a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça já vem adotando esse entendimento, como sobressai dos julgados que seguem:

‘(...) Tratando-se a recorrida de entidade assistencial (sic), de acordo com o art. 150, inciso VI, alínea c, da CR/88, há presunção relativa de que a renda auferida com o aluguel do imóvel gerador do débito é revertida para as suas finalidades essenciais . Assim é que caberia à Fazenda Pública, nos termos do artigo 333, inciso II, do CPC, apresentar prova de que a renda em comento estaria desvinculada da destinação institucional’ (grifei) (AgRg no AREsp 239.268/MG, Segunda Turma, Relator o Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, DJe 12/12/12).

‘(...) Conforme a orientação jurisprudencial predominante no STJ, presume-se que o imóvel de entidade autárquica esteja afetado a destinação compatível

com seus objetivos e finalidades institucionais. Portanto, o ônus de provar que o patrimônio da autarquia está desvinculado dos seus objetivos institucionais e, portanto, não abrangido pela imunidade tributária prevista no art. 150 da Constituição, recai sobre o poder público tributante. Com efeito, assim como cabe ao executado-embargante o ônus da prova de sua pretensão desconstitutiva, incumbe ao embargado, réu no processo de embargos à execução, a prova do fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor (REsp 447.649/DF, Primeira Turma, Relator Ministro LUIZ FUX, DJ 1/3/2004). Precedentes citados.

2. Agravo regimental não provido' (grifei) (AgRg no AREsp 236.545/MG, Segunda Turma, Relator o Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, DJe 26/11/12)

'PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. IMUNIDADE TRIBUTÁRIA. IPTU. PRESUNÇÃO DE QUE O IMÓVEL SE DESTINA AOS FINS INSTITUCIONAIS DA PESSOA DE DIREITO PÚBLICO TITULAR. PROVA EM CONTRÁRIO: ÔNUS DO TRIBUTANTE. PRECEDENTES DO STJ E DO STF.

AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO' (AgRg no REsp 1.233.942/RJ, Primeira Turma, Relator o Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, DJe 26/09/2012)

No âmbito desta Suprema Corte, especialmente quanto às entidades beneficentes de assistência social – diga-se, aqui, aquelas que detêm o certificado de entidade beneficente, caso das entidades de assistência social *stricto sensu*, sobretudo as relacionadas à Educação e a Saúde -, temos a Súmula nº 724, a qual dispõe que, '[a]inda que alugado a terceiros, permanece imune ao IPTU ao imóvel pertencente a qualquer das entidades referidas pelo art.150, VI, c, da Constituição, desde que o valor dos aluguéis seja aplicado nas atividades essenciais'.

Ordinariamente, quando não demonstrada a vinculação da receita, tradicionalmente esta Corte tem concebido que,

‘[...] [p]ara dissentir do acórdão recorrido no que concerne à destinação do imóvel objeto da lide, bem como a discussão acerca do preenchimento dos requisitos legais necessários ao reconhecimento da imunidade, necessário seria o reexame do conjunto fático-probatório constante dos autos, o que atrai a incidência da Súmula 279 do STF’ (AI 848.281/MG-AgR, Segunda Turma, Relator o Ministro RICARDO LEWANDOWSKI, DJe de 4/10/11);

bem como que

‘[o] reconhecimento da imunidade recíproca à propriedade imóvel sem uso ou alugada depende do exame do destino dado aos aluguéis ou das razões que levam à ociosidade temporária do bem (precedentes). No caso em exame, para concluir pelo preenchimento dos requisitos para aplicação da salvaguarda constitucional, seria necessário abrir instrução probatória (Súmula 279/STF)’ (RE 440.657/MG-AgR, Segunda Turma, Relator o Ministro JOAQUIM BARBOSA, DJe de 22/6/2012)

Percebe-se, assim, que o Superior Tribunal de Justiça distribui o ônus da prova atento ao fato de que a imunidade é uma garantia constitucional de envergadura maior, de modo a imputar o ônus da demonstração da desvinculação às atividades essenciais ao ente tributante. Já o Supremo Tribunal Federal, guardião maior da Constituição Federal, tem conferido à imunidade o mesmo tratamento da isenção, ao impor o ônus da prova ao contribuinte.

Ao meu sentir, o que mais se coaduna com a finalidade da norma de imunidade é o entendimento no sentido de que o ônus de elidir *a presunção de vinculação às atividades essenciais* é do Fisco, e não do contribuinte. Nesse particular, avanço para delimitar o que efetivamente desautorizaria a fruição de tal direito, a partir das balizas fixadas no v. acórdão do Tribunal de Justiça do Distrito Federal.

Ao obter o certificado de entidade imune, o contribuinte comprova: (i) não distribuir lucros, (ii) aplicar as receitas no país, (iii) manter escrituração de forma a assegurar a exatidão dos registros. Essas são, entre outras de menor expressão, as condicionantes legalmente previstas. Emanada do texto constitucional uma condicionante implícita: a entidade imune não pode se valer dessa prerrogativa em detrimento da livre concorrência. A imunidade não pode causar interferências no mercado.

Diante das circunstâncias que acabo de delinear, registro que a prova em contrário firmada pelo Fisco deve circunscrever-se a uma das hipóteses legais expressas ou à vedação implícita de não intervenção no domínio econômico. Com isso, afirmo que a *constatação de que um imóvel está vago ou sem edificação não é suficiente, por si só, para destituir o contribuinte da garantia constitucional da imunidade.*

A sua não utilização temporária deflagra uma neutralidade que não atenta contra os requisitos que autorizam o gozo e fruição da imunidade. Não se verifica, 'in casu', uma tredestinação que avilte os valores que devem ser resguardados para a concessão da imunidade.

A imunidade só pode ser afastada se o Fisco comprovar o descumprimento dos requisitos legais ou se se constatar que seu exercício atenta contra outra garantia constitucional, qual seja, a livre concorrência.

Não é a primeira vez que defendo esta diretriz. Vejamos:

‘Agravo regimental no agravo de instrumento. Imunidade tributária da entidade beneficente de assistência social. Alegação de imprescindibilidade de o imóvel estar relacionado às finalidades essenciais da instituição. Interpretação teleológica das normas de imunidade tributária, de modo a maximizar o seu potencial de efetividade. 1. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal vem flexibilizando as regras atinentes à imunidade, de modo a estender o alcance axiológico

dos dispositivos imunitórios, em homenagem aos intentos protetivos pretendidos pelo constituinte originário. 2. Esta Corte já reconhece a imunidade do IPTU para imóveis locados e lotes não edificados. Nesse esteio, cumpre reconhecer a imunidade ao caso em apreço, sobretudo em face do reconhecimento, pelo Tribunal de origem, do caráter assistencial da entidade. 3. Agravo regimental não provido' (AI 746263-AgR, Primeira Turma, Relator o Ministro DIAS TOFFOLI, DJe de 21/2/13)

Destaco, por sua relevância, manifestação do Eminentíssimo Ministro GILMAR MENDES a demonstrar que a Colenda Segunda Turma já sufragou entendimento semelhante:

'Agravo regimental em recurso extraordinário. 2. Recurso que não demonstra o desacerto da decisão agravada. 3. Decisão em consonância com a jurisprudência desta Corte. Imunidade tributária. Vedação de instituição de impostos sobre o patrimônio, renda e serviços relacionados com as finalidades essenciais das entidades. Artigo 150, VI, 'c' e § 4º, da Constituição. entidade de assistência social. IPTU. Lote vago. Precedente. 4. Agravo regimental a que se nega provimento' (RE nº 357.175/MGAgR, Segunda Turma, Relator o Ministro GILMAR MENDES, DJe de 14/11/07).

Em suma, não há como considerar que os imóveis em questão destinam-se a finalidades diversas das exigidas pelo interesse público só pelo fato de estarem atualmente sem edificação ou ocupação. A imunidade tributária seria afastada, desse modo, em decorrência de desvio de finalidade ou desafetação pública do bem em questão, e não pelo fato de não estar esse sendo utilizado.

Transcrevo, por pertinente, outro trecho do acórdão recorrido:

‘Porque, a toda evidência, razões de fluxo de caixa e de conveniência administrativa podem sugerir que se mantenha determinado imóvel, durante algum tempo, sem qualquer construção. Não estaria o SESI, no caso específico, obrigado a endividar-se para edificar no imóvel, se não dispõe de recursos para tanto. E não se o (sic) poderia penalizar pela falta de recursos, haja vista que a este não é lícito como ocorre com os entes públicos, a exemplo do Embargante decidir aumentar as suas receitas quando melhor lhe apetece, bastando investir contra o bolso do sempre indefeso contribuinte. A prevalecer a tese desenvolvida, até mesmo enquanto estivesse o SESI edificando no imóvel haveria de perder a dita imunidade, porquanto a finalidade do prédio somente seria exteriorizada quando passasse a atender a comunidade carente; carente exatamente pela ineficiência e pela imprevidência dos poderes constituídos.’

Diante de todo o exposto, nego provimento ao recurso extraordinário. É como voto.”

Diante do exposto, acompanho o Relator quanto à existência de repercussão geral e reafirmação da jurisprudência.

Brasília, 30 de outubro de 2013.

Ministro DIAS TOFFOLI

**SUPERIOR TRIBUNAL
DE JUSTIÇA**

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL

Agravo Regimental no Recurso Especial n. 1.251.879, do Rio Grande do Sul (2011/0090400-9)

Relator : Ministro Marco Aurélio Bellizze

Agravante : Ministério Público Federal

Agravado : Alex José de Souza Andrade

Advogado : Cleomir de Oliveira Carrão - Defensora Pública

EMENTA

EXECUÇÃO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. 1. VIOLAÇÃO AOS ARTS. 59, CAPUT, DA LEP E 563 DO CPP. NÃO OCORRÊNCIA. NULIDADE DO PAD. AUSÊNCIA DE ADVOGADO CONSTITUÍDO. INOBSERVÂNCIA DA GARANTIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL, DA AMPLA DEFESA E DO CONTRADITÓRIO. OFENSA AOS ARTS. 118, I, E 127, DA LEP. NÃO VERIFICAÇÃO. APLICAÇÃO DE PENALIDADES. IMPRESCINDIBILIDADE DE INSTAURAÇÃO DO PAD PARA RECONHECIMENTO DE FALTA GRAVE. RESP N. 1.378.557/RS. REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. 2. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

1. Para o reconhecimento da prática de falta disciplinar, no âmbito da execução penal, é imprescindível a instauração de procedimento administrativo pelo diretor do estabelecimento prisional, assegurado o direito de defesa, a ser realizado por advogado constituído ou defensor público nomeado. Entendimento firmado no julgamento do Recurso Especial n. 1.378.557/RS, representativo de controvérsia.

2. Agravo regimental a que se nega provimento.

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, negar provimento ao agravo regimental.

Os Srs. Ministros Moura Ribeiro, Regina Helena Costa, Laurita Vaz e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 17 de dezembro de 2013.

Ministro Marco Aurélio Bellizze, Relator

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO BELLIZZE: Trata-se de agravo regimental interposto pelo Ministério Público Federal contra decisão monocrática, da minha lavra, que negou seguimento ao recurso especial, nos seguintes termos:

EXECUÇÃO PENAL. RECURSO ESPECIAL. 1. VIOLAÇÃO AOS ARTS. 59, CAPUT, DA LEP E 563 DO CPP. NÃO OCORRÊNCIA. NULIDADE DO PAD. AUSÊNCIA DE ADVOGADO CONSTITUÍDO.

INOBSERVÂNCIA DA GARANTIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL, DA AMPLA DEFESA E DO CONTRADITÓRIO. 2. OFENSA AOS ARTS. 118, I, E 127, DA LEP. NÃO VERIFICAÇÃO. APLICAÇÃO DE PENALIDADES. IMPRESCINDIBILIDADE DE INSTAURAÇÃO DO PAD PARA RECONHECIMENTO DE FALTA GRAVE. RESP Nº 1.378.557/RS. REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. 3. RECURSO ESPECIAL A QUE SE NEGA SEGUIMENTO.

Sustenta o agravante, em síntese, que eventual vício no procedimento administrativo não poderia prejudicar os atos praticados em juízo, tendo em vista a independência das instâncias. Outrossim, afirma que o apenado foi assistido por assessor jurídico da casa prisional e teve a oportunidade de se manifestar, tendo, ademais, sido assistido durante a fase judicial pela Defensoria Pública. Pugna, assim, pela reconsideração da decisão agravada.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO BELLIZZE (RELATOR): A insurgência não merece prosperar.

Com efeito, conforme explicitado na decisão agravada, o Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Recurso Especial n. 1.378.557/RS, representativo de controvérsia, da minha relatoria, firmou a tese no sentido de que, “para o reconhecimento da prática de falta disciplinar, no âmbito da execução penal, é imprescindível a instauração de procedimento administrativo pelo diretor do estabelecimento prisional, assegurado o direito de defesa, a ser realizado por advogado constituído ou defensor público nomeado”.

A propósito, veja-se a ementa do referido julgado:

RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA. EXECUÇÃO PENAL. 1. RECONHECIMENTO DE FALTA GRAVE. IMPRESCINDIBILIDADE DE INSTAURAÇÃO DE PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR (PAD). DETERMINAÇÃO EXPRESSA DO ART. 59 DA LEI DE EXECUÇÃO PENAL. PODER DISCIPLINAR. ATRIBUIÇÃO DO DIRETOR DO PRESÍDIO (LEP, ARTS. 47 E 48). DIREITO DE DEFESA A SER EXERCIDO POR ADVOGADO CONSTITUÍDO OU DEFENSOR PÚBLICO NOMEADO.

OBSERVÂNCIA DA GARANTIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL, DA AMPLA DEFESA E DO CONTRADITÓRIO. 2. RECURSO NÃO PROVIDO. 1. Para o reconhecimento da prática de falta disciplinar, no âmbito da execução penal, é imprescindível a instauração de procedimento administrativo pelo diretor do estabelecimento prisional, assegurado o direito de defesa, a ser realizado por advogado constituído ou defensor público nomeado. 2. Recurso especial não provido.

Portanto, não há se falar em divergência jurisprudencial nem em violação aos arts. 59, caput, 118, inciso I, e 127, todos da Lei de Execuções Penais, e ao art. 563 do Código de Processo Penal, mas antes em devida aplicação das referidas normas legais. De fato, é obrigatória a instauração do Procedimento Administrativo Disciplinar, com a presença de defensor devidamente constituído na Ordem dos Advogados do Brasil - OAB, a fim de se reconhecer o cometimento de falta grave no curso da execução.

Dessa forma, mostra-se correto o entendimento esposado pelo Tribunal de origem, ao anular o procedimento administrativo disciplinar instaurado contra o recorrido, nos seguintes termos (fls. 88/96):

Começo pela flagrante nulidade do procedimento administrativo disciplinar. Veja-se que o agravado não foi assistido na audiência por defensor, ao que consta do termo de declaração de folha 14, e sua defesa foi exercida por uma funcionária da Assessoria Jurídica do PICS que, presumidamente – não é indicado número de registro –, não tem inscrição na Ordem dos Advogados e, portanto, não pode advogar. E, ainda que possuísse inscrição e pudesse advogar, seguramente não poderia fazê-lo contra a Administração do Presídio – ver artigos 28 e 30 do EOAB – a que se encontra subordinado e em favor do apenado, por evidente conflito de interesses. Quanto à exigência de defensor, tenho que ela decorre do disposto no artigo 5º, incisos LV e LXIII, da Constituição Federal, além de inúmeros dispositivos de lei federal, especialmente os da Lei 7.210/1984, e da norma administrativa que regu-

lamentou o procedimento disciplinar, conforme estabeleceu a própria Lei 7.210/1984. E a Súmula Vinculante n. 5 não se aplica à execução penal, apesar de seus termos genéricos, tanto que os precedentes por ela considerados dizem respeito a matéria cível. Em decorrência do exposto, o procedimento administrativo disciplinar deve ser reconhecido nulo, com anulação por contágio da sanção disciplinar aplicada pelo Administrador do Presídio (f. 73), o que afasta as pretensões correlatas. Isso, todavia, não repercute na pretensão de regressão de regime. É que a competência para decidir sobre esse tema é exclusiva do juiz da execução (art. 66, III, letra “b”, Lei 7.210/1984) e, pelo princípio da independência das esferas administrativa e jurisdicional, ele não está vinculado ao exercício do poder administrativo sancionador, antes pelo contrário, este é que pode ser objeto de controle judicial. Como tenho dito, as medidas – ou, se os colegas preferirem, sanções – judiciais não estão vinculadas à sanção disciplinar – ou seja, uma não decorre necessariamente da outra, e a superposição não constitui *bis in idem* – nem são interdependentes. De sorte que é possível impor regressão – ainda que, dependendo do caso, possa ser menos recomendável – ou suspensão de benefícios quando o poder disciplinar não é exercido ou não resulta em *sanção disciplinar*. Bem, dir-se-á, mas se não houve *decisão administrativa* reconhecedora da falta disciplinar grave, é descabido regredir de regime por falta de previsão legal (art. 118, Lei 7.210/1984). Nada mais equivocados. É que a regressão de regime não cabe apenas nas duas hipóteses previstas pelos incisos I e II do artigo 118 da Lei 7.210/1984, mas também na hipótese do § 1º do mesmo dispositivo, quando o apenado frustrar os fins da execução, por exemplo, não se ajustando com autodisciplina e senso de responsabilidade ao novo regime. E não se diga que a enumeração do artigo 118 é taxativa ou que a hipótese do § 1º não se aplica ao preso em regime semiaberto, pois seria um absurdo fazer depender a decisão judicial de regressão do exercício do poder disciplinar sancionador, *na primeira hipótese*, e à condenação com trânsito em julgado, *na segunda hipótese*. Ainda que assim fosse, não estaria impedido ao órgão jurisdicional reconhecer a prática de falta disciplinar *em tese*, sem mandar anotá-la no prontuário, *apenas para o fim de impor medidas (ou sanções) judiciais*. No caso concreto, porém, o apenado apresentou um motivo plausível para a fuga e estou em confirmar o prudente arbítrio judicial, que julgou inadequada a regressão de regime. Em relação à perda dos dias remidos, julgo que se deva fazer uma diferença. É que, segundo dispõe o artigo 127 da Lei 7.210/1984, *a perda dos dias remidos* é apenas declarada pelo

Magistrado, que não possui margem alguma de decisão, cabendo-lhe apenas *homologar* o ato administrativo sancionador e dele retirar essa consequência. Assim, porque a remição está submetida a uma condição resolutiva. De modo que, na superveniência de punição disciplinar, a remição é perdida *ipso jure*, não *constitui faculdade judicial*. Pois, assim sendo, Mirabete adverte: [...]. Afastada a sanção disciplinar, descabe cogitar da perda dos dias remidos.

Releva destacar, por oportuno, que, no âmbito da execução penal, a atribuição de apurar a conduta faltosa do detento, assim como realizar a subsunção do fato à norma legal, ou seja, verificar se a conduta corresponde a uma falta leve, média ou grave é do diretor do presídio, em razão de ser o detentor do poder disciplinar. Logo, a aplicação de eventual sanção disciplinar também será da atribuição do diretor do estabelecimento prisional, o qual deverá observar a regra do art. 57, caput, da LEP, corolário do princípio constitucional da individualização da pena, que dispõe: “Na aplicação das sanções disciplinares, levar-se-ão em conta a natureza, os motivos, as circunstâncias e as consequências do fato, bem como a pessoa do faltoso e seu tempo de prisão.”

Quanto ao aludido dispositivo, pondera Nucci que:

Para eleger a sanção disciplinar adequada a cada condenado faltoso, deve a direção do presídio analisar a natureza da sua infração (leve, média ou grave), os motivos que o levaram a cometê-la, as circunstâncias e consequências do fato e a pessoa do sentenciado (personalidade), bem como seu tempo de prisão. É uma reprodução minorada do art. 59 do Código Penal. No entanto, merecedora de aplauso. Aliás, esta é outra razão para que a decisão do diretor seja motivada, tanto quanto a do juiz. O elemento concernente ao tempo de prisão é característica especial da execução penal, porém relevante. A personalidade de qualquer pessoa é dinâmica e mutável, variando conforme o ambiente onde se encontra. Se o preso está no cárcere há muitos anos apresenta-se de um modo; se é um recém-chegado, de outro. A administração do presídio tem perfeita noção disso e pode discernir entre o ainda

indisciplinado recém-chegado, que leva um tempo para habituar-se às várias regras do presídio, e o condenado de longa data, já acostumado à rotina do local. Por isso, a insubordinação do recém-chegado pode não ser tão grave quanto a mesma indisciplina demonstrada pelo condenado de vários anos. Daí a variação da sanção disciplinar (NUCCI, G. S. *Leis penais e processuais penais comentadas*. 7. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 241).

Não se olvida que, em razão do cometimento de falta de natureza grave, determinadas consequências e sanções disciplinares são de competência do juiz da execução penal, quais sejam, a regressão de regime (art. 118, I), a revogação de saída temporária (art. 125), a perda dos dias remidos (art. 127) e a conversão de pena restritiva de direitos em privativa de liberdade (art. 181, § 1º, d, e § 2º). Todavia, a regra geral estabelecida na Lei de Execução Penal é que a sanção disciplinar seja aplicada pelo diretor do estabelecimento prisional, ficando a cargo do juiz da execução apenas algumas medidas, conforme se depreende do parágrafo único do art. 48: “Nas faltas graves, a autoridade representará ao Juiz da execução para os fins dos artigos 118, inciso I, 125, 127, 181, §§ 1º, letra d, e 2º desta Lei.”

Veja que o dispositivo estabelece que a autoridade administrativa representará ao juiz da execução penal para adoção das sanções disciplinares previstas nos aludidos artigos. Assim, antes dessa representação, o diretor do presídio deve apurar a conduta do detento; identificá-la como falta leve, média ou grave; aplicar as medidas sancionatórias que lhe competem, no exercício de seu poder disciplinar; e, somente após esse procedimento, quando ficar constatada a prática de falta disciplinar de natureza grave, comunicar ao juiz da Vara de Execuções Penais para que decida a respeito das referidas sanções de sua competência, sem prejuízo daquelas já aplicadas pela autoridade administrativa.

Nesse ponto, veja-se o que diz a doutrina:

Tratando-se de infração média e leve, assim consideradas aquelas previstas nos regulamentos, sua apuração e punição resolve-se no âmbito estritamente administrativo, anotadas no prontuário do infrator e sem a obrigação de comunicação ao juiz da execução, exceto nos casos em que forem solicitadas.

Na ocorrência de infração grave, além da apuração e aplicação das sanções administrativas, a autoridade responsável pela administração do estabelecimento deverá comunicar ao juiz da execução aquelas infrações consideradas graves e que possam acarretar a regressão de regime (art. 118), perda de benefícios como a saída temporária (art. 125) e a perda dos dias remidos (art. 127), ou a conversão de pena restritiva de direitos em privativa de liberdade (art. 181). Nestes casos, apenas o juiz da execução poderá aplicar estas sanções, que ultrapassam a esfera administrativa da disciplina e penetram no controle jurisdicional do cumprimento da pena (BRITO, A. C. *Execução Penal*. 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 160/161).

Dessa forma, constata-se que a Lei de Execução Penal não deixa dúvida ao estabelecer que todo o “processo” de apuração da falta disciplinar (investigação e subsunção), assim como a aplicação da respectiva punição, é realizado dentro da unidade penitenciária, sendo de responsabilidade do seu diretor, porquanto é quem detém o exercício do poder disciplinar. Somente se for reconhecida a prática de falta disciplinar de natureza grave pelo diretor do estabelecimento prisional, é que será comunicado ao juiz da execução penal para que aplique determinadas sanções, que o legislador, excepcionando a regra, entendeu por bem conferir caráter jurisdicional.

No tocante à formalização dessa sequência de atos concernentes à apuração da conduta faltosa do detento e aplicação da respectiva sanção, o art. 59 da Lei de Execução Penal é expresso ao determinar que: “Prati-

cada a falta disciplinar, deverá ser instaurado o procedimento para a sua apuração, conforme regulamento, assegurado o direito de defesa”. Em seguida, o art. 60 possibilita à autoridade administrativa, na hipótese da prática de falta disciplinar, “decretar o isolamento preventiva do faltoso pelo prazo de até dez dias”, ressalvando-se a competência do juiz da execução penal apenas para determinar a inclusão do detento no regime disciplinar diferenciado.

Da leitura desses artigos, não resta dúvida que a Lei de Execução Penal impõe a instauração de procedimento administrativo para apurar a prática de falta disciplinar pelo preso, cuja responsabilidade é da autoridade administrativa, podendo, inclusive, decretar o isolamento preventivo do sentenciado faltoso pelo prazo de 10 (dez) dias. E mais, mesmo sendo a referida lei de execução penal do ano de 1984, portanto, anterior à Constituição Federal de 1988, ficou devidamente assegurado o direito de defesa do preso, que abrange não só a autodefesa, mas também a defesa técnica – a ser realizada por profissional devidamente inscrito nos quadros da Ordem dos Advogados do Brasil.

Não por outro motivo o legislador disciplinou expressamente nos arts. 15, 16 e 83, § 5º, da LEP, a obrigatoriedade de instalação da Defensoria Pública nos estabelecimentos penais, a fim de assegurar a defesa técnica daqueles que não possuem recursos financeiros para constituir advogado. Ademais, vale ressaltar que, não obstante a literalidade dos dispositivos da Lei de Execução Penal que asseguram a necessidade de assistência jurídica do preso por defensor técnico, dentro e fora do estabelecimento prisional, o direito de defesa garantido ao sentenciado tem assento constitucional, mormente porque o reconhecimento da prática de falta disciplinar de natureza grave acarreta consequências danosas que repercutem, em última análise, em sua liberdade.

No particular, reitero que a Súmula Vinculante n. 5, a qual dispõe que “A falta de defesa técnica por advogado no processo administrativo disciplinar não ofende a Constituição”, não se aplica à execução penal. Com efeito, todos os precedentes utilizados para elaboração do aludido verbete sumular são originários de questões não penais, onde estavam em discussão procedimentos administrativos de natureza previdenciária (RE n° 434.059); fiscal (AI n° 207.197); disciplinar-estatutário militar (RE n. 244.027); e tomada de contas especial (MS n. 24.961).

Outrossim, conforme já mencionado, na execução da pena está em jogo a liberdade do sentenciado, o qual se encontra em situação de extrema vulnerabilidade, revelando-se incompreensível que ele possa exercer uma ampla defesa sem o conhecimento técnico do ordenamento jurídico, não se podendo, portanto, equipará-lo ao indivíduo que responde a processo disciplinar na esfera cível-administrativa. Dessa forma, no âmbito da execução penal, deve ser garantido o pleno direito de defesa ao detento, com a presença de advogado constituído ou defensor público nomeado, por ocasião de instauração de Procedimento Administrativo Disciplinar para apuração de falta grave.

Apenas a título de registro, observa-se que o Regulamento Penitenciário Federal, aprovado pelo Decreto n. 6.049, de 27 de fevereiro de 2007, que disciplina as regras da execução da pena em estabelecimento prisional federal, seguindo a diretriz traçada pela Lei n. 7.210/1984 (LEP), determina expressamente a obrigatoriedade de instauração de procedimento administrativo para apuração de falta disciplinar, bem como a imprescindibilidade da presença de advogado.

Como visto, nos estabelecimentos penais federais é garantido expressamente a instauração de procedimento administrativo para apuração de falta disciplinar, bem como a necessidade de o detento ser assistido por advogado. Seria, portanto, um verdadeiro contrassenso admitir

que o preso que cumpre pena em estabelecimento penal federal, regido pelo aludido decreto, possua mais direitos e garantias – no tocante à obrigatoriedade de instauração do PAD com a presença de defensor técnico – em relação àquele que esteja cumprindo pena em presídio estadual.

Essa situação, por certo, não se coaduna com o ordenamento jurídico, notadamente com os dispositivos da Constituição Federal de 1988, no que concerne ao princípio da isonomia. Desse modo, diante de tudo o que foi exposto, conclui-se ser clara a opção do legislador no sentido da imprescindibilidade de instauração do procedimento administrativo para reconhecimento da falta disciplinar no âmbito da execução da pena, assegurando ao preso o direito de defesa, neste compreendido tanto a autodefesa quanto a defesa técnica exercida por advogado.

Destaque-se, outrossim, que a oitiva do apenado em Juízo, conforme previsão trazida no art. 118, inciso I e § 2º, da Lei de Execuções Penais, não torna desnecessário o procedimento administrativo disciplinar. Com efeito, o dispositivo legal em comento determina que o apenado deverá ser ouvido previamente antes de ser regredido definitivamente de regime, visando dar cumprimento aos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa, nas hipóteses em que: 1) praticar fato definido como crime doloso; 2) cometer falta grave; 3) sofrer condenação, por crime anterior, cuja pena torne incabível o regime; e 4) se frustrar os fins da execução ou não pagar, quando possível, a multa cumulativamente imposta.

Ocorre que, no tocante à prática de falta grave, a regressão de regime, assim como a perda dos dias remidos, prevista no art. 127 da LEP, é apenas uma das diversas sanções aplicáveis ao sentenciado, cuja competência, como visto, é do juiz da Vara de Execuções Penais. Assim, o supracitado dispositivo trata apenas do direito do preso de ser ouvido previamente antes da decisão final acerca da regressão.

Portanto, não se pode perder de vista que antes de ser aplicada qualquer sanção disciplinar pela prática de falta grave, conforme dispõe expressamente os artigos da Lei de Execução Penal, deve ser instaurado o devido procedimento administrativo pelo diretor do presídio, a fim de apurar o cometimento da conduta faltosa pelo preso, aplicando-lhe as sanções de sua responsabilidade, com observância do disposto no art. 57 da Lei n. 7.210/1984: “Na aplicação das sanções disciplinares, levar-se-ão em conta a natureza, os motivos, as circunstâncias e as conseqüências do fato, bem como a pessoa do faltoso e seu tempo de prisão.”

Somente após todo esse procedimento é que o diretor do estabelecimento prisional representará ao juiz da execução para que aplique as sanções disciplinares de sua competência, dentre elas, quando for o caso, a regressão de regime, ocasião em que o apenado deverá ser previamente ouvido, por meio de sua defesa técnica. Dessarte, verifica-se que a defesa do sentenciado no procedimento administrativo disciplinar revela-se muito mais abrangente em relação à sua oitiva prevista no art. 118, § 2º, da LEP, que algumas decisões interpretam, sem base legal, tratar-se de audiência de justificação, tendo em vista que esta tem por finalidade tão somente a questão acerca da regressão de regime, a ser determinada ou não pelo juiz da execução.

Nota-se que os procedimentos não se confundem. Ora, se de um lado, o PAD visa apurar a ocorrência da própria falta grave, com observância do contraditório e da ampla defesa, bem como a aplicação de diversas sanções disciplinares pela autoridade administrativa; de outro, a oitiva do apenado tem como único objetivo a aplicação da sanção concernente à regressão de regime, exigindo-se, por óbvio, que já tenha sido reconhecida a falta grave pelo diretor do presídio.

Com efeito, conquanto a execução penal seja uma atividade complexa, pois desenvolve-se nos planos jurisdicional e administrativo,

da leitura dos dispositivos da Lei de Execução Penal, notadamente do seu art. 66, que dispõe sobre a competência do juiz da execução, conclui-se que não há nenhum dispositivo autorizando o magistrado a instaurar diretamente procedimento judicial para apuração de falta grave.

Assim, embora o juiz da Vara de Execuções Criminais possa exercer, quando provocado, o controle de legalidade dos atos administrativos realizados pelo diretor do estabelecimento prisional, bem como possua competência para determinadas questões no âmbito da execução penal, não lhe é permitido adentrar em matéria de atribuição exclusiva da autoridade administrativa, no que concerne à instauração do procedimento para fins de apuração do cometimento de falta disciplinar pelo preso, sob pena de afronta ao princípio da legalidade.

Nesse sentido, assenta a doutrina especializada ao analisar o art. 47 da Lei de Execuções Penais:

O presente dispositivo estabelece que o poder disciplinar, na execução da pena privativa de liberdade, será exercido pela autoridade administrativa. E esse exercício pressupõe, evidentemente, a instauração do procedimento e a consequente decisão. Não pode o Juiz, bem por isso, invadir a esfera de atribuição dada ao administrador pela lei, sob pena de substituir por critérios próprios a opção dele quanto ao mérito administrativo. Só é dado ao Magistrado intervir para examinar a legalidade do ato, afastando vícios e resguardando direitos (JULIOTTI, P. J. *Lei de Execução Penal anotada*. São Paulo: Editora Verbatim, 2011, p. 79).

Por esses motivos é que não há se falar em violação ao art. 563 do Código de Processo Penal, sob a alegação de ausência de prejuízo pela inexistência do PAD em razão da oitiva do apenado perante o juiz da execução, porquanto a defesa do sentenciado nessa audiência possui finalidade totalmente distinta – e muito mais restrita – daquela legalmente

conferida ao procedimento administrativo disciplinar, a qual deve ser realizada, necessariamente, no âmbito do estabelecimento prisional, e não em Juízo.

Trata-se, na verdade, conforme já referido, de estrita obediência à legislação infraconstitucional, sendo certo que a lei não contém palavras inúteis, não sendo possível, portanto, afastar a determinação legal expressa, sob o precipitado argumento de ausência de prejuízo.

Ante o exposto, nego provimento ao agravo regimental e mantenho a decisão agravada por seus próprios e jurídicos fundamentos.

Após o trânsito em julgado, comunique-se o julgamento do presente recurso especial ao Supremo Tribunal Federal, em resposta ao ofício n. 4.126/SEJ.

É como voto.

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2011/0090400-9

Matéria Criminal

Números Origem: 1000308932 1000339267 12938601 70034257220
70037405628

Em Mesa

Julgado: 17/12/2013

Relator

Exmo. Sr. Ministro Marco Aurélio Bellizze

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro Marco Aurélio Bellizze

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. Brasilino Pereira dos Santos

Secretário

Bel. Lauro Rocha Reis

AUTUAÇÃO

Recorrente : Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul

Recorrido : Alex José de Souza Andrade

Advogado : Cleomir de Oliveira Carrão - Defensora Pública

Assunto: Direito Penal

AGRAVO REGIMENTAL

Agravante : Ministério Público Federal

Agravado : Alex José de Souza Andrade

Advogado : Cleomir de Oliveira Carrão - Defensora Pública

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia Quinta Turma, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

“A Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo regimental.”

Os Srs. Ministros Moura Ribeiro, Regina Helena Costa, Laurita Vaz e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.

RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA

Recurso em Mandado de Segurança n. 33.183, de Rondônia (2010/0208024-3)

Relator: Ministro Sérgio Kukina

Recorrente: Walter Oliveira Nery Junior

Advogado: Arcelino Leon

Recorrido: Estado de Rondônia

Procurador: Joel de Oliveira e outro(s)

EMENTA

RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. POLICIAL MILITAR. EXCLUSÃO DE CANDIDATO POR MAUS ANTECEDENTES. CONDENAÇÃO PENAL. ATOS INCOMPATÍVEIS COM A DIGNIDADE DA FUNÇÃO PÚBLICA. REGRA PREVISTA NO EDITAL. LEGALIDADE. MORALIDADE. RAZOABILIDADE. INOVAÇÃO RECURSAL. IMPOSSIBILIDADE.

1 - Em que pese a ampla devolutividade que marca o recurso ordinário, a jurisprudência desta Corte tem se orientado no sentido de não ser possível a apreciação de questões suscitadas apenas por ocasião da sua interposição. Precedentes.

2 - Cabia ao autor, nos termos do art. 333 do CPC, a imediata prova do fato constitutivo do seu direito, mormente em se tratando de mandado de segurança, ação que não admite dilação probatória, mas desse ônus não se desincumbiu. Dessarte, na ausência de prova documental robusta que permita um juízo em contrário, presumem-se legítimos os atos praticados pela Administração, tanto mais quando validados pelo acórdão recorrido.

3 - Não se desconhece a farta jurisprudência desta Corte, e também do Supremo Tribunal Federal, no sentido de que o princípio constitucional da

presunção de inocência impede a exclusão de candidatos pelo simples fato de responderem a inquérito policial ou ação penal sem trânsito em julgado. Todavia, não é esta a hipótese dos autos – e nem mesmo o recorrente a invoca – porque o quadro fático delineado desde a exordial direciona a discussão para o campo de outros princípios (legalidade, moralidade e razoabilidade), estes, sim, os parâmetros que se mostram adequados, à luz dos fatos que deram origem ao ato impugnado.

4 - A legalidade da exclusão do impetrante do rol dos aprovados é incontestada pois, como ele próprio admite, “é bem verdade que o edital do concurso é claro no sentido de que a investigação social terá caráter eliminatório e tem como objetivo verificar a vida pregressa do candidato”.

5 - Ora, se é possível entender a moralidade administrativa como sendo a “atuação segundo padrões éticos de probidade, decoro e boa-fé”, tal como preconiza o art. 2º, parágrafo único, inciso IV, da Lei n. 9.784/1999, nada há de imoral no ato administrativo que, calcado em expressa regra editalícia, já dantes conhecida, impede o ingresso, nas fileiras da Polícia Militar, de candidato com antecedentes criminais.

6 - Razoabilidade, tal como a apresenta a lei vigente, é “a adequação entre meios e fins, vedada a imposição de obrigações, restrições e sanções em medida superior àquelas estritamente necessárias ao atendimento do interesse público” (Lei n. 9.784/1999, art. 2º, parágrafo único, inciso VI). À luz desse preceito, e tendo em mente as funções do policial militar, mostra-se indefensável a tese de que a exigência de certidão criminal negativa seria restrição maior do que aquela estritamente necessária ao atendimento do interesse público, até porque, por qualquer ângulo que se possa apreciar a questão, é certo que a razoabilidade se interpreta *pro societate*, e não em função dos interesses particulares.

7 - Os princípios jurídicos que o impetrante invoca em favor de sua pretensão, a saber, legalidade, moralidade e razoabilidade, são exatamente os preceitos que impedem o seu ingresso nos quadros da Força Policial.

8 - Recurso ordinário a que se nega provimento.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao recurso ordinário em mandado de segurança, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Ari Pargendler, Arnaldo Esteves Lima, Napoleão Nunes Maia Filho e Benedito Gonçalves votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 12 de novembro de 2013

Ministro Sérgio Kukina, Relator

RELATÓRIO

MINISTRO SÉRGIO KUKINA (Relator): Cuida-se de recurso ordinário em mandado de segurança interposto por Walter Oliveira Nery Junior, com fundamento no art. 105, II, b, da Constituição Federal, contra acórdão da 1ª Câmara Especial do Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia, assim ementado:

CONCURSO PÚBLICO. CANDIDATO AO CARGO DE POLICIAL MILITAR. CURSO DE FORMAÇÃO. AÇÃO PENAL. CONDENAÇÃO. EXCLUSÃO DO CERTAME.

Condenação criminal anotada contra candidato ao cargo de policial militar o coloca em situação de incompatibilidade com o exercício da função pública (fl. 72).

Na impetração, o ora recorrente apontou como autoridade coatora o Secretário de Estado da Administração do Estado de Rondônia, a quem atribuiu, como ato coator, a exclusão do curso de formação para o cargo

de policial militar, “em razão de já ter respondido a processo criminal, o que em tese estaria em desacordo com o item 20.1 “c” do edital 257/GDRH/SEAD, de 24 de novembro de 2008” (fl. 3).

Na exordial, alegou que seu direito teria sido violado por três razões, expostas nos seguintes termos:

Senhor julgador, tal fato não pode ser empecilho, para o impetrante, primeiro porque conforme os documentos em anexo, comprova que não registra qualquer antecedentes que possam servir de óbice ao seu ingresso na Polícia Militar, segundo porque foi admitida a participar do certame e obteve a aprovação e classificação necessária e terceiro, que apesar de a Investigação Social, não se confundir com antecedentes, para que possa ser utilizado como instrumento de cerceamento do direito do cidadão, deve ser motivado e fundamentado, para que o cidadão possa combater com argumentos válidos a sua ocorrência ou não.

No caso em tela, como se faz prova através do próprio documento fornecido pela Comissão, expressamente descreve que a eliminação do candidato ocorreu por avaliações subjetiva, sem que para tanto, tenha que informar qual o seu motivo. (sic, fl. 5).

Já nas razões recursais, muda a argumentação e, abandonando as teses inicialmente adotadas, concentra seus esforços na alegação de “violação aos princípios da razoabilidade, legalidade e moralidade” (fl. 82), fazendo-o pelas seguintes razões:

Assim Douto Julgador, a eliminação ou o desligamento do candidato do certame, nesta oportunidade, após praticamente seis meses no Curso de Formação, viola os princípios da razoabilidade, legalidade e moralidade, uma vez que não há sentença condenatória transitada em julgado, de modo que a exclusão do impetrante do certame revela-se inaceitável e desarrazoada, além de ter lhe causado lesão grave e de difícil reparação,

posto que o seu afastamento nesse momento o impede de realizar as demais etapas do concurso.

A Constituição federal em seu art. 5, LVII, assim estabelece:

Art. 5o...

LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória;

Até por que Doutos Julgadores, o único fato em sua vida, embora exista uma condenação, que como já dito foi substituída por penas restritivas de direito, não pode ser considerada como conduta desabonadora.

Por outro lado os critérios para realização da investigação social carecem de objetividade, pois deixam ao arbítrio do aviador estabelecer parâmetros para a aptidão ou não do candidato.

E bem verdade que o Edital do concurso é claro no sentido de que a investigação social terá caráter eliminatório e tem como objetivo verificar a vida pregressa do candidato.

Contudo, verifica-se, a única razão de o impetrante ter sido eliminado é a existência de um procedimento criminal, que ainda nem transitou em julgado.

O único fato ocorrido em sua vida, não pode servir de parâmetro, para ser considerado como pessoa de má reputação ou má conduta social, até por que tal informação não foi negado quando da apresentação dos documentos para o início do curso e ainda assim lhe foi deferido a sua matrícula.

Proceder a sua eliminação nesta oportunidade é causa de imenso prejuízo, pois já passado mais de 06 (seis) meses no Curso de formação, onde teve de se afastar das suas atividades normais, efetuando inúmeras despesas, com fardamento, exames, acreditando que concluiria o Curso de formação, por que como já dito anteriormente nunca negou que estava respondendo a este processo e ainda assim sua matrícula foi deferido.

Desta forma, encontrando-se regularmente aprovado o candidato e não tendo nenhuma restrições de ordem objetiva, apto está para continuar no Curso de Formação de Praças Combatentes oferecido aos aprovados,

posto que superou todas as fases do concurso encontrando-se classificado entre os que foram chamados, portanto, deve ser determinada a sua reinclusão no curso de Formação.

O Estado de Rondônia apresentou contrarrazões ao recurso (fls. 99 a 104), nas quais defende: (i) a legalidade do ato, porque resultante de simples aplicação de disposição editalícia; (ii) a moralidade da exclusão, pois é dever da administração prover seus cargos com pessoas de conduta ilibada e socialmente escorreita; e, (iii) a razoabilidade da medida, reconhecida expressamente pela Corte Estadual, nos termos do acórdão recorrido.

O Ministério Público Federal manifestou-se pelo não provimento do recurso, nos termos do parecer às fls. 127 a 133, que recebeu a seguinte ementa:

Recurso ordinário. Mandado de segurança. Concurso público. Eliminação de candidato. Investigação social. Vida pregressa. Ação penal. Condenação.

A realização do concurso público obedece a critérios previamente estabelecidos em lei ou edital e a aplicação dos exames está submetida a esses critérios. A Administração Pública atendendo ao princípio da moralidade tem o dever de adotar critérios no sentido de prover os cargos públicos com pessoas de conduta ilibada, selecionando rigorosamente os seus servidores, a fim de garantir à sociedade a eficaz prestação do serviço.

Parecer pelo não provimento do recurso.

Há, nos autos (fls. 36 a 40), cópia da sentença penal que condenou o impetrante às penas do art. 16, caput, da Lei Federal n. 10.826/2003, pelo fato de portar arma de fogo de uso restrito das Forças Armadas.

É o relatório.

VOTO

MINISTRO SÉRGIO KUKINA (Relator):

Dentre as muitas razões pelas quais a irresignação não merece prosperar, aponto, por sua relevância, as seguintes:

I. A inovação recursal.

Na peça exordial, apresentou o impetrante três argumentos para sustentar o seu direito, quais sejam: (1) a inexistência de maus antecedentes, (2) a aceitação de sua inscrição no concurso, no qual foi também aprovado e classificado e (3) a falta de motivação do ato que o excluiu do certame.

Todavia, quando da interposição do recurso ordinário, a linha argumentativa desloca-se integralmente para a defesa da tese de que o ato administrativo impugnado violou os princípios da razoabilidade, da legalidade e da moralidade.

Ora, em que pese a ampla devolutividade que marca essa espécie recursal, a jurisprudência desta Corte tem se orientado no sentido de não ser possível a apreciação de questões suscitadas apenas por ocasião da interposição do recurso ordinário.

Confira-se:

TRIBUTÁRIO - RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA - INOVAÇÃO EM SEDE RECURSAL - INADMISSIBILIDADE - RECURSO NÃO PROVIDO.

1. A alegação, em sede de recurso ordinário em mandado de segurança, de questão até então não suscitada nos autos, constitui inadmissível inovação recursal, autorizando o não conhecimento do recurso.

2. Agravo regimental não provido.

(AgRg no RMS 38.219/AM, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, DJe 20/08/2013)

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. CAUSA DE PEDIR NÃO SUSCITADA PERANTE O TRIBUNAL A QUO. INOVAÇÃO RECURSAL. INADMISSIBILIDADE.

[...]

2. Não é possível conhecer de inovação da lide em sede recursal, sob pena de indevida supressão de instância. Precedentes: RMS 35154/SC, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 19/12/2011; RMS 31852/MT, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe 15/04/2011; RMS 32.001/RJ, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, DJe 28/06/2010; RMS 28.625/SP, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, DJe 26/02/2010.

3. Agravo regimental não conhecido.

(AgRg no RMS 36.499/SP, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, DJe 02/03/2012)

II. A falta de provas.

Na exordial, disse o impetrante que o ato de sua exclusão estaria eivado de nulidade por falta de fundamentação e que a exclusão teria se dado por conta de avaliação subjetiva. Porém, nada trouxe aos autos que fosse capaz de comprovar o quanto alegado.

Com efeito, compulsando a documentação que acompanha a inicial (fls. 10 a 40), tem-se, apenas, cópias dos editais (inclusive o ato apontado como coator - fl. 35) e da sentença penal condenatória.

Nem uma só prova foi colacionada no intuito de demonstrar “que a eliminação do candidato ocorreu por avaliação subjetiva” (fl. 5) ou, ainda, que não tenha chegado ao conhecimento do impetrante os porquês de

sua eliminação. Antes, o que se pode inferir a partir do exame das peças processuais, indene de qualquer dúvida, é que (i) o impetrante tinha conhecimento dos fatos, até porque deles foi protagonista; (ii) conhecia, também, a existência da ação penal e da cláusula editalícia que, nas circunstâncias, militaria em seu prejuízo, e (iii) ainda assim, se inscreveu para o concurso, quem sabe no intuito de testar o grau de acuidade da banca examinadora ou da própria corporação. Não soam, por isso, verosímeis suas alegações.

Mas ainda que assim não fosse, cabia ao autor, nos termos do art. 333 do CPC, a imediata prova do fato constitutivo do seu direito, mormente em se tratando de mandado de segurança, ação que não admite dilação probatória, mas desse ônus não se desincumbiu.

A propósito:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. IMPETRAÇÃO. AUSÊNCIA DE PROVA INEQUÍVOCA DO DIREITO LÍQUIDO E CERTO. INIDONEIDADE DA VIA MANDAMENTAL.

1. A concessão do mandado de segurança exige prova pré-constituída do direito líquido e certo que se quer ver declarado, não se admitindo dilação probatória, conforme a reiterada jurisprudência desta Corte.

[...]

3. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no AgRg no RMS 33.689/SP, Rel. Ministro ANTONIO CARLOS FERREIRA, QUARTA TURMA, DJe 24/09/2013)

Dessarte, na ausência de prova documental robusta que permita um juízo em contrário, presumem-se legítimos os atos administrativos praticados pela Administração, tanto mais quando validados pelo acórdão recorrido.

III. O mérito da causa.

Não se desconhece a farta jurisprudência desta Corte, e também do Supremo Tribunal Federal, no sentido de que o princípio constitucional da presunção de inocência impede a exclusão de candidatos pelo simples fato de responderem a inquérito policial ou ação penal sem trânsito em julgado.

Todavia, não é esta a hipótese dos autos – e nem mesmo o recorrente a invoca – porque o quadro fático delineado desde a exordial direciona a discussão para o campo de outros princípios (legalidade, moralidade e razoabilidade), estes, sim, os parâmetros adequados, à luz dos fatos que deram origem ao ato impugnado.

Portanto, não está em causa eventual violação da presunção de inocência, até porque não há controvérsia quanto a autoria e a materialidade do ilícito penal, mas se é legal, moral e razoável a exclusão de candidato ao cargo de policial militar que responda por crime incompatível com a dignidade da nobre função pública. Essa é a questão a ser solvida e que mereceu, por parte do Tribunal de origem, a resposta agora contestada pelo recorrente.

Nesse contexto, tenho que, mesmo que se pudesse superar os já aludidos obstáculos preliminares e adentar no exame de mérito, a reforma do acórdão recorrido esbarraria, ainda assim, em outros óbices.

Como bem registra o parecer ministerial, da lavra do e. Subprocurador-Geral da República, Dr. Henrique Fagundes Filho, que também adoto como razão de decidir:

Ao analisar os autos, verifica-se que a tese adotada no acórdão recorrido encontra-se em harmonia com a orientação jurisprudencial firmada por essa Colenda Corte, segundo a qual, é constitucional e legal a eliminação de candidato a concurso público para ingresso na carreira policial pela caracterização de má conduta na investigação sumária da vida pregressa, sendo irrelevante posterior absolvição no juízo criminal, tendo em vista o princípio da incomunicabilidade das instâncias. (fl. 129)

[...]

In casu, a exclusão do impetrante do curso de formação ocorreu do fato de registrar condenação, por posse ilegal de arma, à pena de 3 (três) anos de reclusão e 10 (dez) dias-multa, substituída por duas restritivas de direitos. O desligamento do impetrante se mostra razoável, haja vista que foi condenado e, enquanto tramitava o mandado de segurança, a decisão transitou em julgado, no dia 26 de julho de 2010.

Com efeito, mesmo que fosse aplicável o princípio da inocência à hipótese dos autos, ainda assim o candidato, ora recorrente, seria excluído do certame por violação frontal à norma editalícia.

Com efeito, a legalidade da exclusão do rol dos aprovados é inconteste, posto que, como o próprio recorrente admite, “é bem verdade que o edital do concurso é claro no sentido de que a investigação social terá caráter eliminatório e tem como objetivo verificar a vida pregressa do candidato” (fl. 82). Penso que ilegal seria o acolhimento da pretensão recursal para, contrariando a norma editalícia a que todos os demais candidatos foram sujeitos, determinar-se a exclusão de sua incidência única e exclusivamente sobre o ora impetrante, sem o amparo de qualquer norma, legal ou constitucional, que socorra tal pretensão.

A questão da moralidade administrativa do ato impugnado não passou ao largo da percepção do Tribunal de origem. A esse respeito, tenho por acertada a fundamentação com que o relator lá cimentou o voto condutor do acórdão recorrido, *verbis* :

Com efeito, essa questão da conduta do candidato a cargos no serviço público tem merecido reflexão. Penso que o descortinar da corrupção em todos os segmentos da administração pública tem nos levado a um certo rigor nos critérios de avaliação de tais situações, mas não há outro caminho. É uma forma de, pelo menos, se acreditar que aquele que não registra má conduta possa melhor se comportar no cargo ou na função.

Disso decorre que o agente público deve cumprir a lei e, ao fazê-lo, impõe-se-lhe ter em vista o contexto da função do ato válido, isto é, deverá ajustar o legal

ao honesto e o conveniente aos interesses sociais, enfim à ética da instituição que representa.

E, em se tratando, como se trata, de seleção de candidato a cargo público de agente policial, no contexto da seleção determinada por lei, compreende-se a apuração da conduta social e comportamento do candidato, a fim de aferir se possui perfil compatível com o recomendado para a função.

Assim, se o impetrante possui antecedentes criminais, não preenche os requisitos do edital, item 4.9, por isso que não há direito líquido e certo a garantir-lhe a permanência no certame.

Ora, se é possível entender a moralidade administrativa como sendo a “atuação segundo padrões éticos de probidade, decore e boa-fé”, tal como preconiza o art. 2º, parágrafo único, inciso IV, da Lei n. 9.784/1999, nada há de imoral no ato administrativo que, calcado em expressa regra editalícia, já dantes conhecida, impede o ingresso, nas fileiras da Polícia Militar, de candidato com antecedentes criminais. Nesse passo, é perfeitamente possível considerar que atentatório à moralidade seria, isto sim, a admissão sem qualquer barreira, como quer o recorrente.

Por fim, no que tange à razoabilidade, a argumentação do recorrente é inaceitável.

Razoabilidade, tal como a apresenta a lei vigente, é “a adequação entre meios e fins, vedada a imposição de obrigações, restrições e sanções em medida superior àquelas estritamente necessárias ao atendimento do interesse público” (Lei n. 9.784/1999, art. 2º, parágrafo único, inciso VI). À luz desse preceito, e tendo em mente as funções do policial militar, mostra-se indefensável a tese de que a exigência de certidão criminal negativa seria restrição maior do que aquela estritamente necessária ao atendimento do interesse público, até porque, por qualquer ângulo que se possa apreciar a questão, é certo que a razoabilidade se interpreta pro societis, e não em função dos interesses particulares.

Logo, é forçoso reconhecer que os princípios jurídicos que o impetrante invoca em favor de sua pretensão, a saber, legalidade, moralidade e razoabilidade, são exatamente os preceitos que estão a recomendar o seu não ingresso nos quadros da Força Policial.

Diante do exposto, e dos sólidos fundamentos do acórdão recorrido, tenho que o presente recurso ordinário não comporta provimento.

É como voto.

CERTIDÃO DE JULGAMENTO PRIMEIRA TURMA

Número Registro: 2010/0208024-3	Processo Eletrônico RMS
33.183 / RO	
Números Origem: 00089766120108220000	89766120108220000
Pauta: 08/10/2013	Julgado: 08/10/2013

Relator

Exmo. Sr. Ministro Sérgio Kukina

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. José Flaubert Machado Araújo

Secretária

Bela. Bárbara Amorim Sousa Camuña

AUTUAÇÃO

Recorrente: Walter Oliveira Nery Junior

Advogado: Arcelino Leon

Recorrido: Estado de Rondônia

Procurador: Joel de Oliveira e outro(s)

Assunto: Direito Administrativo e outras matérias de Direito Público –
Concurso

Público / Edital - Curso de Formação

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia Primeira Turma, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

“Adiado por indicação do(a) Sr(a). Ministro(a)-Relator(a).”

CERTIDÃO DE JULGAMENTO

PRIMEIRA TURMA

Número Registro: 2010/0208024-3
33.183 / RO

Processo Eletrônico RMS

Números Origem: 00089766120108220000
Pauta: 08/10/2013

89766120108220000
Julgado: 15/10/2013

Relator

Exmo. Sr. Ministro Sérgio Kukina

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho

Subprocuradora-Geral da República
Exma. Sra. Dra. Gilda Pereira de Carvalho

Secretária
Bela. Bárbara Amorim Sousa Camuña

AUTUAÇÃO

Recorrente: Walter Oliveira Nery Junior
Advogado: Arcelino Leon
Recorrido: Estado de Rondônia
Procurador: Joel de Oliveira e outro(s)
Assunto: Direito Administrativo e outras matérias de Direito Público -
Concurso
Público / Edital - Curso de Formação

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia Primeira Turma, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

“Adiado por indicação do(a) Sr(a). Ministro(a)-Relator(a).”

CERTIDÃO DE JULGAMENTO PRIMEIRA TURMA

Número Registro: 2010/0208024-3
33.183 / RO

Números Origem: 00089766120108220000
Pauta: 08/10/2013

Processo Eletrônico RMS
89766120108220000
Julgado: 17/10/2013

Relator

Exmo. Sr. Ministro Sérgio Kukina

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. José Flaubert Machado Araújo

Secretária

Bela. Bárbara Amorim Sousa Camuña

AUTUAÇÃO

Recorrente: Walter Oliveira Nery Junior

Advogado: Arcelino Leon

Recorrido: Estado de Rondônia

Procurador: Joel de Oliveira e outro(s)

Assunto: Direito Administrativo e outras matérias de Direito Público -
Concurso

Público / Edital - Curso de Formação

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia Primeira Turma, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

“Adiado por indicação do(a) Sr(a). Ministro(a)-Relator(a).”

CERTIDÃO DE JULGAMENTO
PRIMEIRA TURMA

Número Registro: 2010/0208024-3 Processo Eletrônico RMS
33.183 / RO

Números Origem: 00089766120108220000 89766120108220000

Pauta: 05/11/2013 Julgado: 05/11/2013

Relator

Exmo. Sr. Ministro Sérgio Kukina

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. Francisco Rodrigues dos Santos Sobrinho

Secretária

Bela. Bárbara Amorim Sousa Camuña

AUTUAÇÃO

Recorrente: Walter Oliveira Nery Junior

Advogado: Arcelino Leon

Recorrido: Estado de Rondônia

Procurador: Joel de Oliveira e outro(s)

Assunto: Direito Administrativo e outras matérias de Direito Público -
Concurso

Público / Edital - Curso de Formação

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia Primeira Turma, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

“Adiado por indicação do(a) Sr(a). Ministro(a)-Relator(a).”

CERTIDÃO DE JULGAMENTO
PRIMEIRA TURMA

Número Registro: 2010/0208024-3
33.183 / RO

Processo Eletrônico RMS

Números Origem: 00089766120108220000

89766120108220000

Pauta: 05/11/2013

Julgado: 07/11/2013

Relator

Exmo. Sr. Ministro Sérgio Kukina

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. Denise Vinci Tulio

Secretária

Bela. Bárbara Amorim Sousa Camuña

AUTUAÇÃO

Recorrente: Walter Oliveira Nery Junior

Advogado: Arcelino Leon

Recorrido: Estado de Rondônia

Procurador: Joel de Oliveira e outro(s)

Assunto: Direito Administrativo e outras matérias de Direito Público
- Concurso
Público / Edital - Curso de Formação

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia Primeira Turma, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

“Adiado por indicação do(a) Sr(a). Ministro(a)-Relator(a).”

CERTIDÃO DE JULGAMENTO

PRIMEIRA TURMA

Número Registro: 2010/0208024-3 Processo Eletrônico RMS
33.183 / RO

Números Origem: 00089766120108220000 89766120108220000
Pauta: 05/11/2013 Julgado: 12/11/2013

Relator

Exmo. Sr. Ministro Sérgio Kukina

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. Ana Borges Coelho Santos

Secretária

Bela. Bárbara Amorim Sousa Camuña

AUTUAÇÃO

Recorrente: Walter Oliveira Nery Junior

Advogado: Arcelino Leon

Recorrido: Estado de Rondônia

Procurador: Joel de Oliveira e outro(s)

Assunto: Direito Administrativo e outras matérias de Direito Público -
Concurso

Público / Edital - Curso de Formação

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia Primeira Turma, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

A Turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso ordinário em mandado de segurança, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Ari Pargendler, Arnaldo Esteves Lima, Napoleão Nunes Maia Filho e Benedito Gonçalves votaram com o Sr. Ministro Relator.

Recurso em Mandado de Segurança n. 42.069 , de Santa Catarina (2013/0113735-9)

Relator : Ministro Humberto Martins

Recorrente : Ângela Sombrio Freccia e outros

Advogado : Raphael de Freitas

Recorrido : Estado de Santa Catarina

Procurador : Mônica Mattedi e outro(s)

EMENTA

ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. SERVIDOR PÚBLICO ESTADUAL. AUDITOR-FISCAL. TETO REMUNERATÓRIO. REGULAMENTAÇÃO NO ESTADO DE SANTA CATARINA. CONSTITUIÇÃO ESTADUAL E LEI COMPLEMENTAR 442/2009. SISTEMA DO QUAL NÃO SE INFERE VIOLAÇÃO A DIREITO LÍQUIDO E CERTO. POSTULAÇÃO JUDICIAL VEDADA PELA SÚMULA 339/STF.

1. Cuida-se de recurso ordinário em mandado de segurança interposto contra acórdão que denegou a segurança em pleito de equiparação remuneratória potencial por parte de auditores fiscais estaduais, em relação ao subsídio fixado pelo § 12 do art. 37, que faculta a regulamentação estadual do inciso XI do mesmo artigo da Constituição Federal de 1988.
2. Os recorrentes postulam que não sejam observados limites remuneratórios para sua carreira, tal como fixados pela Lei Complementar Estadual n. 442/2009, que regulamentou o art. 23 da Constituição Estadual de Santa Catarina, modificada em sintonia com a reelaboração do inciso XI do art. 37 da Carta da República Federativa pelo poder constituinte derivado.
3. A carreira dos auditores fiscais no Estado de Santa Catarina possui sistema remuneratório que é composto por parcela fixa e outra variável, de onde ressaí razoável a fixação de limites remuneratórios para os seus quatro níveis funcionais, no mesmo sentido do teto trazido pelas Emendas Constitucionais n. 41/2003 e n.47/2008; em suma, do exame do sistema fixado pela Lei

Complementar n. 442/2009 não se infere violação a direito líquido e certo.

4. O provimento judicial buscado pelos recorrentes está fundamentado na isonomia entre o sistema de remuneração vencimental de sua carreira com o teto estadual fixado pela Constituição local. A Súmula 339/STF veda que o Poder Judiciário realize judicialmente isonomia remuneratória. Precedente: RMS 37.465/SC, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 10.5.2013.

Recurso ordinário improvido.

ACÓRDÃO

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

Brasília (DF), 03 de setembro de 2013.

Ministro Humberto Martins, Relator

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO HUMBERTO MARTINS (Relator):
Cuida-se de recurso ordinário em mandado de segurança interposto por Ângela Sombrio Freccia e outros, com fundamento no art. 105, inciso II, alínea “b”, da Constituição Federal, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina assim ementado (fl. 157, e-STJ):

“ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. AUDITOR FISCAL DA RECEITA ESTADUAL. TETO REMUNERATÓRIO. MANDADO DE

SEGURANÇA. ORDEM DENEGADA. ‘A Emenda Constitucional Estadual n. 47/08, ao fixar um teto remuneratório para os auditores fiscais da receita estadual, não determinou que todos alcançariam, de pronto, a remuneração máxima por ela prevista, estabelecendo tal possibilidade, mas condicionada a um escalonamento hierárquico, nos precisos termos da Lei Complementar n. 442/09, que a regulamentou. Assim, não fere o princípio isonômico, a norma que cria, em reverência a preceptivos constitucionais, níveis hierárquicos para o cargo de Auditor Fiscal, buscando, com isso, valorizar a carreira, de modo a que o servidor vá ascendendo até alcançar o nível remuneratório máximo (MS n. 2011.061307-6, Des. João Henrique Blasi)’ (Mandado de Segurança n. 2011.061301- da Capital, relator Des. Newton Trisotto, j. 7-3-12)”

Nas razões do recurso ordinário (fls. 162-168, e-STJ), defendem os impetrantes - auditores fiscais do Estado de Santa Catarina - que, por força do § 2º do art. 23 da Constituição do Estado (modificada pela Emenda Constitucional Estadual n. 47/2008), possuem previsão de um teto remuneratório diferenciado, fixado pela Lei Complementar n. 442/2009. Com base nestas normas, postulam que devem receber a remuneração do teto, acrescidas das vantagens pessoais.

Contrarrazões nas quais se alega que a segurança postula a inconstitucionalidade da Lei Complementar Estadual n. 442/2009, que demanda o fim dos níveis remuneratórios hierarquizados. Por fim, argumenta não ser possível a aplicação da isonomia, pois isto ensejaria violação à separação dos poderes (fls. 185-193, e-STJ).

Parecer do Ministério Público Federal que opina no sentido do não provimento do recurso ordinário, nos termos da seguinte ementa (fl. 207, e-STJ):

“RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. AUDITOR FISCAL DA RECEITA ESTADUAL. TETO REMUNERATÓRIO.

ECE Nº 47/2008. ESCALONAMENTO. HIERARQUIA SALARIAL. POSSIBILIDADE. - Não se extrai da Emenda Constitucional Estadual nº 47/2008 qualquer disposição no sentido de que teriam todos os Auditores Fiscais direito ao recebimento do valor máximo do teto remuneratório. Ao contrário, referida norma expressamente prevê a necessidade de se observar a hierarquia salarial. Direito líquido e certo não comprovado. - Parecer pelo conhecimento e não provimento do recurso.”

É, no essencial, o relatório.

EMENTA

ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. SERVIDOR PÚBLICO ESTADUAL. AUDITOR-FISCAL. TETO REMUNERATÓRIO. REGULAMENTAÇÃO NO ESTADO DE SANTA CATARINA. CONSTITUIÇÃO ESTADUAL E LEI COMPLEMENTAR 442/2009. SISTEMA DO QUAL NÃO SE INFERE VIOLAÇÃO A DIREITO LÍQUIDO E CERTO. POSTULAÇÃO JUDICIAL VEDADA PELA SÚMULA 339/STF.

1. Cuida-se de recurso ordinário em mandado de segurança interposto contra acórdão que denegou a segurança em pleito de equiparação remuneratória potencial por parte de auditores fiscais estaduais, em relação ao subsídio fixado pelo § 12 do art. 37, que faculta a regulamentação estadual do inciso XI do mesmo artigo da Constituição Federal de 1988.
2. Os recorrentes postulam que não sejam observados limites remuneratórios para sua carreira, tal como fixados pela Lei Complementar Estadual n. 442/2009, que regulamentou o art. 23 da Constituição Estadual de Santa Catarina, modificada em sintonia com a reelaboração do inciso XI do art. 37 da Carta da República Federativa pelo poder constituinte derivado.
3. A carreira dos auditores fiscais no Estado de Santa Catarina possui sistema remuneratório que é composto por parcela fixa e outra variável, de onde ressaí razoável a fixação de limites remuneratórios para os seus quatro níveis funcionais, no mesmo sentido do teto trazido pelas Emendas Constitucionais n. 41/2003 e n.47/2008; em suma, do exame do sistema fixado pela Lei Complementar n. 442/2009 não se infere violação a direito líquido e certo.

4. O provimento judicial buscado pelos recorrentes está fundamentado na isonomia entre o sistema de remuneração vencimental de sua carreira com o teto estadual fixado pela Constituição local. A Súmula 339/STF veda que o Poder Judiciário realize judicialmente isonomia remuneratória. Precedente: RMS 37.465/SC, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 10.5.2013.

Recurso ordinário improvido.

VOTO

Não deve ser provido o recurso ordinário.

Os recorrentes se insurgem contra a aplicação dos termos da Lei Complementar Estadual n. 442/2009, que fixou os padrões remuneratórios da carreira dos auditores fiscais do Estado de Santa Catarina. A referida legislação regulamenta disposição da Constituição daquela unidade da federação que, por sua vez, foi modificada em atenção aos ditames da Constituição da República.

É sabido que a Emenda Constitucional n. 41/2003 criou teto remuneratório, ao modificar os termos do inciso XII do art. 37, que cito:

“Art. 37. (...)

(...)

XI - a remuneração e o subsídio dos ocupantes de cargos, funções e empregos públicos da administração direta, autárquica e fundacional, dos membros de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, dos detentores de mandato eletivo e dos demais agentes políticos e os proventos, pensões ou outra espécie remuneratória, percebidos cumulativamente ou não, incluídas as vantagens pessoais ou de qualquer outra natureza, não poderão exceder o subsídio mensal, em espécie, dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, aplicando-se como limite, nos Municípios, o

subsídio do Prefeito, e nos Estados e no Distrito Federal, o subsídio mensal do Governador no âmbito do Poder Executivo, o subsídio dos Deputados Estaduais e Distritais no âmbito do Poder Legislativo e o sub-sídio dos Desembargadores do Tribunal de Justiça, limitado a noventa inteiros e vinte e cinco centésimos por cento do subsídio mensal, em espécie, dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, no âmbito do Poder Judiciário, aplicável este limite aos membros do Ministério Público, aos Procuradores e aos Defensores Públicos;”

Porém, a Emenda Constitucional n. 47/2005 houve por bem fixar que os Estados e o Distrito Federal poderiam estabelecer o seu teto remuneratório local, em simetria ao modelo da União, tendo os desembargadores do Tribunal de Justiça como parâmetro. Cito:

“Art. 37. (...)

(...)

§ 12. Para os fins do disposto no inciso XI do caput deste artigo, fica facultado aos Estados e ao Distrito Federal fixar, em seu âmbito, mediante emenda às respectivas Constituições e Lei Orgânica, como limite único, o subsídio mensal dos Desembargadores do respectivo Tribunal de Justiça, limitado a noventa inteiros e vinte e cinco centésimos por cento do subsídio mensal dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, não se aplicando o disposto neste parágrafo aos subsídios dos Deputados Estaduais e Distritais e dos Vereadores.”

Por meio da Emenda Constitucional n. 47/2008, na Constituição do Estado de Santa Catarina se fixou o teto remuneratório, com prescrição específica para a carreira dos impetrantes. Cito:

“Art. 23. A remuneração e o subsídio dos servidores da administração pública de qualquer dos Poderes, atenderão ao seguinte:

(...)

§ 2º Para a carreira exclusiva de Estado de Auditor Fiscal da Receita Estadual, aplica-se como limite remuneratório, observada a hierarquia salarial, o definido no § 12 do art. 37 da Constituição Federal, implementando-se 50% (cinquenta por cento) do seu valor em janeiro de 2007, ficando a concessão do remanescente condicionada à edição de lei complementar.”

Assim, foi indicado que a sua remuneração poderia atingir o teto remuneratório local, definido como a remuneração dos desembargadores. Porém, o escalonamento da remuneração seria regulamentado por lei complementar.

A referida Lei Complementar assim indica:

“Art. 8º Para a carreira exclusiva de Estado de Auditor Fiscal da Receita Estadual, aplica-se como limite remuneratório, observada a hierarquia, o definido no § 12 do art. 37 da Constituição da República Federativa do Brasil, implementado 50% (cinquenta por cento) do seu valor em janeiro de 2007, e condicionado o pagamento do remanescente ao disposto nesta Lei Complementar.

§ 1º Para efeito de hierarquia, a remuneração dos Auditores Fiscais da Receita Estadual, níveis III, II e I, fica limitada a 93% (noventa e três por cento), 86% (oitenta e seis por cento), e 75% (setenta e sete por cento), da remuneração de Auditor Fiscal da Receita Estadual, nível IV.”

Esta opção decorreu da formação do padrão remuneratório que estaria relacionado à produtividade, ou seja, os níveis locais de arrecadação que garantiriam a possibilidade de atingir o teto remuneratório. Cito:

“Art. 18. (...)

(...)

§ 2º A implementação para pagamento da diferença entre o valor de 50% (cinquenta por cento) do limite, aplicável a todos os Auditores Fiscais da Receita Estadual, independentemente do nível funcional, e os valores previstos no § 1º, dar-se-á de acordo com o comportamento da arrecadação, apurado anualmente, sempre no mesmo mês, iniciando-se a revisão daquele limite em janeiro de 2009.

§ 3º Ocorrendo incremento real da arrecadação será elevado o limite de forma a comportar o pagamento, para os ocupantes dos cargos de Auditor Fiscal da Receita Estadual, de montante equivalente a vinte e nove milésimos do incremento verificado, respeitando-se a hierarquia referida no § 1º, o qual servirá de limite mensal até a revisão seguinte.

§ 4º Havendo decréscimo na arrecadação será reduzido o limite para pagamento, em montante equivalente a vinte e oito milésimos da redução verificada, observada a hierarquia prevista no § 1º, mantendo-se o limite mensal apurado enquanto não procedida a revisão nos termos do § 2º.

§ 5º Ocorrendo a situação prevista no § 4º, fica assegurado como valor mínimo de limite remuneratório aos Auditores Fiscais da Receita Estadual, o equivalente a 50% (cinquenta por cento) do subsídio de Desembargador do Tribunal de Justiça.

§ 6º Entende-se por arrecadação, para os fins deste artigo, as receitas efetivamente arrecadadas, inclusive multas e outros acréscimos legais, mesmo que destinadas à constituição de fundos, com origem em impostos cuja fiscalização é da competência dos Auditores Fiscais da Receita Estadual.

§ 7º Será considerado incremento real da arrecadação a diferença positiva entre a média mensal da arrecadação no ano anterior ao da revisão e a média mensal da arrecadação no ano-base de 2007, corrigindo-se mensalmente os valores arrecadados, até o penúltimo mês daquele ano, pela variação do Índice Geral de Preços - Disponibilidade Interna (IGP-DI), calculado pela Fundação Getúlio Vargas.”

Está clara a legislação enfocada.

Agora, cabe analisar o cerne do pedido.

Os recorrentes postulam o direito de perceber remuneração para além dos limites fixados pelas normas acima indicadas, ou seja, objetivam a potencial equiparação ao teto prevista na Constituição Estadual (fl. 167, e-STJ):

“Portanto, resta configurado o direito pleiteado à extensão do teto previsto na Emenda Constitucional nº 47/08 aos vencimentos dos Recorrentes, no tocante as verbas personalíssimas bloqueadas, sob pena de se infringir os princípios constitucionais da legalidade, igualdade, impessoalidade, isonomia e do direito adquirido além do direito à irredutibilidade de vencimentos.”

E isto decorre do fato de que postulam a percepção de vantagens pessoais, sem limitação pelo teto remuneratório (fl. 167, e-STJ):

“Nesse passo, a decisão almejada, ressalta-se, não pretende aumento de remuneração ou equiparação do nível hierárquico com os Auditores Fiscais da Receita Estadual - Nível IV, e sim a liberação dos valores lançados nos contra-cheques dos Impetrantes sob a rubrica ‘5983 - Bloqueio Remuneração’ até o limite do novo teto único disposto na Emenda Constitucional Estadual nº 47/08 com o objetivo de não ver bloqueado vantagens pessoais adquiridas ao longo do tempo de serviço no Estado de Santa Catarina.”

O *Parquet* federal consigna juridicidade ao sistema remuneratório criado para a carreira dos auditores fiscais do Estado de Santa Catarina (fl. 210, e-STJ):

“Os recorrentes alegam a necessidade de que seja realizado o desbloqueio dos valores lançados em seus contracheques sob a rubrica ‘5983 – Bloqueio de Remuneração’, até o limite do teto instituído pela EC nº 47/2008, sem o escalonamento previsto na Lei Complementar nº 422/2009, de modo que recebam vencimentos correspondentes ao nível IV do cargo de Auditor Fiscal.

No entanto, não se extrai da Emenda Constitucional Estadual nº 47/2008 qualquer disposição no sentido de que teriam todos os Auditores Fiscais direito ao recebimento do valor máximo do teto remuneratório. Ao contrário, referida norma expressamente prevê a necessidade de se observar a hierarquia salarial.

Ausente o direito líquido e certo dos recorrentes, não merece reparos o acórdão recorrido.”

De fato, apreciando o sistema criado, não parece desarrazoado que tenham sido fixados níveis hierárquicos para preservar o sentido de caráter, até porque o modelo estruturado está relacionado ao aumento de arrecadação, o que evidentemente o torna mais complexo.

Também, tenho que o resultado buscado pelos impetrantes esbarra na Súmula 339/STF, uma vez que visam à isonomia dos seus limites remuneratórios da carreira - que encontram razoabilidade pois possui significativa parcela remuneratória variável - com o subsídio dos desembargadores em prol do direito de receber vantagens pessoais. Sobre a Súmula 339/STF, confira-se:

“ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO ESTADUAL. GRATIFICAÇÃO. LEI 13.761/2006. DESATENDIMENTO DOS REQUISITOS.

1. Trata-se, originariamente, de Mandado de Segurança contra ato omissivo do recorrido no pagamento de gratificação de produtividade, atribuída a servidores da mesma carreira de gestor público educacional.
2. “O requisito para fruição da gratificação de produtividade instituída pela

Lei Estadual 13.761/2006 é tão somente para aquele cuja lotação seja no órgão central, nos termos do seu art. 1º; assim, ela pode ser atribuída ao servidor civil ocupante de qualquer cargo, ou oriundo de qualquer quadro original, desde que atualmente lotado na Administração Central, na forma do art. 3º, do mesmo diploma”. (RMS 36.637/SC, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 23.3.2012).

3. Os recorrentes não satisfazem os critérios fixados pela legislação local. A invocação de isonomia, no caso concreto, esbarra no óbice da Súmula 339/STF.

4. Recurso Ordinário não provido.” (RMS 37.465/SC, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 2.5.2013, DJe 10.5.2013.)

Por fim, o tema da sujeição das vantagens pessoais ao limite do teto remuneratório estadual também está pacificado no STJ:

“RECURSO ORDINÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. POLICIAL MILITAR INATIVO. PENSÃO. TETO CONSTITUCIONAL. NORMA DE EFICÁCIA PLENA. DIREITO ADQUIRIDO. INEXISTÊNCIA. VANTAGENS PESSOAIS. SUJEIÇÃO.

1. Está assentado na jurisprudência do STJ o seguinte entendimento: (a) o inciso XI do art. 37 da Constituição Federal é norma de eficácia plena, cuja aplicabilidade não depende de lei estadual fixando o subsídio do Governador; (b) não há direito adquirido a recebimento de proventos acima do teto remuneratório constitucionalmente estabelecido; e (c) as vantagens pessoais de qualquer espécie estão sujeitas ao teto remuneratório previsto no art. 37, XI, da Constituição Federal, na redação dada pela EC 41/2003.

2. Recurso ordinário a que se nega provimento.” (RMS 32.042/RJ, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, julgado em 1º.9.2011, DJe 8.9.2011.)

Ante o exposto, nego provimento ao recurso ordinário.

É como penso. É como voto.

Ministro Humberto Martins

Relator

CERTIDÃO DE JULGAMENTO
SEGUNDA TURMA

Número Registro: 2013/0113735-9

RMS 42.069 / SC

Números Origem: 00208403720138240000
20110528454000100

20110528454

Pauta: 03/09/2013

Julgado: 03/09/2013

Relator

Exmo. Sr. Ministro Humberto Martins

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro Mauro Campbell Marques

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. Ana Borges Coelho Santos

Secretária

Bela. Valéria Alvim Dusi

AUTUAÇÃO

Recorrente : Ângela Sombrio Freccia e outros
Advogado : Raphael de Freitas
Recorrido : Estado de Santa Catarina
Procurador : Mônica Mattedi e outro(s)
Assunto: Direito Administrativo e outras matérias de Direito Público –
Servidor Público Civil

CERTIDÃO

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

“A Turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso ordinário, nos termos do voto do(a) Sr(a). Ministro(a)-Relator(a), sem destaque e em bloco.”

Os Srs. Ministros Herman Benjamin, Mauro Campbell Marques (Presidente), Eliana Calmon e Castro Meira votaram com o Sr. Ministro Relator.

RECURSO ESPECIAL

Recurso Especial n. 1.236.916, do Rio Grande do Sul (2011/0031160-9)

Relatora: Ministra Nancy Andrighi

Recorrente: Tecnovidro Indústria de Vidros Ltda.

Advogado: Air Paulo Luz e outro(s)

Recorrido: Leonor Massolini Schulke

Advogado: Denise Fátima Kempf e outro(s)

Interessado: Marco de Bastiani

EMENTA

DIREITO CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE DISSOLUÇÃO DE UNIÃO ESTÁVEL. DESCONSIDERAÇÃO INVERSA DA PERSONALIDADE JURÍDICA. POSSIBILIDADE. REEXAME DE FATOS E PROVAS. INADMISSIBILIDADE. LEGITIMIDADE ATIVA. COMPANHEIRO LESADO PELA CONDUTA DO SÓCIO. ARTIGO ANALISADO: 50 DO CC/02.

1. Ação de dissolução de união estável ajuizada em 14.12.2009, da qual foi extraído o presente recurso especial, concluso ao Gabinete em 08.11.2011.
2. Discute-se se a regra contida no art. 50 do CC/02 autoriza a desconsideração inversa da personalidade jurídica e se o sócio da sociedade empresária pode requerer a desconsideração da personalidade jurídica desta.
3. A desconsideração inversa da personalidade jurídica caracteriza-se pelo afastamento da autonomia patrimonial da sociedade para, contrariamente do que ocorre na desconsideração da personalidade propriamente dita, atingir o ente coletivo e seu patrimônio social, de modo a responsabilizar a pessoa jurídica por obrigações do sócio controlador.
4. É possível a desconsideração inversa da personalidade jurídica sempre que o cônjuge ou companheiro empresário valer-se de pessoa jurídica por ele

controlada, ou de interposta pessoa física, a fim de subtrair do outro cônjuge ou companheiro direitos oriundos da sociedade afetiva.

5. Alterar o decidido no acórdão recorrido, quanto à ocorrência de confusão patrimonial e abuso de direito por parte do sócio majoritário, exige o reexame de fatos e provas, o que é vedado em recurso especial pela Súmula 7/STJ.

6. Se as instâncias ordinárias concluem pela existência de manobras arquitetadas para fraudar a partilha, a legitimidade para requerer a descon sideração só pode ser daquele que foi lesado por essas manobras, ou seja, do outro cônjuge ou companheiro, sendo irrelevante o fato deste ser sócio da empresa.

7. Negado provimento ao recurso especial.

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, negar provimento ao recurso especial, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Sidnei Beneti, Paulo de Tarso Sanseverino e Ricardo Villas Bôas Cueva votaram com a Sra. Ministra Relatora. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro João Otávio de Noronha.

Brasília, 22 de outubro de 2013.

Ministra Nancy Andrighi, Relatora

RELATÓRIO

A EXMA. SRA. MINISTRA NANCY ANDRIGHI (Relatora):
Cuida-se de recurso especial interposto por Tecnovidro Indústria de Vidros Ltda. com fundamento nas alíneas “a” e “c” do permissivo constitucional, contra acórdão proferido pelo TJ/RS.

Ação: de dissolução de união estável, ajuizada por Leonor Massolini Schulke, em face de Marco de Bastiani, em que o interessado apresentou reconvenção.

Decisão interlocutória: determinou: i) a desconsideração da personalidade jurídica da empresa recorrente, da qual a recorrida e seu companheiro são sócios, para atingir o patrimônio do ente societário, em virtude da existência de confusão patrimonial, e ii) a indisponibilidade dos bens da recorrente e da Casa Vitra Indústria de Eletrodomésticos Ltda., sob o fundamento de que essa empresa teria sido criada para servir de instrumento para práticas fraudulentas, envolvendo o patrimônio da recorrente.

Acórdão: manteve a decisão unipessoal do Relator que negou provimento ao agravo de instrumento, nos termos da seguinte ementa:

AGRAVO INTERNO. DISSOLUÇÃO DE UNIÃO ESTÁVEL. DES-
CONSTITUIÇÃO INVERSA DA PERSONALIDADE JURÍDICA.
POSSIBILIDADE. CONFUSÃO PATRIMONIAL. VARÃO QUE TEM
QUASE A TOTALIDADE DAS COTAS PATRIMONIAIS DA EMPRESA.

PATRIMÔNIO QUE SE CONFUNDE. INDÍCIOS DE FRAUDE NA
CONSTITUIÇÃO DA NOVA EMPRESA. MANUTENÇÃO DA
DECISÃO ATACADA. (e-STJ fl. 485)

Recurso especial: alega a violação do art. 50 do CC/02. Assevera que a desconsideração é possível apenas com o objetivo de responsabilizar o patrimônio pessoal do sócio por obrigações da sociedade. Argumenta que a desconsideração da personalidade jurídica da empresa não pode ser requerida por sócio dessa empresa. Sustenta a inexistência de comprovação do abuso da personalidade jurídica da sociedade. Aduz a violação do princípio da boa-fé objetiva, do qual decorre o venire contra

factum proprium, na medida em que a recorrida somente deixou de concordar com a lisura da composição do quadro societário após mais de vinte anos. Argumenta que, ao contrário do que afirma a recorrida, a empresa Casa Vitra não foi criada para desviar valores da recorrente, tendo em vista que o objeto social das empresas é distinto.

Juízo de admissibilidade: após a apresentação das contrarrazões, o recurso especial foi admitido na origem.

Parecer do MPF: de lavra do i. Subprocurador-Geral da República Hugo Gueiros Bernardes Filho, opina pelo desprovimento do recurso.

É o relatório.

VOTO

A EXMA. SRA. MINISTRA NANCY ANDRIGHI (Relatora): Cinge-se a controvérsia, em síntese, a determinar se a regra contida no art. 50 do CC/02 autoriza a chamada desconsideração inversa da personalidade jurídica; se a sócia da sociedade empresária pode requerer a desconsideração da personalidade jurídica desta; e se, na hipótese, está configurado o abuso de personalidade jurídica.

1. Da desconsideração inversa da personalidade jurídica. Violação do art. 50 do CC/02.

01. A desconsideração inversa da personalidade jurídica caracteriza-se pelo afastamento da autonomia patrimonial da sociedade, para, contrariamente do que ocorre na desconsideração da personalidade jurídica propriamente dita, atingir o ente coletivo e seu patrimônio social, de modo a responsabilizar a pessoa jurídica por obrigações do sócio.

02. Conquanto a consequência de sua aplicação seja inversa, sua razão de ser é a mesma da desconsideração da personalidade jurídica propriamente dita: combater a utilização indevida do ente societário por seus sócios. Em sua forma inversa, mostra-se como um instrumento hábil para combater a prática de transferência de bens para a pessoa jurídica sobre o qual o devedor detém controle, evitando com isso a excussão de seu patrimônio pessoal.

03. Na seara doutrinária, quem primeiramente tratou do tema, foi o Prof. Fábio Konder Comparato, em sua obra “O Poder de Controle na Sociedade Anônima” (Rio de Janeiro: Editora Forense, 2008), da qual se extrai o seguinte ensinamento:

Aliás, a desconsideração da personalidade jurídica não atua apenas no sentido da responsabilidade do controlador por dívidas da sociedade controlada, mas também em sentido inverso, ou seja, no da responsabilidade desta última por atos do seu controlador. A jurisprudência americana, por exemplo, já firmou o princípio de que os contratos celebrados pelo sócio único, ou pelo acionista largamente majoritário, em benefício da companhia, mesmo quando não foi a sociedade formalmente parte do negócio, obrigam o patrimônio social, uma vez demonstrada a confusão patrimonial de facto. (p. 464)

04. Na mesma senda, o entendimento de Fábio Ulhoa Coelho:

Em síntese, a desconsideração é utilizada como instrumento para responsabilizar sócio por dívida formalmente imputada à sociedade. Também é possível, contudo, o inverso: desconsiderar a autonomia patrimonial da pessoa jurídica para responsabilizá-la por obrigação de sócio (Bastid-David-Luchaire, 1960:47). (*Curso de Direito Comercial, volume 2: direito de empresa*, 15ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 65)

05. Note-se que essa 3ª Turma, no julgamento do Resp 948.117/MS, de minha relatoria, DJe de 03.08.2010, já decidiu pela possibilidade da desconsideração inversa da personalidade jurídica.

06. A desconsideração inversa tem largo campo de aplicação no direito de família, em que a intenção de fraudar a meação leva à indevida utilização da pessoa jurídica.

07. No campo familiar, a desconsideração da personalidade jurídica, compatibilizando-se com a vedação ao abuso de direito, é orientada para reprimir o uso indevido da personalidade jurídica da empresa pelo cônjuge (ou companheiro) sócio que, com propósitos fraudatórios, vale-se da máscara societária para o fim de burlar direitos de seu par. Nessa medida, o que se pretende aqui, com a *disregard doctrine*, é afastar momentaneamente o manto fictício que separa os patrimônios do sócio e da sociedade para, levantando o “véu” da pessoa jurídica, buscar o patrimônio que, na realidade, pertence ao cônjuge (ou companheiro) lesado.

08. Pode-se vislumbrar situações, por exemplo, em que o cônjuge ou companheiro esvazia seu patrimônio pessoal, enquanto pessoa natural, e o integraliza na pessoa jurídica, de modo a afastá-lo da partilha. Também é possível que o cônjuge ou companheiro, às vésperas de seu divórcio ou dissolução da união estável, efetive sua retirada aparente da sociedade da qual é sócio, transferindo sua participação para outro membro da empresa ou para terceiro, também com o objetivo de fraudar a partilha.

09. Nessa ordem de ideias, a desconsideração inversa da personalidade jurídica poderá ocorrer sempre que o cônjuge ou companheiro empresário valer-se de pessoa jurídica por ele controlada, ou de interposta pessoa física, a fim de subtrair do outro cônjuge ou companheiro direitos oriundos da sociedade afetiva.

10. Na hipótese dos autos, o Tribunal de origem assim se manifestou a respeito da confusão patrimonial:

Observando as notas fiscais das fls. 1.259/1.290, verifica-se que são emitidas em nome da empresa, mas com endereço de imóvel pessoal do sócio. Referidas notas foram emitidas para compra de materiais empregados na construção de apartamento e reforma de sua residência.

Há indicativos, ademais, que os automóveis utilizados pelas partes estariam registrados no nome da empresa. Os veículos da família, de igual sorte, seriam abastecidos em posto de gasolina na conta da empresa. (e-STJ fl. 488)

11. Percebe-se, portanto, que, à luz das provas produzidas, as instâncias ordinárias concluíram pela ocorrência de confusão patrimonial e abuso de direito por parte do sócio majoritário. Alterar o acórdão recorrido, quanto ao ponto, não seria possível sem o reexame de fatos e provas, o que é vedado em recurso especial pela Súmula 7/STJ.

12. Feitas essas considerações, tem-se que, a partir de uma interpretação teleológica do art. 50 do CC/02, é possível a desconsideração inversa da personalidade jurídica, de modo a atingir bens da sociedade em razão de dívidas contraídas pelo sócio controlador, desde que preenchidos os requisitos previstos na norma. Por outro lado, se o Tribunal de origem, soberano na análise das provas, conclui pela existência de confusão patrimonial, não é possível alterar o acórdão recorrido, quanto ao ponto.

2. Da legitimidade ativa da recorrida.

13. Fixada a possibilidade da desconsideração inversa da personalidade jurídica, e tendo em vista que o Tribunal de origem, soberano na análise das provas, concluiu pela existência de confusão patrimonial, passa-se à análise da legitimidade ativa da recorrida.

14. A legitimidade para atuar como parte no processo, por possuir, em regra, vinculação com o direito material, é conferida, na maioria das vezes, somente aos titulares da relação de direito material.

15. Nesse contexto, ordinariamente, a legitimidade ativa para requerer a superação da personalidade jurídica no Direito de Família recai na figura do ente familiar titular do direito material perseguido, consoante o disposto no art. 6º do CPC.

16. A desconsideração inversa pretende alcançar bens ou rendimentos do ente familiar que, indevidamente, se confundiram com os da sociedade da qual é sócio. Nessa medida, a legitimidade para requerer a desconsideração é atribuída, em regra, ao familiar lesado pela conduta do sócio.

17. Na hipótese dos autos, ademais, a recorrida, apesar de sócia da sociedade recorrente, detém apenas 0,18% de suas quotas sociais, sendo a empresa gerida apenas por seu ex-companheiro. Por essa razão, a recorrida pode ser facilmente afastada de todas as decisões da empresa.

18. Não se olvida, ainda, que, detendo a recorrida uma parcela muito pequena das quotas sociais, seria extremamente difícil, quando não impossível, investigar os bens da empresa, a fim de que fosse respeitada sua meação. Não seria possível, ainda, garantir que os bens da empresa não seriam indevidamente dissipados, antes da conclusão da partilha.

19. Assim, se as instâncias ordinárias concluem pela existência de manobras arquitetadas para fraudar a partilha, a legitimidade para requerer a desconsideração só pode ser daquele que foi lesado por essas manobras, ou seja, do outro cônjuge ou companheiro, sendo irrelevante o fato deste ser sócio da empresa.

20. A legitimidade da recorrida, na hipótese, decorre não da sua condição de sócia, mas em virtude da sua condição de companheira.

21. Diante do exposto, portanto, conclui-se que o art. 50 do CC/02 não foi violado.

Forte nessas razões, NEGOU PROVIMENTO ao recurso especial.

CERTIDÃO DE JULGAMENTO
TERCEIRA TURMA

Número Registro: 2011/0031160-9 Processo Eletrônico REsp
1.236.916 / RS

Números Origem: 10900042290 70035896133 70036782522
70038007886

Pauta: 22/10/2013

Julgado: 22/10/2013

Relatora

Exma. Sra. Ministra Nancy Andrighi

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. José Bonifácio Borges de Andrada

Secretária

Bela. Maria Auxiliadora Ramalho da Rocha

AUTUAÇÃO

Recorrente : Tecnovidro Indústria de Vidros Ltda.

Advogado : Air Paulo Luz e outro(s)

Recorrido : Leonor Massolini Schulke

Advogado : Denise Fátima Kempf e outro(s)

Interessado : Marco de Bastiani

Assunto: Direito Civil - Família - União Estável ou Concubinato - Reconhecimento / Dissolução

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia Terceira Turma, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

A Terceira Turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso especial, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora.

Os Srs. Ministros Sidnei Beneti, Paulo de Tarso Sanseverino e Ricardo Villas Bôas Cueva votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro João Otávio de Noronha.

**TRIBUNAL DE JUSTIÇA
DE SANTA CATARINA**

ÓRGÃO ESPECIAL

CONFLITO DE COMPETÊNCIA

Conflito de Competência n. 2013.047968-3, de Tubarão

Relator: Des. Fernando Carioni

CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. DIVERGÊNCIA ENTRE A VARA DA INFÂNCIA E DA JUVENTUDE E A VARA DA FAZENDA PÚBLICA. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS. AÇÃO PROPOSTA POR MENOR ABSOLUTAMENTE INCAPAZ. QUESTÃO AFETA AO DIREITO INDIVIDUAL E INDISPONÍVEL DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE. ART. 148, IV, DO ECA. NORMA QUE SE SOBREPÕE ÀS DIRETRIZES DE DISTRIBUIÇÃO DE COMPETÊNCIA DITADAS PELO CÓDIGO DE DIVISÃO E ORGANIZAÇÃO JUDICIÁRIA DE SANTA CATARINA. COMPETÊNCIA ABSOLUTA FIRMADA NA VARA DA INFÂNCIA E DA JUVENTUDE. PRECEDENTES DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. CONFLITO IMPROCEDENTE.

O Estatuto da Criança e do Adolescente firma como sendo da competência absoluta da Vara da Infância e da Juventude processar e julgar as ações fundadas em interesses individuais, difusos ou coletivos vinculados à criança e ao adolescente.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Competência n. 2013.047968-3, da comarca de Tubarão (Vara da Família Órfãos Infância e Juventude), em que é suscitante Juiz de Direito da Vara da Família, Órfãos, Infância e Juventude da Comarca de Tubarão, e suscitado Juiz de Direito da Vara da Fazenda Pública, Execução Fiscal, Acidentes de Trabalho e Registros Públicos da Comarca de Tubarão:

O Órgão Especial decidiu, por votação unânime, julgar improcedente o conflito negativo de competência e declarar competente a Vara da Família, Órfãos, Infância e Juventude da comarca de Tubarão para processar e julgar a Ação Ordinária n. 075.13.500360-6. Custas legais.

Presidiu a sessão, realizada no dia 4 de setembro de 2013, o Exmo. Sr. Des. Cláudio Barreto Dutra, e dela participaram os Exmos. Srs. Des. Torres Marques, Ricardo Fontes, Salim Schead dos Santos, Cid Goulart, Jaime Ramos, Sérgio Izidoro Heil, João Henrique Blasi, Jânio Machado, Paulo Roberto Camargo Costa, José Inácio Schaefer, Carlos Prudêncio, Gaspar Rubick, Pedro Manoel Abreu, Newton Trisotto, Luiz César Medeiros, Varderlei Romer, Nelson Schaefer Martins, José Volpato de Souza e Sérgio Roberto Baasch Luz. Funcionou como Representante do Ministério Público a Exma. Sra. Dra. Walkyria Ruicir Danielski.

Florianópolis, 11 de setembro de 2013.

Fernando Carioni

RELATOR

RELATÓRIO

L. C. L., representada por seu pai, G. dos S. L., ajuizou ação ordinária contra o Estado de Santa Catarina, na qual requereu o fornecimento de medicamentos, materiais e suplementos por ser portadora de Diabetes Mellitus – Tipo 1.

Distribuído o feito à Vara da Fazenda Pública, Execução Fiscal, Acidente de Trabalho e Registros Públicos da comarca de Tubarão, o Juiz de Direito Dr. Cláudio Barbosa Fontes Filho reconheceu a sua incom-

petência e determinou a remessa do feito para a Vara da Família, Órfãos, Infância e Juventude.

A Juíza de Direito da Vara da Família, Órfãos, Infância e Juventude, Dra. Miriam Regina Garcia Cavalcanti, por sua vez, alegou que o Juizado da Infância e da Juventude possui competência somente para as ações que sejam propostas pelo Ministério Público, e desde que tenham como objeto a satisfação dos interesses individuais. Afirmou, ainda, que no presente caso a menor ingressou devidamente representada por seu genitor, pelo que não se justifica a competência especializada do Juízo da Infância e da Juventude, motivo pelo qual suscitou o conflito negativo de competência.

Parecer da douta Procuradoria-Geral de Justiça, na lavra do Exmo. Sr. Dr. Mário Luiz de Melo pelo conhecimento e provimento do presente conflito negativo de competência (fls. 24-31).

Este é o relatório.

VOTO

Na hipótese em comento, a autora, representada por seu genitor, pretende que o Estado forneça os medicamentos e materiais necessários para o tratamento de “Diabetes Mellitus – Tipo 1”.

Inicialmente, esclareço que, em situações similares à presente, vinha decidindo que a competência para processamento e julgamento de ação por meio da qual se pretende que o Estado forneça medicamentos à criança ou adolescente é da Varas da Fazenda, conforme dispõe o Código de Divisão e Organização Judiciárias do Estado de Santa Catarina, em seu art. 99, inciso I, alínea “c”.

Todavia, à luz das decisões proferidas do Superior Tribunal de Justiça, decidi retificar o posicionamento até então adotado e passei a comungar do entendimento firmado pela Corte Superior, de que a competência é da Vara da Infância e da Juventude.

Com efeito, o art. 148, inciso IV, do Estatuto da Criança e do Adolescente dispõe que “a Justiça da Infância e da Juventude é competente para [...] conhecer de ações civis fundadas em interesses individuais, difusos ou coletivos afetos à criança e ao adolescente, observado o disposto no art. 209”.

O art. 208, inciso VII, do mesmo diploma, por sua vez estabelece que “regem-se pelas disposições desta Lei as ações de responsabilidade por ofensa aos direitos assegurados à criança e ao adolescente, referentes ao não oferecimento ou oferta irregular [...] de acesso às ações e serviços de saúde”.

Finalmente o art. 209 da Lei n. 8.069/1990, determina que “as ações previstas neste Capítulo serão propostas no foro do local onde ocorreu ou deva ocorrer a ação ou omissão, cujo juízo terá competência absoluta para processar a causa, ressalvadas a competência da Justiça Federal e a competência originária dos tribunais superiores”.

Como visto, o Estatuto da Criança e do Adolescente firma a competência absoluta da Vara da Infância e da Juventude para processar e julgar as ações que tem por objetivo assegurar o direito fundamental à saúde de crianças e adolescentes.

É importante mencionar que, “sendo um ramo especializado da Justiça local, as leis de organização judiciária regulamentarão o sistema de acordo com as peculiaridades de cada Estado, mas, no que tange à competência, terão de se ater ao disposto no artigo supra, prevalecendo a lei hierarquicamente superior”, que é o Estatuto da Criança e do Adolescente (AMARAL E SILVA, Antônio Fernando do. Estatuto da criança e do adolescente comentado. 9 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008. p. 588).

Dessa feita, em se tratando de ação que visa assegurar direito individual e indisponível de infante, qual seja, acesso à serviço de saúde – fornecimento de medicamentos, é competente a Vara da Infância e da Juventude, ainda que a demanda tenha sido proposta pelo próprio interessado, e não pelo Ministério Público.

Em situação idêntica a dos autos, manifestou-se o Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSUAL CIVIL. COMPETÊNCIA. VARA DA INFÂNCIA E DA JUVENTUDE.

[...]

2. A pretensão deduzida na demanda enquadra-se na hipótese contida no art. 148, IV, c/c art. 209 do ECA, sendo da competência absoluta do Juízo da Vara da Infância e da Juventude a apreciação das controvérsias fundadas em interesses individuais, difusos ou coletivos vinculados à criança e ao adolescente. Precedentes (STJ, EDcl no AREsp 24798/SP, rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, j. em 7-2-2012).

Extrai-se do corpo do acórdão:

A recorrente sustenta, em síntese, que o caso dos autos somente se enquadraria na competência da Vara da Infância e da Juventude se se tratasse de ação ajuizada pelo Ministério Público, sob pena de encaminhamento de todas as demandas que envolvem crianças e adolescentes para esse juízo especializado.

Contudo, conforme destacado na decisão recorrida, o Tribunal de origem delimitou o quadro fático da demanda: pleito de fornecimento de medicamento a menor absolutamente incapaz que sofre de “Síndrome de Turner”, a qual deixou de ser assistida pelo Estado, quando da insuficiência econômico-financeira dos pais, nesses termos:

“No presente caso, trata-se de ação ordinária em que uma menor representada por sua genitora, pleiteia o medicamento denominado Genotropin (Somatotropina) para tratamento de “Síndrome de Turner”, cujo fornecimento não lhe foi disponibilizado na rede pública de saúde.

“[...]”

“Considerando que há interesse de menor absolutamente incapaz a figurar no pólo ativo da demanda, deveria ter ocorrido a devida intimação do Ministério Público para acompanhamento da demanda.

“[...]”

“Por outro lado observa-se que a competência para o julgamento da presente ação é da Vara Especializada da Infância e da Juventude, por envolver direito de menor, que deixou de ser assistido pelo Estado diante da insuficiência financeira e econômica de seus pais.

“Dessa forma, o processo deverá ser julgado pela Vara Especializada da Infância e da Juventude (e-STJ fls. 210 - 213)”.

A partir disso, conclui-se que estão presentes os requisitos para o exercício da competência especializada da Vara da Infância e da Juventude, por se tratar de questão afeta a direito individual indisponível do infante, nos termos dos arts. 148, inciso IV, e 209, do Estatuto da Criança e do Adolescente (grifo nosso).

Na mesma direção é a decisão monocrática, proferida no REsp n. 1.394.936 pelo Ministro Benedito Gonçalves, no dia 15 de agosto de 2013, que cassou o acórdão deste Órgão Especial, proferido no Conflito de Competência n. 2012.070866-0, de relatoria do Desembargador José Volpato de Souza. Vejamos:

Trata-se de recurso especial interposto pelo Ministério Público do Estado de Santa Catarina contra acórdão proferido pelo TJ/SC, no qual aduz violação dos artigos 91, 113 e 535 do CPC e dos artigos 11, 148, 208 e 209 da Lei n. 8.069/1990. Defende-se a competência absoluta da Vara da Infância e da Juventude para o processamento e julgamento de ação por meio da qual se objetiva que o Estado de Santa Catarina forneça medicamentos à criança; e que “a existência de uma norma federal específica ditando as atribuições de competência especializada do juízo da infância e juventude afasta a incidência das diretrizes do Código de Organização Judiciária Estadual, diploma inferior [...] é o teor da Súmula n. 206 do STJ” (fl. 81).

É o relatório necessário. Decido.

O art. 148, inciso IV, da Lei n. 8.069/1990, Estatuto da Criança e do Adolescente, estabelece que “a Justiça da Infância e da Juventude é competente para conhecer de ações civis fundadas em interesses individuais, difusos ou coletivos afetos à criança e ao adolescente, observado o disposto no art. 209”.

O art. 208, inciso VII, da Lei n. 8.069/1990, por sua vez, dispõe que “regem-se pelas disposições desta Lei as ações de responsabilidade por ofensa aos direitos assegurados à criança e ao adolescente, referentes ao não oferecimento ou oferta irregular de acesso às ações e serviços de saúde”; enquanto o art. 209 da Lei n. 8.069/1990, por sua vez, dispõe que “as ações previstas neste Capítulo serão propostas no foro do local onde ocorreu ou deva ocorrer a ação ou omissão, cujo juízo terá competência absoluta para processar a causa, ressalvadas a competência da Justiça Federal e a competência originária dos tribunais superiores”.

Como se nota, o Estatuto da Criança e do Adolescente determina que é da competência da Vara da Infância e da Juventude o conhecimento das ações que visam assegurar às crianças e aos adolescentes o direito de acesso a medicamentos de que necessitam.

[...]

Deve-se acrescentar o entendimento de que, “disciplinar a organização judiciária é uma situação, outra muito diferente é revogar, ampliar e modificar disposições sobre competência estabelecidas em lei federal” (HC 250.842/RS, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, DJe 21/06/2013). Ainda, no mesmo sentido: HC 216.112/RS, Rel. Ministro GILSON DIPP, QUINTA TURMA, DJe 05/09/2012; HC 228.989/RS, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, DJe 01/10/2012.

Ante o exposto, dou provimento ao recurso especial para cassar o acórdão recorrido e determinar que a ação tenha seu curso regular na Vara da Infância e Juventude, a qual fica, desde logo, designada para decidir as questões urgentes, em caso de eventual recurso (art. 120, parágrafo único, do CPC).

À vista do exposto, julga-se improcedente o conflito e declara-se competente o Juízo Suscitante – Vara da Infância e da Juventude da comarca de Tubarão, para processar e julgar a Ação Ordinária n. 075.13.500360-6.

Este é o voto.

CÂMARA CIVIL ESPECIAL

AGRAVO EM AGRAVO DE INSTRUMENTO

Agravo (§ 1º art. 557 do CPC) em Agravo de Instrumento n. 2013.001148-1/0001.00, de Tubarão

Relator Designado: Des. Luiz Zanelato

AGRAVO (ART. 557, § 1º, DO CPC) EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. CONTRATO DE MÚTUO GARANTIDO POR ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA DE VEÍCULO. AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO. ART. 3º, *CAPUT*, DO DECRETO-LEI N. 911/69. PEDIDO DE LIMINAR. DECISÃO DIFERIDA PARA DEPOIS DA RÉPLICA. INSURGÊNCIA DO CREDOR FIDUCIÁRIO. DECISÃO MONOCRÁTICA. NEGATIVA DE SEGUIMENTO, LIMINARMENTE, AO AGRAVO DE INSTRUMENTO. ATO JUDICIAL DE CONTEÚDO LESIVO. RECORRIBILIDADE. ART. 522 DO CPC. CABIMENTO. PRESSUPOSTO DE ADMISSIBILIDADE RECURSAL PRESENTE. CONHECIMENTO DA MATÉRIA ATRIBUÍDO AO JUIZ DE ORIGEM. OBSERVÂNCIA AO DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

A teor do disposto no art. 3º, *caput*, do Decreto-lei n. 911/69, com a redação introduzida pela Lei n. 10.931/2004, incumbe ao juiz apreciar, liminarmente, segundo seu livre convencimento, pedido de busca e apreensão de bem gravado com alienação fiduciária, que pressupõe o inadimplemento de obrigações e a constituição em mora do devedor.

A protelação de tal decisão, contrariando a norma legal, implica em ofensa ao direito constitucional de ampla defesa do credor fiduciário e, mediatamente, em violação ao princípio da inafastabilidade da jurisdição (art. 5º, XXXV, da CF). Representa, pois, ato judicial de caráter lesivo e, por causa disso, recorrível nos termos do art. 522 do CPC.

Pelo princípio do duplo grau de jurisdição, prevenindo-se supressão de instância, o pedido deve ser julgado pelo juiz da origem, a quem se devolve o conhecimento da matéria.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo (§ 1º art. 557 do CPC) em Agravo de Instrumento n. 2013.001148-1/0001.00, da comarca de Tubarão (3ª Vara Cível), em que é agravante BV Financeira S.A. Crédito Financiamento e Investimento, e agravado Emir Antunes Junior:

A Câmara Civil Especial decidiu, por maioria de votos, conhecer do presente recurso e dar-lhe provimento, para conhecer e prover o agravo de instrumento a fim de remeter ao magistrado da origem a apreciação, com urgência, do pedido liminar, vencida a Desa. Cláudia Lambert de Faria. Custas legais.

O julgamento, realizado em 18 de abril de 2013, foi presidido pelo Exmo. Sr. Des. Rui Fortes, com voto vencedor, e dele participou a Exma. Sra. Desa. Cláudia Lambert de Faria.

Florianópolis, 26 de abril de 2013.

Luiz Zanelato

Relator

RELATÓRIO

BV Financeira SA Crédito Financiamento e Investimento interpôs, com base no art. 557, *caput*, do CPC, agravo inominado da decisão monocrática de fls. 48-52, que negou seguimento, liminarmente, ao agravo de instrumento sob o fundamento de que a decisão de primeiro grau carece de carga decisória, tratando-se de ato de mero expediente,

Sustenta, a recorrente, em síntese, que o recurso não se encontra em confronto com nenhuma súmula ou jurisprudência dominante, tampouco é inadmissível ou manifestamente improcedente, razão por que não poderia ser-lhe negado seguimento, de plano, pelo relator.

Outrossim, assevera que, por encontrar-se demonstrada devidamente a constituição em mora do devedor, não pode ser postergada a apreciação do pedido liminar de busca e apreensão do bem alienado fiduciariamente em garantia de financiamento.

Em desfecho, requer o provimento o presente recurso para, mediante reforma da decisão monocrática impugnada, ser admitido, conhecido e provido o agravo de instrumento.

É o relatório.

VOTO

No caso trazido aos autos, o ato judicial de primeiro grau impugnado por agravo de instrumento (fls. 42-43), adiou a apreciação do pedido liminar para depois da citação, da resposta e da réplica, textualmente:

[...]

Desta forma, postergo a análise do pedido de liminar para depois da réplica, determinando, em consequência, a citação do devedor para, no prazo legal, apresentar contestação ou pagar a integralidade da dívida pendente (§ 2º, do art. 3º).

[...]

Embora, à primeira vista, tal ato pronunciamento aparente tratar-se de despacho desprovido de efeito lesivo, uma vez que não decide o pedido de liminar de busca e apreensão e transfere sua análise para momento posterior e, assim, insuscetível de recurso (art. 504 do CPC), não é isso que ocorre.

O procedimento adotado nessa decisão não se coaduna com o regramento estabelecido no Decreto-Lei n. 911/69, com as alterações introduzidas pela Lei n. 10.931/2004, que em seu art. 3º, *caput* e § 2º, assim deixam expresso:

Art 3º O Proprietário Fiduciário ou credor, poderá requerer contra o devedor ou terceiro a busca e apreensão do bem alienado fiduciariamente, a qual será concedida liminarmente, desde que comprovada a mora ou o inadimplemento do devedor.

§ 1o Cinco dias após executada a liminar mencionada no *caput*, consolidar-se-ão a propriedade e a posse plena e exclusiva do bem no patrimônio do credor fiduciário, cabendo às repartições competentes, quando for o caso, expedir novo certificado de registro de propriedade em nome do credor, ou de terceiro por ele indicado, livre do ônus da propriedade fiduciária.

§ 2o No prazo do § 1o, o devedor fiduciante poderá pagar a integralidade da dívida pendente, segundo os valores apresentados pelo credor fiduciário na inicial, hipótese na qual o bem lhe será restituído livre do ônus.

Da redação de tais dispositivos, deflui que, se requerida a busca e apreensão de bem alienado fiduciariamente e desde que comprovada a mora do devedor fiduciante, a medida reclamada deve ser deferida, ficando reservada ao devedor fiduciante a prerrogativa de quitar a dívida integral pendente no prazo de cinco dias após executada a liminar. Não se antevê mais espaço na legislação atual para a purga da mora após a citação, como previam os §§ 1º, 2º e 3º do Decreto-Lei n. 911/69, revogados pela Lei n. 10.931/2004, como sugere a decisão do magistrado a quo.

A propósito, confira-se julgado do Superior Tribunal de Justiça:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER CUMULADA COM PEDIDO DE REPARAÇÃO DE DANOS MORAIS. CONTRATO DE FINANCIAMENTO GARANTIDO POR ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA.1. Com a edição da Lei 10.931/04, afastou-se a possibilidade de purgação da mora nas ações de busca e apreensão oriundas de contrato de mútuo garantido por alienação fiduciária.2. Compete ao devedor, no prazo de cinco dias da execução da liminar, pagar a integralidade da dívida, entendida esta como os valores apresentados pelo credor fiduciário na inicial.3. Inviável a inclusão de outras despesas de cobrança no montante devido para purga da mora, porquanto apenas podem ser incluídas no leito estreito da ação de busca e apreensão, as verbas expressamente previstas pelo § 1º, do artigo 2º, do Decreto-lei 911/69.4. Necessidade de retorno dos autos à origem para apreciação do pedido de reparação dos danos morais.5. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.(AgRg no REsp 1249149/PR, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, TERCEIRA TURMA, julgado em 06/11/2012, DJe 09/11/2012)

Registra-se, por oportuno, que a constitucionalidade do art. 3º, §§ 1º e 2º do Decreto-Lei n. 911/69, com as alterações introduzidas pela Lei n. 10.931, de 2-8-2004, foi reconhecida pela jurisprudência recente dos tribunais superiores e desta Corte de Justiça, como reflete o julgado que segue:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO. CONTRATO DE FINANCIAMENTO DE VEÍCULO COM GARANTIA DE ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA. DEFERIMENTO DA LIMINAR. COMPROVAÇÃO DO PAGAMENTO DAS PARCELAS VENCIDAS E DAQUELAS QUE SE VENCERAM NO CURSO DA DEMANDA. INCONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 3º, § 1º E 2º, DO DECRETO-LEI N. 911, DE 1º.10.1969, COM A REDAÇÃO DADA PELA

LEI N. 10.931, DE 2.8.2004. REJEIÇÃO. LEGISLAÇÃO QUE FOI RE-
CEPCIONADA PELA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. PRECEDENTES
DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, DO SUPERIOR TRIBUNAL
DE JUSTIÇA E DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SANTA CATARINA.
DESNECESSIDADE DE REMESSA AO ÓRGÃO ESPECIAL, CON-
FORME O EXPOSTO NO PARÁGRAFO ÚNICO E “CAPUT” DO
ARTIGO 481 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. PRETENSÃO DE
DESCONSTITUIÇÃO DA MORA PELO AJUIZAMENTO DE AÇÃO
DE REVISÃO DO CONTRATO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA N.
380 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. DESCONHECIMENTO,
ADEMAIS, DA TESE INVOCADA. PLENA DEMONSTRAÇÃO DA
MORA. NOTIFICAÇÃO EXTRAJUDICIAL REALIZADA POR CAR-
TÓRIO SITUADO EM COMARCA DIVERSA DA QUAL O DEVE-
DOR TEM DOMICÍLIO. VALIDADE. ORIENTAÇÃO DA SEGUNDA
SEÇÃO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA EM RECURSO
ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA (RESP. N.
1.184.570/MG). FÉ PÚBLICA QUE NÃO PODE SER IGNORADA.
ARTIGO 3º DA LEI N. 8.935, de 18.11.1994. RESTITUIÇÃO DO VE-
ÍCULO AO AGRAVANTE, MEDIANTE A DEMONSTRAÇÃO DE
PURGAÇÃO DA MORA. RECURSO PROVIDO EM PARTE. (TJSC,
Agravamento de Instrumento n. 2012.054357-6, de Itajaí, rel. Des. Jânio Macha-
do, j. 14-02-2013) (grifou-se)

À toda evidência, o juiz não está compelido a deferir a liminar, podendo concedê-la ou não, conforme seu livre convencimento formado a partir do que os autos contêm acerca do caso concreto, mediante decisão fundamentada.

Como a lei em destaque prevê decisão liminar no procedimento da ação de busca e apreensão de bem com alienação fiduciária, a exemplo do que sucede na Lei do Mandado de Segurança (art. 7º, III, da Lei n. 12.016/2009), na Lei da Ação Civil Pública (art. 12, *caput*, da Lei n. 7.347/1985), na Lei de Alimentos (art. 4º, *caput*, da Lei nº 5.478/68), no Código de Processo Civil (arts. 273, 804, 928), dentre outros diplomas legais, não assiste ao juiz faculdade, mas dever de emitir tal pronunciamento.

A protelação de tal decisão, contrariando a norma legal estampada, imediatamente tolhe o direito constitucional de ampla defesa da parte proponente da ação que, na pior hipótese para ela, - a de indeferimento do pedido liminar -, ao ter ciência das razões e fundamentos do julgador, pode exercer o direito de recurso (art. 5º, LV, da CF), submetendo a decisão ao duplo grau de jurisdição e, mediatamente, implica em violação ao princípio da inafastabilidade da jurisdição (art. 5º, XXXV, da CF).

Inegável, portanto, o resultado lesivo decorrente do ato do juiz a quo, ao direito do agravante, pois, em tese, além de não receber seu crédito do devedor fiduciante, é-lhe, na prática, omitido o direito à plena jurisdição.

À vista de tais razões, faz-se imperativa a apreciação imediata do pedido de liminar formulado na ação de busca e apreensão promovida pela agravante, ante a inegável lesão ao direito da parte agravante.

No sentido da necessidade de apreciação imediata do pedido submetido ao juiz de primeiro grau, retira-se da jurisprudência desta Corte de Justiça:

AGRAVO DE INSTRUMENTO - BUSCA E APREENSÃO - ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA -APRECIAÇÃO DA LIMINAR RELEGADA PARA MOMENTO POSTERIOR À INSTAURAÇÃO DO CONTRADITÓRIO - INOBSERVÂNCIA DO RITO ESPECÍFICO - INCONSTITUCIONALIDADE DO DECRETO-LEI 911/69 AFASTADA - POSSIBILIDADE DE CONCESSÃO DA MEDIDA INAUDITA ALTERA PARS, DESDE QUE PRESENTES OS REQUISITOS LEGAIS - REFORMA DA DECISÃO - IMPOSSIBILIDADE DE ANÁLISE DA LIMINAR EM SEDE RECURSAL - AUSÊNCIA DE ELEMENTOS SUFICIENTES - DEVOLUÇÃO DA MATÉRIA AO JUÍZO A QUO - CONHECIMENTO E PROVIMENTO PARCIAL DO RECURSO.

A concessão da medida liminar, inaudita altera parte, não viola os princípios do contraditório, da amplitude do direito de defesa ou o do livre convenci-

mento do Juiz porque, presentes os requisitos legais, não é dado ao julgador negar o acesso à tutela jurisdicional nos termos expressamente definidos em lei.

Se o instrumento recursal não fornece elementos suficientes para a análise da concessão da liminar, recomenda-se a devolução da matéria ao Juízo a quo que, na posse dos documentos originais que acompanham os autos da ação que tramitam do primeiro grau, terá maiores condições de apurar a presença ou não dos requisitos legais da medida. (Agravado de Instrumento n. 2006.048097-6, de Tubarão, rel. Des. Hilton Cunha Júnior, j. 3-5-2007)

AGRAVO DE INSTRUMENTO. ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA. BUSCA E APREENSÃO. MORA CARACTERIZADA. LIMINAR POSTER-GADA. MALFERIMENTO FLAGRANTE A PRECEITO COGENTE. REVISÃO DOS ENCARGOS CONTRATUALMENTE PACTUADOS DETERMINADA EX-OFFICIO. DESCABIMENTO. RECURSO PROVIDO. DECISÃO CASSADA. LIMINAR DEFERIDA.

Restando comprovada a mora ou, ainda, o inadimplemento do devedor, na dicção do disposto no art. 3º, do Decreto-Lei nº 911/69, recepcionado que foi pela nova Ordem Constitucional em vigor, a busca e apreensão do bem alienado fiduciariamente será concedida liminarmente, norma esta que, por imperativa, não rende ensanchas a exegeses e, muito menos, fere o princípio do livre convencimento do Juiz.

A revisão, já quando do recebimento da peça vestibular, dos encargos previstos no contrato e do qual derivada a alienação fiduciária, determinada aprioristicamente pelo Juiz, sem que a tanto provocado viola, flagrantemente, o princípio ne procedat judex ex officio, não havendo como possa subsistir. (Agravado de Instrumento n. 2008.013411-6, de Itajaí, rel. Des. Rodrigo Antônio, j. 24-07-2008)

AGRAVO (§ 1º ART. 557 DO CPC) EM AGRAVO POR INSTRUMENTO. BUSCA E APREENSÃO. PRONUNCIAMENTO AGRAVADO POSTERGOU A ANÁLISE DA LIMINAR PREVISTA NO DECRETO-LEI 911/69 PARA APÓS A CITAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. JURISPRUDÊNCIA DOMINANTE DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. NECESSIDADE DE APRECIÇÃO IMEDIATA DA PRETENSÃO

CONCEDENDO OU INDEFERINDO A TUTELA DE URGÊNCIA. RECURSO PROVIDO. (TJSC, Agravo (§ 1º art. 557 do CPC) em Agravo de Instrumento n. 2010.026644-1, de Jaraguá do Sul, rel. Des. Carlos Alberto Civinski , j. 22-07-2010)

Nessa perspectiva, visualiza-se equívoco na decisão de primeiro grau, pois, a apreciação do pleito de provimento urgente, com previsão legal, não pode ser relegada para tempo futuro, alijando direito da parte.

Desse modo, incumbe ao magistrado a quo o dever de, incontinenti, pronunciar-se acerca do mérito do pedido liminar formulado no feito subjacente, porquanto inadmissível nesta instância recursal decidir-se questões ainda não apreciadas no primeiro grau, sob pena de supressão de instância, em violação ao princípio de duplo grau de jurisdição.

Mutatis mutandis, serve de parâmetro o precedente que segue:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. DESPESAS DE CONTRATO DE LOCAÇÃO. EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE DAS HERDEIRAS DO FIADOR. REJEIÇÃO LIMINAR, SOB O FUNDAMENTO DA PRECLUSÃO. PEDIDO DE SUBSTITUIÇÃO E REDUÇÃO DA PENHORA AO LIMITE DA HERANÇA. MATÉRIA AINDA NÃO APRECIADA PELO MAGISTRADO A QUO. IMPOSSIBILIDADE DE JULGAMENTO POR ESTA CORTE, SOB PENA DE SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. DECISÃO CASSADA. REMESSA À ORIGEM. (Agravo de Instrumento n. 2010.084828-1, de Criciúma, rel. Des. Victor Ferreira , j. 4-8-2011) (grifou-se).

Como demonstrado, a decisão de primeira instância constitui decisão com carga lesiva à parte recorrente e, por conseguinte, é passível de recurso nos termos do art. 522 do CPC.

Em decorrência disso, porque satisfeito também o requisito extrínseco traduzido no cabimento do agravo de instrumento, urge ser reformada a decisão monocrática combatida pelo presente agravo inominado.

Alicerçado nessas razões, pronuncio-me pelo conhecimento e provimento do agravo interno e, porque preenchidos todos os pressupostos de admissibilidade, voto para conhecer e prover o agravo de instrumento para devolver, ao magistrado de primeiro grau, a apreciação, com urgência, do pedido de liminar formulado no processo originário, na petição inicial da ação de busca e apreensão.

É como voto.

Declaração de voto vencido da Exma. Sra. Des. Subst. Cláudia Lambert de Faria

Trata-se de Agravo de Instrumento interposto contra a decisão do juízo singular que postergou a análise do pedido liminar de busca e apreensão de veículo em alienação fiduciária, para após a réplica. O Juiz, analisando detidamente os autos e citando precedentes desta Corte, assim concluiu, porque, caso o devedor venha a demonstrar a não ocorrência da mora ou requerer o pagamento do débito, o bem antes apreendido retornará ao seu poder, tornando desnecessária a liminar.

O Des. Newton Varella Junior, por sua vez, ao receber o Agravo de Instrumento, negou seguimento liminar ao recurso por considerar que a decisão agravada não possuía cunho decisório, tratando-se de despacho de mero expediente. Esta Relatora entendeu que a decisão monocrática deveria ser mantida, razão pela qual votou no sentido de conhecer do Agravo Interno e negar-lhe provimento.

Na sessão de julgamento do dia 18/4/2013, o Des. Luiz Zanelato divergiu do voto da relatora, tendo o Des. Rui Fortes acompanhado a divergência, conforme minuta de voto-vista.

Entretanto, ao analisar o teor das decisões do STJ, a respeito do assunto, chega-se a conclusão de que inexistente, no referido Tribunal, um posicionamento pacífico no sentido de considerar que a decisão de 1º grau, que posterga a liminar de busca apreensão, para após a manifestação do devedor, tenha conteúdo decisório e esteja o juiz impedido de proferi-la. Veja-se que a maioria dos julgados do STJ (STJ/Agravo em Recurso Especial nº 183.920-MG (2012/0110839-9), Rel. Min. Raul Araújo, julgado em 30/11/2012; STJ/AgRg no REsp nº 1249149/PR, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, julgado em 06/11/2012; STJ/AgRg no REsp nº 926852/RS, Rel. Ministra Maria Isabel Gallotti, julgado em 08/11/2011; STJ/AgRg no REsp nº 1183477/DF, Rel. Min. Vasco Della Giustina, julgado em 03/05/2011; STJ/RESP nº 776.286/SC, Rel. Min. Castro Filho, DJ 12/12/2005 e STJ/Recurso Especial nº 810.717/RS, Relatora Ministra Nancy Andrighi), não se referem à decisão que posterga a liminar.

Os únicos julgados encontrados, que efetivamente analisam a decisão que posterga a liminar de busca e apreensão para após a contestação, foram os Recursos Especiais nº 678.039-SC, da Relatoria do Ministro Aldir Passarinho Júnior, julgado em 18/11/04 e nº 1092702/SC, da Relatoria do Ministro Sidnei Beneti,

No primeiro Recurso Especial citado, o Relator Ministro Aldir Passarinho Júnior deixou consignado que a Ação de Busca e Apreensão tem “rito próprio, célere, que visa assegurar a proteção ao credor, não tendo como ser alterado, a critério, subjetivo, do órgão julgador, ao menos sem que exista fundamentado motivo para tal excepcionalidade, dentro do seu poder geral de cautela, o que se ressalva”.

Neste acórdão, admite-se a possibilidade de postergação se existir circunstância excepcional. Constatou, expressamente, a possibilidade do juiz utilizar seu poder geral de cautela. O julgado também reconhece que o Decreto-Lei 911/69 visa assegurar a proteção do credor embora sua constitucionalidade tenha sido reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal.

Embora esse acórdão revele a posição do STJ, no sentido de favorecer às instituições financeiras e defender o rito do Decreto-Lei 911/69, que prevê a concessão da liminar de busca e apreensão liminarmente, sem a oitiva do réu, não fecha as portas totalmente para a possibilidade do juiz, diante das circunstâncias, utilizando-se de seu poder geral de cautela, ouvir o requerido antes de decretar a busca e apreensão.

Note-se, também, que essa decisão não discorre uma linha sequer sobre a natureza do despacho que relega a medida liminar para após a defesa. Ou seja, nada fala a respeito do seu caráter decisório ou de mero expediente ou se tem conteúdo lesivo ou não. Na verdade, a fundamentação é bastante sintética, possuindo só dois parágrafos.

Quanto ao Recurso Especial nº 1092702/SC, Rel. Min. Sidnei Beneti, DJE 30/10/08, este julgado é, do mesmo modo que o anterior, extremamente sucinto e apenas utiliza como argumento o acórdão acima citado da relatoria do Ministro Aldir Passarinho Júnior.

Como se pode observar, a maioria dos acórdãos do STJ não tratam especificamente da situação concreta dos presentes autos e mesmo a decisão de relatoria do Ministro Aldir Passarinho Júnior não exclui a possibilidade do juiz relegar a apreciação da medida liminar para após instaurado o contraditório. Outro aspecto importante, a salientar, refere-se ao fato de que nenhuma decisão do STJ ou dos Tribunais de Justiça dos Estados considera como indeferimento da liminar a decisão que apenas relega o seu julgamento para após a contestação. Até porque, indeferir é o mesmo que julgar a liminar e relegar significa apenas adiar o exame para momento posterior. Não obstante, equivocadamente, a agravante, tanto nas razões do agravo de instrumento, como nas do agravo interno, afirma que a decisão a quo indeferiu a liminar (fls. 02, 02 verso, 05 verso, 9 verso e 61). É claro que se o juiz tivesse realmente indeferido a liminar, conforme erroneamente afirmado pela agravante, o agravo de instrumento teria sido conhecido, diante da indiscutível carga lesiva oriunda do indeferimento de plano.

Para dissipar qualquer dúvida a respeito, transcreve-se parte da decisão agravada, que demonstra claramente o pronunciamento de postergar:

“Ocorre que, analisando detidamente os autos, entendo ser possível adiar a apreciação do pedido de liminar para momento posterior à manifestação do devedor. (...)

Desta forma, postergo a análise do pedido de liminar para depois da réplica, determinando, em consequência, a citação do devedor para, no prazo legal, apresentar contestação ou pagar a integralidade da dívida pendente (§2º, do art. 3º) (...).”

Assim, diante do posicionamento que sempre prevaleceu na nossa Câmara Civil Especial e da corrente jurisprudencial majoritária do TJSC, no sentido de considerar de mero expediente a decisão que posterga a liminar de busca e apreensão, por ora, enquanto não houver consenso nesta Câmara e no TJSC, em sentido contrário, bem como enquanto o STJ não se pronunciar mais especificamente sobre o assunto, entendo que devo manter a decisão monocrática do Des. Newton Varela Junior, até porque em algumas decisões, o STJ admitiu a possibilidade de postergação da análise da liminar para após a contestação: Resp 151.272/SP, Rel. Min. Salvo de Figueiredo, DJ 24/02/03; Resp 469.577, Rel. Min. Rui Rosado de Aguiar, DJ 25/03/03, que foram inclusive citadas no Resp da relatoria do Ministro Castro Filho, anteriormente mencionado.

Por oportuno, transcreve-se abaixo alguns precedentes de nosso Tribunal de Justiça, do TJRS, TJPR e TJSP, no sentido de manter a negativa de seguimento do Agravo de Instrumento contra a decisão que deixa para apreciar a liminar de busca e apreensão para após a oitiva do réu.

1) AI nº 2011.099686-0/0001, Rel. Des. Rodolfo C.R.S. Tridapalli

AGRAVO (ART. 557, § 1º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL) EM AGRAVO DE INSTRUMENTO - DECISÃO MONOCRÁTICA QUE NEGOU SEGUIMENTO, LIMINARMENTE, AO RECURSO - DECISÃO QUE POSTERGA A ANÁLISE DE PEDIDO LIMINAR REALIZADO EM AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO DE BEM ALIENADO FIDUCIARIAMENTE PARA MOMENTO POSTERIOR À CITAÇÃO - EXEGESE DO PRINCÍPIOS DA AMPLA DEFESA E DO CONTRADITÓRIO - DESPACHO DE MERO EXPEDIENTE - AUSÊNCIA DE CONTEÚDO LESIVO - IRRECORRIBILIDADE E IMPOSSIBILIDADE DE ANÁLISE NESTE GRAU DE JURISDIÇÃO, SOB PENA DE SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA - DECISÃO MANTIDA - RECURSO DESPROVIDO.

2) AI nº 2011.089342-3/0001, Rel. Des. Domingos Paludo

AGRAVO SEQUENCIAL EM AGRAVO. BUSCA E APREENSÃO CAUTELAR. DESPACHO QUE POSTERGOU ANÁLISE PARA APÓS CONTESTAÇÃO. DESPACHO DE MERO EXPEDIENTE. PREJUÍZO INDEMONSTRADO. LAPSO NECESSÁRIO À SADIA ANÁLISE DA QUESTÃO. RECUSA MONOCRÁTICA DE CURSO QUE SE IMPUNHA. DESPROVIMENTO. O adiamento da análise liminar, regra geral, não tem carga decisória a ensejar agravo de instrumento, mormente se indemonstrado qualquer prejuízo.

Do corpo do acórdão, extrai-se:

Esta Câmara tem entendido que a postergação da análise liminar, regra geral, não constitui decisão recorrível, pelo que se prima na origem pela análise baseada em elementos mais seguros, oportunizado o contraditório.

Há hipóteses em que essa postergação - quando implica denegação do direito - autoriza atribuição de conteúdo decisório negativo e prolongado à decisão, a ensejar agravo de instrumento. Não é, porém, o caso.

O deferimento da liminar de busca e apreensão não é medida emergencial, de que a postergação gerará recusa do direito; não há prejuízo iminente a ser sanado, e a alegação de inadimplemento é insuficiente, e, por si, não caracteriza a urgência, pois todas as relações contratuais análogas estão sujeitas a tais.

A decisão agravada nem por via indireta veio por denegar direito, e a postergação, com decurso de largo lapso temporal se fez justamente para melhor compreensão do feito, e decisões nesse sentido são, pois, destituídas de conteúdo agravável.

3) AI nº 2011.079113-6/0001.00, Rel. Des. Paulo Roberto Sartorato

Porém, o Superior Tribunal de Justiça, através da Súmula 297, afastou as dúvidas que pairavam quanto à aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor nos contratos bancários, in *verbis*: 'O Código de Defesa do Consumidor é aplicável às instituições financeiras'.

Assim, após as inovações trazidas pelo referido Código, passou-se a adotar uma concepção mais social que vem sendo colocada em destaque pelos Tribunais pátrios, não mais se admitindo que continuem a vicejar privilégios exorbitantes em favor do economicamente mais forte, em detrimento de direitos daqueles financeiramente menos favorecidos.

A liminar, portanto, deixou de ser considerada direito líquido e certo do credor, e passou-se a admitir, até em atenção ao princípio do livre convencimento, que fosse facultado ao devedor a contestação ou a purgação da mora, antes da perda provisória do bem.

A interpretação simples e literal do *caput* do artigo 3º do Dec. 911/69, com efeito, não raro leva a um resultado totalmente dissociado do ordenamento jurídico como um todo.

Assim, não obstante o Superior Tribunal de Justiça (REsp. 795253/RS, Rel. Min. Hélio Quaglia Barbosa, j. 26.0.06; REsp. 810717/RS, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 17.8.06; AI n. 2005.022472-2, de Chapecó, Rel. Des. Alcides Aguiar, j. 27.7.06) admitir a concessão inaudita altera pars da liminar, é de se permitir ao Magistrado que, a seu prudente arbítrio, analise o pedido respectivo em momento posterior à citação, quando entender seja

recomendável”. (Trecho colhido do acórdão proferido no Agravo de Instrumento n. 2007.052412-3, de Navegantes, da lavra do eminente Des. Jorge Schaefer Martins, julgado em 28/04/2008).

Desse modo, tratando-se de despacho ordinatório, que não contém decisão alguma, não desafia a interposição de recurso de agravo de instrumento.

4) AI nº 2002.008800-0, Rel. Des. Trindade dos Santos:

Ao impor, no seu art. 3º, *caput*, o deferimento de liminar em ação de busca e apreensão de bem alienado fiduciariamente, à vista da simples comprovação da mora do alienante, independentemente de audiência deste, fere o Decreto-lei n. 911/69, de modo flagrante, o princípio do livre convencimento do julgador, retirando, com isso, uma parcela da independência do Judiciário. Pode e deve o magistrado, nesse contexto, quando não convencido da oportunidade da medida, negar a liminar ou postergá-la para após a ouvida do devedor.

Do corpo do acórdão, extrai-se:

Expresse-se, ainda, que a rejeição da insurgência do agravo de instrumento em tela, por parte deste relator, evidencia, não uma contradição com relação aos acórdãos antecedentemente lavrados sobre a mesma matéria, mas sim, essencialmente, a tomada de uma nova postura, mais consentânea com as aspirações de um Judiciário independente e que não se limite à aplicação de leis eivadas de injustiça, como sói ser o malfadado Decreto-lei n. 911/69, que traz ínsito em si o ranço de uma ditadura que, em todos os setores, apenas teve um mérito: o de empobrecer mais e mais, seja no seu aspecto cultural, seja no seu aspecto social ou humanitário, o nosso amado Brasil, favorecendo, em detrimento de toda a Nação, os mais afortunados e que, como tal, poderiam respaldar a ingloriosa “Revolução” de 1.964.

5) AI nº 2009.068633-3, Rel. Des. José Inácio Schaefer (participaram do julgamento os Desembargadores Lédio R. Andrade e Altamiro de Oliveira)

A leitura do citado dispositivo, conjugada com seu § 3º, pode levar a crer que, presentes os requisitos ali exigidos, não haveria outra alternativa para o magistrado senão deferir de plano a liminar de busca e apreensão.

Todavia, esta não é a melhor exegese. Levando-se em conta as inovações trazidas pelo Código de Defesa do Consumidor, em conjunto com os direitos e garantias fundamentais previstas na Constituição Federal, notadamente a ampla defesa e o contraditório (art. 5º, LV), não se pode mais admitir a aplicação irracional e sem qualquer crítica da norma em comento.

6) AI nº 2003.008494-0, Rel. Des. Gastaldi Buzzi

(...) daí, pois, não pode a autoridade judiciária ficar submissa ao comando de norma infraconstitucional (3º, *caput*, do Decreto-Lei n. 911/69) que lhe exige, sem possibilidade de exame ainda que perfunctório das circunstâncias e da realidade fática, decretar medida drástica e gravosa para o devedor, consistente na busca e apreensão liminar, em atentando ao princípio do livre convencimento do julgador (Agravado de Instrumento n. 2003.008494-0 Rel. Des. Gastaldi Buzzi).

7) AI nº 2008.025693-1, Rel. Des. José Carlos Carstens Köhler

POSTERGAÇÃO DO ENFOQUE DA LIMINAR DE BUSCA E APREENSÃO PARA EMPÓS A CITAÇÃO DO DEVEDOR. VIABILIDADE. CONDUTA EM PERFEITA CONSONÂNCIA COM OS DITAMES DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR E COM OS PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO, AMPLA DEFESA E LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO, PARA OS QUAIS O ART. 3º DO DECRETO-LEI 911/69 CEDE ESPAÇO.

“[...] A concessão de liminar no âmbito de ação de busca e apreensão de bem alienado fiduciariamente, sem franquear ao acionado a opção de quitar o débito ou oferecer contestação, malfere o Código de Defesa do Consumidor e o hierático princípio constitucional do contraditório e da ampla defesa (CF, art. 5º, LV).” (Agravo de Instrumento n. 2007.024233-1, Rel. Des. João Henrique Blasi, j. 20-2-08) (Apelação Cível n. 2008.025693-1, de São Francisco do Sul, Rel. Des. José Carlos Carstens Köhler, j. em 1º.7.2008).

8) AI nº 2004.013775-3, Rel. Des. Fernando Carioni

A concessão de liminar em ação de busca e apreensão, sem possibilitar ao devedor a purgação da mora ou a apresentação de contestação, vai de encontro aos princípios do contraditório e da ampla defesa, insculpidos no artigo 5º, inciso LV, da Constituição Federal, o que desonera o Magistrado do cumprimento no disposto no artigo 3º, § 1º, do Decreto-Lei n. 911/69.

Do corpo do acórdão, extrai-se:

Denota-se, pois, que a apreciação do pedido de liminar inaudita altera part em ação de busca e apreensão, cerceando o direito do devedor de contestar a ação ou purgar a mora, antes de o bem alienado ser retirado de suas mãos, fere não só o princípio do livre convencimento do magistrado, mas, sobretudo, os princípios da ampla defesa e do contraditório, que são garantidos constitucionalmente.

9) AI nº 2004.000190-8 e AI nº 2006.032684-7, Rel. Des. Trindade dos Santos

AGRAVO DE INSTRUMENTO. Alienação fiduciária em garantia. Busca e apreensão. Liminar. Postergação do seu exame para após a oportunização, ao alienante, da purgação da mora ou da oferta de ampla defesa. Possibilidade.

Os princípios da ampla defesa e do contraditório pleno autorizam o ma-

gistrado a, em ação de busca e apreensão de bem alienado fiduciariamente, condicionar o exame da concessão ou não da liminar à prévia oportunização ao devedor da purgação da mora ou da instauração do contraditório, com a oferta de ampla defesa do mérito. O diploma de regência das operações com garantia do instituto da alienação fiduciária, trazendo em si o ranço de uma legislação ditatorial, não pode se sobrepor aos princípios da isonomia processual e da igualdade de todos perante a lei e nem atentar contra o princípio do livre convencimento do magistrado, obrigando-o a conceder de plano liminares contrárias ao seu entendimento e ao seu senso de justiça social.

10) AI nº 2004.005082-8, Rel. Des. Sérgio Roberto Baasch Luz

AGRAVO DE INSTRUMENTO - ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA - BUSCA E APREENSÃO - LIMINAR NÃO CONCEDIDA DE PLANO - DECISÃO INCENSURÁVEL - RECURSO DESPROVIDO.

“Ao impor, no seu art. 3º, *caput*, o deferimento de liminar em ação de busca e apreensão de bem alienado fiduciariamente, à vista da simples comprovação da mora do alienante, independentemente de audiência deste, fere o Decreto-lei n. 911/69, de modo flagrante, o princípio do livre convencimento do julgador, retirando, com isso, uma parcela da independência do Judiciário. Pode e deve o magistrado, nesse contexto, quando não convencido da oportunidade da medida, negar a liminar ou postergá-la para após a ouvida do devedor (Agravo de Instrumento n. 2002.008800-0, de Palhoça. Relator: Des. Trindade dos Santos)” (Ag n. 2004.005082-8, de Jaraguá do Sul, rel. Des. Sérgio Roberto Baasch Luz, j. em 3-6-2004).

11) AI nº 2006.009671-7, Relatora Desa. Salette Sommariva

AGRAVO DE INSTRUMENTO - AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO - PACTO ADJETO DE ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA - APRECIÇÃO DA LIMINAR - POSTERGAÇÃO - FORMAÇÃO DO CONTRADITÓRIO - POSSIBILIDADE - MITIGAÇÃO AO DISPOSTO NO ARTIGO 3º DO DECRETO-LEI N. 911/69.

Perfilhando o entendimento esposado por esta câmara e pelos demais órgãos julgadores deste tribunal, o diploma legal que regulamenta a alienação fiduciária (Decreto-Lei n. 911/69, com as alterações advindas da Lei n. 10.931/2004) deverá ser aplicado em consonância aos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa e também aos preceitos insculpidos no estatuto consumerista. Por conseqüência, é de bom alvitre que o magistrado somente venha a apreciar a liminar após a prévia manifestação do devedor.

12) AI n° 2003.006407-9, Rel. Des. Eládio Torret Rocha

BUSCA E APREENSÃO. ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA. DECRETO-LEI N.º 911/69. ANÁLISE DO PEDIDO LIMINAR POSTERGADA PARA APÓS A CITAÇÃO DO DEVEDOR FIDUCIANTE. POSSIBILIDADE.

DETERMINAÇÃO JUDICIAL, ALÉM DISSO, PARA PRÉVIA APRESENTAÇÃO, PELO CREDOR, DE NOVO CÁLCULO, AFASTADOS OS ENCARGOS CONTRATUAIS POR ABUSIVOS. INADMISSIBILIDADE. AFRONTA AOS PRINCÍPIOS DO NE PROCEDAT JUDEX EX OFFICIO E DA ISONOMIA.

AGRAVO PARCIALMENTE PROVIDO.

I - A determinação insculpida no art. 3º, *caput*, do Decreto-Lei n. 911/69 vulnera as garantias constitucionais da igualdade perante a lei e da isonomia processual, e, ainda, atenta contra o princípio do livre convencimento do juiz, porquanto o obriga a conceder a liminar de busca e apreensão ainda que não seja ela a solução mais justa e adequada ao litígio.

II - Sendo assim, não atenta contra o princípio da razoabilidade o despacho do juiz que, diante do caso concreto emanado de contrato de alienação fiduciária, resolve determinar a instauração do contraditório antes de se manifestar sobre a liminar de busca e apreensão.

III - À medida que compete ao juiz manter-se neutro na condução do processo, é passível de lesão ao princípio da isonomia - e, portanto, não pode prevalecer - a adoção de posicionamento extremado, tal como o que determina, ao despachar a petição inicial da ação de busca e apreensão, o afastamento, de ofício, por aparentemente abusivos, de encargos contratuais.

13) AI nº 2011.064156-3, Rel. Des. Guilherme Nunes Born

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO. DECISÃO QUE DETERMINOU CITAÇÃO PARA PURGAR MORA. AUSÊNCIA DE ANÁLISE DO PEDIDO DE BUSCA E APREENSÃO. AUSÊNCIA DE CONTEÚDO LESIVO. ILEGALIDADE DA DECISÃO INEXISTENTE. EXEGESE DO PRINCÍPIOS DA AMPLA DEFESA E DO CONTRADITÓRIO. DECISÃO MANTIDA. RECURSO IMPROVIDO.

- A decisão que determina a citação para purgar a mora, deixando de analisar o pedido liminar, carece de conteúdo lesivo e não autoriza o manejo de agravo de instrumento.

- “O juiz não é obrigado a conceder liminar de busca e apreensão em casos de alienação fiduciária, podendo postergar a análise para após a instauração do contraditório”. (TJSC, Agravo de Instrumento n. 2009.068633-3, de Armazém. Relator: Des. José Inácio Schaefer. Julgado em 06/04/2010).

14) AI nº 70051395275, Rel. Des. Roberto Sbravati - TJRS

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO. ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA. DESPACHO DE MERO EXPEDIENTE. NÃO CONHECIMENTO. Despacho que posterga o exame da liminar não tem cunho decisório, portanto irrecorrível. AGRAVO NÃO CONHECIDO

15) AI nº 70046093472, Rel. Des. André Luiz Planella Villarinho - TJRS

AGRAVO DE INSTRUMENTO. DECISÃO MONOCRÁTICA. BUSCA E APREENSÃO DE MENOR. LIMINAR. AUSÊNCIA DE DECISÃO INDEFERITÓRIA. DESPACHO DE MERO EXPEDIENTE. O despacho judicial que refere que o pedido de busca e apreensão liminar será examinado após a contestação, não possui cunho decisório, tratando-se de despacho de mero expediente, sendo, portanto, irrecorrível. Inexistência de indeferimento da liminar na decisão atacada. NEGADO SEGUIMENTO AO AGRAVO DE INSTRUMENTO.

16) AI nº 70048954465, Rel. Des. Vanderlei Teresinha Tremeia Kubiak - TJRS

AGRAVO DE INSTRUMENTO. DECISÃO MONOCRÁTICA. DESPACHO SEM CUNHO DECISÓRIO. LIMINAR DE BUSCA E APREENSÃO AINDA NÃO INDEFERIDA. NEGADO SEGUIMENTO AO AGRAVO

17) AI nº 2011.097017-2 (com voto favorável do Des. Rui), 2012.011764-9 (com voto favorável do Des. Rui) e 2012.078953-6 (com voto favorável do Des. Rui Fortes e Des. Luiz Zanelato), todos de minha Relatoria

AGRAVO (ART. 557, § 1º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL) EM AGRAVO DE INSTRUMENTO - DECISÃO MONOCRÁTICA QUE NEGOU SEGUIMENTO, LIMINARMENTE, AO RECURSO - DESPACHO QUE POSTERGOU A ANÁLISE DE PEDIDO LIMINAR - MERO EXPEDIENTE - IRRECORRIBILIDADE - AUSÊNCIA DE CONTEÚDO LESIVO - DECISÃO MANTIDA - RECURSO DESPROVIDO.

18) AI nº 983978/1-00, Rel. Des. Luiz Eurico, julgado em 09/03/2006 - TJSP

ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA - BUSCA E APREENSÃO - DECISÃO QUE RELEGA A CONSOLIDAÇÃO DA POSSE E DA PROPRIEDADE SOBRE O BEM AO CREDOR APÓS A FORMAÇÃO DO CONTRADITÓRIO - AUSÊNCIA DE LESIVIDADE- AGRAVO DE QUE NÃO SE CONHECE.

Do corpo do acórdão, extrai-se:

Impede, porém, destacar que a postergação adotada pelo Juízo, não acarreta lesividade concreta e imediata, eis que não se subtraiu à Agravante o efeito legal posto em discussão, até porque a decisão é expressa quanto ao ulterior exame da matéria.

Tome-se em linha de conta que as modificações introduzidas pela Lei nº 10.931/2004 não estão infensas a mais aprofundado exame, pois a atividade jurisdicional não se esgota com o simples assentimento à letra da norma, abrangendo, preponderantemente sua interpretação e subsistência, em cotejo com preceitos normativos superiores.

Prevalece, contudo, na espécie, a não configuração da lesividade, que, a meu ver, esvazia o conteúdo do inconformismo.

No mesmo sentido, citam-se:

AI nº 2007.024233-1, Rel. Des. João Henrique Blasi

AI nº 2007.052412-3, Rel. Des. Jorge Schaefer Martins

AI nº 2004.032413-9, Rela. Desa. Maria do Rocio Luz Santa Rita

AI nº 2000.025039-2, Rel. Des. Luiz César Medeiros

AI nº 2009.073778-8, Rel. Des. Eladio Torret Rocha

AI nº 2009.015467-8, Rel. Des. Jorge Luiz de Borba

AI nº 2007.017390-2, Rel. Des. Sérgio Isidoro Heil

AI nº 2002.001210-6, Rel. Des. Cercato Padilha

AI nº 2003.023553-1, Rel. Des. Ricardo Fontes

AI nº 2006.001283-8, Rela. Desa. Marli Mosimann Vargas

AI nº 2003.03.00064128-1, Rel. Des. André Naberrete - TRF

AI nº 2011.003690-6/0001, Rel. Des. Wellington José de Araújo - TJAM

AI nº 0261207-5 Rel. Des. Costa Barros - TJPR

Diante da convincente fundamentação extraída dos precedentes jurisprudenciais acima citados, a qual me filio, entendo que a decisão de primeiro grau que posterga a análise da liminar, para após a resposta não apresenta cunho lesivo, acrescentando e ratificando, ainda, os seguintes argumentos:

1) Os princípios constitucionais, previstos no art. 5º, inciso LV, da CF, que asseguram o contraditório e a ampla defesa devem ser observados em todas as decisões judiciais e devem prevalecer sobre toda e qualquer lei ordinária, mesmo que esta tenha sido declarada constitucional por decisão do STF. Forçar o juiz a analisar a liminar imediatamente inaudita altera pars significa retirar do Judiciário uma parcela de independência como bem assinalou o Des. Trindade dos Santos, no AI nº 2002.008800-0.

2) O juiz, diante do princípio do livre convencimento motivado, pode e deve, nas suas decisões, aplicar os princípios constitucionais (contraditório/ampla defesa) e mitigar o rigorismo da norma, mormente quando privilegia, nitidamente uma das partes, violando os princípios da isonomia processual e da igualdade de todos perante a lei. Deve o magistrado ao interpretar a lei, antes de tudo, procurar fazer justiça e propiciar às partes a igualdade perante a lei. A lei, por sua vez, não pode estabelecer disposições que coloquem as partes em posição de desigualdade, como é o caso do art. 2º, *caput* (que autoriza o credor a realizar a venda da coisa a terceiros, independentemente de leilão, hasta pública, avaliação prévia ou qualquer outra medida judicial ou extrajudicial), § 3º (que faculta ao credor considerar, de pleno direito, vencidas todas as obrigações contratuais, independentemente de aviso ou notificação, ocorrendo a mora e o inadimplemento contratual) e art. 3º (que confere a possibilidade de liminar inaudita altera pars), § 1º (que trata da consolidação da posse e propriedade do bem, em favor do credor, no prazo de 05 dias, contado da execução da liminar e antes da contestação).

Como bem afirmaram o ministro Gastaldi Buzzi, no AI nº 2003.008494-0, “não pode a autoridade judiciária ficar submissa ao comando de norma infraconstitucional” e o Des. Trindade dos Santos “O diploma de regência das operações com garantia do instituto da alienação fiduciária, trazendo em si o ranço de uma legislação ditatorial, não pode se sobrepor aos princípios da isonomia processual e da igualdade de todos perante a lei e nem atentar contra o princípio do livre convencimento do magistrado, obrigando-o a conceder de plano liminares contrárias ao seu entendimento e ao seu senso de justiça social” (AI nº 2004.000190-8).

3) O art. 5º, LIV, da CF, estabelece que ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal.

A aplicação literal do art. 3º, do DL 911/69, pode ensejar liminarmente a perda da posse e da propriedade de um bem, sem que o devedor tenha tido a chance de alegar e provar que não foi regularmente notificado, ou que já efetuou o pagamento e de apresentar qualquer outra defesa, isto é, sem o devido processo legal.

4) O § 1º, do art. 3º, do DL 911/69, estabelece a consolidação da propriedade e posse do veículo nas mãos do credor fiduciário, automaticamente, antes da oitiva do devedor, no prazo de 05 dias, a contar da execução da busca e apreensão. Neste prazo, será expedido novo certificado de propriedade em nome do credor, livre de qualquer ônus. Todavia, neste prazo de 05 dias, o devedor não teve a chance de falar nos autos e o credor pode fazer a venda extrajudicial do bem, que poderá ser adquirido por um terceiro de boa fé, inviabilizando a restituição do veículo ao devedor, na hipótese de ter efetuado o pagamento das prestações pendentes, conforme possibilita o § 2º, do referido dispositivo legal.

Há vários casos em que, apesar do devedor ter pago, no prazo legal, integralmente, todas as prestações e ter o juízo ordenado a devolução do veículo ao devedor, esta determinação não pôde ser cumprida, por ter

a instituição financeira procedido a venda extrajudicial do bem. Na prática, observa-se que muitas vezes o prefalado § 2º, torna-se inexecutável, em flagrante violação ao direito do consumidor.

O deferimento de plano da liminar, antes da oitiva do réu, poderá ocasionar-lhe prejuízo irreparável, em nítida afronta, não só à Constituição Federal como ao Código de Defesa do Consumidor, na medida em que os cinco dias previstos nos §§ 1º e 2º do art. 3º, do DL 911/69 são concedidos simultaneamente tanto ao credor fiduciário, como ao devedor fiduciante. O credor pode, neste prazo, proceder a venda extrajudicial do bem e consolidar a propriedade e a posse do veículo em seu próprio nome ou no de um terceiro de boa fé. Porém, nestes mesmos cinco dias, o devedor poderá pagar o débito e ter direito à devolução do bem, a qual não mais poderá ser executada, pois o veículo já estará em poder de um terceiro adquirente.

É importante consignar que existe uma falha no procedimento estatuído nos §§ 1º e 2º, do art. 3º, do DL 911/69, pois o legislador deveria ter concedido, primeiro, ao devedor, o prazo de 05 dias para pagar o débito e requerer a restituição do bem e fluído este lapso temporal, não provado o pagamento da dívida, aí sim poderia autorizar a consolidação da posse e da propriedade no patrimônio do credor fiduciário. O prazo deveria ser, pois, necessariamente sucessivo, porque o legislador autorizou a devolução do bem, se realizado o adimplemento da dívida.

Por oportuno, convém transcrever os §§ 1º e 2º, do art. 3º do DL 911/69:

Art 3º (...)

§ 1º Cinco dias após executada a liminar mencionada no *caput*, consolidar-se-ão a propriedade e a posse plena e exclusiva do bem no patrimônio do credor fiduciário, cabendo às repartições competentes, quando for o caso, expedir

novo certificado de registro de propriedade em nome do credor, ou de terceiro por ele indicado, livre do ônus da propriedade fiduciária.

§ 2º No prazo do § 1º, o devedor fiduciante poderá pagar a integralidade da dívida pendente, segundo os valores apresentados pelo credor fiduciário na inicial, hipótese na qual o bem lhe será restituído livre do ônus.

Por isso, diante deste equívoco no rito processual, da possibilidade de consolidação da posse e propriedade nas mãos do credor no exíguo prazo de 05 dias, após cumprida a liminar, sem a oitiva do réu, da possibilidade de venda extrajudicial imediata do bem e de aquisição por um terceiro de boa fé e da impossibilidade de devolução do veículo ao devedor, mesmo tendo efetuado tempestivamente o depósito da integralidade da dívida pendente, considero que o aguardo de mais 10 dias, para a resposta do réu é fundamental para evitar a injustiça e ilegalidade de uma busca e apreensão de plano, não revelando, via de consequência, qualquer lesividade.

5) Para o credor fiduciário, o aguardo da fluência do prazo de contestação não acarretará prejuízo algum, porquanto se não houver o adimplemento, expressamente autorizado no referido Decreto-lei, poderá peticionar, solicitando o exame imediato da liminar. No caso concreto, essa inexistência de prejuízo para a instituição financeira se visualiza nitidamente, pois, ao examinar o relatório do SAJ dos presentes autos, verifica-se que o AR de citação foi juntado aos autos em 10/01/13. O prazo de 15 dias fluiu há mais de três meses e a liminar ainda não foi apreciada, pois a agravante juntou cópia do Agravo de instrumento no juízo de origem, o qual manteve a decisão agravada em 7/2/2013. Note-se que a agravante, até hoje, não demonstrou qualquer interesse em peticionar ao juízo de primeiro grau, solicitando a análise urgente da liminar, em razão da ausência de contestação. Manteve-se completamente inerte, perante o juízo a quo, o que revela que, para a instituição financeira, o aguardo de alguns dias para possibilitar a defesa do réu, não lhe acarretará qualquer dano.

Deveria, pois, a agravante ter acompanhado atentamente o andamento processual do feito e peticionado logo após ter escoado o prazo de defesa, requerendo a apreciação imediata da liminar. A inexistência de manifestação, neste sentido, constatada pelo exame do relatório do SAJ, demonstra que a credora não tem pressa para obter o deferimento da busca e apreensão. Em outros termos, se não está disposta a pleitear o exame da liminar perante o juiz de primeiro grau é porque a postergação dessa apreciação não lhe causa prejuízo.

A agravante prefere recorrer (procedimento mais moroso que pode, inclusive acabar no STJ) a elaborar uma simples petição, solicitando o deferimento urgente do pedido liminar.

6) O motivo que levou o juiz, acertadamente, a adiar a apreciação do pedido liminar constituiu-se no fato de que é possível que o devedor venha a demonstrar a não ocorrência da mora ou até mesmo requerer o pagamento do débito, fato este que ensejará o retorno do bem apreendido ao seu poder. Salientou o magistrado que, neste caso, a liminar tornar-se-ia desnecessária.

Realmente a questão relativa à comprovação da mora é tormentosa e recomenda prudência do magistrado ao deferir liminarmente a busca e apreensão. É certo que o art. 2º, § 2º, do DL 911/69, preceitua que a mora poderá ser comprovada por carta registrada expedida por intermédio de Cartório de títulos e documentos ou pelo protesto do título, a critério do credor.

No caso concreto, a mora não restou comprovada, nos termos do aludido dispositivo. Isto porque, em primeiro lugar, a agravante juntou, para comprovar a mora, uma notificação extrajudicial feita pelo escritório de advocacia, contendo o número do CEP (88704-360) do devedor diferente daquele que constou no contrato (CEP nº 88703-560). Nesta notificação, houve uma só tentativa de intimação (8/8/12 às 16 h:19

min), porém o telegrama não foi entregue por se encontrar AUSENTE o destinatário.

Em segundo, o instrumento de protesto, da forma como foi lavrado, não comprova a mora do devedor. Neste documento, constou que a intimação do devedor ocorreu em 23/10/2012, através de carta registrada, após tentativas de intimação pessoal no endereço informado pelo apresentante, em cumprimento do § 1º, do art. 995, do CNCGJ. Por oportuno, transcreve-se, exatamente o que constou no referido documento:

<p>CERTIFICO que a intimação do(s) devedor(es) acima identificado(s) ocorreu na data de 23/10/2012 da seguinte forma:</p> <p>Forma e Motivo (se por Edital ou AR)</p> <p>Por carta registrada sob o nº RA454857543BR, após tentativas de intimação pessoal no endereço do devedor informado pelo apresentante, em cumprimento ao § 1º do art. 995 do Código de Normas da Corregedoria Geral da Justiça do Estado de Santa Catarina.</p> <p>Resposta oferecida pelo receptor (se houver)</p> <p>Nada declarou.</p> <p>Informações complementares: o apresentante declarou que está na posse da única via negociável.</p> <p>Observação: O AR retornou nesta data (30/10/2012).</p>
--

O art. 995, § 1º, do Código de Normas da Corregedoria Geral da Justiça do Estado de Santa Catarina, citado no protesto, dispõe:

“Antes de afixar ou publicar o edital, deverão ser esgotados todos os meios de localização do devedor ao alcance do oficial”.

Como se pode observar, a tabeliã certificou que expediu carta registrada, após tentativas de intimação pessoal no endereço do devedor, nos termos do § 1º, do art. 995, do CNCGJSC, acima mencionado. Porém, deixou de consignar se afixou ou publicou o edital de intimação, omitindo-se, também, em relação ao que constou, no AR da carta registrada expedida, que retornou em 30/10/2012. Na verdade, o instrumento de protesto nada esclarece, com relação à intimação do devedor. Ressalte-se que o art. 15, § 1º, da lei 9.492/97, estabelece que o edital será afixado no Tabelionato de Protesto e publicado pela imprensa local onde houver jornal de circulação diária.

Conclui-se, pois que o protesto, que embasa a presente ação de Busca e Apreensão, não contém os dados necessários a respeito da intimação do devedor, revelando-se imprestável para o exame de plano da liminar, nos moldes do art. 3º, do DL 911/69, o que demonstra, mais uma vez, o acerto da decisão de primeiro grau e do Des. Newton Varella, ao confirmá-la, porquanto o aguardo do decurso do prazo de contestação e de réplica teria o condão de esclarecer, se, de fato, o requerido está ou não em mora, evitando-se, assim, um deferimento (ou indeferimento) da liminar precipitado e equivocado.

7) Na doutrina, observa-se que o DL 911/69 é também veemente criticado. A exemplo, cita-se Isaías Andrade Lins Neto, Juiz Titular da 33ª Vara Cível do Recife-PE, no artigo “Alterações à Busca e Apreensão em Alienação Fiduciária Prevista no Decreto-Lei nº 911/69 – Primeiros Reflexos”, ensina:

(...)

O Decreto-Lei nº 911/69 é um exemplo típico de lei que já nasce viciada, criada com o único objetivo de privilegiar grupos dominantes, financeiramente poderosos, e, assim, pode ser considerada um lei corrompida.

Surge, então, o conflito inevitável para o julgador – aplicar ou não a lei considerada injusta. Seria o juiz um escravo da lei? Dalmo Dallari responde:

“O escravo não pensa, o Juiz tem que pensar. O escravo não é responsável, o Juiz tem que ser responsável. O Juiz é um ser humano dotado de inteligência e vontade. Ele não pode ser escravo de ninguém, nem da lei”.

O juiz não pode simplesmente, fechar os olhos para a injustiça da lei e julgar “lavando as mãos”, sob o pretexto de ser culpa do legislador. A situação se agrava quando a lei violenta os princípios constitucionais fundamentais, como o devido processo legal, a ampla defesa e o contraditório.

(...)

Logo de início, o juiz deverá determinar a emenda da inicial para que o credor faça constar apenas, o cálculo das prestações em aberto, possibilitando ao

devedor o depósito do valor pendente no prazo de cinco dias, de acordo com o contrato firmado e indicado pelo credor, facultado o direito de apresentar contestação quanto a eventual excesso na cobrança. Tal medida se impõe desde que, à luz das normas cogentes do CDC, não é possível se admitir o vencimento antecipado da dívida, lembrando que toda a legislação especial reguladora de relações de consumo deverá estar em harmonia com o microsistema da Lei nº 8.078/90.

De qualquer forma, mesmo sem o depósito no prazo de cinco dias, penso não ser possível a consolidação imediata da posse e da propriedade do bem nas mãos do credor, por força da liminar concedida, o que só poderá ocorrer com o julgamento de mérito, observado o princípio constitucional do devido processo legal (in Revista Dialética de Direito Processual, 2004, p. 26/27).

8) Na hipótese concreta, o contrato foi firmado em 24/08/11, para aquisição de um FIAT UNO MILLE SMART ano 00/01 (valor do bem: R\$ 12.800,00), contendo 48 parcelas mensais, com vencimento da primeira em 24/09/11 e a última em 24/08/15. Foram pagas oito prestações (até 24/04/12). A agravante afirma que a partir da 9ª prestação (vencida em 24/05/12), o devedor deixou de pagar. A notificação extrajudicial abrange apenas três prestações (vencidas em 24/05/12, 24/06/12 e 24/07/12), pois foi expedida em 06/08/12. Na ficha cadastral de fl. 33 constou que o agravado “já era cliente da loja. Já financiou no HSBC mas já quitou”.

Assim, diante do número de prestações já pagas e vencidas e considerando que a autora não comprovou a mora do réu, seria prudente relegar a apreciação da liminar para depois da réplica, porquanto o indeferimento in limine da medida acarretaria um grande prejuízo à credora, na medida em que restaria obstada a possibilidade de intimação do devedor para pagar a integralidade da dívida, impedindo, assim, o cumprimento do contrato e o recebimento do valor devido por parte da instituição financeira.

Desta forma, conclui-se: o juiz não poderia deferir a liminar de plano, porque a mora não estava comprovada. Não deveria indeferi-la,

porque se caso o devedor estivesse realmente inadimplente a busca e apreensão teria sido negada, o que acarretaria prejuízo ao credor. Assim, a decisão de aguardar manifestação do requerido, mostrava-se a mais adequada na espécie.

9) A decisão no sentido de ordenar que o juiz examine a liminar de certo modo, é também uma forma de adiar a apreciação da liminar, que seria, em tese, vedada pelo prefalado Decreto-lei. Além disso, estar-se-ia, indiretamente, forçando o magistrado a deferi-la, pois se não pode postergar, diante do comando expresso do art. 3º, do DL 911/69, muito menos poderia indeferi-la. Em outras palavras, vedar a possibilidade de postergação e determinar que o juiz aprecie a liminar, nos termos do aludido art. 3º, estar-se-á retirando do magistrado a possibilidade de proferir uma decisão segundo seu senso de justiça social e seu livre convencimento, embasada nos princípios constitucionais do contraditório, da isonomia processual, da igualdade de todos perante a lei e nos inúmeros precedentes jurisprudenciais citados, inclusive desta Corte de Justiça.

10) Ao contrário do asseverado no voto vencedor, entendo que assegurar ao devedor o direito do contraditório não viola os princípios da ampla defesa do credor fiduciário e da inafastabilidade da jurisdição (art. 5º, XXXV, da CF).

Primeiro, porque o juiz, ao aguardar a manifestação do réu, não está se eximindo de prestar a jurisdição, mas tão somente respeitando o princípio constitucional do contraditório (art. 5º, LV, da CF), que se sobrepõe a lei infraconstitucional.

Em segundo lugar, o art. 3º, *caput*, do Decreto Lei 911/69, com a redação introduzida pela Lei nº 10.931/2004, não veda expressamente a possibilidade do juiz, apreciar conforme afirmou o próprio voto vencedor, a liminar, segundo seu próprio convencimento. Dentro deste princípio do livre convencimento, o juiz tanto pode deferir desde logo a limi-

nar, como indeferi-la ou postergá-la para após a apresentação da defesa, em atenção à norma constitucional. Ora, se é permitido o indeferimento de plano da liminar, que causará maior prejuízo ao credor fiduciário, que somente poderá reverter tal decisão mediante concessão de efeito suspensivo ativo, no Tribunal, será também possível aguardar apenas alguns para o deferimento da liminar, momento em que o juiz terá melhores condições para proferir uma decisão mais acertada, com relação à posse do veículo e ao inadimplemento, sem contar com a possibilidade legal do devedor de pagar integralmente o débito e solucionar a questão definitivamente. Por isso, o aguardo do prazo de contestação não causará qualquer prejuízo ao autor, pois fluído tal prazo e confirmado o inadimplemento, a liminar terá que ser concedida. De sorte que, a postergação causa menos ônus ao credor, que o eventual indeferimento de plano da liminar, medida que, segundo o voto vencedor, seria perfeitamente possível, diante da observância do livre convencimento do julgador.

Em terceiro lugar, se o DL 911/69, art. 3º, § 2º, permite a devolução do bem, se comprovada a quitação, a consumação da busca e apreensão, antes dessa providência mostra-se indevida, mormente considerando a autorização atribuída ao credor de vendê-lo extrajudicialmente, assim que retoma a sua posse. Com efeito, ainda que não haja mais a possibilidade de purgar a mora após a citação, é permitido o pagamento do débito, para fins de restituição do veículo.

Por fim, ainda no tocante ao princípio da inafastabilidade da apreciação pelo Poder Judiciário, previsto no art. 5º, inciso XXXV, da CF, importa repetir que não se aplica ao caso concreto, pois tal preceito, conforme se extrai das lições de Fredie Didier Junior, trata da “consagração, em sede constitucional, do direito fundamental de ação, de acesso ao Poder Judiciário, sem peias, condicionamentos ou quejandos, conquista histórica que surgiu a partir do momento em que, estando proibida a autotutela privada assumiu o Estado o monopólio da jurisdição” (in Curso

de Direito Processual Civil, ed. JusPodivm, v. 1, p. 86). Em suma, o aludido princípio estabelece que não haverá matéria que possa ser excluída da apreciação do Poder Judiciário. Por óbvio, o pronunciamento judicial que determina o aguardo do efetivo cumprimento do contraditório, não exclui da agravante o seu direito de buscar guarida jurisdicional, já exercido, inclusive, com o ajuizamento da ação de busca e apreensão.

Note-se que até mesmo as leis que proíbem ou limitam a concessão de medidas de urgência em face do Poder Público foram consideradas constitucionais, conforme destaca o referido doutrinador:

O ordenamento constitucional anterior falava apenas em proteção a direito individual. Não há mais esta limitação, pois a própria Constituição de 1988, consagrou, em diversos dispositivos, a tutela dos direitos essencialmente coletivos (difusos e coletivos em sentido estrito). Com inclusão da tutela jurisdicional da ameaça – inexistente na ordem anterior, constitucionalizou-se a tutela preventiva, a tutela de urgência, a tutela contra o perigo, legitimando ainda mais a concessão de provimentos antecipatórios e cautelares. A constituição é clara ao prescrever a tutela reparatória e a tutela preventiva. Grande evolução.

Interessante questão que deriva desta inovação constitucional, diz respeito às leis que proíbem ou limitam a concessão de medidas de urgência – notadamente em face do Poder Público (Leis Federais nº 4.348/64, 5.021/66, 8.437/92 e 9.494/97). No julgamento da medida cautelar na ADIN 223-DF (o inteiro teor deste acórdão é leitura obrigatória), o Supremo Tribunal Federal considerou constitucionais tais restrições, o que não impede, contudo, que o magistrado, no caso concreto que lhe for submetido, aprecie a constitucionalidade/razoabilidade da restrição. A lei que restringe não é inconstitucional em tese, mas pode revelar-se com o vício supremo quando concretizada (in Curso de Direito Processual Civil, ed. JusPodivm, v. 1, p. 88).

De sorte que, se em determinados casos, é possível o impedimento da concessão de medidas liminares, não há como considerar que a decisão, que apenas posterga a liminar para após a instauração do contraditório, represente violação ao referido princípio.

Ante o exposto, votei no sentido de conhecer e negar provimento ao Agravo Interno, confirmando-se integralmente a decisão do Des. Newton Varella Junior.

Florianópolis, 6 de maio de 2013.

CLÁUDIA LAMBERT DE FARIA
JUÍZA DE DIREITO DE 2º GRAU

CÂMARA ESPECIAL REGIONAL DE CHAPECÓ

APELAÇÕES CÍVEIS

Apelação Cível n. 2012.021715-2, de Seara

Relator: Des. Subst. Paulo Ricardo Bruschi

AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE DÉBITO CUMULADA COM INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. APELO DO AUTOR PARA MAJORAÇÃO DA VERBA INDENIZATÓRIA. AUSÊNCIA DE INTERESSE RECURSAL. RECURSO NÃO CONHECIDO NO PONTO. JUROS DE MORA. INAPLICABILIDADE DA SÚMULA 54 DO STJ. APELO NESSE TOCANTE CONHECIDO E IMPROVIDO.

RECURSO DA RÉ. INSCRIÇÃO ILÍCITA. DANO MORAL PRESUMIDO. VERBA INDENITÁRIA FIXADA SEGUNDO OS CRITÉRIOS LEGAIS. PRECEDENTES DA CORTE E DO COLENDO STJ. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS ARBITRADOS A CONTENTO. MANUTENÇÃO QUE SE IMPÕE. ASTREINTE FIXADA CONSOANTE ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL PÁTRIO. QUESTÃO, ADEMAIS, PRECLUSA. APELO CONHECIDO E IMPROVIDO.

SENTENÇA INTEGRALMENTE MANTIDA.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2012.021715-2, da comarca de Seara (Vara Única), em que são apelantes e apelados Douglasiel Boiarski e Aymoré Crédito Financiamento e Investimento SA:

A Câmara Especial Regional de Chapecó decidiu, por votação unânime, conhecer do recurso da ré e negar-lhe provimento e, por maioria de votos, conhecer parcialmente do recurso do autor e, na parte conhecida, negar-lhe provimento. Vencido, no tocante, o Revisor, que conhecia na íntegra do recurso do autor e negava-lhe provimento. Custas legais.

Participaram do julgamento, realizado nesta data, os Exmos. Srs. Des. Jaime Luiz Vicari, Presidente e Des. Subst. Luiz Cesar Schweitzer, revisor.

Chapecó, 24 de junho de 2013.

Paulo Ricardo Bruschi
Relator

RELATÓRIO

Douglasiel Boiarski e Aymoré Crédito Financiamento e Investimento SA, qualificados nos autos e inconformados com a decisão proferida, interpuseram Recursos de Apelação (fls. 62-68 e 69-81), objetivando a reforma da respeitável sentença prolatada pelo MM. Juiz da Vara Única, da comarca de Seara que, na ação declaratória de inexistência de débito c/c indenização por danos morais n. 068.10.001916-9 ajuizada pelo primeiro recorrente em face do segundo, julgou procedentes os pedidos formulados na exordial e, por conseqüência, condenou a instituição demandada ao pagamento de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), a título de indenização por danos morais, com incidência de juros de mora a contar da citação e correção monetária a partir da publicação da sentença, confirmando os efeitos da tutela antecipada anteriormente concedida, bem como ao pagamento das despesas processuais e honorários advocatícios, fixados em R\$ 600,00 (seiscentos reais).

Na inicial, o autor aduziu, em síntese, a inexistência de relação comercial com a ré, razão pela qual indevida a inscrição do seu nome nos cadastros de inadimplentes, a qual lhe trouxe sofrimentos e danos de ordem moral e psicológica.

Formulou pedido de liminar para a retirada do seu nome dos cadastros de inadimplentes, a inversão do ônus da prova, a declaração de inexistência de débito referente aos fatos narrados na exordial (contrato n. 0020012790488) e a condenação da ré ao pagamento de indenização pelos danos morais sofridos, em valor a ser arbitrado pelo Juízo, além dos demais requerimentos de praxe.

Regularmente citada, veio a ré aos autos e, contestando o feito, em suma, aduziu que, ao contrário do afirmado pelo autor, as partes firmaram contrato de financiamento, o qual restou inadimplido pelo demandante, inexistindo, de outro lado, dolo de sua parte em prejudicá-lo, bem como comprovação do alegado dano de ordem moral a justificar a indenização pretendida. Igualmente se insurgiu contra a multa fixada para o caso de descumprimento da ordem liminar de exclusão do nome do autor dos cadastros restritivos de crédito.

Nesta andar, pugnou pela improcedência dos pedidos exordiais.

Na réplica, o autor rebateu as assertivas da ré e repisou os argumentos da exordial, ressaltando que a demandada não se desincumbiu do ônus de desconstituir a sua tese, nos termos do art. 333, II, do CPC.

Julgando antecipadamente a lide, o digno magistrado a quo declarou a inexistência de débito e condenou a ré ao pagamento de indenização por danos morais ao autor no valor de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), com juros de mora a contar da citação e correção monetária a partir da publicação da sentença, sob o fundamento de que a demandada não comprovou a existência de relação jurídica que pudesse ensejar a inscrição do nome do demandante nos órgãos de proteção ao crédito, sendo o dano moral, *in casu*, presumido.

Ainda confirmou os efeitos da tutela antecipada e condenou a ré ao pagamento dos ônus sucumbenciais, fixando os honorários advocatícios em R\$ 600,00 (seiscentos reais).

Irresignado com a prestação jurisdicional efetuada, o autor, tempestivamente, apresentou recurso a este Colegiado, buscando a majoração dos danos morais arbitrados pelo Juízo a quo, bem como postulando a incidência dos juros de mora a partir do evento danoso.

De sua vez, igualmente inconformada com a prestação jurisdicional efetuada, a ré, tempestivamente, apresentou recurso.

Em sua apelação, lastrou o pedido de reforma da sentença na assertiva de que o autor não comprovou a efetiva inscrição nos cadastros de proteção ao crédito, bem como na tese de que o demandante esteve em débito com o Banco e deu azo à inscrição, a qual, portanto, não foi indevida.

Além disso, afirmou que o autor não provou o alegado dano de ordem moral a ser indenizado, insurgindo-se, ainda, quanto ao montante indenizatório fixado e o valor da multa pelo descumprimento da ordem concedida por ocasião da apreciação do pleito da tutela antecipada.

Recebidos os recursos somente no efeito devolutivo, as partes foram intimadas para as contrarrazões, tendo apenas a ré/apelada apresentado resposta ao recurso (fls. 90/94), eis que o autor/apelado deixou transcorrer in albis o prazo concedido (fl. 95).

Ascenderam os autos a esta Corte.

Este o Relatório.

VOTO

Objetiva o autor, em sede de apelação, a majoração do valor da indenização por danos morais arbitrado em R\$ 10.000,00 (dez mil reais), sob o fundamento de que o *quantum* fixado é baixo e não atende ao fim pretendido. Igualmente pretende que os juros de mora incidam a partir da data do evento danoso.

A instituição ré, por seu turno, pretende a reforma da sentença, com o reconhecimento da improcedência do pedido exordial ou, alternativamente, a minoração da verba indenitária fixada e a redução dos honorários advocatícios.

Inicialmente, no que tange ao apelo do autor para majorar a verba indenizatória, urge se atente não ter sido ele vencido na sentença e, portanto, não sucumbente, falecendo-lhe o direito de recorrer.

Como é cediço, é pressuposto do recurso que a parte tenha sido vencida nas suas pretensões, isto é, seja sucumbente. Vale dizer: “Constitui-se o interesse recursal pressuposto geral de admissibilidade de todo recurso, de forma que, para requerer a reforma da sentença, deve a insurgente demonstrar o prejuízo advindo da manifestação judicial atacada”. (Apelação Cível n. 2012.022073-3, de Braço do Norte, Relator: Desembargador Robson Luz Varela, 2ª Cam. Coml., j em 03.10.2012).

Aliás, doutrinariamente, os requisitos ou pressupostos da admissibilidade recursal podem se encartar apenas num grupo, denominado requisitos genéricos de admissibilidade dos recursos, assim denominados por Ovídio Baptista da Silva, lastrado em lições de José Frederico Marques, sem que haja uniformidade na doutrina a respeito. (SILVA, Ovídio A. Baptista da. Curso de processo civil. vol. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 418).

Não obstante, tal classificação, utilizada majoritariamente pela doutrina, evidencia os pressupostos genéricos subdivididos em intrínsecos - condições recursais de cabimento, interesse e legitimidade para recorrer - e extrínsecos - o preparo, a tempestividade e a regularidade formal.

Entre os pressupostos intrínsecos (condições recursais), segundo Ovídio Baptista da Silva, amparado na lição de Barbosa Moreira, estão:

- a) o cabimento do recurso, ou seja, a existência, num dado sistema jurídico, de um provimento judicial capaz de ser atacado por meio de recurso; previsão legal;
- b) a legitimação do recorrente para a interposição (art. 499 do CPC: parte, MP e terceiro interessado);
- c) o interesse no recurso (interesse recursal): utilidade e necessidade do recurso; e
- d) a inexistência de algum fato impeditivo (desistência do recurso ou da ação, reconhecimento jurídico do pedido, transação, renúncia ao direito sobre que se funda a ação ou depósito prévio da multa/deserção) ou extintivo (renúncia ao recurso e aquiescência à decisão) do direito de recorrer.

No que tange ao caso em tela, o pressuposto intrínseco do interesse processual, em princípio, realmente não está presente a meu sentir, eis que o apelante/autor efetivamente não restou vencido na demanda, tanto que o seu pleito foi julgado procedente e não parcialmente procedente.

E veja-se que não efetuou pedido de cumulação alternativa, hipótese em que se poderia mencionar que restou vencido no pleito principal, como ocorre nas situações em que pede um valor e, alternativamente, aquele que o magistrado fixar, quando este arbitrar valor diverso do sugerido.

Aliás, sobre eles, Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart afirmam que a cumulação alternativa de pedidos, não se confunde com a hipótese de obrigação que pode ser cumprida de dois modos distintos:

“Na presente hipótese [cumulação alternativa de pedidos] há dois pedidos, enquanto no caso em que o réu pode escolher o cumprimento de sua prestação de um modo ou de outro, há apenas um pedido (ver acima item 2.9: ‘Obrigação alternativa e pedido alternativo).

De acordo com o art. 289 do CPC, é lícito formular mais de um pedido em ordem sucessiva, a fim de que o juiz conheça do posterior em não podendo acolher o anterior.

Alí um dos pedidos é realizado como principal, e o outro para a eventualidade de não ser possível o acolhimento do primeiro”. (Processo de Conhecimento. São Paulo: Revista dos Tribunais. 7. ed., v. 2, 2008, p. 86).

E continuam:

“Nesse caso, acontece o inverso daquilo que ocorre na cumulação sucessiva de pedidos. Na cumulação alternativa [caso dos autos], o segundo pedido só será apreciado se não for acolhido o primeiro; na cumulação sucessiva, ao contrário, o segundo pedido apenas será apreciado se for procedente o primeiro” (idem - grifei).

Aduza-se, por oportuno, que, tendo por paradigma o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, segundo o qual, é admitido, “excepcionalmente, em recurso especial, reexaminar o valor fixado a título de indenização por danos morais, quando ínfimo ou exagerado” (Resp. 903.258/RS, Relatora a Ministra Maria Isabel Gallotti, j. 21/06/2011), quando não condizente com os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, caso ocorrente, ou seja, a fixação seja irrazoável ou desproporcional aos fatos, haveria sucumbência implícita, hipótese autorizadora do recebimento do recurso.

E será desproporcional ou não razoável o arbitramento de valor totalmente destoante com os valores atribuídos em casos análogos pelas Cortes de Justiça, especialmente este Sodalício, o que não é o caso corrente.

Assim, é inegável, no caso em tela, não fez o autor cumulação alternativa de pedidos, razão por que somente se poderia verificar e modificar a condenação, caso tivesse sido totalmente desproporcional, o que não é o caso, eis que em consonância com outros julgados das Cortes de Justiça.

Por tais razões, não conheço do recurso do autor na parte atinente ao pedido de majoração, por falta de pressuposto de admissibilidade, porquanto o demandante não restou vencido em seu pedido e não houve, a meu sentir, ofensa à proporcionalidade na fixação da verba.

Diante disso, ou seja, do não conhecimento do recurso concernente à majoração da verba indenizatória, cabe apreciar a pretensão do autor/apelante no que diz respeito à incidência dos juros de mora.

Nesse ponto, ou seja, marco inicial de incidência dos juros de mora nas indenizações decorrentes de condenações por danos morais, registre-se que, na linha da jurisprudência sumulada pelo Superior Tribunal de Justiça, é assente o entendimento que aponta para a aplicação da súmula n. 54, a qual assevera que “os juros moratórios fluem a partir do evento danoso, em caso de responsabilidade extracontratual”, na esteira do que preconiza o artigo 398, do Código Civil de 2002, segundo o qual “nas obrigações provenientes de ato ilícito, considera-se o devedor em mora, desde que o praticou”.

E isso porque, como é cediço, “o prejuízo é pressuposto pela lei, como resultado necessariamente da demora culposa do devedor em cumprir sua obrigação, conservando em seu poder a prestação” (CARVALHO SANTOS, João Manuel de. Código Civil Brasileiro Interpretado. Direito das Obrigações, arts. 1037 a 1078. Rio de Janeiro. Freitas Bastos: 12. ed., 1989, p. 284).

Não obstante, perfilho-me à corrente que entende inaplicável referida súmula, por compreender que o dano moral puro, por se tratar de prestação de outra natureza que não em dinheiro, embora, normalmente assim seja fixado, tendo, por isso, seu valor conhecido somente no arbitramento realizado na sentença, deve observar o princípio latino do *in illiquidis non fit mora*, isto é, não haverá mora enquanto a prestação não se tornar líquida.

E esta regra se justifica plenamente, pelo fato de o devedor não poder cumprir a prestação enquanto se não apura o seu objeto, pois é necessário, em primeiro lugar, que o obrigado saiba o quanto deve.

É certo que tal princípio, de longa data, não mais vinha e vem sendo utilizado em nosso ordenamento jurídico, visto que há previsão legal para as hipóteses de constituição em mora do devedor que, por sua culpa, não cumpre a obrigação no seu termo. Ademais, seguindo orientação da doutrina e da jurisprudência, o Colendo Superior Tribunal de Justiça consagrou o entendimento de que os juros moratórios só podem fluir a partir dos marcos legais de constituição do devedor em mora, isto é, quando o pagamento não for por ele realizado no tempo, lugar e forma a que a lei ou a convenção das partes estabelecer, conforme apregoa o artigo 394, também do Código Civil.

Aliás, este o entendimento sedimentado no voto do eminente Ministro Luis Felipe Salomão, no AgRg no Agravo em Recurso Especial n. 6.416, de São Paulo, julgado em 05 de junho do ano de 2012.

No rastro deste posicionamento, pois, havendo responsabilidade por ato ilícito, a lei considera em mora o devedor tão logo seja cometido o ilícito, eis que há disposição expressa no artigo 398 do Código Civil.

É inegável, pois, a existência de preceito legal relativo ao dano oriundo do cometimento de ato ilícito. Não se há olvidar, contudo, que o Direito não é estanque, vez que se amolda à evolução social. É, pois,

dinâmico. E é a jurisprudência, com esteio na doutrina, a mola propulsora que lhe empresta a necessária dinamicidade, fazendo com que o Direito evolua de acordo com as novas tendências sociais. E, igualmente, não se há negar, o dano moral puro, ante esta dinamicidade do Direito, deve ter interpretação diversa no que tange ao momento em que a mora se evidencia, vez que não se ajusta, não se adapta, com a necessária venia, ao disposto naquele preceito legal, tendo em vista as peculiaridades deste tipo de indenização.

Aliás, é de bom alvitre se assentar que as primeiras tratativas formais tendentes à edição de uma nova codificação civil remontam a meados do século passado, podendo-se mencionar o ano de 1969, ainda que já existissem outros estudos, quando o saudoso e expoente jurista Miguel Reale foi chamado a presidir Comissão responsável por apresentar estudos visando a reforma e atualização do Código Civil então vigente, o de 1916. Dos estudos da Comissão culminou a apresentação do projeto 634/75, que tramitou por quase três décadas no Congresso Nacional, até que se tenha convertido no nosso atual Ditame Civil.

Como se vê, mesmo tendo sido editado muito após a promulgação da atual Carta Magna, que sedimentou o direito à indenização dos danos imateriais, tinha em mente as disposições anteriores que, sequer, falavam em danos morais, instituto por ela trazido ao mundo jurídico quase duas décadas após o início daqueles estudos. Era, vale o registro, totalmente insipiente o entendimento doutrinário e jurisprudencial sobre a existência do dano moral puro naquele momento.

Inegável, pois, que, à época dos estudos realizados e que culminaram na apresentação do projeto 634/75, convolado na atual lei civil, era a decorrente de danos materiais a inteligência sobre os danos advindos do ato ilícito, sendo possível afirmar, inclusive, que o Código Civil atual, em razão de dormir por aproximadamente três décadas no Congresso Nacional, já nasceu desatualizado.

Sobre o assunto, Fernando Noronha, em sua obra *Direito das Obrigações*, afirma que, em relação a este ramo do Direito, não foram muitas as inovações, tanto de forma, quanto de fundo, trazidas pelo novo Código Civil. Sustenta, conseqüentemente, que, “um passar de olhos pelos três Anteprojetos elaborados pela Comissão presidida por Miguel Reale revela que a matéria da responsabilidade civil foi uma daquelas que receberam menos modificações, ao longo de todo o processo. Os preceitos que em 2002 foram convertidos em lei foram praticamente os mesmos que já constavam do Anteprojeto de 1972, tendo passado deste aos Anteprojetos de 1974 e de 1975. Assim, pode-se dizer que o Código novo retrata um momento da evolução da responsabilidade civil, na melhor das hipóteses correspondente ao final dos anos sessenta do século XX”. (aut. e op. cit. São Paulo: Saraiva, v. 1. 2003, p. 549).

Neste andar, forçoso é concluir que os ditames relativos aos juros, à mora e à sua purgação, insertos no atual regramento civil, v. g., os artigos 394, 395, 398, 401 e 407, efetivamente tinham em mente e por escopo os danos materiais decorrentes do ato ilícito, e não os danos puramente morais, com suas peculiaridades.

E, dentro destas peculiaridades que cercam a indenização por danos morais, não há como não se entender pela não aplicabilidade do ditame inserto no artigo 398, do Código atual, em relação à mora da indenização por dano moral, por versar hipótese de prestações de outra natureza e não de obrigação líquida ou ilíquida, cuja previsão da mora não se encontra explicitada legalmente, fazendo uma certa repristinação ao princípio do *in illiquidis non fit mora*.

Com efeito, urge se atente que a indenização por danos morais, arbitrada em decorrência de algum ato antijurídico praticado pelo devedor e reconhecido na sentença não expressa uma obrigação líquida, nem mesmo uma obrigação ilíquida, mas sim uma prestação de outra natureza,

preconizada pelo artigo 407, do Código Civil, repetindo, quase que *ipsis litteris*, a disposição inserta no art. 1.064, do CC de 1916 revogado.

É que a obrigação ilíquida é aquela incerta quanto à sua quantidade e que se torna certa pela liquidação, que é o ato de fixar o valor da prestação momentaneamente indeterminada, para que esta se possa cumprir, ao passo que a prestação decorrente do dano moral busca, na verdade, uma reparação, uma compensação pelo abalo moral perpetrado que, normalmente, é convertida em valor pecuniário, mas que não necessariamente haverá tal conversão, eis que poderá ocorrer hipótese em que o lesado não pretenda soma pecuniária.

Como afirma Fernando Noronha, ao referir-se aos danos morais, “é certo também que a obrigação de reparar estes danos na maioria das vezes consiste no dever de pagar uma quantia em dinheiro. Todavia, não é isso que acontece sempre”, carreando exemplos lastrados ainda na hoje revogada Lei de Imprensa, como também na Lei 9.610/98, consistente na obrigação de divulgação pela imprensa da identidade do autor da obra intelectual, quando alguém se houver utilizado desta sem indicar o autor, a fim de reparar o dano moral causado (aut e op cit., p. 44). Outras hipóteses, ainda, são corriqueiramente evidenciadas nos fóruns de nosso País, que não almejam somas em dinheiro, mas sim reparo à honra por meio de prestações diversas das representadas por valores pecuniários.

Feito tal esclarecimento, o preceito contido no art. 407, do CC, assim dispõe: “Ainda que se não alegue prejuízo, é obrigado o devedor aos juros da mora que se contarão assim às dívidas em dinheiro, como às prestações de outra natureza, uma vez que lhes esteja fixado o valor pecuniário por sentença judicial, arbitramento, ou acordo entre as partes”.

Carvalho Santos, ao comentar o artigo do código revogado, originador do atual artigo 407, já no começo do século passado, lembrava: “De fato, dispondo o Código, no artigo que comentamos, que é obrigado

o devedor aos juros da mora, ainda que se não alegue prejuízo, juros que serão contados às prestações de outra natureza, que não as dívidas de dinheiro, desde que lhes seja fixado o valor pecuniário por sentença judicial, deixa perceber claramente que ditos juros são contados onde quer que haja uma sentença condenatória ao pagamento de soma em dinheiro.

O texto legal não deixa arbítrio. Manda contar os juros da mora, desde que seja fixado (e com maior razão quando houver a condenação ao pagamento de soma de dinheiro) o valor pecuniário por sentença judicial, vale dizer, obriga ao juízo condene a parte ao pagamento dos juros da mora, embora dada a ausência de pedido nesse sentido” (idem, p. 286).

Sobre a fixação do valor pecuniário por sentença judicial, asseverava que a hipótese, “como é fácil perceber, é a da obrigação que, sem ser de pagamento em dinheiro, se converte em dívida pecuniária para então poder ter execução [caso da indenização por danos morais], por não ser possível ao devedor satisfazê-la antes de ser fixada e convertida em dinheiro. Não se trata, propriamente, de dívida, em sua origem, de dinheiro, nem tampouco de dívida ilíquida.

E justifica-se, em tais casos, os juros de mora serem devidos da data da sentença, precisamente porque, não se verificando culpa nem tardança por parte do devedor, para legitimar a contagem de juros desde a data da inicial, é natural e lógico que eles corram da data da sentença de liquidação em diante, que é a ocasião em que a prestação poderá ser satisfeita por ter sido fixada e convertida em dinheiro” (ibidem, p. 287 - grifei e sublinhei).

Já naquela época do comentário, por volta do ano 30, do século transato, lembrava da confusão que havia, da larga controvérsia decorrente da locução “desde que” inserta no artigo 1.064, com o momento da mora das obrigações ilíquidas, previsto no artigo 1.536, § 2º, do código revogado, deixando claro, porém, que não significava marco temporal, mas sim,

lastrado nas lições de Júlio de Faria, apenas a condição ou a base para a contagem dos juros. A propósito, assim descreveu: “JULIO DE FARIA, ao invés, não enxerga contradição alguma entre os dois dispositivos, sustentando que os juros da mora, nas obrigações ilíquidas, sempre se contam desde a citação inicial, de acordo com o art. 1.635, § 2º (sic), pois a expressão ‘desde que’ do art. 1.064 (os juros da mora ‘se contarão assim às dívidas em dinheiro, como às prestações de outra natureza, desde que lhes seja fixado o valor pecuniário’, etc.) significa apenas a condição ou a base para a contagem dos juros, como sinônima de ‘uma vez que’, ‘contanto que’, ‘logo que’, ou ‘sob condição de que’, e não o tempo desde quando ou a partir do qual começam os juros” (p.288).

Aliás, a mesma conclusão foi reportada no voto do eminente Ministro Luis Felipe Salomão antes mencionado quanto ao escopo do artigo 407, que se utilizou da expressão “uma vez que”, isto é, de que não fixa um marco temporal, mas apenas dispõe que, em tais casos, contam-se juros de mora.

Todavia, como se viu das lições supra, a prestação devida por danos morais não expressa uma obrigação ilíquida, mas sim uma prestação de outra natureza, com valor convertido em pecúnia na data de seu arbitramento, por sentença judicial. Como asseverado, “não se verificando culpa nem tardança por parte do devedor, para legitimar a contagem de juros desde a data da inicial, é natural e lógico que eles corram da data da sentença de liquidação em diante, que é a ocasião em que a prestação poderá ser satisfeita por ter sido fixada e convertida em dinheiro” (ibidem, p. 287 - grifei e sublinhei), a conclusão a que se chega, diferentemente do que asseverou o eminente Ministro naquele voto, é a de que há sim no ordenamento jurídico o marco da fluência dos juros de mora a partir do arbitramento pela sentença judicial, isto é, por não se poder afirmar demora culposa do devedor em cumprir sua obrigação, conservando em seu poder a prestação, no dizer de Carvalho Santos, somente poderá purgar

a mora quando conhecido o valor da prestação. E este conhecimento, inegavelmente, ocorrerá com o arbitramento na sentença.

Assim, J. M. Carvalho Santos, conclui afirmando que “não temos razões para alterar o nosso ponto de vista. Parece-nos que não há contradição alguma entre os dispositivos dos arts. 1.064 e 1.536 do Código Civil. O primeiro versa sobre obrigações incertas e, por isso mesmo, ilíquidas, enquanto que o segundo da obrigação certa, porém ilíquida.

Ora, se assim é, claro se nos afigura que, exigindo o artigo 1.064 que o *quantum* esteja fixado por um dos modos nele previstos, não é possível deixar de reconhecer que tal exigência é feita justamente para que a contagem dos juros possa ser realizada.

Até aí, parece não haver dúvida. Esta surge quando se indaga: Isso, porém, desde quando? Lógica e juridicamente, a solução que se impõe é esta: os juros somente são devidos depois da fixação, mesmo porque não se concebe como os juros possam ser contados e exigidos antes de saber-se o quanto monta o *quantum* da indenização.

A nosso ver, portanto, não interessa a questão de saber se a expressão legal ‘desde que’ é causal ou, ao invés, temporal, por isso que, em última análise, se o pagamento não podia ser efetuado por falta de liquidação do *quantum* da indenização, não é possível se conceber a mora, sendo certo mesmo que a indenização moratória se justifica no sistema de nosso direito, se a demora ocorrer por fato ou omissão imputável ao devedor” (p. 307-308 - grifos meus).

Vale frisar, ainda, sobre o artigo 407, demonstrando-se existir em nosso ordenamento jurídico o momento de fluência dos juros de mora a contar de seu arbitramento na sentença judicial, as conclusões a que chegou Silvio de Salvo Venosa, em seu Direito Civil: Teoria Geral das Obrigações e Teoria Geral dos Contratos, apoiado nas lições de Serpa Lopes:

“Para a obrigação líquida e certa, os juros serão certamente devidos desde o advento do termo, quando tem início a mora do devedor.

Para a obrigação líquida e certa, mas sem prazo, a mora só poderá iniciar-se a partir da interpelação ou notificação de que trata o art. 397 (antigo art. 960, segunda parte).

Para a obrigação negativa, serão devidos os juros desde o momento em que o obrigado praticou o ato do qual deveria abster-se. É a partir desse momento que o devedor encontra-se em mora (art. 390; antigo, art. 961).

Para as obrigações decorrentes de ato ilícito, o art. 398 (antigo, art. 962) diz: ‘Nas obrigações provenientes de ato ilícito, considera-se o devedor em mora desde que o perpetrar’. Aqui, a lei quer que, mesmo em se tratando de valor ilícito, os juros fluam a contar da perpetração do delito. Na lei de 1916, a palavra delito era usada como sinônimo de crime.

Para as obrigações que originariamente não eram em dinheiro, mas que nele se transformaram [caso da indenização por danos morais], só é possível a contagem de juros quando fixado o valor, por sentença ou por acordo.

Nas obrigações ilíquidas, a contagem é a partir da citação inicial”. (aut. e op. cit. São Paulo: Atlas. 2004, 4. ed., vol. 2, p. 161-162 - grifei).

Até porque, segundo o preceituado no artigo 401, I, igualmente do Digesto Civil vigente, a mora se purga, por parte do devedor “oferecendo este a prestação mais a importância dos prejuízos decorrentes do dia da oferta”.

Tem-se, portanto, no que tange aos danos morais, que o devedor, mesmo que tenha em mente a intenção de purgar a mora, não terá condições de purgá-la, a fim de reparar plenamente o dano, vez que a obrigação somente assumirá expressão patrimonial, como asseverou a eminente Ministra Maria Isabel Gallotti, no voto proferido no Recurso Especial n. 903.258 - RS, “com o arbitramento de seu valor em dinheiro, na sentença de mérito”.

Diferentemente, continua, no que pertine a obrigações decorrentes de ato ilícito e referentes a danos materiais, é razoável sustentar-se a mora do devedor desde a data do evento danoso, eis que, reconhecendo ele ser o causador do dano, ciente, pois, de sua responsabilidade e buscando reparar plenamente o dano perpetrado com seu ato, mesmo ilíquida a obrigação, terá plenas condições de, por sua espontânea iniciativa, repará-lo, purgando, assim, eventual mora, o que não ocorrerá com o dano puramente moral.

Com efeito, tratando-se de danos materiais, mesmo não tendo ciência do valor correto da obrigação, de acordo com as circunstâncias do caso concreto, poderá prestar “*socorro à vítima, pagando-lhe o tratamento necessário, provendo o sustento de seus dependentes, indenizado-a dos prejuízos materiais sofridos, prejuízo este apurável com base em dados concretos, objetivos, materialmente existentes e calculáveis desde a data do evento*”, ainda no dizer da preclara Ministra, no Recurso Especial acima mencionado. Aliás, continua o judicioso voto, se esta não for a ação do devedor, ou se, eventualmente, não reparar espontânea e integralmente os danos cometidos, no entender da vítima, caberá a esta ajuizar a ação, situação que implicará em se considerar o devedor em mora não apenas desde a fixação do valor da indenização por sentença, mas, aí sim, desde a data do cometimento do ato ilícito.

E veja-se que tal interpretação é lógica como já deixava assente Carvalho Santos e decorre, igualmente, da própria contextualização do vigente Código Civil que, embora editado em 2002, tem seu nascedouro em meados da década de 70, do século transato, quando voltados os estudos para o dano material. Ilógico seria, pedindo as mais expressas vênias aos entendimentos diversos, atribuir-se culpa ao devedor pela mora, mesmo não lhe sendo possível satisfazer a prestação antes de ser fixada e convertida em dinheiro, pois cedo que ela decorre da *demora culposa do devedor em cumprir sua obrigação*, conservando em seu

poder a prestação, como assevera o mestre acima mencionado. Se lhe era impossível cumprir a prestação, por não conhecer o seu valor, não lhe é lícito imputar a mora.

Urge se atente, ainda, que a disposição inserta no artigo 407, do Código Civil atual, que repete o antes disposto no artigo 1.064, apenas com a modificação da expressão “*desde que*” para “*uma vez que*”, assim vazado, “*ainda que se não alegue prejuízo, é obrigado o devedor aos juros da mora que se contarão assim às dívidas em dinheiro, como às prestações de outra natureza, uma vez que lhes esteja fixado o valor pecuniário por sentença judicial, arbitramento, ou acordo entre as partes*”, evidentemente deve observar a liquidação do dano moral como marco temporal para a incidência da mora, em atenção ao princípio antes mencionado do *in illiquidis non fit mora*, porque, como se viu, não se trata de obrigação ilíquida, mas de prestação de outra natureza, transformada em valor pecuniário quando de seu arbitramento por sentença.

E mais, repise-se: se não se pode atribuir culpa ao devedor que não satisfaz a obrigação, eis que não podia purgar a mora, a teor do artigo 401, I, do CC, pois não conhecia o seu valor, ratifica-se que seria ilógico, para dizer o mínimo, considerá-lo em mora desde o evento danoso.

Aliado a isso, tem-se, ainda, que observar que o próprio Superior Tribunal de Justiça, no tocante à correção monetária incidente nas condenações por danos morais, deixou de lado a anterior súmula n. 43, que afirmava que “*Incide correção monetária sobre dívida por ato ilícito a partir da data do efetivo prejuízo*”, valendo ainda para os casos de ato ilícito relativos a danos materiais, evoluindo para os ditames da nova súmula 362, que dispõe que “*A correção monetária do valor da indenização do dano moral incide desde a data do arbitramento*” (grifei).

Aliás, com acerto, a meu sentir, a ilustre Ministra Maria Isabel Gallotti, ao consignar no referido voto no Resp. 903.258 - RS: “Considero

que, em se tratando de indenização por dano moral, da mesma forma como não se aplica a pacífica jurisprudência do STJ segundo a qual 'incide correção monetária sobre dívida por ato ilícito a partir da data do efetivo prejuízo' (Súmula 43), na linha do entendimento consagrado na Súmula 362, também não deve ser invocada a súmula 54, de acordo com a qual 'os juros moratórios fluem a partir do evento danoso, em caso de responsabilidade extracontratual'". (grifos meus).

Ou, como disse o acórdão recorrido e condutor do voto da eminente Ministra, “considerando que a reparação dos danos *extrapatrimoniais* se delimita a partir do arbitramento pelo magistrado, por questão de lógica, não se concebe que, no momento do cometimento do ilícito, já se quantificasse o prejuízo moral do autor... É no momento da quantificação da reparação, quando sopesadas todas as circunstâncias necessárias para que se chegue a um cálculo justo, garantindo a suficiência da reparação e cumprindo os objetivos punitivo/pedagógico/reparador da sanção pecuniária, que se estabelece o montante condenatório, já se embutindo os juros de mora e reposição monetária, que só correrão desde então”.

Até porque, não fosse esse o entendimento, venia, o Magistrado, ao arbitrar o valor pecuniário do dano moral, que leva em consideração o momento de seu arbitramento, teria que fazer uma operação aritmética mental inversa pois, se pretende quantificar, como exemplo, em dez mil reais o valor a título de indenização, teria que retornar ao momento da prática do delito e, num esforço de cálculo mental, imaginar quanto deveria fixar naquele momento para que, na data da sentença, significasse exatamente o valor que tenciona arbitrar. E tal pensamento me parece lógico, pois quando o Magistrado arbitra o valor, considera o momento do arbitramento, após sopesar todas as hipóteses que devem incidir no referido *quantum* a ser fixado.

Por tais motivos, os juros moratórios devem incidir a partir do arbitramento.

Logo, inviável o acolhimento da pretensão recursal da parte autora na sua totalidade.

Quanto ao apelo da instituição ré, convém inicialmente gizar ser inequívoca a incidência das regras do Código de Defesa do Consumidor ao caso tratado, eis que presentes os pressupostos consumeristas, insertos no art. 3º, § 2º, do referido Diploma legal, razão por que a responsabilidade civil desta é objetiva, prescindindo, pois, da verificação da culpa, conforme preceitua o artigo 14, do Código de Defesa do Consumidor.

Afora isso, malgrado tenha alegado que as partes firmaram contrato, tendo o autor se tornado inadimplente, ensejando, assim, a inscrição, nenhuma prova produziu nesse sentido, devendo, pois, arcar com os efeitos daí decorrentes.

Com isso, restaram verdadeiros os fatos alegados pelo demandante de que não manteve qualquer relação jurídica com a ré. Ademais, repise-se, mesmo ciente do ônus da prova quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor (art. 333, II, do CPC), nenhuma prova produziu a parte demandada, limitando-se a afirmar que o demandante possui débito com a Instituição, e que aquele não demonstrou a ocorrência dos danos morais nem a efetiva inscrição nos cadastros de proteção ao crédito.

Destaca-se, todavia, que ao contrário do que alega a recorrente, o autor comprovou através do documento de fl. 13 que houve a inscrição. Indevida, como visto.

Os danos morais, por outro lado, prescindem de prova, eis que, *in casu*, são presumidos.

Com efeito, é pacífico o entendimento de que a inscrição indevida no cadastro de inadimplentes, por si só, gera o dever de indenizar.

Nesta vereda, é consabido que, havendo inscrição indevida nos cadastros de restrição ao crédito, há, por sucedâneo, a caracterização de um abalo moral presumido, que independe de prova efetiva do prejuízo. É o denominado dano in re ipsa, consoante entendimento pacificado pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ).

Nesse sentido, colaciona-se:

1) AGRAVO INTERNO - RECURSO ESPECIAL - RESPONSABILIDADE CIVIL - AFASTAMENTO - IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ - INSCRIÇÃO INDEVIDA EM CADASTRO DE PROTEÇÃO AO CRÉDITO - INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS - CARACTERIZAÇÃO IN RE IPSA DOS DANOS - VALOR EXCESSIVO - NÃO OCORRÊNCIA - DECISÃO AGRAVADA MANTIDA - IMPROVIMENTO.

1.- Esta Corte já firmou entendimento que nos casos de inscrição irregular em cadastros de inadimplentes, o dano moral se configura in re ipsa.

(...)

4.- O Agravo não trouxe nenhum argumento novo capaz de modificar a conclusão alvitrada, a qual se mantém por seus próprios fundamentos.

5.- Agravo Regimental improvido.” (STJ; AgRg no Ag 1.415.046/RJ, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, TERCEIRA TURMA, julgado em 22/11/2011, DJe 05/12/2011).

2) AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. INDEVIDA INSCRIÇÃO EM CADASTRO DE INADIMPLENTES. AFERIÇÃO DOS REQUISITOS ENSEJADORES DA RESPONSABILIDADE CIVIL. REEXAME DE PROVAS. SÚMULA 7/STJ. DANO MORAL IN RE IPSA. QUANTUM INDENIZATÓRIO FIXADO EM PATAMAR RAZOÁVEL. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

(...)

2. A jurisprudência desta Corte é firme quanto à desnecessidade, em hipóteses como a dos autos, de demonstração da efetiva ocorrência de dano moral, que, por ser inerente à ilicitude do ato praticado, decorre do próprio fato, operando-se in re ipsa.

(...)

5. Agravo regimental a que se nega provimento.” (STJ; AgRg no Resp 1.220.686/MA, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, QUARTA TURMA, julgado em 16/08/2011, DJe 06/09/2011).

3) AGRAVO REGIMENTAL - AGRAVO DE INSTRUMENTO - RESPONSABILIDADE CIVIL - INSCRIÇÃO EM CADASTRO DE PROTEÇÃO AO CRÉDITO - ABERTURA DE CONTA-CORRENTE - DOCUMENTOS FALSIFICADOS - DANOS MORAIS - DEVER DE INDENIZAR - DECISÃO AGRAVADA MANTIDA - IMPROVIMENTO.

(...)

II - Esta Corte já firmou entendimento que nos casos de inscrição irregular em cadastros de proteção ao crédito, o dano moral se configura in re ipsa, dispensada a prova do prejuízo.

III - Agravo Regimental improvido.” (STJ; AgRg no Ag 1.292.131/SP, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, TERCEIRA TURMA, julgado em 17/06/2010, DJe 29/06/2010).

Na mesma senda, desta Corte:

1) AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE DÉBITO C/C DANOS MORAIS. CONTRATO BANCÁRIO. APLICAÇÃO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. SÚMULA 297 DO STJ. PAGAMENTO DO DÉBITO NO TEMPO AVENÇADO. INSCRIÇÃO NO SERVIÇO DE PROTEÇÃO AO CRÉDITO. ILEGALIDADE. DANO MORAL PRESUMIDO DEVER DE INDENIZAR CONFIGURADO. ARTIGO 6º, INCISO VI, DO CDC.

“[...] Os danos morais advindos da inscrição indevida do nome do consumidor em órgão de restrição ao crédito são presumidos, conforme entendimento pacificado no Superior Tribunal de Justiça.(TJSC, Apelação Cível n. 2010.040128-9, de Içara. Rel. Des. Henry Petry Junior. Julgado em 31/03/2011). (Apelação Cível n. 2012.010854-7, de Itaiópolis. rel. Des. Guilherme Nunes Born. j. 24-5-2012).

2) APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE DÉBITO C/C INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS - CARTÕES DE CRÉDITO - PROVA DO PAGAMENTO DAS FATURAS EM DATA ANTERIOR À INSCRIÇÃO DO NOME DO TITULAR NOS ÓRGÃOS DE PROTEÇÃO AO CRÉDITO - RESPONSABILIDADE OBJETIVA DAS INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS - APLICAÇÃO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR - SÚMULA 297 DO STJ - ARTS. 3º, § 2º, E 14 DO CDC - DESNECESSIDADE DE PROVA DA CULPA - CONDUITA QUE REVELA A NEGLIGÊNCIA DA CASA BANCÁRIA AO EXERCER SUAS ATIVIDADES - DEVER DE REPARAÇÃO.

A instituição financeira responde, independentemente de culpa, pelos prejuízos oriundos da inscrição indevida decorrente do pagamento total do débito. (Apelação Cível n. 2010.034434-3, de Itajaí, rel. Des. Robson Luz Varella, j. 11-7-2011).

Nem mesmo eventual fraude perpetrada por terceiro, não comprovada *in casu*, anote-se, isentaria a responsabilidade da instituição demandada, consoante entendimento jurisprudencial do Colendo STJ:

RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. JULGAMENTO PELA SISTEMÁTICA DO ART. 543-C DO CPC. RESPONSABILIDADE CIVIL. INSTITUIÇÕES BANCÁRIAS. DANOS CAUSADOS POR FRAUDES E DELITOS PRATICADOS POR TERCEIROS. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. RISCO DO EMPREENDIMENTO.

Para efeitos do art. 543-C do CPC: As instituições bancárias respondem objetivamente pelos danos causados por fraudes ou delitos praticados por terceiros - como, por exemplo, abertura de conta-corrente ou recebimento de empréstimos mediante fraude ou utilização de documentos falsos -, porquanto tal responsabilidade decorre do empreendimento, caracterizando-se como fortuito interno [...] . (Resp n. 1.197.929/PR, rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 12-9-2011).

Logo, urge se saliente a existência de abalo moral que, por sua vez, é passível de reparação. Resta, portanto, considerar se o montante fixado na sentença é proporcional ou não ao dano sofrido pelo ofendido.

Como é cediço, a fixação do *quantum* indenizatório pelos danos imateriais sofridos não encontra parâmetros previstos na legislação, motivo pelo qual a sua estipulação deve se dar consoante o livre convencimento motivado do Juiz, devendo-se, sobretudo, focar a situação financeira dos contendores, vez que o enriquecimento sem causa é figura amplamente repudiada pelo ordenamento jurídico pátrio. Deve o Magistrado, outrossim, observar o grau de dolo ou culpa que incorreu o ofensor e, por outro lado, analisar se a verba arbitrada é suficiente para impedir a continuidade da prática do ato ilícito, vez que também possui caráter educativo.

Sobre o tema, leciona Sergio Cavalieri Filho:

Razoável é aquilo que é sensato, comedido, moderado; que guarda uma certa proporcionalidade. A razoabilidade é o critério que permite cotejar meios e fins, causas e conseqüências, de modo a aferir a lógica da decisão. Para que a decisão seja razoável é necessário que a conclusão nela estabelecida seja adequada aos motivos que a determinaram; que os meios escolhidos sejam compatíveis com os fins visados; que a sanção seja proporcional ao dano. Importa dizer que o juiz, ao valorar o dano moral, deve arbitrar uma quantia que, de acordo com o seu prudente arbítrio, seja compatível com a reprovabilidade da conduta

ilícita, a intensidade e duração do sofrimento experimentado pela vítima, a capacidade econômica do causador do dano, as condições sociais do ofendido, e outras circunstâncias mais que se fizerem presentes. (Programa de responsabilidade civil. 6. ed., São Paulo: Malheiros, 2005. p. 116).

No mesmo sentido é a lição de Humberto Theodoro Júnior:

[...] os parâmetros para a estimativa da indenização devem levar em conta os recursos do ofensor e a situação econômico-social do ofendido, de modo a não minimizar a sanção a tal ponto que nada represente para o agente, e não exagerá-la, para que não se transforme em especulação e enriquecimento injustificável para a vítima. O bom senso é a regra máxima a observar por parte dos juízes. (Dano moral. 6. ed., São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2009. p. 61).

No caso em tela, o *quantum* indenizatório, fixado em R\$ 10.000,00 (dez mil reais), parece adequado ao padrão adotado por esta Câmara, porquanto fixado com razoabilidade e sendo proporcional à gravidade do dano, de modo que atinja o caráter pedagógico-punitivo da pena, ao lado de condizer com a realidade sócio-econômica das partes. Logo, mantida a sentença profligada neste quesito.

Por outro vértice, a verba honorária, fixada em R\$ 600,00 (seiscentos reais), atendeu ao zelo profissional, à natureza e à importância da causa, bem como ao tempo exigido para o serviço do causídico, motivos pelos quais deve ser mantida.

Por fim, deixa-se de analisar a insurgência recursal no tocante à multa fixada para o caso de descumprimento do decisum que deferiu a antecipação de tutela, porquanto da referida decisão não houve qualquer recurso, estando, pois, abarcada pela preclusão, vez que a sentença apenas confirmou os seus efeitos, sendo inviável nesse momento processual beneficiar a apelante pela sua própria inércia.

Ante o exposto, vota-se no sentido de conhecer parcialmente do recurso de apelação do autor e, na parte conhecida, negar-lhe provimento e, por outro lado, conhecer do recurso de apelação interposto pela ré, e negar-lhe provimento, nos termos da fundamentação supra, mantendo-se incólume a sentença vergastada.

É como voto.

Apelação Cível n. 2013.058985-0, de Xaxim

Relator: Des. Eduardo Mattos Gallo Júnior

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE REPARAÇÃO POR DANOS MORAIS. PROCEDÊNCIA NA ORIGEM. TRANSPORTADORA QUE É IMPEDIDA DE PARTICIPAR DE DIVERSOS LEILÕES PORQUE NÃO CONSEGUIU COMPROVAR A SUA REGULARIDADE FISCAL ESTADUAL, POR CULPA DA INSTITUIÇÃO FINANCEIRA, QUE DEIXOU DE ADIMPLIR OS TRIBUTOS DOS VEÍCULOS, DE SUA INCUMBÊNCIA. RESPONSABILIDADE QUANTO AO PAGAMENTO NÃO IMPUGNADA PELO BANCO. TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE. PROVAS DOCUMENTAIS E TESTEMUNHAL QUE DEMONSTRAM QUE A EMPRESA TINHA CHANCES REAIS DE OBTER ÊXITO NOS CERTAMES.

“A teoria da perda de uma chance (perte d’une chance) visa à responsabilização do agente causador não de um dano emergente, tampouco de lucros cessantes, mas de algo intermediário entre um e outro, precisamente a perda da possibilidade de se buscar posição mais vantajosa que muito provavelmente se alcançaria, não fosse o ato ilícito praticado. Nesse passo, a perda de uma chance - desde que essa seja razoável, séria e real, e não somente fluída ou hipotética - é considerada uma lesão às justas expectativas frustradas do indivíduo, que, ao perseguir uma posição jurídica mais vantajosa, teve o curso normal dos acontecimentos interrompido por ato ilícito de terceiro.” (REsp 1190180 / RS 2010/0068537-8 Relator Ministro Luis Felipe Salomão, em 22/11/2010).

DANO MORAL DA PESSOA JURÍDICA. MATÉRIA OBJETO DA SÚMULA 227 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA.

SENTENÇA MANTIDA. RECURSO DESPROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2013.058985-0, da comarca de Xaxim (1ª Vara), em que é apelante Banco Safra S/A, e apelado Cabo Transportes Rodoviários Ltda.:

A Câmara Especial Regional de Chapecó decidiu, por unanimidade, acompanhando o voto do relator, conhecer e, no mérito, negar provimento ao recurso. Custas legais.

Participaram do julgamento, realizado nesta data, os Exmos. Srs. Des. Monteiro Rocha, presidente com voto, e o Des. Paulo Ricardo Bruschi, como revisor.

Chapecó, 29 de novembro de 2013.

Eduardo Mattos Gallo Júnior
Relator

RELATÓRIO

CABO TRANSPORTES RODOVIÁRIOS LTDA., na primeira vara cível da comarca de Xaxim, ajuizou “Ação Ordinária de Reparação de Danos Morais” em face de BANCO SAFRA S.A., nos termos da petição inicial de fls. 2-10, juntando os documentos de fls. 11-61.

Citada, a requerida apresentou resposta em forma de contestação (fls. 88-93), acompanhada dos documentos de fls. 94-96.

Com a regular tramitação processual, sobreveio a sentença de procedência dos pedidos formulados na petição inicial (fls. 207-213).

Irresignada, a requerente interpôs recurso de apelação (fls. 216-219).

Após decorrer in albis o prazo para a apresentação das contrarrazões (certidão de fls. 228), os autos ascenderam a esta Superior Instância.

É o relatório.

VOTO

O recurso merece ser conhecido, uma vez presentes os requisitos extrínsecos e intrínsecos de sua admissibilidade.

Trata-se de recurso de apelação cível interposto em face da sentença que, nos autos da ação de reparação de danos, julgou procedentes os pedidos formulados na petição inicial, a fim de condenar a requerida a pagar à requerente o valor de R\$ 20.000,00, a título de danos morais.

Sustenta a apelante, para fundamentar a reforma, que não há nexo causal entre a sua conduta e o fato da apelada ter perdido a chance de participar de licitações; as quais esta reputava ter chances reais de sair vencedora.

Ainda, assevera que o judiciário não indeniza hipótese ou probabilidade, e que “como o futuro é incerto não existem meio idôneos de se mensurar ou de provar qual seria o resultado final de um certame/licitação” (fls. 218-verso); notadamente porque não se poderia prever a iniciativa dos demais concorrentes.

A apelante também alega que a prova testemunhal não poderia ter sido levada em consideração para a fixação do *quantum* indenizatório, a teor dos artigos 400 e seguintes do Código de Processo Civil, sendo, no máximo admitida como prova complementar.

Por fim, aduz que devem ser afastados os danos morais fixados, “porque qualquer lesão à pessoa jurídica com finalidade econômica, ainda que dirigida à sua imagem, converte-se em perdas pecuniárias, de natureza, portanto patrimonial” (fls. 219).

Contudo, razão não lhe assiste.

Isso porque extrai-se do caderno processual que a transportadora/ora apelada foi impedida de participar de diversas licitações realizadas

no ano de 2009 por não conseguir comprovar a sua regularidade fiscal estadual, em razão de débitos relativos aos veículos, os quais tinham sido transferidos à instituição financeira/ora apelante, no exercício anterior. Inclusive, a apelante em nenhum momento impugna tal responsabilidade tributária.

Ademais, além de demonstrar que não pôde participar dos certames por culpa da apelante, a apelada logrou êxito em provar que tinha chances reais de vencê-los; diversamente do aventado por aquela em suas razões recursais.

Nesse sentido, a juntada das ATRs (autorizações de transportes rodoviários) decorrentes do vencimento de licitações anteriores pela apelada, a fls. 69-83 e 85-87, não deixam pairar dúvidas a respeito e de que era habitual a prestação de seus serviços à CONAB (Companhia Nacional de Abastecimento).

Outrossim, a oitiva do ex-funcionário da corretora (Sr. Leo Fabiano da Cruz – fls. 168), que, à época, prestava serviços à apelada, foi contundente, haja vista que afirmou que foi a falta da certidões negativas estaduais que impediu a transportadora de participar dos leilões, e que esta tinha chances reais de arrematar os lotes dos mesmos, pois já tinha ganho a maioria dos outros nos quais participou; estava entre umas das empresas mais organizadas com a documentação; e que o valor do deságio era maior do que dos concorrentes. Ainda, elucidou que a empresa é muito bem vista no mercado, sendo que no dia dos leilões estava com toda a documentação restante em mãos, e tentaram até o último momento regularizar a situação com a apelante; contudo, sem êxito.

Não pode passar ao largo, ainda, o depoimento pessoal do representante da apelada, no qual confirma todas as alegações ventiladas na inicial, bem assim aduz que em razão dos débitos em aberto dos veículos, a empresa não conseguiu obter bloco de notas fiscais, e, conseqüentemente, deixou de trabalhar no estado, o que causou um abalo a sua imagem.

Portanto, observa-se, que o nó górdio da questão cinge-se quanto à atribuição ou não da teoria da “perda de uma chance” ao caso em concreto, a qual “se aplica tanto aos danos materiais quanto aos danos morais (Resp n. 1079185 - MG, rela. Mina. Nancy Ancy Andrighi, j. 11-11-2008 – grifo nosso), consoante posicionamento predominante da Corte Superior.

Muito embora o tema ainda permaneça pouco explorado neste Tribunal, a matéria tem no Superior Tribunal de Justiça precedentes. Inclusive, por absoluta pertinência, extrai-se de entendimento sufragado da referida Corte:

A teoria da perda de uma chance (*perte d'une chance*) visa à responsabilização do agente causador não de um dano emergente, tampouco de lucros cessantes, mas de algo intermediário entre um e outro, precisamente *a perda da possibilidade de se buscar posição mais vantajosa que muito provavelmente se alcançaria, não fosse o ato ilícito praticado*. Nesse passo, a perda de uma chance - desde que essa seja razoável, séria e real, e não somente fluída ou hipotética - *é considerada uma lesão às justas expectativas frustradas do indivíduo, que, ao perseguir uma posição jurídica mais vantajosa, teve o curso normal dos acontecimentos interrompido por ato ilícito de terceiro*. (REsp 1190180 / RS 2010/0068537-8 Relator Ministro Luis Felipe Salomão, em 22/11/2010 – grifo nosso).

Salienta-se, contudo, que para a devida caracterização do ato ilícito por perda de uma chance, não se está a falar de um dano hipotético, mas sim concreto, ou seja, de uma expectativa de ganho real absolutamente frustrada por culpa do agente causador.

Assim, diante de todas as perspectivas estudadas, tem-se que a conduta da apelante subtraiu chance concreta e considerável da apelada em participar e obter êxito em diversos leilões ocorridos no ano de 2009, devendo, portanto, reparar o dano.

A respeito, colhe-se da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

RECURSO ESPECIAL - PROCESSUAL CIVIL - CIVIL - TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE - PARTICIPAÇÃO EM PROCESSO LICITATÓRIO - IMPOSSIBILIDADE - ENVIO DA PROPOSTA PELO CORREIO A ESTADO DIVERSO DA FEDERAÇÃO - POSSIBILIDADE CONCRETA DE ÊXITO - PREJUÍZO REAL - ART. 159 DO CÓDIGO CIVIL DE 1916 - SÚMULA Nº 7/STJ. CUSTAS PROCESSUAIS. ISENÇÃO.

1. A teoria da perda de uma chance incide em situações de responsabilidade contratual e extracontratual, desde que séria e real a possibilidade de êxito, o que afasta qualquer reparação no caso de uma simples esperança subjetiva ou mera expectativa aleatória.

2. O êxito em licitação, possibilidade frustrada em virtude da conduta ilícita da empresa responsável pela entrega, em tempo hábil, da documentação devidamente enviada, enseja dano concreto, aferível à luz do art. 159 do Código Civil de 1916.

3. O exame relativo à mensuração do valor econômico da efetiva possibilidade da recorrida em obter o resultado útil esperado, caso a correspondência houvesse sido adequadamente enviada ao destino correto, resta insindicável, nesta instância processual, pelo óbice formal da Súmula nº 7/STJ.

4. A Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos é isenta do recolhimento das custas processuais em decorrência do art. 12 do Decreto-Lei nº 509/1969.

5 - Recurso especial parcialmente provido.

(REsp 614.266/MG, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 18/12/2012, DJe 02/08/2013 – grifo nosso).

Desta forma, atentando-se ao pedido contido na exordial (que não requer indenização por danos materiais), absolutamente escorreita a decisão do magistrado Christian Dalla Rosa que condenou a apelante em danos morais decorrentes da perda de uma chance.

Tal fato se dá porque restou demonstrado que os constrangimentos gerados pelo ato ilícito cometido pela apelante perduraram por quase um ano (de 5-11-2008 a agosto de 2009) até a regularização dos débitos fiscais; período este em que a apelada esteve positivada perante o fisco estadual e não pôde participar dos leilões (como habitualmente fazia), além de, conseqüentemente, deixar de auferir lucro – diga-se.

Tocante à tese de que “a lesão à pessoa jurídica com finalidade econômica, ainda que dirigida à sua imagem, converte-se em perdas pecuniárias, de natureza, portanto, patrimonial”, verifica-se que a súmula 227 do Superior Tribunal de Justiça pacificou a questão: “A pessoa jurídica pode sofrer dano moral”.

Nessa toada, colaciona-se de aresto deste Tribunal:

[...] Os danos morais à pessoa jurídica configuram-se através do abalo na sua credibilidade e imagem perante os clientes, ou seja, pela ofensa a sua honra objetiva, independentemente de comprovação dos prejuízos causados. (Apelação Cível n. 2008.004649-5, rel. Des. Marcus Tulio Sartorato, j. 7-10-2008).

In casu, observa-se clarividente ofensa à honra objetiva da apelada, na medida em que foi cabalmente prejudicada em suas atividades laborais, em razão da indevida positivação de seu nome no fisco estadual, por conduta absolutamente negligente da apelante.

E nem diga a apelante que a prova testemunhal foi tida como norte para fixação do *quantum* indenizatório, tendo em vista que o parâmetro utilizado pelo magistrado a quo não foi esse, mas, mormente, o seu porte econômico. Além disso, tal prova não foi exclusiva, como quer a apelante, mas sim, complementar. Logo, absolutamente admissível *in casu*.

Pelo exposto, vota-se no sentido de conhecer do recurso interposto e, no mérito, negar-lhe provimento.

Este é o voto.

PRIMEIRA CÂMARA DE DIREITO CIVIL

APELAÇÃO CÍVEL

Apelação Cível n. 2008.072699-5, de São José

Relatora: Desa. Denise Volpato

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS. AUTORA QUE TROPEÇA EM DEGRAU DESPROVIDO DE SINALIZAÇÃO NO INTERIOR DE ESTABELECIMENTO COMERCIAL E SOFRE LESÃO FÍSICA EM DECORRÊNCIA DA QUEDA. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA.

RECURSO DA AUTORA. PEDIDO DE REFORMA DA SENTENÇA AO ARGUMENTO DE FALHA NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO. SUBSISTÊNCIA. APLICABILIDADE DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. INOBSERVÂNCIA DAS REGRAS DE SEGURANÇA. CRIAÇÃO DE RISCO AO MANTER DEGRAU NO PERCURSO DE TRÂNSITO DOS CONSUMIDORES SEM QUALQUER SINALIZAÇÃO INDICANDO O DESNÍVEL. RESPONSABILIDADE OBJETIVA RECONHECIDA A TEOR DO ARTIGO 14 DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR.

PLEITO DE RECEBIMENTO DE INDENIZAÇÃO A TÍTULO DE DANOS MORAIS. SUBSISTÊNCIA. AUTORA QUE SOFREU LESÃO APÓS TROPEÇAR EM DESNÍVEL NÃO SINALIZADO NO INTERIOR DO ESTABELECIMENTO COMERCIAL REQUERIDO. DEVER DE INDENIZAR CONFIGURADO. DANO MORAL PRESUMIDO (IN RE IPSA). QUANTUM INDENIZATÓRIO FIXADO EM R\$ 35.000,00 (TRINTA E CINCO MIL REAIS). OBSERVÂNCIA DOS PRINCÍPIOS DA PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE

ALÉM DO CARÁTER INIBIDOR E PEDAGÓGICO DA REPRIMENDA.

PEDIDO DE RESSARCIMENTO PELOS DANOS MATERIAIS DECORRENTES DAS DESPESAS MÉDICAS. POSSIBILIDADE. COMPROVAÇÃO DOCUMENTAL SATISFATÓRIA. AUSÊNCIA DE PRODUÇÃO DE PROVA ROBUSTA CAPAZ DE AFASTAR A IDONEIDADE DOS DOCUMENTOS APRESENTADOS PELA AUTORA. ÔNUS QUE COMPETIA À REQUERIDA. DEVER DE INDENIZAR CONFIGURADO.

PLEITO DE RESSARCIMENTO DE HONORÁRIOS PERICIAIS. LAUDO REALIZADO EXTRAJUDICIALMENTE. IMPOSSIBILIDADE. PROVA DESNECESSÁRIA AO DESLINDE DA CAUSA HAJA VISTA A EXISTÊNCIA DE FOTOGRAFIAS DO LOCAL DO ACIDENTE.

INVERSÃO DO ÔNUS SUCUMBÊNCIAL. SUCUMBÊNCIA MÍNIMA DA AUTORA. INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 21, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. CUSTAS PROCESSUAIS E HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS FIXADOS EM 20% (VINTE POR CENTO) SOBRE O VALOR ATUALIZADO DA CONDENAÇÃO DEVIDO PELA REQUERIDA. EXEGESE DO ARTIGO 20, § 3º DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. AFASTADA A APLICAÇÃO DO ARTIGO 11, § 1º, DA LEI N. 1.060/1950 APESAR DE SER A APELANTE BENEFICIÁRIA DA JUSTIÇA GRATUITA POR AFRONTA AO PRINCÍPIO DA EQUIDADE. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2008.072699-5, da comarca de São José (2ª Vara Cível), em que é apelante Ana Shirley da Silva Folster, e apelada Casa Bahia Comercial Ltda:

A Primeira Câmara de Direito Civil decidiu, por votação unânime, conhecer do recurso e dar-lhe provimento, para condenar a requerida ao pagamento de indenização por danos morais no montante de R\$ 35.000,00 (trinta e cinco mil reais), acrescido de juros moratórios no patamar de 1% (um por cento) ao mês a contar do evento danoso (Súmula

54 do Superior Tribunal de Justiça), e corrigido monetariamente desde o arbitramento (Súmula 362 do Superior Tribunal de Justiça), bem assim ao pagamento de indenização por danos materiais na quantia de R\$ 144,89 (cento e quarenta e quatro reais e oitenta e nove centavos), incidindo correção monetária a partir da data do desembolso de cada despesa e juros de mora a contar do evento danoso. Invertida a sucumbência, condena-se a requerida ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, fixados em 20% (vinte por cento) sobre o valor atualizado da condenação, nos termos do artigo 20, § 3º, do Código de Processo Civil. Custas legais.

Participaram do julgamento, realizado nesta data, o Excelentíssimo Desembargador Carlos Prudêncio (presidente) e o Excelentíssimo desembargador Raulino Jacó Brüning.

Florianópolis, 1º de outubro de 2013.

Denise Volpato
Relatora

RELATÓRIO

Ana Shirley da Silva Folster ajuizou “ação de Indenização por Danos Morais e Materiais” em face de Casa Bahia Comercial Ltda. narrando, em síntese, ter em 22/04/2003, dirigido-se a uma filial da demandada localizada no centro de Florianópolis/SC quando, ao aproximar-se de um eletrodoméstico para melhor analisá-lo, tropeçou num desnível existente no piso do estabelecimento. Narrou ter sofrido lesão em seu tornozelo direito em decorrência da queda, necessitando engessar o membro, ficando impossibilitada de cumprir suas funções habituais. Asseverou não estar o desnível sinalizado, encontrando-se o local, inclusive, sob reforma e sem

a necessária sinalização. Destacou, ainda, não ter a demandada prestado-lhe qualquer assistência após a queda. Por tais razões, requereu condenação da demandada ao pagamento de indenização por danos morais em valor a ser arbitrado pelo Juízo, além de indenização por danos materiais no valor de R\$ 144,89 (cento e quarenta e quatro reais e oitenta e nove centavos) referente as despesas médicas e, ainda, ao ressarcimento do valor de R\$ 576,00 (quinhentos e setenta e seis reais) correspondente aos honorários periciais desembolsado para realização de perícia técnica extrajudicial. Pugnou pela concessão do benefício da Justiça Gratuita. Valorou a causa e juntou documentos (fls. 28/80).

Deferido o benefício da gratuidade da justiça (fl. 81).

Devidamente citada, a demandada apresentou contestação (fls. 89/112) alegando, preliminarmente, carência de ação por falta de interesse de agir. No mérito, afirmou ter a autora tropeçado não em um desnível, mas em base de um mostruário, o qual, possui cor diversa sendo bastante destacado em relação ao piso da loja. Impugnou o Boletim de Ocorrência e o laudo técnico pericial acostados junto a inicial, pois elaborados com base em informações prestadas unicamente pela autora. Sustentou encontrar-se o pavimento do estabelecimento adequado a circulação de pessoas, destacando ter, à época da reforma do local, diligenciado para garantir a segurança de seus clientes, isolando o local das obras. Asseverou ter a queda ocorrido por culpa exclusiva da autora, em virtude de um descuido da mesma, não tendo contribuído de qualquer forma para o evento. Ressaltou não estarem preenchidos os requisitos da responsabilidade civil, porquanto não evidenciado o nexo de causalidade. Alegou ser incabível o pedido da autora de ressarcimento dos valores relativos a perícia realizada, porquanto trata-se de prova apresentada pela autora, bem como ser incabível a cumulação de indenização por danos morais e materiais. Por derradeiro, pleiteia pelo julgamento de improcedência dos pedidos exordiais. Acostou documentos (fls. 113/141)

Houve réplica (fls. 150/183).

Realizada Audiência, a conciliação restou inexitosa. Ante a ausência da autora e seu procurador, o Magistrado a quo deu por encerrada a instrução processual (fl. 202).

Sobreveio Sentença (fls. 217/218) tendo o Ilustre Magistrado a quo julgado a lide nos seguintes termos: “Por todo o exposto, na forma do art. 269, I, do Código de Processo Civil, resolvo o mérito e julgo improcedente o pedido. Arca o vencido com o pagamento das custas processuais e honorários de advogado, que fixo em 20% sobre o valor causa devidamente corrigido, observando-se as regras da LAG quanto a sua exigência. Publique-se. Registre-se. Intime-se.”

Irresignada, a demandante interpôs recurso de apelação (fls. 224/235) alegando estarem presentes os pressupostos caracterizadores da responsabilidade civil, devendo a requerida responder objetivamente pelo dano causado. Por tais razões, requer a procedência dos pedidos exordiais.

Apresentadas contrarrazões (fls. 240/245), ascenderam os autos a esta Corte de Justiça.

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). Os pressupostos intrínsecos estão atrelados ao direito de recorrer, ao passo que os extrínsecos se referem ao exercício desse direito.

Assim, dispensada a autora do recolhimento do preparo por ser beneficiária da Justiça Gratuita (fl. 81), preenchidos os pressupostos de admissibilidade, passa-se à análise do mérito.

2. Aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor

In casu, a relação jurídica existente entre as partes é tipicamente de consumo, subsumindo-se ambas aos conceitos de consumidor e fornecedor prescritos, respectivamente, nos artigos 2º e 3º, do Código de Defesa do Consumidor, *verbis*:

“Art. 2º Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço ou como destinatário final”

“Art. 3º Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços”

Flagrante ser a autora consumidora dos bens e serviços oferecidos pelo estabelecimento comercial demandado, porquanto no momento do acidente encontrava-se no local a fim de quitar parcela de compra realizada anteriormente.

De outra parte, inegável a vulnerabilidade da requerente em relação a rede varejista demandada (artigo 4º, I, do Código de Defesa do Consumidor).

Assim, ao caso em tela são aplicáveis as normas protetivas do consumidor.

3. Mérito

3.1. Da Responsabilidade Civil Objetiva

Trata-se de recurso de apelação interposto pela autora contra Sentença de Primeiro Grau, que julgou improcedentes os pedidos exorbitantes, condenando a demandante ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios.

Em suas razões recursais, a autora/apelante pleiteia a reforma da Sentença objugada, com a condenação da demandada Casa Bahia Comercial Ltda. à reparação dos danos (morais e materiais) decorrentes da queda que sofreu nas dependências do estabelecimento comercial.

Pois bem.

In casu, por estar configurada típica relação de consumo, como afirmado anteriormente, aplicável o disposto no artigo 14 do Código de Defesa do Consumidor, *in verbis*:

“Art. 14. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos”.

A responsabilidade civil da requerida é objetiva, ou seja, prescinde da comprovação de culpa, bastando apenas a prova do fato danoso e do nexo de causalidade para caracterizar o dever de indenizar do ofensor, desde que não esteja presente causa excludente da responsabilidade.

Nesse sentido, colhe-se da Jurisprudência:

“À luz da legislação consumerista, o estabelecimento comercial responde objetivamente pelos danos causados à integridade física do consumidor que, em razão do piso escorregadio – e pela ausência de qualquer aviso de perigo –, vem a escorregar, sofrendo queda que resulta em danos físicos” (TJSC, Apelação Cível n. 2004.033467-3, da Capital, Relator: Des. Eládio Torret Rocha, julgado em 05/12/2008).

Outrossim, deve-se ressaltar a necessidade de o fornecedor, na prestação de serviços, adotar integralmente as normas de segurança, afastando-se qualquer risco ao consumidor, especialmente quando se trata da organização e disposição dos produtos e utilitários no estabelecimento comercial.

Afinal, frente aos elevados lucros auferidos pela demandada – loja varejista com inúmeras filiais espalhadas pelo país –, e havendo prestação de serviços à população em geral, é dever inerente à cidadania a adoção de normas de segurança, visando extirpar riscos indevidos ao consumidor.

Sobre a prevenção contra riscos à segurança do consumidor, dispõem os artigos 6º, I, e 8º, ambos do Código de Defesa do Consumidor:

“Art. 6º São direitos básicos do consumidor:

I - a proteção da vida, saúde e segurança contra os riscos provocados por práticas no fornecimento de produtos e serviços considerados perigosos ou nocivos;”

“Art. 8º Os produtos e serviços colocados no mercado de consumo não acarretarão riscos à saúde ou segurança dos consumidores, exceto os considerados normais e previsíveis em decorrência de sua natureza e fruição, obrigando-se os fornecedores, em qualquer hipótese, a dar as informações necessárias e adequadas a seu respeito”.

Na presente hipótese, das alegações das partes e das provas produzidas ao autos, infere-se ter a autora tropeçado em um desnível existente no interior do estabelecimento comercial demandado, o qual não se encontrava devidamente sinalizado, conforme se observa das fotografias acostadas às fls. 31/32 dos autos.

Em decorrência da queda, a autora sofreu lesão em seu tornozelo direito, tendo de fazer uso de medicação e engessar o membro, ficando impossibilitada de realizar seus afazeres habituais (documentos fls. 33/46).

Constata-se, pois, a prestação de serviço defeituoso por parte da demandada, mormente porque o degrau no percurso de trânsito de considerável movimentação de pessoas no interior do estabelecimento deveria estar sinalizado, especialmente para não acarretar riscos à saúde dos consumidores.

Sobre a conceituação de serviço defeituoso, assim prescreve o artigo 14, § 1º, do Código de Defesa do Consumidor:

“Art. 14. (...)

§ 1º O serviço é defeituoso quando não fornece a segurança que o consumidor dele pode esperar, levando-se em consideração as circunstâncias relevantes, entre as quais:

- I - o modo de seu fornecimento;
- II - o resultado e os riscos que razoavelmente dele se esperam;
- III - a época em que foi fornecido”.

Outrossim, a assertiva da requerida de ter o incidente ocorrido por culpa exclusiva da vítima não merece prosperar.

Isso porque, conforme extrai-se das fotografias de fls. 31/32, e corroborado pelo laudo técnico acostado às fls. 47/50, o desnível no local possuía dois centímetros e meio de altura e não encontrava-se devidamente sinalizado a fim de alertar os consumidor presentes.

Nesse viés, convém assinalar ser inaplicável a presente hipótese qualquer das excludentes de responsabilidade assinaladas no artigo 14, § 3º, II, do Código de Defesa do Consumidor:

“Art. 14. (...)

§ 3º O fornecedor de serviços só não será responsabilizado quando provar:

I - que, tendo prestado o serviço, o defeito inexistiu;

II - a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro.”

Deste modo, bem evidenciada falha na prestação do serviço prestado pelo estabelecimento comercial requerido, que não diligenciou no sentido de garantir a segurança de seus clientes, deve ser reconhecida a sua responsabilidade relativamente aos danos suportados pela autora.

3.2. Danos materiais

Pleiteia a autora a condenação da requerida Casa Bahia Comercial Ltda. ao pagamento de indenização por danos materiais no valor de R\$ 144,89 (cento e quarenta e quatro reais e oitenta e nove centavos), referente aos prejuízos suportados em decorrência da queda, consubstanciados nas despesas de seu tratamento médico

Razão lhe assiste.

No caso vertente, o dano material suportado pela autora encontra-se comprovado pelos documentos de fls. 40/43 e fl. 46 que inequivocamente descrevem as despesas médicas desembolsadas com o tratamento da lesão no tornozelo direito da autora, decorrente da queda sofrida nas dependências do estabelecimento demandado.

Outrossim, compulsando-se os autos verifica-se que não houve oportunamente, impugnação específica por parte da requerida acerca os documentos apresentados pela autora, do que decorre a perda do direito de discutir a matéria em face da preclusão.

Nesse sentido, destaca-se do acervo jurisprudencial Catarinense:

“A impugnação não pode ser genérica e abrangente (ainda mais quando se preserva a idoneidade da oficina que o apresentou), mas sim específica para cada um dos itens e com a devida prova, já que o que importe é chegar-se ao justo valor da indenização, valor este que seja equivalente ao dos reparos a serem efetuados no veículo sinistrado. (TJSC, Apelação Cível n.º 1999.001550-5, de Tubarão, Rel. Des. Sérgio Roberto Baasch Luz, julgado em 29/03/2001)” (in Acórdão de minha lavra, Apelação Cível n. 2007.006944-5, j. em 30/05/2011)

Com efeito, em respeito ao princípio da eventualidade, o momento oportuno para apresentar toda a prova para desconstituir os fatos alegados pela demandante seria a contestação. Tendo a demandada deixado de impugnar especificamente o valor dos prejuízos representados pelos documentos acostados na inicial, outra saída não há senão considerá-los verdadeiros.

Nesse sentido dispõem os artigos 300 e 302, ambos do Código de Processo Civil:

“Art. 300. Compete ao réu alegar, na contestação, toda a matéria de defesa, expondo as razões de fato e de direito, com que impugna o pedido do autor e especificando as provas que pretende produzir.”

“Art. 302. Cabe também ao réu manifestar-se precisamente sobre os fatos narrados na petição inicial. Presumem-se verdadeiros os fatos não impugnados (...)”.

De outra parte, igualmente não há nos autos início de prova capaz de ilidir os documentos apresentados pela autora, não tendo a requerida se desincumbido do ônus que lhe cabia (art. 333, II, do CPC).

Nesse sentido, colhe-se da jurisprudência Catarinense:

“De acordo com o art. 333, II, do CPC, incumbe ao requerido provar os fatos e fundamentos capazes de desconstituir o direito do requerente” (TJSC, Apelação Cível n.º 2002.026100-4, de Palhoça, Relator: Des. Sérgio Roberto Baasch Luz, julgado em 10/10/2006)

Ora, competia a requerida trazer prova capaz de afastar a credibilidade das notas de serviço (fls. 40/43) e cupom fiscal (fl. 46) apresentados pela autora, no entanto, nada trouxeram nesse sentido, limitando-se a aduzir meras alegações acerca do real dano decorrente do sinistro.

Além disso, a impugnação dos documentos deve ser fundamentada, sob pena de ser considerada insuficiente à desconstituição das informações neles contida.

Dessa forma, tendo-se em conta o conjunto probatório e o disposto no artigo 335, do Código de Processo Civil, condena-se a requerida ao pagamento da quantia de R\$ 144,89 (cento e quarenta e quatro reais e oitenta e nove centavos) a título de danos materiais, valor sobre o qual incidirá correção monetária a partir da data do desembolso, bem como juros de mora a contar do evento danoso, no patamar de 1% (um por cento) ao mês, segundo o artigo 406 do Código Civil e artigo 161, parágrafo 1º do Código Tributário Nacional.

3.3. Danos Morais

Ainda, postula a autora o recebimento de indenização a título de danos morais em decorrência do ato ilícito praticado pela demandada.

Pois bem.

Antes de adentrar-se propriamente na análise do pedido formulado pela demandada, convém destacar a possibilidade a cumulação de indenização por danos materiais e danos morais decorrentes do mesmo fato, a matéria, inclusive, já foi pacificada pelo Superior Tribunal de Justiça, em sua Súmula n. 37, *verbis*:

“São cumuláveis as indenizações por dano material e dano moral oriundos do mesmo fato.”

Nesse sentido, destaca-se:

“É descabida a alegação de incompatibilidade de condenação em indenizações por danos moral e material, cumulados, tendo em vista que eles possuem fundamentação diversa: enquanto o primeiro objetiva reparar componentes sentimentais da pessoa, o segundo visa ao ressarcimento do patrimônio do lesado. Ademais, a Constituição Federal, em seu art. 5º, inc. V, dispõe que “[...] é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem”. A Carta Magna, portanto, em nenhum momento exclui a possibilidade de cumulação dos mencionados danos; pelo contrário: a hermenêutica constitucional entende pela possibilidade de reconhecimento e condenação em ambas as espécies de dano.” (TJSC, Apelação Cível n. 2010.022491-7, de Capinzal, Relator: Des. Joel Dias Figueira Júnior, julgado em 23/05/2013).

Deste modo, não merece acolhimento a alegação da demandada, aventada em contestação, de impossibilidade de cumulação de indenização por danos morais e materiais.

Assim, tecido este esclarecimento prévio, passa-se a análise do pedido de formulado pela demandante, de recebimento de indenização a título de danos morais.

Pois bem.

É inegável a ocorrência de dano moral indenizável a uma pessoa que tem seu tornozelo lesionado ao tropeçar em desnível não sinalizado no caminho de acesso à produtos expostos em uma loja, em franco desrespeito às normas de segurança.

Outrossim, de se ressaltar que, por conta do infortúnio ocorrido nas dependências do estabelecimento requerido, a autora teve de engessar seu membro inferior direito a partir do joelho, a fim de imobilizar o tornozelo lesionado, tendo de ficar dois dias afastada de seu trabalho (fl. 39).

Trata-se de dano moral puro, cuja prova se dispensa, por ser o prejuízo suportado presumido.

In casu, o abalo moral decorre do próprio acidente (queda da consumidora em degrau desprovido de sinalização no interior do estabelecimento comercial requerido) e da lesão sofrida.

Nesse sentido, leciona Antonio Jeová Santos:

“Quando o pedido de indenização por dano moral está fundamentado nas lesões que alguém causou a outrem, seja de forma culposa ou dolosa, a dor causada pelo ferimento, já é, de si, suficiente, para a existência do dano. A incolumidade física e pessoal é uma projeção do direito à vida e, o só fato de colocá-la em perigo, seja com uma lesão simples ou grave, torna o ofensor passível de indenizar sua vítima.

[...]

A existência da lesão é ressarcível per se. Embora a vítima não padeça sequelas incapacitantes ou que causem deformação (lesão estética), dá o direito à indenização, porque nenhuma mortificação física deve ser suportada estoiicamente pela vítima. (SANTOS, Antonio Jeová. Dano moral indenizável. 3. ed. Editora Método: São Paulo, 2001. p. 251-252) .

O abalo moral, portanto, decorre do próprio acidente, da dor e intranquilidade experimentada, e independe, dessa forma, de outras provas, trata-se do dano moral presumido ou dano moral *in re ipsa*, sendo a lesão extrapatrimonial presumida.

Isso porque, o abalo ao patrimônio anímico é uma consequência cognoscível pelo julgador como uma decorrência lógica do ilícito – *in re ipsa* –, nos termos do artigo 335, do Código de Processo Civil, *verbis*:

“Art. 335. Em falta de normas jurídicas particulares, o juiz aplicará as regras de experiência comum subministradas pela observação do que ordinariamente acontece e ainda as regras da experiência técnica, ressalvado, quanto a esta, o exame pericial.”

A propósito, observa Sérgio Cavalieri Filho:

“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, uma presunção *hominis* ou *facti*, que decorre das regras de experiência comum” (Programa de responsabilidade civil, 4ª ed., São Paulo: Malheiros, 2003, pp. 101 e 102).

Do que decorre “o que configura o dano moral é aquela alteração no bem-estar psicofísico do indivíduo. Se do ato de outra pessoa resultar alteração desfavorável, aquela dor profunda que causa modificações no estado anímico, aí está o início da busca do dano moral” (SANTOS, Antonio Jeová. Dano moral indenizável. 3. ed. São Paulo: Método, 2001. p. 100).

Nesse viés, na hipótese em exame, por dano moral revelou-se todo o sofrimento e desgosto suportado pela autora que se submeteu a procedimentos médicos, além, das consequências evidenciadas em sua esfera psíquica.

Implica dizer, o acidente (queda no interior do estabelecimento comercial requerido) não impingiu à autora mero dissabor cotidiano, mas sim sofrimento extraordinário que lhe gerou indubitavelmente dano moral (abalo anímico), merecendo, por esse motivo, ser devidamente compensado.

Em caso semelhante, já decidiu esta relatora:

“APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS. APLICABILIDADE DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. AUTORA QUE TROPEÇA EM DEGRAU DESPROVIDO DE SINALIZAÇÃO NO INTERIOR DE AGÊNCIA BANCÁRIA. SENTENÇA DE PARCIAL PROCEDÊNCIA. DANOS MATERIAIS AFASTADOS. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO (ART. 333, I, DO CPC).

[...]

DANO MORAL PRESUMIDO NA ESPÉCIE (IN RE IPSA). RESPONSABILIDADE OBJETIVA DA INSTITUIÇÃO FINANCEIRA. DEVER DE INDENIZAR CONFIGURADO. ADEMAIS, ACIDENTE QUE GEROU LESÃO FÍSICA GRAVE, TENDO A AUTORA PERMANECIDO QUATRO MESES AFASTADA DO TRABALHO.” (TJSC, Apelação Cível n. 2011.029642-3, da Capital, Relatora: Des. Denise Volpato, julgado em 22/06/2012).

Ainda, colhe-se da jurisprudência deste Tribunal:

“A indenização por danos morais visa compensar a dor, a tristeza, o desespero e o abatimento intenso sofridos em decorrência do ato ilícito. Por atingir bens incorpóreos, como a imagem, a honra, a privacidade, e a auto-estima, não exige a prova efetiva da existência do dano. A prova do dano moral puro limita-se à existência do ilícito.” (TJSC, Apelação Cível n.º 2007.024463-4, de São Miguel do Oeste, Relator: Des. Joel Dias Figueira Júnior, julgado em 25/03/2008).

Deste modo, evidenciado o dever da demandada Casa Bahia Comercial Ltda. de indenizar o dano moral causado à autora.

3.4. *Quantum* indenizatório

Em virtude da inexistência de parâmetros legais para fixação da verba indenizatória, prepondera na doutrina e jurisprudência o entendimento de que o arbitramento da indenização pelo Magistrado levará em consideração os critérios de razoabilidade e proporcionalidade além de analisar as peculiaridades do caso concreto.

Nesse sentido, destaca-se desta Colenda Câmara:

“Deve o julgador, quando da fixação da condenação decorrente de danos morais com caráter reparatório, educativo e punitivo, sopesar a condição socioeconômica dos envolvidos, a intensidade da culpa despendida para o evento e a gravidade do dano acarretado.” (TJSC, n. 2007.003701-5, de Curitiba, Rel. Des. Denise Volpato, julgado em 25/06/2010).

Outrossim, importante salientar que, em casos tais, a indenização arbitrada guarda, além do caráter compensatório pelo abalo anímico, constrangimento e dano físico causados pelo ato ilícito praticado, também o caráter pedagógico e inibitório, vez que visa precipuamente coibir a continuidade ou repetição da prática pelo ofensor.

Estabeleceu-se, ainda, na doutrina e jurisprudência pátria a necessidade de analisar-se não só as possibilidades financeiras da parte ofensora – pois a reprimenda deve ser proporcional ao seu patrimônio material, para que surta efeito inibitório concreto –, mas igualmente da parte ofendida, pois o Direito não tolera o enriquecimento sem causa.

A despeito disso, entretanto, hodiernamente o Poder Judiciário tem fixado indenizações em montante por vezes insignificante, desprezando o caráter inibidor (de prevenção geral) ao argumento da impossibilidade de provocar enriquecimento sem causa da vítima.

Esse fato, contudo, provoca um inexorável dano à coletividade, que não alcança as mudanças desejadas e necessárias nos métodos e práticas comerciais usualmente aplicadas pelos fornecedores de bens e serviços.

Ao arbitrar o valor da indenização com excessiva parcimônia o julgador atenta contra a razoabilidade de todo o sistema jurídico, haja vista que a pretexto de impedir o enriquecimento sem causa da vítima, acaba por provocar em vias reflexas o enriquecimento sem causa do ofensor. Nessas lides, a questão torna-se bastante simples: ou o Judiciário provoca um relativo sobre-enriquecimento da vítima ou um efetivo enriquecimento do ofensor (em prejuízo de toda a sociedade).

A manutenção das práticas comerciais inadequadas, mesmo depois de passados mais de 20 (vinte) anos de vigência do Código de Defesa do Consumidor, é de todo evidente para qualquer Magistrado que vê assoberbados seus escaninhos de processos delas decorrentes.

Nessa toada, é imperioso que o Poder Judiciário assuma seu papel de pacificador social e entregue a prestação jurisdicional adequada à construção de uma sociedade cidadã, relevando a imposição legal de proteger (jurisdicionalmente) os consumidores.

No caso concreto, temos de um lado a Casa Bahia Comercial Ltda., pessoa jurídica de elevado poder econômico, a qual possui “mais de 500 filiais e presença em 15 Estados nas regiões Sul, Sudeste, Nordeste, Norte e Centro-Oeste”, conforme se extrai de seu sítio eletrônico (<http://institucional.casabahia.com.br/empresa/empresa/nossa-historia/>, acesso em 26/09/2013), e de outro, uma consumidora hipossuficiente, beneficiária da Justiça Gratuita (fl. 81).

Frente a esses argumentos, com amparo nos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade e, especialmente, em atenção ao caráter inibidor e pedagógico da medida, condena-se, a requerida ao pagamento de indenização, a título de danos morais, no valor equivalente a R\$ 35.000,00 (trinta e cinco mil reais), acrescida de correção monetária a partir do arbitramento, nos termos da Súmula 362 do Superior Tribunal de Justiça e juros de mora a partir do evento danoso, no patamar de 1% (um por cento) ao mês, nos termos da Súmula 54 do Superior Tribunal de Justiça.

3.5. Honorários periciais

Por fim, pleiteia a recorrente o ressarcimento do valor de R\$ 576,00 (quinhentos e setenta e seis reais) referente aos honorários periciais pagos ao profissional que elaborou o laudo técnico acostado a exordial.

Pois bem.

Destarte, imperioso destacar ser viável o ressarcimento de valores despendidos com laudo pericial realizado extrajudicialmente, quando tal prova se mostrar imprescindível ao deslinde da quaestio, devendo ficar evidenciada a relação de causalidade entre a despesa e a comprovação do ato gerador do dano principal discutido na lide.

Nesse sentido, colhe-se do Egrégio Tribunal de Justiça do Distrito Federal:

“DIREITO DO CONSUMIDOR. DEFEITO OCULTO. DECADÊNCIA. PRESENTE A RELAÇÃO DE CAUSALIDADE ENTRE O VÍCIO E O DANO EXPERIMENTADO PELO CONSUMIDOR, O CONECTÁRIO É A OBRIGAÇÃO DE INDENIZAR. PERÍCIA EXTRAJUDICIAL NECESSÁRIA. RESSARCIMENTO.”

O trabalho técnico cuja elaboração não fora judicialmente deferida, mas que foi necessário à identificação das causas do dano sofrido pelo consumidor, inclusive servindo de fundamento para a sentença, é passível de ressarcimento.” (TJDFT, Apelação Cível 20020110690746, Relator: Des. Demetrius Gomes Cavalcanti, julgado em 28/10/2009).

Todavia, *in casu*, o laudo pericial providenciado pela autora é totalmente dispensável ante a existência de fotografias (fls. 31/32) do local do acidente.

Deste modo, infere-se que a realização da perícia traduz opção da parte autora, não se mostrando indispensável à cognição da demanda.

Sendo assim, o pedido da autora não merece acolhimento.

4. Inversão ônus

Reformada a Sentença, impõe-se a inversão do ônus sucumbencial, devendo a demandada Casa Bahia Comercial Ltda. arcar com o pagamento das custas processuais e honorários advocatícios.

Isso porque, nos presentes autos a apelante sucumbiu de parte mínima do pedido – o ponto nodal da quaestio cingiu-se ao requerimento da percepção de indenização a título de dano moral e material em decorrência do ato ilícito praticado pela demandada, e nisso obteve êxito –, razão pela qual a rede varejista apelada deverá arcar com a integralidade das custas processuais e honorários advocatícios (art. 21, parágrafo único, CPC).

Tocante ao arbitramento dos honorários advocatícios, deverá o Magistrado observar os parâmetros do artigo 20, § 3º, do Código de Processo Civil, que assim dispõe:

“Art. 20. A sentença condenará o vencido a pagar ao vencedor as despesas que antecipou e os honorários advocatícios. Esta verba honorária será devida, também, nos casos em que o advogado funcionar em causa própria.

(...)

§ 3º Os honorários serão fixados entre o mínimo de dez por cento (10%) e o máximo de vinte por cento (20%) sobre o valor da condenação, atendidos:

- a) o grau de zelo do profissional;
- b) o lugar de prestação do serviço;
- c) a natureza e importância da causa, o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço.”

Nesse viés, atentando-se à complexidade da causa, ao tempo de tramitação do processo (cerca de 10 anos), ao grau de zelo do procurador da autora, ao local da prestação de serviços, estando atendidos os critérios do artigo 20, § 3º, do Código de Processo Civil, fixam-se os honorários sucumbenciais em 20% (vinte por cento) sobre o valor atualizado da condenação.

Ademais, impende destacar que não obstante ser a autora beneficiária da Justiça Gratuita (fl. 81), os honorários advocatícios não se limitam ao patamar de 15% (quinze por cento), conforme preconiza o artigo 11, § 1, da Lei 1060/50, em observância ao princípio da igualdade.

Isso porque, a adoção de critérios diferenciados para a remuneração de advogado em razão de ter atuado em prol de pessoa beneficiária da Justiça Gratuita, vai de encontro com o princípio da igualdade.

Sobre o tema, leciona Yussef Said Cahali:

“Assim, editada a lei 1.060/50 sob a égide do Código de Processo Civil de 1939, na sua redação originária, com adoção primeira do princípio da sucumbência, buscou-se tão somente assegurar a retribuição devida ao patrono que tivesse assistido ao beneficiário de justiça gratuita; se o codificador de 1973, numa de suas muitas omissões, deixou de proceder à expressa adaptação da referida lei às novas regras processuais, talvez até entendendo-a desnecessária no caso, isto não significa que o limite máximo do art. 11, § 1º, tenha estagnado no tempo, restando incólume da influência dos novos critérios de fixação dos honorários de advogado, estabelecidos pela lei processual geral.

Como norma geral, os parâmetros estabelecidos pelo art. 20, § 3º, passaram a ser obrigatórios em qualquer modalidade de processo em que haja condenação e sejam cabíveis honorários de advogado independentemente da condição de miserabilidade do vencedor (in: Honorários Advocatícios. 2ª ed. São Paulo: RT, 1990, p. 151-152).

Nesse diapasão, é a jurisprudência remansosa do Superior Tribunal de Justiça:

“Quanto aos honorários, há jurisprudência da Corte no sentido de não se aplicar o limite previsto no art. 11, § 1º, da lei da assistência judiciária, presente a disciplina geral e posterior do Código de processo Civil, “ponderado ainda o princípio fundamental da igualdade das partes, independentemente de suas condições econômica” (STJ - 3ª Turma, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, REsp. 138.883/PE, j. 4-8-1998).

Destaca-se, ainda, desta Corte:

“Os honorários advocatícios do beneficiário pela justiça gratuita não estão limitados ao percentual de 15% sobre o valor condenatório, em decorrência do princípio da igualdade.” (TJSC. Apelação Cível n. 2007.063328-8, de Balneário Camboriú. Rel.Des. Monteiro Rocha, julgado em 08.10.2009)

Frente às peculiaridades do caso concreto, os honorários advocatícios devem ser arbitrados em 20% (vinte por cento) sobre o valor da condenação, conforme artigo 20, § 3º, do Código de Processo Civil.

Ante o exposto, o voto é no sentido de conhecer do recurso e dar-lhe provimento, para condenar a requerida ao pagamento de indenização por danos morais no montante de R\$ 35.000,00 (trinta e cinco mil reais), acrescido de juros moratórios no patamar de 1% (um por cento) ao mês a contar do evento danoso (Súmula 54 do Superior Tribunal de Justiça), e corrigido monetariamente desde o arbitramento (Súmula 362 do Superior Tribunal de Justiça), bem assim ao pagamento de indenização pelos danos materiais na quantia de R\$ 144,89 (cento e quarenta e quatro reais e oitenta e nove centavos), incidindo correção monetária a partir da data do desembolso de cada despesa e juros de mora a contar do evento danoso. Invertida a sucumbência, condena-se a requerida ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, fixados em 20% (vinte por cento) sobre o valor atualizado da condenação, nos termos do artigo 20, § 3º, do Código de Processo Civil.

Este é o voto.

SEGUNDA CÂMARA DE DIREITO CIVIL

APELAÇÃO CÍVEL

Apelação Cível n. 2011.096526-7, de Balneário Camboriú

Relator: Des. Trindade dos Santos

DIREITO DE FAMÍLIA. UNIÃO ESTÁVEL. AÇÕES CONEXAS. JULGAMENTO CONJUNTO. INSURGÊNCIA DO EX-COMPANHEIRO.

CONTRATO PARTICULAR DE CONVIVÊNCIA. NULIDADE DAS CLÁUSULAS QUE ESTIPULAM O REGIME DA COMUNHÃO UNIVERSAL DE BENS. COMUNICAÇÃO DE BENS ADQUIRIDOS ANTERIORMENTE À UNIÃO ESTÁVEL. MERO CONTRATO ESCRITO QUE NÃO SE EQUIVALE AO PACTO ANTENUPCIAL. ANALOGIA ÀS REGRAS DO CASAMENTO, A PAR DO QUE, A DOAÇÃO DE BENS IMÓVEIS EXIGE FORMALIZAÇÃO PRÓPRIA. NULIDADE DECRETADA.

1 De conformidade com o preceituado no art. 1.725 do Código Civil, na união estável são aplicáveis, no referente às questões patrimoniais, as regras atinentes ao regime da comunhão parcial de bens, no que couber, ressalvada a existência de contrato escrito dispondo de forma diversa. Assim, permitiu o legislador que os conviventes, mediante contrato escrito, afastassem a presunção de comunicabilidade dos bens adquiridos onerosamente na constância da convivência comum ou, simplesmente, aceitassem a presunção de comunicação dos bens adquiridos a título oneroso.

2 Não é viável, no entanto, entender-se que, na ressalva feita pela lei, se incluía a possibilidade de adotarem o regime da comunicação dos bens pré-existentes ao início da união estável mediante simples contrato escrito, equiparando-o ao pacto inicial indispensável para a validade, em se tratando de casamento,

do regime da comunhão universal de bens. Nada impede que, ainda que se trate de união estável, um dos companheiros disponha da metade de bens imóveis próprios em favor do outro, devendo fazê-lo, no entanto, através de doação, respeitadas as formalidades legais e por meio de escritura pública.

PARTILHA. REGIME DA COMUNHÃO PARCIAL À LUZ DO DISPOSTO NO ART. 1.725 DO CÓDIGO CIVIL. EXCLUSÃO DOS VALORES UTILIZADOS PARA AQUISIÇÃO DE BENS DECORRENTES DA VENDA DE BENS PARTICULARES DOS COMPANHEIROS PRÉ-EXISTENTES À UNIÃO. NÃO COMUNICAÇÃO, DE OUTRO LADO, DAS DÍVIDAS E PARCELAS DE FINANCIAMENTO ARCADAS POR UM SÓ DOS CONVIVENTES APÓS A RUPTURA DA VIDA EM COMUM. VEÍCULO CUJO DOMÍNIO É REGISTRADO EM NOME DE TERCEIRO. INVIABILIDADE DE PARTILHAMENTO.

1 Na união estável, a partilha dos bens restringe-se àqueles comprovadamente adquiridos na constância da vida em comum, independentemente do grau de contribuição monetária de cada um dos conviventes para a sua aquisição. Todavia, não se incluem no patrimônio comum os bens que, embora adquiridos na constância da união estável, o foram com valores exclusivamente pertencentes a um dos conviventes em sub-rogação a bens particulares seus (CC, art. 1.659, II).

2 A possibilidade de partilha de bem pretendido de divisão só encontra viabilização jurídica quando existente prova incontestada da sua propriedade comum. Delineada nos autos, com suficiência, a propriedade de terceiros sobre o veículo que se quer comum aos litigantes, a partilha almejada não pode ser chancelada pelo Judiciário, pena de invasão à esfera patrimonial alheia.

CAUTELAR. SEPARAÇÃO DE CORPOS. NECESSIDADE DA MEDIDA NÃO DEMONSTRADA. IMPROCEDÊNCIA. MANUTENÇÃO DO DECISUM.

Não preenchidos os requisitos para a concessão da medida cautelar pleiteada, a manutenção da decisão de improcedência é medida imperativa.

HONORÁRIOS. SUCUMBÊNCIA. REDISTRIBUIÇÃO PROPORCIONAL À DERROTA DAS PARTES.

Decaindo a parte contrária de parte dos pedidos, não podendo eles serem considerados mínimos, é de se proceder à distribuição dos ônus sucumbenciais de forma proporcional.

RECURSO DE APELAÇÃO ACOLHIDO EM PARTE.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2011.096526-7, da comarca de Balneário Camboriú (Vara da Família Órfãos Infância e Juventude), em que é apelante J. M., sendo apelada M. V:

A Segunda Câmara de Direito Civil decidiu, por unanimidade, conhecer do recurso e dar-lhe parcial provimento.

Participaram do julgamento, realizado no dia 27 de junho de 2013, os Exmos. Srs. Des. Monteiro Rocha e Gilberto Gomes de Oliveira.

Florianópolis, 2 de julho de 2013.

Trindade dos Santos
PRESIDENTE E RELATOR

RELATÓRIO

J. M. ajuizou ação cautelar de separação de corpos (autos n. 005.08.051698-4) contra M. V., pugnando o afastamento da requerida do lar conjugal, proibindo-a, ainda, de guardar distância dele no mínimo de 200 (duzentos) metros, como medida preparatória de ação de dissolução de sociedade de fato a ser aforada no prazo legal.

M. V., por sua vez, deflagrou ação de dissolução de união estável c/c alimentos e partilha de bens (autos n. 005.09.050346-0), requerendo, em síntese, a dissolução da união havida entre os litigantes, a fixação de

alimentos em seu benefício no importe de três salários mínimos, bem como a meação do patrimônio do casal, com observância do regime da comunhão universal de bens.

Simultaneamente, propôs J. M. ação de dissolução de união estável c/c anulação parcial de contrato de união estável contra M. V. (autos n. 005.09.050417-2), buscando, em suma: a) o reconhecimento e a dissolução da união estável; b) a declaração da nulidade das cláusulas 2 e 4 do contrato firmado pelas partes; c) a partilha dos bens pelo regime da comunhão parcial; d) a condenação da requerida em danos morais e perdas e danos, e e) a condenação da demandada ao pagamento de aluguéis, no valor mensal de R\$ 1.500,00, incidindo desde o dia 27-1-2009 até efetiva desocupação do imóvel.

Instruídos os feitos, o MM. Julgador singular, analisando as três demandas: a) julgou parcialmente procedentes os pedidos formulados por J. M. nos autos n. 005.09.050417-2 para somente reconhecer e dissolver a união estável vivida entre as partes; b) julgou parcialmente procedentes os pedidos formulados por M. V. nos autos 005.09.050346-0 para reconhecer e dissolver a união estável, bem como determinar a partilha dos bens pelo regime da comunhão universal; e c) julgou improcedentes os pedidos feitos por J. M. na ação cautelar aforada em face de M. V..

Irresignado com os termos da decisão, interpôs J. M. recursos de apelações únicos (2011.096527-4, 2011.096526-7 e 2011.096525-0) sustentando, inicialmente, a nulidade das cláusulas 2 e 4 do contrato de união estável, as quais estipulam o regime da comunhão universal de bens como sendo o regente da relação, uma vez que a declaração de convivência, por conter especificações sobre o citado regime, equiparou a união estável ao casamento, razão pela qual deveria ter seguido os mesmos trâmites e formalidades da Convenção Antenupcial, ou seja, ser realizado por meio de escritura pública, sob pena de nulidade.

Não sendo este o entendimento, aduziu, no que tange aos bens, ter direito a um crédito de R\$ 30.000,00 referente ao apartamento nº 1.103, do Ed. Tirol, localizado em Timbó, pago à recorrida em decorrência do desfazimento da compra do imóvel. Asseverou ser incabível a partilha do veículo Peugeot 307 – Feline, placa MHH2211, posto ser pertencente a terceiro, tendo sido objeto, inclusive, de reintegração de posse (autos n. 005.09.001785-9).

No referente ao veículo Peugeot 206, informou ter sido ele inteiramente financiado, estando o cálculo apresentado pelo MM. Magistrado singular equivocado, uma vez que não foi utilizado para fins de entrada um veículo Classe A.; Ademais, o dinheiro recebido com a entrega deste foi inteiramente utilizado pelo casal, merecendo ser excluídas da meação as parcelas do financiamento pagas após a separação de fato.

Sendo acolhidos os argumentos para anular as cláusulas do contrato de união estável referente ao regime de bens, requereu a reforma da sentença no tocante à cautelar de separação de corpos, por entender que o imóvel lhe pertence exclusivamente. Não sendo este o entendimento, postulou a análise do fato de que o imóvel está financiado, estando ele arcando sozinho com as respectivas prestações.

Asseverou terem os litigantes sido vencidos em parte dos pedidos, cabendo a ambos o pagamento das custas de forma proporcional, arcando cada qual com os honorários de seus procuradores.

Ao fim, prequestionou os arts. 104, inc. III, 107, 108, 1.245 e 1.640, § único, todos do Código Civil, para fins de eventual interposição de recurso à Superior Instância.

Aos apelos foram apresentadas contrarrazões.

Com vista dos autos, a douta Procuradoria-Geral de Justiça deixou de manifestar-se, por entender desnecessária a intervenção Ministerial no feito.

VOTO

Irresignado com os termos da sentença que, julgando simultaneamente os autos da ação cautelar de separação de corpos e a ação de dissolução de união estável por si propostas contra M. V., bem como a ação de dissolução de união estável contra si aforada pela recorrida, acolheu parcialmente os pedidos por ele formulados, condenando-o a pagar, isoladamente, as custas e os honorários advocatícios, face a sucumbência mínima da autora e também demandada, interpôs J. M. recurso de apelação único (n. 2011.096527-4, n. 2011.096526-7 e n. 2011.096525-0).

Analisando-se o conteúdo dos autos, em atenção aos dizeres irresignatórios do apelante, tem-se:

1 Da nulidade de cláusulas contratuais

Busca o recorrente a reversão da decisão que inacolheu o pedido de nulidade das cláusulas contratuais que estipulam o regime da comunhão universal de bens como sendo o regente da união estável havida entre as partes.

Aduz, para tanto, que diante do regime escolhido, o pacto de convivência firmado com sua ex-companheira, por equiparar a união estável ao casamento, deveria seguir os mesmos trâmites e formalidades da Convenção Antenupcial, realizando-se, somente, por meio de escritura pública. Até porque, ao escolher o referido regime, as partes modificaram/transferiram direitos reais sobre imóveis, cujos atos necessitam de formalização através de escritura pública, consoante disposto no art. 108 do Código Civil.

E o pleito recursal deduzido, nesse ponto, merece acolhimento!

Reconhecida e dissolvida a união estável havida entre os contendores, as relações patrimoniais entre eles existentes são regidas pelas mesmas regras atinentes ao regime da comunhão parcial de bens, ressalvada a existência de contrato escrito.

É o que determina o art. 1.725 da codificação civil de 2002, ao estatuir expressamente: “Salvo contrato escrito entre os companheiros, aplica-se às relações patrimoniais, no que couber, o regime da comunhão parcial de bens”.

Como se nota, para afastar a presunção de comunicabilidade dos bens adquiridos pelos companheiros, na constância da relação estável, exige a legislação civil simples contrato escrito, sem mencionar qualquer regra atinente a formalização do ato.

Sobre o tema, esclarece Francisco José Cahali:

Este contrato, na abrangência e finalidade aqui proposta, não reclama forma preestabelecida ou já determinada para sua eficácia, embora se tenha como necessário seja escrito, e não apenas verbal. Assim, poderá revestir-se da roupagem de uma convenção solene, escritura de declaração, instrumento contratual particular levado ou não a registro em Cartório de Títulos e Documentos, documento informal, pacto e, até mesmo, ser apresentado apenas como disposições ou estipulações esparsas, instrumentalizadas em conjunto ou separadamente, desde que contenham a manifestação bilateral da vontade dos companheiros (Contrato de convivência na união estável. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 56).

Importante ressaltar que o contrato por si só não é capaz de comprovar a existência de uma união estável, uma vez que esta, conforme preconiza o art. 1.723 do Estatuto Civil, resta configurada quando houver uma “convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família”, ficando a validade do pacto, pois, adstrita à configuração da união. De qualquer modo, é uma forma viável e eficiente de prevenir futuros litígios, caso venha a findar-se a relação.

Nas palavras de Nelson Nery Júnior e Rosa Maria Andrade:

O contrato de união estável, que a lei não proíbe (CC 1725), não tem a solenidade do casamento e é uma maneira diferente de “formalização” da situação de fato do casal, para prevenir problemas naturais da convivência e para garantir direitos dos companheiros ou conviventes, sob o ponto de vista patrimonial, disponível (Código Civil comentado. 7. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 1.215).

No que tange ao conteúdo do contrato, de mister tecer algumas considerações a respeito.

É que, embora reconhecida como entidade familiar, a união estável não é casamento, consolidando-se no mundo dos fatos a partir da convivência *more uxorio*. Por conseguinte, não comporta a escolha de um regime patrimonial como no casamento, permitindo a lei, todavia, que os conviventes ajustem a incomunicabilidade dos bens, optando, então, pela separação total ou de somente alguns bens ou, simplesmente, se submetam às regras do regime da comunhão parcial.

Nesse sentido, aliás, dispõe o *caput* do art. 5º, da Lei n. 9.278 de 1996, expressamente que:

Os bens móveis e imóveis adquiridos por um ou por ambos os conviventes, na constância da união estável e a título oneroso, são considerados fruto do trabalho e da colaboração comum, passando a pertencer a ambos, em condomínio e em partes iguais, salvo estipulação contrária em contrato escrito.

Assim, referente às questões patrimoniais, deve o contrato cingir-se à afastar a presunção de comunicabilidade dos bens adquiridos onerosamente na constância da relação. Em outras palavras: somente os bens adquiridos, a título oneroso, pelos conviventes ou por um só deles, no curso da vida em comum, é que podem ser alvo de disposição em contrato, ficando excluídos, pois, os bens particulares pré-existentes à relação.

Desta feita, poderão eles estipular, por exemplo, que tal bem será dividido na proporção de 40% para um, e 60% para o outro; ou, ainda, que o bem X ficará com um deles e o Y com o outro, a fim de afastar a presunção de comunicabilidade dos bens adquiridos na constância da união estável.

No caso em apreço, todavia, estipularam os contendores, nas cláusulas 2 e 4 do contrato particular de convivência, sem testemunhas (fls. 17 e 18 dos autos n. 005.08.051698-4), a comunicação de todos os bens, inclusive os móveis e imóveis adquiridos por cada um deles anteriormente à união, optando pelo regime da comunhão universal de bens.

Entretanto, tais disposições, ainda que pactuadas por escrito, evidenciam-se incompatíveis com a relação informal da união estável.

A respeito, leciona Euclides de Oliveira:

Normalmente o ajuste se faz com relação à futura aquisição de bens no curso da união. Mas nada impede que se estabeleçam regras sobre bens havidos antes da assinatura do contrato, desde que efetivamente adquiridos após o início da vida em comum. Por certo que a estipulação, em tais casos, haverá de ser expressa, com indicação precisa dos bens abrangidos, uma vez que não se admite mera acordância tácita decorrente de um contrato genérico.

O que se afirma diz respeito à hipótese de contrato posterior, quando já existente união estável entre as partes, estabelecendo-se, então, regras sobre a titularidade dos bens adquiridos nesse período antecedente ao contrato, mas em que já havia convivência das partes.

Quanto a bens anteriores ao início da convivência, impossível que se comuniquem de um companheiro ao outro por mero contrato escrito. A tanto não vai a eficácia desse ato, por não equivaler ao pacto antenupcial da comunhão geral de bens dos casados. Se desejada a comunhão nesses, preciso será que os companheiros celebrem o ajuste adequado, mediante instrumento de doação, com as formalidades e requisitos próprios do ato (escritura pública em se tratando de imóveis).

A eficácia do contrato cinge-se, portanto, ao seu conteúdo adequado, ou seja, sobre os bens adquiridos ou que venham a integrar o patrimônio isolado de um dos companheiros durante a convivência. Nesses limites, entende-se que o contrato possa determinar o regime de absoluta separação de bens entre as partes ou limitar a separação a determinados bens, em restrição ao regime da comunhão parcial. Também se admite, por semelhança ao regime matrimonial, que se adote o regime da participação final nos aquestos [...] (União estável: Do concubinato ao casamento - antes e depois do novo Código Civil. 6. ed. São Paulo: Método, 2003. p.161, grifo nosso).

No mesmo rumo, afirma Carlos Roberto Gonçalves:

[...] No tocante ao conteúdo do contrato de convivência, está ele circunscrito aos limites das disposições patrimoniais sobre bens havidos pelos companheiros ou por serem adquiridos durante o tempo de vida em comum, bem como, eventualmente, à administração desses bens. A convenção não pode abranger os bens anteriores ao início da convivência, uma vez que o mero contrato escrito não equivale ao pacto antenupcial da comunhão geral de bens das pessoas casadas. Somente mediante escritura pública de doação, em se tratando de bens imóveis ou de bens móveis de grande valor, poderá haver a comunhão nesses bens (Direito civil brasileiro: direito de família. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. v. 6., p. 640).

Em arremate, expõe Francisco José Cahali:

Com efeito, o contrato de convivência não teria força para transferir o domínio de um convivente para outro, pois, diferentemente do casamento, a união estável não é uma forma de aquisição da propriedade imóvel. [...] Com efeito, não consideramos o contrato de convivência, ou mesmo a união estável por si só, como constitutivo ou translativo de um direito real imobiliário, pois, para tanto, é da subsistência do ato seja promovida previamente a respectiva escritura pública, conforme dispõe o artigo 134, II, do Código Civil (art. 108, do CC/2002); e sem a transcrição (registro) do título de transfe-

rência (escritura pública) no Registro de Imóveis, não se transfere o domínio, conforme dispõe o artigo 530, I do Codex citado (art. 1.245 do CC/2002. [...] No casamento, o título é a própria certidão de casamento promovida no Cartório de Registro Civil de Pessoas Naturais, acompanhada ou não do pacto antenupcial, na medida em que o Código Civil, dependendo do regime de bens adotado, impõe a ‘comunicação de todos os bens presentes e futuros’ (CC, art. 1.667), ou, dentre outras, a ‘comunhão’ dos ‘bens adquiridos na constância do casamento por título oneroso, ainda que só em nome de um dos cônjuges’ (CC, art. 1.660, I) (obr. cit., p. 146-147).

Linhas após, mais precisamente às páginas 203 e 204, ressalta o mesmo doutrinador:

Com efeito, os bens particulares não podem ser objeto de destinação entre os companheiros mediante disposições genéricas inseridas no contrato de convivência; vale dizer: a convenção é inadequada para tornar comum patrimônio anterior à união, ou adquirido durante a convivência a título gratuito. Desejando os conviventes a comunicação desses bens, devem promovê-la por meio do instituto próprio, que é a doação, inclusive com os encargos tributários e formalidades inerentes a esse negócio jurídico. Dessa forma, querendo o companheiro compartilhar seu patrimônio existente com a companheira, deve doá-los, na proporção desejada, inclusive por intermédio de instrumento público, se forem imóveis.

Se assim não o fizer, o contrato de convivência apenas prevendo a comunicação desses bens não terá a mesma finalidade, representando apenas promessa de doação que, como tal, até admite o arrependimento (grifo nosso).

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

Vale dizer, tais disposições contratuais são incompatíveis com a união estável, pois, diversamente do pacto antenupcial realizado pelos nubentes – em que para a fixação do regime da comunhão universal é exigida a formalização do ato por meio de escritura pública, operando efeito perante terceiros após o respectivo registro, em livro especial, pelo oficial do Registro de Imóveis do domicílio dos cônjuges –, o contrato particular de convivência prescinde de qualquer formalidade para alcançar eficácia, exigindo-se, unicamente, seja ele escrito.

Dessa forma, é incoerente facultar aos conviventes que, por meio de simples pacto particular, sem testemunhas, possam eles convencionar o que bem entenderem quanto aos bens pré-existentes à relação, efetuando doações recíprocas de bens imóveis, sem qualquer observância das formalidades exigidas, sob pena de atingir direito de terceiros.

In casu, as partes possuem filhos, são sócios-cotistas de sociedades, não podendo estes serem atingidos por meio de simples vontade momentânea dos litigantes, mormente quando se tem que a união entre os litigantes se alongou por pouco mais de um ano.

Aliás, pensando nisso, ou seja, na proteção dos direitos, não só dos conviventes, mas também de terceiros, é que se aplicam aos maiores de 70 anos o disposto no art. 1.641, inc. II, do Código Civil, obrigando os companheiros idosos às disposições do regime da separação total.

Com efeito, não pode a união estável, deferir aos conviventes, ou a um deles, mais benefícios ou vantagens do que o casamento, considerando que ambos os institutos gozam de proteção estatal.

Nos dizeres de Arnaldo Rizzardo:

[...] já que tanto o casamento como a união estável merecem a proteção do Estado (art. 226, § 3º, da CF), não se permite que a um instituto se dê mais proteção ou vantagens relativamente ao outro. Nesta linha, importante revela-se a diretriz do art. 1.641 do Código Civil, impondo que é obrigatório o regime da separação de bens no casamento de pessoa maior de setenta anos (Direito de família. 8. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 838).

Assim, por exigir a legislação que no casamento haja publicidade na escolha do regime da comunhão universal, mediante escritura pública, resguardando possíveis direitos de terceiros, é que se conclui não ter tido o legislador facultado aos companheiros a escolha de um regime de bens (art. 1.725 do CC). Até porque, se assim pretendesse, certamente exigiria, ao menos, que o contrato fosse estabelecido mediante escritura pública, em se tratando de disposição patrimonial pré-existente à relação informal.

Assentou, sobre a matéria, o colendo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

APELAÇÃO. AGRAVO RETIDO. UNIÃO ESTÁVEL E PARTILHA. CONTRATO PARTICULAR DE UNIÃO ESTÁVEL, COM ADOÇÃO DO REGIME DA COMUNHÃO UNIVERSAL DE BENS. OITIVA DAS TESTEMUNHAS E PERÍCIA. NECESSIDADE.

Partes que celebraram um contrato particular de união estável, assinado por duas testemunhas, no qual adotaram o regime da comunhão universal de bens. Sentença que decidiu nula a cláusula de adoção do regime da comunhão universal, por simulação. Agravo retido que atacou o indeferimento de produção de prova oral, com a qual a parte recorrente pretendia provar a data em que o contrato particular de união estável foi assinado. Mas a data em que o contrato foi assinado é irrelevante, pois o regime da comunhão universal de bens é incompatível com a união estável.

NEGARAM PROVIMENTO AO AGRAVO RETIDO. NEGARAM PROVIMENTO AO APELO (Ap. Cív. n. 70053113783, 8ª CCív., rel. Des. Rui Portanova, j. 2-5-2013, grifo nosso).

UNIÃO ESTÁVEL. RECONHECIMENTO. COMPANHEIRA JÁ FALECIDA. TERMO INICIAL. PROVA. EXISTÊNCIA DE ESCRITURA PÚBLICA DE UNIÃO ESTÁVEL ESTABELECENDO O REGIME DA COMUNHÃO UNIVERSAL DE BENS. DESCABIMENTO. PARTILHA.

1. Constitui união estável a convivência sob o mesmo teto, com publicidade e notoriedade, evidenciando a comunhão de vida e de interesses.
2. Deve ser reconhecida a entidade familiar no período em que o casal conviveu more uxório, que, diante do conjunto probatório, iniciou em 2007 e cessou com o óbito da companheira, em fevereiro de 2009.
3. Salvo contrato escrito dispondo o contrário, a união estável é regida pelo regime da comunhão parcial e devem ser partilhados, de forma igualitária, os bens adquiridos a título oneroso, na constância da vida em comum.
4. Embora entidade familiar, a união estável não é casamento e, obviamente, não comporta escolha de regime matrimonial de bens, podendo os conviventes ajustarem a incomunicabilidade dos bens, mediante contrato escrito, ou se submeterem ao regime legal de bens do casamento, consoante expressa previsão do art. 1.725 do CCB, mas o regime da comunhão universal de bens é incompatível com essa relação informal. Recurso provido, em parte (Ap.Cív. n. 70049360415, 7ª CCív., rel. Des. Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, j. 29-8-2012, grifo nosso).

Certo está que julgados existem que se colocam em oposição do entendimento aqui por nós defendido, como exemplifica o acórdão assim ementado:

Reconhecimento e dissolução de união estável, com pedidos cumulativos de declaração de nulidade de contrato de convivência e da partilha de bens - Sentença de parcial procedência - Apelo do autor - Contrato de convivência - Desnecessidade de instrumento público - Declaração de vontade que só necessita de forma especial quando expressamente previsto em lei - Má-fé da apelada não configurada - Ausência de vedação a quem não possui bens de firmar contrato de convivência com as regras análogas às de casamento sob o regime da comunhão universal de bens - Sentença mantida - Apelo desprovido (TJSP, Ap. Cív. n. 994.07.020987-6, de Dois Córregos, rel. Des. João Carlos Garcia, j. 30-3-2010).

Diante do exposto, por ser o regime da comunhão universal de bens incompatível com a união estável e, em analogia à proteção estatal dada ao casamento, é de se declarar nulas as cláusulas contratuais ns. 2 e 4 do pacto de convivência, reformando o decisum singular nesse tópico.

2 Da partilha de bens

Em razão da anulação das cláusulas contratuais que estipulavam o regime da comunhão universal como sendo o regente da relação vivida pelos litigantes, de mister a readequação da partilha dos bens, em obediência às normas atinentes ao regime de comunhão parcial, conforme disposto no art. 1.725, do Código Civil.

Segundo ressaí do teor do art. 1.658 do mesmo diploma, no regime da comunhão parcial comunicam-se apenas os bens adquiridos na constância da convivência, que, no caso em tela, iniciou-se em agosto de 2007 (conforme confessado pelo próprio apelante à fl. 3 da ação cautelar), tendo o término do relacionamento ocorrido em 15-1-2009.

No que tange aos bens indicados à partilha pelos litigantes, narra a sentença singular:

No caso dos autos a companheira diz que as partes possuíam os seguintes bens:

a) apartamento nº 2002, do edifício Sonnen Plats Reside, localizado nesta cidade e comarca; b) veículo Peugeot 307 ano 2006; c) veículo Peugeot 206 ano 200/2004; d) uma cama King Size, dois sofás brancos de couro, um aparelho de televisão de 29 polegadas, Slim, Cedira em couro e Junco, um aparelho de DVD, refrigerador Eletrolux DFW48 F. Free, mesa com seis cadeiras junco e vidro, quatro banquetas alta, uma cuba para cozinha, aspirador de pó, liquidificador Mondial, sanduicheira NKS Press, micro-ondas, forno elétrico, fogão de mesa, louças e acessórios, tapetes, cortinas e decorações, máquina de lavar roupa, tanque de fibra, colchões, cama de casal box, acessórios para cozinha e banheiros, cama mesa e banho; e) conjunto armário

Closet, 2 (dois) balcões de banheiro, cuba em porcelana, 2 (dois) conjuntos de armários grande embutido, escrivaninha, móvel extenso embutido com painéis para TV; f) conjunto embutido em granito preto e mesa de vidro sobreposta e; g) 33% (trinta e três por cento) da empresa NM Master.

Além desses, o companheiro incluiu os seguintes bens da outra parte:

g) apartamento n.º 1.103 do edifício Tirol na cidade de Timbó e; h) empresa Paxway viagens e Turismo.

Postas essas digressões, passa-se a análise individual dos bens, ressaltando, desde logo, que os respectivos valores deverão ser apurados em liquidação de sentença.

2.1 Apartamento n.º 2.002, do Edifício Sonnen Platz Residence, situado na cidade de Balneário Camboriú

Extrai-se do contrato de compra e venda (fls. 21 a 28 dos autos da ação cautelar) que os litigantes adquiriram o imóvel em discussão em 2-4-2008, ou seja, na constância da união estável.

Todavia, como forma de pagamento, foi dado a título de entrada o valor de R\$ 180.000,00 (cento e oitenta mil reais) referente a um imóvel pertencente ao apelante, adquirido por ele anteriormente ao início da vida em comum com a recorrida (fls. 33 a 35).

Aludido apartamento foi alienado pelo preço total de R\$ 353.200,00 (trezentos e cinquenta e três mil e duzentos reais), representando o valor do apartamento dado de entrada pelo insurgente (R\$ 180.000,00), pois, a 50,66% (cinquenta e sessenta e seis por cento) do bem adquirido, percentual esse que tocará, com exclusividade, ao apelante, dividindo-se entre os litigantes os restantes 49,34% (quarenta e nove e trinta e quatro por cento).

A propósito, ressaltou este Tribunal:

[...] Assim, comprovado que o imóvel no qual residiam os litigantes teve parte de seu pagamento realizado com valores oriundos da venda de outro bem que pertencia somente ao convivente, deve ser descontada da divisão a quantia por ele investida. III - Incontroverso que após a separação de fato o valor do financiamento foi suportado exclusivamente pelo varão, tal montante deve ser descontado no momento da realização da partilha (Ap. Cív. n. 2012.009347-3, de Jaraguá do Sul, rel. Des. Joel Figueira Júnior, j. 11-4-2013).

Acresça-se a isso, que:

União estável. Convivência duradoura e contínua. Reconhecimento. Vida “more uxorio”. Dispensa. Bens e dívidas. Meação. Conviventes. Participação. Prova. Alimentos. Necessidade. Demonstração. Ausência. Dano moral. Ressarcimento. Inviabilidade. Relacionamento. Desgaste gradual.

Reconhece-se a união estável no período em que evidenciada a convivência duradoura e contínua dos envolvidos, como uma entidade familiar.

A vida sob o mesmo teto, “more uxorio”, é dispensável à caracterização da união estável.

A meação deve se limitar aos bens e dívidas existentes ao tempo do rompimento da relação e que, segundo a prova produzida, foram adquiridos durante a união estável dos conviventes e com a participação destes, ainda que indireta [...] (TJMG, Ap. Cív. n. 1.0024.97.070578-6/001, de Belo Horizonte, rel. Des. Almeida Melo, j. 24-6-2004).

De outro lado, a quantia de R\$ 73.200,00 (setenta e três mil e duzentos reais), seria paga na forma de 4 (quatro) reforços mensais de R\$ 18.300,00 (dezoito mil e trezentos reais), a vencerem-se em 15 de abril de 2009, 15 de abril de 2010, 15 de abril de 2011 e 1 de abril de 2012; ou seja, esses reforços venceram-se e foram pagos após o término da união estável mantida entre os litigantes, união estável que, conforme ressei dos autos, findou-se em 15 de janeiro de 2009.

Assim, esse valor de R\$ 73.200,00 (setenta e três mil e duzentos reais) não há de ser partilhado, pois que pago exclusivamente pelo varão, após a dissolução da vida em comum que manteve ele com a recorrida.

Como saldo devedor, assumiram os contendores o pagamento de 50 (cinquenta) parcelas iguais e consecutivas de R\$ 2.000,00 (dois mil reais), com vencimento inicial em 15 de maio de 2008 e término em 15 de julho de 2012.

Resulta disso, então, que tendo a vida em comum do apelante e da recorrida perdurado até 15-1-2009, apenas 9 (nove) das parcelas mensais avençadas venceram-se e foram pagas pelos dois, restando em favor da recorrida apenas a meação de R\$ 18.000,00 (dezoito mil reais), equivalendo seu crédito, em decorrência, ao valor de R\$ 9.000,00 (nove mil reais).

Destarte, em percentuais, no imóvel em epígrafe – apartamento n.º 2.002, do Edifício Sonnen Platz Residence, localizado em Balneário Camboriú, faz jus a apelada apenas ao percentual de 2,26% (dois e vinte e seis por cento), tocando ao insurgente, pois, o equivalente a 97,74% (noventa e sete e setenta e quatro por cento).

2.2 Apartamento n.º 1.103 do Edifício Tirol, localizado na cidade de Timbó

Conforme se infere do Instrumento Particular de Distrato que repousa às fls. 239 e 240 dos autos da ação cautelar de separação de corpos, a compra do apartamento em comento foi desfeita, gerando um crédito de R\$ 30.000,00 (trinta mil reais) em benefício da recorrida.

Todavia, referido crédito pertence exclusivamente à apelada, porquanto o distrato foi realizado anteriormente ao início da união estável das partes, ou seja, em 26-9-2006.

2.3 Bens móveis que guarnecem a residência comum

Consoante expressa o art. 1.662 do Código Civil: “No regime da comunhão parcial, presumem-se adquiridos na constância do casamento os bens móveis, quando não se provar que o foram em data anterior”.

Em sendo assim, devem ser partilhados, na proporção de 50% para cada um dos litigantes, todos os bens móveis que guarnecem a residência do casal, à exceção daqueles discriminados às fls. 45, 56 e 57 (autos n. 005.09.050346-0), porquanto comprovadamente adquiridos com exclusividade pela recorrida em data anterior ao começo do relacionamento estável, datando as aquisições desses bens do ano de 2006.

Por derradeiro, tendo em vista que alguns bens móveis foram comprados de forma parcelada, deverão ser igualmente divididas as dívidas deles decorrentes, vencidas após a separação de fato, já que foram os bens revertidos em prol do casal.

2.4 Veículo Peugeot 307

De início, vale destacar que, em análise detida dos autos, verificou-se a impossibilidade de conferir-se qualquer direito de meação do automóvel em apreço à recorrida.

É que, como é sabido, para haver a divisão dos bens do casal, deve-se demonstrar indubitavelmente a propriedade destes, com a existência do respectivo título em nome de ao menos um dos cônjuges; caso contrário, devem eles ser excluídos da partilha.

A propósito, colhe-se da jurisprudência:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE PARTILHA DE BENS. CASAMENTO PELO REGIME DA COMUNHÃO UNIVERSAL. PRETENSÃO DE PARTILHA DE BENS MÓVEIS. AUSÊNCIA DE PROVA ACERCA DA PROPRIEDADE.

Somente a prova da propriedade quanto aos bens almejados torna viável a sua inclusão no rol de bens a partilhar, principalmente quando há possibilidade de se invadir a esfera patrimonial de terceiros. NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO (TJRS, Ap. Cív. 70037305281, rel. Des. Alzir Felipe Schmitz, j. 14-7-2011).

Em que pesem as afirmações da recorrida de que, na verdade, o veículo Peugeot 307, ano 2006, placa MHH-2211, registrado em nome da empresa Sistemas Blumenau Ltda., é de propriedade de seu ex-companheiro, as provas carreadas aos autos não são suficientes para demonstrar tal afirmação.

Com efeito, não há qualquer referência de que os documentos constantes de fls. 25 e 31 (autos n. 005.09.050346-0) se referem ao bem em discussão.

Ademais, por ser o recorrente funcionário da empresa proprietária do veículo, é normal que se utilize dele diariamente, porquanto a tanto autorizado pela proprietária do bem.

Não bastasse isso, referido automóvel está sendo alvo de ação de reintegração de posse, promovida pela empresa Sistemas Blumenau (autos n. 005.09.001785-9), cujo pedido liminar lhe foi, inclusive, favorável.

Portanto, não havendo condições legais de partilhar bem pertencente a terceiro, é de se excluir da partilha referido veículo.

2.5 Veículo Peugeot 206

Consta como prova a ser considerada para fins de verificação do *quantum* devido para cada convivente que, conforme intermediação n.º 46/nov, anexada à fl. 31-A dos autos n. 005.09.050346-0, os litigantes adquiriram um veículo Peugeot 206, ano 2003, placa MCJ-7916, pelo preço de R\$ 30.900,00 (trinta mil e novecentos reais), efetuando o pagamento

por meio de uma entrada, no valor de R\$ 20.900,00 (vinte mil e novecentos reais), representada pelo carro Mercedes Classe A, ano 1999, placa MEC-7007, de propriedade exclusiva da apelada.

Ocorre que, além de assumir a dívida de R\$ 10.000,00 (dez mil reais) para efetivação da compra do automóvel, os litigantes financiaram a mais o valor de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais), totalizando um débito de R\$ 30.000,00 (trinta mil reais), que seriam pagos em 60 parcelas de R\$ 785,55 (setecentos e oitenta e cinco reais e cinquenta e cinco centavos).

Assim, deve-se considerar que a negociação realizada pelos contendores reverteu-se em prol do casal, cabendo, por conseguinte, a ambos o pagamento total da dívida assumida (R\$ 47.133,00), restituindo-se à apelada, contudo, o valor utilizado referente ao veículo Mercedes Classe A (R\$ 20.900,00), já que por si adquirido anteriormente à união estável (no ano de 2006 – fl. 35 dos autos n. 005.09.050346-0), partilhando-se o automóvel Peugeot 206, na proporção de 50% para cada um dos litigantes.

2.6 Cotas das empresas NM Master e Paxway Viagens e Turismo

Na espécie, é fato incontroverso que o recorrente é sócio-cotista da empresa NM Master, representado pelo percentual de 33% (trinta três por cento), sendo a apelada, por sua vez, sócia da empresa Paxway Viagens e Turismo.

Sem maiores digressões, é de considerar-se que, conforme se infere dos autos, em ambos os casos, os litigantes associaram-se às referidas empresas em momento anterior à união estável, razão pela qual não há como proceder-se a partilha das respectivas cotas societárias.

3 Cautelar de separação de corpos

Pretende o insurgente a reversão da sentença que julgou improcedente o pedido de separação de corpos, por não estar comprovado um dos requisitos necessários à concessão da medida, qual seja, o *fumus boni iuris*.

Sem maiores digressões sobre o caso, vale destacar, de início, que o pleito não merece acolhida.

No caso em apreço, consignou o insurgente que o afastamento da ex-companheira do lar conjugal fazia-se necessário, tendo em vista que o imóvel é de sua inteira propriedade. Todavia, tal argumento não é hábil para modificar o decisum, pois, tendo o apartamento do casal sido adquirido na constância da união estável, ainda que parte dele tenha sido pago com valores advindos da venda de um bem particular do apelante, dado a título de entrada para a aquisição do imóvel do casal, parte deste também pertence à recorrida, que auxiliou no pagamento das parcelas do financiamento na constância do relacionamento, com os efeitos da partilha antes determinada só se fazendo concretos após o trânsito em julgado do presente acórdão.

Aí então, desde que pago pelo apelante a porção ideal tocante à recorrida - 2,26% - passará ela a deter a propriedade exclusiva do imóvel em questão, tendo, então, direito a ser reintegrado, na via processual própria, na posse plena e exclusiva do apartamento em referência.

Ademais, é evidente a falta de interesse do apelante, em face da perda superveniente do objeto da medida pugnada, vez que no curso da demanda acautelatória teve contra si expedido mandado judicial que determinou o seu afastamento do lar conjugal, bem como o proibiu de aproximar-se da recorrida e de seus familiares (fl. 212), medidas protetivas aplicadas em decorrência de agressões físicas e verbais por ele postas em prática contra sua ex-convivente.

A separação de corpos, na união estável, tem por escopo evitar possíveis animosidades, resguardando-se a integridade física e psicológica dos companheiros que podem aumentar diante do ingresso da ação dissolutória; todavia, já estão os contendores separados de fato há quase quatro anos e meio, não havendo razões para reverter-se o decisório; até

porque, a parte sentencial que decretou a dissolução da união estável já transitou em julgado, cessando os deveres de ambos quanto à relação.

Por tais razões, mantém-se a decisão vergastada, nesse tópico.

4 Dos ônus sucumbenciais

Reformado o decisum atacado para declarar a nulidade das cláusulas ns. 2 e 4 do contrato de convivência firmado entre as partes, procedendo-se à readequação da partilha dos bens amealhados na constância da união estável pelo regime da comunhão parcial, vislumbra-se ter a recorrida decaído de parte considerável dos pedidos formulados nas ações.

Nos autos da apelação cível n. 2011.096527-4 verifica-se que o apelado foi vencido quanto aos pedidos de fixação de danos morais, perdas e danos e fixação de alugueres, enquanto venceu nos pedidos de dissolução de união estável, nulidades das cláusulas ns 2 e 4, e aplicação do regime da comunhão parcial de bens, decaindo de metade dos pedidos.

Na demanda aforada pela recorrida (Ap. Cív. 2011.096526-7), ela foi vencida nos pedidos de alimentos e na divisão dos bens pelo regime da comunhão universal, sendo a partilha por si requerida realizada pelo regime da comunhão parcial. Quanto à reconvenção, desistiu o insurgente do pleito antes da sentença, sendo o pedido extinto.

Na ação cautelar de separação de corpos o recorrente decaiu totalmente dos pedidos.

Assim sendo, no que diz respeito aos ônus sucumbenciais está a merecer reforma a sentença vergastada, a fim de se acolher parcialmente o pleito do recorrente, apenas para, nos autos das apelações n. 2011.096527-4 e 2011.096526-7, condenar os litigantes ao pagamento dos ônus sucumbenciais – custas e honorários advocatícios – de forma recíproca, fazendo incidir o art. 21 do Estatuto Procedimental Civil, de acordo com o qual: “Se cada litigante for em parte vencedor e vencido,

serão recíproca e proporcionalmente distribuídos e compensados entre eles os honorários e as despesas”.

Reiteradamente, sobre o assunto, tem expressado este Tribunal:

Provido o recurso e tendo o autor decaído de parte significativa do pedido, devem os honorários advocatícios e as custas processuais serem proporcionalmente distribuídos entre as partes (EDACiv. n. 39.622, de Canoinhas, rel. Des. Newton Trisotto).

Se a parte obtém menos do que pleiteou, e a diferença não possa ser considerada parte mínima do pedido, a sucumbência por óbvio deverá ser recíproca (Ap. Cív. n. 40.046, da Capital, rel. Des. Álvaro Wandelli).

No que tange aos honorários, procedendo-se à divisão do valor fixado pelo Magistrado a quo, arbitro em R\$ 2.250,00 o valor devido pelo recorrente à parte adversa, e em R\$ 1.750,00 os devidos pela apelada.

Contudo, sendo a recorrida beneficiária da gratuidade judiciária, deferidos à ela na instância singular, impõe-se a suspensão da cobrança das custas e honorários advocatícios pelo período de 5 (cinco) anos, de acordo com o disposto no art. 12 da Lei n. 1.060/1950.

Por todo o exposto, é de se dar parcial provimento ao reclamo deduzido para, declarando nulas as cláusulas dois e quatro do contrato de convivência firmado pelos litigantes, partilhar os bens adquiridos na constância da união estável em consonância com o disposto no art. 1.725 do Código Civil, pelo regime da comunhão parcial de bens, readequando-se os ônus sucumbenciais das ações aforadas.

Este é o voto.

TERCEIRA CÂMARA DE DIREITO CIVIL

AGRAVO DE INSTRUMENTO

Agravo de Instrumento n. 2013.037462-0, de Blumenau

Relatora: Desa. Maria do Rocio Luz Santa Ritta

AÇÃO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE. DESISTÊNCIA DA AÇÃO APENAS PELO CÔNJUGE VARÃO. NECESSIDADE DE SEU CONSENTIMENTO PARA CONTINUIDADE DO PROCESSO PELA VAROA. ART. 10, § 2º, DO CPC. EXIGÊNCIA DE QUE A CONCORDÂNCIA SEJA MATERIALIZADA EM DECLARAÇÃO PRÓPRIA QUE SE AFIGURA DESARRAZOADA. MANIFESTO CONFLITO DE INTERESSES ENTRE OS AUTORES. INTIMAÇÃO DO CÔNJUGE DESISTENTE PARA MANIFESTAÇÃO ACERCA DA CONTINUIDADE DO FEITO, DE MODO A POSSIBILITAR EVENTUAL SUPRIMENTO JUDICIAL. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento n. 2013.037462-0, da comarca de Blumenau (Unidade Judiciária da Furb), em que é agravante Angela Kohler e agravados Jodeli Antonio Kohler e outro:

A Terceira Câmara de Direito Civil decidiu, por unanimidade, dar provimento parcial ao recurso para determinar a intimação de Bernardo Oscar Kohler para que, no prazo de 15 dias, manifeste perante o juízo singular se consente com a retomada da marcha processual e, em caso negativo, as razões de sua recusa. Custas legais.

O julgamento, realizado nesta data, foi presidido pelo Exmo. Sr. Des. Fernando Carioni, com voto, e dele participou o Exmo. Sr. Des. Saul Steil.

Florianópolis, 3 de setembro de 2013.

Maria do Rocio Luz Santa Ritta
Relatora

RELATÓRIO

Trata-se de agravo de instrumento interposto por Angela Kohler em face da decisão proferida pela MMª Juíza de Direito da Unidade Judiciária da Furb da comarca de Blumenau que, na ação de reintegração de posse ajuizada contra Jodeli Antonio Kohler e Elaine de Fátima, determinou a apresentação de declaração com firma reconhecida do cônjuge desistente consentindo com a retomada da marcha processual, sob pena de extinção do processo sem resolução de mérito.

Em síntese, alega que a decisão agravada obstaculizou o exercício do seu direito de ação. Sustenta que seu cônjuge “já se encontra na posse do imóvel, sendo óbvio que não vai consentir com o prosseguimento da ação, pois macumunou-se com o próprio filho e nora para alijar a autora de seus direitos”. Requer o provimento do recurso para que seja dado regular prosseguimento ao feito.

O pedido de efeito suspensivo foi deferido, conforme decisão de fls. 61-64.

Sem as contrarrazões, vieram-me os autos.

VOTO

Angela Kohler e Bernardo Oscar Kohler ajuizaram ação de reintegração de posse contra Jodeli Antonio Kohler e Elaine de Fátima. Como causa de pedir, alegaram que os réus, seu filho e companheira, lhes destituíram da posse do imóvel que lhes servia de residência.

Em audiência de justificação prévia, as partes requereram a suspensão do processo pelo prazo de 90 dias para tentarem uma composição. Ajustou-se ainda que “caso não haja composição, os autores desde já desistem da ação, arcando somente com o pagamento das custas processuais que, todavia, são beneficiários da justiça gratuita (fl. 18)”. Os réus concordaram o pedido de desistência, tendo a juíza singular deferido o pedido de suspensão do feito (fl. 33).

No curso do prazo de suspensão, os autores peticionaram informando o seguinte:

A primeira requerente pretende exercer o seu direito de retratação em relação à desistência da ação manifestada na audiência do dia 25/02/2013, e requer o prosseguimento do feito em todos os seus termos culminando com a reintegração de posse.

O segundo requerente, por seu turno, pretende desistir da ação, pois já se encontra em pleno gozo de sua posse, não havendo interesse na continuidade do feito. (fls. 35-36)

À vista disso, a magistrada singular entendeu por bem determinar a apresentação de declaração com firma reconhecida do cônjuge desistente consentindo com a retomada da marcha processual, sob pena de extinção do processo sem resolução de mérito (fl. 37).

Com efeito, dispõe o art. 10, § 2º, do CPC que “nas ações possessórias, a participação do cônjuge do autor somente é indispensável nos casos de composesse ou de ato por ambos praticados”.

O dispositivo presume que, em se tratando de comosse, os interesses dos cônjuges sejam harmônicos no tocante à pretensão possessória, o que advém da existência do vínculo matrimonial. Todavia, pode ocorrer de esses interesses, inicialmente harmônicos, se tornarem opostos no curso do processo, hipótese bastante improvável, mas, ao que tudo indica, ocorreu no caso em tela.

In casu, verifico que o autor foi restabelecido na posse do imóvel, não tendo, portanto, interesse na continuidade do processo, razão pela qual informou a sua desistência. Já a autora, por motivos não esclarecidos, não foi reintegrada na posse do bem, de modo que requereu a retomada da marcha processual.

Assim, a capacidade processual do cônjuge que resolve continuar no processo depende do consentimento daquele que dele deixou de participar, à vista da exigência do art. 10, § 2º, do CPC.

Dessa forma, acertado o controle ex officio desse pressuposto processual pelo juízo singular, medida que visa evitar futuras pretensões almejando a invalidação de atos e/ou o ajuizamento de ação rescisória contra futura sentença.

Todavia, exigir que tal consentimento seja materializado por meio de declaração com firma reconhecida é formalidade que atenta à igualdade processual, sobretudo quando vislumbrada a existência de conflito de interesses entre os próprios autores. Tal conflito é visualizado pela tomada de direções opostas no curso do processo e pela alegação da agravante de que o marido não concorda com a continuidade do processo, pois “macumunou-se com o próprio filho e nora para alijar a autora de seus direitos”.

Nesse peculiar contexto, a exigência do juízo singular, alocada como condição única à continuidade do processo, afronta o direito de ação da autora (art. 5º, XXXV, da CF), que, na mesma medida que seu marido, possui direito à proteção possessória caso comprovado o alegado esbulho.

Assim e levando em conta o poder geral de cautela do juiz deve o cônjuge desistente ser intimado para se manifestar acerca da retomada do processo. Se silenciar, presume-se o seu consentimento; se negar, deverá indicar as razões de sua recusa para que a autora possa se valer do suprimento judicial disposto no art. 11 do CPC, no qual se discutirá a razoabilidade (ou não) da negativa.

Isso posto, voto pelo provimento parcial do recurso para determinar a intimação de Bernardo Oscar Kohler para que, no prazo de 15 dias, manifeste perante o juízo singular se consente com a retomada da marcha processual e, em caso negativo, as razões de sua recusa.

QUARTA CÂMARA DE DIREITO CIVIL

APELAÇÕES CÍVEIS

Apelação Cível n. 2012.085336-7, de Itaiópolis.

Relator: Des. Eládio Torret Rocha

DIREITO DE FAMÍLIA. GUARDA DE ADOLESCENTE, CONTANDO 14 (QUATORZE) ANOS DE IDADE, PRETENDIDA PELO PAI. ELEMENTOS PROBATÓRIOS QUE INDICAM SEREM AMBOS OS GENITORES POSSUIDORES DE IGUAIS CONDIÇÕES FINANCEIRAS, MORAIS E SOCIAIS PARA EXERCEREM O ENCARGO. EXPRESSA MANIFESTAÇÃO DE VONTADE DO INFANTE NO SENTIDO DE RESIDIR COM O PAI, DADO QUE A MÃE, PRIMITIVA GUARDIÃ, MUDARA-SE PARA OUTRA CIDADE, AFASTADA DE ONDE NASCEU E CRESCEU O MENOR, E, INCLUSIVE, ONDE VIVEM OS AVÓS PATERNOS E A AVÓ MATERNA. DECISÃO LIVRE, CONSCIENTE E MOTIVADA QUE DEVE SER SOPESADA NA OUTORGA DA GUARDA (ARTS. 16, INC. II, 28, § 2º, 45, § 2º, E 100, INC. XII, DO ECA). PRECEDENTES DA CÂMARA E DA CORTE. MANIFESTAÇÃO ACOLHIDA. RECURSO IMPROVIDO.

Em sede de disputa de guarda de adolescente, revelando, a prova, possuírem ambos os genitores semelhantes condições sociais, econômicas e morais para o exercício responsável do encargo, deve o julgador tomar em conta, como fator definidor da outorga, a manifestação de vontade livre, consciente e motivada do infante, dado de se presumir já presente ele o discernimento necessário para optar por residir na companhia de um ou outro genitor.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2012.085336-7, da comarca de Itaiópolis (Vara Única), em que é apelante V. Z. e apelado L. F. 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 Jorge Luis Costa Beber.

Florianópolis, 25 de julho de 2013.

Eládio Torret Rocha
PRESIDENTE E RELATOR

RELATÓRIO

Sentença lançada pelo magistrado Gilmar Nicolau Lang — cujo relatório adoto (fls. 118/120) — julgou procedente o pedido formulado na ação de modificação de guarda n. 032.12.000496-0, da comarca de Itaiópolis, ajuizada por L. F. K. contra V. Z., a fim alterar a guarda do menor L. W. K., que passará a ser exercida pelo genitor.

Inconformada com o teor do decisório, apelou a vencida (fls. 140/143), alegando, como forma de obter o provimento do reclamo, que: a) a prova testemunhal demonstrou inequivocamente que o genitor há muitos anos não exerce atividade laborativa, encontrando-se desempregado e morando de favor com seus pais; b) evidenciou-se, igualmente, que o apelado tem hábitos incompatíveis com o exercício da guarda de um adolescente, na medida em que é dado à embriaguez; c) se o menor permanecer sob a guarda paterna, estará liberto de qualquer tipo de vigilância e disciplina; d) desde que passou a residir com o pai, o adolescente vem praticando arruaças diversas e o seu temperamento modificou completamente; e) há suspeitas de que o filho, desde que se libertou da

guarda materna, venha fazendo uso de cigarros e entorpecentes, além de estar se aventurando perigosamente nas rodovias e ferrovias da cidade a bordo de seu skate; f) na prática, o garoto reside mais com a avó materna do que no domicílio paterno, circunstância que desconfigura o exercício responsável da guarda; g) na companhia da mãe o menor possuirá melhores condições de vida, dado que ela planeja mudar-se para um pólo urbano com melhores oportunidades de estudo e emprego; h) deve ser modificada a sentença, para o fim de que permaneça o adolescente sob a guarda da mãe, por revelar-se medida mais adequada para o seu saudável desenvolvimento psicológico e moral.

Respondendo ao reclamo (fls. 150/154), 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, primeiramente, pelo não conhecimento do reclamo, ou, subsidiariamente, pelo conhecimento e improvimento do apelo.

Este é o relatório.

VOTO

A questão fática é a seguinte: L. F. K. ajuizou ação de modificação de guarda em face da ex-esposa, V. Z. — a quem, segundo acordo judicialmente homologado, competia o exercício da guarda sobre o menor L. W. K., de 14 (quatorze) anos —, sustentando que o adolescente manifestou inequívoca intenção de com ele residir, em razão, sobretudo, dos constantes desentendimentos havidos com a mãe e, igualmente, pelo fato de que ela resolveu fixar domicílio na cidade de Mafra-SC, a despeito de sua vontade de permanecer residindo em Itaiópolis-SC.

Asseverou o autor, outrossim, que o menor está, de fato, sob sua guarda desde a data de 12.04.2012 e, ainda, que essa circunstância

ensejou a propositura, pela genitora, da ação de busca e apreensão n. 032.12.001095-1, processada conjuntamente em apenso.

Após oportunizar o contraditório e a produção de provas documentais e orais — inclusive mediante a oitiva do menor —, o Magistrado, em sentença una, rejeitou o pedido formulado na ação cautelar de busca e apreensão e acolheu o pleito modificatório da guarda, a fim de que seja exercida unilateralmente pelo genitor. Contra esse capítulo do decisório insurge-se a genitora, em apelo que ora cuida de deslindar.

Saliento, preambularmente, não comungar do entendimento que norteia a promoção ministerial, em sua primeira parte, no que invoca eventual violação do princípio da dialeticidade como fundamento para não se conhecer do recurso interposto. E isto porque, a meu sentir, a apelante desincumbiu-se do ônus de declinar, nas razões do apelo, o lastro fático e jurídico que arrima a irresignação. Fê-lo, em verdade, sustentando que, embora seja a vontade do adolescente a modificação da guarda, esta não se revela como a medida mais adequada para o seu desenvolvimento, por reunir, ela, genitora, melhores condições financeiras, sociais e morais para o exercício do poder familiar.

Conquanto conhecido, no mérito o apelo não há de prosperar.

Com efeito, o exercício do plexo de direitos e deveres derivados da guarda unilateral de criança ou adolescente pode e deve ser alterado toda vez que ocorrerem transformações relevantes no seu meio social, na hipótese de a modificação se evidenciar como medida corretiva necessária e adequada à proteção do interesse do menor. E isto porque a principal característica do instituto da guarda de menores é a adaptabilidade às circunstâncias fáticas (*rebus sic stantibus*), isto é, nunca resultar absolutamente definitiva, pois só manterá a condição de imutabilidade enquanto subsistirem os pressupostos fáticos que condicionaram a sua primitiva outorga.

Sendo assim, constatando-se a impossibilidade de ser fixada a guarda compartilhada e não existindo acordo entre os pais, o legislador orienta a concessão da guarda unilateral do menor ao genitor que, a rigor, reunir melhores condições de exercê-la e, objetivamente, mais aptidão para propiciar ao filho o afeto nas relações familiares, saúde, segurança, educação, disciplina e valores morais, nos termos do art. 1.583, § 2º, do Código Civil.

Revelando-se, entretanto, a partir dos elementos de prova produzidos, ambos os pais serem igualmente capazes de desempenhar, com a responsabilidade exigida por lei, os encargos decorrentes da guarda unilateral e, outrossim, não havendo concórdia entre eles a respeito de qual deles a tenha de exercê-la, sobreleva averiguar, caso a caso, a vontade da criança ou do adolescente como fator de convencimento judicial e de adequada e justa solução do litígio.

Ora, é predominante o entendimento na doutrina e na jurisprudência — e, igualmente, por aplicação analógica dos arts. 16, inc. II, 28, § 2º, e 45, § 2º, do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/90) — segundo o qual, quando puder ela ser exercida em iguais condições por um ou por outro genitor, impende privilegiar, como fator preponderante na fixação da guarda, a manifestação de vontade livre e consciente do menor.

Esse testemunho deve, portanto, ser sopesado diante dos demais elementos circunstanciais que compõem a realidade fática no seio familiar, como fator definidor da outorga, mormente quando o menor já atingiu os 12 (doze) anos de idade, por se presumir, a partir desse marco etário, que ele já apresente o discernimento necessário para optar por residir na companhia deste ou daquele genitor

Este é, de conseguinte, o ponto nodal da controvérsia examinada: se a intenção do menor L. W. K., que já possui 14 (quatorze) anos de

idade (nascido em 19.11.1998 – fl. 06) — de não mais permanecer sob a guarda materna, e, sim, na companhia do pai, demonstra ser livre e consciente, ou, se, do contrário, representa, como quer fazer crer a apelante, medida de alforria — e por isso mesmo fundada em desejo egoístico e contrário aos interesses de seu pleno e saudável desenvolvimento psíquico, intelectual e moral.

Enfatizo, neste ponto, que a prova colacionada, de parte à parte, sobretudo os depoimentos pessoais e relatos testemunhais (fls. 76/86) e, bem assim, o estudo social elaborado pelo Conselho Tutelar (fls. 65/67), faz-me concluir que, de fato, por se tratar de uma realidade concreta, ambos os genitores possuem condições de exercerem satisfatoriamente o encargo de guardião do menor — devendo ser compensados, no mais, alguns benefícios com pequenos e pontuais malefícios que a companhia de cada um pode lhe proporcionar.

Dessarte, possuindo ambos os pais capacidade de exercer a guarda, sem que uma ou outra se mostre substancialmente prejudicial ao desenvolvimento do menor, deve prevalecer, no caso, a manifestação de vontade do adolescente, livre, consciente e motivada, de permanecer sob o poder familiar exercido pelo genitor desde 12.04.2012, eis que no depoimento pessoal colhido em audiência (CD de áudio de fl. 76), ele expôs fundamentadamente as circunstâncias que o levaram à escolha pela guarda paterna.

Elegendo, segundo seus próprios critérios, a companhia do pai como a mais adequada à satisfação de seus interesses, o adolescente demonstra, primeiro, inequívoca predileção por permanecer residindo em Itaiópolis-SC, cidade na qual nasceu e foi criado, em detrimento de Mafra-SC, município vizinho no qual decidiu a mãe fixar residência, e onde, segundo afirma o menor, não logrou adaptação.

A escolha reflete, outrossim, a manifesta vontade de L. W. K. continuar vivendo próximo ao seio familiar, compreendido pelos progenitores de ambas as ascendências — principalmente da avó materna, E. Z., a quem faz companhia no dia-a-dia e parece destinar notável afeto —, bem como dos amigos que cultivou na infância, valores respeitáveis que justificam racionalmente a decisão tomada pelo adolescente.

Não se pode olvidar, ademais, que a prova coligida exprime ser a convivência do menor com sua genitora caracterizada por acentuada conflituosidade, sobretudo depois que ele atingiu a puberdade, fator que, certamente, deve ter sido levado em consideração, com preponderância, para ele determinasse sua preferência pela guarda paterna.

Destaco, nesse particular, haverem tomado proporções negativas, na subjetividade do adolescente, os episódios em que a mãe o deixou sem alimentação e trancado dentro de casa, aparentemente sem motivação plausível, nos períodos matutino e vespertino, enquanto realizava seus afazeres — fato inclusive confessado pela apelante em seu depoimento pessoal (fl. 76) —, sendo que, em razão do enclausuramento, o menor se viu forçado a pular pela janela e aventurar-se pelo telhado do imóvel a fim de acessar a rua.

Evidencia-se, de igual modo, que a manifestação de vontade do adolescente de se colocar sob a guarda paterna qualifica-se, formal e materialmente, como livre, consciente e motivada, razão pela qual deve ser considerada como critério decisivo para a solução da controvérsia, tanto mais porque a prova juntada aos autos não conduz ao entendimento de que ele busca simplesmente alforriar-se da disciplina e vigilância materna, como sustenta a apelante, tampouco restou demonstrada a alegada inaptidão do genitor para exercer com desvelo e responsabilidade o encargo de guarda.

Ora, a partir do depoimento pessoal do infante (CD de áudio à fl. 76), não se pode depreender — exceção feita ao já mencionado episódio —, considere ele excessivamente rígida a disciplina imposta pela genitora no convívio doméstico, ao ponto de almejar a vigilância supostamente mais tolerante do pai, na medida em que, ao contrário, o adolescente vê com bons olhos a constante sentinela da mãe sobre seus estudos e o incentivo por ela exercido à aprimoração intelectual e social através de atividades extraclasses.

A apelante não logrou demonstrar, de mais a mais, os fatos alegados à guisa de defesa, conforme lhe competia — posto que ônus seu, a teor do art. 333, inc. II, do CPC —, sobretudo ser o apelado incapaz de oferecer condições financeiras, sociais e morais para exercer com responsabilidade a guarda sobre o filho, por se submeter à embriaguez habitual e ao ócio permanente.

A prova oral, do contrário, evidencia, em princípio, não serem verídicas essas informações, na medida em que os depoentes — dentre os quais se incluem pessoas próximas à família, um amigo do menor e um conselheiro tutelar, além do adolescente, da sua avó materna, e dos próprios litigantes — afirmam categoricamente desconhecer a suposta condição de ebriedade e, igualmente, por terem notícia de que o apelado desenvolve atividade laborativa informal e autônoma.

Não restou evidenciada, ademais, a queda no rendimento escolar do menor a partir do momento em que deixou a companhia da mãe, em abril de 2012, e passou a viver com o pai, pois o boletim de aproveitamento estudantil revela, no geral, médias satisfatórias e constantes durante todo o ano letivo em que cursou o oitavo ano do ensino fundamental (fl. 146).

Tampouco guardam relevância concreta, porque refletem o mero inconformismo da apelante frente à modificação da guarda, os eventos

por ela noticiados na missiva endereçada ao Ministério Público e ao Conselho Tutelar da comarca de Itaiópolis (fls. 137/139), nas quais acusa o genitor de não exercer vigilância responsável em relação ao filho adolescente, por suspeitar que o menor faça uso de entorpecentes, além de haver modificado substancialmente seu temperamento e estar apresentando comportamento voltado à arruaça, ao desacato e à marginalidade.

Friso, nesse ponto, que, sendo plenamente possível, como mencionado no início deste voto, a modificação circunstancial da guarda de acordo com as transformações fáticas do contexto social do menor, nada obsta a genitora de postular, futuramente, com lastro em prova concreta e segura e não em meras suposições, seja o encargo revertido novamente em seu favor, caso demonstre inequivocamente ser medida benéfica ao desenvolvimento psicossocial do filho.

Não se pode olvidar, ainda, de que as peculiaridades do caso estão sendo acompanhadas, desde o início, pela diligente atuação do Ministério Público e do Conselho Tutelar, de modo que, sendo essa a hipótese, competir-se-lhes-ão as medidas adequadas para solucionar qualquer espécie de desajuste no exercício, pelo genitor, dos encargos relativos à guarda do menor.

Diante, portanto, das circunstâncias fáticas que apontam haver o adolescente L. W. K. optado por não mais se manter sob a guarda materna e, assim, passar a residir na companhia do pai, e, ademais, por tal decisão qualificar-se como formalmente lúdima e consentânea com as capacidades financeiras, sociais e morais do genitor, não sucede razão à apelante no fito de fazer reverter a sentença que determinou a modificação da guarda.

Cito, na esteira da fundamentação até aqui expendida, precedente desta Câmara em situação análoga, de minha relatoria, assim ementado:

“DIREITO DE FAMÍLIA. AÇÃO DE MODIFICAÇÃO DE GUARDA E REGULAMENTAÇÃO DE VISITAS. DECISÃO LIMINAR QUE TRANSFERE A GUARDA PROVISÓRIA DA FILHA DO CASAL AOS CUIDADOS PTERNOS. INSURGÊNCIA DA GENITORA. AUSÊNCIA DE MOTIVO GRAVE E CONDUTA DESABONADORA DO GENITOR PARA JUSTIFICAR O ACOLHIMENTO DO PLEITO. ARCA-BOUÇO PROBATÓRIO INSUFICIENTE. INTELIGÊNCIA DO ART. 333, INC. II, DO CPC. RECURSO DESPROVIDO.

1. Nas hipóteses envolvendo a alteração de guarda, o magistrado deve proceder, mais do que o habitual, com extrema cautela, pois qualquer modificação na vida da criança ou do adolescente — ser em desenvolvimento que é — pode implicar-lhe graves consequências. A par disto, cabe-lhe, também, julgar a conduta dos pais com sensibilidade, não o fazendo de forma extremamente severa, tampouco tolerante.

2. Em assim sendo, não observadas, no caso, faltas do genitor quanto ao dever de educar e assistir sua filha, bem como sendo esse o desejo da adolescente, mostra-se prudente conservá-la na guarda do pai, salvo se fatos novos revelarem a necessidade de sua revisão pelo juiz” (AC n. 2009.027099-6, de Tubarão, j. em 20.08.2009).

Colho, também desta Corte, o seguinte julgado em caso de rigorosa semelhança:

“APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE MODIFICAÇÃO DE GUARDA. SENTENÇA QUE ATRIBUIU A GUARDA DEFINITIVA EM FAVOR DO PAI. GENITORES QUE DEMONSTRAM PLENAS CONDIÇÕES DE EXERCEREM A GUARDA. VONTADE DO MENOR EM RESIDIR COM O PAI. DESEJO QUE DEVE SER PRESTIGIADO ANTE A AUSÊNCIA DE QUALQUER FATO QUE CONSPIRE CONTRA TAL PRETENSÃO. INTELIGÊNCIA DO ART. 100, INC. XII, DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. SENTENÇA MANTIDA. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO” (AC n. 2008.062001-9, de Chapecó, Câmara Especial Regional de Chapecó, Rel. Des. Jorge Luis Costa Beber, j. em 26.07.2011).

Isto posto, pelo meu voto eu nego provimento ao recurso, mantendo, na íntegra, a sentença compositiva da lide, que é da boa e firme lavra do eminente magistrado Gilmar Nicolau Lang, o qual, inclusive, louvou-se em precioso e jurígeno parecer do emérito Promotor de Justiça, Pedro Roberto Decomain.

Apelação Cível n. 2012.010387-7, de Itajaí

Relator: Des. Luiz Fernando Boller

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANO DE CUNHO MORAL E ESTÉTICO. INTERVENÇÃO CIRÚRGICA DO TIPO DERMOLIPECTOMIA ABDOMINAL, QUE RESULTOU EM CICATRIZ APARENTE NO VENTRE DA PACIENTE.

ALEGAÇÃO DE QUE O PROFISSIONAL DA SAÚDE TERIA EMPREGADO TÉCNICA CIRÚRGICA INADEQUADA, QUANDO DA REALIZAÇÃO DO PROCEDIMENTO ESTÉTICO. IMPERÍCIA E NEGLIGÊNCIA QUE JUSTIFICARIAM A PRETENDIDA ATRIBUIÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL.

LAUDO PERICIAL CONCLUSIVO, AFASTANDO A OCORRÊNCIA DE QUALQUER ESPÉCIE DE ERRO MÉDICO. APLICAÇÃO DE TÉCNICA TERAPÊUTICA CONSENTÂNEA AO QUADRO CLÍNICO DA REQUERENTE. CIENTIFICAÇÃO DA CONTRATANTE ACERCA DOS RISCOS INERENTES À INTERVENÇÃO PRETENDIDA, BEM COMO DOS POSSÍVEIS RESULTADOS INDESEJADOS.

ASPECTO ALARGADO E ESCURECIDO DA CICATRIZ QUE, AO QUE TUDO INDICA, CONSTITUI RESULTADO DO MODO COM QUE O ORGANISMO DA PACIENTE REAGIU À INCISÃO. INEXISTÊNCIA DE JUSTO MOTIVO PARA A PRETENDIDA ATRIBUIÇÃO DO DEVER DE INDENIZAR. SENTENÇA MANTIDA.

RECLAMO CONHECIDO E DESPROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2012.010387-7, da comarca de Itajaí (1ª Vara Cível), em que é apelante Carla de Souza Waldrich Reis, e apeladas IRB Brasil Resseguros S/A e outro:

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

O julgamento, realizado nesta data, foi presidido pelo Excelentíssimo Senhor Desembargador Eládio Torret Rocha, com voto, e dele participou o Excelentíssimo Senhor Desembargador Substituto Jorge Luís Costa Beber.

Florianópolis, 26 de setembro de 2013.

Luiz Fernando Boller
RELATOR

RELATÓRIO

Cuida-se de apelação cível interposta por Carla de Souza Waldrich Reis, contra sentença prolatada pelo juízo da 1ª Vara Cível da comarca de Itajaí, que nos autos da ação de Indenização por Danos Morais nº 033.06.000183-9 (disponível em <<http://esaj.tjsc.jus.br/cpopg/show.do?processo.codigo=0X0004JXK0000&processo.foro=33>> acesso nesta data), ajuizada contra Dirceu Granemann - sendo litisdenunciados a Nobre Seguradora do Brasil S/A e o IRB-Brasil Resseguros S/A -, julgou improcedente o pedido, nos seguintes termos:

[...] Conclui-se que não é a responsabilidade de resultado que emerge para o médico cirurgião plástico, mas, sim, o dever da prévia informação, devendo dar ciência ao seu paciente dos riscos da cirurgia a ser realizada.

Acerca deste dever, há que ressaltar a diligência do requerido que, através do Termo de Consentimento Informado de fls. 95/97, advertiu a requerente acerca dos possíveis resultados indesejáveis que poderiam decorrer da prática cirúrgica.

Diante disso, ressaltada a conduta ética do profissional, não há como se punir a falta de resultado, nem se imporá reparação aos danos causados, haja vista a responsabilidade do médico, ainda que em cirurgias estéticas, ser subjetiva, desde que não tenha garantido o resultado - como é o caso dos autos -, e não tenha agido com dolo ou culpa.

[...] No caso em exame, vale lembrar, a autora atribui ao réu culpa por ter sido imperito e por ter agido com negligência ao realizar a cirurgia estética que resultou nas cicatrizes demonstradas pelas fotografias de fls. 29/37.

Contudo, razão não lhe assiste, pois não se vislumbram elementos suficientes a formar um convencimento seguro deste juízo, acerca da existência de fato lesivo imputável ao réu por ação ou omissão voluntária, negligência, imprudência ou imperícia que o ligasse ao fato danoso sofrido pela autora.

Frise-se, ademais, que consoante se infere do laudo pericial acostado aos autos, o médico agiu em perfeita consonância com a mais elevada técnica da medicina [...].

Assim, diante do conteúdo da prova pericial, não há como se atribuir culpa ao réu, em qualquer de suas modalidades, o qual, ao contrário, agiu com diligência no exercício de sua função, sendo que o dano sofrido pela autora decorre de um “risco colateral” - inerente a qualquer intervenção médico-cirúrgica -, atribuível à infortunistica.

Ante o exposto, JULGO IMPROCEDENTE o pedido inicial formulado na presente AÇÃO DE INDENIZAÇÃO, extinguindo o processo com resolução de mérito, o que faço com fundamento no art. 269, I, do CPC.

Em consequência, condeno a autora ao pagamento das custas processuais, honorários periciais e advocatícios, estes fixados em R\$ 2.000,00 (dois mil reais), atento ao disposto no art. 20, § 4º, da Lei Processual Civil.

Contudo, nos termos do art. 12 da Lei nº 1.060/50, suspendo pelo prazo legal a cobrança da sucumbência, por gozar a requerente dos benefícios da justiça gratuita.

Arbitro, em definitivo, o valor de R\$ 2.000,00 (dois mil reais) pela prestação dos serviços periciais pelo Dr. João Ignácio da Silveira Neto, cujo montante deverá ser cobrado do Estado de Santa Catarina, atualizado pelos índices oficiais desde a data da proposta de honorários, qual seja, 12 de junho de 2008.

Após o trânsito em julgado da sentença, oficiou-se a Procuradora Geral do Estado, nos termos da Orientação CGJ nº 15.

Feito o depósito pelo Estado, expeça-se alvará em favor do perito.

Em face do deslinde dado à presente demanda, a denúncia da lide perdeu seu objeto (fls. 393/400).

Ato contínuo, o IRB-Brasil Resseguros S/A opôs embargos de declaração, alegando omissão do decisum no tocante à remuneração dos serviços prestados pelo seu causídico (fls. 405/407), insurgência que, entretanto, foi rejeitada pelo togado sentenciante (fls. 409/410).

Por sua vez, Carla de Souza Waldrich Reis interpôs recurso de apelação cível, sustentando que contratou Dirceu Granemann para que realizasse uma intervenção cirúrgica destinada à melhora do aspecto físico do seu abdômen, destacando, entretanto, que o procedimento estético resultou em cicatrizes alargadas e escuras no seu ventre, circunstância que, segundo referiu, evidencia o emprego de má-técnica, justificando a condenação do profissional da medicina ao pagamento de indenização pelo dano de cunho moral e estético infligido, especialmente porque a reparação do quadro somente é possível mediante uma nova cirurgia, razão pela qual bradou pelo conhecimento e provimento do reclamo, atribuindo-se ao réu apelado o dever de reparar, consequentemente invertendo-se os ônus sucumbenciais, com a fixação dos honorários advocatícios devidos ao seu procurador no equivalente a 20% (vinte por cento) sobre o valor da causa (fls. 413/418).

Recebido o apelo nos efeitos devolutivo e suspensivo (fl. 420), sobrevieram as contrarrazões de IRB-Brasil Resseguros S/A, verberando os argumentos deduzidos pela autora, salientando não haver qualquer elemento nos autos capaz de evidenciar a alegada imperícia do profissional, sobressaindo, ao contrário disto, que o médico contratado atuou da

forma como era esperada, aplicando a correta técnica de intervenção cirúrgica, revelando o Laudo Pericial que “a qualidade final da cicatriz” depende das “condições próprias de cada indivíduo” (fl. 426), inexistindo, portanto, justo motivo para a pretendida reforma do decismum de 1º Grau, motivo porque clamou pelo desprovimento do reclamo, mantendo-se incólume a sentença redarguida (fls. 422/427).

Em resposta ao reclamo, Dirceu Granemann exaltou que, ao realizar a entrevista com a paciente, prestou “esclarecimentos a respeito do tipo de incisão que seria abordado, o provável resultado da cirurgia no caso concreto da apelante, o tipo de anestesia indicado [...], forma e tempo de cicatrização, riscos e complicações possíveis” (fl. 433), além de ter-lhe informado sobre os cuidados pré e pós-operatórios, orientações que, aliás, teriam sido expressamente consignadas no Termo de Consentimento assinado pela postulante, carecendo de lastro a assertiva de que Carla de Souza Waldrich Reis não teria sido cientificada acerca dos riscos inerente ao procedimento estético.

Salientou, mais, que o substrato probatório encartado nos autos, comprova o emprego de técnica cirúrgica adequada, inexistindo justo motivo para que lhe seja atribuído o pretendido dever de indenizar, destacando que a recorrente sabia que a cicatrização dependia das condições do seu organismo, sendo a neoformação quelóide um resultado possível caso o seu corpo reagisse negativamente ao procedimento, razão pela qual - destacando não haver qualquer irregularidade na sua conduta capaz de justificar o acolhimento da pretensão recursal -, pugnou pelo desprovimento do apelo (fls. 428/442).

Certificado o transcurso do prazo, *in albis*, para o oferecimento de contrarrazões por parte da Nobre Seguradora do Brasil S/A (fl. 444), ascenderam os autos a este pretório, vindo-me conclusos (fl. 446).

É, no essencial, o relatório.

VOTO

Conheço do recurso porque, além de tempestivo, atende aos demais pressupostos de admissibilidade, destacando que a insurgente, na condição de beneficiária da justiça gratuita, está dispensada do recolhimento do preparo (fl. 399).

Dito isto, passo à análise da *quaestio de meritis*, destacando que Carla de Souza Waldrich Reis objetiva a atribuição de responsabilidade civil a Dirceu Granemann, em razão do alegado emprego de má-técnica cirúrgica, circunstância que, segundo aludiu, teria resultado em “marcas horríveis em seu abdômen” (fl. 415), justificando a imposição do dever de indenizar.

De avultar que, tratando-se de erro médico, a demonstração da culpa do profissional da saúde constitui elemento imprescindível para a reparação do dano eventualmente causado a outrem no exercício da profissão, ressaltando Gustavo Tepedino, que a investigação da respectiva conduta negligente ou imprudente, requer uma definição dos inúmeros deveres que lhe são acometidos, elencando-os em três categorias, a saber:

a) o dever de fornecer ampla informação quanto ao diagnóstico e prognóstico; b) emprego de todas as técnicas disponíveis para a recuperação do paciente, aprovadas pela comunidade científicas e legalmente permitidas; c) a tutela do melhor interesse do enfermo em favor de sua dignidade e integridade física e psíquica (A responsabilidade médica na experiência brasileira contemporânea. Revista Jurídica. ano 51, n° 311, set./2003. Porto Alegre: Notadez, p. 17-43).

Por sua vez, Miguel Kfoury Neto salienta que a culpabilidade do profissional somente pode ser presumida em caso de erro grosseiro, negligência ou imperícia, particularidades que, entretanto, necessitam ser

demonstradas para que lhe possa ser atribuída a responsabilidade por eventual dano decorrente de ação ou omissão de sua parte, ressaltando-se, todavia, que se os médicos “*se utilizam de sua vasta experiência e dos meios técnicos indicados, com os habituais cuidados pré e pós-operatórios, somente uma prova irretorquível poderá levar à indenização pleiteada*” (Responsabilidade civil do médico. 3. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Editora revista dos Tribunais, 1998. p. 63).

Esmiuçando o tema, Antônio Ferreira Couto Filho e Alex Pereira Souza exaltam que:

A imprudência se caracteriza por uma conduta comissiva, é a ausência do devido cuidado consubstanciado numa ação, é, pois, a realização de um ato (no caso dos médicos, um ato médico) sem a devida previdência. A negligência, é, por seu turno, a ausência de cuidado razoável exigido. Trata-se, em verdade, da omissão da conduta esperada e recomendável. O médico que não realiza o necessário e preventivo cuidado para proceder a uma cirurgia, vindo, por conseguinte, em razão desta omissão do dever de cautela, a causar um mal ao paciente age negligentemente. Por fim, a imperícia é a falta da competente análise e da observação das normas existentes para o desempenho da atividade. É o despreparo profissional, o desconhecimento técnico da profissão (Responsabilidade Civil médica e hospitalar: repertório jurisprudencial por especialidade médica; teoria da eleição procedimental; iatrogenia. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. p. 29).

Complementando o raciocínio, Miguel Kfoury Neto acrescenta que “*é negligente o médico clínico que deixa de dar o devido encaminhamento a paciente que necessita de urgente intervenção cirúrgica*”, ao passo que “*há erro grosseiro quando o clínico*”, v. g., “*sem identificar os sintomas de apendicite aguda, desconsidera sintomas evidentes e revela absoluto desca-so pelo doente, já internado*” (Responsabilidade civil do médico. 3. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Editora revista dos Tribunais, 1998. p. 78).

Adiante, o referido jurista prossegue, avultando que a imprudência parte da culpa comissiva do profissional da medicina, que tem atitudes não justificadas, precipitadas e sem cautela, *pari passu* que a imperícia se refere à falta de observação das normas, ou deficiência de conhecimento técnico para o exercício da atividade (op. cit. pp. 80 e 83).

Entretanto, não basta a demonstração da culpa do agente para que lhe seja atribuída a responsabilidade civil, devendo também restar satisfatoriamente evidenciado o nexo causal entre o ato e o dano sofrido pela vítima, destacando-se que a participação exclusiva desta ou de terceiro na ocorrência do evento, assim como o caso fortuito ou força maior, inviabilizam a imposição do dever de indenizar, visto que isentam o profissional de qualquer dever reparatório.

Feitas tais considerações, registro que, em 05/11/2002, Carla de Souza Waldrich Reis submeteu-se a uma cirurgia plástica do tipo Dermolipectomia Abdominal, realizada pelo médico Dirceu Granemann (CRM/SC nº 3.765 - fl. 165), nas instalações do Hospital e Maternidade Marieta Konder Bornhausen, tendo por objetivo “a retirada do excesso de pele e gordura do abdome, e a correção da flacidez do local” (fl. 70).

Todavia, a autora apelante alega que o resultado do procedimento cirúrgico “foi drástico, deixando a mesma com cicatrizes horríveis e irreparáveis no abdome” (fl. 04), indo de encontro, pois, ao compromisso assumido pelo profissional da saúde, no sentido de que o “seu corpo ficaria mais embelezado” (fl. 05), evidenciado-se, assim, “a conduta culposa do requerido” (fl. 04), que, em 19/10/2004 - reconhecendo o insucesso da incisão -, “sob a promessa de que corrigiria seu erro, submeteu a requerente a uma cirurgia reparatória”, diligência que “serviu tão somente para aumentar ainda mais a indignação e as dores psicológicas” da paciente (fl. 04), não apresentando “nenhum resultado positivo, pois as marcas da cirurgia anterior nem mesmo foram reduzidas” (fl. 04).

Relativamente à alegada imperfeição estética, do Laudo Pericial de fls. 308/315, sobressai a existência de uma cicatriz “*fina, clara e discreta, apresentando ótima qualidade na sua metade esquerda, isto é, da região pubiana ao flanco esquerdo*”, sendo que “*na metade direita, da região pubiana (inclusive) ao flanco direito, apresenta-se plana, porém moderadamente alargada e escurecida*” (fl. 309), particularidade corroborada pelas fotografias de fls. 29/32 e 34/37.

Muito embora Carla de Souza Waldrich Reis tenha exaltado que “*a cirurgia a que foi submetida [...] jamais deixaria referidas cicatrizes [...] caso fosse realizada corretamente*” (fl. 03), constato que a tese não se sustenta, indo de encontro, a bem da verdade, ao que concluiu o Perito João Ignácio da Silveira Neto (CRM/SC nº 5.924) que, ao ser questionado acerca da possibilidade de se “*fazer uma cicatriz cirúrgica reduzida e inaparente, como exige a autora*” (fl. 313), assentou que:

[...] A cicatriz de uma Dermolipectomia Abdominal clássica sempre é longa. Posiciona-se transversalmente na porção inferior do abdome, passando por sobre a região pubiana e se estendendo bilateralmente, em geral em ascensão, até as cristas ilíacas (porção mais saliente e palpável dos ossos da bacia). Mormente nos casos em que o paciente apresente grande flacidez e grande volume de gordura na região, esta cicatriz costuma ser ainda mais longa, sendo sua extensão, portanto, variável conforme a necessidade de cada caso. A realização desta cirurgia, no caso em pauta, nas condições acima descritas de “cicatriz reduzida e inaparente”, é impraticável (fl. 313 - grifei).

Não se pode olvidar, ainda, que Dirceu Granemann apontou o fato de a distância entre o umbigo e o púbis da postulante, ser “*bem maior do que aquela entre o umbigo e o apêndice xifóide*” (fl. 433), como causa motivadora da visibilidade da cicatriz - que “*ficou localizada mais acima em razão da existência de grande quantidade de pele a ser retirada do abdome inferior, e do menor excesso de pele que a paciente apresentava*

no abdome superior”, acarretando uma “*tração maior na linha de sutura*” (fl. 75) -, justificativa que, aliás, vem corroborada pelo Laudo Pericial, onde consta que “*é possível que haja deslocamentos, tanto para cima quanto para baixo, da posição previamente planejada da cicatriz da Dermolipectomia Abdominal, em especial nas suas extremidades*”, em razão das “*condições locais dos tecidos (maior ou menor flacidez cutânea e adiposidades), e das tensões a que estes tecidos são submetidos*” (fl. 314).

Sob esta ótica, entendo que não há como se acolher a tese manejada pela insurgente, no sentido de que a marca deixada pela incisão seria “*planejada para ficar praticamente imperceptível e escondida sob as roupas e de banho e peças íntimas*” (fl. 04), visto que tanto a posição da cicatriz, quanto a respectiva dimensão, podem sofrer variação de acordo com as condições fisiológicas de cada paciente, destacando o Perito, a propósito, que:

[...] A boa técnica cirúrgica é fator importante no resultado, mas, essencialmente, o que dita a qualidade final da cicatriz são as condições próprias de cicatrizaçã de cada indivíduo. A cicatriz hipertrófica e a cicatriz queloidiana (quelóide), embora sejam histo-patologicamente distintas, manifestam-se como má qualidade cicatricial. Ambas as situações são decorrentes de anomalias cicatriciais do paciente. Mesmo empregando-se a melhor técnica cirúrgica, pode-se ter estas alterações (fl. 314).

Gize-se, por oportuno, que a própria SBCP-Sociedade Brasileira de Cirurgia Plástica elenca os possíveis resultados decorrentes da Abdominoplastia, como sendo:

- Cicatrizes desfavoráveis,
- Sangramento (hematoma),
- Infecção,

- Acúmulo de líquido (seroma),
- Riscos anestésicos,
- Má cicatrização,
- Necrose da pele,
- Dormência ou demais alterações de sensibilidade da pele,
- Despigmentação da pele e/ou inchaço prolongado,
- Assimetria,
- Deiscência (reabertura de uma ferida previamente fechada),
- Necrose do tecido adiposo,
- Danos em estruturas mais profundas tais como nervos, vasos sanguíneos, músculos e pulmões,
- Dor, que pode perdurar,
- Trombose venosa profunda, complicações cardíacas e pulmonares,
- Fios de sutura podem espontaneamente emergir na pele, tornando-se visíveis ou causar irritação que exijam sua remoção,
- Possibilidade de novo procedimento cirúrgico (disponível em <<http://www2.cirurgioplastica.org.br/cirurgias-e-procedimentos/contorno-corporal/abdominoplastia/>> acesso nesta data - grifei).

E nem se diga que era do desconhecimento de Carla de Souza Waldrich Reis, que o resultado estético da cicatriz dependeria da reação do seu organismo, visto que, em 29/10/2002 - ou seja, 7 (sete) dias antes de submeter-se à cirurgia -, a autora apelante assinou um Termo de Consentimento Informado, reconhecendo que teve a oportunidade de “*esclarecer [...] dúvidas relativas ao procedimento [...], tendo lido e compreendido as informações do documento antes da sua assinatura*”, sendo, pois, sabedora de que a operação, além de ser de risco, poderia também “*ocasionar, entre outras intercorrências: dor, inchaço, manchas*”

na pele, alterações de sensibilidade, paralisia nervosa, cicatrizes, necrose de pele, alterações de forma e/ou tamanho nas áreas operadas” (fl. 97), constando, ainda, no Item nº 1 (hum) daquele inserto, que se declarava ciente de que:

[...] não há garantias de resultado (Resolução do CFM-Conselho Federal de Medicina nº 1.621/2001, art. 4º [...]), pois este depende de fatores tais como [...] características fisiológicas, textura e elasticidade da pele e dos tecidos, idade, fatores raciais, [...] condições clínicas pré-cirúrgicas, da ausência de intercorrências durante o procedimento e da observação dos cuidados pré e pós-operatórios (fl. 95).

Já no Item nº 2 (dois), por sua vez, há a advertência de que “*sempre haverá o risco de complicações”* (fl. 95), reconhecendo, a paciente, ter sido informada acerca dos possíveis resultados do procedimento estético, dentre os quais:

[...] a) *Uma ou mais cicatrizes, que poderão ser finas, alargadas, extensas, que poderá haver manchas, descoloração ou despigmentação cutânea em áreas cirúrgicas, e que poderá ocorrer a formação de quelóide, que é uma reação própria de cada organismo, por um período indeterminado de tempo, podendo ser permanente* (fl. 95 - grifei).

Portanto, conquanto a demandante tenha sustentado que “*o Termo de Consentimento não informou acerca das cicatrizes”* (fl. 416), o que se observa, em verdade, é que ela foi efetivamente cientificada dos riscos e perigos inerentes ao procedimento cirúrgico, bem como sobre eventuais resultados indesejados decorrentes da incisão, nada havendo, pois, a corroborar a tese de que o profissional da medicina teria agido com negligência ou imperícia ao realizar a operação plástica.

Ao contrário disto, a conduta praticada por Dirceu Granemann foi correta, solicitando “*os exames laboratoriais e [...] demais encaminhamentos, dentro de um padrão habitual para este tratamento*” (fl. 311), empregando, inclusive, a técnica mais adequada para atendimento de anseio de Carla de Souza Waldrich Reis, qual seja, a Dermolipectomia Abdominal.

Mesmo que o réu apelado tenha realizado uma segunda intervenção reparatória na região abdominal da demandante - o que, no entender desta, consubstancia o reconhecimento do erro cometido -, avultu que tal particularidade não evidencia o alegado emprego de má-técnica profissional, ou que “*o requerido errou ao realizar a cirurgia*” (fl. 237), visto que, consoante resposta dada pelo Perito ao Quesito nº 11 (onze),

[...] Os “retoques” são procedimentos cirúrgicos comuns e inerentes ao tratamento. Em cirurgias como a Dermolipectomia Abdominal, é normal o surgimento de grande inchaço dos tecidos, mesmo ao longo do trans-operatório, o que dificulta a avaliação precisa do resultado imediato obtido, assim como o resultado final da cicatrização somente se dará após vários meses. É necessário aguardar-se um longo período para acomodação dos tecidos e avaliação do resultado final. Só então se pode definir a necessidade de procedimentos complementares para melhorar o resultado, aproximando-o daquele almejado (fls. 314/315).

Assim, não tendo sido demonstrada a alegada “*imprudência, imperícia ou negligência [...] causadora das horríveis cicatrizes no abdômen da requerente*” (fl. 237), tenho para mim que não há que se falar em atribuição da responsabilidade civil, sobretudo após a constatação de que “*a cicatriz é passível de melhora cirúrgica*”, sendo que “*a sua condição não é irremediável*” (fl. 382), amenizando, pois, o desconforto sentido por Carla de Souza Waldrich Reis - que já conta 38 (trinta e oito) anos de idade (fl. 26) -, ao expor-se publicamente em trajes de banho (fl. 03).

Aliás, como bem frisou o togado sentenciante,

[...] Diante do conteúdo da prova pericial, não há como atribuir culpa ao réu, em qualquer de suas modalidades, o qual, ao contrário, agiu com diligência no exercício de sua função, sendo que o dano sofrido pela autora decorre de um “risco colateral” - inerente a qualquer intervenção médico-cirúrgica -, atribuível à infortunistica (fl. 399).

Não bastasse isso, ressalto que a autora apelante não impugnou a alegação de que “*novamente compareceu ao consultório do demandado*”, objetivando “*submeter-se a uma nova intervenção, para colocação de silicone nos seios*” (fl. 71), iniciativa que - embora não tenha sido concretizada porque “*a demandante [...] não conseguiu convencer seu esposo a arcar com o custo do procedimento*” (fl. 71) -, põe em descrédito a tese de falha na prestação dos serviços, visto que não se mostra crível que a paciente, descontente com o resultado da reparação estética anterior, objetivasse se entregar uma segunda vez ao mesmo profissional dito imperito ou negligente.

Objetivando conferir lastro às suas argumentações, à autora apelante incumbia a prova do direito por si invocado, de maneira a permitir a formação da certeza jurídica indispensável a um juízo favorável à pretensão deduzida, a teor do disposto no art. 333, inc. I, do Código de Processo Civil, ônus do qual, tenho para mim, não se desincumbiu a contento.

Ministrando a respeito, Humberto Theodoro Júnior pronuncia com intensidade que:

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 (Curso de direito processual civil. 12. ed. v. 1. Forense, 1994, p. 411).

Da mesma forma, Moacyr Amaral Santos sobressai que:

Como a simples alegação não é suficiente para formar a convicção do juiz (*allegatio et non probatio quasi non allegatio*), surge a imprescindibilidade da prova da existência do fato. E dada a controvérsia entre o autor e os réus, com referência ao fato e às suas circunstâncias, impondo-se, pois, prová-lo e prová-las, decorre o problema de saber a quem incumbe dar a sua prova. A quem incumbe o ônus da prova? Esse é o tema que se resume na expressão - ônus da prova (Primeiras linhas de direito processual civil. 17. ed. 2. v. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 343-344).

Fornecendo a resposta, registra o mestre à p. 345:

Incumbe o ônus da prova a quem diz, ou afirma, ou age. Ora, que vem a juízo, em primeiro lugar, é o autor; quem inicia a lide é o autor; quem afirma o fato é o autor. Donde tudo parecia mostrar, como corolário imediato daquele preceito, que ao autor cumpria o ônus da prova: *actori incumbit ônus probandi*.

Ao depois, adita:

O critério para distinguir a qual das partes incumbe o ônus da prova de uma afirmação - ensina Carnelutti - é o do interesse da própria afirmação. Cabe provar - escreve ele - a quem tem interesse de afirmar; portanto, quem apresenta uma pretensão cumpre provar-lhe os fatos constitutivos e quem fornece a exceção cumpre provar os fatos extintivos ou as condições impeditivas ou modificativas (p. 347).

Por igual, anotam Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery que:

Segundo a regra instituída por Paulo, compilada por Justiniano, a prova incumbe a quem afirma e não a quem nega a existência de um fato (Dig. XXII, 3, 2). O autor precisa demonstrar em juízo a existência do ato ou fato por ele descrito na inicial como ensejador do seu direito (Código de processo civil comentado. RT, 1994. p. 516).

Logo, não havendo qualquer indicativo de que a aparência da cicatriz na região abdominal de Carla de Souza Waldrich Reis, tenha sido resultado do emprego de inadequada técnica cirúrgica por parte de Dirceu Granemann, tampouco havendo indícios de que, em razão do seu respectivo aspecto alargado e escurecido, tenha a requerente experimentado *“um processo [...] depressivo, precisando, inclusive, da ajuda de psicólogo e medicamentos para se restabelecer”* (fl. 06), carece de justo motivo a pretendida atribuição da responsabilidade civil, seja motivada no alegado dano estético, ou na suposta lesão moral.

A respeito, dos julgados de nosso Tribunal amealho que:

RESPONSABILIDADE CIVIL. INDENIZAÇÃO POR ERRO MÉDICO. CIRURGIA DE HISTERECTOMIA. INCISÃO MEDIANA INFRAUMBILICAL EM VERTICAL QUE CAUSA UMA CICATRIZ NA AUTORA. CONDUTA E PROCEDIMENTOS ADEQUADOS. AUSÊNCIA DE ERRO MÉDICO. INCORRÊNCIA DO DEVER DE INDENIZAR. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA MANTIDA. RECURSO DESPROVIDO.

Comprovado, através de laudo pericial, que a conduta do médico foi adequada para o caso e que os procedimentos adotados foram corretos, deve ser descartada a hipótese de erro médico, e, em consequência, o dever de indenizar (Apelação Cível nº 2011.064954-5, de São José. Rel. Des. Subst. Francisco Oliveira Neto. J. em 27/09/2011).

Bem como,

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS, MORAIS E ESTÉTICOS. IMPROCEDÊNCIA NA ORIGEM. RECLAMO DA AUTORA. CIRURGIA PLÁSTICA (DERMOLIPECTOMIA). RETIRADA DE GORDURA E PELE DO ABDÔMEN DA DEMANDANTE. PRODUÇÃO DE CICATRIZ VISÍVEL NA REGIÃO. LAUDO PERICIAL QUE APONTA PARA A ADOÇÃO DE TÉCNICA MÉDICA ADEQUADA E RESULTADOS DENTRO DO PREVISTO PARA A MODALIDADE CIRÚRGICA. PRÉVIA INFORMAÇÃO À PACIENTE SOBRE A POSSIBILIDADE DE CICATRIZ RESULTANTE DO PROCEDIMENTO. CULPA DO PROFISSIONAL NÃO VERIFICADA. DEVER DE INDENIZAR NÃO CARACTERIZADO. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.

[...] o modo pelo qual o organismo da autora reagiu à cirurgia não favoreceu a cicatrização do corte, e não há como imputar tal fato ao médico. Isso porque, mesmo que a obrigação do demandado seja de resultado, tal circunstância - o modo anômalo como a cicatrização ocorreu - não poderia ser conhecida de antemão - “nem mesmo quando o paciente já teve um quelóide ou uma cicatriz hipertrófica por outro motivo” (resposta ao quesito 1.e, fl. 165). Em outras palavras, não se pode aventar a negligência do réu por não ter se assegurado que a marca seria produzida - ele não teria condições, antes do evento, de saber da ocorrência dessa prejudicial.

[...] a obrigação é de resultado - e o resultado esperado era a “retirada do excesso de pele e gordura localizada no andar inferior do abdome” (fl. 133) -, o que foi atingido, porque mesmo passados seis anos (e com oito quilogramas a mais), a “autora mantém um bom contorno abdominal” (quesito terceiro, fl. 135).

[...] Verifica-se, portanto, a ausência de qualquer responsabilidade do médico, eis que as lesões reclamadas pela autora decorrem da evolução dada pelo seu corpo ao procedimento cirúrgico realizado [...] (Apelação Cível nº 2011.018620-1, de Tubarão. Rel. Des. Subst. Odson Cardoso Filho. J. em 20/06/2013).

E especialmente desta Quarta Câmara de Direito Civil, *mutatis mutandis*:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR ERRO MÉDICO. DANOS MATERIAIS, MORAIS E ESTÉTICOS. IMPROCEDÊNCIA NA ORIGEM. MAMOPLASTIA REPARADORA DECORRENTE DE DORSALGIA CRÔNICA. CIRURGIA QUE CONSUBSTANCIA OBRIGAÇÃO DE MEIO E NÃO DE RESULTADO. SUPERVENIÊNCIA DE INFECÇÃO E ANOMALIA NO PROCESSO DE CICATRIZAÇÃO DAS INCISÕES CIRÚRGICAS. PROVAS QUE NÃO EVIDENCIAM A CONDUTA CULPOSA DO RÉU. ABANDONO DO TRATAMENTO PELA AUTORA QUE LEVOU AO AGRAVAMENTO DAS SEQUELAS. DECISÃO MANTIDA. RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO.

Na cirurgia plástica mamária de caráter eminentemente reparador, o aspecto estético, embora inafastável, é secundário, pelo que se exige do médico-cirurgião o emprego da técnica cirúrgica mais adequada e capaz de viabilizar a cura da enfermidade que atinge a paciente.

Se o réu demonstrou ter adotado técnica amplamente divulgada e apropriada ao caso, não há falar em imperícia. Ademais, a falta de provas de sua conduta negligente aliada ao abandono do tratamento pela paciente, é contexto suficiente à afastar a responsabilidade civil do médico (Apelação Cível nº 2007.064909-2, de Itajaí. Rel. Des. Victor Ferreira. J. em 11/03/2010).

Donde o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul não destoa:

RESPONSABILIDADE CIVIL. AÇÃO INDENIZATÓRIA. CICATRIZ EM CIRURGIA REPARADORA. AUSÊNCIA DE CULPA POR PARTE DO CORPO CLÍNICO. DEVER DE INDENIZAR NÃO RECONHECIDO. ILEGITIMIDADE PASSIVA. [...].

Não há como se atribuir culpa aos médicos em relação às cicatrizes apresentadas pela parte autora após realização de cirurgia na região abdominal e mamária, porquanto adotadas as técnicas pertinentes no momento da intervenção. Cicatrização distróficas. Condição biológica da paciente. Problemas

que se afastam do agir do profissional da medicina. Prova pericial afastando erro médico. Afastaram as preliminares e negaram provimento ao recurso. Unânime (Apelação Cível nº 70036144129, de Canoas. Rel. Des. Jorge Alberto Schreiner Pestana. J. em 28/06/2012).

No mesmo rumo, do Tribunal de Justiça de São Paulo sobressai que:

RESPONSABILIDADE CIVIL AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS, MORAIS E ESTÉTICOS ERRO MÉDICO AUTORA QUE SE SUBMETEU À CIRURGIA PLÁSTICA ABDOMINAL, PURAMENTE ESTÉTICA, E TEVE PROBLEMAS DE CICATRIZAÇÃO, FICANDO COM CICATRIZ BASTANTE APARENTE, MINIMIZADA COM OUTRAS PLÁSTICAS DEVER DE PRESTAR AS INFORMAÇÕES SOBRE OS RISCOS DO PROCEDIMENTO CUMPRIDO PELO MÉDICO LAUDO PERICIAL QUE CONCLUIU PELA INEXISTÊNCIA DE NEXO CAUSAL ENTRE OS PROBLEMAS E A CONDUTA DO PROFISSIONAL ORGANISMO DA PACIENTE QUE NÃO REAGIU BEM QUANDO DA CICATRIZAÇÃO, INCLUSIVE POR NÃO TER ELA RESPEITADO REGRAS DO PÓS-OPERATÓRIO E TER VOLTADO A FUMAR APENAS 4 DIAS APÓS A CIRURGIA DEVER DE INDENIZAR NÃO CARACTERIZADO PRECEDENTES DESTA CÂMARA SENTENÇA REFORMADA PARA JULGAR A AÇÃO IMPROCEDENTE APELO DOS RÉUS PROVIDO E DA AUTORA IMPROVIDO SUCUMBÊNCIA INVERTIDA.

[...] O perito concluiu, então, que os problemas apresentados pela autora podem acontecer em qualquer tipo de cirurgia, inclusive nesse tipo de cirurgia plástica abdominal, não podendo o médico prever que pacientes apresentarão essas complicações. Informou também que os réus não abandonaram a autora e continuaram com os atendimentos até que ela deixou de comparecer à clínica. Tal informação é corroborada pelo prontuário médico e pelos diversos telegramas enviados à residência da autora.

Não há, portanto, como estabelecer o nexo causal entre a conduta dos apelados e as sequelas apresentadas pela apelante. Segundo confirmado pelo pe-

rito, o procedimento cirúrgico foi bem indicado e realizado. A apelante foi vítima de intercorrências causadas por seu próprio organismo no momento da cicatrização e pelo desrespeito às recomendações do pós-operatório. Nenhum desses fatores poderia ser previsto pelo médico [...] (Apelação Cível nº 9203473-42.2009.8.26.0000, de Guarulhos. Rel. Des. Ramon Mateo Júnior. J. em 05/06/2013).

Dessarte, pronuncio-me pelo conhecimento e desprovemento da insurgência, mantendo hígido o decisum combatido.

É como penso. É como voto.

Apelação Cível n. 2012.069084-4, de Criciúma

Relator: Des. Subst. Jorge Luis Costa Beber

AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS EM VIRTUDE DE ERRO MÉDICO.

AGRAVO RETIDO. AUSÊNCIA DE REQUERIMENTO PARA SUA ANÁLISE. RECURSO NÃO CONHECIDO.

APELAÇÃO CÍVEL. CHOQUE ANAFILÁTICO OCACIONADO PELA APLICAÇÃO DE MEDICAMENTO CONTRA-INDICADO PARA PACIENTES COM ALERGIA À PENICILINA. NEGLIGÊNCIA DO MÉDICO CARACTERIZADA. FACULTATIVO QUE, NA OCASIÃO DA ANAMNESE, DEVERIA TER INVESTIGADO A EXISTÊNCIA DE REAÇÕES ALÉRGICAS. BULA DO MEDICAMENTO QUE TRAZ ADVERTÊNCIA EXPRESSA ACERCA DA POSSIBILIDADE DE HIPERSENSIBILIDADE CRUZADA. EVENTO QUE NÃO PODE SER TIDO COMO IMPREVISÍVEL. NEXO DE CAUSALIDADE ENTRE A CONDUTA DO MÉDICO E O DANO CONFIGURADO. DEVER DE INDENIZAR RECONHECIDO. SENTENÇA REFORMADA.

DANOS MATERIAIS CONSUBSTANCIADOS NAS DESPESAS COM INTERNAÇÃO E TRATAMENTO. DANO MORAL DECORRENTE DO SOFRIMENTO E FRUSTRAÇÃO EXPERIMENTADOS PELO PACIENTE.

“(...) Age com negligência o médico que, em atendimento emergencial em hospital público, receita medicamento ao paciente sem questionar, quando da realização da anamnese, a existência de anterior reação alérgica ao composto, causando-lhe a morte por choque anafilático. (...)” (TJSC, Apelação Cível n. 1997.011957-7, de Joinville, rel. Des. Silveira Lenzi, j. 15-02-2000).

DENUNCIÇÃO DA LIDE ACOLHIDA. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DA SEGURADORA, RESPEITADOS OS LIMITES DA APÓLICE.

ILEGITIMIDADE DO HOSPITAL DEMANDADO. AUSÊNCIA DE QUALQUER FATO QUE PUDESSE DE ALGUMA FORMA VINCULAR OS SERVIÇOS PRESTADOS PELO HOSPITAL AO ERRO PRACTICADO PELO CORRÊU. AFASTAMENTO DA EXTREMIDADE PASSIVA DA LIDE.

Quando o paciente está sendo assistido por médico particular e é internado por prescrição do aludido profissional, sobrevindo o erro exclusivo do facultativo, sem qualquer vinculação com os serviços oferecidos pelo nosocômio, não se pode cogitar do reconhecimento da solidariedade, eis ausente qualquer relação de causa e efeito, que é pressuposto imprescindível no pedido de indenização centrada na culpa.

REDISTRIBUIÇÃO DOS ENCARGOS SUCUMBENCIAIS. RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2012.069084-4, da comarca de Criciúma (1ª Vara Cível), em que é apelante Luiz Alci Canella, e apelados Rozenir Ramos e outros:

A Quarta Câmara de Direito Civil decidiu, por votação unânime, não conhecer do agravo retido; conhecer do apelo e dar-lhe parcial provimento. Custas legais.

O julgamento, realizado nesta data, foi presidido pelo Exmo. Des. Luiz Fernando Boller, com voto, e dele participou o Exmo. Des. Subst. Altamiro de Oliveira.

Florianópolis, 21 de novembro de 2013.

Jorge Luis Costa Beber
RELATOR

RELATÓRIO

Luiz Alci Canella inconformado com a sentença que julgou improcedente a “ação de indenização por danos morais e materiais” que moveu contra Rozenir Ramos e Hospital São João Batista Ltda, interpôs o presente recurso de apelação, pugnando pela reforma da decisão.

Alegou, nas razões recursais, que no ano de 2008 estava sentindo fortes dores, tendo se consultado com o primeiro réu, que o diagnosticou como portador de um “cálculo” no ureter, prescrevendo a realização de procedimento cirúrgico denominado “ureterolitomia”, oportunidade em que comunicou ao esculápio ser alérgico à penicilina.

Disse que a cirurgia foi agendada para ser realizada nas dependências do segundo acionado e que efetuou consulta junto ao anestesista integrante do corpo clínico do hospital, quando reiterou a advertência da alergia à penicilina. Nada obstante, antes da realização do procedimento cirúrgico, foi prescrito, pelo primeiro réu, a título de profilaxia, o medicamento “Kefazol”, o qual foi administrado quando ainda estava no quarto.

Relatou que imediatamente após a aplicação do medicamento começou a sentir ardência no rosto e nos olhos e sofreu parada cardiorrespiratória, sendo submetido a manobra de ressuscitação por quinze minutos, em virtude das quais sofreu fraturas costais e do esterno, sendo encaminhado para a UTI, permanecendo internado do dia 19 ao dia 26 de maio de 2008, sem realizar a cirurgia programada.

Narrou que precisou submeter-se a outro procedimento (cirurgia de pleuroscopia), descrevendo os transtornos sofridos em virtude da aplicação inadequada do medicamento.

Sustentou que os réus foram negligentes ao administrar uma droga contra-indicada para pessoa alérgica à penicilina, fato que era de conhecimento do médico requerido, e que gerou o choque anafilático.

Rebelou-se, assim, contra o entendimento do magistrado sentenciante, defendendo que a literatura médica, assim como a bula do próprio medicamento, recomendam a não administração do mesmo aos pacientes alérgicos à penicilina, prevendo até 10% de possibilidade de uma reação adversa.

Disse que a prova documental foi desconsiderada pelo juiz, que ateve-se apenas às testemunhas.

Alegou que haviam outros medicamentos, menos suscetíveis de causar reações alérgicas, que poderiam ter sido utilizados, reiterando a tese de que o médico acionado foi negligente ao desconsiderar o fato do autor ser alérgico, razão pela qual deve arcar com a indenização pelos danos materiais e morais ocasionados.

Discorreu sobre a responsabilidade solidária e objetiva do hospital e pugnou pela aplicação do Código de Defesa do Consumidor, finalizando com pedido de provimento do apelo.

Apresentadas as contrarrazões, os autos ascenderam a esta Corte.

Redistribuídos, vieram-me conclusos.

VOTO

O agravo retido interposto às fls. 396 não pode ser conhecido, justo que o agravante, ao ofertar suas contrarrazões ao apelo, deixou de formular pedido para sua apreciação.

Quanto ao recurso de apelação, atendidos os requisitos de admissibilidade, dele conheço.

O apelo envereda contra a sentença que julgou improcedente a presente ação indenizatória, entendendo o magistrado sentenciante que a medicação eleita pelo médico acionado, a título de profilaxia, foi adequa-

da, e que a reação alérgica apresentada ocorreu por mera intercorrência, resultado não previsível e raro, mas que acabou sendo revertido com sucesso.

Observo, de saída, que a responsabilidade civil do médico é de natureza subjetiva, nos termos do art. 14, §4º, do Código de Defesa do Consumidor, razão por que haverá ato ilícito e, assim, a obrigação de indenizar, apenas se restarem cumpridamente demonstradas a ação ou omissão, a culpa ou dolo, os danos e o nexo de causalidade.

No caso em liça, é fato incontroverso que o autor necessitava submeter-se a uma “ureterolitomia”, tendo o médico demandado prescrito, a título de profilaxia, o medicamento Kefazol (veja-se o encaminhamento de fls. 135). Contudo, quando o aludido fármaco estava sendo administrado, o apelante apresentou reação alérgica, sofrendo um choque anafilático.

O recorrente sustenta que houve negligência por parte do facultativo ao prescrever o medicamento, contra-indicado para pacientes alérgicos à penicilina, alegando que comunicou-o de tal alergia.

Em seu depoimento pessoal, o apelado disse não se recordar de ter perguntado ao autor se ele era alérgico à penicilina, em que pese tenha afirmado que tem “por norma perguntar a todo paciente se ele é alérgico a alguma coisa” (fls. 385).

Parece-me incontestado que qualquer médico, conhecendo os efeitos da droga a ser ministrada, notadamente as reações adversas da penicilina e seus derivados, não tem apenas o dever, mas a obrigação de questionar o paciente sobre ser alérgico a tal tipo de medicamento, evitando, assim, efeitos que, não raro, podem ocasionar um quadro absolutamente grave, como, aliás, sucedeu com o demandante.

A própria palavra “anamnese”, do grego *anamnesis*, quer dizer recordação, ou seja, “trazer de volta à mente todos os fatos relacionados com a doença e com a pessoa doente” (PORTO, Celmo Celeno, “Exame Clínico”, 2ª ed., Rio de Janeiro, Guanabara Koogan S/A, 1992, p. 29).

Destarte, se era rotina a utilização do medicamento Kefazol, e se este deve ser evitado em pacientes que já apresentaram reação alérgica a penicilinas, derivados da penicilina, penicilamina ou a outras cefalosporinas (fls. 66), tinha o apelado o ônus inarredável de questionar se o paciente já tinha sofrido alguma reação alérgica em razão do uso dessas drogas.

Se não o fez, agiu o réu com negligência, e se questionou, agiu com idêntica falta de cuidados, pois deveria ter informado o paciente sobre a possibilidade de reações e ter proposto a utilização de cefalosporinas mais modernas, ainda que apresentassem um custo maior.

Veja-se que o autor, antes de ser submetido ao procedimento cirúrgico, realizou uma consulta pré-anestésica, estando claramente consignado no documento firmado pelo médico anestesista fls. 33), elaborado em 16/05/08, a sua condição de alérgico à penicilina.

Parece óbvio, ululante e pueril que tal avaliação tem por finalidade orientar não só o anestesista, mas também o médico responsável pela cirurgia sobre quais drogas devem ser evitadas no procedimento a ser realizado, daí por que soa um tanto inverossímil que não tivesse ele ciência dos resultados da consulta pré-anestésica.

Inegável, do mesmo modo, que a ficha de avaliação pré-anestésica deve estar acoplada junto ao prontuário do paciente, resumindo de todo despropositado que o médico demandado não tivesse conhecimento sobre o autor ser alérgico à penicilina, especialmente porque a aludida droga foi ministrada no pré-operatório, três dias após já registrado nas avaliações antecedentes aquela condição alérgica.

O prontuário médico existe exatamente para reunir documentos contendo informações sobre a saúde do paciente e a assistência a ele prestada, possibilitando a comunicação entre membros da equipe multiprofissional e a continuidade da terapia prestada.

Insofismável, pois, que o acionado tinha conhecimento, ou pelo menos deveria ter tido o cuidado de analisar com maior zelo a eventual condição alérgica do autor, impendendo, neste particular, transcrever o magistério de IRANY NOVAH MORAES:

“...o médico, ao prescrever um medicamento, deve ter conhecimento das respostas do organismo, de seu mecanismo de ação e com muita profundidade *deve saber os efeitos colaterais indesejáveis*” (in Erro Médico e a Lei, Editora Revista dos Tribunais, 3ª ed., 1995, p. 204, grifei).

A preocupação do autor era de tal envergadura que chegou a questionar o enfermeiro que fez a aplicação do medicamento se não se tratava de penicilina, como se retira das declarações de Josivaldo Rodrigues de Freitas:

“(...) antes da aplicação o depoente foi indagado pelo próprio autor se o que iria ser aplicado era penicilina, e o depoente respondeu que não, porque não sabia do que se tratava o Kefazol” (fls. 390, sublinhei).

O médico, porém, não agiu com a mesma cautela, prescrevendo um medicamento contra-indicado a pacientes com reação alérgica aquele tipo de fármaco.

Ainda que se admita que não era alto o risco de ocorrer uma reação, já que entre 5 a 10% dos pacientes alérgicos à penicilina o serão para a cefalosporina, não vejo como enquadrar o evento como simples intercorrência, com resultado não previsível.

Na bula do medicamento consta a advertência:

“ADVERTÊNCIAS

Antes do tratamento com a cefazolina ser instituído, um cuidadoso questionamento deve ser feito para determinar se o paciente já apresentou reações de hipersensibilidade a outros medicamentos, particularmente à cefazolina, outras cefalosporinas, penicilinas ou penicilaminas. Recomenda-se cuidado especial ao administrar KEFAZOL® a pacientes penicilino-sensíveis, pois a hipersensibilidade cruzada entre antibióticos betalactâmicos pode ocorrer em até 10% dos pacientes com história de alergia a penicilina” ([http://www4.anvisa.gov.br/base/visadoc/BM/BM\[25280-1-0\].PDF](http://www4.anvisa.gov.br/base/visadoc/BM/BM[25280-1-0].PDF)).

Ora, se o réu ministrou tal tipo de medicamento é porque presumivelmente tinha conhecimento não só da sua finalidade, mas também dos efeitos colaterais que o mesmo poderia ocasionar, o que permite concluir que, mesmo na inacreditável hipótese de que não tivesse ele conhecimento do prontuário com a ficha do pré-anestésico, onde claramente exposta a condição do autor de alérgico à penicilina, não poderia jamais ter indicado a citada droga sem investigar os antecedentes do paciente, notadamente porque realizou consulta com o demandante, antes da cirurgia, quando comunicado do quadro alérgico.

Um médico cuidadoso e previdente, zeloso no cumprimento das suas funções, diante de um medicamento capaz de gerar reações adversas, com a gravidade de uma hipersensibilidade, suficiente para desencadear um choque anafilático, tem a obrigação de informar o paciente, proporcionando-lhe a utilização de outros remédios, ainda que mais caros ou com eficácia diversa, sob pena de assumir os riscos do seu descuido, da sua inércia ou indiferença.

Em situação semelhante, a Corte Gaúcha decidiu:

“APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS PATRIMONIAIS E EXTRAPATRIMONIAIS. ERRO MÉDICO. MORTE DECORRENTE DE CHOQUE ANAFILÁTICO CAUSADO POR USO DE MEDICAMENTO INJETÁVEL A BASE DE PENICILINA. DEVER DO MÉDICO DE INFORMAR ADEQUADAMENTE O PACIENTE. DIREITO DO PACIENTE A INFORMAÇÃO ADEQUADA. PENSÃO POR MORTE. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. JUROS E CORREÇÃO MONETÁRIA. CONSTITUIÇÃO DE CAPITAL. 1. O MÉDICO DEVE UTILIZAR SEU CONHECIMENTO, PERÍCIA, TÉCNICA E DILIGÊNCIA NO DESENVOLVER DE SUA ATIVIDADE DE ATENDIMENTO AO PACIENTE. 2. FALTA DE DEVER DE INFORMAÇÃO E FALHA NA PRESTÇÃO DO SERVIÇO - HOUVE FALTA DE ESCLARECIMENTO AO PACIENTE E FAMILIARES NO TOCANTE ÀS CONSEQUÊNCIAS QUE PODERIAM ADVIR DO REMÉDIO MINISTRADO. NAO PODERIA O MÉDICO E, EM CONSEQUÊNCIA O PRÓPRIO ESTABELECIMENTO, MINISTRAR TRATAMENTO SEM AS DEVIDAS CAUTELAS, ISTO É, CUIDAR PARA QUE O PACIENTE PERMANECESSE POR MAIS TEMPO NA CLÍNICA, PARA PRONTO ATENDIMENTO, CASO OCORRESSEM REAÇÕES ADVERSAS QUE, NO CASO, ACABARAM CULMINANDO NA MORTE DO PACIENTE.(...)” (Apelação Cível Nº 70002823276, Primeira Câmara Especial Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Angela Maria Silveira, Julgado em 15/08/2002, grifos meus).

E ainda:

“RESPONSABILIDADE DE MÉDICO. RECEITA DE APLICAÇÃO DE INJEÇÃO DE DESPACILINA - 400 MIL UNIDADES. EFEITO IMEDIATO DA INJEÇÃO COM A PACIENTE SENTINDO-SE MAL E FALECENDO LOGO APÓS. CHOQUE ALÉRGICO. RESPONSABILIDADE DO FACULTATIVO CONSUBSTANCIADA NO FATO DE NÃO TER INQUIRIDO A CONSULENTE SOBRE USO ANTERIOR DE PENICILINA E NEM A ADVERTIDO SOBRE A MEDICAÇÃO COM QUE PODERIA SER DIMINUIDA A POSSIBILIDADE DO EVENTO. DANO MORAL : É POSSÍVEL A CUMULAÇÃO COM

O DANO MATERIAL. PERDA DA MÃE, FICANDO DUAS FILHAS COM 7 E 3 ANOS DE IDADE”. (Apelação Cível Nº 590051058, Quinta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Alfredo Guilherme Engler, Julgado em 26/08/1993, grifos meus).

Dos julgados catarinenses, colho o seguinte precedente:

“RESPONSABILIDADE CIVIL. ERRO MÉDICO. (...) PRESCRIÇÃO DE “BUSCOPAN COMPOSTO” AO PACIENTE ALÉRGICO À “DIPIRONA”. MORTE POR CHOQUE ANAFILÁTICO. MÉDICO QUE NÃO INDAGOU O PACIENTE DA POSSÍVEL HIPERSENSIBILIDADE AO COMPOSTO. NEGLIGÊNCIA CARACTERIZADA. INDENIZAÇÃO DEVIDA. Age com negligência o médico que, em atendimento emergencial em hospital público, receita medicamento ao paciente sem questionar, quando da realização da anamnese, a existência de anterior reação alérgica ao composto, causando-lhe a morte por choque anafilático. (...)” (TJSC, Apelação Cível n. 1997.011957-7, de Joinville, rel. Des. Silveira Lenzi, j. 15-02-2000, grifos meus).

O demandado, não há dúvidas, agiu com descautela e passividade, ministrando medicamento de forma irrefletida, sem os cuidados que dele era lícito se esperar, demonstrando inocultável imprevisão em relação ao ato que podia e devia pressupor, fruto da ausência de precaução, culminando por expor a vítima a um risco grave que era desnecessário.

O erro na medicação prescrita pelo médico, máxime nas situações envolvendo cefazolína, cefalosporinas ou penicilinas é evento sempre evitável mediante a indispensável prevenção, realizada mediante testes de reações de hipersensibilidade. No caso, repita-se, a alergia do autor à penicilina era conhecida antes da indicação para o seu uso, o que caracteriza indiferença ou inércia culpável por parte do réu, justo que expôs o paciente a um quadro de gravidade que poderia ser evitado

É certo que a obrigação médica, tal como aquela assumida pelo demandado, é de meio e não de resultado, mas não se pode olvidar que, embora não se comprometendo a curar, o médico assume a obrigação de tomar todas as cautelas devidas em prol do bem estar do seu paciente.

Como restou consignado por ocasião do RESP nº 331.400/ES, Rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro, “*Há situações em que a própria incúria corrobora para o resultado final e se revela desastroso, como ocorreu no caso, ora relatado.*”

E este, iniludivelmente, é o caso dos autos, não ressumbrando qualquer incerteza no tocante ao nexo de causalidade entre o comportamento descuidado do réu e as consequências funestas experimentadas pelo autor, traduzidas por choque anafilático, parada cardiorrespiratória e manobras de ressuscitação, com permanência na UTI por vários dias.

O exame da culpa médica e a sua prova foi magistralmente abordada RUY ROSADO DE AGUIAR DIAS, em artigo intitulado “Responsabilidade Civil do Médico”, publicado no Suplemento COAD – Seções Jurídicas, Dezembro de 2003, pág. 27, de onde se colhe a seguinte passagem:

“[...] apuração da culpa do profissional médico obedece aos mesmos procedimentos adotados para definição da culpa comum; diante das circunstâncias do caso, o juiz deve estabelecer quais os cuidados possíveis que ao profissional cabia dispensar ao doente, de acordo com os padrões determinados pelos usos da ciência, e confrontar esse norma concreta, fixada para o caso, com o comportamento efetivamente adotado pelo médico. Se ele não a observou, agiu com culpa. Essa culpa tem de ser certa, ainda que não necessariamente grave. Não é necessário que a culpa do médico seja grave: basta que seja certa. O Professor CAIO MÁRIO sustenta que a culpa médica é apreciada como qualquer outra. Desde que o juiz entenda que um médico prudente, nas mesmas circunstâncias, teria comportamento diverso do acusado, deve condenar esse a reparação.” (Sublinhei).

ANTÔNIO FERREIRA COUTO FILHO e ALEX PEREIRA SOUZA, discorrendo sobre as modalidades de culpa na conduta médica, prelecionam

“(…) a imprudência se caracteriza por uma conduta comissiva, é a ausência do devido cuidado consubstanciada numa ação, é, pois, a realização de um ato (no caso dos médicos, um ato médico) sem a devida providência. A negligência é, por seu turno, a ausência de cuidado razoável exigido. Trata-se, em verdade, da omissão da conduta esperada e recomendável. (...) Por fim, a imperícia é a falta da competente análise e da observação das normas existentes para o desempenho da atividade” (Sublinhei - Responsabilidade Civil Médica e Hospitalar. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 29).

A propósito, essa Corte já decidiu:

“Demonstrada a culpa do médico, ainda que em grau leve, e o nexo de causalidade entre a sua conduta e a lesão causada ao paciente, cabe ao profissional indenizar a vítima do dano.” (Apelação cível n. 2004.018908-7, de Chapecó, Relator: Des. Luiz Carlos Freyesleben).

Destarte, configurada a culpa e o nexo de causalidade, sendo inquestionável o dano, diante da morte da vítima, impõe-se a reparação.

Os danos materiais consubstanciam-se nos gastos com internação e tratamento, considerando que em virtude do choque anafilático o autor teve que permanecer na unidade de tratamento intensivo e submeter-se a procedimento cirúrgico (pleuroscopia) em virtude do trauma torácico sofrido durante a reanimação.

Tais despesas, ocasionadas pela reação alérgica, estão comprovadas pelos documentos que repousam às fls. 70/86 e totalizam R\$ 13.715,00.

O aludido numerário deve ser ressarcido, devendo as tais verbas serem corrigidas desde os respectivos desembolsos, e acrescidas de juros de mora, contados da citação.

Tocante ao dano extrapatrimonial, parece-me desnecessária maior dialética para o seu reconhecimento, pois é intuitivo o sofrimento e a frustração da demandante, que sofreu um choque anafilático em virtude da medicação aplicada, e em decorrência dos procedimentos de reanimação teve fraturas costais e no esterno, permaneceu internado na UTI, teve que submeter-se a procedimento cirúrgico, tudo isso sem realizar a cirurgia agendada para sanar o mal que lhe acometia.

Não se pode compreender que a conduta do primeiro réu seria de todo suportável pelo autor, decorrendo daí a desnecessidade da respectiva indenização, razão por que o pleito merece acolhimento.

O dano moral, como se sabe, é aquele decorrente de ação ou omissão que venha a atingir o patrimônio não econômico da pessoa, por isso também denominado de dano extrapatrimonial.

CARLOS ALBERTO BITTAR, ocupando-se do tema, sustenta que o dano moral promana das *“lesões sofridas pelas pessoas, físicas ou jurídicas, em certos aspectos de sua personalidade, em razão de investidas injustas de outrem. São aqueles que atingem a moralidade e a afetividade da pessoa, causando-lhe constrangimentos, vexames, dores, enfim, sentimentos e sensações negativas. Contrapõem-se aos danos denominados materiais, que são prejuízos suportados no âmbito patrimonial do lesado.”* (“Danos morais: Critérios para sua fixação, Repertório IOB nº 15/93”, 1ª quinzena de agosto/93, p. 293).

Como se vê, o dano moral possui grande carga de subjetividade, atingindo bens incorpóreos, firmando residência em sede psíquica e sensorial. Não é por outra razão, aliás, que MARIA HELENA DINIZ obtempera ser *“grande o papel do magistrado na reparação do dano*

moral, competindo, a seu prudente arbítrio, examinar cada caso, ponderando os elementos probatórios e medindo as circunstâncias, preferindo o desagravo direto ou compensação não-econômica à pecuniária, sempre que possível, ou se não houver riscos de novos danos”. (“Curso de direito civil brasileiro; responsabilidade civil”, São Paulo, Saraiva, 1984, volume 7, p. 79).

No que concerne ao *quantum* indenizatório, anoto que compete ao julgador mensurar, caso a caso, mesmo que de modo subjetivo, aquilo que possa ser razoável e justo, quer para o autor, quer para o réu. Para tanto, deverá considerar a intensidade do sofrimento moral do ofendido, a gravidade, a repercussão, a posição social daquele, seu grau de cultura, atividade e seus ganhos, requisitos que também deverão ser levados em consideração para exame do perfil do ofensor, acrescido, quanto a este, o exame da sua capacidade econômico-financeira para suportar o encargo que lhe é imposto. E assim deve ser, pois além do aspecto punitivo em desfavor daquele que ofende, há que ser analisado o grau de suportabilidade do encargo.

Essa Corte já proclamou:

“[...] a indenização por dano moral não pode ser fixada em valor vil, diante da natureza compensatória do abalo psicológico sofrido. Também não deve ser determinado um valor estratosférico, pois não se pode constituir em fonte de enriquecimento. Há que se encontrar uma correspondência entre o sofrimento moral imposto e o valor econômico a ser atribuído. Nesta busca, deve o magistrado se valer do princípio da razoabilidade, tendo em conta o fato concreto e suas particularidades” (Ap. Cív. nº 2002.006981-2, Rel. Des. Nicanor da Silveira).

E mais:

“A indenização por danos morais que tem por escopo atender, além da reparação ou compensação da dor em si, ao elemento pedagógico, consistente na observação pelo ofensor de maior cuidado de forma a evitar a reiteração da ação ou omissão danosa. Deve harmonizar-se com a intensidade da culpa do lesante, o grau de sofrimento do indenizado e a situação econômica de ambos, para não ensejar a ruína ou a impunidade daquele, bem como o enriquecimento sem causa ou a insatisfação deste” (AC 2008.051361-1, relator: Des. Vanderlei Romer, 29/04/2009).

Assim, por não existir fórmulas matemáticas para mensurar o dano moral, a indenização deve ser estipulada com moderação e razoabilidade, servindo para reparar o gravame e para intimidar o ofensor na prática de semelhante ato.

Assim, com base nos vetores indicativos antes anunciados, fixo em favor do autor a indenização por danos morais no montante de R\$ 50.000,00. A correção monetária será devida a partir da data da presente decisão e os juros de mora, tratando-se responsabilidade contratual, incidem a partir da citação, no montante de 1% ao mês (art. 406 do CC).

Reconheço, outrossim, a responsabilidade solidária da litisdenunciada, nos limites da apólice (fls. 249).

Quanto ao hospital requerido, estou em reconhecer a sua ilegitimidade passiva.

A questão envolvendo a legitimidade dos hospitais particulares para responderem por danos decorrentes de erro médico é tema altamente controvertido, provocando intensos debates tanto na doutrina como na jurisprudência.

Para considerável número de vezes, em processos dessa natureza, há solidariedade objetiva do hospital pelo só fato do paciente estar nas dependências do nosocômio na ocasião em que sofreu o dano, indepen-

dentemente do médico causador do prejuízo ser ou não preposto deste último, ou, ainda, da existência ou inexistência de falhas nos serviços hospitalares, como equipamentos, medicamentos e enfermaria. A aludida solidariedade, segundo a aludida corrente, dimana do proveito econômico que reverte em favor do hospital por conta dos serviços médicos prestados naquele local, incidindo, neste contexto, as normas insculpidas no regramento consumerista.

A Ministra NANCY ANDRIGHI, em voto-vista lavrado no REsp 419026, Rel. Min. Carlos Alberto Meneses Direito, discorreu amplamente sobre os tópicos acima referidos, deixando consignada a seguinte passagem:

“A questão cinge a verificar se o hospital responde pelos atos do médico que naquele realiza cirurgia, destacando-se a peculiaridade de inexistir vínculo empregatício ou de preposição entre ambos.

Cumpre, inicialmente, identificar a natureza da relação jurídica existente entre a recorrida-paciente, o recorrente-hospital e a médica que realizou a cirurgia.

O recorrente é fornecedor de serviços consubstanciados na assistência à saúde, mediante remuneração, envolvendo fornecimento de pessoal, equipamentos, medicamentos, entre outros, e, no que interessa para o caso concreto, realização de intervenções cirúrgicas.

Na espécie, está caracterizada uma relação jurídica de prestação de serviços entre o hospital, na qualidade de fornecedor, e o paciente, como destinatário final, estando submetida aos princípios e regras positivadas no Código de Defesa do Consumidor.

No que diz respeito à ré-médica, afirma o recorrente que é mero locador de espaço e de equipamentos, de forma que não seria responsável pelos atos daquela, profissional autônoma sem qualquer vínculo empregatício ou relação de preposição.

Ocorre que é inegável que a médica, ao realizar a cirurgia nas dependências

do hospital, utilizando-se de seus equipamentos, recursos materiais e humanos, obrou no interesse econômico deste, que lucrou com tal atividade. Ressalte-se que é usual os ganhos do hospital com a internação e o pós-operatório em muito superarem os honorários auferidos pelo médico com a realização da cirurgia.

Assim, o hospital deve responder pelos danos decorrentes do erro médico ocorrido na cirurgia por força do risco-proveito assumido, não eximindo a sua responsabilidade ter havido prestação de serviço indireta por meio de médico autônomo.

Considere-se, ainda, que o conceito e a credibilidade de que goza o hospital e o seu quadro clínico constituem para o paciente, não raro, fator preponderante para a escolha do médico. Por outro lado, para considerável número de pacientes, o fato do médico realizar cirurgias em determinado hospital evidencia que aquele profissional integra os quadros clínicos deste, sendo-lhes (aos pacientes) irrelevante, e inclusive desconhecida, a natureza da relação jurídica existente entre ambos: se de emprego, preposição ou locação.

Dessa forma, não há como considerar o hospital como simples locador de espaço e de equipamentos, fato este que não pode ser oposto aos paciente consumidor para efeito da exclusão da responsabilidade do hospital.

Oportuno registrar, ante os argumentos acima expostos, que, a demonstrar que a ausência de vínculo empregatício ou de preposição não constitui óbice absoluto à responsabilidade solidária e objetiva do hospital, está o art. 34, do CDC, ao dispor que “o fornecedor de produto ou serviço é solidariamente responsável pelos atos de seus prepostos ou representantes autônomos” (grifou-se).

Dessa forma, o recorrente, nos termos do art. 14 do CDC, “responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação de serviços”.

Em relação ao paciente-consumidor, a responsabilidade do hospital é objetiva e solidária juntamente com o médico. Busca-se, assim, em conformidade com escopo perseguido pelo legislador, ampliar as garantias e assegurar ao consumidor a efetiva reparação dos danos, independentemente da apuração do grau de culpa de cada um dos responsáveis solidários.”

O Ministro CASTRO FILHO, no mesmo julgado, especificamente sobre a solidariedade do hospital, ressaltou que a demonstração da excelência dos serviços hospitalares prestados pela instituição não é hábil ao afastamento da responsabilidade solidária daquele que cede nome, prestígio, pessoal e equipamentos necessários à intervenção cirúrgica realizada por médico que comumente atua em suas instalações.

Nada obstante o peso dos argumentos defendidos nos aludidos votos, é certo que grupo não menos expressivo tem sustentado posição diametralmente oposta, conforme se extrai do voto-vista firmado pelo Ministro ARI PARGENDLER no mesmo julgamento acima citado, reconhecendo a ilegitimidade passiva do nosocômio ao argumento de que *“que a responsabilidade solidária do hospital, em casos dessa natureza, pressupõe a prova do nexo causal entre o ato de preposto seu e o resultado danoso, a cargo do autor da ação. A simples utilização de dependências e equipamentos do hospital não caracteriza esse nexo, nem mesmo a participação de empregados seus, v.g., atendentes ou auxiliares de enfermagem, que, no ato cirúrgico, têm atuação secundária. A inversão do ônus da prova contra o fornecedor do serviço supõe que haja um nexo causal entre a respectiva prestação e o dano alegado. O esquecimento de um corpo estranho no útero da paciente da cirurgia só pode ser imputado ao médico.”*

O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, através do seu 3º Grupo de Câmaras Cíveis, apreciando o tema ora em comento, na esteira do entendimento anunciado no voto-vista do Ministro ARI PARGENDLER, ementou:

“RESPONSABILIDADE CIVIL. ALEGAÇÃO DE ERRO MÉDICO. RESPONSABILIDADE DO HOSPITAL. PACIENTE BAIXADO POR ORDEM DO MÉDICO. FALTA DE RELAÇÃO ENTRE ESTE PROFISSIONAL E HOSPITAL. ILEGITIMIDADE PASSIVA RECONHECIDA.

Paciente baixado por ordem médica e atendido pelo profissional médico, que apenas se utiliza das dependências e equipamentos do hospital. Inexistente relação entre o hospital e os médicos que formam o corpo clínico, não há como responsabilizá-lo por eventuais erros atribuídos aos profissionais que ocupam o espaço físico que fornece.

A responsabilidade objetiva do prestador de serviços é restrita aos atos de seus prepostos e neste conceito não se incluem os médicos que prestam serviços autônomos. Ou se ficasse demonstrado que a causa do dano foi decorrência da utilização dos equipamentos fornecidos pelo mesmo e que estavam sob seus cuidados.

Ausência de prova de que o nosocômio tinha alguma ingerência nos serviços médicos que eram prestados em seu espaço físico. EMBARGOS DESACOLHIDOS.” (Embargos Infringentes Nº 599470804, Terceiro Grupo de Câmaras Cíveis, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Carlos Alberto Bencke, Julgado em 05/11/1999)

Do corpo do referido acórdão colhe-se uma passagem de todo pertinente e que merece destaque, justo que aborda com clareza solar a impotência da administração do hospital frente aos procedimentos realizados pelos médicos que atuam nas suas dependências, “*in verbis*”:

“o hospital não diz ao médico qual o procedimento que vai ser adotado para a cura, ou para a intervenção nesse ou naquele paciente, nem determina o hospital quando o médico deve mudar de conduta científica. Sequer o hospital pode desinternar um paciente motu proprio. Só o médico pode fazer isso. Isso estou dizendo para demonstrar como acontece na medicina o grau de independência que talvez em pouquíssimas profissões liberais exista. Na sua ciência, o médico é absoluto, não deve obediência a ninguém, a não ser a sua própria ciência, a sua consciência.” (Grifei e sublinhei).

A referida decisão do Tribunal Riograndense foi reapreciada pelo Superior Tribunal de Justiça através do REsp 400.843, Rel. Ministro

CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO, constando da respectiva ementa uma terceira via, ou seja, se o paciente ingressou no hospital por iniciativa própria, sendo lá atendido por médico que atuava na ala de emergência, pronto socorro ou outro setor qualquer, o erro derivado de tal atendimento deverá ser suportado pelo nosocômio, independentemente do médico ser ou não seu preposto, “*in verbis*”:

“Responsabilidade civil. Atendimento hospitalar.

1. Quando o paciente procura o hospital para tratamento, principalmente naqueles casos de emergência, e recebe atendimento do médico que se encontra em serviço no local, a responsabilidade em razão das conseqüências danosas da terapia pertence ao hospital. Em tal situação, pouco releva a circunstância de ser o médico empregado do hospital, porquanto ele se encontrava vinculado ao serviço de emergência oferecido. Se o profissional estava de serviço no plantão, tanto que cuidou do paciente, o mínimo que se pode admitir é que estava credenciado para assim proceder. O fato de não ser assalariado nesse cenário não repercute na identificação da responsabilidade do hospital.

2. Recurso especial conhecido e provido.”

O mesmo acórdão, em sentido inverso, aborda a situação do paciente de eleição, que é internado no hospital por ordens do seu médico particular e por ele exclusivamente atendido, “*in verbis*”:

“Dúvida não há de que a responsabilidade dos hospitais está vinculada ao atendimento que presta por meio dos médicos que emprega, como já assinalava anos e anos atrás a lição de Savatier (Traité, vol. III, págs. 414/415). É certo que essa responsabilidade repousa ainda por todos os atos que sejam de seu domínio, assim, naqueles casos de infecção hospitalar, utilização de medicamentos e de equipamentos, de transfusão de sangue, dos serviços de enfermagem (cfr. Carlos Alberto Menezes Direito e Sergio Cavalieri, Comentários, Forense, Rio, 2004, págs. 451/452). Dúvida também não há sobre a responsabilidade objetiva, que, contudo, não dispensa a identificação do nexo de causalidade.”

Mais adiante, o relator deixa estampado o entendimento que estimo mais justo e acertado para disciplinar a solidariedade que deve existir entre médicos e hospitais, “*in verbis*”:

“Entendo que quando o paciente é internado sob a responsabilidade de seu médico, previamente escolhido, a responsabilidade do hospital fica confiada aos seus domínios, como antes mencionado, não havendo nexo de causalidade com o erro do médico propriamente dito. Todavia, quando o paciente procura o hospital para tratamento, principalmente naqueles casos de emergência, e recebe atendimento do médico que se encontra em serviço no local, a responsabilidade em razão das conseqüências danosas da terapia pertence ao hospital. Em tal situação, pouco releva a circunstância de ser o médico empregado do hospital, porquanto ele se encontrava vinculado ao serviço de emergência oferecido. Se o profissional estava de serviço no plantão, tanto que cuidou do paciente, o mínimo que se pode admitir é que estava credenciado para assim proceder. O fato de não ser assalariado, nesse cenário, não repercute na identificação da responsabilidade do hospital.” (Grifei e sublinhei).

Das colocações até aqui expendidas resulta claro que o hospital somente deverá ser responsabilizado solidariamente com o médico nas seguintes hipóteses: a) erro praticado por médico preposto do hospital; b) erro praticado por médico autônomo, decorrendo o dano da prática do facultativo, acrescida de alguma falha dos equipamentos ou serviços oferecidos pelo nosocômio; c) erro do esculápio que, embora não sendo preposto, estava de serviço no hospital e prestou o atendimento quando procurado diretamente pelo paciente naquele local, presumindo-se, nesta hipótese, que estava credenciado para prestar o aludido serviço.

Todavia, situação bem diversa decorre da hipótese em que o paciente está sendo tratado por médico particular, sem qualquer vínculo com o hospital e é internado por prescrição do aludido profissional. Nes-

te caso, sobrevindo o erro exclusivo do médico, sem qualquer vinculação com os serviços oferecidos pelo nosocômio, não se poderá cogitar do reconhecimento da solidariedade, eis ausente qualquer relação de causa e efeito, que é pressuposto imprescindível no pedido de indenização centrada na culpa.

E este é o caso dos autos, tanto que a petição inicial não descreve nenhum fato que pudesse de alguma forma vincular os serviços prestados pelo hospital ao erro praticado pelo corréu. Na verdade, o autor atribui a responsabilidade solidária ao hospital pelo simples fato do primeiro réu ser “médico integrante do quadro” (fls. 13/14).

Assim, não vejo como reconhecer legitimidade do HOSPITAL SÃO JOÃO BATISTA para residir na extremidade passiva da ação instaurada, citando-se, para ilustrar, outro precedente do Superior Tribunal de Justiça:

“CIVIL. INDENIZAÇÃO. MORTE. CULPA. MÉDICOS. AFASTAMENTO. CONDENAÇÃO. HOSPITAL. RESPONSABILIDADE. OBJETIVA. IMPOSSIBILIDADE.

1 - A responsabilidade dos hospitais, no que tange à atuação técnico-profissional dos médicos que neles atuam ou a eles sejam ligados por convênio, é subjetiva, ou seja, dependente da comprovação de culpa dos prepostos, presumindo-se a dos preponentes.

Nesse sentido são as normas dos arts. 159, 1521, III, e 1545 do Código Civil de 1916 e, atualmente, as dos arts. 186 e 951 do novo Código Civil, bem com a súmula 341 - STF (É presumida a culpa do patrão ou comitente pelo ato culposo do empregado ou preposto.).

2 - Em razão disso, não se pode dar guarida à tese do acórdão de, arrimado nas provas colhidas, excluir, de modo expresso, a culpa dos médicos e, ao mesmo tempo, admitir a responsabilidade objetiva do hospital, para condená-lo a pagar indenização por morte de paciente.

3 - O art. 14 do CDC, conforme melhor doutrina, não conflita com essa conclusão, dado que a responsabilidade objetiva, nele prevista para o prestador de serviços, no presente caso, o hospital, circunscreve-se apenas aos serviços única e exclusivamente relacionados com o estabelecimento empresarial propriamente dito, ou seja, aqueles que digam respeito à estadia do paciente (internação), instalações, equipamentos, serviços auxiliares (enfermagem, exames, radiologia), etc e não aos serviços técnicos-profissionais dos médicos que ali atuam, permanecendo estes na relação subjetiva de preposição (culpa).”

4 - Recurso especial conhecido e provido para julgar improcedente o pedido.” (REsp 258389, Rel. Min. Fernando Gonçalves, j. 22.08.2005, grifos meus).

Nesse Sodalício, também já se decidiu:

“APELAÇÃO CÍVEL. DANO MORAL. ERRO MÉDICO. CIRURGIA DE REDUÇÃO DE MAMA. SENTENÇA DE PRIMEIRO GRAU QUE DETERMINOU A PROCEDÊNCIA DA DEMANDA CONDENANDO HOSPITAL E O MÉDICO. INSURGÊNCIA DA HOSPITAL. *MÉDICO QUE NÃO FAZ PARTE DO CORPO CLÍNICO DO HOSPITAL. DANOS OCASIONADOS EXCLUSIVAMENTE DA CONDUTA DO MÉDICO. RECONHECIMENTO DA ILEGITIMIDADE PASSIVA DO HOSPITAL.* RECURSO DO MÉDICO DEMANDADO. ALEGAÇÃO DE CULPA EXCLUSIVA OU CONCORRENTE DA AUTORA. AUSÊNCIA DE PROVA. ÔNUS QUE INCUMBIA AO DEMANDADO. RESPONSABILIDADE MÉDICA. CIRURGIA PLÁSTICA. OBRIGAÇÃO DE RESULTADO. OBRIGAÇÃO DE INDENIZAR QUE SE IMPÕE. DANO MORAL CONFIGURADO. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. RECURSO ADESIVO DA AUTORA. MAJORAÇÃO DO QUANTUM INDENIZATÓRIO ESTIPULADO. INACOLHIMENTO. VALOR ARBITRADO EM CONSONÂNCIA AOS PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.” (Grifei - Apelação Cível n. 2009.066539-1, de Armazém, Relator: Desa. Substituta Cinthia Beatriz da Silva Bittencourt Schaefer).

À luz dessas considerações, pelo meu voto eu conheço do apelo e dou-lhe parcial provimento para condenar o réu ROZENIR RAMOS ao pagamento de (a) R\$ 13.715,00 a título de danos materiais, a ser corrigido monetariamente desde a data dos desembolsos e acrescidos de juros de mora, contados da citação, e (b) R\$ 50.000,00 pelos danos morais, a ser corrigido monetariamente desta data e acrescido de juros de mora da citação, por se tratar de responsabilidade contratual.

Além disso, julgo procedente a denúncia da lide, condenando a denunciada a ressarcir o denunciante, nos limites do contrato, pelos valores que a mesma foi condenada, deixando de arbitrar verba honorária em razão da ausência de resistência.

Outrossim, reconheço a ilegitimidade passiva HOSPITAL SÃO JOÃO BATISTA, afastando-o da extremidade passiva da ação.

Em vista da solução que ora se alvitrada, sujeito o autor ao pagamento de 30% das custas e honorários em favor do patrono do hospital, que fixo em R\$ 2.500,00, ex vi do art. 20, §4º, do CPC, ficando sobrestada a exigibilidade da verba, por ser beneficiário da justiça gratuita. O primeiro réu, por sua vez, arcará com o saldo das despesas processuais e com o importe de 15% sobre o valor da condenação em favor do advogado do autor, forte nos dizeres do §3º do art. 20 do CPC.

É como penso. É como voto.

QUINTA CÂMARA DE DIREITO CIVIL

APELAÇÃO CÍVEL

Apelação Cível n. 2010.052428-8, da Capital

Relator designado: Des. Sérgio Izidoro Heil

APELAÇÃO CÍVEL. INDENIZATÓRIA POR DANOS MORAIS E MATERIAIS. PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE PASSIVA REJEITADA. AGRESSÕES FÍSICAS PERPETRADAS POR VÁRIAS PESSOAS CONTRA O ESPOSO/PAI DAS AUTORAS, OCASIONANDO A MORTE DA VÍTIMA. FATO OCORRIDO EM EVENTO DE MOTOCICLETA REALIZADO NAS DEPENDÊNCIAS DA CASA NOTURNA DEMANDADA. RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA CONFIGURADA. INTELIGÊNCIA DOS ARTS. 14 E 17 DO CDC. CULPA EXCLUSIVA DA VÍTIMA E INEXISTÊNCIA DE DEFEITO NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO NÃO COMPROVADAS (ART 14, § 3º, DO CDC). ÔNUS QUE COMPETIA À DEMANDADA. DEVER DE INDENIZAR INCONTESTE. PLEITO DE MINORAÇÃO DO VALOR DA INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. ACOLHIMENTO. PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE DEVIDAMENTE OBSERVADOS. SENTENÇA REFORMADA EM PARTE. PROVIMENTO PARCIAL DO RECURSO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2010.052428-8, da comarca da Capital (5ª Vara Cível), em que é apelante Argonauta Administradora de Exposições e Centros Comerciais Ltda., e apeladas Venina Aparecida de Souza e outros:

A Quinta Câmara de Direito Civil decidiu, no mérito, por maioria de votos, conhecer do recurso e dar-lhe parcial provimento. Vencido o Excelentíssimo Senhor Desembargador Henry Petry Junior, que votou no sentido de conhecer do recurso e dar-lhe provimento. À unanimidade, acolher o pleito de redução do *quantum* indenizatório a título de danos morais, estabelecendo a quantia de R\$100.000,00 (cem mil reais). Custas na forma da lei.

Participaram do julgamento, realizado nesta data, os Exmos. Srs. Des. Henry Petry Junior e Odson Cardoso Filho. Funcionou pela Procuradoria-Geral de Justiça o Exmo. Dr. Paulo Ricardo da Silva.

Florianópolis, 17 de outubro de 2013.

Sérgio Izidoro Heil
Presidente e relator designado

RELATÓRIO

Cuida-se de apelação cível interposta por Argonauta Administradora de Exposições e Centros Comerciais Ltda. contra sentença proferida pela Juíza de Direito da 5ª Vara Cível da comarca da Capital que, nos autos da ação ordinária de ressarcimento de danos materiais e morais n. 023.01.025776-7, intentada por Venina Aparecida de Souza e suas duas filhas menores, julgou procedente em parte os pedidos, condenando a demandada ao ressarcimento de danos materiais suportados com atendimento médico e funeral, danos morais e pensão mensal, decorrentes do falecimento da vítima Paulo Joacir Muller (esposo e pai das autoras) (fls. 365/376).

Alega, preliminarmente, a sua ilegitimidade para figurar no polo passivo da lide, pois apenas alugou o local para a verdadeira organizadora do evento.

No mérito, aduz, em resumo, que: a culpa exclusiva da vítima pelo seu falecimento restou demonstrada; as agressões físicas foram provocadas pela própria vítima, que burlou as regras do evento; a briga foi rapidamente dissipada pelos seguranças do evento; a atuação do corpo de seguranças foi impecável; a prestação dos serviços ocorreu imune de defeitos; caso a sentença seja mantida, o valor indenizatório a título de danos morais merece ser reduzido.

Ao final, pugna pelo total provimento do apelo.

Pela Procuradoria-Geral de Justiça, lavrou parecer o Exmo. Sr. Dr. Aurino Alves de Souza, opinando pelo conhecimento e desprovimento do recurso (fls. 427/433).

VOTO

Insurge-se a recorrente contra sentença proferida pela magistrada a quo, que julgou parcialmente procedente os pedidos em demanda indenizatória ajuizada pelos apelados.

Quanto à preliminar de ilegitimidade passiva, sem razão a apelante.

Sustenta a recorrente ser mera locadora do imóvel no qual foi realizado o “I Floripa Motorcycle”, razão pela qual não pode responder por eventuais danos oriundos do evento, os quais são de exclusiva responsabilidade dos organizadores.

Da análise dos autos, contudo, é possível perceber que a tese ora aventada no apelo somente passou a ser debatida pela demandada após manifestação do representante do *Parquet* em primeiro grau no mesmo

sentido (fls. 357/363). Antes disso, as assertivas existentes na contestação eram de que “a segurança para o evento foi a maior preocupação da ré”, bem como que “contratou ainda mais 38 homens para a mesma finalidade” e “cercou-se de todos os cuidados mais detalhados no quesito segurança” (fls. 40/42).

Demais disso, a relação locatícia com cláusula expressa de transferência do dever de segurança aos locatários não restou devidamente comprovada, tornando-se inviável a exclusão da responsabilidade da acionada por possíveis defeitos na prestação do serviço e comento.

Sendo assim, afasto a prefacial e passo ao exame do mérito.

In casu, as autoras pleiteiam o ressarcimento dos danos suportados em razão da morte de seu pai/esposo Paulo Joacir Muller aos 34 (trinta e quatro) anos de idade, após ser fisicamente agredido em encontro de motociclistas (“I Floripa Motorcycle”) realizado na casa noturna Lupus Beer e administrado pela empresa demandada.

A requerida, contudo, alega que a responsabilidade pelo infortúnio somente pode ser imputada ao próprio falecido, cujo comportamento provocativo e inadequado deu azo às agressões sofridas, inexistindo qualquer falha no esquema de segurança implementado no dia dos fatos.

Tendo em vista a relação de consumo existente entre as partes (arts. 14 e 17 do Código de Defesa do Consumidor), a responsabilidade civil da empresa recorrente deve ser analisada sob a ótica objetiva.

Sendo assim, para a caracterização da responsabilidade civil da requerida pouco importa a culpa desta, mas sim o nexó causal entre a prestação de serviço e o dano suportado pelas requerentes.

A ocorrência das agressões físicas que causaram a morte da vítima nas dependências da Casa Noturna “Lupus Beer” enquanto desfrutava dos serviços oferecidos pela demandada resta incontroversa. Logo, para

se eximir do dever de indenizar, cabe à requerida demonstrar efetivamente a culpa exclusiva da vítima ou que, tendo prestado o serviço, o defeito inexistia (art. 14, *caput* e § 3º do CDC).

O conjunto probatório se resume a depoimentos prestados na fase policial e nos autos da ação penal n. 023.00.046133-7, tanto de testemunhas quanto dos denunciados pelo Ministério Público como autores da prática de homicídio qualificado. Todos os denunciados foram absolvidos no Tribunal do Júri por ausência de provas.

Em detida análise dos depoimentos prestados, não vislumbro a culpa exclusiva da vítima ou a inexistência de falha na prestação do serviço, como quer fazer crer a apelante.

Quanto à culpa exclusiva da vítima, tal fundamento não tem razão de ser, porquanto nenhum indicativo há nos autos acerca de atitude agressiva ou exageradamente inadequada de Paulo Joacir Muller na noite dos fatos, a ponto de justificar as agressões por ele suportadas, resultando em sua morte. Ora, não se pode ter como proporcional a atitude de inúmeras pessoas espancarem um só indivíduo tão gravemente, de modo a ocasionar o seu óbito, pelo fato de ter desobedecido a ordem de baixar o som de veículo estacionado no pátio de uma boate.

Os testemunhos são uníssonos acerca do fato de que houve um primeiro pedido de Dauzelei Benetton Pereira, organizador do evento, para que a vítima baixasse o som do seu veículo. Ocorre que na sequência, um terceiro teria solicitado à vítima a chave do automóvel e religou o som, dando ensejo a segunda reclamação de Dauzelei Pereira e, na sequência, às agressões suportadas pela vítima. Conforme os relatos, sequer foi a vítima quem religou o som. Absolutamente, nenhuma das testemunhas e nenhum denunciado mencionou ter a vítima agredido ou ameaçado agredir alguém fisicamente, de forma a incitar reação tão grave.

Portanto, não há falar em culpa exclusiva da vítima.

De sua vez, a falha na prestação do serviço, sobretudo no sistema de segurança da demandada, resta evidente nos autos

Em detida análise das declarações das três testemunhas registradas no auto de prisão em flagrante dos agressores, é possível perceber que nenhuma delas faz menção sobre a tão falada tentativa dos seguranças de impedir o espancamento sofrido pela vítima. Nem ao menos fazem referência à presença de tais profissionais no momento dos fatos. Vale transcrever alguns trechos importantes das referidas declarações:

[...] Que, na madrugada de hoje encontrava-se na Boate Lupus Beer [...], quando por volta de 01:30 o carro da vítima estava com o som ligado bem alto ao lado da Boate Lupus, onde várias pessoas dançavam ao redor do mesmo; Que, nesta altura já havia terminado um show que se realizou no local; Que, em certo momento o conduzido de nome Dauzelei Benetton Pereira chegou ao local e pediu para que a vítima desligasse o som de seu carro; Que, a vítima e conduzido conversaram por algum tempo tendo a vítima então desligado o som de seu carro; Que, a seguir um indivíduo quer usava camisa verde e que sabe o depoente que o mesmo é paulista, mas não sabe seu nome chegou até o carro da vítima e ligou o som; Que ato contínuo o conduzido Dauzelei dirigiu-se a vítima e disse que essa não desligasse o som, ele e seus amigos iriam linchá-lo; Que, sem que a vítima notasse o conduzido Antonio Stoppa agrediu a mesma com um tapa no rosto, tendo a vítima caído ao solo, que a seguir várias pessoas passaram a agredir a vítima, quando esta encontrava-se caída no solo; Que o depoente tentou separar a briga, mas não logrou êxito, pois os agressores eram em número muito grande sendo provavelmente em número de sete ou oito pessoas; Que, a vítima ainda tentou correr e sair do local, sendo que foi perseguida por uns trinta metros até entrar no carro de sua propriedade que durante sua fuga o mesmo continuou a ser agredido por estas pessoas; Que a vítima ainda conseguiu ligar seu carro e fugir até um posto de gasolina, que fica uns duzentos metros do local, onde foi socorrido por um tal de Claudemir dos Santos Canoffi, empregado da vítima; Que, sabe o depoente que quando Claudemir chegou no posto de gasolina a vítima veio a falecer (Genes Antonio Machado Scalvi, fls. 78/79).

[...] Que, não sabe como ocorreu ou se iniciou a briga, mas que era um tumulto generalizado sendo que várias pessoas agrediam a vítima; Que, o depoente identificou na pessoa de Dauzelei Benetton Pereira como sendo um dos envolvidos na briga; Que, o depoente se preocupou apenas em tirar Paulo que estava sendo agredido, daquele tumulto; que, conseguiu pegar a vítima e colocar a mesmo dentro de sua caminhonete e esta saiu do local; Que, após isto o depoente não viu mais o que aconteceu (Milton Renzetti Ouriques, fl. 79).

[...] Que, no local da confusão encontravam-se várias pessoas não sabendo precisar o depoente quantas, mas acredita que era em torno de dez pessoas que estavam discutindo e tentando agredir a vítima; Que, no início da briga houve o envolvimento do conduzido Dauzelei Benetton Pereira; Que, a vítima tentou fugir do local tendo corrido por uns trinta metros quando tropeçou e caiu ao solo, que então seus agressores agrediram ao mesmo com socos e pontapés (Edegar Zilli, fls. 79/80).

Carlos Roberto Cardenuto também prestou declarações no dia seguinte ao ocorrido e nada disse sobre eventual empenho de seguranças no sentido de apaziguar a briga (fl. 86).

Em suma, não há relato nas declarações prestadas na fase policial a respeito da ação de seguranças. Em que pese tais depoimentos não tenham sido prestados em juízo, são de suma importância para o deslinde da quaestio, dado que colhidos logo depois dos fatos (14.10.2000), momento em que as testemunhas muito provavelmente ainda não haviam sido influenciadas.

Em juízo, Genes Antonio Scalvi e Milton Ouriques prestaram depoimentos condizentes com os relatos supracitados, narrando os fatos de forma harmônica e sem contradições. Genes nada disse sobre seguranças (fls. 215/218) e Milton relatou que “não viu se seguranças ou outros deram cobertura” (fls. 219/221).

Carlos Roberto Cardenuto, entretanto, modificou sua versão. No dia posterior ao ocorrido nada declarou a respeito de seguranças. Já em juízo, narrou os fatos de forma diversa, com muitos detalhes e referiu-se inúmeras vezes à atuação de seguranças no momento da briga. Extrai-se do seu depoimento:

[...] que pode observar também que *seguranças conversavam com a vítima*, presumindo que a conversa tenha sido a respeito do desligamento do som, até que observou o *acusado Dauzelei acompanhar um dos seguranças* até a vítima, novamente presumindo que pela mesma razão; [...] que passados uns vinte minutos aproximadamente, foi ele religado, na mesma altura, tendo o *acusado Dauzelei retornado acompanhado de um segurança* que o chamou, dirigindo-se ao veículo da vítima [...]; que na oportunidade em que Dauzelei se aproximava, *já haviam diversos seguranças* próximos à vítima [...]; que pode notar perseguição à vítima, *dizendo que as pessoas que se encontravam em torno dela ou eram seguranças* ou eram integrantes do grupo Abutres; [...] que o uniforme dos *seguranças* era preto (fls. 225/227, grifo nosso).

Comparando-se o depoimento citado acima com as declarações prestadas na fase policial por Carlos Roberto Cardenuto, é possível perceber a clara intenção deste de proteger Dauzelei Benetton e demais acusados, bem como ressaltar a forte atuação de seguranças no momento do tumulto, a qual somente foi mencionada por seis testemunhas de defesa ligadas aos denunciados e que naturalmente tinham interesse no deslinde da demanda: Regiane Francisco (229/230), Wladimir Peres (fls. 231/232), Emerson Fernandes (fls. 233/234), Antonieli Garcia (fls. 249/250), Eloi Prim (fls. 251/252), Laurentino Neves (fls. 259/260). De outro lado, sete testemunhas de defesa não tocaram no assunto da segurança, quais sejam: Angelo Oliveira (fls. 256/257), Walter Ribas (fls. 254/255), Patrícia da Silva (fls. 247/248), João Peixoto (fls. 240/241), Iran Correa Arísio (fls. 238/239) e Edison Scheer (fls. 236/237).

Os depoimentos das testemunhas de defesa são todos diferentes entre si e contraditórios, havendo inúmeras versões para o mesmo fato. Ainda que tais depoimentos tenham sido colhidos para instruir o processo criminal, de sua análise é possível concluir que no momento das agressões nenhum esforço ou cuidado foi tomado pelo sistema de segurança a fim de salvaguardar a integridade física da vítima e dos demais envolvidos. Se assim o fosse, diante do tão ressaltado esforço de inúmeros seguranças, certamente os agressores não teriam tido tempo suficiente para investir com tanto vigor contra a vítima, causando-lhe a morte.

Ao ser interrogado em juízo, o próprio denunciado Sérgio dos Santos silenciou a respeito da presença de seguranças (320/321). Richard Radloff fez breve menção ao assunto (fls. 318/319). Dauzelei Pereira (fls. 322/323) e Antonio Stoppa (fls. 325/326), organizadores do evento, enfatizaram a participação dos referidos profissionais no momento do tumulto.

Diante de relatos tão diversos e contraditórios, não é possível constatar, em hipótese alguma, que o serviço de segurança da ré foi eficiente e que a morte da vítima se deu por culpa exclusiva desta. Muito pelo contrário, absolutamente, não foram tomados os devidos cuidados para garantir a integridade física dos participantes do evento e impedir a ocorrência de delito tão grave, como o homicídio do esposo/pai das requerentes/apeladas.

Como bem salientou a Magistrada de Primeiro Grau:

[...] Em um encontro de veículos automotores regado a bebidas e festas - combinação por si só perigosa -, os cuidados com segurança deveriam ser exponencialmente elevados [...].

Acontece que o ambiente em que foi realizada a festividade e os atrativos colocados à disposição dos participantes exigiam dos responsáveis – tanto

os organizadores quanto os proprietários da Lupus Beer – uma ação efetiva e eficiente para conter quaisquer condutas que se revelassem danosas aos participantes, uma vez que, durante o encontro, respondiam pelo bem-estar daqueles que compareceram à festividade.

Assim, não se pode admitir que a ré tenha tomado todas as cautelas para evitar o descontrole em massa que ensejou a morte de um dos frequentadores de seu estabelecimento, uma vez que as peculiaridades anotadas para a realização do encontro denotam a insuficiência dos cuidados adotados para prestar a devida segurança aos inscritos no I Floripa Motorcycle. [...]

Outrossim, o entrevero entre os participantes por causa do som que vinha do veículo da vítima poderia ter sido evitado, mediante a adoção de medidas mais enérgicas para retirar o malfadado equipamento de som do local.

E dadas as circunstâncias, ciente a gerência da Lupus Beer de que a vítima estava ocasionando tumulto em suas dependências, os prepostos da requerida tinham o dever de reforçar a segurança no local em que ele se encontrava, porquanto mais cedo ou mais tarde alguma confusão se armaria e o confronto entre os participantes seria inevitável.

Por duas vezes, a inércia da demandada impediu que fosse evitada a alteração de ânimos que culminou com o conflito físico entre os motociclistas próximos ao tumulto e findou com a morte de um dos participantes [...].

Mesmo que o comportamento do de cujus estivesse em desacordo com a celebração festiva colimada pelo evento e que a reação violenta daqueles que revidaram escapasse ao controle da Lupus Beer, o dever de zelar pela segurança dos participantes determinava especial atenção ao estopim das agressões que acabaram por encerrar a vida de um pai de família (fls. 370/371).

A propósito, já decidiu esta Corte:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS, MATERIAIS E ESTÉTICOS. AGRESSÕES FÍSICAS SOFRIDAS NO INTERIOR DE CASA NOTURNA.

APLICABILIDADE DO CDC. VÍTIMA QUE, INDEPENDENTE-

MENTE DE TER ADQUIRIDO INGRESSO PARA ENTRAR NAS DEPENDÊNCIAS DO ESTABELECIMENTO, ENQUADRA-SE NA QUALIDADE DE CONSUMIDOR.

RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO PRESTADOR DE SERVIÇOS. INTELIGÊNCIA DO ART. 14 DO CDC. INEXISTÊNCIA DAS EXCLUDENTES PREVISTAS NO § 3º DO APONTADO DISPOSITIVO LEGAL. CONDUTA OMISSIVA, DANO E NEXO DE CAUSALIDADE CONFIGURADOS. DEVER DE INDENIZAR CARACTERIZADO.

DANOS MORAIS E ESTÉTICOS. POSSIBILIDADE DE CUMULAÇÃO. OBSERVÂNCIA DA SÚMULA N. 387 DO STJ. QUANTUM INDENIZATÓRIO FIXADO EM OBSERVÂNCIA À RAZOABILIDADE E À PROPORCIONALIDADE. VERBA MANTIDA.

GASTOS COM DESPESAS FUTURAS E CIRURGIA REPARADORA. AUSÊNCIA DE PEDIDO NA INICIAL. SENTENÇA ULTRA PETITA. OBRIGAÇÃO REFERENTE A TAIS VALORES AFASTADA.

HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. VERBA FIXADA EM PATAMAR INFERIOR AO MÍNIMO LEGAL. MINORAÇÃO INVIÁVEL. RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO. (AC n. 2010.062041-8, de Timbó, rel. Des. Subst. Odson Cardoso Filho, j. 6.6.2013).

Ainda:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. PRESTAÇÃO DE SERVIÇO. RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA. DEVER DE INDENIZAR. RECURSO PROVIDO.

À míngua de melhor prova, não é acolhida a alegação de culpa exclusiva do consumidor, restando o prestador de serviço obrigado a indenizar em decorrência da responsabilidade civil objetiva, invertendo-se os ônus da sucumbência. (AC n. 2009.048988-7, de Joinville, rel. Des. Stanley da Silva Braga, j. 30.8.2012).

Por fim:

APELAÇÃO CÍVEL. ACIDENTE FATAL OCORRIDO NO PÁTIO DE CLUBE QUE REALIZAVA EVENTO NOTURNO. ÔNIBUS CONTRATADO O TRANSPORTE DA BANDA QUE SE APRESENTOU NA FESTA. ATROPELAMENTO DE CLIENTE EMBRIAGADO. EXE- GESE DO ART. 14 DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. AUSÊNCIA DE CORPO DE FUN- CIONÁRIOS ESPECIALIZADOS NA SEGURANÇA DO EVENTO. NEXO CAUSAL CONFIGURADO. DEVER DE INDENIZAR.

“É objetiva, pelo fato do serviço, a responsabilidade civil da casa noturna para com seus clientes, respondendo pelos danos a eles causados independentemente de culpa, bastando a ocorrência do dano e nexo de causalidade entre este e o fato que o gerou, uma vez que é sua obrigação preservar a incolumidade de seus freqüentadores.” (AC n. 2007.025360-2, Rel. Des. Fernando Carioni, DJ de 28-11-2007) (AC n. 2008.028066-4, de Pomerode, rel. Des. Carlos Prudêncio, j. 26.9.2011).

Assim, ausente prova da inexistência de falha na prestação do serviço e/ou da culpa exclusiva da vítima, resta configurada a responsabilidade civil objetiva da demandada, uma vez que o falecimento da vítima decorreu das agressões sofridas no interior da casa noturna enquanto desfrutava dos serviços ofertados.

Por fim, no tocante ao pleito de redução do *quantum* indenizatório a título de danos morais fixado em R\$ 140.000,00 (cento e quarenta mil reais), tenho que merece amparo, tendo em vista os princípios da razoabilidade e proporcionalidade. Saliento que em relação às demais verbas indenizatórias nenhuma insurgência há no apelo.

Desta feita, fixo o montante indenizatório a título de danos morais em R\$ 100.000,00, o qual se mostra proporcional e razoável de acordo com a situação narrada nos autos. Esta quantia deve ser devidamente atualizada e acrescida de juros de mora na forma da sentença.

Ante de todo o exposto, voto no sentido de conhecer do recurso e dar-lhe parcial provimento, a fim de reduzir o *quantum* indenizatório a título de danos morais para R\$ 100.000,00 (cem mil reais), mantendo-se incólume o restante da sentença apelada.

Declaração de voto vencido do Exmo. Sr. Des. Henry Petry Junior

Ementa Aditiva

APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO REPARATÓRIA POR DANOS MATERIAIS E MORAIS C/C PEDIDO DE PENSÃO ALIMENTÍCIA. AGRESSÃO FÍSICA EM CASA NOTURNA. MORTE DA VÍTIMA. – PARCIAL PROCEDÊNCIA NA ORIGEM.

PRELIMINAR. (1) ILEGITIMIDADE PASSIVA AD CAUSAM. INOCORRÊNCIA. EMPRESA RÉ PROPRIETÁRIA DO ESTABELECIMENTO EM QUE OS FATOS OCORRERAM. SUPOSTA LOCAÇÃO DO IMÓVEL NÃO COMPROVADA. PROEMIAL SEQUER AVENTADA EM CONTESTAÇÃO. LEGITIMIDADE EVIDENTE.

- Assumindo a contratação de seguranças particulares e responsabilizando-se por adotar as providências necessárias à salutar realização do evento, é a acionada/apelante a indicada a responder por possíveis defeitos na prestação do serviço discutido no processo.

MÉRITO. (2) PRESTAÇÃO DE SERVIÇO. RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA. INTELIGÊNCIA DO ART. 14 DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. FALHA NA SEGURANÇA. INEXISTÊNCIA. CONDUTA ILÍCITA NÃO CONSTATADA. AUSÊNCIA DE NEXO CAUSAL. PROVIMENTO IMPERATIVO.

- *“É objetiva, pelo fato do serviço, a responsabilidade civil da casa noturna para com seus clientes, respondendo pelos danos a eles causados independentemente de culpa, bastando a ocorrência do dano e nexo de causalidade entre*

este e o fato que o gerou, uma vez que é sua obrigação preservar a incolumidade de seus frequentadores” (TJSC, Apelação Cível n. 2007.025360-2, de Biguaçu, rel. Des. FERNANDO CARIONI, j. 02.10.2007).

- O nível de segurança exigido de uma casa noturna não pode ser fixado em seu extremo. Assim como não se cogita a ausência total de proteção aos frequentadores, igualmente não há demandar ilimitada salvaguarda por parte da prestadora de serviço. O ideal, com efeito, é que a cautela adotada seja proporcional aos perigos ordinariamente esperados, de modo a inibir sua ocorrência ou, do contrário, a restituir rapidamente o statu quo ante, com o mínimo possível de lesão a bens jurídicos.

- Constatada a efetiva atuação dos seguranças da boate demandada no intuito de preservar a incolumidade do cliente e protegê-lo de novas investidas por parte dos demais frequentadores, não há reconhecer falha na prestação do serviço, inexistindo conduta ilícita ou nexo causal entre aquele requisito e o dano superveniente.

(3) SUCUMBÊNCIA. REDIRECIONAMENTO. GRATUIDADE. SUSPENSÃO DA EXIGIBILIDADE.

- Reformada a decisão de primeiro grau, a sucumbência deve ser estabelecida e redirecionada, suspendendo-se, contudo, a exigibilidade das verbas se às vencidas foi deferida a gratuidade da Justiça.

SENTENÇA REFORMADA. RECURSO PROVIDO.

Dissenti dos meus pares, venia, pelas razões expostas no voto apresentado ao Colegiado, cujos termos abaixo transcrevo.

RELATÓRIO

1. A ação

Perante a 5ª Vara Cível da Comarca da Capital, Venina Aparecida de Souza, Giuliana Paula Muller e Gabriela Muller ajuízam, em 20.03.2001, ação reparatoria por danos materiais e morais c/c pedido de pensão ali-

mentícia contra Argonauta Administradora de Exposições e Centros Comerciais Ltda, na qual aduzem, em síntese, serem, respectivamente, companheira e filhas de Paulo Joacir Muller, falecido em 14.10.2000, aos 34 (trinta e quatro) anos de idade, após se envolver em contenda física deflagrada durante a realização do evento “I Floripa Motorcycle”, sucedido nas dependências da casa noturna Lupus Beer, propriedade da ré, quem se omitiu quanto ao dever de proporcionar a devida segurança aos frequentadores do encontro.

Requerem, portanto, a condenação da demandada ao pagamento de reparação por danos materiais e morais, além da fixação de pensões alimentícias. Pleiteam, outrossim, a inversão do ônus da prova e a concessão dos benefícios da Justiça gratuita (fls. 2-14).

Juntam documentos às fls. 15-34.

A gratuidade é deferida e a citação é determinada (fl. 35).

Devidamente citada (fl. 37), a acionada apresenta resposta na forma de contestação escrita (fls. 38-51). Preliminarmente, sustenta a ilegitimidade ativa da demandante Venina Aparecida de Souza, uma vez que não comprovada a união estável supostamente mantida entre ela e o de cujus. Aponta, outrossim, a incidência ao caso do art. 14 do Código de Defesa do Consumidor, afastando, por conseguinte, a leitura dos fatos sob a ótica do art. 159 do Código Civil/1916, consoante realizado na petição inicial.

Relata, no mérito, ter alugado o espaço da casa noturna Lupus Beer para a promoção do evento “I Floripa Motorcycle”, de cuja segurança não descuidou, porquanto presentes no local membros da Polícia Rodoviária Federal, Polícia Rodoviária Estadual, Polícia Civil, Polícia Militar, Corpo de Bombeiros Militar, integrantes do Governo do Estado e outros 38 (trinta e oito) seguranças privados por si contratados, devidamente equipados e preparados.

Ressalta, acerca do ocorrido, o comportamento pessoal da vítima, motociclista do grupo “Roda Brasil”, pretensamente conhecido por criar confusões e atrair inimigos, quem, na data dos fatos, ingressou no estacionamento do evento a bordo de uma caminhonete, cuja entrada, a priori, era proibida, tendo burlado a segurança sob a alegação de ser um expositor transportando materiais para as festividades.

O veículo, segundo afirma, equipado com distinto sistema de som, foi estacionado próximo ao palco de shows do evento, de modo a competir com a própria música do ambiente. Destaca que, em razão disso, o gerente da Lupus Beer pessoalmente solicitou o desligamento do som automotivo à vítima, sem, contudo, obter resposta. Somente após a reiteração do pedido, dessa vez feito por terceiro conhecido do de cujus, é que o som foi finalmente suspenso.

Pouco tempo depois, todavia, a música foi religada, dando início à imediata agressão que se seguiu, provocada por membros do grupo “Abutres”, que igualmente participavam da reunião. O confronto, não obstante, rapidamente cessou, haja vista a ligeira intervenção da equipe de segurança.

Relata que, ato contínuo, o ferido entrou normalmente em sua caminhonete e deixou o local, desconhecendo, entretanto, que a confusão lhe provocara forte hemorragia interna, fato que, metros a diante, conduziu-lhe à morte.

Assim, destacando estar caracterizada a culpa de terceiros e da própria vítima (art. 14, § 3º, II, do Código de Defesa do Consumidor), pugna a empresa ré o indeferimento dos pedidos iniciais ou, sucessivamente, a limitação das cifras indenizatórias perseguidas na ação.

Junta documentos às fls. 52-60.

Impugnação às fls. 61-72 e documentos às fls. 73-125.

Manifestação da ré acerca da documentação coligida pela parte autora (fls. 128-129).

É designada data para a realização de audiência conciliatória (fl. 132), na qual a autocomposição não é atingida (fl. 141).

Vista dos autos ao Ministério Público (fl. 141v.), com manifestação no sentido de (a) afastar a prefacial de ilegitimidade ativa da autora Venina Aparecida de Souza; (b) validar a juntada de documentos ao tempo da impugnação; e (c) intimar as partes para especificarem as provas que pretendem produzir (fls. 142-143).

As demandantes peticionam para desistir da produção de prova testemunhal e para juntar outros documentos (fls. 153-191).

Rol de testemunhas da acionada às fls. 192-193.

Em audiência de instrução e julgamento (fl. 196), superada a possibilidade de conciliação, (a) a apreciação da preliminar de ilegitimidade ativa é diferida para o exame do mérito; (b) os documentos apresentados em impugnação à contestação são mantidos no processo; (c) a oitiva das testemunhas arroladas pela ré é indeferida, ante a intempestividade do petítório (fl. 195); (d) é determinada a juntada de reprodução parcial do processo criminal afeto ao ocorrido; bem como (e) é realizada, por determinação do Juízo, a tomada dos depoimentos da autora Venina Aparecida de Souza, do representante legal da demandada e de duas pessoas mencionadas em contestação.

Cópia parcial dos autos criminais n. 2004.017366-0 às fls. 210-260.

Renúncia dos mandatários da ré às fls. 275-281.

Ato contínuo (fl. 283-284), restabelecida a audiência instrutória – e presente a procuradora Gisele Brusque Bello da demandada, malgrado a renúncia noticiada –, (f) dá-se a desistência da oitiva da autora e do representante legal da empresa acionada; (g) é determinada a intimação de

um dos citados na peça de defesa para posterior inquirição em audiência; e (h) oficia-se ao Juízo da 1ª Vara Criminal da Comarca da Capital para solicitar cópia do interrogatório de Dauzelei Benetton Pereira – segundo pessoa referido na contestação.

Renovação da renúncia às fls. 301-304.

O Juízo intima a acionada para constituir novo procurador (fl. 306).

Reaberta a audiência, mais uma vez presente a causídica renunciante Gisele Brusque Bello, (i) determina-se o aguardo à resposta do ofício remetido à 1ª Vara Criminal da Comarca da Capital; e (j) intimam-se as partes e o Ministério Público para oferecerem suas respectivas razões finais.

Resposta ao ofício às fls. 318-326.

Razões finais das autoras às fls. 336-354.

Promoção do *Parquet* às fls. 357-363, cujo mérito se volta à extinção do feito sob o fundamento de ilegitimidade passiva ad causam.

Na sequência, sobrevém decisão judicial.

1.1. A sentença

No ato compositivo da lide (fls. 365-376), lançado em 30.09.2009, a Magistrada Taynara Goessel julga parcialmente procedentes os pedidos formulados pelas demandantes para, em consequência, *verbis*:

- a) Condenar a requerida ao pagamento de R\$ 5.300,00 (cinco mil e trezentos reais) pelos danos materiais suportados em razão dos gastos com atendimento médico de emergência e despesas de funeral e sepultamento (fls. 22/24), importância que deverá ser atualizada a partir da data de cada desembolso e acrescida de juros legais desde o evento danoso (Súmula 54 do STJ) ao ano (art. 1.063 do CC/1016) até a entrada em vigor do novo Código Civil (11/01/2003), a partir de quando serão de 1% (um por cento) ao mês até o efetivo pagamento (art. 406 do CC/2002).

- b) Condenar a ré ao pagamento de R\$ 140.000,00 (cento e quarenta mil reais), a serem distribuídos igualmente entre as autoras, pelos danos morais experimentados com a perda do ente querido.
- c) Condenar a demandada ao pagamento de pensão alimentícia mensal em favor da companheira e das duas filhas, no montante de $\frac{2}{3}$ (dois terços) do salário mínimo vigente ao mês de referência, sendo $\frac{1}{3}$ (um terço) para a convivente e $\frac{1}{3}$ (um terço), em partes iguais, às duas filhas, sendo vedado o acréscimo das parcelas das filhas em favor da mãe.
- d) Determinar À requerida a constituição de capital para garantir o pagamento da pensão alimentícia ora estipulada.

As quantias fixadas no item “b” e “c” deverão ser atualizadas a partir da data deste julgamento e acrescidas de juros legais desde o evento danoso (Súmula 54 do STJ) de 6% (seis por cento) ao ano (art. 1.063 do CC/1916) até a entrada em vigor do novo Código Civil (11/01/03), a partir de quando serão de 1% (um por cento) ao mês até o efetivo pagamento (art. 406 do CC/2002).

Face ao princípio da sucumbência, considerando que as autoras decaíram de parte mínima do pedido, condeno a demandada ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, que arbitro em 15% sobre o valor da condenação, nos termos do art. 20, § 3º, do CPC.

Renúncia ao mandato conferido pelas autoras às fls. 380-381.

A acionada regulariza sua representação processual (fls. 387 e 391-395), assim como as demandantes (fls. 418-421).

1.2. O recurso

Irresignada, a empresa ré interpõe recurso de apelação (fls. 397-411). Argúi, em preliminar, sua ilegitimidade para figurar no polo passivo da lide. Já no mérito, ressalta a culpa exclusiva da vítima no trágico evento. Sucessivamente, pugna a redução do *quantum* arbitrado a título de indenização por danos morais e de pensão alimentícia.

Os autos, então, ascendem a esta Corte de Justiça, na qual, em observância ao disposto no Ato Regimental n. 110/10-TJ, são redistribuídos em 21.12.2010.

Manifestação da Procuradoria-Geral da Justiça às fls. 427-433, na pessoa do Dr. Aurino Alves de Souza, no sentido de (a) afastar a proemial invocada e (b) negar provimento ao recurso.

Ausentes as contrarrazões.

É o relatório possível e necessário.

VOTO

2. A admissibilidade do recurso

Satisfeitos os pressupostos de admissibilidade, conhece-se do recurso.

2.1. A preliminar de ilegitimidade passiva *ad causam*

A empresa apelante, de início, afirma ser ilegítima para figurar no polo passivo da demanda, haja vista ser mera locadora do imóvel no qual foi realizado o evento “*I Floripa Motorcycle*”, cujos organizadores – e, sob sua ótica, os consequentes responsáveis – eram os grupos de motociclistas anunciados no folder de apresentação da festa, quais sejam, “*Roda Brasil, Legends Never Die – Highway Tribe, Abutres, Toupeiras da Estrada, Velhos Amigos, General Custom, Legião da Ilha, Brazil Rider’s, Tatus do Asfalto e Raposas do Asfalto*” (fl. 60).

Requer, desse modo, a reforma do decisum e a extinção do feito, sem o julgamento de mérito, porquanto ausentes as condições da ação (art. 267, VI, do Código de Processo Civil).

Razão, contudo, não lhe assiste.

Registra-se, por oportuno, que a tese ora debatida somente ganhou a atenção da insurgente após manifestação, nesse mesmo sentido, realizada em primeiro grau de jurisdição pelo representante do *Parquet* (fls. 357-363). Antes disso, a postura adotada pela ré, sobretudo em sua peça defensiva, sequer permitia cogitar a possibilidade de equívoco no direcionamento da demanda.

A contestação, com efeito, malgrado mencionar que as dependências da casa noturna Lupus Beer “*foram locadas pela empresa ré*” (fl. 38), em nenhum momento imputou aos inquilinos a responsabilidade por velar pela segurança dos frequentadores do encontro efetivado no local objeto do pretenso aluguel. Do contrário, realçou em tópico próprio, intitulado “o evento e as precauções da ré com a questão da segurança” (fls. 40-42), o seguinte, *verbis*:

Prevendo a participação de muitos motociclistas, a segurança para o evento foi a maior preocupação da ré. Para que Vossa Excelência tenha ideia, já nas ruas da cidade, a polícia rodoviária foi acionada para organizar o trânsito e servir como batedora em diversos grupos de motociclistas que se dirigiam ao evento.

[...]

A ré, zelosa com a questão da segurança, contratou ainda mais 38 homens para a mesma finalidade. Todos eles estavam equipados com aparelhos de comunicação ligados a uma central de informações. No total, dentre policiais militares, e seguranças privados contratados, eram 43 homens, equipados e preparados.

Portanto, a ré cercou-se de todos os cuidados mais detalhados no quesito segurança, seja contratando e equipando profissionais do ramo, seja mediante a participação efetiva e intensa do aparelho do Estado (original sem grifo ou destaque).

Adiante, ao abordar o ponto pertinente à “aplicação do direito ao caso concreto” (fls. 45-47), a empresa demandada seguiu a mesma linha de raciocínio, mantendo-se, mais uma vez, como encarregada pela vigilância e proteção dos participantes do festival. Confira-se:

Nenhum empregado ou preposto da ré envolveu-se na briga, a não ser para prontamente afastar os contendores. Não houve “linchamento” como diz a petição inicial, mas um pontapé violento, por si só causador do evento morte. A segurança da casa estava de prontidão para afastar qualquer briga, e assim o fez. [...].

Pela narração detalhada dos fatos (omitida na inicial), é fácil perceber que a ré tomou as providências necessárias à realização de um evento como aquele. A segurança na casa era feita pelas polícias civil e militar, rodoviária do lado de fora, sem contar com o aparato privado.

[...]. No caso em tela, tudo o que se esperava que a ré fizesse, antes e durante a briga, foi feito. Nada se pode dizer de errado em relação à conduta dos prepostos da prestadora de serviços [...] (original sem grifo ou destaque).

A respeito, sabe-se que “é parte legítima quem, em tese, participa da relação jurídica de direito material debatida em juízo” (PEREIRA, HÉLIO DO VALLE. Manual de direito processual civil. 2 ed. São José: Conceito, 2008. p. 83); por conseguinte, abordando a lide dano proveniente de relação de consumo ocorrido em casa noturna de propriedade da acionada, por defeito atrelado à prestação de seus serviços, é a demandada, a priori, processualmente legítima para compor a ação, integrando o seu polo passivo.

Sobre o tema, ainda, manifesta-se FREDIE DIDIER JR.:

A legitimidade para agir (ad causam petendi ou ad agendum) é condição da ação que se precisa investigar no elemento subjetivo da demanda: os su-

jeitos. Não basta que se preencham os “pressupostos processuais” subjetivos para que a parte possa atuar regularmente em juízo. É necessário, ainda, que os sujeitos da demanda estejam em determinada situação jurídica que lhes autorize a conduzir o processo em que se discuta aquela relação de direito material deduzida em juízo. É a “pertinência subjetiva da ação”, segundo célebre definição doutrinária. [...]. Parte legítima é aquela que se encontra em posição processual (autor ou réu) coincidente com a situação legitimadora, decorrente de certa previsão legal, relativamente àquela pessoa e perante o respectivo objeto litigioso. (Curso de direito processual civil. v. 1. 9. ed. Salvador: Jus Podivm, 2008. p. 176-177 – original sem grifo).

De outro vértice, há reconhecer, em um segundo momento, que a relação locatícia aventada no apelo poderia, sim, constituir fundamento para a exclusão da responsabilidade da acionada. Para tanto, todavia, seria indispensável a apresentação do contrato firmado entre os envolvidos, a fim de afastar qualquer dúvida sobre a transferência aos locatários do dever de segurança.

Isso porque, apesar da “*lei não obriga[r] a existência de contrato escrito para que a locação seja reconhecida*” (fl. 400), consoante frisado no recurso, afigura-se temerário acreditar que a empresa ré – voltada à “*exploração do ramo de implantação, organização e administração de pavilhões de exposições, feiras e centros comerciais*” (fl. 53), segundo disposto em seu contrato social –, conduza sua atividade-fim calcada em acertos meramente verbais, pois tal prática não se coaduna à realidade de quem, em função do próprio ofício, usualmente se vale do instituto da locação.

Destaca-se, ainda, que, além de faltar ao processo o instrumento contratual pertinente, sequer foram mencionados os elementos básicos da locação suscitada, tais como valores do aluguel, possíveis multas, período de ocupação, direitos e deveres dos contratantes, entre outros, o que reduz ainda mais a credibilidade do álibi invocado.

Igualmente fora do comum, observa-se, o fato da acionada – atualmente certa quanto à sua ilegitimidade passiva – ter se olvidado desse detalhe durante o trâmite do processo no origem, deixando para levantar a questão somente agora em suas razões de apelação.

Daí porque, diante do exposto, inviável o reconhecimento da prefacial arguída. Assumindo a contratação de seguranças particulares e responsabilizando-se por adotar as providências necessárias à salutar realização do evento, é a acionada/apelante a indicada a responder por possíveis defeitos na prestação do serviço discutido no processo.

Afasta-se, portanto, a preliminar arguída.

2.2. O mérito

Cuida-se de recurso de apelação interposto por Argonauta Administradora de Exposições e Centros Comerciais Ltda contra a sentença que lhe condenou ao pagamento de reparação por danos materiais, morais e de pensões alimentícias mensais em favor das autoras da ação, filhas e companheira de Paulo Joacir Muller, falecido aos 34 (trinta e quatro) anos de idade após ser fisicamente agredido em encontro de motociclistas (“I Floripa Motorcycle”) sucedido em boate administrada pela empresa demandada/recorrente.

As razões do apelo, em síntese, buscam elidir onexo causal entre o dano debatido na espécie, qual seja, a morte de Paulo Joacir Muller, e a conduta ilícita atribuída à ré/apelante, consistente na falha do serviço de segurança por ela conduzido na casa noturna Lupus Beer, palco do funesto episódio.

Afirma a apelante, nesse rumo, que a responsabilidade decorrente da tragédia somente pode ser imputada ao próprio falecido, cujo comportamento provocativo e inadequado deu azo às agressões sofridas, inexistindo qualquer falha no esquema de segurança implementado no dia dos fatos, como erroneamente considerado pela decisão objurgada.

O Código de Defesa do Consumidor, registra-se, ao regulamentar a questão em comento, estabelece que a responsabilidade civil da empresa prestadora de serviços é objetiva e, em razão disso, sua configuração independe da verificação de culpa, bastando para o reconhecimento do dever de indenizar a existência do (a) dano, da (b) conduta e do (c) nexo de causalidade entre os dois primeiros elementos.

Por outro lado, o aludido Diploma ressalva que, quando comprovada a inocorrência de defeito no serviço ofertado ou, ainda, quando verificada a culpa exclusiva de terceiros ou do próprio consumidor, está o prestador de serviços dispensado da obrigação de reparar.

Eis a redação do art. 14, § 3º, do Código Consumerista:

Art. 14. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos.

§ 1º O serviço é defeituoso quando não fornece a segurança que o consumidor dele pode esperar, levando-se em consideração as circunstâncias relevantes, entre as quais:

- I - o modo de seu fornecimento;
- II - o resultado e os riscos que razoavelmente dele se esperam;
- III - a época em que foi fornecido.

[omissis]

§ 3º O fornecedor de serviços só não será responsabilizado quando provar:

- I - que, tendo prestado o serviço, o defeito inexiste;
- II - a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro (original sem grifo).

No particular, acrescenta-se o comentário de SÉRGIO CAVALIERI FILHO:

Pela teoria do risco do empreendimento (ou empresarial), todo aquele que se disponha a exercer alguma atividade no mercado de consumo tem o dever de responder por eventuais vícios ou defeitos dos bens e serviços fornecidos, independente de culpa. Esse dever é imanente ao dever de obediência às normas técnicas e de segurança, bem como aos critérios de lealdade, quer perante os bens e serviços ofertados, quer perante os destinatários dessas ofertas. A responsabilidade decorre do simples fato de dispor-se alguém a realizar atividade de produzir, estocar, distribuir e comercializar produtos e serviços que oferece no mercado, respondendo pela qualidade e segurança dos mesmos. (Programa de Responsabilidade Civil. 5. ed., São Paulo: Malheiros, 2004, p. 178 – original sem grifo).

Pois bem. Cinge-se a questão, portanto, ao exame do liame porventura existente entre o dano e o ato ilícito identificados na petição inicial, tarefa que demanda a análise da prova coligida aos autos, a qual, *in casu*, restringe-se aos depoimentos colhidos durante a instrução criminal da ação deflagrada para a apuração dos fatos relacionados à morte de Paulo Joacir Muller (autos n. 023.00.046133-7).

Abrem-se parentes, nesse ponto, para ressaltar que os testemunhos colhidos no Juízo criminal o foram no intuito de identificar a autoria dos delitos investigados naquela seara – na qual, registra-se, foram os denunciados absolvidos pelo Tribunal do Júri ante a ausência de provas para a condenação.

Em razão disso, não houve a preocupação de, ao mesmo tempo, perquirir-se especificamente sobre o grau de segurança mantido pela ré/apelante durante o desenrolar do festejo, ou de se perscrutar a qualidade dos procedimentos a serem por ela adotados em caso de conflito superveniente entre os participantes do encontro realizado – como, de fato, veio a ocorrer.

Não obstante, há admitir, ainda assim, que as manifestações exaradas pelas testemunhas ouvidas, e a seguir parcialmente reproduzidas, permitem avaliar o nível de adequação do serviço de segurança ora discutido, haja vista a quantidade dos inquiridos (16 testemunhas e 4 interrogados) e a minudência dos fatos relatados.

Com efeito, em relação às testemunhas arroladas pelo Ministério Público na ação criminal, são válidas à restituição do evento os seguintes fragmentos, *verbis*:

D) Que o informante esclarece que se encontrava na Lupus Beer, local dos acontecimentos, tendo lá encontrado a pessoa da vítima, com quem mantinha relacionamento de amizade; [...]; que encerrado o show de um conjunto, houve a solicitação de terceiros à vítima no sentido de que encostasse seu veículo e ligasse o som, no que foram atendidos; que foi então que se aproximou um indivíduo, [...], posteriormente veio a saber que se tratava do acusado DAUZELEI BENETTON, mantendo conversação amistosa com a vítima, finda a qual o som foi desligado; que então um paulista se aproximou da vítima, pedindo que o som fosse religado, tendo a mesma entregue as chaves do veículo para que o fizesse e, ante a insistência, foi o som religado; que nesse momento o mesmo indivíduo [...] BENETTON veio na direção da vítima, com o dedo em riste, dizendo “para que sumisse dali com esta porcaria”, sendo secundado por indivíduo [...] que indica como sendo o acusado ANTONIO STOPPA, que desferiu um tapa na vítima; que ela se agachou, momento em que BENETTON lhe deu uma gravata, e outro indivíduo alto, que indica como sendo RICHARD RADLOFF, também passou a agredi-la; que os três passaram a agredi-la em continuidade, e apesar do informante haver saído em fuga juntamente com a vítima, para os fundos da boate, foram perseguidos, tendo continuidade as agressões; que acabou conseguindo levar a vítima até o seu veículo [da vítima], ajudado que foi por outra pessoa [...], tendo ela [a vítima] saído do local na condução do mesmo; [...]; que informa que as agressões não se restringiram a tais pessoas [acusados], muito embora não possa indicar quem foram as demais; [...]; que a vítima havia bebido na noite dos fatos, crendo, ante a forma de contato havido entre BENETTON e ela na primeira conversa, não estivesse ele sob efeito de álcool

[...]; que os fatos acontecerem de forma rápida, “pois não demorou muito”; que não percebeu [ao tempo da] saída da vítima do local sinais de que se encontrasse ferida; [...] que reafirma que as agressões se iniciaram junto ao veículo da vítima, tendo corrido para os fundos da boate, onde novamente foi agredida, voltando por fim ao veículo, para sair do local; [...]; que não pode afirmar que BENETTON tenha agredido a vítima nos fundos boate; [...]; que chegou a Lupus Beer por volta das 20:00 horas na data dos fatos; que passou a consumir cerveja em companhia da vítima, não sabendo dizer quanto bebeu, mas admitindo “que bebeu bastante”; [...] que ao chegar no local a vítima estava consumindo cerveja de uma caixa de isopor que estava em seu carro; que o informante somente bebeu cerveja, e não viu a vítima consumir outro tipo de bebida; que ao chegar ao local a vítima já estava bebendo, mas, a partir daí, acompanhou-a no consumo de bebida; [...] que sabia que BENETTON fosse um dos responsáveis pelo evento, pois o havia visto na televisão, [...] que não sabe dizer se BENETTON compareceu por ter sido chamado ou por estar próximo; que não percebeu se a vítima “estava muito bêbeda ou não” [...] (informante GENES ANTONIO MACHADO SCALVI – fls. 215-219 – original sem grifo ou destaque);

II) Que o informante esclarece que se encontrava no evento realizado na Lupus Beer, [...]; que se encontrava junto a uma mesa em companhia de um amigo [...], sendo que a vítima com sua caminhonete ingressou no local, estacionando a uma distância aproximada de vinte metros do local onde estava o informante, fazendo de ré, e ligando o som do veículo, [...]; que pôde observar também que seguranças conversaram com a vítima, presumindo que a conversa tenha sido a respeito do desligamento do som, até que observou o acusado DAUZELEI acompanhar um dos seguranças até a vítima, novamente presumindo que pela mesma razão; que à distância pôde observar a conversa havida entre eles, não sendo possível ouvi-la, parecendo-lhe uma conversa amistosa; que dois ou três minutos depois, o som foi desligado; [...]; que passados uns vinte minutos aproximadamente, foi ele religado, na mesma altura, tendo o acusado DAUZELEI retornado acompanhado de um segurança que o chamou, dirigindo-se ao veículo da vítima; [...]; que na oportunidade em que DAUZELEI se aproximava, já havia diversos seguranças próximos à vítima, tendo deixado de dar atenção momentaneamente, até que, ao novamente direcionar sua atenção para o local onde estava a vítima, viu a presença de muitas pessoas, como a vítima ter saído correndo,

[...] e retornando em seguida, também correndo; que quando do retorno pôde observar o acusado DAUZELEI com os braços abertos dizendo “pára, pára”, como da imediata aproximação de MILTON RENZETTI OURIQUEES, que a abraçou e a levou ao seu veículo, acompanhado de um terceiro a quem não conhece; que a vítima saiu com seu veículo normalmente, [...]; que o informante não observou qualquer ferimento em seu rosto, que pode notar perseguição à vítima, dizendo que as pessoas que se encontravam em torno dela ou eram seguranças ou eram integrantes do grupo Abutres; que tudo ocorreu em um minuto, o tumulto foi generalizado, tanto é que quando o informante chegou próximo à vítima ela não sofria mais agressões, parecendo-lhe normal; [...]; que a vítima era uma pessoa que em estado normal não merecia qualquer reparo, mas quando se dispunha a beber “tomava todas”; que mesmo assim, quando sob efeito de álcool ficava chocho ou fazia algumas brincadeiras, sem que o informante tenha visto ou ouvido falar que em alguma ocasião tivesse brigado; que as vezes as brincadeiras por ele feitas eram “pesadas”, mas não comprava brigas em função delas; que com relação ao acusado DAUZELEI, a quem conheceu há aproximadamente oito meses, pode dizer em função de comentários de terceiros, ou mesmo dos contatos que com ele manteve, tratar-se de pessoa solícita, de bom relacionamento, sendo pessoa bem quista; que sempre foi atencioso brincalhão na forma do tratamento com as pessoas, sabendo que por seu intermédio é que se organizou uma boa recepção aos participantes do evento; [...]; que o informante diz que ao prestar declarações perante a autoridade policial, procurou, como o faz nesta oportunidade, descrever o que realmente viu, e aquilo que pode afirmar; que tal conduta inclusive provocou a afirmação do Delegado de que estava sendo tendencioso, pois viu DAUZELEI de braços abertos, mas não viu ninguém agredir, insistindo para que o informante indicasse os agressores, o que não fez, pois não viu especificamente alguém atingir a vítima; [...] (informante CARLOS ROBERTO CARDENUTO – fls. 225-227 – original sem grifo ou destaque);

III) Que o depoente esclarece que compareceu no I Floripa Motorcycle, [...]; que foi avisado da ocorrência de um tumulto, envolvendo a pessoa da vítima; que para ela se dirigiu, tendo a impressão de que o problema já teria ocorrido, mencionando no entanto a presença de diversas pessoas, sem que saiba quantificá-las, como viu o acusado DAUZELEI BENETTON PEREIRA, a quem conhece de vista, abraçada à vítima, passando ao depoente “a im-

pressão de que a estaria protegendo”; que se dirigiu à vítima, que também olhou na direção do depoente, estando com o rosto branco, mas não observou qualquer sinal de ferimento aparente; que a abraçou e a levou até sua caminhonete, tendo ela ingressado no veículo, sendo aconselhada a deixar o local, [...]; que após a saída da vítima tudo se normalizou, tendo o depoente sabido que a vítima estava num hospital para morrer, isso após às 02:00 horas, o que o levou a pensar que tivesse se acidentado, pois, como disse, no momento em que a ela se dirigiu não observou ferimentos aparentes; [...]; que pela rapidez com que se dirigiu à vítima como à sua saída do local, somente observou a presença do acusado DAUZELEI, não identificando as outras pessoas que se encontravam próximas, não sabendo sequer dizer se pertenciam a um ou mais grupos organizados; [...]; que o depoente conhecia bem a vítima, já tendo estado com ela em outras festividades, dizendo que a mesma tinha um comportamento alegre, mas por vezes “não tinha limites”; que esta falta de limites é explicitada como pela utilização de brincadeiras como molhar alguém com cerveja, muito embora fizesse só com amigos, sendo sempre alertado de que não deveria fazê-las com estanhos; que nunca o viu envolvido em brigas, mas quando a situação ficava próxima, ele corria ou procurava contemporizar com a pessoa que se ofendeu; [...]; que dos demais acusados somente conhece ANTONIO STOPPA, por já tê-lo visto, mas pela rapidez dos acontecimento, como já mencionou, não teve a condição de ver as pessoas que estavam nas imediações; [...]; que desde o momento em que viu a vítima, não sofreu ela qualquer tipo de agressão ou mesmo tentativa; que após a saída da vítima não observou qualquer anormalidade; [...]; que ao se aproximar da vítima viu o acusado DAUZELEI com o braço a envolvendo por sobre os ombros, tendo o depoente a abraçado por outro lado e a carregado, sem que quanto à sua atitude tivesse havido resistência de quem quer que seja; [...]; que a vítima não trocou palavras com o depoente, acompanhando seus passos, mesmo quando os acelerou, e no veículo engatou a marcha e saiu normalmente; [...]; que o depoente também é motociclista, e como já disse, conhece superficialmente o acusado DAUZELEI; que o conceito pessoal que tem a respeito do mesmo, confirmado por comentários de terceiros, é de ser ele uma pessoa pacata; [...] (testemunha MILTON RENZETTI OURIQUES – fls. 219-221 – original sem grifo ou destaque); e

IV) Que o depoente esclarece que se encontrava no comando do policiamento da ilha na noite dos fatos, tendo havido a comunicação de uma viatura

que se encontrava no HU, da chegada de um indivíduo em óbito, sendo que seu acompanhante estava muito nervoso; que o depoente foi ao local, onde um terceiro indivíduo, que indica como sendo GENES MACHADO SCALVI, afirmou que a morte da vítima ocorreu em razão de uma briga na Lupus Beer, e indagado a respeito da possibilidade de indicar os agressores, respondeu positivamente; que houve então o deslocamento até o referido local, onde GENES apontou pessoas que se encontravam junto a uma mesa; [...]; que não houve qualquer reação por parte de tais pessoas, que no entanto se mostraram surpresas; [...]; que tinha receio de realizar a operação, até pelo eventual risco de que houvesse participantes do evento armados, mas não houve qualquer problema na atuação policial; que os seguranças disseram ao depoente que tudo se desenrolou de forma muito rápida e que foi um “rolo muito grande”; que não observou qualquer sinal que pudesse indicar a ocorrência de luta ou mesmo de deslocamento de pessoas, estando “tudo normal”; [...] que ao chegar ao local, as pessoas que estava na mesa estavam “confraternizando normalmente”, e todas, sem exceção, como já disse, mostraram-se surpresas ao serem revistas (testemunha HUMBERTO JOSÉ SOUZA DUPONT – fls 222-224 – original sem grifo ou destaque);

Em resumo, pois, vê-se que a perturbação do ambiente festivo teve sua origem no som automotivo do de cujus, desligado em uma primeira oportunidade a pedido de organizador do evento, mas religado minutos depois – quando, então, apelou-se à violência.

Nota-se, além disso, a reiterada menção à presença de seguranças na proximidade do conflito, os quais, inclusive, teriam conversado com o vitimado, como igualmente feito pelo referido organizador, em aparente tom amistoso – sem olvidar, no entanto, que o informante Genes Scalvi narrou, isoladamente, cenário mais hostil, o qual, observa-se, não foi reproduzido nas demais declarações.

Vale destacar, outrossim, a confluência dos testemunhos acerca da exígua duração da contenda, por volta de 1 (um) minuto, e o fato de ninguém ter observado qualquer ferimento aparente no falecido, quem,

posteriormente, deixou o local dirigindo e sozinho – situação deveras incomum em casos de “linchamento”, consoante afirmado na exordial (fl. 3). Não por menos, em uma das oitivas foi até mesmo levantada a hipótese da morte ter se dado em razão de acidente de trânsito, em situação ulterior e desvinculada da rixa narrada.

Em continuidade, colhe-se dentre os relatos dos indivíduos arrolados pela defesa dos denunciados na ação penal, *verbis*:

I) Que o depoente esclarece que se encontrava na Lupus Beer por ocasião do evento mencionado na denúncia, vez que convidado a fornecer alimentação durante a realização do mesmo, [...]; tendo-lhe sido possível observar o ingresso de ré de uma caminhonete de cor vermelha, com a carroceria coberta com um toldo amarelo, tendo o mesmo sido retirado, ficando expostas as caixas de som; [...]; que tomou a iniciativa de procurar o proprietário da boate para solicitar providências, tendo-lhe sido indicado o acusado DAUZELEI, que era motoqueiro e um dos organizadores do evento; que não o conhecia até então, tendo ele [dito] que iria resolver o problema pois até era amigo da pessoa proprietária do veículo; que o som restou desligado, mas posteriormente foi religado, [...]; que ao ocorrer o religamento do som no veículo, pode o depoente perceber a aglomeração de pessoas em volta do mesmo, como observar nova aproximação de DAUZELEI, que pegou a vítima pelas bochechas, e em seguida recuou colocando as mãos para cima, dando a entender ao depoente que parecia uma solicitação, quando um indivíduo se aproximou e deu uma “voadeira” na vítima, “começando todo o rolo”, havendo “lambada pra todo o lado”, com o envolvimento de diversas pessoas; que viu o acusado DAUZELEI tentando afastar os agressores, gritando “pára, gente, pára”, tendo visto em seguida a vítima sair cambaleando; [...]; que o gesto feito pelo acusado DAUZELEI ao colocar as mãos no rosto da vítima, pareceu ao depoente ser de carinho, e não um gesto agressivo; [...] (testemunha WALTER RIBAS – fls. 254-255);

II) Que [...] tinha um stand no local; [...]; que logo observou a ocorrência do tumulto, havendo aglomeração de um número elevado de pessoas, que não sabe quantificar, mas das quais teve condições de observar que algumas eram seguranças, vestindo camisas pretas ou ternos; [...]; que não viu agres-

sões, nem lhe foi possível ouvir eventuais gritos, [...]; que a visualização do tumulto por parte do depoente foi muito rápida, e o desenrolar do próprio tumulto também foi em período curto, até porque se direcionou para para outro lado; que havia muitos seguranças, o que impedia a aproximação; que ouviu comentários sem que saiba dizer a fonte, em período posterior aos fatos, que a vítima costumava fazer bagunça em encontros de moto, não podendo afirmar se isto é fato ou não; [...] que ainda quando se encontravam à mesa, foi possível observar a presença de muitos seguranças; [...]; que ao afirmar que o tumulto teve continuidade para o outro lado, quer dizer que o mesmo teve continuidade no espaço do pátio, sem que tenha acompanhado o desenrolar [...] (testemunha WLADEMIR FLORI PERES – fls. 231-232 – original sem grifo ou destaque);

III) [...] o depoente estava próximo delas [barracas] quando observou a passagem de alguns seguranças e, logo em seguida, percebeu a ocorrência de um tumulto; que dirigiu-se até a porta, de onde observou o que ocorria, a uma distância que calcula de sete a oito metros, verificando a presença de muitas pessoas, dentre elas seguranças, pois já os havia visto correndo, não lhe sendo possível observar o que ocorria, diante do elevado número de pessoas já mencionado; que inclusive esclarece que o tumulto parecia se mover no pátio, tendo a oportunidade de ver a vítima quando os ânimos estavam serenados, na parte coberta, numa lateral, sendo que estava acompanhado de três ou quatro seguranças, “acreditando que o acompanhando”; [...] (testemunha EMERSON FERNANDES – fls. 233-234);

IV) Que o depoente esclarece [que] se encontrava no local do evento na Lupus Beer, [...], quando se deu o encerramento do som ao vivo, observou a existência de som proveniente de um veículo, junto ao qual estava a vítima e mais algumas pessoas, vi, igualmente, a ocorrência de conversa entre um segurança e o acusado DAUZELEI, na qual se mencionou a necessidade de desligamento do som sob pena da interdição da festa por reclamação da vizinhança, sendo tal fato sucedido de uma conversa entre DAUZELEI e a vítima PAULINHO, tendo ocorrido o desligamento do som [...]; e momentos após novamente o som foi ligado, tendo visto DAUZELEI se dirigir ao local onde a vítima estava anteriormente, vendo que o mesmo dizia que era para colaborar, para não estragar a festa; [...] e logo em seguida se deu a correria de pessoas, [...]; que tudo foi muito rápido, tendo visto a vítima acompanhada de outras pessoas [...] dirigir-se ao seu veículo, tendo o mesmo

saído do local [...]; que conhecia a vítima e a seu respeito pode dizer que tinha duas faces: uma de segunda a sexta e outra aos finais de semana, quando nos encontros de moto; que com isto quer dizer que nos dias de trabalho era uma pessoa absolutamente normal, mas quando em eventos, costumava se embriagar e em tais condições “ia até o limite da paciência dos outros”; que quem o conhecia relevava, mas quem não o conhecia partia para briga; que certa feita, conduziu-o até a sua casa em seu próprio veículo, estando o depoente na direção e a esposa da vítima no banco de trás, em razão do estado de embriaguez em que se encontrava; [...] que pelo “que se lembra” a confusão havida após a correria foi de quinze a vinte segundos, [...] (testemunha IRAN CORREA ARÍSIO – fls. 238-239 – original sem grifo ou destaque);

V) [...]; que observou dezenas de pessoas, dentre as quais o acusado DAUZELEI, que tinha os braços abertos e dizia “que se quisessem brigar, fossem procurar outro local para não estragar a nossa festa”; [...]; que identificou nas proximidades do mesmo dois seguranças, [...]; que pode ver no espaço de tempo muito curto a vítima sendo encaminhada a sua caminhonete por um indivíduo a quem conhece por Miltão [MILTON RENZETTI OURIQUES], vendo ter a vítima deixado o local na condução do referido veículo, e quando se dirigia ao seu veículo deu-se o ingresso de policiais militares fortemente armados, o que fez com que indagasse o que havia ocorrido, obtendo como resposta a informação “mataram o rapaz”, e em complemento foi dito que o rapaz era o da briga; que isto o levou a concluir que a vítima pudesse ter sido perseguida e agredida fora do local dos fatos; [...] (testemunha JOÃO JOSÉ CORTES GALLOTTI PEIXOTO – fls. 240-241 – original sem grifo ou destaque);

VI) Que conhece todos os denunciados, e tocante ao fato narrado na denúncia esclarece que chegou na boate Lupus Beer por volta de 21:00 horas, [...]; então, mais tarde, não se recorda a hora, notou um tumulto que vinha do local onde estava estacionada uma caminhonete, que pertencia à vítima, e que estava estacionada perto do local onde estavam estacionadas as motos, percebeu o tumulto envolvendo de vinte a mais pessoas, “uma briga, empurra-empurra”, diante do tumulto seu namorado quis ver o que estava acontecendo, entretanto pediu para ele permanecer na mesa, esclarece que neste tumulto pode identificar os seguranças porque eles estavam trajando terno e outros camisa preta, mas não identificou outras pessoas envolvidas no tumulto, a confusão foi rápida, durou [no] máximo vinte segundos, [...]; (testemunha ANTONIELI SCHERER GARCIA – fls. 249-250 – original sem grifo ou destaque);

VII) [...] no outro dia pela manhã, quando estava na oficina Badu Peças, soube então que uma pessoa tinha morrido naquela confusão na noite anterior e que seus colegas STOPPA, RICHARD e BENETTON estavam presos, [...]; ficou surpreso no dia seguinte ao saber da morte de uma pessoa porque “não lhe parecia que tivesse acontecido algo de extraordinário”, [...]; se recorda que alguns seguranças estavam vestindo na ocasião paletó preto com camisa branca, estavam bem vestidos, [...] (testemunha ELOI PRIM – fls. 251-252 - original sem grifo ou destaque);

VIII) Que a depoente esclarece que se encontrava no local dos fatos, [...], que neste momento ouviu menção da ocorrência de uma briga, o que fez com que se deslocasse para verificar o que acontecia, observando no pátio externo, próximo a uma barraca, um tumulto no qual estavam 20 ou 30 pessoas, dentre as quais a maioria era de seguranças, identificáveis por trajarem camisas sociais brancas ou paletós pretos, sendo-lhe possível ver o acusado DAUZELEI com os braços abertos, “parecendo ao depoente que em posição de separar as pessoas”; [...]; que não viu agressões, nem quem as tenha praticado, [...] (testemunha REGIANE TEREZINHA FRANCISCO – fls. 229-230 – original sem grifo ou destaque); e

IX) Que o depoente esclarece que se encontrava no local onde se realizava o evento motociclístico, [...], tendo observado a ocorrência de um tumulto próximo a caminhonete da vítima, onde havia som, tendo presumido inicialmente que estivesse vinculado às próprias pessoas que acompanhavam a vítima; levantou-se, como também o fizeram os acusados aos quais se referiu [ANTONIO STOPPA e RICHARD RADLOFF], como as demais pessoas que estavam no pavilhão, para ver o que acontecia, não tendo condição, como também não tiveram STOPPA e RICHARD, de aproximar-se do local, seja pelo número de pessoas como pela presença de seguranças; [...]; que viu a vítima ser transportada ao seu carro por seguranças; [...]; que não lhe foi possível constatar se o tumulto mencionado consistia no confronto entre várias pessoas contra uma, ou entre várias pessoas contra várias pessoas; [...]; que no transporte da vítima por seguranças estava ela caminhando, desta forma sendo acompanhada pelos seguranças, saindo na direção do seu veículo (testemunha LAURENTINO BENEDITO NEVES – fls. 259-260 – original sem grifo ou destaque).

Salta aos olhos, mais uma vez, a constante referência à presença de seguranças no evento, os quais, ao que tudo indica, figuraram no imbróglio de forma ativa, ora conversando com Paulo Joacir Muller, ora lhe protegendo e lhe guiando de volta ao seu veículo.

Mais. Igualmente marcante os diversos registros pertinentes à rapidez do tumulto, com indicações de duração na ordem de 20 (vinte) segundos, além da disseminada surpresa entre os inquiridos quanto à notícia de falecimento da vítima, até mesmo se cogitando a hipótese de perseguição do de cujus por outros participantes do encontro, uma vez que, conforme comentado por Eloi Prim (fl. 252), o conflito não constituiu algo “extraordinário”, afigurando-se-lhe inesperada a fatalidade.

Em harmonia ao já analisado, têm-se, ademais, as versões apresentadas pelos próprios denunciados.

Confira-se:

I) Que o interrogando integra um motoclube de São Paulo, sendo que este, juntamente com outros oito motoclubes, estava envolvido na organização do I Floripa Motorcycle; [...] que pouco antes dos fatos, estava no pavilhão, com sua esposa em uma mesa, local onde jantava com amigos de um motoclube do Rio de Janeiro, quando se deu o primeiro evento, representado pelo fato de a caminhonete da vítima estar de traseira no pavilhão, com o som ligado, [...]; que foi quando pôde ver de onde se encontrava a presença do co-réu DAUZELEI, conversando com a vítima, parecendo uma conversação amigável, tendo logo após sido desligado o som; que nesta ocasião já havia ocorrido uma aglomeração de pessoas, como de seguranças, sem que se tenham registrado agressões; [...], o som voltou a ser ligado, repetindo-se a aglomeração de pessoas em volta da caminhonete, tendo novamente se registrado a presença de DAUZELEI no local. [...]; que repentinamente ocorreu o tumulto, acontecendo a agressão por diversas pessoas, de uma forma rápida, à pessoa da vítima, não sabendo o interrogando identificar os autores, esclarecendo ter ela caído ao chão e sido levantada pelos seguranças, que em torno dela fizeram um cordão, [...]; que a vítima foi levada até seu veículo, com ele saindo do

local; que esclarece ainda ter havido a contratação de aproximadamente 120 pessoas para trabalhar com a segurança do evento; [...] (acusado RICHARD RADLOFF – fls. 318-319 – original sem grifo ou destaque);

II) Que o interrogando esclarece que participava da comissão de organização do I Floripa Motorcycle, evento que congregava diversos motoclubes, que a intenção na realização do evento era fazer uma festa pacífica, de congraçamento, tendo a preocupação sido direcionada para se evitar tumultos, [...], tendo contratado 120 pessoas para a segurança; que se encontrava no local, sendo que se estabeleceu um primeiro tumulto, [...]; que aproximadamente vinte minutos depois, [...], verificou um novo tumulto, motivado pelo mesmo fato anterior; que foi então que se deslocou às proximidades do local, onde estava a vítima, mas dela não conseguiu se aproximar, visto estar cercada de seguranças, que lhe diziam que estava incomodando, que o som estava perturbando as outras pessoas, e que deveria deixar o local; que foi então que, repentinamente, um número elevado de pessoas, que não sabe quantificar, vindo do lado oposto ao que se encontravam os seguranças, surgiram de forma rápida e passaram à agressão, de forma generalizada, [...]; que ao ver a vítima cercada por seguranças entendeu em não interferir, por estarem eles cumprindo o serviço para o qual foram contratados; que a vítima foi colocado em sua caminhonete, [...], saindo do local; que tamanha era a preocupação com a segurança dos participantes do evento que durante toda a realização havia uma ambulância à disposição, para atender a quem quer que sofresse qualquer tipo de acidente, principalmente pelo uso de motocicleta; que presumiu, ao ver a vítima saindo ao volante de seu veículo, não se encontrasse ferida, pois caso tivesse sido perceber qualquer alteração no seu estado físico, seria encaminhada à referida ambulância; [...] (acusado ANTONIO STOPPA – fls. 325-326); e

III) Que o interrogando esclarece que foi um dos principais organizadores do evento denominado I Floripa Motorcycle, [...]; que o evento I Floripa Motorcycle foi idealizado com a intenção também de se tornar um evento anual, a integrar o calendário turístico desta cidade, [...]; que na data do evento, o interrogando acordou-se às 5 horas da madrugada, vez que participou do Bom Dia Santa Catarina, na RBS, buscando propagar os objetivos do evento, [...], que ficou por todo o dia envolvido com a recepção dos participantes, [...]; que os dois primeiros shows não teve condição de assistir, somente o fazendo com relação ao último, [...], deslocando-se em seguida

com sua namorada [...] para o interior da boate; que quando lá se encontrava foi procurado por um segurança da festa, sendo ele empregado da Lupus ou de empresa contratada para o serviço, [...], tendo ele relatado a presença de um veículo no local, mais especificamente uma caminhonete, da qual saía um som alto, provocando reclamos nas pessoas que por ali se encontravam, sem que houvesse ocorrido êxito nas solicitações de que o mesmo fosse desligado, [...]; que prontamente se deslocou, e lá chegando deparou-se com a vítima a quem conhecia por PAULINHO MULLER, tendo-a abraçado, chamando-lhe de “irmão Paulinho”, dizendo necessitar de seu auxílio para o sucesso da festa, ao que o mesmo indagou se queria que viesse a trabalhar, que respondeu-lhe que poderia ajudar desligando o som, explicando as razões pelas quais era feita a solicitação. Que a vítima deu um sorriso e disse que não pretendia fazê-lo, mas como a solicitação foi feita pelo interrogando, iria atender, o que fez prontamente; [...]; que voltou ao interior da boate, e muito embora não saiba precisar, [...], foi novamente chamado pelo segurança, fazendo idêntica solicitação à primeira, [...]; que saiu para conversar com a vítima, e quando dela se aproximava, tendo feito nova solicitação, por detrás de sua pessoas veio um golpe, [...], seguindo-se novas agressões contra a pessoa da vítima, de forma rápida, [...]; que passou a gritar pelos seguranças, pedindo que protegessem a vítima, [...], levando-a a sua caminhonete, tendo ela saído do local; [...]; que de qualquer sorte reafirma que é inocente, pois não agrediu, não participou, ou mesmo não induziu de qualquer forma as agressões havidas contra a pessoa da vítima, “Paulinho Muller”, a quem tinha como amigo; [...] (acusado DAUZELEI BENETTON PEREIRA – fls. 322-324 – original sem grifo ou destaque).

Verifica-se, novamente, que a referência aos seguranças, à brevidade do ataque e à imediata resposta dos profissionais contratados para repelir a violência de súbito deflagrada é elemento constante nos discursos examinados.

Há ponderar, nesse ponto, que o nível de segurança exigido de uma casa noturna não pode ser fixado em seu extremo. Assim como não se cogita a ausência total de proteção aos frequentadores, igualmente não há demandar ilimitada salvaguarda por parte da prestadora de serviço. O ideal, com efeito, é que a cautela adotada seja proporcional aos perigos

ordinariamente esperados, de modo a inibir sua ocorrência ou, do contrário, a restituir rapidamente o statu quo ante, com o mínimo possível de lesão a bens jurídicos.

In casu, considerando as informações amealhadas, inegável que o requisito segurança foi bem observado pela ré/apelante, ainda que trágico o desfecho.

A responsabilidade pelo falecimento da vítima, por conseguinte, só pode ser atribuída àqueles que efetivamente o ofenderam, e não à falha na proteção oferecida pela insurgente, a qual rapidamente fez cessar a confusão e evitou que o falecido fosse verdadeiramente linchado. Inexiste, assim, conduta ilícita por parte da demandada, sequer nexos causal entre sua atuação e o dano discutido.

Retira-se, nesse rumo, da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

À luz do comando normativo inserto no art. 1.060 do Código Civil de 1916, reproduzido no art. 403 do vigente codex, sobre nexos causal em matéria de responsabilidade civil – contratual ou extracontratual, objetiva ou subjetiva – vigora, no direito brasileiro, o princípio da causalidade adequada, também denominado princípio do dano direto e imediato.

Segundo referido princípio ninguém pode ser responsabilizado por aquilo a que não tiver dado causa (art. 159 do CC/1916 e art 927 do CC/2002) e somente se considera causa o evento que produziu direta e concretamente o resultado danoso (art. 1060 do CC/1916 e 403 do CC/2002). (REsp 325622/RJ, Rel. Ministro CARLOS FERNANDO MATHIAS (JUIZ FEDERAL CONVOCADO DO TRF 1ª REGIÃO), QUARTA TURMA, julgado em 28.10.2008).

Bem como dos precedentes deste Tribunal:

I) APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS MORAIS - AGRESSÃO FÍSICA SOFRIDA EM CASA NOTURNA - PRESTA-

ÇÃO DE SERVIÇO - RESPONSABILIDADE OBJETIVA - EXEGESE DO ARTIGO 14 DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR - ELEMENTOS DE PROVA FRÁGEIS EM AFERIR O NEXO CAUSAL ENTRE O FATO E O DANO - PROVA TESTEMUNHAL COLHIDA EM JUÍZO - VERSÕES CONFLITANTES - ÔNUS DA PROVA - ARTIGO 333, I, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL - DEVER DE INDENIZAR AFASTADO - PEDIDO RECONVENCIONAL - DANOS MORAIS - PESSOA JURÍDICA - ABALO A IMAGEM, REPUTAÇÃO E BOM NOME - OBRIGAÇÃO DE INDENIZAR INEXISTENTE - COMPENSAÇÃO DOS HONORÁRIOS - ADEQUAÇÃO EX OFFICIO - RECURSOS DESPROVIDOS.

É objetiva, pelo fato do serviço, a responsabilidade civil da casa noturna para com seus clientes, respondendo pelos danos a eles causados independentemente de culpa, bastando a ocorrência do dano e nexo de causalidade entre este e o fato que o gerou, uma vez que é sua obrigação preservar a incolumidade de seus frequentadores.

“A teor do art. 333, inciso I, do CPC, o ônus da prova a respeito do fato constitutivo do direito, compete ao autor. O nexo etiológico entre o fato e o dano deve ser provado. Não comprovado o nexo, negado pelo réu, o pleito indenizatório deve ser desacolhido. Se a prova técnica não fornece sinais e dados técnicos que possam levar o juiz a formar um convencimento seguro, a solução da causa é de ser encontrada na prova testemunhal. Sendo conflitante a prova testemunhal produzida pelas partes, a improcedência do pedido se impõe (JC 66/354, Rel. Des. Nestor Silveira)” (TJSC, Des. PEDRO MANOEL ABREU) [...] (TJSC, Apelação Cível n. 2007.025360-2, de Biguaçu, rel. Des. FERNANDO CARIONI, j. 02.10.2007 – original sem grifo);

II) AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS CUMULADA COM PEDIDO DE PENSÃO MENSAL. AGRESSÕES FÍSICAS EM LOCAL PRÓXIMO À SAÍDA DE RODEIO QUE ENSEJARAM A MORTE DO FILHO DOS AUTORES. SENTENÇA QUE JULGOU IMPROCEDENTE O PEDIDO POR AUSÊNCIA DE PROVA DOS FATOS CONSTITUTIVOS DO DIREITO DOS AUTORES. PROVA TESTEMUNHAL CONFLITANTE QUANTO À OCORRÊNCIA DOS FATOS SE NO INTERIOR OU FORA DAS DEPENDÊN-

CIAS DO CENTRO DE TRADIÇÕES GAÚCHAS DEMANDADO. PRESENÇA DA VÍTIMA E DOS AGRESSORES MOTIVADA PELAS ATIVIDADES DO RODEIO. AGRESSÃO OCORRIDA, TODAVIA, EM LOCAL DE ACESSO PÚBLICO E APÓS ENCERRADAS TAIS ATIVIDADES. RESPONSABILIDADE CIVIL DA ORGANIZADORA DO EVENTO QUE DEPENDERIA DE PROVA DE SUA CONDUTA, DO DANO E DO NEXO CAUSAL. REQUISITOS NÃO DEMONSTRADOS. AUSÊNCIA DE PROVA DE NEGLIGÊNCIA NA SEGURANÇA DO EVENTO. ÔNUS DA PARTE AUTORA. CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL, ART. 333, INC. I. RESPONSABILIDADE OBJETIVA AFASTADA DIANTE DA CULPA EXCLUSIVA DE TERCEIROS E DE INEXISTÊNCIA DE DEFEITO NA PRESTAÇÃO DE SERVIÇO. CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR, ART. 14, § 3º. MANUTENÇÃO DOS ÔNUS SUCUMBENCIAIS DEFINIDOS NA SENTENÇA. RECURSO DESPROVIDO. (TJSC, Apelação Cível n. 2007.005445-1, de Gaspar, rel. Des. NELSON SCHAEFER MARTINS, j. 28.04.2011 – original sem grifo ou destaque).

Desse modo, com fundamento no art. 14, §3º, II, do Códido de Defesa do Consumidor, urge reformar a sentença vergastada para, em consequência, afastar a responsabilidade civil reconhecida em primeiro grau de jurisdição, ante a ausência de ato ilícito imputável à empresa ré e diante da inexistência de nexo causal entre a conduta a ela atribuída e o dano alegado na petição inicial.

2.3. Os ônus sucumbenciais

Finalmente, com a reforma do decisum impõe-se a inversão dos ônus sucumbenciais.

Com isso, condena-se as autoras/apeladas ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, estes arbitrados em R\$ 3.000,00 (três mil reais), com fundamento no disposto no art. 20, § 4º, do Código de Processo Civil, suspendendo a exigibilidade das referidas verbas em razão da gratuidade da Justiça concedida na origem.

3. A conclusão

Assim, quer pelo expressamente consignado neste voto, quer pelo que do seu teor decorre, suplantadas todas as questões ventiladas, deve o recurso ser conhecido e provido, para afastar a responsabilidade civil da empresa ré, nos termos supra.

Essas as razões do dissenso, *venia*.

Florianópolis, 22 de outubro de 2013.

Henry Petry Junior
Desembargador

SEXTA CÂMARA DE DIREITO CIVIL

APELAÇÕES CÍVEIS

Apelação Cível n. 2011.096825-6, de São José

Relator: Des. Joel Dias Figueira Júnior

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. PUBLICAÇÃO DE NOTA EM COLUNA JORNALÍSTICA VIRTUAL. ALEGAÇÃO DE OFENSA À HONRA E IMAGEM DO AUTOR. HOMEM PÚBLICO. PRELIMINARES. PRETENDIDO CHAMAMENTO AO PROCESSO. AUSÊNCIA DAS HIPÓTESES PREVISTAS NO ART. 77 DO CPC. NULIDADE DA SENTENÇA POR AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. INOCORRÊNCIA. PRINCÍPIO DA PERSUASÃO RACIONAL DO JUIZ. MÉRITO. MATÉRIA VEICULADA COM CUNHO EMINENTEMENTE NARRATIVO E INFORMATIVO. DOMÍNIO PÚBLICO DAS INFORMAÇÕES VEICULADAS E INTERESSE DA COLETIVIDADE. INEXISTÊNCIA DE ANIMUS INJURIANDI. OFENSA NÃO CONFIGURADA. DANOS IMATERIAIS NÃO CARACTERIZADOS. SENTENÇA PARCIALMENTE REFORMADA. RECONVENÇÃO. AUSÊNCIA DE PROVAS NO QUE SE REFERE AO ALEGADO INTUITO DO DEMANDANTE EM OBSTAR O TRABALHO DA IMPRENSA. EXERCÍCIO DO DIREITO DE AÇÃO. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DO ACESSO À JURISDIÇÃO. PLEITO RECONVENCIONAL REJEITADO. RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO.

I – Não caracteriza ofensa à honra, imagem ou reputação do Autor, então candidato à prefeito de sua cidade, a publicação de nota que apenas divulga fato de interesse coletivo em tom eminentemente narrativo e informativo, despida de má-fé, excesso ou abuso de direito.

II – Por outro lado, também não se vislumbra intento malicioso do Autor em impedir o livre exercício do direito de imprensa pelo simples fato de ter agido em juízo contra o jornalista responsável pela matéria em questão, tratando-se de garantia constitucional o acesso à Jurisdição (CF, art. 5º, inc XXXV), motivo pelo qual julga-se improcedente o pedido reconvenicional.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2011.096825-6, da comarca de São José (3ª Vara Cível), em que é apelante Paulo Alceu Dória Van Leeuwen, e apelado Djalma Vando Berger:

A Sexta Câmara de Direito Civil decidiu, por unanimidade, conhecer do recurso e dar-lhe provimento, invertendo-se a verba sucumbencial. Custas legais.

Participaram do julgamento, realizado no dia 16 de dezembro de 2013, o Excelentíssimo Senhor Desembargador Ronei Danielli e a Excelentíssima Senhora Desembargadora Denise Volpato.

Florianópolis, 17 de dezembro de 2013.

Joel Dias Figueira Júnior
PRESIDENTE E RELATOR

RELATÓRIO

Djalma Vando Berger *ajuizou ação de indenização por danos morais c/c pedido de antecipação de tutela* contra Paulo Alceu Dória Van Leeuwen pelos fatos e fundamentos jurídicos descritos na exordial de fls. 01-11, integrando este acórdão o relatório de fls. 514-515 contido na sentença recorrida.

Alega, em síntese, que o Requerido publicou em sua coluna jor-

nalística virtual (<http://www.pauloalceu.com.br>), na data de 15-09-2008, matéria com nítido caráter difamatório, capaz de denegrir a sua imagem e causar-lhe dano moral, motivo pelo qual postula a devida compensação pecuniária.

Regularmente citado, o Réu ofereceu resposta em forma de contestação às fls. 53-77 alegando, em preliminar, a ilegitimidade passiva e requerendo o chamamento ao processo das demais empresas que veicularam a mesma nota, em tese, ofensiva. No mérito, enfatiza a liberdade de imprensa, a inexistência de ofensa e a ausência de comprovação dos alegados danos morais.

Ofereceu também reconvenção às fls. 428-437.

O Requerente apresentou contestação à reconvenção às fls. 459-464.

Sentenciando antecipadamente, o Magistrado a quo julgou:

a) JULGO PROCEDENTE o pedido formulado por Djalma Vando Berger em face de Paulo Alceu Dória Van Leeuwen e, em consequência, condeno este último a pagar àquele a quantia de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), a título de dano moral, devendo tal importe ser acrescido de juros legais desde o evento danoso, nos termos do Enunciado 54, da Súmula do STJ e corrigido monetariamente a partir da data desta sentença (Enunciado 362, da mesma Súmula);

b) JULGO IMPROCEDENTE o pedido formulado na reconvenção movida por Paulo Alceu Dória Van Leeuwen em face de Djalma Vando Berger.

Tocante à ação movida por Djalma Vando Berger, condeno o Réu/Reconvinte a pagar as custas processuais e honorários advocatícios, os quais fixo em 20% (vinte por cento) sobre o valor da condenação, a teor do art. 20, § 3º, do CPC.

No que concerne à reconvenção, condeno também o Réu/Reconvinte ao pagamento de honorários advocatícios, os quais fixo em R\$ 3.000,00 (três mil reais), com fundamento no art. 20, §§ 3º e 4º, também do CPC.

Ainda, no corpo da sentença, o Juiz rejeitou o pedido de chamamento ao processo (fls. 518/519), em que pese não inserir, equivocadamente, o comando na parte dispositiva do julgado.

Inconformado, o Réu interpôs recurso de apelação (fls. 536-573) alegando, em preliminar, a falta de fundamentação do decisum no tocante ao valor arbitrado a título de danos morais e, no mérito, reiterou os fundamentos já articulados em primeira instância, concluindo pela reforma da sentença a fim de julgar improcedentes os pedidos iniciais e procedente o pleito reconvenicional.

Contrarrazões às fls. 586-603.

Presentes os requisitos de admissibilidade do recurso.

É o relatório.

VOTO

1 Preliminarmente

1.1 Chamamento ao processo

Insurge-se o Recorrente contra decisão que indeferiu o pleito de chamamento ao processo de outros sujeitos, por ter sido também publicada por outros meios de comunicação, quais sejam: a) sítio congresso em foco; b) sítio primeira pauta digital, c) Ordem dos Advogados do Estado do Maranhão, d) Sindicato das empresas de assessoramento, perícia, pesquisa e informações de Santa Catarina, e) Sindicato dos servidores públicos federais em Saúde, Trabalho, Previdência e Ação Social do Estado do Paraná; e f) empresa Zero Hora. Pugna, portanto, pelo chamamento ao processo de todas elas, uma vez que sustenta a corresponsabilidade pela dívida advinda do eventual dano moral causado ao Autor.

As hipóteses de cabimento do chamamento ao processo estão previstas no artigo 77 do Código de Processo Civil:

Art. 77. É admissível o chamamento ao processo:

I - do devedor, na ação em que o fiador for réu;

II - dos outros fiadores, quando para a ação for citado apenas um deles;

III - de todos os devedores solidários, quando o credor exigir de um ou de alguns deles, parcial ou totalmente, a dívida comum.

Sobre o tema, Nelson Nery Jr. e Rosa Maria de Andrade Nery assim lecionam:

Chamamento ao processo é a ação condenatória exercida pelo devedor solidário que, acionado sozinho para responder pela totalidade da dívida, pretender acertar, na ação secundária de chamamento, a responsabilidade do devedor principal ou dos demais co-devedores solidários, estes na proporção de suas cotas (in: Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante. 10. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. p. 297).

Como se vê, o chamamento ao processo somente é cabível quando o Réu, almejando a deflagração desta modalidade de intervenção de terceiro, ostenta a qualidade de devedor solidário com o chamado. Indispensável, pois, que se prove tal condição, sob pena de indeferimento do pleito incidental.

No caso dos autos, não há comprovação de quaisquer dos requisitos elencados no supracitado dispositivo, razão pela qual o chamamento ao processo de terceiros, nos termos e forma apontados, há de ser rejeitado.

1.2 *Da ausência de fundamentação na sentença*

De igual forma, observa-se que não procede a alegação de nulidade da sentença recorrida por ausência de fundamentação tocante ao *quantum* arbitrado a título de danos morais.

As razões de decidir estão claramente apresentadas no corpo da sentença recorrida, mesmo que de forma sucinta, não se vislumbrando no caso vertente a ocorrência de qualquer vício capaz de acoimar de nulidade o provimento jurisdicional.

Já se decidiu, que “não é nula a decisão com fundamentação sucinta, mas a que carece de devida motivação, essencial ao processo democrático” (STJ-4ª T; RT 180/58).

Ainda, em julgado de minha lavra:

APELAÇÃO CÍVEL. IMPUGNAÇÃO AO CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. ALEGAÇÃO DE AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO NO DECÍSUM DE PRIMEIRO GRAU. PRINCÍPIO DA PERSUASÃO RACIONAL DO JUIZ. NULIDADE NÃO EVIDENCIADA. EXECUÇÃO DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS ARBITRADOS EM SENTENÇA. CITAÇÃO NÃO REALIZADA. COMPARECIMENTO DA EXECUTADA APÓS PENHORA POR MEIO DO SISTEMA BACENJUD. TRANSCURSO DE MAIS DE 9 (NOVE) ANOS DESDE O TRÂNSITO EM JULGADO DA DECISÃO EXEQUENDA E O COMPARECIMENTO ESPONTANEO DA DEVEDORA. DESÍDIA DOS CREDORES VERIFICADA. RECONHECIMENTO DA PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE. PRAZO QUINQUENAL. APLICABILIDADE DO ARTIGO 25, II, DA LEI 8.906/1994 E DA SÚMULA 150 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RECURSO DESPROVIDO. I - Inexiste nulidade na sentença se as razões de decidir estão claramente apresentadas no corpo do julgado, ainda que de forma concisa. Ademais, o juiz não fica obrigado a pronunciar-se expressamente sobre todas as questões aventadas pelas partes, desde que demonstrados os motivos de seu convencimento, diante do princípio da persuasão racional do magistrado, agasalhado no artigo 131 do Código de Processo Civil. (TJSC, Apelação Cível n. 2009.069836-9, de Aranguá, rel. Des. Joel Figueira Júnior, j. 19-02-2013).

Assim, não há falar em nulidade da sentença vergastada.

2 No mérito

O recurso do Réu merece ser conhecido e provido, vejamos pelas seguintes razões: trata-se de apelação cível em que sustenta o Apelante, entre outras questões, a inexistência de ofensa a honra e bom nome do autor na nota veiculada, somando-se ao fato da liberdade de imprensa constitucionalmente garantida e não comprovação dos danos extrapatrimoniais alegadamente ocasionados ao Autor/Apelado.

De início, cumpre ressaltar que o art. 5º da Constituição Federal de 1988, em seu inc. X, preconiza que são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurando o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.

Todavia, ao tratar da comunicação social, a Carta Magna estabelece em seu art. 220 que “a manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo, não sofrerão qualquer restrição”, dispondo, inclusive, que “nenhuma lei conterà dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no art. 5º, incs. IV, V, X, XIII e XIV”.

O cerne da questão está em se apurar a existência ou não de reportagem ofensiva à honra do autor, capaz de lhe causar, efetivamente, abalo moral suscetível de ser compensado pecuniariamente.

No que diz respeito à responsabilidade civil extracontratual, para caracterizar dano moral devem ser analisados três elementos, quais sejam, o ato ilícito, o dano e o nexo de causalidade. O ato ilícito, por sua vez, deriva da culpa ou do abuso de direito do agente, que acaba, com sua conduta, ocasionando um dano, passível de reparação (arts. 186 e 187 do Código Civil).

Compulsando os autos, verifica-se que a matéria publicada no sítio online do jornalista Paulo Alceu, ora Apelante, traz os seguintes dizeres (fl. 14):

Dinheiro não falta – 10:26 h

A campanha em São José tem tudo para esquentar. O deputado Djalma Berger, que está entre os três candidatos a prefeito mais ricos do país segundo relato da imprensa nacional e o mais rico do Estado, vai ter que enfrentar explicações que serão insistentemente acionadas pelos adversários. O aumento de seu patrimônio em dois anos – de R\$1,5 milhão para R\$5,5 milhões – se tornou munição para os demais postulantes ao cargo (fl. 12)

Extraí-se da nota veiculada o nítido propósito de informar e reproduzir fatos de relevante interesse público que, na época, já repercutiam no meio sócio-político. Destarte, não se reconhece nas expressões utilizadas excesso ou intenção maliciosa de caluniar, injuriar ou difamar o Autor, tudo não passando de um simples relato acerca do seu desenvolvimento patrimonial.

Como bem ponderado pelo Apelante, a evolução patrimonial do então candidato a prefeito era reiteradamente objeto de matérias outras de conteúdo até desagradáveis ao Apelado (fls. 94-110), o que se afigura mesmo comum na seara política, posto que o homem público, candidato a prefeito, é foco de atenções de todos os seguimentos da sociedade e, por razões óbvias e elementares, está sujeito a protagonizar matérias desfavoráveis a sua pessoa.

A esse respeito, assinala Antônio Jeová Santos:

De ponderar que as pessoas que se tornam notórias, conhecidas pelo público em geral, normalmente atraem sobre si manifestações e juízos de valoração nem sempre favoráveis, por melhores que sejam tais pessoas.

No caso dos políticos, estão sujeitos de forma especial às críticas públicas, e é fundamental que se garanta não só ao povo em geral larga margem de fiscalização e censura de suas atividades, mas sobretudo à imprensa, ante a relevante utilidade pública da mesma.

Os políticos, quando detêm cargos eletivos, mandatários que são do povo, devem estar submetidos à permanente observação de seus atos como tais, motivo pelo qual, ressalvada a vida privada de cada um, cumpre-lhes conformarem-se, como natural à própria atividade que exercem, como a veemência dos inconformismos daqueles que não sigam as mesmas orientações em tal campo.

(...) Porque a notícia que envolve funcionários ou agentes públicos interessa não apenas para dar conhecimento do que se sabe, como também, igualmente, para criticar, pois a crítica, nesses casos, constitui em eficaz instrumento para controle dos atos de governo e para que a comunidade possa valorar e apreciar os assuntos de interesse geral provenientes daqueles que atuam na esfera do poder, é que a proteção à honra dos funcionários públicos esbarra nos elevados interesses da comunidade. A proteção a essas pessoas não deve ser observada com o mesmo rigor das pessoas simples, que não detêm nenhuma fração do poder. (*Dano moral indenizável*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 333).

A matéria jornalística lança certa dúvida no que se refere ao patrimônio do Apelado (seria ele o candidato a prefeito mais rico do Estado ou, como alega o Apelante em suas razões, o deputado candidato a prefeito mais rico do Estado?), questão que foi objeto de prova por ambas as partes, trazendo à colação documentos publicados pelo Tribunal Superior Eleitoral com a declaração de bens do Autor (fls. 113-114) e de outros candidatos (fls. 17-24, 465-475).

O Apelante, efetivamente, logrou êxito em informar o aumento exponencial da riqueza do Apelado e os reflexos desse fato na campanha dos demais postulantes que concorriam ao cargo de prefeito Municipal.

Assinala-se ainda que não se pode exigir uma precisão absoluta e estatística perfeita em sucinta nota jornalística que, em pouco mais do que 5 linhas, resume assunto de tamanha envergadura

Nesse sentido, colhe-se de julgado do Superior Tribunal de Justiça:

“ [...]Se, por um lado, não se permite a leviandade por parte da imprensa e a publicação de informações absolutamente inverídicas que possam atingir a honra da pessoa, não é menos certo, por outro lado, que da atividade jornalística não são exigidas verdades absolutas, provadas previamente em sede de investigações no âmbito administrativo, policial ou judicial. 3. O dever de veracidade ao qual estão vinculados os órgãos de imprensa não deve consubstanciar-se dogma absoluto, ou condição peremptoriamente necessária à liberdade de imprensa, mas um compromisso ético com a informação verossímil, o que pode, eventualmente, abarcar informações não totalmente precisas. [...] 6. A pedra de toque para aferir-se legitimidade na crítica jornalística é o interesse público, observada a razoabilidade dos meios e formas de divulgação da notícia. 7. A não-comprovação do estado de embriaguez, no âmbito de processo disciplinar, apenas socorre o autor na esfera administrativa, não condiciona a atividade da imprensa, tampouco suaviza o desvalor da conduta do agente público, a qual, quando evidentemente desviante da moralidade administrativa, pode e deve estar sob as vistas dos órgãos de controle social, notadamente, os órgãos de imprensa. 8. Com efeito, na reportagem objeto do dissenso entre as partes, vislumbra-se simples e regular exercício de direito, consubstanciado em crítica jornalística própria de estados democráticos, razão pela qual o autor deve, como preço módico a ser pago pelas benesses da democracia, conformar-se com os dissabores eventualmente experimentados. 9. Recurso especial provido. (REsp 680794/PR, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 17/06/2010, DJe 29/06/2010)

Nesse contexto, observa-se, também, que o jornalista Apelante, responsável pela publicação, demonstrou preocupação em indicar que a fonte não era precisa (“segundo relato da imprensa nacional”) e não

incutir qualquer juízo de valor sobre o tal enriquecimento, exercendo tão somente a sua função e o dever de informação (art. 5, inciso IV, c/c art. 220, da CF).

Por conseguinte, proibir a manifestação do pensamento consignada nos respectivos instrumentos jornalísticos representaria uma afronta ao acesso à para toda a população, que tem o direito de saber de acontecimentos de inegável interesse e relevância pública.

Com efeito, colhe-se de julgado de minha lavra:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE REPARAÇÃO POR DANOS MORAIS. LEI DE IMPRENSA. INAPLICABILIDADE. HOMEM PÚBLICO. PUBLICAÇÃO DE ARTIGOS EM JORNAL COM CARÁTER EMINENTEMENTE POLÍTICO INFORMATIVO. ACONTECIMENTOS DE DOMÍNIO E INTERESSE DA COLETIVIDADE. INEXISTÊNCIA DE ANIMUS INJURIANDI. OFENSA NÃO CONFIGURADA. DANOS IMATERIAIS NÃO CARACTERIZADOS. RECURSO DESPROVIDO. I - Tendo em vista que a Lei de Imprensa foi extirpada do ordenamento jurídico pátrio pelo Supremo Tribunal Federal por meio do julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 130, mostra-se agora descabida a sua aplicação na solução de litígios, devendo a lide ser apreciada com base na legislação ordinária comum. II - Embora possam por vezes revelarem-se as matérias jornalísticas ásperas, duras e não raramente desagradáveis aos protagonistas da nota, as publicações de cunho eminentemente político são, em regra, motivadas pelos constantes desentendimentos ideológicos e partidários entre os membros integrantes do Legislativo e do Executivo, comuns, portanto, nesta seara, em todo o mundo, sem que, necessariamente, ultrapassem os limites da crítica e do direito de informação de questões atinentes aos interesses da comunidade. Ademais, é cediço que o homem público é foco de atenções de todos os seguimentos da sociedade (correligionários, adversários políticos e eleitores em geral) e, por razões óbvias e elementares, estão sujeitos a críticas em face de sua atuação no exercício da função inerente ao cargo ocupado. Nesse contexto, a publicação perante a imprensa local de severas críticas contra homem público (prefeito municipal)

não caracteriza ofensa concreta à sua honra, imagem ou reputação capaz de gerar o dever de reparação dos danos morais causados, porquanto não revestida de animus injuriandi. (TJSC, Apelação Cível n. 2007.002475-7, de Itapema, rel. Des. Joel Figueira Júnior, j. 07-06-2011).

E, ainda, desta Colenda Câmara:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. VEICULAÇÃO DE MATÉRIA JORNALÍSTICA SOBRE ACUSAÇÃO FORMULADA POR PARTICULAR CONTRA MÉDICO, ATRIBUINDO-LHE A CONDUTA DE OMISSÃO DE SOCORRO. PROCEDÊNCIA PARCIAL NA ORIGEM. APELO DO RÉU. PRELIMINAR. AGRAVO RETIDO. ILEGITIMIDADE PASSIVA AFASTADA. ALEGAÇÃO DE DECADÊNCIA. INAPLICABILIDADE DA LEI DE IMPRENSA. NÃO RECEPÇÃO PELA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. OBSERVÂNCIA DO PRAZO PRESCRICIONAL DISPOSTO NO CÓDIGO CIVIL (ART. 206, §3º, INCISO V). MÉRITO. AUSÊNCIA DE CONDUTA ILÍCITA POR PARTE DO RÉU. DECLARAÇÕES DESTINADAS A NOTICIAR FATOS DE INTERESSE PÚBLICO. CONTEÚDO QUE NÃO DESBORDA DA NARRATIVA OBJETIVA. ANIMUS CALUNIANDI E INJURIANDI INEXISTENTES. LIBERDADE DE MANIFESTAÇÃO CONSTITUCIONALMENTE ASSEGURADA (ART. 5º, INCISO IV, C/C ART. 220, DA CF). DIREITO DE RESPOSTA, ADEMAIS, AMPLAMENTE OPORTUNIZADO AO AUTOR. INOCORRÊNCIA DE DANO MORAL, QUE SÓ SE CONFIGURA DIANTE DA PROVA DE MÁ-FÉ DO OFENSOR OU DO ABUSO DE DIREITO. FALTA DE COMPROVAÇÃO NESSE SENTIDO. SENTENÇA REFORMADA. APELO CONHECIDO E PROVIDO. PREJUDICADO O RECURSO ADESIVO DO AUTOR DIANTE DO AFASTAMENTO DA OBRIGAÇÃO INDENIZATÓRIA. “No que pertine à honra, a responsabilidade pelo dano cometido por meio da imprensa tem lugar tão somente ante a ocorrência deliberada de injúria, difamação e calúnia, perfazendo-se imperioso demonstrar que o ofensor agiu com o intuito específico de agredir moralmente a vítima. Se a matéria jornalística se ateve a tecer críticas prudentes (animus criticandi) ou a narrar fatos de interesse

coletivo (*animus narrandi*), está sob o pálio das ‘excludentes de ilicitude’ (art. 27 da Lei n. 5.250/67), não se falando em responsabilização civil por ofensa à honra, mas em exercício regular do direito de informação (Min. Jorge Scartezini). (AC n. 2004.025094-0, rel. Des. Moacyr de Moraes Lima Filho, DJ de 05.12.2007)”. (Apelação Cível n. 2010.086257-3, Relator Des. Carlos Prudêncio, DJe de 21.03.2011) (TJSC, Apelação Cível n. 2009.004514-2, de Brusque, rel. Des. Ronei Danielli, j. 09-02-2012).

Dessa forma, somente haverá abalo moral quando efetivamente demonstrada a má-fé do responsável pela veiculação dos escritos ou, ainda, o exercício abusivo do direito de imprensa, o que certamente não ocorreu na hipótese em exame, razão pela qual há de ser reformada a sentença recorrida.

Ademais, o Réu é profissional que goza de reputação no meio jornalístico e perante a opinião pública, reconhecido pela competência e lisura com que desenvolve seu importante mister, não agindo de maneira diferente no episódio em exame.

De outra banda, não merece acolhimento o apelo no tocante ao pleito reconvenicional.

Isso porque as alegações do Apelante/Reconvinte no sentido de que o real intuito do Reconvindo seria o de impedir o trabalho da imprensa não ficou comprovado nos autos (art. 333, I, CPC).

O que se tem, em verdade, é o exercício do direito de ação pelo Autor, que buscou em juízo a compensação pelos danos que entende ter experimentado, sendo certo que, nos termos do art. 5º, inc. XXXV, da Constituição Federal, “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

Assim, cumpridas as condições da ação previstas no art. 267, VI, do Código de Processo Civil e ausente quaisquer das hipóteses previstas

nos arts. 16 e 17 do referido Diploma, que versam sobre a litigância de má-fé, mister se faz a manutenção da sentença proferida pelo Magistrado a quo nesse ponto.

Ante o exposto, dá-se parcial provimento ao recurso para julgar improcedente o pedido inicial.

Inverte-se o ônus sucumbencial em relação à ação principal, ficando a cargo do Apelado o pagamento das despesas processuais e honorários advocatícios, estes fixados em R\$ 10.000,00 (dez mil reais), com fulcro no art. 20, § 4º, do Código de Processo Civil, admitida a compensação.

Esse é o voto.

Apelação Cível n. 2010.008286-9, de Brusque

Relator: Des. Subst. Stanley da Silva Braga

APELAÇÕES CÍVEIS. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. DIVULGAÇÃO DE FOTOS ÍNTIMAS DA AUTORA, NA REDE MUNDIAL DE COMPUTADORES, POR MEIO DE CORREIO ELETRÔNICO SEM O SEU CONSENTIMENTO. DEMANDA JULGADA PARCIALMENTE PROCEDENTE EM PRIMEIRA INSTÂNCIA.

RECURSO DO PRIMEIRO RÉU. EVIDENCIADO NOS AUTOS O REPASSE PERPETRADO PELO APELANTE DE FOTOS DE CUNHO SEXUAL DA AUTORA, CAPTURADAS NA ÉPOCA EM QUE AS PARTES MANTINHAM RELACIONAMENTO AMOROSO. EXPOSIÇÃO SEM O DEVIDO CONSENTIMENTO. VEDAÇÃO LEGAL. INCIDÊNCIA DO ART. 5, INC. X, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. ATO ILÍCITO QUE GERA ABALO ANÍMICO PASSÍVEL DE INDENIZAÇÃO. DANO MORAL IN RE IPSA. MANTIDA A OBRIGAÇÃO DE INDENIZAR. QUANTUM INDENIZATÓRIO. APLICAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA PROPORCIONALIDADE E DA RAZOABILIDADE. MINORAÇÃO DEVIDA. JUNTADA DE DOCUMENTOS NESTA FASE RECURSAL IMPOSSIBILIDADE DE ANÁLISE. NÃO CONFIGURADAS AS HIPÓTESES PREVISTAS NO ART. 397 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS FIXADOS NOS MOLDES DO ART. 20, § 3º E ALÍNEAS, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. MANUTENÇÃO. RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO.

RECURSO DA AUTORA. INCOFORMISMO COM O AFASTAMENTO DA RESPONSABILIDADE DOS DEMAIS CO-RÉUS. AUSÊNCIA DE PROVAS DA CONTRIBUIÇÃO DESTES NA DISSIPAÇÃO DAS IMAGENS. ÔNUS INCUMBIDO À PARTE AUTORA. DESCUMPRIMENTO DO REGRAMENTO CONSTANTE NO ART. 333, INC. I, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. MANUTENÇÃO DA VERBA INDENIZATÓRIA ARBITRADA PELO MAGISTRADO A QUO. PRETENSÃO DE MAJORAÇÃO INDEFERIDA. JUROS DE MORA DEVIDOS A PARTIR DO EVENTO DANOSO. RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2010.008286-9, da comarca de Brusque (Vara Cível), em que são apelantes e apelados E. V. G. e J. G. M., e apelados M. B. e R. L. B.:

A Sexta Câmara de Direito Civil decidiu, por votação unânime, conhecer dos recursos e dar-lhes parcial provimento. Custas legais.

O julgamento, realizado nesta data, foi presidido pelo Exmo. Sr. Des. Joel Figueira Júnior, com voto, e dele participou o Exmo. Sr. Des. Ronei Danielli.

Florianópolis, 22 de agosto de 2013.

Stanley da Silva Braga
RELATOR

RELATÓRIO

Nos termos da decisão de Primeiro Grau (fls. 218-229):

“E. V. G. ingressa com a presente ação sob rito ordinário em face de J. G. M., M. B. E R. L. B. pleiteando a reparação por danos morais em razão da utilização indevida de sua imagem.

Relatou que manteve relacionamento afetivo com o primeiro réu pelo período aproximado de sete meses, vindo a se deixar fotografar em momentos íntimos por três vezes.

Alegou que em 2006 tomou conhecimento que as fotos estavam sendo divulgadas através de correio eletrônico (e-mail). A autora em contato com o seu ex-namorado obteve então, através de conversa pelo programa MSN – messenger a informação de que ele havia encaminhado as fotos para alguns amigos, tendo o cuidado de encobrir o rosto da autora nas fotografias.

Informou que o fato alcançou enorme repercussão na cidade, sendo o fato divulgado no jornal Primeira Página, da Rádio Cidade de Brusque, o que inviabilizou a continuidade de sua vida social na cidade.

Sustentou a responsabilidade civil dos réus em razão da violação a sua intimidade, imagem, honra e integridade com a prática de ato ilícito.

Alegou, também, que está depressiva, pensando em suicídio e irá morar em Curitiba onde as pessoas não a conhecem, o que gerou abalo moral não apenas perante a sociedade, mas também perante seus amigos e familiares.

Pugnou pela concessão dos benefícios da justiça gratuita e a tramitação do processo em segredo de justiça. Requereu a condenação dos réus ao pagamento de indenização por danos morais no valor de R\$ 100.000,00 (cem mil reais). Valorou a causa e juntou o instrumento do mandato e os documentos de fls. 22-45.

Concedido o benefício da justiça gratuita (fl. 46).

O réu M. B. apresentou resposta na forma de contestação às fls. 64-71, na qual argüiu, em apertada síntese, que: i) não repassou pela internet qualquer foto íntima da autora; ii) recebeu fotos da autora em roupas íntimas e em situações amorosas, porém, jamais as repassou e, após vê-las, as excluiu de seus arquivos de computador, fato que pode ser comprovado através de perícia; iii) inexistência denexo etiológico. Defendeu a improcedência do pedido e requereu a condenação da autora em litigância de má-fé. Juntou procuração (fl. 72).

O réu R. L. B. apresentou resposta na forma de contestação às fls. 74-83, na qual alegou, em síntese, a preliminar de ilegitimidade passiva, pois não há como afirmar que recebeu algum e-mail com fotos íntimas da autora, nem que efetuou a divulgação destas, o que se deu por ato exclusivo do ex-namorado da autora. Teve conhecimento do ocorrido no

meio acadêmico que frequentava e nas conversas com o réu J. M. No mérito, alegou que: i) não pode ser imputada responsabilidade civil, porque não divulgou as fotos da autora; ii) teve contato com as fotos, mas não sabe precisar se as recebeu efetivamente por e-mail; iii) não divulgaria as fotos da autora, por serem vizinhos de longa data e nutrir amizade pela autora e sua família; iv) o valor pleiteado a título de reparação por danos morais é desproporcional. Pugnou pelo acolhimento da questão preliminar ou, subsidiariamente, a improcedência do pedido. Juntou procuração e declaração de insuficiência de rendimentos (fls. 84/85).

O réu J. G. M. apresentou resposta na forma de contestação às fls. 87-111, na qual argüiu, em sede preliminar, conexão com os autos da ação cautelar de exibição n. 011.06.006718-8 em tramitação perante a 2ª Vara Cível desta Comarca. Quanto ao mérito, sustentou que: i) o réu mesmo após o fim do relacionamento afetivo não praticou ato capaz de dilapidar os sentimentos ou a imagem da autora; ii) não há nexo de causalidade que permita a imputação de responsabilidade civil; iii) o réu borrou o rosto da autora nas fotografias que armazenou em seu computador; iv) as fotos encaminhadas estavam desfiguradas; v) o réu ao encaminhar as fotografias por engano aos seus amigos não revelou o nome da pessoa fotografada, nem quaisquer dados que pudessem identificá-la; vi) para prezar pela integridade de sua vida privada, não deve se expor de maneira desnecessária e vulgar; vii) a autora não foi coagida ou constrangida a tirar as fotos, decorrendo de consenso entre o casal; viii) a autora que consentiu com apenas poucos meses de namoro para que seu então namorado retirasse fotografias em momentos de puta intimidade deve ter maturidade para suportar as consequências desses atos; ix) não há nenhuma prova da repercussão do ato; x) a divulgação da notícia dada pela rádio Cidade, no programa Primeira Página apenas noticiou que fotografias de uma pessoa tirada em poses íntimas estavam circulando nas caixas de e-mails e a autoria seria supostamente do ex-namorado, ou seja,

não houve a divulgação do nome de nenhum dos envolvidos; xi) pode ter ocorrido fato de terceiro, com a invasão de hackers ao computador tanto da autora como do réu; xii) em caso de reconhecimento da responsabilidade civil, deverá ser aplicada a concorrência de culpa; xiii) nosso ordenamento jurídico não autoriza a indenização punitiva, como ocorre no sistema estadunidense. Ao final, requereu que seja julgado improcedente o pedido. Juntou os documentos de fls. 112-118 e procuração à fl. 62.

Houve réplica às fls. 125-143, na qual a autora refutou as questões preliminares e ratificou as alegações da inicial.

Inexitosa tentativa de conciliação em audiência preliminar (fl. 147).

Em saneador, foi afastada a questão preliminar de conexão, afastada a preliminar de ilegitimidade passiva do réu R. L. B., afastada a possibilidade de interceptação das correspondências eletrônicas em processo civil e designada audiência de instrução e julgamento (fls. 148-150).

Na audiência de instrução e julgamento foram:

- a) inquiridas três testemunhas;
- b) afastado o requerimento de e suspensão do presente feito para aproveitar a prova da ação cautelar, por considerar a matéria preclusa antes a decisão de fls. 148-150.
- c) indeferida a degravação de CD constante dos autos que contém notícia transmitida por emissora de rádio (fls. 171-175). A autora interpôs agravo retido do ato que considerou preclusa a análise da suspensão do processo.

A autora apresentou alegações finais em forma de memorial às fls. 179-189, requerendo a retratação do ato objeto do agravo retido; invocando erro da publicação da decisão, colaciona precedentes a respeito da matéria e no mérito, ratifica os termos da inicial. Juntou substabelecimento (fl. 190). Apresentou, também, cópia da interposição do agravo por instrumento (fls. 192-206), o qual não obteve efeito suspensivo no TJ-SC.

O réu J. G. M. apresentou alegações finais às fls. 208-216.

O prazo para apresentação das alegações finais por parte dos outros réus decorreu sem manifestação”.

Foi interposto Recurso de Apelação Cível (fls. 234-245) por J. G. M. que teceu argumentação e concluiu requerendo a reforma integral da sentença e, por conseguinte, a improcedência dos pedidos constantes na exordial.

Pleiteou também que sejam analisadas as fotos constantes na mídia (CD-ROM) anexa ao presente recurso no intuito de demonstrar que a apelada, ao contrário do que alega nos autos, não estava abalada com a repercussão das fotos expostas na internet.

Pugnou, ainda, pela minoração dos valores arbitrados a título de danos morais e honorários advocatícios.

Igualmente inconformada com a sentença prolatada, E. V. G., interpôs Recurso de Apelação Cível (fls. 260-275) com a pretensão de obter a condenação dos co-réus M. B. e R. L. B., ao pagamento de indenização por danos morais decorrentes do repasse das fotos íntimas tiradas na companhia do apelado J. G. M. na época em que namoraram.

Ambiciona, também, a reforma do julgado proferido na instância a quo em relação à quantia indenizatória arbitrada pelo magistrado singular e ao termo inicial dos juros de mora incidentes sobre o *quantum* devido.

Entende que a indenização a ser paga pelo apelado J. G. M., necessita ser majorada para o patamar de R\$ 100.000,00 (cem mil reais).

As contrarrazões foram oferecidas às fls. 282-289, 292-303, 305-331 e 348-352.

Regularmente preparado o apelo do réu J. G. M., dispensada do recolhimento do preparo a autora, uma vez que é beneficiária da gratuidade de justiça (fls. 256 e 276).

Ademais, a tempo e modo ascenderam os autos a esta Instância.
Este é o relatório.

VOTO

Do recurso do réu J. G. M.

Da admissibilidade:

Presentes os pressupostos legais o recurso é conhecido.

Do julgamento:

Preliminares:

Não foram suscitadas preliminares.

Mérito:

Da indenização:

Trata-se de recurso de apelação cível interposto por J. G. M. nos autos da ação de indenização por danos morais, movida por E. V. G. em seu desfavor e de M. B. e R. L. B., na qual foram julgados parcialmente procedentes os pedidos constantes na exordial.

O insurgente foi condenado a pagar à apelada indenização no importe de R\$ 40.000,00 (quarenta mil reais) pela divulgação, na rede mundial de computadores, mediante correio eletrônico, de fotos íntimas capturadas na época em que eram namorados.

Irresignado com a prestação jurisdicional aduz, em síntese, que o feito não merece prosperar, pois o aparato probatório contido nos autos é insuficiente para embasar a tese de que foi o responsável pela divulgação das mencionadas imagens.

Sustenta, também, que os registros fotográficos foram produzidos mediante consentimento de ambas as partes na época em que namoravam, razão pela qual deve ser reconhecida a culpa concorrente da autora.

Afirma, ademais, que jamais teve intenção de prejudicar a recorrida e que os arquivos foram anexados por engano em um e-mail que pretendia enviar para os demais co-reús.

Assenta, ainda, que nas fotos que estavam armazenadas em seu computador o rosto da autora estava “borrado”, de modo que não seria possível reconhecê-la.

Ao final, requer a reforma integral do decisum proferido pelo juízo a quo.

Contudo, razão não lhe assiste.

Ab initio, salienta-se que o dever de reparação dos danos extrapatrimoniais decorrentes da utilização indevida da imagem e a exposição da intimidade e da vida privada está expressamente previsto na Constituição Federal, que dispõe no inc. X, do art. 5º: “São invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”.

Nesse diapasão, extrai-se do Superior Tribunal de Justiça:

O direito à imagem, de consagração constitucional (art. 5º, X), é de uso restrito, somente sendo possível sua utilização por terceiro quando expressamente autorizado e nos limites da finalidade e das condições contratadas. 5. A princípio, a simples utilização de imagem da pessoa, sem seu consentimento, gera o direito ao ressarcimento das perdas e danos, independentemente de prova do prejuízo (Súmula 403/STJ), exceto quando necessária à administração da justiça ou à manutenção da ordem pública (CC/2002, art. 20) (RESp. n. 801.109 - DF (2005/0195162-7), rel. Min. Raul Araújo, j. 12-6-2012).

No caso em apreço a controvérsia a ser dirimida cinge-se em averiguar a responsabilidade do recorrente pela divulgação, mediante correio eletrônico, de fotos íntimas da autora, capturadas pelas partes na época em que mantinham relacionamento amoroso.

Da análise do aparato probatório contido no feito, infere-se que as afirmações elencadas pelo insurgente são incondizentes com a realidade fática, pois tanto a prova testemunhal quanto a documental indicam que o apelante foi o principal responsável pela veiculação das mencionadas imagens.

Outro aspecto que merece destaque é que, ao contrário do que defende o insurgente, era perfeitamente possível identificar o rosto da autora nas imagens constantes no registro fotográfico em questão; ademais, é de ser destacado que a mensagem continha a descrição do conteúdo que estava sendo enviado, o nome completo e a indicação do local de trabalho da apelada.

Nessa toada, inclusive, são as afirmações elencadas pelos demais co-réus:

[...] “O requerido M. Realmente recebeu do Requerido J., fotos da Requerente em roupas íntimas e em situações amorosas, porém, jamais as repassou, e, após vê-las, as excluiu de seu arquivo de computador” (fl. 65, defesa apresentada pelo réu M. B.).

Também:

[...] “As fotografias circulavam no meio acadêmico que o Requerido frequentava, e tomou ciência através dos encontros diários realizados entre os amigos da universidade, bem como, nas conversas que se envolvia com o Requerido J. M.” [...] (fl. 75, contestação apresentada por R. L. B.).

E, dos testigos constantes no feito, extrai-se:

[...] A autora trabalhava para a depoente na época dos fatos. Ficou sabendo do episódio descrito na petição através de outra funcionária. A E. ficou abalada com o episódio, sendo isto percebido pela depoente. A depoente viu o e-mail contendo as fotos, mas abriu apenas uma delas. Quem enviou o e-mail para a depoente foi uma funcionária chamada M. O conteúdo da foto é desabonador quanto à autora. [...] A face da menina aparecia na foto nitidamente, porém a do rapaz estava vedada. [...] A autora atribuiu a divulgação das fotos ao acionado J., mais (sic) ninguém [...] (E. S., empregadora da autora à época dos fatos, fl. 173).

Mais:

Viu os e-mails com as fotos de E. em situação íntima (em roupas íntimas e em posição constrangedora). Não se recorda quem enviou o e-mail, mas teve ampla divulgação sendo que pessoas conhecidas chegaram a ligar para casa da depoente perguntando o que havia acontecido (“se era verdade ou montagem”). [...] A autora aparecia com o rosto descoberto e nítido. (fl. 174, J. G. vizinha da autora).

Ainda:

[...] Recebeu o e-mail contendo as fotos de E. por mais de uma vez. O e-mail continha fotos comprometedoras (a autora em roupas íntimas e em posição comprometedoras). [...] os e-mails diziam o nome da autora e o local de trabalho e, na opinião do depoente tinham a “intenção de insultar”. [...] A E. disse que suspeitava que foi o ex-namorado que enviou o e-mail. [...] (fl. 175, R. S.).

Impende destacar, outrossim, que da leitura das conversas existentes entre as partes, mediante correio eletrônico e bate papo on line (MSN), depreende-se que o insurgente tinha consciência de que estava divulgando as imagens da apelada, tanto é que, em mais de uma oportunidade, se desculpou pelas proporções desastrosas das consequências de seu ato; deste modo, não há como acreditar na versão constante nas razões recursais, de que as fotos foram enviadas por engano.

Nesse sentido, foi a descrição do tabelião que registrou o conteúdo dos e-mails repassados pelo insurgente e dos registros das conversas tidas entre as partes:

[...] b.- E.: se eh (sic) sobre umas fotos e tals.

E. – b.:???

b. – E.: algumas pessoas virão (sic) sim

E. – b.: algumas?

b. – E.: eh (sic).

E. – b.: espalhasse?

b. – E.: só mostrei.

E. – b.:por e-mail?!!!

b. – E.: para alguns amigos sim.

b. – E.: todos com teu rosto tampado

E. – b.: duvido....e como sabiam que era eu?

b. – E.: com quem eu namorava.

E. – b.:J. por favor pelo tempo que a gente fiko (sic), te amei, tu naum (sic) sei, pelo respeito q (sic) ainda deve ser mantido, guarda td (sic) na tua memória....e apague isso do pc (sic)!!! por favor...Vax (sic) acaba cum (sic) a minha vida [...] (fls.28-29, conversa no mensenger).

[...]

Oi Poxa...(sic) Recebi um e-mail com nossas fotos...Não gostei nada!!! Tem alguém que fez isso, pode ter certeza que não fui eu, e estão envolvendo meu nome também em outras coisas!!! Desculpa, se passei as fotos para pessoas que eu achava que confiava!!! [...] (fls. 28-29, e-mail enviado pelo recorrente à apelante).

Registra-se, ainda, além dos requeridos M. B. e R. L. B. - tendo em vista que o apelante confessa ter repassado as imagens para eles, que confirmam ter recebido referidos registros fotográficos - da análise dos endereços constantes nas mensagens eletrônicas enviadas por J. (fls. 26-45), infere-se a presença de outros 5 (cinco) destinatários.

Esclarece-se, outrossim, que o consentimento da autora não configura culpa concorrente, pois ela autorizou a realização das imagens para uso pessoal do casal e não para divulgação para terceiros após o término da relação.

Sendo assim, devidamente demonstrados nos autos a conduta ilícita do requerido e a repercussão de sua atitude na vida da autora, que passou por diversos constrangimentos em decorrência da propagação das fotos em questão, uma vez que a situação chegou ao ponto de ser comentada na rádio da cidade, consoante se infere da oitiva da mídia constante à fl. 31, resta devidamente configurado o ato ilícito passível de indenização.

Corroborando com o exposto, extrai-se dos testigos constantes no feito:

[...] E. ficou abalada com o episódio, sendo isto percebido pela depoente.
[...] Em razão dos fatos, pessoas estranhas iam até a loja para ver a acionante. Certo vez, um casal jovem foi até o estabelecimento e a moça apontou

para E. A depoente atribuiu os fatos como “constrangedores”. Em razão do constrangimento, a autora pediu demissão. [...] A autora mudou seu comportamento em razão após o fato, tornando-se triste. A E. Deixou a cidade de Brusque após cerca de um mês após os fatos. [...] (E. S., empregadora da autora à época dos fatos, fl. 173).

[...]

[...] Após os fatos, a demandante ficou muito abalada e mudou de cidade por causa do constrangimento. [...] Alguns amigos da depoente ligaram para o trabalho da depoente perguntando sobre os fatos. “Acho que não tinha pessoa nessa cidade que não recebeu este e-mail” [...] (fl. 174, J. G. vizinha da autora).

Cumprе ressaltar, ainda, que o dano moral em questão é *in re ipsa*, ou seja, em danos desta espécie “Não há que se falar em prova do dano moral, mas, sim, na prova do fato que gerou a dor, o sofrimento, sentimentos íntimos que o ensejam” (STJ. Resp. n. 86.271/SP, 3ª Turma, rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito).

Portanto, referidos danos não perfazem meros aborrecimentos, pois são, inclusive, presumíveis, já que prescindem de efetiva comprovação dos prejuízos sofridos.

No mesmo norte é o entedimento desta Corte de Justiça:

CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. DANOS MORAIS. DIVULGAÇÃO DE IMAGENS ÍNTIMAS, SEM O CONSENTIMENTO DA AUTORA, EXTRAÍDAS DE PROGRAMA DE TROCA DE MENSAGENS INSTANTÂNEAS, COM UTILIZAÇÃO DE EQUIPAMENTO DE WEB CAM. VIOLAÇÃO AO DIREITO DE PRIVACIDADE E INTIMIDADE (CF, ART. 5º, X). FALTA DE PROVA DE FATO MODIFICATIVO, EXTINTIVO OU IMPEDITIVO DO DIREITO DA AUTORA. ÔNUS DO RÉU (CPC, ART. 333, II). DEVER DE INDENIZAR CARACTERIZADO. CRITÉRIOS PARA AFERIÇÃO DO VALOR DO DANO. RA-

ZOABILIDADE E PECULIARIDADES DA ESPÉCIE. RECURSO DO AUTOR DESPROVIDO. RECURSO DA AUTORA PROVIDO PARA MAJORAR O MONTANTE INDENIZATÓRIO.

A divulgação de imagens íntimas, não autorizadas, na internet caracteriza lesão à honra e à imagem, além de violar o direito de privacidade e de intimidade da vítima, dando azo ao reconhecimento de danos morais, que se presumem. [...] (Apelação Cível n. 2007.008532-2, de Criciúma, rel. Des. Luiz Carlos Freyesleben, j. 17-12-2009).

Nesse sentido, é o posicionamento adotado nos Tribunais de Justiça do Rio Grande do Sul e de Minas Gerais:

RESPONSABILIDADE CIVIL. DANO MORAL. UTILIZAÇÃO DESAUTORIZADA E INADEQUADA DE IMAGEM. USO VEXATÓRIO, OFENSIVO A REPUTAÇÃO. Hipótese em que a imagem, captada sem autorização, e ainda que consentida fosse, foi divulgada na internet. Tudo isto, obviamente, sem a autorização e o conhecimento da dona da imagem. Inegável a ofensa à honra. Poder-se-ia dizer que o uso, no caso, foi inadequado e desautorizado, dando ensejo, por estas duas razões, à indenização pelos danos que a exposição causou. A lei tutela o direito à imagem, mormente quando o uso é abusivo e ofensivo à reputação, causando uma situação desprimorosa. Nestes casos, a publicação sem prévia autorização, por si só, já tipifica dano à imagem, tornando devida a indenização por dano moral. Havendo, como no caso vertente, a finalidade vexatória, mais evidentes a ilicitude da conduta e a ofensa. VALOR DA INDENIZAÇÃO. A indenização, no caso, considerando a extensão do dano e a notória invasão de privacidade deve ter seu valor majorado, atentando à finalidade reparatória, pedagógica e punitiva. Danos morais inquestionáveis, sendo que os danos materiais, consistentes em perda de emprego, não restaram evidenciados na linha de desdobramento causal. Juros ajustados, no entanto, com termo inicial na data deste julgamento. Apelações parcialmente providas. (TJRS - Apelação Cível n. 70051206464, rela. Desa. Marilene Bonzanini Bernardi, j. 12-12-2012).

Também:

APELAÇÃO CÍVEL. DIVULGAÇÃO SEM AUTORIZAÇÃO, VIA INTERNET, DE FOTOS ÍNTIMAS. DEVER DE INDENIZAR. LITIGÂNCIA DE MÁ FÉ. INOCORRÊNCIA. 1. A divulgação, via Internet, de fotografias de momentos íntimos da autora sem a sua autorização constitui ato ilícito e enseja o dever de indenizar. 2. Quanto à caracterização do dano moral, em casos como o dos autos, a ocorrência é “*ipso facto*”. A prova do dano é dispensável. Situação como a presente dispensa demonstração de espécie alguma, pois o fato fala por si, já que a veiculação de imagens em momentos íntimos, envolvendo a identificação do telefone e nome da vítima, acarreta, sem dúvida, abalo à honra e à dignidade pessoal desta. 3. Tratando-se de dano moral, o conceito de ressarcimento abrange duas forças: uma de caráter punitivo, com vistas a castigar o causador do dano pela ofensa praticada e outra de caráter compensatório, destinada a proporcionar à vítima algum benefício em contrapartida ao mal sofrido. Assim, tal ressarcimento presta-se a minimizar o desequilíbrio e aflição suportados pela vítima, não podendo, em contrapartida, constituir fonte de enriquecimento injustificado. [...] (TJMG – Apelação Cível n. 1.0109.07.009368-6, de Belo Horizonte, rel. Des. Wagner Wilson, j. 18-8-2009).

Não diverge a decisão monocrática preferida pelo magistrado singular:

[...] O dano moral nessa hipótese consubstancia-se na violação à imagem da pessoa perante terceiros; na transgressão de sua intimidade e na exposição de sua vida privada.

O próprio título de uma das mensagens eletrônicas que circulava pela rede mundial de computadores já é por si só pejorativo, a saber: “Você já viu a E. V. pagando bokete” (sic).

Registro que os Tribunais pacificaram o entendimento segundo o qual ao autor compete tão-somente demonstrar o fato, sendo desnecessária a prova do dano moral. Nesse sentido colhe-se da farta da farta jurisprudência sobre o assunto os seguintes excertos: “Para caracterizar o direito de obter inde-

nização por dano moral não é necessário demonstrar abalo na esfera patrimonial". (TJ-SC, Apelação Cível 98.014658-5, 2ª Câmara Civil, Rel. Des. Sérgio Baash Luz, j. Em 17.05.2001, v.U.). A prova do dano é dispensável, eis que decorre das regras comuns de experiência. Não é necessário comprovar prejuízos advindos da conduta para se eximir o dano oral. [...] (fl. 226).

Nesse diapasão, configurado o dano moral decorrente da divulgação indevida, pelo recorrente, das imagens íntimas da apelada, perfeitamente cabível a condenação ao pagamento de indenização pelos danos morais causados à autora.

Recurso, portanto, desprovido neste importe.

Do quantum indenizatório fixado pelo juízo singular:

Sucessivamente, pretende o recorrente obter a redução do *quantum* arbitrado a título de danos morais.

Yussef Said Cahali caracteriza da seguinte maneira o dano moral:

Dano moral, portanto é a dor resultante da violação de um bem juridicamente tutelado, sem repercussão patrimonial. Seja dor física/dor-sensação, como a denomina Carpenter - nascida de uma lesão material; seja a dor moral/dor-sentimento, de causa material (Dano e Indenização. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980. p. 7).

Carlos Alberto Bittar acentua:

A indenização por danos morais deve traduzir-se em montante que represente advertência ao lesante e à sociedade de que não se aceita o comportamento assumido, ou o evento lesivo advindo. Consubstancia-se, portanto, em importância compatível com o vulto dos interesses em conflito, refletindo-se, de modo expresso, no patrimônio do lesante, a fim de que sinta, efetivamente, a resposta da ordem jurídica aos efeitos do resultado lesivo produzido. Deve, pois, ser quantia economicamente significativa, em razão das potencialidades do patrimônio do lesante (Reparação civil por danos morais. RT, 1993, p. 220).

O dano moral sofrido pela parte autora é incontroverso, conforme explanado no tópico antecedente, restando examinar apenas o valor arbitrado como indenização.

O magistrado fixou a título de danos morais R\$ 40.000,00 (quarenta mil reais), pretendendo a parte insurgente a minoração de tal verba.

Nessa difícil empreitada, procura-se arbitrar certa quantia que proporcione ao autor uma compensação material que minimize a dor sofrida até porque a dor, a rigor, não tem preço exato, devendo sem dúvida ser substituída pela reparação pecuniária.

Cumpram ratificar, contudo, que o valor a ser arbitrado a título de dano moral deve ter como parâmetro a extensão do abalo sofrido pelo lesado, sem configurar enriquecimento ilícito, considerada, ainda, a finalidade repressiva ao ofensor.

Destarte, em consonância aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, levando-se em consideração a extensão dos danos causados à autora e as condições sócioeconômicas do ofensor, que atualmente se encontra desempregado, infere-se que a quantia indenizatória arbitrada no juízo singular, revela-se excessiva, merecendo, por isso, ser reduzida para o importe de R\$ 30.000,00 (trinta mil reais).

Recurso, portanto, provido neste ponto.

Documentos novos:

Requer o insurgente que sejam consideradas as fotos constantes na mídia (CD-ROM), anexa ao presente recurso.

Fundamenta seu pleito na assertiva de que os registros fotográficos em questão demonstram que a apelada, apesar de ter afirmado nos autos que estava profundamente abalada com a expansão das fotos íntimas tiradas com o autor na época em namoraram, demonstrava estar muito bem nas publicações que realizava em sua página da internet (fotolog).

Prossegue afirmando que referido elemento probatório dever ser levado em consideração em respeito ao princípio da primazia da verdade real, pois comprova que os argumentos que fundamentaram o pleito indenizatório constante na exordial não são compatíveis com o verdadeiro estado anímico da apelada.

Contudo, neste interím, de igual modo, melhor razão não lhe socorre, pois somente é admitida a juntada de novos documentos para reabertura da discussão da matéria apreciada no juízo singular nas hipóteses previstas no art. 397 do Código de Processo Civil, caso contrário, opera-se a preclusão em desfavor da parte que, tendo oportunidade para produzir a prova não o fez.

A propósito, transcrevem-se os dispositivos legais, inerentes ao tema:

Da Produção da Prova Documental

Art. 396. Compete à parte instruir a petição inicial (art. 283), ou a resposta (art. 297), com os documentos destinados a provar-lhe as alegações.

Art. 397. É lícito às partes, em qualquer tempo, juntar aos autos documentos novos, quando destinados a fazer prova de fatos ocorridos depois dos articulados, ou para contrapor-los aos que foram produzidos nos autos.

Art. 398. Sempre que uma das partes requerer a juntada de documento aos autos, o juiz ouvirá, a seu respeito, a outra, no prazo de 5 (cinco) dias.

Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery, dissertando sobre a juntada de documentos, ensinam que:

A parte tem o dever de demonstrar que a finalidade da juntada visa contrapor o documento a outro, ou a fato ou alegação surgida no curso do processo e depois de sua última oportunidade de falar nos autos. Não pode a juntada

ser feita com o intuito de surpreender a parte contrária ou o juízo, ardilosa e maliciosamente, para criar no espírito do julgador, à última hora, a impressão de encerramento da questão, sem que a outra parte tenha tido igual oportunidade na dialética do processo. Deve estar presente na avaliação do julgador, sempre, o princípio da lealdade processual, de sorte seja permitida a juntada de documentos nos autos, apenas quando nenhum gravame houver para a parte contrária. (Código de Processo Civil Comentado. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. ps. 555 e 556).

Não destoia do posicionamento supramencionado, o entendimento adotado nesta Corte de Justiça:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE SEPARAÇÃO JUDICIAL LITIGIOSA COM PEDIDO LIMINAR DE SEPARAÇÃO DE CORPOS. JUNTADA DE DOCUMENTOS EM CONTRARRAZÕES. PROVA QUE NÃO CONFIGURA DOCUMENTO NOVO. JUNTADA EXTEMPORÂNEA NÃO AUTORIZADA. INTELIGÊNCIA DOS ARTIGOS 396 E 397, AMBOS DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. NECESSÁRIO DESENTRANHAMENTO. SENTENÇA QUE DETERMINA A GUARDA DEFINITIVA DO FILHO DO AUTOR À MADRASTA. INSURGÊNCIA DO GENITOR BIOLÓGICO. OBSERVÂNCIA DO PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA. MADRASTA QUE POSSUI ESTREITA E HARMONIOSA RELAÇÃO AFETIVA COM A CRIANÇA DESDE O SEU NASCIMENTO. MANUTENÇÃO DA GUARDA ESTABELECIDADA EM PRIMEIRO GRAU. RECURSO DESPROVIDO.

I – Não é documento novo aquele que poderia ter sido produzido e juntado em fase específica de resposta, ainda mais porque o apelante não provou a ocorrência de caso fortuito ou força maior capaz de justificar a omissão [...] (Apelação Cível n. 2010.048856-6, de Criciúma, rel. Des. Joel Dias Figueira Júnior, j. 7-6-2011).

Mais:

APELAÇÃO CÍVEL. SEGURO DE VIDA EM GRUPO E SEGURO SUPLEMENTAR. CERCEMENTO DE DEFESA. NÃO OCORRÊNCIA. JUNTADA DE DOCUMENTOS EM SEGUNDA INSTÂNCIA. IMPOSSIBILIDADE. LER/DORT. DOENÇA LABORAL EQUIPARADA A ACIDENTE PESSOAL PARA FINS INDENIZATÓRIOS. APOSENTADORIA POR INVALIDEZ PERMANENTE CONCEDIDA PELO INSS. PROVA SUFICIENTE. DEVER DE INDENIZAR INCONTES-TE. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.

[...] Os documentos juntados na fase recursal que não se refiram a fato novo nem se destinem a contrapor-se a argumentos novos deduzidos pela parte contrária não podem ser admitidos em grau de recurso (CPC, art. 397) [...] (Apelação Cível n. 2013.010714-6, de Curitiba, rel. Des. Jairo Fernandes Gonçalves, j. 19-7-2013).

No mesmo norte, colaciona-se precedente deste órgão fracionário acerca do tema:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE COBRANÇA DE SEGURO DE VIDA. SENTENÇA JULGANDO IMPROCEDENTE O PEDIDO. APLICABILIDADE DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR AOS CONTRATOS DE SEGURO. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA CABÍVEL. TESE SUSTENTANDO A PRESCRIÇÃO. INOCORRÊNCIA. EXEGESE DO ART. 178, § 6º, II, CC/1916 E DA SÚMULA 101 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. JUNTADA DE DOCUMENTOS NESTA FASE PROCESSUAL. IMPOSSIBILIDADE, NOS TERMOS DOS ARTS. 396 E 397 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE OCORRÊNCIA DE JUSTA CAUSA (ART. 183, §§ 1º E 2º DO CÂNONE PROCESSUAL). PRECLUSÃO TEMPORAL. SENTENÇA MANTIDA. AGRAVO RETIDO E APELO CONHECIDOS E DESPROVIDOS.

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

2011.033452-7, Segunda Câmara de Direito Civil, relator Des. Luiz Carlos Freyesleben, DJe de 27.07.2011) (Apelação Cível n. 2009.068886-3, de Blumenau, rel. Des. Ronei Danielli, j. 6-10-2011).

Da análise dos argumentos esposados pelo recorrente, denota-se que referido elemento probatório já existia à época da propositura da presente demanda, aferindo não se tratar de documento inexistente à época da instrução processual ou utilizado para rebater argumentos novos elencados pela parte contrária.

Sendo assim, não evidenciadas as hipóteses previstas no art. 397 do Código de Processo Civil, as fotos constantes no CD-ROM carreado ao caderno processual com o presente recurso não serão consideradas.

Isto posto, nega-se provimento ao recurso neste particular.

Honorários Advocatícios:

O magistrado fixou os honorários advocatícios em 15% (quinze por cento) sobre o valor da condenação, almejando o apelante a sua minoração.

No que tange à verba honorária, na esteira do art. 20, § 3º, do CPC, sabe-se que os honorários serão fixados entre o mínimo de 10% (dez por cento) e o máximo de 20% (vinte por cento) sobre o valor da condenação, atendidos: a) o grau de zelo do profissional; b) o lugar de prestação do serviço; c) a natureza e importância da causa, o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço.

No caso em comento, examinando os critérios acima mencionados, conclui-se que os honorários advocatícios, fixados na instância a quo em 15% (quinze por cento) sobre o valor da condenação, mostram-se adequados à remuneração pelos serviços prestados.

Logo, também neste aspecto, a sentença não merece reparos.
Em suma, conhece-se do recurso e dá-se-lhe parcial provimento.

Do recurso da autora

Da admissibilidade:

Presentes os pressupostos legais o recurso é conhecido.

Do julgamento:

Preliminares:

Não foram suscitadas preliminares.

Mérito:

Trata-se de recurso de apelação cível interposto pela autora da presente demanda com a pretensão de obter a condenação dos co-réus M. B. E R. L. B., ao pagamento de indenização por danos morais decorrentes do repasse das fotos íntimas tiradas na companhia do apelado J. G. M. na época em que namoraram.

Ambiciona, também, a reforma do julgado proferido na instância a quo em relação à quantia arbitrada pelo magistrado singular a título de danos morais e ao termo inicial dos juros de mora incidentes sobre o *quantum* devido.

Entende que a indenização a ser paga pelo apelado J. G. M, necessita ser majorada para o patamar de R\$ 100.000,00 (cem mil reais).

Após o breve relato, procede-se à análise do reclamo.

Da culpa dos réus M. B. e R. L. B.

Aduz a apelante que foram os recorridos os responsáveis pelo repasse das suas fotos íntimas a terceiros, fato que restou devidamente

evidenciado nos autos através das informações prestadas pelo seu ex-namorado durante as conversas que tiveram por meio de correio eletrônico e rede particular de troca de mensagens instantâneas (MSN).

Prossegue afirmando que é fato incontroverso que M. B. e R. L. B. receberam as imagens íntimas da autora.

Sustenta, também, que foram os requeridos os responsáveis pela inclusão do seu nome e local de trabalho na imagem que haviam recebido do réu J. G. M., pois o e-mail contendo as imagens circulava com os seguintes dizeres “mas essa E. confiou no namorado > (sic) Olha só o que o cara aprontou com ela > (sic) Hehe.. >> Ela trabalha naquele 1,99 no lado da Magazine Luiza, em frente ao posto jardim (sic) (fl. 32)”.

Supõe que os co-réus foram os responsáveis pela inclusão das mencionadas informações e pela divulgação do material fotográfico em questão porque o texto está em terceira pessoa.

Aduz, ainda, que a documentação supramencionada não foi impugnada a contento pelo segundo e terceiro apelados.

Entretanto, da análise do aparato probatório constante no caderno processual, não se chega às mesmas conclusões exaradas pela apelante, primeiro, porque não se pode imputar aos requeridos a responsabilidade pela divulgação das fotos em questão com base única e exclusivamente nas afirmações prestadas pelo seu ex-namorado, pois, embora J. afirme para a insurgente que desfigurou a imagem do seu rosto antes de divulgar o registro fotográfico, nada comprovou nesse sentido.

Ademais, impende destacar que os endereços constantes nas correspondências eletrônicas enviadas pelo seu ex-namorado (fls. 26-45), indicam a remessa de referidas imagens a pelo menos mais 5 (cinco) destinatários, dentre os quais não se infere a presença dos ora recorridos.

Além disso, é possível identificar outras pessoas repassando a mensagem em questão, contudo, entre elas não foi constatada a presença dos recorridos M. B. e R. L. B..

Portanto, não tendo a apelante logrado êxito em comprovar a contribuição do segundo e terceiro apelados na divulgação de suas imagens íntimas, descumprindo, desta forma, com o regramento constante no art. 333, inc. I. do Código de Processo Civil, não há como imputar a eles nenhuma responsabilidade nesse sentido, razão pela qual é de ser negado provimento ao presente recurso neste particular.

Corroborando com o exposto, extrai-se da sentença apelada:

Da responsabilidade civil do réu Marcelo Bruns

A autora imputa responsabilidade civil ao réu em razão de ter recebido por correio eletrônico (e-mail) fotos suas em momentos íntimos com seu namorado e divulgado essas imagens para terceiros.

A defesa está ancorada nos seguintes alicerces: i) não repassou pela Internet qualquer foto íntima da autora; ii) recebeu fotos da autora em roupa íntima e em situações amorosas, porém, jamais as repassou e, após vê-las, as excluiu de seus arquivos de computador, fato que pode ser comprovado através de perícia; iii) inexistência de nexó axiológico.

À autora compete demonstrar o fato constitutivo dos seu direito, conforme art. 333, I, do Código de Processo Civil.

É fato incontroverso, conforme art. 334, inc. III do Código de Processo Civil, que o réu recebeu as fotos da autora em momento íntimo. Isso, por si só não gera direito a reparação por dano moral, por não constituir ato ilícito.

Não há qualquer elemento de prova que o réu encaminhou as fotos da autora por correio eletrônico para terceiros,

A autora poderia ter se utilizado de prova testemunhal indicando como testemunhas destinatários das correspondências eletrônicas, porém, ficou-se inerte neste mister, não demonstrando a ocorrência do fato.

[...] Portanto, a não comprovação do fato atribuível a alguém, afasta a imputação de responsabilidade civil, ante a anuência de um dos seus pressupostos.

Com isso, a improcedência do pedido em relação ao réu M. B. É medida que se impõe.

[...] O mesmo que foi dito em relação ao réu M. B. Aplica-se ao réu R.

Com isso, a improcedência em relação ao réu R. L. B. É a medida que se impõe (fls. 228-229).

Isto posto, é de ser negado provimento ao recurso neste particular.

Do quantum indenizatório fixado no juízo singular:

Em decorrência da fundamentação supra, utilizada para justificar o deferimento do pleito de minoração da quantia indenizatória devida pelo recorrido J. G. M., é de ser negado provimento ao pedido feito pela ora apelante de majoração do valor fixado a título de danos morais.

Recurso, desprovido no ponto.

Juros de Mora:

Prevê a súmula 54 do Superior Tribunal de Justiça que os juros moratórios fluem a partir do evento danoso, em caso de responsabilidade extracontratual.

Neste caso, ao contrário do que determinou a sentença, deverão os juros de mora ter seu prazo de contagem a partir da data do evento danoso.

Conduto, em razão da impossibilidade de determinação exata da data em que as fotos começaram a ser divulgadas pelo apelado J. G. M., deverá ser considerada a data de 1º de maio de 2006, época em que a apelante aduz ter tomado conhecimento do ato ilícito que ensejou o direito à percepção da indenização em questão.

Recurso provido neste ponto.

Ônus Sucumbenciais:

Modificada minimamente a sentença, os ônus sucumbenciais permanecem definidos em consonância com os ditames delimitados pelo magistrado a quo.

Ante o exposto, conhece-se o presente recurso e dá-se-lhe parcial provimento apenas para adequar o termo inicial dos juros de mora incidentes sobre o *quantum* indenizatório devido pelo apelado.

Em suma, conhece-se dos recursos de apelação cível interpostos pelas partes e dá-se-lhes parcial provimento.

Este é o voto.

SEGUNDA CÂMARA DE DIREITO COMERCIAL

AGRAVO DE INSTRUMENTO

Agravo de Instrumento n. 2012.073700-1, da Capital - Contnente

Relator: Desembargador Robson Luz Varella

AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO DE EXECUÇÃO – INSURGÊNCIA DA PARTE EXECUTADA CONTRA INTERLOCUTÓRIA QUE REJEITOU A EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE.

TESE DE QUE O IMÓVEL CONSTRITADO CONSTITUI BEM DE FAMÍLIA – CONJUNTO PROBATÓRIO DEMONSTRANDO QUE NA PROPRIEDADE DO EXECUTADO SE ENCONTRA EDIFICADA SUA RESIDÊNCIA – IMPENHORABILIDADE RECONHECIDA – EXEGESE DO ART. 1º DA LEI N. 8.009/1990.

Impõe-se a desconstituição da penhora que recaia sobre imóvel do executado, comprovadamente utilizado como residência de sua entidade familiar, em decorrência da proteção ao direito social à moradia e à impenhorabilidade do bem de família.

ALEGADA AUSÊNCIA DE VINCULAÇÃO DO CONTRATO À NOTA PROMISSÓRIA – DECISÃO QUE NÃO SE PRONUNCIA A RESPEITO DA QUESTÃO POR CONSIDERAR O MEIO INADEQUADO PARA TANTO – CONSTATAÇÃO, TODAVIA, DA NECESSIDADE DE O JULGADOR DECIDIR PELO PREENCHIMENTO OU NÃO DOS PRESSUPOSTOS DE DESENVOLVIMENTO VÁLIDO E REGULAR DO PROCESSO – VERIFICAÇÃO DE QUE NÃO HOUVE A JUNTADA AO FEITO DO INTEIRO TEOR DO AJUSTE – IMPOSSIBILIDADE DE IDENTIFICAÇÃO DE QUEM TERIA ASSINADO O

INSTRUMENTO CONTRATUAL E SE NELE O EXECUTADO TERIA ASSUMIDO A CONDIÇÃO DE DEVEDOR SOLIDÁRIO – RETORNO DOS AUTOS AO JUÍZO A QUO PARA ANÁLISE DA MATÉRIA, SOB PENA DE SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA.

Para constituir título executivo extrajudicial, o contrato particular deve conter as assinaturas dos representantes legais do credor e da devedora, do devedor solidário e de duas testemunhas, conforme arts. 585, inc. II, e 586, “*caput*”, da Lei Processual Civil.

Por outro viés, “[...] o avalista que se obrigou no título de crédito responderá pelos encargos estabelecidos no instrumento contratual, apenas se também o assinou” (Fábio Ulhôa Coelho. Curso de direito comercial. v. I. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 417).

Esta Corte de Justiça partilha do entendimento de que é possível ao exequente a juntada de documentos posteriormente ao ajuizamento da demanda executiva, especialmente para fins de verificação acerca do preenchimento ou não dos pressupostos da execução.

Verificado que o crédito exequendo refere-se ao ajuste e que o respectivo instrumento se encontra incompleto nos autos, mostra-se necessária a apreciação dessa circunstância pelo juízo de primeiro grau, análise que deve preceder ao exame da desvinculação do título cambial ao contrato.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento n. 2012.073700-1, da comarca da Capital - Continente (2ª Vara Cível), em que é agravante Luiz Antônio de Souza, e agravado Banco do Brasil S/A:

A Segunda Câmara de Direito Comercial decidiu, por votação unânime, dar parcial provimento ao recurso para reconhecer a impenhorabilidade do imóvel de matrícula n. 33.322, registrado no Cartório do 2º Ofício do Registro de Imóveis da Capital, com fulcro no art. 1º da Lei 8.009/90, e a necessidade de apreciação da exceção de pré-executividade (preenchimento ou não dos pressupostos da execução) nos termos da fundamentação. Custas legais.

O julgamento, realizado nesta data, foi presidido pela Exma. Sra. Des. Rejane Andersen com voto, e dele participou o Exmo. Sr. Des. Dinart Francisco Machado.

Florianópolis, 2 de julho de 2013.

Robson Luz Varella
RELATOR

RELATÓRIO

Trata-se de agravo de instrumento interposto por Luiz Antônio de Souza contra decisão que rejeitou a exceção de pré-executividade proposta pelo ora agravante e determinou o prosseguimento da ação de execução (autos n. 082.99.000691-5).

Em suas razões de insurgência, o agravante sustentou a impenhorabilidade do bem construído nos autos, alegando ser o único imóvel destinado à moradia da família e ser também o único de sua propriedade. Defendeu, ainda, a nulidade da penhora, sob o argumento de que não poderia ter sido averbada sobre 100% (cem por cento) do imóvel, uma vez que a determinação judicial foi no sentido de que ela recaísse apenas sobre 50% (cinquenta por cento) do bem. Também alegou a nulidade da avaliação, porquanto não considerada a existência de uma casa construída no terreno penhorado. Ressaltou que, embora a penhora tenha sido realizada no ano de 2003, sua averbação ocorreu em novembro de 2007, quando já havia a residência no local, o que estaria comprovado através dos documentos carreados ao feito, em especial, o comprovante de pagamento de IPTU de 2007. Acrescentou a possibilidade de nova avaliação do imóvel em razão da alteração superveniente do valor do bem. Por fim, sustentou que a nota promissória não teria vinculação com o “contrato

direto à usuário final n. 96/108791”, porquanto além de a cártula ter sido expedida um ano após a assinatura do ajuste, inexistente nela qualquer previsão de vinculação com o instrumento contratual, diante do que alegou ser defeso a incidência de juros conforme pactuados (fls. 2/19).

Foram juntados os documentos de fls. 21/281.

O pedido de efeito suspensivo foi deferido a fim de “suspender as praças designadas para os dias 22/11 e 4/12/2012” (fls. 284/288).

Intimada, a instituição financeira apresentou contrarrazões (fls. 294/305).

VOTO

Busca o agravante a reforma da decisão que, no âmbito de ação de execução, rejeitou exceção de pré-executividade.

As questões ventiladas serão esmiuçadas por tópicos apartados.

Da impenhorabilidade do imóvel constritado

O agravante sustenta, em síntese, que o imóvel registrado no Cartório do 2º Ofício do Registro de Imóveis da Comarca de Florianópolis, sob a matrícula n. 33.222, é seu único bem, sendo destinado exclusivamente à moradia de sua família.

A moradia é direito social, expressamente elencado pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988:

Art. 6. São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

Visando resguardar esse direito, a Lei n. 8.009, de 29 de março de 1990, prevê, em seu art. 1º, “*caput*”, a proteção do imóvel que abriga a entidade família, assegurando não só a moradia do titular ou possuidor do bem, mas de todos que nele residem.

Art. 1º O imóvel residencial próprio do casal, ou da entidade familiar, é impenhorável e não responderá por qualquer tipo de dívida civil, comercial, fiscal, previdenciária ou de outra natureza, contraída pelos cônjuges ou pelos pais ou filhos que sejam seus proprietários e nele residam, salvo nas hipóteses previstas nesta lei.

Parágrafo único. A impenhorabilidade compreende o imóvel sobre o qual se assentam a construção, as plantações, as benfeitorias de qualquer natureza e todos os equipamentos, inclusive os de uso profissional, ou móveis que guardam a casa, desde que quitados (sem grifos no original).

A esse respeito tem ressaltado o Superior Tribunal de Justiça:

RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL. EXECUÇÃO. EMBARGOS DE TERCEIROS. PENHORA INCIDENTE SOBRE IMÓVEL NO QUAL RESIDEM FILHAS DO EXECUTADO. BEM DE FAMÍLIA. CONCEITO AMPLO DE ENTIDADE FAMILIAR. RESTABELECIMENTO DA SENTENÇA. 1. “A interpretação teleológica do Art. 1º, da Lei 8.009/90, revela que a norma não se limita ao resguardo da família. Seu escopo definitivo é a proteção de um direito fundamental da pessoa humana: o direito à moradia” (EREsp 182.223/SP, Corte Especial, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, DJ 6/2/2002). 2. A impenhorabilidade do bem de família visa resguardar não somente o casal, mas o sentido amplo de entidade familiar. Assim, no caso de separação dos membros da família, como na hipótese em comento, a entidade familiar, para efeitos de impenhorabilidade de bem, não se extingue, ao revés, surge em duplicidade: uma composta pelos cônjuges e outra composta pelas filhas de um dos cônjuges. Precedentes. 3. A finalidade da Lei nº 8.009/90 não é proteger o devedor contra suas dívidas, tornando seus bens impenhoráveis, mas, sim, reitera-se, a proteção da entidade familiar no seu conceito mais amplo. 4. Recurso especial provido para restabelecer a sentença (sem grifos no original - REsp 1126173/MG, rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, DJe de 12/4/2013).

Também, esta Corte de Justiça:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE EXECUÇÃO POR QUANTIA CERTA. ARGUIÇÃO DE IMPENHORABILIDADE. BEM DE FAMÍLIA. ARTIGO 5º DA LEI N. 8.009, DE 29.3.1990. DEMONSTRAÇÃO DE QUE O IMÓVEL PENHORADO SERVE DE RESIDÊNCIA À ENTIDADE FAMILIAR. IMPOSSIBILIDADE DA CONSTRICÇÃO. DESNECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO DE QUE É O ÚNICO IMÓVEL PERTENCENTE À FAMÍLIA. RECURSO PROVIDO. A impenhorabilidade do bem de família é reconhecida tão logo estejam preenchidos os requisitos do artigo 5º da Lei n. 8.009, de 29.3.1990, ou seja, tenha sido feita a demonstração de que ele serve de residência à entidade familiar. O reconhecimento desta condição prescinde da comprovação de que o bem é o único pertencente à família (sem grifos no original - Agravo de instrumento n. 2012.018304-0, rel. Des. Jânio Machado, j. em 9/7/2012).

Dito isso, examina-se a questão da impenhorabilidade do bem, no caso em concreto.

Pelo que se extrai dos documentos juntados aos autos, o imóvel penhorado, objeto da matrícula n. 33.322, registrado no Livro 02-RG do Cartório do 2º Ofício do Registro de Imóveis da Capital, de propriedade do agravante (fls. 41 e 245), serve para a moradia da entidade familiar, direito social constitucionalmente assegurado, sendo, portanto, impenhorável, nos termos do art. 1º da Lei nº 8.009/1990.

Com fundamento no critério da razoabilidade, “considera-se cumprido o ônus probandi quando a instrução processual houver chegado á demonstração razoável da existência do fato, sem os extremos da exigência de uma certeza absoluta que muito dificilmente se atingirá. A certeza, em termos absolutos, não é requisito para julgar. Basta que, segundo o juízo comum do homo medius, a probabilidade seja tão grande que os riscos de erro se mostrem suportáveis. [...] O juiz que pela obséquio da verdade considerasse inexistentes os fatos afirmados, somente porque

algum leve resquício de dúvida ainda restasse em seu espírito, em nome dessa ilusória segurança para julgar estaria com muito mais freqüência praticando injustiças do que fazendo justiça” (DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de direito processual civil. v. III. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004., p. 81).

No caso, a documentação acostada pelo agravante demonstra que, previamente à penhora do imóvel, averbada em 20 de novembro de 2007, já encontrava-se edificada uma residência familiar.

Conquanto no registro do imóvel inexistia anotação de qualquer edificação sobre o terreno (fl. 41), para comprovar sua existência e que nela residia com sua família, o agravante trouxe ao feito: comprovante de quitação de conta de energia elétrica em seu nome e com o endereço do imóvel construído desde o ano de 2006 (fls. 242/243); certidões negativas de propriedade expedidas pelos 1º e 3º Ofício de Registro de Imóveis da Comarca da Capital (fls. 246/247); e, carnê de IPTU (fl. 270). Também, constata-se que o endereço indicado para intimação do agravante foi o mesmo do imóvel construído (fls. 154 e 157), o que corrobora a sua afirmação de que ali constitui sua residência.

Demais disso, a mera ausência de preocupação do agravante em registrar a benfeitoria no cartório imobiliário, não é fator suficiente a justificar sua inexistência, mormente quando há prova satisfatória no feito de que sobre o terreno há uma edificação residencial.

Por fim, não há, ao menos nos autos deste agravo de instrumento, nenhum indício de que a dívida executada se enquadre em alguma das hipóteses do art. 3º da Lei n. 8.009/1990, em que estão localizadas as exceções à impenhorabilidade do bem de família.

Com essas considerações, entende-se pela irregularidade da constrição realizada nos autos da execução.

Nesse sentido:

APELAÇÃO CÍVEL. EMBARGOS À EXECUÇÃO. PENHORA SOBRE IMÓVEL CONSIDERADO BEM DE FAMÍLIA. COMPROVAÇÃO QUANTO À FINALIDADE RESIDENCIAL DO BEM CONSTRITADO. EXCLUSÃO DO GRAVAME. EXEGESE DO DISPOSTO NO ART. 1º, DA LEI N. 8.009/90. NULIDADE DA PENHORA. SENTENÇA MANTIDA. RECURSO DESPROVIDO. “Em restando comprovado nos autos que se trata de imóvel utilizado como residência pelo devedor e sua família e, encontrando-se preenchidos os requisitos constantes nos arts. 1º, *caput*, e art. 5º, ambos da Lei n. 8.009/90, tem-se referido bem como merecedor de proteção legal” (Apelação Cível n. 2005.003420-2, de Criciúma, rel. Des. Marco Aurélio Gastaldi Buzzi). HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. PEDIDO DE INVERSÃO DOS ÔNUS SUCUMBENCIAIS. IMPOSSIBILIDADE. SENTENÇA MANTIDA. RECURSO DESPROVIDO (Apelação Cível n. 2011.007310-0, rel. Des. Paulo Roberto Camargo Costa, j. em 14/3/2013).

Logo, deve ser determinado o levantamento da constrição registrada na matrícula do imóvel relativa ao processo de execução, tornando sem efeito os atos praticados a partir da penhora.

Em vista dessa solução, fica prejudicado o exame dos temas relacionados às alegadas nulidades da penhora averbada sobre a totalidade do imóvel e da avaliação apresentada nos autos.

Da ausência de vinculação do contrato com a nota promissória

O agravante defendeu que a nota promissória não teria vinculação com o “contrato direto à usuário final n. 96/108791”, sob o argumento de que, além de a cártula ter sido expedida um ano após a assinatura do ajuste, não haveria no título qualquer previsão de vinculação com o instrumento contratual, diante do que alegou ser defeso a incidência de juros conforme pactuados.

Ab initio, vale lembrar que o âmbito de cognição da exceção de pré-executividade é restrito, ou seja, tem lugar apenas a discussão de matérias que podem ser examinadas de ofício pelo julgador bem como aquelas que prescindem de análise acurada de provas.

Acerca da exceção de pré-executividade, Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart lecionam:

Admite-se ser possível ao executado apresentar no curso da execução, independentemente de momento apropriado ou de cautela especial, certas defesas evidentes. Entende-se que sujeitar o executado a vários requisitos formais – como o prazo específico ou, no regime anterior, a prévia segurança do juízo pela penhora – para que possa deduzir tais defesas seria excessivo exagero, ante a manifesta injustiça do prosseguimento da execução. Por isso se permite que estas defesas sejam apresentadas, sob qualquer formato, no curso da execução. Em geral, os tribunais aceitam que sejam alegadas, desta forma, *quaisquer objeções processuais*, bem como as *defesas materiais que o juiz possa conhecer de ofício* (como prescrição e decadência) e ainda aquelas que puderem ser provadas de plano. Curiosamente, vê-se reproduzidas nessa relação exatamente as matérias que, no direito antigo, poderiam ser alegadas nas execuções *per officium iudicis*, tidas como as ‘exceções passíveis de prova fácil’ (sem grifos no original - Curso de Processo Civil. v. 3. Execução. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 315/316).

A propósito, a jurisprudência é pacífica no sentido de que “a exceção de pré-executividade não é cabível quando as questões suscitadas dependerem de prova ou da análise de disposições contratuais” (AgRg no AREsp 297.550/RJ, rel. Ministro Sidnei BenetI, j. em 14/5/2013, DJe de 5/6/2013).

Vale citar os seguintes julgados:

A Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do REsp 1.110.925/SP, representativo de controvérsia repetitiva, nos termos do art. 543-C, do CPC, pacificou a questão referente ao cabimento da exceção de pré-executividade nos seguintes termos: A exceção de pré-executividade é cabível quando atendidos simultaneamente dois requisitos, um de ordem material e outro de ordem formal, ou seja: (a) é indispensável que a matéria invocada seja suscetível de conhecimento de ofício pelo juiz; e (b) é indispensável que a decisão possa ser tomada sem necessidade de dilação probatória. (Rel. Min. Teori Albino Zavascki, julgado em 22/04/2009, DJe 04/05/2009) (STJ - Resp 1.307.413/RS, rel. Ministro Marco Buzzi, publ. em 24/6/2013).

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL. CÉDULA DE CRÉDITO COMERCIAL. OPOSIÇÃO DE EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE FUNDADA NA ABUSIVIDADE DOS ENCARGOS. IMPOSSIBILIDADE. INCIDENTE RESERVADO ÀS MATÉRIAS DE ORDEM PÚBLICA E AOS TEMAS QUE NÃO DEMANDAM DILAÇÃO PROBATÓRIA. ABUSIVIDADE DOS ENCARGOS QUE DEVERIA TER SIDO PLEITEADA, A TEMPO E MODO, NOS EMBARGOS DO DEVEDOR. DECISÃO MANTIDA. RECURSO DESPROVIDO (TJSC - Agravo de Instrumento n. 2012.066568-3, rel. Des. Jânio Machado, j. em 2/5/2013).

Na decisão interlocutória, o Magistrado de Primeiro Grau afirmou que a exceção de pré-executividade não seria o meio adequado para analisar referida questão arguida pelo agravado.

Todavia, esta providência não se revelou a mais escorreita.

Compulsando os autos, verifica-se que a instituição financeira alegou na exordial da ação executiva ser credora de importância decorrente de saldo devedor do “contrato de crédito direto à usuário final” n. 96/108791, firmado na data de 30/12/1996 por Maria Aparecida Bossle, e que a nota promissória juntada com a petição inicial teria sido emitida por Luiz Antônio de Souza, ora agravante, em garantia do cumprimento das obrigações pactuadas no ajuste.

É consabido que, para constituir título executivo extrajudicial, o contrato particular deve conter as assinaturas dos representantes legais do credor e da devedora, do devedor solidário e de duas testemunhas, conforme prevê os arts. 585, inc. II, e 586, “*caput*”, da Lei Processual Civil. Veja-se:

Art. 585. São títulos executivos extrajudiciais:

[...]

II - a escritura pública ou outro documento público assinado pelo devedor; o documento particular assinado pelo devedor e por duas testemunhas; o instrumento de transação referendado pelo Ministério Público, pela Defensoria Pública ou pelos advogados dos transatores;

[...]

Art. 586. A execução para cobrança de crédito fundar-se-á sempre em título de obrigação líquida, certa e exigível.

Por outro viés, vale lembrar que a vinculação de um título de crédito a um contrato subtrai a sua autonomia cambiária, pondo em evidência o conteúdo do próprio instrumento contratual, diante do que há necessidade de comprovação de que a nota promissória lastreada a ação executiva é destinada a garantir o negócio jurídico subjacente.

A propósito, Fábio Ulhôa Coelho leciona: “[...] o avalista que se obrigou no título de crédito responderá pelos encargos estabelecidos no instrumento contratual, apenas se também o assinou” (Curso de direito comercial. v. I. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 417).

Tal compreensão está sumulada no Enunciado n. 26 do Superior Tribunal de Justiça: “O avalista do título de crédito vinculado a contrato de mútuo também responde pelas obrigações pactuadas, quando no contrato figurar como devedor solidário”.

Também a respeito, esclarece Teori Albino Zavascki:

Outra importante consequência decorrente da literalidade do título é a de que o credor não pode exigir do obrigado mais do que a quantia pela qual se obrigou. Se o negócio subjacente é um contrato de mútuo de que a cambial é garantia, o executado que apenas se obrigou cambiariamente não responde por obrigações contratuais extracartulares. Pode ocorrer que o devedor seja, simultaneamente, obrigado pela cártula e pelo contrato. A súmula 26 do Superior Tribunal de Justiça figura a situação: ‘O avalista de título de crédito vinculado a contrato de mútuo também responde pelas obrigações pactuadas, quando no contrato figurar como devedor solidário’. Nestes casos, o credor dispõe da ação cambial e da ação causal (esta com fundamento no contrato de mútuo firmado por duas testemunhas), cabendo observar que ‘não poderá o credor exercer a ação derivada do negócio subjacente sem exibir a cambial e isso em razão de que os títulos de crédito se destinam a circular. [...] Nada impede, porém, que o credor promova uma única execução pelos dois títulos, sendo que, na autorizada palavra do STJ, ‘instrumentalizada a execução com mais de um título, a eventual imprestabilidade de um não induz, necessariamente, a invalidade dos demais. Havendo apenas um válido entre eles, idônea se afigura a execução, ressalvada a posição dos avalistas se imprestável o título cambial’” (sem grifos no original - Comentários ao código de processo civil – do processo de execução: arts. 566 e 645. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 208/209).

É da jurisprudência:

APELAÇÃO CÍVEL. EMBARGOS À EXECUÇÃO POR QUANTIA CERTA PROMOVIDA NOS AUTOS DE AÇÃO DE DEPÓSITO. [...] CONTRATO DE ABERTURA DE CRÉDITO FIXO COM GARANTIA DE ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA. LEGITIMIDADE DO AVALISTA PARA RESIDIR NO POLO PASSIVO DA EXECUÇÃO SE, AO FIRMAR O CONTRATO, SE OBRIGOU PELO PAGAMENTO INTEGRAL DA DÍVIDA, ASSUMINDO CONDIÇÃO EQUIVALENTE A DO DEVEDOR SOLIDÁRIO. ARTIGOS 85 DO CÓDIGO CIVIL DE 1916 E

112 DO CÓDIGO CIVIL ATUAL. SÚMULA N. 26 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. TÍTULO EXECUTIVO EXTRAJUDICIAL APRESENTADO QUE É FORMALMENTE PERFEITO. ARTIGO 585, INCISO, II, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. DEMONSTRATIVO DE EVOLUÇÃO DA DÍVIDA QUE ATENDEU OS REQUISITOS DO INCISO II DO ARTIGO 614 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. [...] 1. “O avalista do título de crédito vinculado a contrato de mútuo também responde pelas obrigações pactuadas, quando no contrato figurar como devedor solidário.” (súmula n. 26 do Superior Tribunal de Justiça). 2. O contrato de abertura de crédito fixo subscrito pelo devedor e por duas testemunhas, revelando a obrigação de pagar quantia certa e determinada, em prazo previamente ajustado, constitui título executivo extrajudicial, nos termos do artigo 585, inciso II, do Código de Processo Civil [...] (Apelação cível n. 2008.030296-0, rel. Des. Jânio Machado, j. em 1º/6/2012).

Na hipótese, o agravante afirmou que não há qualquer vinculação do título cambial (nota promissória) com o contrato bancário.

Contudo, conforme se constata à fl. 27, não foram colacionados todos os termos do contrato executado, não se sabendo quem o assinou e nem se nele o “avalista” teria assumido a condição de devedor solidário ao emitir a nota promissória.

Referida questão, por evidente, trata acerca da própria exequibilidade do título apresentado, que é condição da ação de execução, razão pela qual a exceção de pré-executividade é o meio adequado para a respectiva análise.

Cumpre lembrar que, ante os princípios norteadores do direito moderno, é possível ao exequente a juntada de documentos posteriormente ao ajuizamento da demanda executiva:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL. CONTRATO DE ABERTURA DE CRÉDITO ROTATIVO. PROCESSO EXTINTO SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO (ART. 267,

IV, DO CPC). AUSÊNCIA DE TÍTULO EXECUTIVO. INDEFERIMENTO LIMINAR DA PETIÇÃO INICIAL. IMPOSSIBILIDADE. EMENDA À INICIAL NÃO OPORTUNIZADA AO EXEQUENTE. RETORNO DOS AUTOS À COMARCA DE ORIGEM. INTELIGÊNCIA DO ART. 616 DO CPC. SENTENÇA CASSADA. - Verificando que a inicial não se encontra instruída com título hábil ao ingresso da ação da execução, cumpre ao magistrado oportunizar a sua emenda, nos termos do art. 616 do CPC. - Recurso conhecido e provido para cassar a sentença (Apelação Cível n. 2012.014098-5, rel. Des. Carlos Alberto Civinski, j. em 26/4/2012).

Verificado que o crédito exequendo refere-se ao ajuste e que o respectivo instrumento se encontra incompleto nos presentes autos, mostra-se necessária a apreciação do preenchimento ou não dos pressupostos da execução, pelo juízo de primeiro grau, análise que deve preceder ao exame da alegada desvinculação do título cambial ao contrato.

Nessa linha:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL. DUPLICATA MERCANTIL NÃO ACEITA. EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. ALEGAÇÃO DE INEFICÁCIA DO TÍTULO, ANTE A INEXISTÊNCIA DO COMPROVANTE DE ENTREGA DA MERCADORIA. DECISÃO QUE REJEITA A EXCEÇÃO EM FACE DA IMPOSSIBILIDADE DE DILAÇÃO PROBATÓRIA NO PROCEDIMENTO. DEVER DO JULGADOR DE DECIDIR PELO PREENCHIMENTO OU NÃO DOS PRESSUPOSTOS DE DESENVOLVIMENTO VÁLIDO E REGULAR DO PROCESSO. IMPOSSIBILIDADE, NO MOMENTO, DA DICÇÃO DO DIREITO POR ESTE ÓRGÃO AD QUEM, SOB PENA DE SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. A doutrinariamente denominada “exceção de pré-executividade”, que vem a ser a interposição de petição nos autos da ação de execução, é oponível a qualquer tempo e grau de jurisdição, visto que seu conteúdo versa sobre matéria de ordem pública. A duplicata não

aceita, para legitimar a utilização da via executiva, deve estar acompanhada do comprovante de entrega da mercadoria e do instrumento de protesto respectivo, consoante o mandamento do art. 15, II, da Lei n. 5.474/68. Do contrário, não se constitui em título apto a embasar a execução. Se no juízo a quo o pedido não foi conhecido em razão da declaração da inadequação do procedimento eleito (impossibilidade de dilação probatória na exceção de pré-executividade), uma vez admitida, em sede de agravo de instrumento, a exceção na forma proposta, a questão de fundo deve ser apreciada no primeiro grau de jurisdição, sob pena de supressão de instância (Agravo de Instrumento n. 2009.064960-3, rel. Des. Stanley da Silva Braga, j. em 9/12/2010).

Diante de todo o exposto, vota-se no sentido de dar parcial provimento ao recurso para reconhecer a impenhorabilidade do imóvel de matrícula n. 33.322, registrado no Cartório do 2º Ofício do Registro de Imóveis da Capital, com fulcro no art. 1º da Lei 8.009/90, e a necessidade de apreciação da exceção de pré-executividade (preenchimento ou não dos pressupostos da execução) nos termos da fundamentação.

APELAÇÃO CÍVEL

Apelação Cível n. 2013.042357-6, de Blumenau

Relator: Des. Getúlio Corrêa

AÇÃO COMINATÓRIA CUMULADA COM INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – EMPRÉSTIMO BANCÁRIO CONSIGNADO – PEDIDO DE EMISSÃO DE BOLETOS – LIQUIDAÇÃO ANTECIPADA DA DÍVIDA – DIREITO DO CONSUMIDOR (CDC, ART. 52, § 2º) – INÉRCIA DA INSTITUIÇÃO BANCÁRIA – SENTENÇA DE PARCIAL PROCEDÊNCIA DOS PEDIDOS.

COMPETÊNCIA INTERNA CORPORIS DAS CÂMARAS DE DIREITO COMERCIAL CONSOLIDADA POR DECISÃO DO ÓRGÃO ESPECIAL.

Conforme entendimento consolidado pelo Órgão Especial desta Corte, compete às Câmaras de Direito Comercial julgar os recursos nos quais haja *“discussão decorrente de contrato de empréstimo firmado com instituição financeira que se recusou a fornecer boleto bancário com a discriminação do débito para quitação antecipada da dívida”* (CC n. 2013.044237-0, Des. Gaspar Rubick, j. 18.09.2013).

RECURSO VISANDO À CONDENAÇÃO DO BANCO POR SUPPOSTOS DANOS MORAIS E À REDISTRIBUIÇÃO DA SUCUMBÊNCIA – NEGATIVA QUE ULTRAPASSA O MERO DISSABOR – PRECEDENTES DESTA CORTE – OBRIGAÇÃO DE INDENIZAR OCORRENTE – VALOR INDENIZATÓRIO – RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE – FIXAÇÃO EM R\$ 10.000,00 (DEZ MIL REAIS) – SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA RECHAÇADA EM FACE DA PROCEDÊNCIA INTEGRAL DOS PEDIDOS – RECURSO PROVIDO.

Ultrapassa o mero dissabor e, portanto, configura dano moral a obstacularização, pela instituição financeira, do direito de o consumidor liquidar antecipadamente a dívida decorrente de empréstimo consignado em seu benefício previdenciário, consoante lhe assegura expressamente o artigo 52, § 2º, do Código de Defesa do Consumidor.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2013.042357-6, da Comarca de Blumenau (2ª Vara Cível), em que é apelante Eleci Ester de Souza, e apelado Banco Semear S A:

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

Participaram do julgamento, realizado em 10 de dezembro de 2013, os Excelentíssimos Desembargadores Rejane Andersen (Presidente) e Robson Luz Varella.

Florianópolis, 12 de dezembro de 2013.

Getúlio Corrêa
RELATOR

RELATÓRIO

Cuida-se de apelação cível interposta por Eleci Ester de Souza contra sentença do Juiz de Direito Osmar Tomazoni, da 2ª Vara Cível da Comarca de Blumenau que, em ação cominatória e condenatória por ela movida contra Banco Semear S/A, julgou procedentes, em parte, os pedidos para determinar à instituição financeira que disponibilize o boleto para antecipação do pagamento dos contratos de empréstimos consignados descritos na petição inicial, deixando de condená-la ao aventado dano moral.

Em suas razões recursais (fls. 98-109), a apelante narrou haver contratado com a instituição financeira empréstimos consignados correspondentes aos contratos números 001509495 e 00106391678, os quais estavam sendo adimplidos mediante desconto em sua aposentadoria percebida do INSS.

Relatou que, em janeiro de 2011, procurou o banco para liquidar antecipadamente os empréstimos consignados. Segundo a apelante, foram inúmeras as tentativas posteriores visando à obtenção dos boletos bancários para pagamento antecipado, sem sucesso.

Disse, ademais, que a recusa injustificada da instituição financeira fere a Instrução Normativa n. 28 do INSS, sendo evidente o abalo anímico daí decorrente. Por isso, enfatizou que, diferentemente do que consignou o Magistrado em sua sentença, não se trata de mero aborrecimento cotidiano, mas sim de negligência da instituição financeira que lhe causou angústia, pelo desrespeito à sua condição de consumidora hipossuficiente e aposentada.

Sustentou, de outra parte, que o dano é presumido, pois a apelante necessitava da liberação de novo empréstimo utilizando a sua margem consignável em seu benefício previdenciário e não conseguiu usufruir do serviço por descaso da apelada. Daí requerer a reforma da sentença com vistas à procedência do pleito indenizatório, bem como o pagamento integral das custas processuais e dos honorários advocatícios pelo banco.

Em contrarrazões (fls. 115-122), Banco Semear S/A sustentou a inexistência de dano moral indenizável bem como enfatizou, em caso de reforma da sentença, a necessidade de fixação dos juros de mora e da correção monetária da data do arbitramento (Súmula 362 do STJ).

VOTO

1. De início, cumpre ressaltar a competência das Câmaras de Direito Comercial para julgamento da presente demanda, nos termos de recente decisão do Órgão Especial, em caso análogo ao dos autos, assim ementada:

“CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA INSTAURADO ENTRE CÂMARAS ISOLADAS RESPECTIVAMENTE DE DIREITO CIVIL E DE DIREITO COMERCIAL. DEMANDA ORIGINÁRIA QUE VERSA SOBRE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS DECORRENTE DE CONTRATO DE FINANCIAMENTO FIRMADO COM INSTITUIÇÃO FINANCEIRA. MATÉRIA BANCÁRIA DE ÍNDOLE COMERCIAL. COMPETÊNCIA PARA JULGAMENTO DO ÓRGÃO FRACIONÁRIO SUSCITADO, CÂMARA DE DIREITO COMERCIAL. EXEGESE DO ATO REGIMENTAL N. 57/02-TJ. CONFLITO PROCEDENTE.

‘[...] É das Câmaras de Direito Comercial a competência para processar e julgar os recursos referentes às ações de indenização em que haja necessidade, para a caracterização do ilícito civil, do exame dos contratos bancários firmados entre os litigantes, ainda que o pedido se restrinja ao dano moral puro’ (CC n. 2009.075493-5, de Brusque, Rel. Des. Fernando Carioni, DJe de 27-7-2010).

- Versando a apelação sobre matéria decorrente de contrato de financiamento de natureza bancária, não há como atribuir o seu julgamento à Câmara de Direito Civil, eis que o cerne da questão diz respeito a matéria tipicamente de direito bancário, evidenciando a competência de Câmara de Direito Comercial” (CC n. 2013.044237-0, Des. Gaspar Rubick, j. 18.09.2013).

E do corpo do acórdão, extrai-se:

“[...] é da Câmara de Direito Comercial a competência para conhecer e julgar o presente recurso de apelação, tendo em vista que a demanda envolve discussão decorrente de contrato de empréstimo firmado com instituição financeira que se recusou a fornecer boleto bancário com a discriminação do débito para quitação antecipada da dívida. Assim, na esteira dos atuais julgados do Órgão Especial, a competência para o julgamento desse litígio é de uma das Câmaras de Direito Comercial”.

Como se vê, a decisão do Órgão Especial desta Corte lançou pá de cal acerca da competência das Câmaras de Direito Comercial para julgamento dos recursos envolvendo a matéria sob exame, sendo desarrazoado afrontá-la.

Isto assentado, passa-se à análise do recurso propriamente dito.

2. Pretende a apelante a reforma parcial da sentença ao argumento de que o não fornecimento dos boletos bancários para liquidação antecipada dos contratos de empréstimo consignado teria lhe acarretado abalo anímico, na medida em que ficou impedida de consignar novos empréstimos em seu benefício previdenciário.

Com razão a recorrente.

É certo que, nos termos dos artigos 5º, incisos V e X, da Constituição Federal, e 927 do Código Civil “*aquele que, por ato ilícito, causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo*”.

E, consoante dicção do artigo 186 do Código Civil, comete ato ilícito “*aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito ou causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral*”.

O consumidor, nos termos do artigo 52, § 2º, do Código de Defesa do Consumidor, tem direito a saldar sua dívida antecipadamente, com a redução proporcional dos juros e demais acréscimos. Eis o teor do mencionado dispositivo legal:

“Art. 52. [...]

§ 2º É assegurado ao consumidor a liquidação antecipada do débito, total ou parcialmente, mediante redução proporcional dos juros e demais acréscimos”.

No mesmo norte, o artigo 23, § 1º, da Instrução Normativa n. 28 do INSS/PRES, com a redação dada pela Instrução Normativa n. 37, dispõe:

“Em até cinco dias úteis, a instituição financeira deverá disponibilizar ao beneficiário que solicitar a quitação antecipada do seu contrato, o boleto para pagamento, discriminando o valor total antecipado, o valor do desconto e o valor líquido a pagar, além da planilha demonstrativa do cálculo do saldo devedor”.

Como se vê, o direito do consumidor é assegurado legalmente, cabendo ao fornecedor do serviço dar condições para que o contratante possa pagar antecipadamente o seu financiamento, ou seja, tem o dever legal de emitir o boleto em cinco dias.

3. No caso dos autos, não há dúvidas acerca da violação do direito da consumidora aposentada em face da negligência da instituição financeira.

A autora, em sua petição inicial, asseverou que “*solicitou a instituição demandada os boletos para quitação total dos empréstimos firmados*” (fl. 2), enfatizando que “*passados mais de 6 (seis) meses do primeiro contato com a demandada para envio dos boletos, não pode mais a mesma aguardar, e, por tal motivo, propõe a presente demanda*” (fl. 3).

O fato, nos termos do artigo 302 do Código de Processo Civil, presume-se verdadeiro, porquanto não foi refutado especificamente pelo banco em sua contestação (fls. 42-48), oportunidade na qual se limitou a dizer que a demandante não provou a solicitação administrativa.

Os autos ainda dão conta que foram inúmeras as tentativas ineficazes de receber o boleto para pagamento da instituição financeira, já que necessitava utilizar sua margem consignável do benefício previdenciário

para outros empréstimos – fatos alegados na inicial e igualmente não contestados pelo banco (CPC, art. 302). O banco, por sua vez, somente após ajuizamento da ação (15.07.2011) é que possibilitou a liquidação antecipada dos contratos, juntando os boletos com a contestação (22.08.2011), ainda assim, com prazo exíguo para pagamento (vencimento em 02.09.2011), impossibilitando-o, já que a autora foi intimada para manifestar-se sobre a defesa do banco apenas em 25.10.2011 (fl. 80).

Portanto, é evidente a violação ao direito.

Não se duvida, ademais, que a situação vivenciada pela aposentada, que percebe um benefício previdenciário bruto de R\$ 653,86 (fl. 27) e dele depende para sobreviver, ultrapassou a esfera do mero aborrecimento, na medida em que necessitava fazer outros empréstimos e foi impedida pelo banco réu.

Nesse sentido, em caso análogo ao dos autos, decidiu esta Câmara recentemente:

“APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. SENTENÇA QUE JULGOU PARCIALMENTE PROCEDENTES OS PEDIDOS DA EXORDIAL E CONDENOU AMBAS AS PARTES AO PAGAMENTO DAS CUSTAS PROCESSUAIS DE FORMA PRO RATA. PLEITO INDENIZATÓRIO INDEFERIDO. INSURGÊNCIA DA PARTE AUTORA. ALEGADA OCORRÊNCIA DE DANO MORAL, EM RAZÃO DA NEGATIVA DA INSTITUIÇÃO FINANCEIRA DE EMITIR BOLETO BANCÁRIO PARA QUITAÇÃO ANTECIPADA DOS CONTRATOS DE EMPRÉSTIMO CONSIGNADO. INÉRCIA DA INSTITUIÇÃO FINANCEIRA DIANTE DA SOLICITAÇÃO EFETUADA NA VIA ADMINISTRATIVA. CASO EM QUE OBSTOU A REALIZAÇÃO DE EMPRÉSTIMO MAIS FAVORÁVEL À SITUAÇÃO ECONÔMICA DA AUTORA, A QUAL É APOSENTADA PELA PREVIDÊNCIA SOCIAL - INSS. PLEITO INDENIZATÓRIO PROVIDO. ARBITRAMENTO DO QUANTUM EM R\$ 10.000,00 (DEZ MIL REAIS). ÔNUS SUCUMBENCIAL. SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA

AFASTADA DIANTE DA PROCEDÊNCIA DOS PEDIDOS DA AUTORA. APELANTE QUE REQUER A FIXAÇÃO DA VERBA HONORÁRIA EM 20% SOBRE O VALOR DA CONDENAÇÃO. PONTO PARCIALMENTE PROVIDO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS ARBITRADOS NO MONTANTE DE 15% (QUINZE POR CENTO) SOBRE O VALOR DA CONDENAÇÃO. RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO” (AC n. 2011.098090-8, Des. Rejane Andersen, j. 05.11.2013).

E desta Corte também colhem-se os seguintes julgados:

“APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER C/C INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. SENTENÇA DE PARCIAL PROCEDÊNCIA. INSURGÊNCIA RECURSAL ANTE A IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. CONTRATO DE EMPRÉSTIMO CONSIGNADO. PRETENSÃO DA AUTORA DE PAGAMENTO ANTECIPADO DO SALDO DEVEDOR. INSTITUIÇÃO FINANCEIRA QUE NEGA O FORNECIMENTO DO BOLETO PARA QUITAÇÃO E IMPÕE OBSTÁCULOS AO EXERCÍCIO DO DIREITO DA AUTORA, PESSOA IDOSA. CONDUITA ABUSIVA E MANIFESTAMENTE ILEGAL DA RÉ, QUE AFRONTA O DISPOSTO NO ARTIGO 23, § 1º, DA INSTRUÇÃO NORMATIVA N. 28/2008, DO INSTITUTO NACIONAL DE SEGURO SOCIAL - INSS, A LEI 10.741/2003 (ESTATUTO DO IDOSO) E O CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. CONDUITA DA INSTITUIÇÃO FINANCEIRA QUE EXTRAPOLA OS LIMITES DO RAZOÁVEL E NO CASO CONCRETO AUTORIZA SUA RESPONSABILIZAÇÃO CIVIL. CONDENAÇÃO DO DEMANDADO AO PAGAMENTO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. REFORMA DA DECISÃO QUE OCASIONA A SUCUMBÊNCIA TOTAL DA PARTE DEMANDADA. ÔNUS SUCUMBENCIAL QUE DEVE SER TOTALMENTE ARCADO PELA INSTITUIÇÃO FINANCEIRA. FIXAÇÃO DO HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS EM 20% DO VALOR DA CONDENAÇÃO. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO” (AC n. 2013.057629-3, Des. Soraya Nunes Lins, j. 21.11.2013).

“APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO COMINATÓRIA C/C INDENIZAÇÃO

POR DANOS MORAIS. MAGISTRADA QUE JULGOU PROCEDENTES EM PARTE OS PLEITOS DA EXORDIAL, DENEGANDO O PEDIDO DA INDENIZAÇÃO. DANOS MORAIS. INÉRCIA DO RÉU EM FORNECER BOLETO PARA A QUITAÇÃO DO EMPRÉSTIMO. CONDUTA DESIDIOSA DA INSTITUIÇÃO FINANCEIRA QUE COMPELE PESSOA IDOSA A INGRESSAR NA JUSTIÇA PARA CONSEGUIR ADIMPLIR ANTECIPADAMENTE O MÚTUO OBTIDO JUNTO AO DEMANDADO. NUANÇAS DO CASO CONCRETO QUE REVELAM DE FORMA INESCONDÍVEL O ABALO À IMAGEM DO AUTOR. ATO ILÍCITO CONFIGURADO. PROTEÇÃO À HONRA E IMAGEM DAS PESSOAS COM DIREITO À INDENIZAÇÃO POR SUA VIOLAÇÃO. ART. 5º, INCISO X, DA 'CARTA DA PRIMAVERA'. DEVER DE REPARAÇÃO DO DANO. APLICAÇÃO DOS ARTS. 186 E 927, AMBOS DO CÓDIGO CIVIL. REFORMA IMPERATIVA DA SENTENÇA. '[...] Instituição financeira que trata consumidor idoso com negligência, não atendendo a pedido administrativo, obrigando-o a buscar amparo jurisdicional, responde pelo dano moral decorrente de sua desídia.' (Apelação Cível n. 2011.095314-5, Rel. Des. José Inácio Schaefer, j. 28-2-12). ARBITRAMENTO DO QUANTUM INDENITÁRIO. MONTANTE QUE DEVE POSSUIR CARÁTER REPRESSIVO E EDUCATIVO. IMPERATIVA OBSERVÂNCIA À CAPACIDADE FINANCEIRA DA PARTE LESIONADA E DAQUELA QUE TEM O DEVER DE REPARAR O DANO. CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO CONCRETO QUE IMPÕEM A FIXAÇÃO DO VALOR EM R\$ 12.000,00 (DOZE MIL REAIS), ADITADO DE CORREÇÃO MONETÁRIA A PARTIR DESTA JULGAMENTO E JUROS DE MORA DE 12% AO ANO DESDE O EVENTO DANOSO. EXEGESE DAS SÚMULAS 54 E 362, AMBAS DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. ÔNUS DE SUCUMBÊNCIA. AUTOR QUE LOGROU ÊXITO NA INTEGRALIDADE DOS PEDIDOS DEDUZIDOS NA INICIAL. DEVER DO BANCO DE ARCAR COM AS DESPESAS PROCESSUAIS E HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS, NA FORMA DO ART. 20 DO CÓDIGO BUZAID. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. AÇÃO DE CUNHO CONDENATÓRIO. ARBITRAMENTO QUE DEVE SE DAR DE ACORDO COM O § 3º DO ART. 20 DO CÓDIGO BUZAID. REBELDIA PROVIDA" (AC n. 2013.027134-8, Des. José Carlos Carstens Köhler, j. 21.05.2013).

Configurado, pois, o dever de indenizar, resta fixar o valor da indenização.

4. É cediço que não existem parâmetros legais para a quantificação do abalo anímico.

Diante disso, doutrina e jurisprudência enfatizam a necessidade de se observar, para o arbitramento, as peculiaridades do caso concreto, considerando-se, especialmente, a gravidade do ato ilícito, a dimensão do dano sofrido pela vítima, como também as condições financeiras de cada parte, porquanto a indenização deve não só compensar o lesado, mas também evitar a recidiva do lesante.

Em caso idêntico ao dos autos, como se verificou alhures, esta Câmara entendeu que a indenização de R\$ 10.000,00 (dez mil reais) era razoável e proporcional à lesão sofrida pela aposentada, razão por que fixo o montante indenizatório no mesmo patamar, por entender, igualmente neste caso, que a quantia é condizente com a lesão sofrida pela consumidora, penalizando a instituição financeira de forma a não recidivar.

O valor deve ser acrescido de correção monetária, contada do arbitramento (STJ, Súmula 326), e juros moratórios, a partir do evento danoso, por se tratar de dano de natureza extracontratual (STJ, Súmula 54).

Finalmente, adotando os critérios estabelecidos no artigo 20, § 4º, do Código de Processo Civil, fixa-se os honorários advocatícios em 15% do valor condenatório, por entender que a lide sob exame é de simples resolução e não exigiu dos procuradores da autora a criação de teses precursoras. A demanda, ademais, foi julgada antecipadamente, limitando-se os patronos da autora à confecção da petição inicial, da réplica à contestação e do recurso.

5. À vista de todo o exposto, o voto é pelo conhecimento e provimento do apelo de Eleci Ester de Souza, com vistas à reforma parcial da sentença para condenar o Banco Semear S/A ao pagamento de danos morais à autora no importe de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), corrigidos desta data e acrescidos de juros de mora desde o evento danoso, bem como das custas processuais e dos honorários advocatícios, estes arbitrados em 15% sobre o valor devidamente atualizado da condenação.

TERCEIRA CÂMARA DE DIREITO COMERCIAL

AGRAVO DE INSTRUMENTO

Agravo de Instrumento n. 2010.036442-4, de Blumenau

Relator: Desembargador Tulio Pinheiro

AGRAVO DE INSTRUMENTO. NOTA PROMISSÓRIA ORIGINADA DE CONTRATO DE CONTRATO DE COMPRA E VENDA COM RESERVA DE DOMÍNIO. EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL. RECURSO DA PARTE EXEQUENTE CONTRA DECISÃO QUE REJEITOU O PEDIDO DE INCLUSÃO DA ESPOSA DO AVALISTA NO POLO PASSIVO DA DEMANDA. ALEGAÇÃO DE QUE A ASSINATURA DO CASAL NA CÁRTULA EVIDENCIA A PRESTAÇÃO CONJUNTA DO AVAL. INSUBSISTÊNCIA. CIRCUNSTÂNCIAS DA NOTA PROMISSÓRIA QUE DEMONSTRAM SER A ASSINATURA DO CÔNJUGE DO GARANTIDOR EFETUADA PARA O FIM, UNICAMENTE, DE CUMPRIR A EXIGÊNCIA CONTIDA NO ART. 1.647, INC. III, DO CÓDIGO CIVIL (OUTORGA UXÓRIA). DECISÃO MANTIDA. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento n. 2010.036442-4, da Comarca de Blumenau (2ª Vara Cível), em que é agravante ABS Assessoria e Marketing Ltda. e são agravados Alberto Cabrini e Dante Cabrini Neto:

A Terceira Câmara de Direito Comercial decidiu, por unanimidade, conhecer do recurso e negar-lhe provimento. Custas legais.

Participaram do julgamento, realizado nesta data, os Exmos. Srs. Des. Paulo Roberto Camargo Costa (Presidente) e Des. Ronaldo Moritz Martins da Silva.

Florianópolis, 22 de agosto de 2013.

Tulio Pinheiro
RELATOR

RELATÓRIO

Trata-se de agravo de instrumento interposto por ABS Assessoria e Marketing Ltda. contra decisão proferida pelo MM. Juiz de Direito da 2ª Vara Cível da Comarca de Blumenau, que indeferiu o pedido formulado pela empresa exequente de inclusão do cônjuge do avalista no polo passivo da demanda, sob o fundamento de que este firmou a nota promissória em execução tão somente na qualidade de esposa do garantidor (Autos n. 008.04.016515-6, fl. 7).

A parte agravante requereu, em síntese, a cassação do decisum. Sustentou, para tanto, que não se trata de outorga uxória apenas, mas sim de prestação conjunta do aval, porquanto não há qualquer dúvida de que a esposa, juntamente com o marido, já incluído na ação, assinou o título em execução na condição de avalista, de modo que deve também ser executada. Por fim, requereu a concessão de efeito suspensivo ao recurso (fls. 2/6).

Instruiu a peça de irresignação com os documentos essenciais à admissibilidade, tal como reza o art. 525 do Código de Processo Civil (fls. 7/10 e volume anexo).

Às fls. 12/14, o Exmo. Des. Carlos Alberto Civinski, ao receber o feito mediante distribuição à Câmara Civil Especial, indeferiu o pedido de efeito suspensivo.

Este é o relatório.

VOTO

O recurso, adianta-se, não merece provimento.

Consta dos autos que ABS Assessoria e Marketing Ltda. ajuizou ação de apreensão e depósito em face de Alberto Cabrini, depois convertida em execução de título extrajudicial, requerendo a satisfação de crédito proveniente de nota promissória em que o executado se comprometeu a efetuar o pagamento de R\$ 5.310,30 (Autos n. 008.04.016515-6).

Durante o trâmite do feito, requereu a inclusão do avalista do contrato de compra e venda com reserva de domínio e da respectiva nota promissória, Dante Cabrini Neto, no polo passivo da execução (fls. 125 e 126 do volume anexo), o que restou deferido pelo juiz (fl. 130).

Na sequência, dada a insistência dos executados em não efetuar o pagamento da dívida em execução, houve a penhora de três mil pés de eucalipto, avaliados em R\$ 7.000,00 (fl. 150 do caderno apenso), tendo o magistrado então, após manifestação do exequente pela preferência à penhora em dinheiro (fl. 157 do procedimento executório), ordenado a constrição, via sistema Bacen-Jud, de eventuais valores existentes nas contas dos réus (fl. 159).

Inexitosa a medida de bloqueio eletrônico (fl. 163 do processo de execução), a parte exequente veio aos autos requerer a inserção de Estefania Cabrini, cônjuge do avalista, como ré da ação expropriatória. De posse dos autos, o togado indeferiu o pedido, sob o fundamento de que esta firmou a nota promissória em execução tão somente na qualidade de esposa do garantidor.

Irresignada, sustenta a agravante, no presente inconformismo, que não se trata de outorga uxória apenas, mas sim de prestação conjunta do aval, porquanto não há qualquer dúvida de que o marido, já incluído na ação, e sua esposa assinaram o título em execução na condição de avalistas e, assim, coobrigados pela dívida.

Todavia, verifica-se dos autos que a firma de Estefania Cabrini no título extrajudicial se deu, unicamente, para cumprir a exigência contida no art. 1.647, inc. III, do Código Civil, segundo o qual nenhum dos cônjuges pode, sem autorização do outro, exceto no regime da separação absoluta, prestar fiança ou aval.

Explica Nelson Nery Júnior que “para ser válido, o aval dado por pessoa casada – salvo se no regime de separação absoluta (convencional) de bens – tem de vir acompanhado da autorização do outro cônjuge (...). Prestado o aval sem a observância desse requisito (autorização conjugal), o aval é anulável” (Código civil comentado, 6ª ed., São Paulo: RT, 2008, págs. 1090/1091).

Ainda que a jurisprudência venha relativizando os efeitos do dispositivo supra, ao concluir que o “*O aval não pode ser anulado por falta de vênua conjugal, de modo que o inc. III do art. 1647 apenas caracteriza a inoponibilidade do título ao cônjuge que não assentiu*” (*Enunciado 114, Jornada I, do Superior Tribunal de Justiça*).” (Agravo de Instrumento n. 2008.043814-8, rel. Des. Jorge Schaefer Martins, j. em 24.8.2009) (confira-se também: Apelação Cível n. 2011.034010-4, rel. Des. José Carlos Carstens Köhler, j. em 23.8.2011; Apelação Cível n. 2010.038752-5, rel. Des. Altamiro de Oliveira, j. em 31.7.2012; Apelação Cível n. 2011.028053-0, rel. Des. José Inácio Schaefer, j. em 8.11.2011), é certo que o dispositivo não teve sua utilidade arredada nos casos em que se busque, por meio da outorga uxória, alcançar os direitos patrimoniais relativos à meação do cônjuge que não se obrigou como garante.

E, na hipótese, nota-se que tanto o título em execução como o contrato que lhe deu origem deixam claro que o real objetivo da assinatura da esposa do avalista em tais documentos era a outorga uxória na negociação em que participava seu marido, senão vejamos: a) a firma se deu depois da de seu esposo; b) sob a assinatura dela há a rubrica de “avalista”, mas com a ressalva, entre parênteses, de ser ela cônjuge do garantidor – especificação que não seria necessária caso ambos fossem avalistas; e c) não consta o número de seu cadastro de pessoa física, diferente do que se extrai dos dados preenchidos de seu esposo.

Outrossim, é bom que se diga que causa estranheza o fato de a parte recorrente somente ter requerido a inclusão da esposa do avalista como ré depois não obter sucesso na satisfação de seu crédito. Ora, passaram-se mais de três anos entre a data em que a devedora requereu a inserção do avalista Dante Cabrini Neto no polo passivo da execução – ao ensejo do pedido de conversão da ação de apreensão e depósito em execução – e o dia do pedido para incluir Estefania Cabrini.

Não fosse isso, importante frisar que “havendo dúvida no caso concreto, aplica-se o artigo 114 do Código Civil: trata-se de ato benéfico e, portanto, demanda interpretação restritiva. Assim, a assinatura que é posta depois ou em baixo, por sua localização, deve ser interpretada como mera autorização e não como outro aval: pressupõe-se que a primeira ou a superior seja representativa do aval, e a segunda ou a inferior representativa da autorização” (MAMEDE, Gladson. Títulos de crédito, 6ª ed., São Paulo: Atlas, 2011, pág. 103).

Nessa medida, mantém-se a decisão agravada pelos próprios e jurídicos fundamentos.

Este é o voto.

APELAÇÃO CÍVEL

Apelação Cível n. 2010.050960-2, de Itajaí

Relator: Des. Ronaldo Moritz Martins da Silva

Apelação cível. Ação de indenização. Transporte marítimo (unimodal). Cobrança de despesas decorrentes de frete, armazenagem e sobre-estadia de contêiner (demurrage). Prescrição ânua reconhecida no Juízo a quo. Aplicação, por analogia, do artigo 8º do Decreto-lei n. 116/1967 e do artigo 22 da Lei n. 9.611/1998. Extinção do processo, com resolução do mérito (artigo 269, IV, do CPC). Insurgência da autora (transportadora). Artigo 449, 3, do Código Comercial, que disciplinava a matéria, revogado pelo novo Código Civil. Inexistência de norma atual específica tratando do tema. Inviabilidade, no entanto, de aplicação das aludidas legislações, que versam, respectivamente, sobre extravio, avarias ou danos à mercadoria, e sobre transporte multimodal de cargas. Regras de prescrição que não comportam interpretação extensiva ou analógica. Observância do lapso decenal inserto no artigo 205 do CC/2002. Precedentes recentes do Superior Tribunal de Justiça e de outras Cortes. Prejudicial de mérito afastada. Apelo acolhido, para desconstituir a sentença. Impossibilidade de pronto julgamento por este Pretório, nos termos do artigo 515, § 1º, do CPC. Preliminar de ilegitimidade passiva suscitada no 1º grau e não analisada. Possível supressão de instância. Causa, ademais, não manifestamente aprimorada. Razões de ordem prática, aliadas às jurídicas, que recomendam o retorno do processo à origem.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2010.050960-2, da comarca de Itajaí (3ª Vara Cível), em que é apelante Amtrans Logística e Transportes Internacionais Ltda., e apelado Granimex Comercio Exterior Ltda:

A Terceira Câmara de Direito Comercial decidiu, à unanimidade, conhecer e acolher o reclamo, para desconstituir a sentença, determinando-se o retorno dos autos à origem, nos termos do voto do relator. Custas legais.

O julgamento, realizado nesta data, foi presidido pelo Excelentíssimo Senhor Desembargador Paulo Roberto Camargo Costa, com voto, e dele participou o Excelentíssimo Senhor Desembargador Tulio Pinheiro.

Florianópolis, 1º de agosto de 2013.

Ronaldo Moritz Martins da Silva
RELATOR

RELATÓRIO

Perante o Juízo de Direito da 3ª Vara Cível comarca de Itajaí, Amtrans Logística e Transportes Internacionais Ltda. propôs “ação indenizatória” (processo n. 033.07.000321-4) em face de Granimex Comércio Exterior Ltda., visando a cobrança de despesas oriundas do contrato de transporte marítimo celebrado entre as partes (fls. 02/12).

Citada (fls. 123/124), a requerida contestou (fls. 134/146), arguindo, em preliminar, a sua ilegitimidade passiva ad causam. Suscitou, ainda, em prejudicial de mérito, a prescrição.

No tocante à matéria de fundo, opôs resistência à pretensão da autora.

O MM. Juiz de Direito, Dr. José Agenor de Aragão, prolatou a sentença de fls. 159/164, cujo dispositivo foi assim redigido:

Ante o exposto, Declaro prescrita a pretensão da Requerente em receber os valores descritos na exordial. Em consequência, Julgo Extinta a Ação Indenizatória, autuada sob o n. 033.07.000321-4, intentada por Amtrans Logística e Transportes Internacionais Ltda, neste ato representando Barwil Dubai,

contra Granimex Comercio Exterior Ltda, com arrimo no artigo 269, IV, do Código de Processo Civil.

Condeno a parte requerente ao pagamento das despesas processuais e honorários advocatícios da parte adversa, estes fixados, nos termos do art. 20, 4 do CPC, em R\$ 3.000,00 (três mil reais). P.R.I.

Inconformada, a requerente apelou (fls. 168/181), alegando, em síntese, que 1) o novo Código Civil revogou expressamente a primeira parte do Código Comercial e com ela o artigo 449, o qual fundamentava o prazo prescricional de um ano; 2) violado o direito, nos termos do art. 189 do Código Civil, nasce para o titular a pretensão de reparação civil, a qual, segundo defendem os operadores do Direito Marítimo, prescreve em 3 anos, nos termos do artigo 206, § 3º, V, em 5 anos, de acordo com o § 5º, I, ou em 10 anos, em conformidade com o artigo 205, *caput*, todos do Código Civil; 3) “inobstante as duas correntes anteriores sejam bastante defensáveis, merecendo homenagens, os artigos que as sustentam não tratam especificamente de dívidas de sobreestadias [...]” (fl. 175); 4) a prescrição estabelecida no artigo 8º, do Decreto-lei n. 116/1967 versa de reclamação quanto a danos na carga transportada, não sendo o caso dos autos; 5) não deve ser aplicado, igualmente, o artigo 22 da Lei n. 9.611/1998, sendo cabível o prazo geral decenal inserto no artigo 205 do diploma civilista; 6) a apelada, ademais, em nenhum momento trouxe fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito alegada na exordial, o que impõe o acolhimento do pedido de indenização.

Intimada (fl. 186), a recorrido apresentou contrarrazões (fls. 188/191).

VOTO

O recurso é tempestivo (fls. 166 e 168) e o preparo foi devidamente recolhido (fl. 182).

Na inicial, aduziu a autora ter sido contratada pela ré para trazer de Doha (Qatar) um contêiner (PONU7931058) carregado de pneus para o porto do Rio de Janeiro, através do navio Mv Al Dhakhira.

Afirmou a postulante (transportadora) que, apesar de o contêiner ter sido devidamente entregue dentro do prazo e condições ajustadas, todas as despesas oriundas do contrato de transporte marítimo restaram inadimplidas pela requerida (comerciante/consignatária), inclusive com retenção das unidades de carga junto a Receita Federal do Brasil.

Postulou a condenação da demandada ao pagamento das despesas com *demurrage*, armazenagem e frete, no valor de R\$ 30.952,59.

Inicialmente, salienta-se que *demurrage*, ou sobre-estadia, é a expressão consagrada no ramo de comércio internacional que, nos dizeres de Carla Adriana Comitre Gilberton, significa “*a indenização paga pelo afretador num fretamento por viagem, pelo tempo de estadias nas operações de carga e descarga de um navio, conforme estipulado na carta-partida*” (in Teoria e Prática do Direito Marítimo, 2ª. ed. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2005, p. 196). Representa o atraso na entrega do navio pelo afretador ao seu armador-fretador, surgindo o dever de compensar por cada dia suplementar.

Tal denominação foi repassada para os contêineres, pois se firmou o entendimento de que a unidade de carga representava um equipamento acessório do veículo transportador, incorporando-se a referida penalização para o atraso na devolução da unidade de carga após o prazo de franquia (free time) contratado entre as partes.

O magistrado a quo, ao analisar o feito, reconheceu a prescrição anual, em decorrência da aplicação análoga dos artigos 8º do Decreto-lei n. 116/1967 e 22 da Lei n. 9.611/1998, e extinguiu o processo, com resolução de mérito, nos termos do artigo 269, inciso IV, do Código de Processo Civil.

Antes da entrada em vigor do Código Civil de 2002, havia um certo consenso quanto à matéria, tendo em vista que o artigo 449, inciso 3, do Código Comercial de 1850, previa o prazo de 1 ano para prescrição da pretensão do direito de cobrança de sobre-estadia e demais despesas de contêineres oriundas das operações de transporte de mercadoria por via d'água nos portos brasileiros.

Prevvia o artigo 449, 3, do antigo Código Comercial:

Art. 449. Prescrevem igualmente no fim de 1 (um) ano:

[...]

3 – As ações de frete e primagem, estadias e sobreestadias, e as de avaria simples, a contar do dia da entrega da carga.

No entanto, houve expressa revogação, pelo artigo 2.045 do CC/2002, da primeira parte do Código Comercial (artigos 1º a 456). Com isso, muitos pesquisadores do direito, principalmente os que militam na seara maritimista, passaram a debater a respeito dos demais prazos prescricionais insertos no novo Código Civil, já que inexistente regra específica sobre a matéria.

Alguns passaram a defender a aplicação do lapso trienal, estabelecido no artigo 206, § 3º, V, por entender que a natureza jurídica da sobre-estadia de transporte marítimo equipara-se à pretensão de reparação civil decorrente de ato ilícito.

Recente julgado prolatado pela Primeira Câmara de Direito Comercial desta Corte acolheu esse entendimento (AC n. 2012.075650-6). No entanto, data maxima venia, esta Câmara não adota a aludida orientação, por entender que o caso *sub judice* não se refere à pretensão de reparação civil por ato ilícito e sim por descumprimento contratual.

Outros se filiaram ao prazo quinquenal, previsto no artigo 206, § 5º, I, ao argumento de que o Termo de Responsabilidade de Devolução de Contêiner, acompanhado da fatura de sobre-estadia emitida pelo transportador, constitui dívida líquida e certa constante de instrumento particular.

Esse argumento não se afigura o mais adequado, tendo em vista que a verificação da liquidez se submeteria à exame de condição.

Também, *concessa venia*, não é o caso de incidência do lapso prescricional de 1 ano previsto no artigo 8º do Decreto-lei n. 116/1967, porquanto referido dispositivo refere-se exclusivamente às “ações por extravio de carga, bem como as ações por falta de conteúdo, diminuição, perdas e avarias ou danos à carga”.

Igualmente não se emprega a Lei n. 9.611/1998, tendo em vista trata de transporte multimodal, que, segundo definição inserta no próprio artigo 2º, é o que, embora regido por um único contrato, “utiliza duas ou mais modalidades de transporte, desde a origem até o destino”.

O contrato em análise, como no caso dos autos, versa apenas sobre a modalidade de transporte marítimo (unimodal).

As regras de prescrição, justamente por implicarem restrições ao exercício de direitos, não comportam aplicação por analogia, devendo ser interpretadas com exatidão.

Sobre o assunto, preleciona Yussef Said Cahali:

Em razão de sua natureza, as regras jurídicas sobre a prescrição devem ser interpretadas estritamente, repelindo a própria interpretação extensiva ou analógica.

Conforme advertência de Washington de Barros Monteiro, *‘na matéria em exame as disposições são sempre de aplicação estrita, não comportando interpretação extensiva, nem analógica; a interpretação será sempre restritiva (RT 145/71, 178/220). Na dúvida, deve-se julgar contra a prescrição, meio antipático de extinguir-se a obrigação (RT 144/534) (in Prescrição e decadência. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 19/20).*

Na mesma direção, é a orientação do Superior Tribunal de Justiça:

DIREITO CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE CONHECIMENTO. SEGURO. INDENIZAÇÃO. SUSPENSÃO. SÚMULA N. 229 DO STJ. INTERPRETAÇÃO EXTENSIVA. IMPOSSIBILIDADE. REGRA DE HERMENÊUTICA.

[...] Segundo regra básica de hermenêutica jurídica, não se pode dar interpretação extensiva em matéria de prescrição, visto significar perda do direito de ação por decurso de prazo, ou seja, restrição de direito de quem o tem.

As disposições alusivas à perda de direito pela prescrição ou decadência devem ser interpretadas restritivamente, não comportando interpretação extensiva, nem analógica.

Recurso Especial não conhecido. (in Resp 799.744/DF, rel. Min. Nancy Andrighi, Terceira Turma, j. 25.09.2006).

Portanto, à falta de norma atual específica versando sobre o tema, afigura-se mais justa a adoção do preceito geral do artigo 205 do Código Civil atual, o qual dispõe que *“a prescrição ocorre em dez anos, quando a lei não haja fixado prazo menor”*.

Essa tem sido a posição adotada pelos Tribunais em recentes julgados:

1) TJRS, Apelação Cível n. 70048995567, de Farroupilha, rel. Des. Antônio Maria Rodrigues de Freitas Iserhard, Décima Primeira Câmara Cível, j. 12.06.2013:

APELAÇÃO CÍVEL. TRANSPORTE. SOBRE-ESTADIA. DEMURRAGE. Prescrição não verificada, considerando que deve ser aplicado o prazo do artigo 205 do Código Civil, por não haver prazo menor fixado em lei. Hipótese em que a demandada deveria ter providenciado a devolução dos containers dentro do prazo estabelecido, incidindo, assim, a tarifa de sobreestadia dos containers - demurrage. Não comprovada a alegação de free time de 20 dias, porque o documento que a prevê não se refere à autora. Por outro lado, provado que a ré tinha ciência da incidência da demurrage e da sua tarifa. As despesas de tradução devem ser suportadas pela ré pois, sendo sucumbente, é de sua responsabilidade arcar com tal pagamento, nos termos do artigo 20, *caput* e § 1º do Código de Processo Civil.

AGRAVO RETIDO E APELO DESPROVIDOS. UNÂNIME.

2) TJSP, Apelação Cível n. 9207341-28.2009.8.26.0000, de Santos, rel. Des. Marino Neto, Décima Primeira Câmara de Direito Privado, j. 31.01.2013:

AÇÃO DE COBRANÇA - SOBREESTADIA DE CONTÊINERES - SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA – APELAÇÃO.

- Prescrição - A pretensão de cobrança de sobreestadia de contêiner prescreve em 10 (dez) anos, de acordo com o art. 205 do Código Civil, pois o art. 449 do Código Comercial foi revogado pelo novo Código Civil - Prescrição não consumada.

- Possibilidade da cobrança das taxas de sobrestadia - Documentos suficientes para a comprovação das alegações da autora - Crédito que não depende da forma escrita - Legitimidade que decorre dos usos e costumes.

Recurso não provido.

3) TJSC, Apelação Cível n. 2012.049303-7, de Itajaí, rel. Des. Ricardo Fontes, Primeira Câmara de Direito Comercial, j. 16.08.2012 <http://app.tjsc.jus.br/jurisprudencia/avancada.jsp>:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE COBRANÇA. VALORES DECORRENTES DE SOBRE-ESTADIA DE CONTÊINER (DEMURRAGE). PRESCRIÇÃO DECENAL. OBSERVÂNCIA AO ART. 205 DO CC. ART. 449, INC. 3, DO CÓDIGO COMERCIAL REVOGADO. INVIABILIDADE DE APLICAÇÃO DO ART. 22 DA LEI N. 9.611/1998. NORMA DE TRANSPORTE MULTIMODAL QUE NÃO SE COADUNA À AVENÇA DISCUTIDA NOS AUTOS. PRESTAÇÃO DE TRANSPORTE MARÍTIMO. [...].

“[...] 2 As ações de cobrança relativas à sobrestadia de contêiner (demurrage) estão sujeitas à prescrição decenal, prevista no art. 205, do CC/2002, visto que lastreadas em direito pessoal e ausente fixação de prazo prescricional específico. O novo Código Civil revogou a primeira parte do Código Comercial, no qual se achava o artigo 449, III, que previa a prescrição de 1 (um) ano para as ações de cobrança de sobrestadia. Prescrição ânua afastada [...]” (TJSP, Ap. Cív. n. 0041963-39.2009.8.26.0562, de Santos, Rel. Des. Maria Lúcia Pizzotti, DJe de 6-7-2012).

4) TJSP, Apelação Cível n. 0049757-14.2009.8.26.0562, de Santos, rel. Des. Gilberto dos Santos, Décida Primeira Câmara de Direito Privado, j. 03.02.2011:

TRANSPORTE MARÍTIMO. Ação de cobrança. Sobreestadia de containers. Prescrição. Revogação do art. 449 do Código Comercial. Aplicação do prazo de dez anos, nos termos do art. 205 do Código Civil. Recurso provido para afastar a prescrição e julgar a ação procedente.

Ausente regra específica, a ação para a cobrança de sobreestadia está sujeita à regra geral e assim prescreve em dez anos, contados a partir da data de devolução dos containers.

E, em 2010, o Superior Tribunal de Justiça, que ainda não havia se pronunciado a respeito do assunto, existindo apenas precedentes aplicando o artigo 449, inciso 3, do Código Comercial (Resp 176.903/PR, Resp 678.100/SP e AgRg no Agravo de Instrumento 1.315.180/PB), ao julgar o Agravo Regimental n. 1220719/SP, manteve a decisão agravada que se valeu da regra prevista no artigo 205 no CC/2002, afastando a prescrição ânua estabelecida no diploma comercial (rel. Min. Sidnei Beneti, Terceira Turma, j. 19.10.2010).

Assim, *in casu*, a prescrição não se consumou, porque, ainda que não se tenha notícia a respeito da data do desembarque do contêiner e/ou da entrega das mercadorias, vê-se que entre a emissão do “Conhecimento de Embarque”, ocorrida em 10.02.2005 (fls. 27/29), e o ajuizamento da demanda, em 10.01.2007, não transcorreram nem 2 anos.

Por esses motivos, afastada a prescrição, acolhe-se o apelo da requerente.

No entanto, observa-se dos autos que o togado de 1º grau, ao acatar a prejudicial de mérito, não analisou a preliminar de ilegitimidade passiva suscitada pela requerida em sua contestação (fls. 136/139).

O feito, assim, não se encontra saneado e pronto para enfrentamento da matéria de fundo. Ademais, o exame de tal prefacial por esta Corte, com eventual rejeição, acarretaria supressão de instância.

Além disso, ao que parece, a causa não está, em princípio, completamente aperfeiçoada para a sua composição.

Na inicial, a empresa demandante postulou a “*produção de todos os meios de prova em direito admitidos, especialmente o depoimento pessoal do representante legal da requerida, sob pena de confesso, documentais, periciais e oitiva de testemunhas a serem oportunamente arroladas, as quais deverão ser previamente intimadas para eventual audiência de Instrução e Julgamento a ser designada*” (fl. 12).

A demandada, em contestação, apesar de ter pleiteado o julgamento antecipado da lide, “*por se tratar de matéria de fato e de direito já suficientemente esclarecida*” (item VI - fl. 146), ao rebater os argumentos apresentados na exordial, limitou-se a sustentar a inexistência de prova quanto ao aventado negócio jurídico entabulado, entabulada segunda a autora, entre as partes e a discrepância no tocante ao valor cobrado (R\$ 30.952,59) e eventual pagamento realizado de demais despesas atinentes a outros 2 contêineres que também teriam sido transportados, conforme demonstrado na notificação extrajudicial colacionada pela requerente. Extrai-se de sua defesa:

[...] O que causa estranheza é que nessa notificação juntada na peça vestibular, fls. 84, no parágrafo 3, o valor referido da dívida é de R\$ 162.857,70 (cento e sessenta e dois mil, oitocentos e cinquenta e sete reais e setenta centavos), e o valor da causa desta ação é de R\$ 30.952,59 (trinta mil novecentos e cinquenta e dois reais e cinquenta e nove centavos). Ou seja, fica evidente que alguém efetuou o pagamento no valor de R\$ 131.905,11 (cento e trinta e um mil, novecentos e cinco reais e onze centavos), e não foi a requerida.

Portanto, nítido se torna que não existe relação nenhuma entre as partes, e de que quem arcou com a dívida acima referida, é que constituiu a Autora para que executasse o trabalho da entrega dos 3 containers. (fl. 143).

Sobre o imediato julgamento do mérito pelo Juízo ad quem, nos termos do artigo 515 do Código de Processo Civil, após afastada prescrição inicialmente reconhecida no 1º grau, anota Humberto Theodoro Junior:

Preliminar de prescrição. “Reformando o Tribunal a sentença que acolhera a preliminar de prescrição, não pode o mesmo ingressar no mérito propriamente dito, até porque a causa pode não estar suficientemente debatida e instruída. Prosseguir o julgamento em tais circunstâncias agride a regra *tantum devolutum quantum appellatum*, suprime um grau de jurisdição e torna mais complexa a compreensão do processo como instrumento de acesso à tutela jurisdicional. Razões de ordem prática, aliadas às jurídicas, recomendam o retorno dos autos ao primeiro grau para que nova sentença seja proferida, afastada a preliminar” (STJ, Resp 6.643-SP, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo, Quarta Turma, jul. 11.06.1991; LEXSTJ 30/185).

“Afastada a prescrição declarada pelo Juízo de primeiro grau, não pode o tribunal, entendendo não prescrita a ação, adentrar ao exame dos demais aspectos da causa não apreciados e decididos por aquele Juízo” (STJ, Resp. 11.873-SP, Rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro, Segunda Turma, jul. 07.10.1991; Revista do STJ 26/532). No mesmo sentido: STJ, Resp. 6.163-0, Rel. Min. Milton Luiz Pereira, Primeira Turma, DJ 23.09.1993, p. 16.520. (in Código de processo civil anotado. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2009. p. 490).

Por essas razões, a Câmara decidiu acolher o reclamo, para desconstituir a sentença combatida, determinando-se o retorno dos autos à origem, para o devido prosseguimento do feito.

Esse é o voto.

QUARTA CÂMARA DE DIREITO COMERCIAL

AGRAVO DE INSTRUMENTO

Agravos de Instrumento ns. 2012.071659-5, 2012.071660-5, 2012.072402-8, 2012.073350-8, de Joinville

Relator: Des. Subst. Altamiro de Oliveira

AGRAVOS DE INSTRUMENTO. RECUPERAÇÃO JUDICIAL. INTERLOCUTÓRIA QUE, DIANTE DA DESAPROVAÇÃO DO PLANO DE RECUPERAÇÃO, DECRETA A FALÊNCIA DA RECUPERANDA. INSURGÊNCIA DE CREDORES E DAS RECUPERANDAS.

ALEGAÇÃO DE NULIDADE DO PROCESSO DIANTE DA AUSÊNCIA DE INTIMAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO SOBRE A APRESENTAÇÃO DO QUADRO GERAL DE CREDORES. VÍCIO CONSTATADO, MAS SEM RECONHECIMENTO DA NULIDADE PRETENDIDA DIANTE DA APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO PAS DE NULLITÉ SANS GRIEF. FALTA DE DEMONSTRAÇÃO DO PREJUÍZO, ACRESCIDO DA POSSIBILIDADE DE IMPUGNAÇÃO DO CRÉDITO ATRAVÉS DA AÇÃO PREVISTA NO ARTIGO 19 DA LEI DE RECUPERAÇÃO E FALÊNCIA.

“1. A ausência de intimação do Ministério Público, por si só, não enseja a decretação de nulidade do julgado, a não ser que demonstre o efetivo prejuízo às partes ou para a apuração da verdade substancial da controvérsia jurídica, à luz do princípio pas de nullités sans grief.

2. Até mesmo nas hipóteses em que a intervenção do *Parquet* é obrigatória, seria necessária a demonstração de prejuízo para que se reconheça a nulidade processual.” (Precedentes: REsp 1.010.521/PE, Rel. Min. Sidnei Beneti, Terceira Turma, julgado em 26.10.2010, DJe 9.11.2010; REsp 814.479/

RS, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 2.12.2010, DJe 14.12.2010). Agravo regimental improvido (AgRg nos EDcl no REsp. n. 890641/RJ, rel. Min. Humberto Martins, j. 10-4-2012)

“Garante a lei o exercício pelo administrador judicial, pelo comitê, se houver, por qualquer credor ou pelo representante do Ministério Público, do direito de ação objetivando pedir a exclusão, outra classificação ou a retificação de qualquer crédito, nos casos de descoberta de falsidade, dolo, simulação, fraude, erro essencial ou, ainda, documentos ignorados na época do julgamento do crédito ou da inclusão no quadro-geral de credores, mesmo que transitada em julgado a decisão que o tiver acolhido. Conforme elucidada Nelson Abrão, tem dita ação ‘a conotação de revisional creditícia ou rescisória falencial, fundada exclusivamente em matéria de direito substantivo e não adjetivo’” (Falência e recuperação de empresa: O novo regime da insolvência empresarial. 6. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2012. p. 120).

NULIDADE DO PROCESSO EM FACE DA NÃO INTIMAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO PARA A REALIZAÇÃO DA ASSEMBLEIA-GERAL DE CREDITORES. INTIMAÇÃO NÃO OBRIGATÓRIA. ATUAÇÃO MINIMALISTA PREVISTA NA LEGISLAÇÃO VIGENTE. RAZÃO NÃO ACOLHIDA.

“Também em relação aos processos de recuperação de empresa (judicial e extrajudicial) prevê a nova Lei de Falência uma atuação minimalista do Ministério Público. Estando em jogo interesses privados, não há razões para exigir-se do órgão uma constante intervenção. Na recuperação judicial, o Ministério Público só deve ser chamado a intervir no processo de recuperação de empresa quando expressamente previsto. Os casos em que a lei prevê a participação do Ministério Público na recuperação da empresa nos seguintes casos: a) ele tem legitimidade para impugnar a relação de credores (art. 8º), para pedir a substituição do administrador judicial ou de membro do Comitê (art. 30) e para recorrer da concessão da recuperação judicial (art. 59, § 2º); b) ele deve ser intimado do despacho de processamento da recuperação judicial (art. 52, V), do pedido de homologação de recuperação extrajudicial (art. 163), da sentença concessiva de recuperação judicial (art. 187) e do relatório do administrador judicial que apontar a responsabilidade penal de qualquer dos envolvidos no processo (art. 22, § 4º), bem como ser informado pelo juiz de qualquer indício da prática de crime falimentar (art.

187, § 2º); c) ele deve-se manifestar na prestação de contas do administrador judicial (art. 154); e, d) ele deve, ao ser intimado da sentença de convalidação em falência, propor a ação penal ou requisitar a instauração da inquérito policial, sempre que houver indícios de crime falimentar (art. 187)” (CO-ELHO, Fabio Ulhoa. Comentários à lei de falências e de recuperação de empresas. 7. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2010. p.47).

“A sua atuação, com efeito, far-se-á por intermédio de audiência, iniciativa de determinada procedimento ou pela ciência de certos fatos para proposição de adequadas medidas. Mas a sua atividade deve circunscrever-se às situações que a lei expressamente prevê ou determina, deles não podendo extrapolar, sob pena de impor morosidade indesejável aos autos processuais, desnaturando a essencialidade e a utilidade de sua intervenção” (Falência e recuperação de empresa: O novo regime da insolvência empresarial. 6. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2012. p. 59)

ALEGAÇÃO DE NULIDADE DA ASSEMBLEIA-GERAL DE CREDORES. PEDIDO DE SUSPENSÃO REALIZADO POR CREDOR PARA ANÁLISE DE ALTERAÇÕES AO PLANO DE RECUPERAÇÃO. INDEFERIMENTO DO REQUERIMENTO PELO ADMINISTRADOR JUDICIAL SEM DELIBERAÇÃO NO CONCLAVE. NULIDADE RECONHECIDA. MÁCULA INVENCÍVEL, QUE PRECEDEU O RESULTADO DA ASSEMBLEIA-GERAL DE CREDORES E POR ISSO RETIROU O SUPORTE JURÍDICO DADO PELO JUÍZO A QUO PARA DECRETAR A FALÊNCIA DAS RECUPERANDAS.

RECURSOS CONHECIDOS E PROVIDOS.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravos de Instrumento n. 2012.071659-5, 2012.071660-5, 2012.072402-8, 2012.073350-8, da comarca de Joinville (5ª Vara Cível), em que são agravante Prata Participações e Empreendimentos Ltda, e agravadas Busscar Ônibus S.A. e outras.

A Quarta Câmara de Direito Comercial decidiu, por votação unânime, conhecer dos recursos e dar-lhes provimento para o fim de re-

conhecer a nulidade da Assembléia-Geral de Credores e desconstituir a decisão que decretou a falência das recuperandas. Determina-se o afastamento dos sócios/devedores da administração da empresa, cabendo ao administrador judicial cumprir o artigo 65, §1º da LRF enquanto não deliberada a escolha do gestor judicial (art. 65, *caput*, LRF). Custas legais.

O julgamento, realizando no dia 26 de novembro de 2013, foi presidido pelo Exmo. Sr. Des. Lédio Rosa de Andrade, com voto, e dele participou o Exmo. Sr. Des. Saul Steil.

Florianópolis, 26 de novembro de 2013.

Altamiro de Oliveira
RELATOR

RELATÓRIO

Cuida-se de análise conjunta de quatro agravos de instrumentos interpostos contra decisão interlocutória prolatada pelo Juízo da 5ª Vara Cível da comarca de Joinville, nos autos de Recuperação Judicial cadastrada sob o n. 038.11.046851-9, a qual convolou o pedido de recuperação judicial do Grupo Busscar em falência em face da não aprovação do plano de recuperação proposto.

Para facilitar a análise de cada instrumento, passar-se-á ao relatório individual de cada um

Agravo de Instrumento n. 2012.072402-8

Busscar Ônibus S.A., Busscar Comércio Exterior S.A., Bus Car Investimentos e Empreendimentos Ltda., TSA Tecnologia S.A., Tecno-

fibras HVR Automotiva S.A., Climabuss Ltda., Nienpal Empreendimentos e Participações Ltda., e Lambda Participações e Empreendimentos S.A. interpuseram a insurgência, com pedido de efeito suspensivo, contra a interlocutória citada, que decretou a falência das recuperandas, ora agravantes.

Inconformadas, as recorrentes miram a desconstituição do decisor a quo por entenderem que a votação, que rejeitou o plano de recuperação na Assembleia-Geral de Credores (AGC) do dia 25-9-2012, foi nula, pois o administrador judicial, ao presidir a assembleia, não levou à deliberação dos credores o pedido de suspensão formulado pelo credor BNDES ante as alterações apresentadas naquele ato acerca do plano de recuperação, o que, segundo elas, veio a prejudicar a aprovação do plano, seja porque o BNDES – credor que detém 32,50% dos créditos da classe de credores com garantia real – se absteve de votar, seja porque o plano de recuperação foi rejeitado, apenas, pela maioria dos créditos dessa classe de credores, mas aprovado pelas outras duas (trabalhista e quirografária).

Por outro lado, afirmam que, se mantida a fase de votação, o plano de recuperação deve ser considerado aprovado, ante os seguintes fundamentos: a) que o Magistrado singular não deveria ter convocado a recuperação judicial em falência sem o amadurecimento necessário acerca da votação, como, por exemplo, possibilitar que o BNDES proferisse, posteriormente, seu voto acerca do plano ou permitido que ele, juntamente com os outros dois credores com garantia real (Santander e Berkeley), fossem postos em nova posição de negociação; b) que a não aprovação do plano pela maioria de créditos da classe dos credores de garantia real não deve, por si só, resultar na decretação da falência, mas, sim, ensejar a apresentação de um novo plano para essa classe que o rejeitou; c) que a constatação da viabilidade das atividades das recuperandas deverá ter por base a prospecção global das empresas e a respectiva capacidade de

crescimento, e não se ater simplesmente à análise financeira, como alega que, equivocadamente, fez o Juízo a quo; d) que a análise viabilidade das atividades das recuperandas foi realizada por expert de prestígio mundial (Deloitte) conforme se pode observar pelo estudo que acompanha o plano; e) que, em virtude da aprovação pela maioria dos credores e dos créditos sujeitos à recuperação judicial, o plano de recuperação seja aceito e homologado judicialmente, ou, então, que seja permitido que se continue a negociar com os credores da classe de garantia real, ou, ainda, que se estabeleça outra medida capaz de atingir o objetivo da recuperação e de impedir a falência prematura das recuperandas; e) que dos 5.512 credores da classe trabalhista, 3.488 se fizeram presentes na assembleia e apenas 627 votaram pela rejeição do plano, e, diferentemente do quanto dito na decisão atacada, o plano não apresenta tratamento diferenciado entre esses credores, mas, sim, formas diferenciadas de pagamento de direitos patrimoniais disponíveis, as quais, por terem sido acolhidas pelos trabalhadores, não podem ser alvo de rejeição por parte do Poder Judiciário; f) que, em virtude da aprovação do plano por 60,03% dos credores trabalhistas, de 75,22% dos credores quirografários e por 70,80% dos créditos presentes na assembleia, o plano de recuperação deve prevalecer em observância da finalidade do sistema de dupla maioria previsto no art. 45 da Lei n. 11.101/2005, ou, sucessivamente, que a aprovação se dê em observância do art. 58, § 1º, dessa lei, de modo que a abstenção de voto por parte do credor BNDES seja computada como voto afirmativo à aprovação do plano; ou, ainda, que aprovação se dê em razão da retirada do quorum de deliberação os créditos do BNDES e do credor Santander; g) que a alegação de abuso do poder de voto do Banco Santander não se calca simplesmente na força do valor do crédito desse credor, mas, também, porque contraria a vontade da maioria dos credores da mesma classe (garantia real), os quais, apesar de terem aprovado o plano por maioria de cabeça, foram desprezados em razão do poder decisório e desproporcional do Santander com seus pares.

O Banco Santander interveio nos autos e, na condição de terceiro interessado, apresentou suas razões nas quais defende que o recurso seja conhecido e desprovido (fls. 685-711).

Em admissibilidade, o efeito pretendido foi indeferido (fls. 712-737). O credor BNDES também apresentou petição, por meio do qual noticiou que não recorreu nem recorrerá contra a decisão que convolou a recuperação judicial em falência (fl. 745).

As recuperandas interpuseram recurso especial contra a decisão, proferida em juízo de admissibilidade, que indeferiu a concessão do efeito suspensivo/ativo ao agravo de instrumento (fls. 802-855). Tal recurso não foi admitido pelo 3^a Vice-Presidente deste Tribunal (fls. 858-859), decisão contra a qual também interpuseram agravo (fls. 861-879). O Superior Tribunal de Justiça conheceu do instrumento e negou-lhe provimento, com base no art. 544, § 4^o, inc. II, “a”, do CPC (fls. 919 e 926)

A douta Procuradoria-Geral de Justiça manifestou-se pelo conhecimento e desproimento do reclamo (fls. 897-902). E as partes adversas apresentaram suas contrarrazões (fls. 252-268)

Agravo de Instrumento n. 2012.071660-5

R. R. Fomento Empresarial Ltda interpôs a insurgência, com pedido de efeito suspensivo, contra a interlocutória já citada, que decretou a falência das recuperandas.

Inconformada, a agravante assevera que o administrador judicial, ao presidir a Assembleia-Geral de Credores (AGC), cometeu graves erros – in procedendo –, os quais macularam o resultado dessa assembleia e, por conseguinte, retiraram o suporte jurídico dado pelo Juízo a quo para decretar a falência das recuperandas, razão pela qual essa quebra deve ser extirpada, a fim de que a recuperação judicial restabeleça seu normal prosseguimento, com o resguardo, ainda, do interesse dos credores prejudicados pela AGC.

E para fundamentar tal assertiva, elenca, em suma, como erros, as seguintes atitudes: a) na AGC, o administrador judicial – ao indeferir, por conta própria, o pedido do Banco BNDES para suspender, pelo prazo de 35 dias, a assembleia – contrariou princípios insculpidos na Lei de Recuperação de Empresas, especialmente os constantes no art. 35, inc. I, “f”, c/c arts. 42 e 47, pois a decisão sobre tal pedido incumbia aos credores – atribuição cogente, de ordem pública e exclusiva – uma vez que a suspensão, positiva ou negativamente, afetaria mediata e/ou imediatamente os interesses e direitos deles; b) que em razão disso, o BNDES absteve-se de votar na AGC sobre o plano de recuperação por entender que não tinha condições de examinar as modificações recentes e/ou as havidas naquele momento em que estava acontecendo a assembleia, de modo que o BNDES – credor sério e expressivo, segundo alega – viu-se impedido de exercer o seu direito de voto na AGC; c) que o administrador judicial não levou em consideração que o pedido de suspensão do BNDES tinha em mira a recuperação das atividades das empresas, e não apenas o crédito habilitado dele; d) que o administrador judicial só levou em conta a posição das devedoras quanto ao pedido de suspensão e que não foi consignado na ata da AGC a importante ressalva feita pelo representante das devedoras, qual seja: que estava apenas externando uma posição pessoal sobre o pedido da suspensão – o qual era negativado –, todavia tal questão deveria ser objeto de deliberação dos credores.

Em admissibilidade, o efeito pretendido foi indeferido (fls. 240-247), as partes adversas apresentaram suas contrarrazões (fls. 252-268) e a Procuradoria-Geral de Justiça manifestou-se pelo desprovimento do reclamo (fls. 271-276).

Agravo de Instrumento n. 2012.071659-5

Prata Participações e Empreendimentos Ltda. interpôs sua insurgência, com pedido de efeito suspensivo, contra referida interlocutória, que decretou a falência das então recuperandas.

Inconformada, a agravante assevera que na última Assembleia-Geral de Credores (AGC) as recuperandas apresentaram modificações ao plano de recuperação, especialmente no que se referia aos credores trabalhistas e aos com garantia real com destaque para o Berkley International do Brasil Seguros S.A., o que motivou o credor BNDES requerer a suspensão da reunião, com o fito de promover um melhor estudo sobre as alterações apresentadas.

A par disso, explica que o administrador judicial, na condição de presidente da assembleia, deixou de submeter tal pedido à deliberação dos credores reunidos, e, após manifestação contrária das recuperandas, indeferiu, por si só, o pedido de suspensão realizado pelo Banco BNDES, de modo a subtrair um poder de decisão que competia, apenas, à assembleia-geral de credores.

Dá destaque, também, para o caráter estatal do Banco BNDES, cujo interesse suplanta o simples recebimento de seu crédito, uma vez que sua natureza destina-se ao fomento social, de modo a primar pelo aspecto social da recuperação das empresas devedoras.

Em admissibilidade, o efeito suspensivo pretendido foi indeferido (fls. 230-238), as partes adversas apresentaram suas contrarrazões (fls. 260-277) e a Procuradoria-Geral de Justiça manifestou-se pelo desprovemento do reclamo (fls. 279-285).

Agravo de Instrumento n. 2012.073350-8

Amarildo Chaves Flores, Valdenizia Goulart Leandro, Nelso Claudio Daumam, Amarildo Cindrol, Marcio de Almeida Campos, Eranir Carmina Costa Amaral, Valdecir Silvestre de Bittencurt, Joel Dias da Cunha, Paulo da R. Jeremias, Ladir Rossete, Silvio Pinheiro, Cleomar Sonanb, Osvaldo D. de Jesus Filho, Nadio Luciano de Souza Rosa, Dorivaldo Oliveira, Claudio Roberto Meles, Jerusa Ninhués Ribeiro, Cattia Regina Brachv, Jorge Alano, Sebastião Nunes Prerter, Pedro Alfredo

Goulart, Adair Bonatti, Moacir Paulo Borges, Joriel Maximiano da Rosa, Olimpino Arent, Jorano P. P. Puzi, Everaldo Sacvalagio, Carmem Beukeudoy Felipe, Rafael Gregorio, Valdemar Mazotto, Ademir Richter, Mauri Lana, Josué Bueno de Maia, Aparecida Alves Domingues, Sandro Rogério Prochnow, Fabiano de Souza, Alecio Tomelin, Moises Nascimento, Agostinho Dias, Edgar Ribeiro, Gilmar Fernandes da Silveira, Ilmar Bruner, João C. Madalena, Anildo Madaleno, Fabricio Leonardo Soares, Rinaldo Martins Gouveia, Paulo Roberto Santa Rosa, Edmilson Furlan, Aparecido dos Santos Jesus, Juliano Ronaldo Filho, Gelson João Dana, Antonio Sotoriva, Valmir Soares, Fernando R. Moreira, Ronildo Vogt, Jacimar Cleonar Dias, Arlindo L. Girolla, Rodrigo F. da Silveira, Dikle V. Schneidet, Adilson de Borba, Valdecir Diel Gasperin, Leonri Dollbello, Edimir João Klok, Nei Roberto Meier, Silvano Schatzmann, Carlos Cesar Miguel, Olair Jorge Rodrigues, Harri Stanek, Ema Teixeira, Sonia Vicente, Marcos A. Sellmer, João Francisco Ribeiro, Saulo Rodrigues, Manoel Silveira de Matos, Orlando José Klug, Eder Floriani, Romilda Pietrikoski, Moises Onofre, Moises Onofre Jr., Marciel Osvaldo Carpes, Alfredo Ireno Gonçalves, Edenilson de Oliveira, Maicon Diego Tomelin, Fabiano de Almeida, Alexandre José Fieklen, Silvio Moreira, Mario Cesar Naroes, Carlos Roberto Hardt, José Roberto Joaquim Floriano, Miguel Angelo Rampeloti, Marcio Ritzmann, Andre Itamar Vieira Fabiano Borchardt, Gerson Ednaldo Moreira, Marcelo Zapecini, Leonardo Andrin, Valdecir Ferreira, Marcia Ap. C. dos Santos, Andreia da Rosa, José das Neves Macedo, Thiago Ramires Gomes Baptista, Karin Steffens, Sandra da Silva Wiggers, Eliana Gerker, Ivo Souza Filho, José Carlos dos Santos, Vilmar da Silva, Antonio Leomar dos Santos, Anderson Luiz Hortin, Clésio Costa, Robson Correia, Aldemio Muller, Hodermann João Suave, Fabiano Schramm, Nilço Alcebiodes Borge, Adilson Rogerio de Souza, Ingomar Timm, Osmar A. Kaiser, Carlos Luis Kaiser, Reinaldo Luiz Frizano, Augusto Stuatrinski, Rodolfo P. M. Moraes, Claudemiro de Souza, Zenilda W. B. de Aquino, Aldo Paulinho Fodi, Rodrigo Cesar da

Silva, Zildonei Martins, João Hermogenes Domingos, Jorci Silva, Claudinei Marcao Fodi, Adeniro Kempnor, Wilson Massanobu Inque, Sheila de Souza, Sergio Schmitt Kruwulslei, Rogerio Anselmo Grak, Adilson Mommsen, Valcir Roimondi, Milena de Aguiar Correa Bartel, Claudio Ricardo Strehlow, Ozir Martins, Valdemir Markwarth, Jucimar L. dos Passos, Adilson N. Pereira, Rildo Maciel de Gois, Adael Paulo Borges, Antonio S. Matos, José Carlos Henrique Borba, Raimundo Nilberto Bezema, Marli Helena Petry Vieira, Elenir Wiggers, Maria de Lurdes da Rosa Rodrigues, Cleide Maria Penso, Gilmara Cristina de Oliveira Petry, Claudete de M. Frolich, Dorival Ribeiro, Joel Justino Mello, Sidnei Schuas, Marlene Firmino Campioli, Luciani da Costa, Jaisso Luiz Lopes, Misaél Movak, Luiz Marangoni de Oliveira, Ronaldo Matias, Claudino da Silva, Luis Roberto de Castro, Valmor Gulkert, Rogério Carvalho da Silva, Raul Kielling, Itamar José de Oliveira, Carlos A. Rover, Juliano Henrique Korthen, Alexandre Luís Catafesta, José Kenfnen, Jackson Roberto Steinbacet, Wanderley Pauli, Jairo César Pacheco, Paulo V. da Silva Machado, Elerson Ricardo Neri, Leo Mertens Junior, Moacir Roecker, Maikon Alexander Pereira, Marcos Vinicius de Oliveira, Carlos Alberto de Oliveira, Edenilson Mello de Ávila, Alessandro Neckel, Ivan Ghizzi, Fabio Stefen, Junior André Borges, Robson F. dos Santos, Gelasio Fistarol, Arnaldo Alves dos Santos, Gilberto Hintz, Fernando Wan dersee, Antonio Carlos Hendel, Samara Aparecida Vaz de Paula, Marcelo Tonolli, Ives José Rosa, João Maria da Silva, Ederson T. Nardino, Sidnei Luiz Cubas, Alex Lemes dos Santos, Itamar Anacleto, Cintia Terezinha Lorenzi Oelke, Valdeci Molinari, Mario Adolar Reimer, Cesar Luiz da Silva, Leandro Dening Michels, Fernando José Vieira, Morgana Minatti, Josefa Anágliã da Silva Araújo, Eli Corrêa Soares, Pedro Medeiros, Antonio Carlos Scheller, Paulo de Souza Forlan, Denise Aparecida Carvalho Kohlbeck, Emanuel Amorin, Tiago Vieira, Jerusa Niehus Ribeiro, Cátia Regina Brach, Moacir Paulo Borges, Joriel Maximiano da Rosa, Nelso Claudio Doumane, Amarildo Cidrol, Marcio de Almeida Campos, Eranir

Coaniva Costa Amaral, Valdecir Silvestre de Bittencourt, Joel Dias da Cunha, Paulo da Rosa Geremias, Ladir Rossetti, Silvio Pinheiro, Osvaldo D. D. Jesus Alto, Marcio Luciano de Souza Rosa, Dorivaldo Oliveira, Claudio Roberto Mels, Cleomar Soramim, Pedro Alfredo Goulart, Adair Bonatti, Jorge Alamo, Sebastião Nunes Prestes, Olimpio Arento, interuseram seu reclamo, também com pedido de efeito suspensivo, contra a mesma decisão.

Inconformados, os agravantes suscitam as seguintes nulidades: a) que a ausência de intimação pessoal do Ministério Público para se manifestar acerca da relação de credores referida no § 2º do art. 7º da Lei n. 11.101/2005 – como determina o art. 8º do mesmo diploma legal – gerou enorme prejuízo aos trabalhadores, pois o Banco Santander teve poder de voto na classe do seu crédito (garantia real) por valor superior ao valor do bem dado em garantia, em contrariedade ao art. 41, § 2º, da atual Lei de Quebras. Defendem, ainda, que a atuação do Ministério Público não deve ficar adstrita às situações expressamente mencionadas na lei, devendo ser intimado a cada decisão judicial, sob pena de nulidade; b) que o pedido de suspensão da assembleia, feito pelo Banco Nacional do Desenvolvimento – BNDES, deveria ter sido posto para deliberação dos credores reunidos e não ter sido decidido, de plano, pelo administrador judicial; c) que a decisão do administrador judicial de não a suspender fez com que o citado banco se abstinhasse de votar e esta abstenção foi computada como voto “não” na interlocutória atacada, quando deveria ter sido considerado como voto “sim”. Nessa linha, também aventam que o voto do credor que, presente na assembleia, deixa de votar não deve ser considerado para o quorum de deliberação, devendo ser computado como voto em branco, em analogia ao artigo 129 da Lei das Sociedades Anônimas.

Por fim, esclarecem que as ponderações feitas pelo Magistrado a quo a respeito dos trabalhadores deve ser desconsiderada, pois a decretação da falência não lhes é favorável.

Em admissibilidade, o efeito pretendido foi indeferido (fls. 976-991), a parte adversa apresentou suas contrarrazões (fls. 1.014-1.028) e a Procuradoria Geral de Justiça manifestou-se pelo reconhecimento da nulidade dos atos posteriores à apresentação do quadro geral de credores diante da falta de intimação (fls. 1.031-1.039).

VOTO

De início, impende destacar que para o melhor deslinde dos feitos, os 4 (quatro) agravos de instrumentos serão examinados conjuntamente dado o liame que os une, uma vez que todos, ao atacarem a interlocutória que convolou o pedido de recuperação judicial do Grupo Busscar em falência, suscitam mácula em razão da postura adotada pelo administrador judicial que, ao presidir a última Assembleia-Geral de Credores, subtraiu prerrogativa exclusiva dos credores e decidiu, por si só, em negar o pedido de suspensão da reunião.

Antes de adentrar nessa seara, urge perquirir se a ausência de intimação do Órgão do Ministério Público – a) *para participar da assembleia-geral de credores*; e b) *para se manifestar acerca da relação de credores referida no § 2º do art. 7º da Lei n. 11.101/2005*, como arrazoadas no instrumento de Amarildo Chaves Flores e outros (n. 2012.073350-8), e pela Douta Procuradoria-Geral de Justiça (às fls. 1.031-1.039 desse mesmo agravo), respectivamente – teve o condão de produzir a nulidade arguida.

Primeiramente, não se olvida sobre a relevância da atuação do Ministério Público nos processos de recuperação judicial e falência, ante o evidente interesse público e social, razão pela qual, como ensina há muito o Prof. Rubens Requião, o *Parquet* possui um direito de intervenção e controle cuja finalidade apresenta duplo aspecto: assegurar a repressão aos crimes que venham a emergir da falência ou da recuperação e de-

fender, através de sua ação disciplinar, o interesse público e o crédito comercial (Curso de direito falimentar. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 1998. v. I, p. 245).

Todavia, com a nova Lei de Quebras (Lei n. 11.101/2005), especialmente em razão do veto ao seu art. 4º - que dispunha “*O representante do Ministério Público, intervirá nos processos de recuperação judicial ou de falência. Parágrafo Único. Além das disposições previstas nesta lei, o representante do Ministério Público intervirá em toda ação proposta pela massa falida ou contra esta*” –, o Ministério Público deixou de ser considerado o curador de massas e passou a ser consagrado como fiscal da lei, com atuação reduzida, o que, para muitos, possibilitou a presença mais eficiente da Instituição diante da conseqüente redução do número de processos a eles afetados.

E sobre esse novo agir do *Parquet*, Fábio Ulhoa Coelho discorreu que:

A lei não prevê a obrigatória intervenção do Ministério Público nos pedidos de falência, quaisquer que sejam as circunstâncias. E, de fato, não há justificativas para a participação obrigatória do promotor de justiça nessa ação, em que a lide versa exclusivamente sobre interesses patrimoniais e disponíveis. Em última análise, mesmo quando fundado o pedido na prática de ato de falência, o direito do requerente e a obrigação do requerido dizem respeito ao pagamento de uma dívida. A participação do Ministério Público, como fiscal da lei e titular da ação penal, é compreensível somente após a instauração do concurso de credores, quando podem entrar em conflito, de um lado, os interesses dos trabalhadores, do Fisco e de sujeitos de direito vulneráveis e, de outro, os dos credores cíveis, normalmente empresários e bancos. Mesmo assim, quando não houver as hipóteses descritas na lei, não há razões para envolver o promotor de justiça na demanda (Comentários à Nova Lei de Falências e de Recuperação de Empresas: (lei nº 11.101/2005). 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 98-99).

Em que pese isso, sabe-se também que a ação do Ministério Público está garantida quando atua como fiscal da lei, independentemente de previsão legal específica, segundo o que preceituam o artigo 82, inciso III – “*Compete ao Ministério Público intervir [...] nas demais causas em que há interesse público evidenciado pela natureza da lide ou qualidade da parte*” – e artigo 499, § 2º do Código de Processo Civil. Nesse sentido, as razões do veto ao anteriormente citado artigo 4º foram deveras esclarecedoras, *in verbis*:

O dispositivo reproduz a atual Lei de Falências – Decreto-Lei no 7.661, de 21 de junho de 1945, que obriga a intervenção do *parquet* não apenas no processo falimentar, mas também em todas as ações que envolvam a massa falida, ainda que irrelevantes, e.g. execuções fiscais, ações de cobrança, mesmo as de pequeno valor, reclamationárias trabalhistas etc., sobrecarregando a instituição e reduzindo sua importância institucional.

Importante ressaltar que no autógrafo da nova Lei de Falências enviado ao Presidente da República são previstas hipóteses, absolutamente razoáveis, de intervenção obrigatória do Ministério Público, além daquelas de natureza penal. Senão, veja-se:

Art. 52. Estando em termos a documentação exigida no art. 51 desta Lei, o juiz deferirá o processamento da recuperação judicial e, no mesmo ato: (...)

V – ordenará a intimação do Ministério Público e a comunicação por carta às Fazendas Públicas Federal e de todos os Estados e Municípios em que o devedor tiver estabelecimento.

Art. 99. A sentença que decretar a falência do devedor, dentre outras determinações: (...)

XIII – ordenará a intimação do Ministério Público e a comunicação por carta às Fazendas Públicas Federal e de todos os Estados e Municípios em que o devedor tiver estabelecimento, para que tomem conhecimento da falência.

Art. 142 (...)

7º Em qualquer modalidade de alienação, o Ministério Público será intimado pessoalmente, sob pena de nulidade.

Art. 154. Concluída a realização de todo o ativo, e distribuído o produto entre os credores, o administrador judicial apresentará suas contas ao juiz no prazo de 30 (trinta) dias. (...)

3º Decorrido o prazo do aviso e realizadas as diligências necessárias à apuração dos fatos, o juiz intimará o Ministério Público para manifestar-se no prazo de 5 (cinco) dias, findo o qual o administrador judicial será ouvido se houver impugnação ou parecer contrário do Ministério Público.

O Ministério Público é, portanto, comunicado a respeito dos principais atos processuais e nestes terá a possibilidade de intervir. Por isso, é estreme de dúvidas que o representante da instituição poderá requerer, quando de sua intimação inicial, a intimação dos demais atos do processo, de modo que possa intervir sempre que entender necessário e cabível. A mesma providência poderá ser adotada pelo *parquet* nos processos em que a massa falida seja parte.

Pode-se destacar que o Ministério Público é intimado da decretação de falência e do deferimento do processamento da recuperação judicial, ficando claro que sua atuação ocorrerá *pari passu* ao andamento do feito. Ademais, o projeto de lei não afasta as disposições dos arts. 82 e 83 do Código de Processo Civil, os quais prevêem a possibilidade de o Ministério Público intervir em qualquer processo, no qual entenda haver interesse público, e, neste processo específico, requerer o que entender de direito (http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2004-2006/2005/Msg/Vep/VEP-0059-05.htm, sem grifos no original).

Todavia, o que se consagra hoje em processos desta espécie, como já se disse, é a atuação minimalista da Instituição em enfoque, como bem enfatizam as palavras do Prof. Fábio Ulhoa Coelho, reforçadas pela Mina. Nancy Andrighi. Veja-se:

Ao analisar o veto presidencial imposto ao art. 4º da Lei nº 11.101/05 e compará-lo à redação do art. 210 do DL 7.661/45, Fábio Ulhoa Coelho con-

clui que não se justificavam as inúmeras manifestações reservadas a esse órgão pela lei anterior. Serviam, na maioria das vezes, unicamente para retardar o andamento do processo. A cultura forense associada à Lei de 1945 deve ser, por isso, diluída, de forma a prestigiar a atuação minimalista do Ministério Público prevista pela nova lei (*Comentários à nova lei de falências e de recuperação de empresas*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 29, in REsp n. 1.230.431/SP, rela. MIna Nancy Andrichi, j. 18-10-2011).

Diante de tais considerações, impende elencar o porquê de inexistirem nulidades suscitadas em razão da falta de intimação do órgão do Ministério Público, no entender deste magistrado. Senão vejamos.

O Ministério Público defendeu a *nulidade do processo de recuperação ao fundamento de que não houve a intimação sobre a relação de credores* elaborada pelo administrador judicial, conforme prescrevem os arts. 7º e 8º da Lei n. 11.101/2005:

Art. 7º A verificação dos créditos será realizada pelo administrador judicial, com base nos livros contábeis e documentos comerciais e fiscais do devedor e nos documentos que lhe forem apresentados pelos credores, podendo contar com o auxílio de profissionais ou empresas especializadas.

§ 1º Publicado o edital previsto no art. 52, § 1º, ou no parágrafo único do art. 99 desta Lei, os credores terão o prazo de 15 (quinze) dias para apresentar ao administrador judicial suas habilitações ou suas divergências quanto aos créditos relacionados.

§ 2º O administrador judicial, com base nas informações e documentos colhidos na forma do *caput* e do § 1º deste artigo, fará publicar edital contendo a relação de credores no prazo de 45 (quarenta e cinco) dias, contado do fim do prazo do § 1º deste artigo, devendo indicar o local, o horário e o prazo comum em que as pessoas indicadas no art. 8º desta Lei terão acesso aos documentos que fundamentaram a elaboração dessa relação.

Art. 8º No prazo de 10 (dez) dias, contado da publicação da relação referida no art. 7º, § 2º, desta Lei, o Comitê, qualquer credor, o devedor ou

seus sócios ou o Ministério Público podem apresentar ao juiz impugnação contra a relação de credores, apontando a ausência de qualquer crédito ou manifestando-se contra a legitimidade, importância ou classificação de crédito relacionado.

Parágrafo único. Autuada em separado, a impugnação será processada nos termos dos arts. 13 a 15 desta Lei.

Inicialmente, convém alertar que, por ser tratar de nulidade absoluta, conforme disposto no art. 246 do Código de Processo Civil, o qual aduz que “é nulo o processo, quando o Ministério Público não for intimado a acompanhar o feito em que deva intervir”, apresenta-se possível a análise do vício neste grau de jurisdição, uma vez que o dispositivo afrontado está voltado ao interesse público, de modo que não há preclusão temporal e pode ser, inclusive, decretado de ofício por este Juízo ad quem.

Superado esse ponto, observa-se que, de fato, o Ministério Público não foi intimado sobre a relação de credores objeto do § 2º do art. 7º da Lei de Falência, a fim de que lhe fosse facultada a apresentação de impugnação à referida relação de credores, na forma do art. 8º do referido normativo.

Todavia tal constatação não ilide a aplicação do princípio da instrumentalidade das formas, o qual possui o condão de impedir a anulação do processo, caso não verificado o prejuízo que a norma não respeitada visava evitar.

Na mesma direção, é o ensinamento de Sérgio Campinho, o qual afirma que, afora a hipótese da alienação de bem da empresa, afigura-se possível a aplicação do princípio da instrumentalidade das formas nos demais casos em que o ato é realizado sem intimação do Ministério Público; em suas palavras, veja-se o que versou sobre o art. 142 da LFR:

Cumpra, ainda, neste capítulo, analisar a validade do ato processual quando realizado sem audiência do representante do Ministério Público.

Na hipótese do § 7º, do artigo 142, a nulidade da alienação, por qualquer de suas modalidades permitidas em lei, se afigura impositiva quando verificada a ausência de intimação pessoal do *Parquet*. A pena vem no dispositivo cominada, sendo, pois o vício insanável. Verificada a ocorrência de nulidade absoluta, deve o ato ser invalidado, por iniciativa do próprio juiz, sem necessidade de provocação de qualquer interessado.

Nos demais casos, nos quais a lei não impõe semelhante sanção, em atenção ao princípio da instrumentalidade das formas e dos atos processuais, não se deve decretar a nulidade, por ausência de oitiva ou intervenção do Ministério Público, quando dito defeito não resultar em real, efetivo e injusto prejuízo para a massa falida, credores, devedor ou administração da justiça. Sendo a finalidade do alcançada, sem qualquer prejuízo às partes interessadas, não vemos razão de ordem jurídica, lógica, ética ou moral para decretar-lhe a nulidade. Igual solução deverá ser observada quando verificada sua ausência em certos autos, sanada por intervenções posteriores (Falência e recuperação de empresa: O novo regime da insolvência empresarial. 6. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2012. p. 52, sem grifos no original).

No caso em apreço não se verifica a existência de grave e concreto prejuízo a ensejar a anulação de todo o processo até a data da apresentação da relação de credores. Primeiro porque não há sequer a menção de qual seria o eventual defeito existente na referida relação. Segundo porque é consabido que estão em jogo interesses privados, razão pela qual a nova Lei de Falência previu uma atuação minimalista do Ministério Público, de forma que se os credores não apresentaram maiores insurgências, além daquelas objeto das impugnações, inexistente razão para desprezar a relação de credores.

Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça vem reiterando que a nulidade por ausência de intimação do Ministério Público exige prova do efetivo prejuízo decorrente. Veja-se:

COMERCIAL E PROCESSO CIVIL. PEDIDO DE FALÊNCIA AJUIZADO NA VIGÊNCIA DO DL Nº 7.661/45. INTERVENÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO EM AÇÃO CONEXA ANTES DO TRÂNSITO EM JULGADO DA DECISÃO QUE DECRETA A QUEBRA. POSSIBILIDADE. ANULAÇÃO DO PROCESSO. DEMONSTRAÇÃO DE PREJUÍZO. NECESSIDADE.

1. Na vigência do DL 7.661/45 era possível a intervenção do Ministério Público durante todo o procedimento de quebra, inclusive em sua fase pré-falimentar, alcançando também as ações conexas.

2. Com o advento da Lei 11.101/05, houve sensível alteração desse panorama, sobretudo ante a constatação de que o número excessivo de intervenções do Ministério Público vinha assoberbando o órgão e embaraçando o trâmite das ações falimentares. Diante disso, vetou-se o art. 4º da Lei 11.101/05, que mantinha a essência do art. 210 do DL 7.661/45, ficando a atuação do Ministério Público, atualmente, restrita às hipóteses expressamente previstas em lei.

3. Tendo em vista o princípio da instrumentalidade das formas, a anulação do processo falimentar ou de ações conexas por ausência de intervenção ou pela atuação indevida do Ministério Público somente se justifica quando for caracterizado efetivo prejuízo à parte.

4. Recurso especial não provido (REsp n. 1230431/SP, rel. Min. Nancy Andrighi, j. 18-10-2011, grifou-se)

E mais:

ADMINISTRATIVO E PROCESSO CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL INTERPOSTO POR SADA TRANSPORTES E ARMAZENAGENS LTDA. ALEGAÇÃO DE NULIDADE DO PROCESSO POR AUSÊNCIA DE INTERVENÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. NÃO CARACTERIZAÇÃO. PREJUÍZO NÃO DEMONSTRADO.

1. A ausência de intimação do Ministério Público, por si só, não enseja a decretação de nulidade do julgado, a não ser que demonstre o efetivo prejuízo

às partes ou para a apuração da verdade substancial da controvérsia jurídica, à luz do princípio *pas de nullités sans grief*.

2. Até mesmo nas hipóteses em que a intervenção do *Parquet* é obrigatória, seria necessária a demonstração de prejuízo para que se reconheça a nulidade processual. (Precedentes: REsp 1.010.521/PE, Rel. Min. Sidnei Beneti, Terceira Turma, julgado em 26.10.2010, DJe 9.11.2010; REsp 814.479/RS, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 2.12.2010, DJe 14.12.2010). Agravo regimental improvido (AgRg nos EDcl no REsp. n. 890641/RJ, rel. Min. Humberto Martins, j. 10-4-2012, grifou-se).

Ademais, como *ultima ratio*, caso o Ministério Público encontre irregularidades nos créditos apresentados, pode fazer uso da ação prevista no art. 19 da Lei de Falência e requerer, até o encerramento da recuperação, a exclusão, outra classificação ou a retificação de qualquer crédito objeto de falsidade, dolo, simulação, fraude, erro essencial ou, ainda, de documentos ignorados na época do julgamento do crédito ou da inclusão no quadro geral de credores. Veja-se:

Art. 19. O administrador judicial, o Comitê, qualquer credor ou o representante do Ministério Público poderá, até o encerramento da recuperação judicial ou da falência, observado, no que couber, o procedimento ordinário previsto no Código de Processo Civil, pedir a exclusão, outra classificação ou a retificação de qualquer crédito, nos casos de descoberta de falsidade, dolo, simulação, fraude, erro essencial ou, ainda, documentos ignorados na época do julgamento do crédito ou da inclusão no quadro-geral de credores.

§ 1o A ação prevista neste artigo será proposta exclusivamente perante o juízo da recuperação judicial ou da falência ou, nas hipóteses previstas no art. 6o, §§ 1o e 2o, desta Lei, perante o juízo que tenha originariamente reconhecido o crédito.

§ 2o Proposta a ação de que trata este artigo, o pagamento ao titular do crédito por ela atingido somente poderá ser realizado mediante a prestação de caução no mesmo valor do crédito questionado.

Na mesma direção, são os ensinamentos de Fábio Ulhoa Coelho:

A Lei de Falências prevê uma ação, por procedimento ordinário, rescisória da admissão do crédito. Até o encerramento da falência, o administrador judicial, o Comitê (pelo voto da maioria de seus membros), qualquer credor admitido ou o Ministério Público podem propô-la com a finalidade de excluir, reclassificar ou retificar qualquer crédito admitido.

O fundamento é a descoberta de falsidade, dolo, simulação, fraude, erro essencial ou de documentos ignorados na época do julgamento do crédito.

[...]

Proposta a ação de rescisão, se ainda não tiver sido realizado o pagamento do crédito rescindendo, somente mediante caução poderá o demandado recebê-lo (Comentários à lei de falência e de recuperação de empresas. 7. ed. rev. São Paulo: 2010. p. 63-64).

Complementa Paulo F. C. Salles de Toledo:

No tocante ao objeto, a rescisória do art. 19 da LRE visa obter ou a exclusão, ou outra classificação, ou simplesmente a retificação de qualquer crédito. A ação pode fundamentar-se na alegação de dolo, simulação, fraude ou erro essencial, ou em “documentos ignorados na época do julgamento do crédito ou da inclusão no quadro-geral de credores”. A descoberta posterior de uma das causas, ou de novos documentos que demonstrem o equívoco em que se incorreu – e que não pode prevalecer - justifica o afastamento do crédito, ou sua correção quanto ao valor ou classificação (Comentários à Lei de recuperação de empresas e falência. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 100).

E do escólio de Sérgio Campinho:

Garante a lei o exercício pelo administrador judicial, pelo comitê, se houver, por qualquer credor ou pelo representante do Ministério Público, do direito de ação objetivando pedir a exclusão, outra classificação ou a retificação de

qualquer crédito, nos casos de descoberta de falsidade, dolo, simulação, fraude, erro essencial ou, ainda, documentos ignorados na época do julgamento do crédito ou da inclusão no quadro-geral de credores, mesmo que transitada em julgado a decisão que o tiver acolhido. Conforme elucidada Nelson Abrão, tem dita ação “a conotação de revisional creditícia ou rescisória falencial, fundada exclusivamente em matéria de direito substantivo e não adjetivo” (Falência e recuperação de empresa: O novo regime da insolvência empresarial. 6. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2012. p. 120).

Ressalta-se, ainda, que, para tal desiderato, pode lançar mão dos poderes processuais conferidos pelo art. 83 do CPC e requerer o acesso a todos os documentos que fundamentaram a elaboração da relação de credores – a ser posteriormente consolidado como quadro-geral de credores –, a fim de examinar a correção dos créditos e instruir a referida ação.

Além disso, após a propositura da ação, o titular objeto do crédito contestado só poderá receber o respectivo pagamento após a prestação de caução (§ 2º do art. 19), de modo a afastar eventual prejuízo à empresa recuperanda.

Assim, à mercê da até então carência de indicação do prejuízo, nada impede que a ausência de intimação acerca da apresentação da relação de credores seja suprida através do manejo da referida ação, oportunidade na qual poderá contestar quaisquer dos créditos inseridos na relação/quadro-geral de credores.

Sobre o tema, colhe-se da Câmara especializada do Tribunal paulista:

Recuperação Judicial. Dúvidas quanto à existência de determinado crédito inserido nas relações do devedor e do administrador judicial. Manifestação intempestiva. Alternativa da ação rescisória prevista no art. 19 da Lei Falimentar (TJSP, Agravo de Instrumento n. 0007430-86.2012.8.26.0000, rel. Des. Araldo Telles, j. 18-12-2012).

Portanto, dispondo o Órgão Ministerial de mecanismo efetivo para evitar eventual prejuízo, não há razão para decretar a nulidade de todo processado, com o descarte de todos os atos realizados em um processo com mais de 47 volumes e de 9000 páginas, mormente porque, com o perdão pela iteração, nem sequer foi aventado qual seria a incorreção na relação de credores apresentada e tampouco houve qualquer insurgência do *Parquet* em oportunidades posteriores à apresentação da relação dos credores em que lhe foram concedidas vista dos autos – em 18-5-2012 e 13-7-2012 (fls. 6.867 e 8.646 dos autos originais).

Por outro viés, no que pertine à aventada nulidade em virtude da *ausência de intimação do Ministério Público para participar da assembleia-geral de credores*, conforme já exposto anteriormente, sabe-se que, diante do veto do art. 4º da Lei n. 11.101/2005, o Ministério Público “não mais tem o dever de se pronunciar em qualquer fase do processo. A inexistência, na lei atual, de uma previsão genérica implica que o Ministério Público só terá participação na falência ou recuperação judicial nas hipóteses especificamente apontadas na lei” (COELHO, Fabio Ulhoa. *Comentários à lei de falências e de recuperação de empresas*. 7. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 31).

Em complemento, extrai-se outro trecho mais da lição do referido autor:

Também em relação aos processos de recuperação de empresa (judicial e extrajudicial) prevê a nova Lei de Falência uma atuação minimalista do Ministério Público. Estando em jogo interesses privados, não há razões para exigir-se do órgão uma constante intervenção. Na recuperação judicial, o Ministério Público só deve ser chamado a intervir no processo de recuperação de empresa quando expressamente previsto.

Os casos em que a lei prevê a participação do Ministério Público na recuperação da empresa nos seguintes casos:

- a) ele tem legitimidade para impugnar a relação de credores (art. 8º), para pedir a substituição do administrador judicial ou de membro do Comitê (art. 30) e para recorrer da concessão da recuperação judicial (art. 59, § 2º);
- b) ele deve ser intimado do despacho de processamento da recuperação judicial (art. 52, V), do pedido de homologação de recuperação extrajudicial (art. 163), da sentença concessiva de recuperação judicial (art. 187) e do relatório do administrador judicial que apontar a responsabilidade penal de qualquer dos envolvidos no processo (art. 22, § 4º), bem como ser informado pelo juiz de qualquer indício da prática de crime falimentar (art. 187, § 2º);
- c) ele deve-se manifestar na prestação de contas do administrador judicial (art. 154); e
- d) ele deve, ao ser intimado da sentença de convalidação em falência, propor a ação penal ou requisitar a instauração da inquérito policial, sempre que houver indícios de crime falimentar (art. 187) (ibid., p.47, grifou-se).

No mesmo sentido, traz-se à colação ensinança de comercialista Sérgio Campinho:

Sua participação só se fará, pelo sistema da lei, após a sentença que decretar a falência ou após o ato do juiz que mandar processar a recuperação judicial, pois é aí que a lei determina a sua intimação.

A sua atuação, com efeito, far-se-á por intermédio de audiência, iniciativa de determinada procedimento ou pela ciência de certos fatos para proposição de adequadas medidas. Mas a sua atividade deve circunscrever-se às situações que a lei expressamente prevê ou determina, deles não podendo extrapolar, sob pena de impor morosidade indesejável aos autos processuais, desnaturando a essencialidade e a utilidade de sua intervenção (Falência e recuperação de empresa: O novo regime da insolvência empresarial. 6. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2012. p. 59, grifou-se).

Na hipótese, como se observa do quanto delineado e, mais precisamente, dos artigos 35 a 46 da Lei n. 11.101/2005, não há previsão específica a respeito da intimação para participação do Ministério Público na assembleia-geral de credores, o que afasta eventual tese de nulidade, dada a ausência de sua obrigatoriedade.

Ademais, Jorge Lobo chama a atenção para a seguinte peculiaridade: “o juiz e o órgão do Ministério Público têm a prerrogativa de comparecer e assistir aos trabalhos da assembleia-geral, sem, entretanto, interferir ou influenciar nos debates e na votação” (TOLEDO, Paulo F. C. Salles de., ABRÃO, Carlos Henrique. Comentários à Lei de recuperação de empresas e falência. p. 155). Desse modo, reputo que não houve o descumprimento de ato obrigatório a ensejar a aplicação dos arts. 84 e 246 do Código de Processo Civil.

Em idêntico norte, o Superior Tribunal de Justiça, no julgado já citado, alerta que:

Com o advento da Lei 11.101/05, houve sensível alteração desse panorama, sobretudo ante a constatação de que o número excessivo de intervenções do Ministério Público vinha assoberbando o órgão e embaraçando o trâmite das ações falimentares. Diante disso, vetou-se o art. 4º da Lei 11.101/05, que mantinha a essência do art. 210 do DL 7.661/45, ficando a atuação do Ministério Público, atualmente, restrita às hipóteses expressamente previstas em lei (REsp n. 1.230.431/SP, rela. MIna. Nancy Andrighi, j. 18-10-2011).

E do Tribunal paulista colhe-se entendimento em caso semelhante ao dos autos:

Agravo - Recuperação Judicial - intimação do Ministério Público dos atos principais.

Não há nulidade do processo por falta de intimação do Ministério Público de atos para os quais a NLF não preveja necessidade de que seu representante seja intimado. Agravo improvido (Agravo de Instrumento n. 463.512.4/9, rel. Des. José Roberto Lino Machado, j. 28-2-2007).

Nessa feita, e com exaustão, rechaça-se a nulidade aventada.

Doutra banda, necessário analisar se a Assembleia-Geral de Credores (AGC), ocorrida em 25 de setembro de 2012, deve ser nulificada pelo fato de o administrador judicial não ter submetido à votação do conclave o pedido de suspensão formulado pelo BNDES.

Ao compulsar o caderno processual, constata-se que a assembleia em exame é fruto da AGC que se iniciou em 22-5-2012 (fls. 7.035-7.037 dos autos originais) e teve prosseguimento em 7-8-2012. Interessante pontuar que a realizada no mês de maio foi suspensa por iniciativa do próprio Juízo a quo, mediante os seguintes motivos:

Tendo em vista a manifestação dos credores durante a assembléia, das quais se pode extrair o manifesto de risco de deliberação pela rejeição do plano de recuperação apresentado pelas recuperandas, o que conduziria á decretação da falência de todas elas, mas também a viabilidade de se estabelecer negociações para ajustes ou até a formação de um novo plano de recuperação, o Dr. Maurício Cavallazzi Póvoas, Juiz de Direito da 5ª Vara cível da Comarca de Joinville, entendendo a necessidade de se esgotar todas as negociações e, neste sentido, evitar a traumática decretação da falência e respeitar o princípio da máxima preservação da empresa, conforme o art. 47 da lei 11.101/2005, decidiu suspender a presente assembléia, esclarecendo que designará outra em até sessenta dias, para que durante este período as devedoras e os credores possam chegar a um consenso acerca das modificações e ajustes necessários para, quem sabe, alcançarem a aprovação do plano nos termos da lei (fl. 7.037 dos autos originais).

Posteriormente, quando retomada em agosto, ante o pedido das recuperandas e deliberação positiva dos credores, a assembleia foi novamente suspensa em virtude de alterações no plano de recuperação (ver fls. 9.015-9.017 dos autos originais, volume 43 deste instrumento), as quais, depois, foram apresentadas por escrito pelas recuperandas (fls. 9.258-9.418 dos autos originais, volume 44 deste instrumento).

Dando continuidade aos trabalhos, no conclave de 25-9-2012 foram dispostas, pelas recuperandas, as seguintes modificações à última alteração do plano:

a) em relação aos credores RR e PRATA, prevalecem as condições e formas que constam na ata da assembleia de 7 de agosto de 2012 e não as considerações apresentadas aos autos no dia 6 de setembro de 2012; b) para os credores trabalhistas, propõem as recuperandas que: 7% (sete por cento) da receita com a venda de bens listados no Anexo C), D) e E) efetivamente recebida será destinada a antecipar o pagamento do crédito da Classe I; c) para o credor BERKLEY: c.1) atendendo pedido protocolado nos autos, a recuperanda propõe que deixe de ser credora parceira e passe a receber na qualidade de credora com garantia real e quirografária, na forma dos demais credores dessas classes, não excepcionadas pelas propostas apresentadas nesta assembleia, ou seja, para garantia real 50% de desconto, 48 meses de carência e 96 meses de pagamento, e na classe quirografária 70% de desconto, 48 meses de carência e 96 meses para pagamento; c2) elimina-se assim, o pagamento de 20% com a venda do imóvel; d) para o credor BANCO BANRISUL: d.1) para o credor Banrisul, o mesmo recebe três bullets obrigatórios, na mesma proporção que o credor Santander e nas mesmas datas; d.2) antecipação de pagamento no maior valor entre R\$ 460.860,00 e 1/5 do valor apurado com a venda do imóvel dado em garantia ao referido banco, cuja avaliação é de R\$ 2.304.300,00; e) em relação à venda da UPI TECNOFIBRAS: pelo avanço da negociação com proponentes acrescentamos que a venda poderá ser efetuada em conjunto com operações societárias e de M&A, que atendam a necessidade e a legislação vigente, sempre observado o art. 142 da lei 11.101/2005 (fl. 9.595 dos autos originais, volume 46 deste instrumento).

Em razão dessas mudanças, o credor BNDES, na pessoa do Sr. Marcos Tavares, requereu a suspensão da assembleia pelo prazo de 35 dias, por entender que necessitava de tempo para apreciar o plano como um todo (ver fl. 9.598 dos autos originais, volume 46 deste instrumento).

Conforme se infere através da gravação da AGC, o administrador judicial submeteu tal pleito à apreciação da recuperandas, que, por meio de seu procurador – Dr. Euclides Ribeiro da Silva Junior –, assim se manifestaram, segundo transcrição:

Boa tarde. Senhor administrador, como da última vez, foi requerido por mim o pedido de suspensão, quem toma essa decisão, acreditamos, deve ser a assembleia de credores, porém a empresa diz o seguinte ‘nós não conseguimos entender a necessidade de nova suspensão’. Durante 60 dias, quando foi apresentado o plano ao BNDES, já em maio ou em abril e essas condições continuam praticamente as mesmas à (...) credor. A empresa recomenda a não suspensão e o seguimento da pauta do dia, contudo entendemos que essa não é uma decisão nossa, mas sim de vocês, vocês querem votar, vamos votar (Gravação em mídia/DVD - autos n. 2012.072402-8, intervalo “1:13:11 até 01:14:30”, p. 636)

Extraí-se, então, que as recuperandas foram enfáticas ao afirmar que, apesar de não concordarem com a suspensão, entendiam que esse pedido deveria ser submetido à votação do órgão deliberante.

Apesar disso, o administrador judicial, com base em manifestação do Consultor Jurídico do Instituto Professor Rainoldo Uessler – Dr. Marcos Andrey de Sousa –, refutou o pedido de suspensão e não levou à votação tal requerimento, sob o argumento de que as modificações do plano se encontravam na ordem do dia. Veja-se, *ipsis litteris*, as palavras daquele Consultor Jurídico:

Apenas quero confirmar a manifestação das recuperandas pela não suspensão da votação de hoje. A posição do magistrado e da administração judicial é a seguinte: ‘que consta da ordem do dia da presente assembleia a deliberação sobre a aprovação, rejeição ou modificações do plano, então, como a discussão acerca das modificações do plano faz parte da ordem do dia, então entende-se que todos os presentes têm condições e poderes para discutir essas modificações’. Então, nesse sentido, por determinação judicial, será dada continuidade e o próximo passo será agora a votação do plano de recuperação judicial apresentado. Apenas para que não restem dúvidas, é muito importante que fique bem delimitado o que vai ser colocado em votação (Gravação em mídia/DVD – autos n. 2012.072402-8, intervalo “01:14:56 a 01:16:02”, p. 636).

Tal cenário sepulta interpretações dúbias acerca do excerto da ata da assembleia no qual constou que “Não houve manifestação de credores favoráveis ao pedido de suspensão do BNDES” (fl. 9598 dos autos originais). Pelo que se deduz das provas dos autos efetivamente o administrador judicial não submeteu à votação o pedido de suspensão, em patente desrespeito à função deliberante da AGC, conforme determina o art. 35, *caput*, da LFR, segundo a seguir explícito e ao final concluo.

Antes de se adentrar nos objetivos e funções desse órgão, que representa a vontade coletiva da comunhão de credores, vale destacar que o instituto da Recuperação Judicial, introduzido pela Lei 11.101/2005, manteve, por assim dizer, o objetivo traçado pela antiga concordata, a qual visava a garantir os meios necessários à manutenção da empresa, à luz da premissa da função social. Veja-se a conceituação e os objetivos da recuperação judicial dados pela nova lei, no artigo 47:

Art. 47. A recuperação judicial tem por objetivo viabilizar a superação da crise econômico-financeira do devedor, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica.

Não há dúvida, portanto, que o legislador teve, acima de tudo, preocupação com propósitos elevados, com intuito de garantir o equilíbrio dos fatores sociais e econômicos da sociedade a que a atividade empresarial está inserida, de modo a zelar – não só pelo interesse exclusivo de determinada classe, ou determinados credores da recuperanda.

E para comandar esse novo panorama, a atual Lei de Falências e Recuperação de Empresas incumbe ao juiz a presidência de tal processo, o qual deverá dirigir e superintender os trabalhos da administração, como bem explica o comercialista Sérgio Campinho (Falência e recuperação da empresa. 6. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2012. p. 48).

E, segundo Waldo Fazzio Júnior, são órgãos obrigatórios da falência e da recuperação de empresas, o juiz, o administrador judicial e o representante do Ministério Público (o citado autor enfatiza que a participação efetiva no processo não é obrigatória, mas enquanto órgão fiscalizador da lei, sim). E órgãos facultativos, o Comitê de Credores e a Assembleia-Geral de Credores (Manual de Direito Comercial. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005. p. 767).

Dentre as inovações trazidas pela atual Lei de Quebras, o administrador judicial substituiu o síndico na falência e o comissário na concordata, todavia com funções diferentes das previstas no antigo normativo. Vale registrar, então, que a atuação do administrador judicial (LRF, arts. 21 e ss.) não se confunde com a do administrador da sociedade (CPC, art. 1.010 e ss). Em verdade, no processo de recuperação/falência, o administrador judicial age fiscalizando a recuperanda ou falida e somente atuará efetivamente como administrador da sociedade caso ele venha a ser afastado da condução de seus negócios, e até que um gestor judicial seja indicado pela Assembléia Geral de Credores (LRF, arts. 64 e 65).

Sobre tal perfil, eis as palavras esclarecedoras do Prof. Fábio Ulhoa Coelho:

Em toda recuperação judicial, como auxiliar do juiz e sob sua direta supervisão, atua um profissional na função de administrador judicial. Ele, em geral, é pessoa da confiança do juiz, por este nomeado no despacho que manda processar o pedido de recuperação judicial. Se, porém, o nomeado pelo juiz for substituído pela Assembleia dos Credores, a competência para a escolha do substituto é desse órgão colegiado.

[...]

Na recuperação judicial, as funções do administrador judicial variam de acordo com dois vetores: caso o Comitê, que é órgão facultativo, exista ou não; e caso tenha sido ou não decretado o afastamento dos administradores da empresa em recuperação.

De acordo com o primeiro vetor, uma vez instalado o Comitê, ao administrador judicial caberá basicamente proceder à verificação dos créditos, presidir a Assembleia de Credores e fiscalizar o empresário individual devedor ou a sociedade empresária devedora. Não havendo Comitê, o administrador assumirá também a competência reservada pela lei a esse órgão colegiado, exceto se houver incompatibilidade.

Pelo segundo vetor, o administrador judicial é investido no poder de administrar a empresa e representar a sociedade empresária requerente da recuperação judicial quando o juiz determinar o afastamento dos seus diretores, enquanto não for eleito o gestor judicial pela Assembleia Geral. Somente nesse caso particular, tem ele a prerrogativa de se imiscuir por completo na intimidade da empresa e tomar as decisões administrativas atinentes à exploração do negócio. Não tendo o juiz afastado os diretores ou administradores da sociedade empresária requerente da recuperação judicial, o administrador judicial será mero fiscal dessa, o responsável pela verificação dos créditos e o presidente da Assembleia dos Credores (COELHO, Fábio Ulhoa. Comentários à Nova Lei de Falências e de Recuperação de Empresas: (Lei nº 11.101/2005). 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 71-72).

Tem-se, então, que, na recuperação judicial, o administrador judicial constitui auxiliar do juiz na administração da recuperanda, ao qual incumbe, dentre outros atos previstos no art. 22 da LFRE, verificar os créditos e presidir a AGC.

Por outro lado, se, no curso do processamento do pedido de recuperação judicial, objeções forem opostas ao plano de recuperação judicial apresentada pela devedora, competirá ao juiz convocar a AGC – conforme se infere pelo *caput* do art. 36 da Lei de Quebras –, que, em abreviado conceito, constitui um órgão colegiado deliberativo que possui por função examinar, debater e decidir as matérias de sua competência, as quais se encontram arroladas no art. 35, incisos I e II, da LFRE.

E sobre a competência desse órgão deliberante, o Prof. Fábio Ulhoa Coelho assim escreve:

[...] na recuperação judicial, a competência da Assembleia de Credores compreende: a) aprovar, rejeitar e revisar o plano de recuperação judicial; b) aprovar a instalação do Comitê e eleger seus membros; c) manifestar-se sobre o pedido de desistência da recuperação judicial; d) eleger o gestor judicial, quando afastados os diretores da sociedade empresária requerente; e) deliberar sobre qualquer outra matéria de interesse dos credores.

Como se percebe, as mais relevantes questões relacionadas ao processo de recuperação judicial inserem-se na esfera de competência da Assembleia dos Credores. Se a falência pode-se processar sem a Assembleia dos Credores, a recuperação judicial (ressalvada a das microempresas ou empresas de pequeno porte) simplesmente não tramita sem a atuação desse colegiado (op. cit. p. 97).

Nesse contexto, vê-se que, com relação à AGC, a grande modificação da Lei n. 11.101/2005 é a atribuição conferida aos credores de aprovar, modificar ou rejeitar o plano de recuperação proposto pelo devedor (art. 35, inc. I, alínea ‘a’, da LFRE). Com isso, a assembleia passou a deter respeitável destaque, uma vez que os credores e a sociedade empresária devedora deverão discutir e deliberar sobre o plano de recuperação, de modo a apresentar soluções para que a recuperanda tenha condições de sobreviver.

Vale destacar ainda que, dessa análise, exsurge a premissa da soberania assemblear, ou seja, aprovado ou não o plano, mas desde que todos os requisitos legais tenham sido observados, o decidido pelos presentes no conclave é o que deve ser considerado; ou seja, aprovado o plano pelos credores caberá ao juiz conceder a recuperação, caso contrário imporá a decretação da falência. A única hipótese em que a lei confere discricionariedade ao magistrado é para o caso de o plano não ter sido aprovado na forma do artigo 45 da LFRE, mas estejam presentes os requisitos previstos nos incisos I a III do § 1º e no §2º do artigo 58 da Lei de Quebras.

No mesmo sentido são as lições perfilhadas pelo Prof. Fábio Ulhoa Coelho:

Em suma, três podem ser os resultados da votação na Assembleia: a) aprovação do plano de recuperação, por deliberação que atendeu ao quórum qualificado da lei; b) apoio ao plano de recuperação, por deliberação que quase atendeu a esse quórum qualificado; c) rejeição de todos os planos discutidos.

Em qualquer caso, o resultado será submetido ao juiz, mas variam as decisões judiciais possíveis em cada um deles. No primeiro, o juiz limita-se a homologar a aprovação do plano pelos credores; no segundo, ele terá a discricionariedade para aprovar ou não plano que quase alcançou o quórum qualificado; no terceiro, deve decretar a falência do requerente da recuperação judicial (op. cit., p. 202).

E para dissipar quaisquer dúvidas, eis as palavras esclarecedoras da Mina. Nancy Andrichi:

A apresentação, pelo devedor, de plano de recuperação, bem como sua aprovação, pelos credores, seja pela falta de oposição, seja pelos votos em assembleia de credores (arts. 56 e 57 da LFRJ) consubstanciam *atos de manifesta-*

ção de vontade . Ao regular a recuperação judicial, com efeito, a Lei submete à vontade da coletividade diretamente interessada na realização do crédito a faculdade de opinar e autorizar os procedimentos de reerguimento econômico da sociedade empresária em dificuldades, chegando-se a uma solução de consenso. Disso decorre que, de fato, não compete ao juízo interferir na vontade soberana dos credores, alterando o conteúdo do plano de recuperação judicial, salvo em hipóteses expressamente autorizadas por lei (v.g. Art. 58, 1º, da LFRJ).

A obrigação de respeitar o conteúdo da manifestação de vontade, no entanto, não implica impossibilitar ao juízo que promova um controle quanto à licitude das providências decididas em assembleia. Qualquer negócio jurídico, mesmo no âmbito privado, representa uma manifestação soberana de vontade, mas que somente é válida se, nos termos do art. 104 do CC/02, provier de agente capaz, mediante a utilização de forma prescrita ou não defesa em lei, e se contiver objeto lícito, possível, determinado ou determinável. Na ausência desses elementos (dos quais decorre, com adição de outros, as causas de nulidade previstas nos arts. 166 e seguintes do CC/02, bem como de anulabilidade dos arts. 171 e seguintes do mesmo diploma legal), o negócio jurídico é inválido. A decretação de invalidade de um negócio jurídico em geral não implica interferência, pelo Estado, na livre manifestação de vontade das partes. Implica, em vez disso, controle estatal justamente sobre a liberdade dessa manifestação, ou sobre a licitude de seu conteúdo (Resp. n. 1.314.209/SP, j. 22-5-2012).

Outro não é o entendimento do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo:

Esta Câmara Especializada tem se pronunciado no sentido de que em relação à proposta do plano de recuperação da empresa, a Assembleia-Geral é soberana, não podendo o juiz, nem o Ministério Público, imiscuir-se no mérito do plano, em sua viabilidade econômico-financeira, eis que, devendo ele ser instruído com a demonstração de sua viabilidade econômica e com o laudo econômico-financeiro subscrito por profissional legalmente habilitado (artigo 53, II e III), caberá aos credores examinarem os pareceres técnicos e

concluir pela viabilidade ou inviabilidade econômico-financeira da proposta da empresa devedora. Somente em casos em que se demonstre abuso de direito por algum credor que imponha sua vontade à assembléia para rejeitar o plano é que se tem admitido, em casos excepcionais, nova oportunidade de ser deduzido outro plano a ser submetido também à assembleia geral de credores (Agravo de Instrumento n. 561.271-4/2-00, rel. Des. Pereira Calças, j. em 30-7-2008, grifos nossos).

Não se olvida, portanto, a necessidade de se respeitar as deliberações proferidas pela assembleia e por quem nela está habilitado a proferir voto, sem excluir, por óbvio, a possibilidade de o Juízo responsável pelo feito da recuperação decapitar flagrantes ilegalidades oriundas de deliberação desse órgão colegiado.

Ademais, é importante destacar que a AGC também possui competência para deliberar sobre qualquer outra questão de interesse dos credores, dentre as quais a relacionada ao pedido de suspensão do conclave, realizado por um de seus credores – como de fato ocorreu, pelo BNDES.

Frise-se que tal pedido – o de suspensão do conclave – poderia surgir por iniciativa da recuperanda ou de algum credor em caso de não haver, consenso entre eles acerca do plano de recuperação apresentado pelo devedor (v. g. , em razão de modificação no plano, a fim de que todos possam analisar as alterações e suas implicações). Para aprovação mister, apenas, da anuência da maioria simples dos credores presentes na assembleia, segundo (art. 42 LFR).

E para o caso em exame é justamente esse o foco da atenção, ou seja, examinar se a vontade soberana da assembleia foi suprimida em virtude de o administrador judicial não ter submetido à deliberação o pedido de suspensão do conclave.

Ora, como bem enfatiza Gladston Mamede, a assembleia nada mais é do que um espaço criado para a negociação entre o devedor e os

credores, como reflete o art. 50 da atual Lei de Quebras. Tal local, portanto, destina-se a “proliferarem meios os mais diversos como alternativas para a superação da crise econômico-financeira da empresa” (*Direito empresarial brasileiro: falência e recuperação de empresas*. São Paulo : Atlas, 2012. vol. 4, p.).

E sobre essa suspensão, explica esse comercialista que:

Na busca de atender os objetivos listados no artigo 47, pode-se mesmo deliberar a suspensão da assembleia para que as deliberações continuem em outra data, ou construir um grupo de trabalho, composto por devedor e credores, para afinar uma proposta que possa melhor atender as partes. Basta, para tanto, que tal suspensão seja proposta à assembleia geral e por ela aprovada, definindo-se o dia em que os trabalhos serão retomados, com apresentação da proposta elaborada pelo grupo ou grupos de trabalho (op. cit. p. 164).

Destarte, visto as questões de competência da AGC, bem como que as decisões nela tomadas são soberanas, tem-se, então, que o pedido de suspensão deveria ter sido por ela analisado, de modo que não incumbia ao administrador judicial, por si, decidir a respeito.

Ora, não há dúvida de que na assembleia os interesses dos credores não são idênticos, todavia para que ela cumpra o seu papel se faz necessário, antes de tudo, que todos os credores compreendam a proposta e sejam adequadamente informados.

In casu, o fato de o pedido de suspensão não ter sido deliberado pela assembleia não pode ser confundido com o destino do voto do credor BNDES, conforme fez o magistrado a quo. Isso porque, ao entender deste relator, o prejuízo daquela supressão não pode ser amenizado pela contagem hipotética de que o voto positivo desse credor não teria impedido a reprovação do plano, primeiro porque incumbia, exclusivamente,

aos credores a decisão pela suspensão do conclave; segundo porque uma vez suspensa, nova assembleia deveria ser designada, na qual todos os credores voltariam a manifestar sua vontade – aprovar, modificar ou rejeitar o plano de recuperação proposto pelas devedoras –, os quais, na condição de principal órgão da recuperação, poderiam inclusive interferir no plano de recuperação, a exemplo de ser deliberado pela criação de plano conjunto entre credores e recuperandas ou mesmo criação de um Comitê de Credores.

Aliado a isso tudo, deve-se, ainda, ser considerado o fato de que, na AGC que culminou com a desaprovação do plano de recuperação judicial e teve como consequência a decisão ora agravada, foram apresentadas pelas recuperandas substanciais modificações ao plano de recuperação, como se vê da transcrição já realizada neste voto (fls. 24-5). A respeito de referidas alterações não foi oportunizado aos credores prazo razoável para análise, apta a dá-los maior substrato, a fim de que tivessem maiores condições para proferir seus votos.

Assim, além de ter sido postulado pelo credor BNDES a suspensão da AGC para a análise das alterações apresentadas pelas recuperandas, o conclave deveria ter sido suspenso, a fim de dar a todos os credores, presentes ou ausentes, condições de voto consciente acerca do plano modificado.

Em casos como este, a Corte paulista já vem alertando:

Agravo. Recuperação Judicial. Alteração substancial e profunda do plano de recuperação judicial proposta sem observância de publicidade com antecedência razoável para o comparecimento de todos os credores. Vulneração dos princípios da lealdade, confiança e boa-fé objetiva. Natureza contratual da recuperação judicial que exige, na fase pré-contratual, conduta proba, honesta e ética, sob pena de afronta à boa-fé objetiva do art. 421 do Código Civil. A liberdade de contratar deve ser exercida sob a luz da função social da

recuperação judicial. Inteligência do art. 421 do Código Civil. Apelo provido para anular a Assembleia-Geral, ordenando-se convocação de outro conclave no qual, o plano, observe as regras do art. 53 da Lei nº 11.101/2005 (Agravado de Instrumento n. 0032073-45.2011.8.26.0000, de São Paulo, rel. Des. Pereira Calças, j. 18-10-2011).

E, mais:

Recuperação Judicial. Plano de recuperação. Requisitos de validade, como todo ato jurídico, sujeitos ao crivo do Poder Judiciário.

Recuperação Judicial. Plano de recuperação. Apresentação de substancial alteração ao ensejo da assembleia de credores sem conferência de prazo razoável para reflexão dos interessados. Inadmissibilidade.

Recuperação Judicial. Violação ao princípio da isonomia em determinada subclasse de credores quirografários. Inadmissibilidade.

Recuperação Judicial. Plano que prevê venda indiscriminada de ativos sem intervenção judicial e de forma direta. Inadmissibilidade.

Recuperação Judicial. Pagamento de credores quirografários sem determinação de valor, com deságio de 80% do valor nominal, sem incidência de atualização monetária e juros e falta de previsão do termo final. Inadmissibilidade.

Recuperação Judicial. Plano que viola os princípios da lealdade, confiança e boa-fé objetiva. Concessão do benefício desconstituída. Recuperação Judicial. Dúvidas quanto à existência de determinado crédito inserido nas relações do devedor e do administrador judicial. Manifestação intempestiva. Alternativa da ação rescisória prevista no art. 19 da Lei Falimentar.

Recurso parcialmente provido, determinada a apresentação de novo plano (Agravado de Instrumento n. 0007430-86.2012.8.26.0000, de Campinas, rel. Des. Araldo Telles, j. 18-12-2012).

À vista disso tudo, tem-se, então, que a postura adotada pelo administrador retirou a autonomia da Assembleia, comprometendo, assim, o regular andamento do ato, motivo por que o desfecho dado, à revelia da deliberação colegiada sobre o pedido de suspensão, encontra-se maculado por vício insanável, razão pela qual impende decretar a nulidade da AGC realizada em 25-9-2012 e, por consequência, desconstituir a interlocutória que convolou o pedido de recuperação judicial em falência.

Diante das incongruências existentes no transcorrer da recuperação sobretudo em relação às prestações de contas das recuperandas quanto aos valores fruto da alienação do bem autorizada judicialmente (LRF, Art. 64, IV, “b”) – conforme manifestações do administrador judicial, Promotor de Justiça e reconhecimento do Juízo na decisão (fls. 5.394-6, 6.533-35, 6.867, 9.733-57) –, determina-se o afastamento dos sócios/devedores da administração da empresa, devendo o magistrado convocar assembléia-geral de credores, na forma do artigo 65, para definição de gestor judicial à recuperanda. Frise-se que o administrador judicial deverá cumprir seu mister enquanto a AGC não deliberar sobre o assunto (LRF, Art. 65, §1º).

Ante o decurso de tempo, as recuperandas deverão apresentar plano de recuperação atualizado, em prazo a ser fixado pelo Juízo a quo.

Por tudo quanto exposto, conhecem-se dos recursos e dá-se-lhes provimento.

QUINTA CÂMARA DE DIREITO COMERCIAL

APELAÇÕES CÍVEIS

Apelação Cível n. 2010.073780-9, de Joinville

Relator: Des. Cláudio Valdyr Helfenstein

APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO MONITÓRIA FUNDADA EM CHEQUE DESPIDO DE FORÇA EXECUTIVA – SENTENÇA DE EXTINÇÃO DO PROCESSO, SEM RESOLUÇÃO DE MÉRITO, COM FULCRO NO ART. 267, VI, DO CPC – INCONFORMISMO DO AUTOR.

OFENSA À COISA JULGADA – RECONHECIMENTO EX OFFICIO – ANTERIOR AÇÃO DE COBRANÇA ENVOLVENDO AS MESMAS PARTES, PEDIDO E CAUSA DE PEDIR – EXEGESE DO ART. 301, § 2.º, DO CÓDIGO DE RITOS – PROCESSO EXTINTO, SEM RESOLUÇÃO DE MÉRITO, ANTE A ILEGITIMIDADE ATIVA AD CAUSAM – TRÂNSITO EM JULGADO – REFLEXOS QUE ALCANÇAM A DEMANDA POSTERIOR, IMPEDINDO O PROCESSAMENTO DA PRETENSÃO DEDUZIDA EM FACE DA MESMA PARTE E CONSUBSTANCIADA NOS MESMOS ARGUMENTOS – MANUTENÇÃO DA SENTENÇA EXTINTIVA QUE SE IMPÕE, PORÉM, POR FUNDAMENTO DIVERSO, QUAL SEJA O DISPOSTO NO ART. 467 C/C ART. 267, V, AMBOS DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL.

RECURSO PREJUDICADO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2010.073780-9, da comarca de Joinville (3ª Vara Cível), em que é apelante Fernando Faraco Modesto, sendo apelada Pedras Fernandes Ltda ME:

A Quinta Câmara de Direito Comercial decidiu, por votação unânime, reconhecer, de ofício, a violação à coisa julgada e manter incólume a sentença extintiva, porém, por fundamento diverso, qual seja, o disposto no art. 467 c/c art. 267, V, do Código de Processo Civil; por corolário, resulta prejudicado o recurso. Custas legais.

O julgamento, realizado nesta data, foi presidido pelo relator e dele participaram o Exmo. Sr. Des. Jânio de Souza Machado e a Exma. Sra. Desa. Soraya Nunes Lins.

Florianópolis, 3 de outubro de 2013.

Cláudio Valdyr Helfenstein
PRESIDENTE E RELATOR

RELATÓRIO

Fernando Faraco Modesto interpôs recurso de apelação de cível contra sentença prolatada pelo MM. Juiz de Direito da 3ª Vara Cível da Comarca de Joinville, isto nos autos da ação monitória ajuizada em face de Pedras Fernandes Ltda. ME, todos devidamente qualificados.

Para melhor elucidação dos fatos envolvidos no litígio, adota-se o relatório do *decisum*:

FERNANDO FARACO MODESTO aforou ação monitória contra PEDRAS FERNANDES LTDA. - ME, dizendo-se credor de importância representada por um cheque.

Citada a parte requerida, no prazo legal foram apresentados embargos, sendo alegado pela embargante que o título em questão foi emitido à empresa estranha à lide e que não foi declinada a origem do cheque. Disse ainda que

devido a desacordo comercial sustou o pagamento do título e que não deve a quantia descrita no cheque.

Intimado, o embargado manifestou-se contrariamente ao pedido da embargante, postulando a improcedência dos embargos.

Designada audiência de conciliação, a mesma restou inexitosa (fl. 50). Na data da audiência foi deferida a juntada nos autos de prova documental e a produção de prova testemunhal.

Realizada audiência de instrução e julgamento, proposta a conciliação, a mesma restou infrutífera. Na oportunidade, contatou-se que as testemunhas não foram intimadas, tendo sido designada nova data para audiência.

Realizada audiência, foram tomados os depoimentos pessoais das partes e inquiridas duas testemunhas arroladas pela embargante. Uma testemunha da embargante foi intimada por meio de carta precatória para prestar depoimento e no dia designado não compareceu.

Ato contínuo, o embargante peticionou aos autos desistindo do depoimento da testemunha.

À fl. 216 o pedido de desistência foi homologado, sendo declarada encerrada a instrução e as partes intimadas para apresentarem alegações finais.

O embargado reiterou os pedidos formulados na peça inicial (fls. 219-222) e a embargante requereu a procedência dos embargos (fls. 224-226). (fl. 229)

Na parte dispositiva do julgado, constou:

ISSO POSTO,

Declaro a ilegitimidade do réu/embargante PEDRAS FERNANDES LTDA. - ME para figurar no pólo passivo da presente demanda oposta por FERNANDO FARACO MODESTO, e JULGO EXTINTO o feito, com fulcro no art. 267, VI, do Código de Processo Civil.

Condeno o autor/embargado ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, fixados em 10% sobre o valor da causa (art. 20, §4º, CPC). (fl. 231)

Em seu apelo (fls. 237/242), o autor alega, em síntese, que o título emitido é dotado de autonomia, sendo inoponíveis ao possuidor de boa-fé as relações negociais havidas entre os anteriores possuidores e o devedor.

Deste modo, destaca que a relação comercial existente entre a endossante Pedra Real Ltda. e a apelada (emitente da cártula) não pode prejudicar o seu direito de crédito, pois figura como legítimo possuidor do título.

No que tange à suposta irregularidade da cobrança, afirma que a apelada não se desincumbiu de comprovar o fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito em que se funda a demanda, ignorando o disposto no art. 333, II, do Código de Processo Civil.

Propala que restou configurada a hipótese de endosso em branco, haja vista a assinatura aposta no verso do cheque pelo representante legal da empresa Pedra Real Ltda.

Noutro norte, menciona que subscreveu o verso do título para fins de mero preenchimento, e não com o objetivo de endossá-lo.

Diante disso, postula o provimento do recurso.

Com as contrarrazões (fls. 248/251), os autos ascenderam a esta eg. Corte de Justiça.

Este é o relatório.

VOTO

1 – Prejudicado o recurso.

Inicialmente, oportuno esclarecer que o autor, ora apelante, ajuizou a presente ação monitória objetivando a cobrança do valor de R\$ 3.150,00 (três mil, cento e cinquenta reais) descrito no cheque n. 000234, emitido por Pedras Fernandes Ltda. ME. (fl. 6).

A referida cártula é desprovida de força executiva, podendo ser objeto de ação monitória, em conformidade com o art. 1.102.a do Código de Processo Civil, *in verbis*:

Art. 1.102.a - A ação monitória compete a quem pretender, com base em prova escrita sem eficácia de título executivo, pagamento de soma em dinheiro, entrega de coisa fungível ou de determinado bem móvel.

Ademais, conforme o enunciado da Súmula 299, do c. STJ, “É admissível a ação monitória fundada em cheque prescrito”.

Na situação em tela, o ilustre togado singular extinguiu o processo, sem resolução do mérito, em virtude da suposta ilegitimidade passiva da empresa Pedras Fernandes Ltda. ME.

Data máxima vênua, tal entendimento não merece prosperar, pois, ao reputar ausente o endosso, o magistrado de primeiro grau deveria ter reconhecido a ilegitimidade ativa do credor, e não a ilegitimidade passiva do emitente.

Não obstante, a depurada análise do caderno processual converge para a manutenção da sentença extintiva, porém, por fundamento diverso, conforme exposto adiante.

No pórtico inaugural, o autor, ora apelante, informou que “[...] já havia ingressado com uma ação de cobrança no juizado especial cível desta comarca, mas que o processo foi julgado extinto, sem apreciação do mérito, por entender, o nobre julgador, que o autor não possuía legitimidade ativa” (fl. 3).

Afirmou, ainda, que “[...] suprida essa situação com sua assinatura no verso do cheque e, com a finalidade de evitar nova extinção, tendo em vista a qualidade do cessionário (pessoa jurídica), ingressa, agora, com esta ação monitória, por entender ser a via apropriada para recuperação do crédito até o momento não recebido” (fl. 3).

A assertiva foi corroborada pela embargante em sede de embargos monitorios: “[...] O autor no início deste ano de 2001 já havia ajuizado ação de cobrança, contra o requerido, com o objetivo de cobrar o cheque objeto destes autos. [...] A ação foi JULGADA EXTINTA com base no artigo 267, inciso VI do Código de Processo Civil, conforme cópias inclusas” (fl. 25).

Com efeito, o título de crédito discutido na presente demanda foi apreciado em anterior ação de cobrança envolvendo as mesmas partes, ajuizada perante o Juizado Especial Cível da Comarca de Joinville.

Referida ação foi extinta, sem resolução de mérito, em virtude da ilegitimidade ativa ad causam, conforme extrai-se da sentença proferida pelo então Juiz de Direito, hoje membro desta egrégia Corte de Justiça, o Excelentíssimo Desembargador José Volpato de Souza:

[...] Objetiva o autor com a presente demanda, a cobrança de título de crédito (cheque), que foi emitido em favor de Pedras Real.

Na sistemática da lei cambiária, endossado o cheque à terceiro de boa-fé, questões ligadas à causa debendi originária não podem ser manifestadas contra o terceiro legítimo portador do título, o que não é o caso dos autos.

O autor teria direito à cobrança do cheque caso fosse endossatário de boa-fé, que desconhece a origem viciada do título. A lei procura garantir o portador de boa-fé que recebeu regularmente o cheque por endosso, o que não é o caso dos autos.

Os autos dão conta que o título foi emitido nominalmente à Pedras Real e, não foi endossado em favor do autor. Desta forma, a ação deve ser julgada extinta pois o autor é parte ilegítima para figurar no polo ativo da ação.

Ante o exposto,

JULGO EXTINTA presente Ação de Cobrança, ajuizada por FERNANDO FARACO MODESTO, contra PEDRAS FERNANDES LTDA. ME., com base no artigo 267, inciso VI do Código de Processo Civil.

Sem Custas e honorários advocatícios (Lei 9.099/95). (fls. 35/36, grifos no original)

Conforme consulta ao Sistema de Automação do Judiciário, o aludido decisum transitou em julgado no dia 4.7.2001.

Embora consubstanciada no art. 267, IV, do Código de Processo Civil, a sentença proferida pelo eminente Desembargador José Volpato de Souza, então Juiz de Direito, revela a existência de coisa julgada e reflete diretamente na solução do presente litígio.

Isso, porque, mesmo orientadas por ritos distintos, as demandas guardam identidade no tocante às partes, ao pedido e à causa de pedir, alinhando-se ao disposto no art. 301, § 2º, do Código de Processo Civil, *in verbis*: “Uma ação é idêntica à outra quando tem as mesmas partes, a mesma causa de pedir e o mesmo pedido”.

Esclarece-se: 1) as partes envolvidas em ambos os feitos são exatamente as mesmas - Fernando Faraco Modesto (autor) e Pedras Fernandes Ltda. ME. (ré); 2) também em ambas as demandas, pleiteou-se a cobrança do débito correspondente ao cheque n. 000234, devidamente atualizado e acrescido de juros de mora; 3) as causas de pedir residem no inadimplemento da aludida cártula, sem eficácia executiva.

É cediço que a segurança jurídica é princípio constitucional implícito, decorrente de uma série de dispositivos, dentre os quais se destaca o art. 5º, XVI, *in verbis*:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

XVI - a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada; [...] (grifei)

A proteção da coisa julgada tem o viés, sobretudo, de garantir a estabilidade das relações colocadas ao crivo do Poder Judiciário, pois a prestação jurisdicional é ofertada como medida lúdima de justiça e, tecnicamente, não admite posterior flexibilização, salvo as hipóteses expressamente excepcionadas pela legislação em vigor.

Tem-se, assim, que a coisa julgada, para além de viabilizar a consecução da segurança jurídica, exerce, sobretudo, a função de assegurar a paz social, a harmonia das relações, fim último a que se propõe o Estado-Juiz.

O preceito constitucional relativo à coisa julgada foi reproduzido na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB):

Art. 6º A Lei em vigor terá efeito imediato e geral, respeitados o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada.

[...]

§ 3º Chama-se coisa julgada ou caso julgado a decisão judicial de que já não caiba recurso.

O instituto ganhou albergue, ainda, em seção específica do Código de Processo Civil, senão vejamos:

Art. 467. *Denomina-se coisa julgada material a eficácia, que torna imutável e indiscutível a sentença, não mais sujeita a recurso ordinário ou extraordinário.*

Art. 468. *A sentença, que julgar total ou parcialmente a lide, tem força de lei nos limites da lide e das questões decididas.*

Art. 469. Não fazem coisa julgada:

I - os motivos, ainda que importantes para determinar o alcance da parte dispositiva da sentença;

II - a verdade dos fatos, estabelecida como fundamento da sentença;

III - a apreciação da questão prejudicial, decidida incidentalmente no processo.

Art. 470. Faz, todavia, coisa julgada a resolução da questão prejudicial, se a parte o requerer (arts. 5º e 325), o juiz for competente em razão da matéria e constituir pressuposto necessário para o julgamento da lide.

Art. 471. Nenhum juiz decidirá novamente as questões já decididas, relativas à mesma lide, salvo:

I - se, tratando-se de relação jurídica continuativa, sobreveio modificação no estado de fato ou de direito; caso em que poderá a parte pedir a revisão do que foi estatuído na sentença;

II - nos demais casos prescritos em lei.

Art. 472. A sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, não beneficiando, nem prejudicando terceiros. Nas causas relativas ao estado de pessoa, se houverem sido citados no processo, em litisconsórcio necessário, todos os interessados, a sentença produz coisa julgada em relação a terceiros.

Art. 473. É defeso à parte discutir, no curso do processo, as questões já decididas, a cujo respeito se operou a preclusão.

Art. 474. Passada em julgado a sentença de mérito, reputar-se-ão deduzidas e repelidas todas as alegações e defesas, que a parte poderia opor assim ao acolhimento como à rejeição do pedido.

À luz da Constituição da República, da legislação infraconstitucional e das circunstâncias do caso concreto, conclui-se que se operou a coisa julgada no tocante à ilegitimidade ativa de Fernando Faraco Modesto para pleitear em juízo a cobrança em juízo do crédito descrito na cartula sub judice, haja vista a sentença proferida nos autos da ação de cobrança n. 038.01.002943-2.

Sobre o instituto da coisa julgada, Humberto Theodoro Júnior explica:

[...] Na verdade a diferença entre a coisa julgada material e a formal é apenas de grau de um mesmo fenômeno. Ambas decorrem da impossibilidade de interposição de recurso contra a sentença.

A coisa julgada formal decorre simplesmente da imutabilidade da sentença dentro do processo em que foi proferida pela impossibilidade de interposição de recursos, quer porque a lei não mais os admite, quer porque se esgotou o prazo estipulado pela lei sem a interposição pelo vencido, quer porque o recorrente tenha desistido do recurso interposto ou ainda tenha renunciado à sua interposição.

Imutável a decisão, dentro do processo “esgota-se a função jurisdicional”. O Estado, pelo seu órgão judiciário, “faz a entrega da prestação jurisdicional a que estava obrigado”.

Mas a *imutabilidade, que impede o juiz de proferir novo julgamento no processo, para as partes tem reflexos, também, fora do processo, impedindo-as de virem a renovar a discussão da lide em outros processos. Para os litigantes sujeitos à res iudicata, “o comando emergente da sentença reflete, também, fora do processo em que foi proferida, pela imutabilidade dos seus efeitos”.* [...] (THEODORO JR, Humberto. Curso de Direito Processual Civil. V. I. 38. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, pp. 474-475). (grifei)

Sabe-se que, em se tratando de sentença prolatada sem resolução do mérito, como na hipótese em apreço, ocorre tão somente a coisa julgada formal, o que, em tese, não impediria a propositura de nova demanda com o mesmo escopo. Por outro lado, as sentenças de mérito tem o condão de estabelecer a coisa julgada material, impedindo toda e qualquer posterior discussão a respeito do litígio, ressalvado o ajuizamento de ação rescisória.

Ressalta-se que a sentença que reconhece a ilegitimidade ativa produz coisa julgada sob um duplo aspecto: formal e material. Coisa julgada formal, porque impede qualquer ato posterior na mesma demanda, sobretudo, em virtude da preclusão que decorre da ausência de impugnação pela via recursal; e coisa julgada material, pois obsta o ajuizamento de nova ação envolvendo as mesmas partes e consubstanciada nos mesmos fundamentos e causa de pedir.

Por certo, não se verifica plausível renovar ação anteriormente extinta em virtude da ilegitimidade ativa sem que seja regularizado o vício, já que sobre este aspecto recai o instituto da coisa julgada. Embora essa análise enseje uma certa discussão em torno da coisa julgada formal e material, impõe-se preservar a segurança jurídica reconhecendo-se que a solução do processo anterior, ainda que relativa às condições da ação, deve ser, necessariamente, observada na demanda posterior.

Ora, seria ignorar totalmente o princípio da segurança jurídica proferir-se duas decisões com conteúdos distintos em processos praticamente idênticos, exceto quanto ao rito. Assim, para que a presente demanda pudesse ser processada seria imprescindível que o autor, ora apelante, corrigisse o vício inerente à sua ilegitimidade ativa, o que não ocorreu.

Nesse sentido, leciona o eminente magistrado e doutrinador catarinense Hélio do Valle Pereira:

É correto dizer que uma vez transitada em julgada a decisão, desde que ausente inovação do mérito (art 267), pode a parte reiterar o pleito. Há simples coisa julgada formal, que não impede a repropositura de idêntica pretensão (art. 268: item 184.1).

A afirmação, todavia, deve ser bem compreendida. A extinção do processo sem análise do mérito decorre da detecção de causa impeditiva do seu prosseguimento. É inimaginável que a nova ação a ser proposta permaneça maculada por idêntico vício. De tal sorte, fulminado o feito por falta de recolhimento das custas iniciais, é intuitivo que pleito poderá ser renovado, mas na pressuposição de que expungido o obstáculo precedente. Extinto o processo por ausência de representação do advogado (art. 37), a parte poderá novamente ingressar em juízo, agora apresentando o instrumento de mandado - e assim sucessivamente.

Ocorre que o art. 267 traz algumas hipóteses que envolvem, na realidade, o mérito. É o que se passa com o reconhecimento de plano da prescrição (art. 267, inc. I, c/c o art. 295). Aí, como já dito, o julgamento é realmente de

mérito e existe coisa julgada material, de sorte que o pedido não pode ser renovado (item 161.6).

Situação curiosa se refere às condições da ação. Quase pacificamente entende-se que a decisão a este respeito envolve matéria de mérito. Correto, por conseguinte, que decreta a carência de ação, não fica o autor inibido de novamente vindicar a questão de direito material. Imagine-se, porém, que tenha sido reconhecida a ilegitimidade passiva. É evidente que a mesma pretensão poderá ser novamente apresentada em juízo, mas agora contra a parte efetivamente legitimada a responder à demanda. Se houve manifestação do direito de ação em face da mesma parte primitiva, o juiz do segundo processo não pode desautorizar a decisão precedente. Há coisa julgada. Um dos fundamentos que podem ser invocados para sustentar este raciocínio é que na realidade, as condições de ação pertinem com o mérito, conforme alertado antes. (PEREIRA, Hélio do Valle. Manual de Direito Processual Civil – Roteiros de Aula. 2. ed. Florianópolis: Conceito, 2012, pp. 722-723). (grifei)

Acerca do assunto, decidiu o c. Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSO CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA. EXTINÇÃO DO PROCESSO. ILEGITIMIDADE ATIVA AD CAUSAM. REPETIÇÃO DA AÇÃO. COISA JULGADA.

1. *A extinção do processo, sobre ser com ou sem resolução de mérito, condiciona-se ao conteúdo do decisum, sendo de somenos a denominação que lhe empresta o juízo.*
2. *O processo deve ser extinto, sem resolução de mérito, quando não concorrerem quaisquer das condições da ação, como a possibilidade jurídica do pedido, a legitimidade das partes e o interesse processual (CPC, art. 267, VI).*
3. *In casu*, a recorrente impetrou mandado de segurança pretendendo o reconhecimento do excesso que pagou a título de COFINS e de PIS nas operações relativas a aquisição de combustíveis, sendo certo que o primeiro writ restou extinto, sem resolução de mérito, sob o fundamento de ilegitimidade ativa ad causam, *verbis*: Como se vê, a parte autora, empresa adquirente de

combustíveis, é manifestamente ilegítima para pretender ressarcimento por tributos pagos pela refinaria. Ante o exposto, reconheço a carência de ação por falta de legitimidade ativa e extingo o processo sem exame de mérito”. (fl. 1.427)

4. À luz do contexto decisório afere-se que o tribunal negou à parte o próprio direito material à compensação, gerando a eficácia preclusiva do julgado.

5. *Conforme cediço na doutrina: A preclusão veda a rediscussão da causa noutro processo idêntico - isto é, com identidade dos elementos de identificação das ações (sujeito, pedido e causa petendi) - ou noutra demanda onde se vise, por via oblíqua, a infirmar o resultado a que se chegou no processo anterior. É a denominada eficácia preclusiva da coisa julgada retratada pelo art. 474 do Código de Processo Civil e consubstanciada na máxima tantum judicatum quantum disputatum vel quantum disputari debebat. Em regra a preclusão é incondicionada: opera-se objetivamente, independente do resultado do processo. Assim é que a eventual discussão incompleta da causa não influi no grau de imutabilidade do julgado, tanto mais que o compromisso da coisa julgada é com a estabilidade social e não com a justiça da decisão ou sua compatibilidade com a realidade, porque esta não se modifica pela sentença. A realidade é a realidade. O juízo é de veracidade ou de verossimilhança, conforme a coincidência do que se repassou para o processo em confronto com a vida fenomênica* (Luiz Fux, Curso de Direito Processual Civil, 3ª ed., p. 252).[...] (Resp 915907/SC, 1ª Turma, rel. Min. Luiz Fux, j. 08.09.2009). (grifei)

Do eg. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, colhe-se:

APELAÇÃO CÍVEL. COMPLEMENTAÇÃO DE AÇÕES. BRASIL TELECOM S/A. COISA JULGADA.

A extinção do processo sem julgamento do mérito por carência de ação, por ilegitimidade ativa ad causam, não impede que o demandante intente novamente a ação, ao teor do disposto no art. 267, VI, c/c 268, do CPC. Contudo, “a repropositura não é admitida de forma automática, devendo implementar-se o requisito faltante que ocasionou a extinção do processo”

(Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery. Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante, São Paulo: RT, 7ª ed., 2003, p. 638, nota nº 1 ao art. 268 do CPC).

In casu, foi reconhecida a ilegitimidade ativa do acionista em ação anterior, com trânsito em julgado, não sendo possível o ajuizamento de outra ação idêntica, sob pena de ofensa do instituto da coisa julgada.

APELAÇÃO CÍVEL DESPROVIDA. UNÂNIME. (AC n. 70049337504, Vigésima Terceira Câmara Cível, Rel. Des. João Barcelos de Souza Junior, j. 14-8-2012). (grifei)

APELAÇÃO CÍVEL. NEGÓCIOS JURÍDICOS BANCÁRIOS. AÇÃO DECLARATÓRIA DE NULIDADE DE TÍTULO C/C INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA. DEFERIMENTO. [...]. PRELIMINAR. COISA JULGADA.

É certo que a extinção do feito, sem julgamento do mérito, exceto no caso do art. 267, inciso V, do CPC, não obsta que a parte intente de novo a ação (art. 268, CPC). *Todavia, a ação novamente intentada não poderá ser idêntica aquela que foi julgada extinta sem a análise do mérito, sob pena de permitir à parte que não obteve sucesso na primeira ação, novamente ajuizar a mesma ação ad eternum, até que o feito seja distribuído a outro magistrado com entendimento contrário ao juízo que extinguiu o feito sem julgamento do mérito. Precedente do STJ. Reconhecida a ilegitimidade passiva em ação anterior, com trânsito em julgado, não é possível o ajuizamento de outra ação idêntica, sob pena de ofensa do instituto da coisa julgada. [...]* (AC n. 70053122198, Décima Quinta Câmara Cível, Rel. Des. Otávio Augusto de Freitas Barcellos, j. 12-6-2013). (grifei)

E, deste Aerópago:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS. AÇÃO IDÊNTICA (MESMAS PARTES, PEDIDOS E CAUSA DE PEDIR) TRANSITADA EM JULGADO, RECONHECENDO A ILEGITIMIDADE PASSIVA AD CAUSAM (ART. 267, VI, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL). NOVA DEMANDA AJUIZADA

EM DESFAVOR DAS MESMAS PESSOAS. COISA JULGADA RECONHECIDA. SENTENÇA EXTINTIVA MANTIDA (ARTS. 267, V, E 301, VI, § 2º E 3º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL). RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. [...] (Apelação Cível n. 2010.074389-5, de Herval D'Oeste, rel. Des. Stanley da Silva Braga, j. 18-07-2013). (grifei)

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO ORDINÁRIA DE ADIMPLEMENTO CONTRATUAL. BRASIL TELECOM S.A. EXTINÇÃO NA ORIGEM. COISA JULGADA. PRETENSÃO ANTERIORMENTE AJUIZADA E EXTINTA SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO POR ILEGITIMIDADE ATIVA. CONFORMISMO. TRÂNSITO EM JULGADO.

NOVA DEMANDA. IDENTIDADE DE PARTES, PEDIDO E CAUSA DE PEDIR (ART. 301, § 2º, DO CPC). IMPOSSIBILIDADE DE REDISCUSSÃO DA MATÉRIA. SENTENÇA MANTIDA. RECURSO DESPROVIDO. PREQUESTIONAMENTO. DESNECESSIDADE DE PRONUNCIAMENTO SOBRE TODOS OS DISPOSITIVOS LEGAIS E PRINCÍPIOS APONTADOS PELO RECORRENTE. (Apelação Cível n. 2013.023608-3, de Chapecó, rel. Des. Luiz Cesar Schweitzer, j. 10-09-2013). (grifei)

Não destoa o entendimento deste Órgão Fracionário:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS.

RECURSO ADESIVO. INTERPOSIÇÃO PELA RÉ. MAJORAÇÃO DOS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. IMPOSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA. NÃO CONHECIMENTO DO ADESIVO.

RECURSO PRINCIPAL. COISA JULGADA EM FACE DO TERCEIRO DEMANDANTE. ILEGITIMIDADE ATIVA DECLARADA EM AÇÃO ANTERIOR. COISA JULGADA FORMAL QUE IMPEDE O AJUIZAMENTO DE NOVA DEMANDA PARA BUSCAR O INTENTO PRETENDIDO EM DESFAVOR DA MESMA PARTE. INVIABILIDADE DE CORREÇÃO DE VÍCIO QUE LEVA A CONFUSÃO DA

COISA JULGADA FORMAL COM A MATERIAL. ADOÇÃO DO PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA.

É de ser reconhecida a coisa julgada, pela existência de anterior sentença terminativa transitada em julgado declarando a ilegitimidade ativa de parte, pois a questão ‘formal’ na espécie se reveste em ‘material’, decorrente da impossibilidade de superação de vício.

“...reconhecer que o autor não tem o direito que pretende fazer atuar em juízo é a forma mais completa de compor a lide e solucionar definitivamente a controvérsia entre os litigantes pela declaração negativa de certeza sobre a relação jurídica material litigiosa.” (Humberto Theodoro Júnior). Assim, esta situação leva ao que se diz coisa julgada e impede reeditar o pedido com a mesma causa de pedir, pedido e em desfavor das mesmas pessoas.

“A razão jurídica da coisa julgada é a segurança das decisões, que ficaria seriamente comprometida se houvesse a possibilidade de rediscutir questões julgadas em caráter definitivo. Ela encerra, de uma vez por todas, a controvérsia ou o conflito levado a juízo” (Marcos Vinicius Rios Gonçalves).

[...]

Recurso principal conhecido e improvido. Recurso adesivo não conhecido. (Apelação Cível n. 2012.037779-5, de Blumenau, rel. Des. Guilherme Nunes Born, j. 29-08-2013). (grifei)

Voltando-se ao caso concreto, como ponderado na sentença proferida nos autos da ação de cobrança n. 038.01.002943-2, o título de crédito sub judice foi emitido por Pedras Fernandes Ltda. ME. nominalmente em favor de Pedras Real (fl. 6).

Ademais, a simples anotação do nome do representante legal da beneficiária no verso da cheque não pode ser considerada espécie de endosso em branco para o autor, ora apelante, o que lhe retira a legitimidade para buscar em juízo a cobrança do valor descrito na cártula.

Percebe-se, outrossim, que a alegação de endosso em branco sequer foi suscitada na inicial.

Salienta-se, ainda, nesta ação, o autor não impugnou a condição fática que, na demanda anterior, acarretou o reconhecimento da ilegitimidade ativa, limitando-se a mencionar que lançou firma no verso do título a fim de demonstrar a sua qualidade de “cessionário” (entenda-se: endossatário).

Ora, seria subestimar a inteligência do julgador afirmar que a questão da ilegitimidade ativa estaria superada por ter o próprio autor lançado sua assinatura no verso da cártula.

Diante disso, sabendo que, em anterior demanda com identidade de partes, pedido e causa de pedir, foi decretada a ilegitimidade ativa do demandante, ora apelante, não pode ele renovar a mesma ação sem inovar em seus argumentos e sem corrigir o vício apontado, sob pena de ofensa à coisa julgada.

Por se tratar de matéria de ordem pública, o reconhecimento da coisa julgada pode ocorrer mesmo de ofício, consoante reza o artigo 267, inciso V, § 3.º, do Código de Processo Civil, o que leva à extinção da presente ação monitória, porém, por fundamento diverso do consignado no decisum hostilizado.

Colhe-se da doutrina:

Exame de ofício. Como são matérias de ordem pública, as causas de incisos IV (pressupostos processuais), V (coisa julgada, litispendência e preempção), VI (condições da ação) podem ser alegadas a qualquer tempo e grau de jurisdição, porque não acobertadas pela preclusão, e devem ser examinadas de ofício pelo juiz ou tribunal” (NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de processo civil e legislação extravagante*. 10. ed. rev., ampl. e atual. até 01.10.2007. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 505).

2 – Ante o exposto, voto no sentido de reconhecer, de ofício, a violação à coisa julgada, mantendo-se incólume a sentença extintiva, porém, por fundamento diverso, qual seja, o disposto no art. 467 c/c art. 267, V, ambos do Código de Processo Civil, restando prejudicada a análise do recurso.

Este é o voto.

Apelação cível n. 2011.059299-2, de Rio do Campo

Relator: Des. Jânio Machado

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO COMINATÓRIA. ABSTENÇÃO DE USO DE NOME EMPRESARIAL. DIREITO DE MARCAS E PATENTES. LEI N. 9.279, DE 14.5.1996. DIREITO AO USO DE MARCA MISTA, QUE É FORMADA DE FIGURAS E PALAVRAS, SEM DIREITO AO USO EXCLUSIVO DA PALAVRA “VIDA E SAÚDE”. PRETENSÃO DE PROIBIÇÃO, POR PARTE DA AUTORA, DO USO DA MARCA “VIDA E SAÚDE”. INVIABILIDADE DA PRETENSÃO SE O DIREITO MARCÁRIO NÃO FOI VIOLADO E, TAMPOUCO, NÃO ESTÁ CONFIGURADA A PRÁTICA DA CONCORRÊNCIA DESLEAL. INEXISTÊNCIA DE CONFUSÃO ENTRE OS PRODUTOS. ADEMAIS, IMPOSSIBILIDADE DE SE CONFERIR PROTEÇÃO A PALAVRAS DE USO COMUM, EXCETO QUANDO REVESTIDAS DE SUFICIENTE FORMA DISTINTIVA. SENTENÇA MANTIDA POR SEUS PRÓPRIOS FUNDAMENTOS. RECURSO DESPROVIDO.

O que o direito protege é a marca validamente registrada no órgão competente. A palavra de uso comum, como é “Vida e Saúde”, isoladamente, não confere direito a quem quer que seja.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de apelação cível n. 2011.059299-2, da comarca de Rio do Campo (Vara Única), em que é apelante Laboratório Industrial Vida e Saúde Ltda., e apelada Laboratório Flor do Campo Ltda. ME:

A Quinta Câmara de Direito Comercial decidiu, por unanimidade, negar provimento ao recurso. Custas legais.

O julgamento, realizado no dia 3 de outubro de 2013, foi presidido pelo desembargador Cláudio Valdyr Helfenstein, com voto, e dele participou a desembargadora Soraya Nunes Lins.

Florianópolis, 7 de outubro de 2013.

Jânio Machado
RELATOR

RELATÓRIO

Laboratório Industrial Vida e Saúde Ltda. ajuizou “ação ordinária de abstenção de uso de nome empresarial, de personalidade e de marca, cumulada com concorrência desleal e antecipação de tutela específica” contra Laboratório Flor do Campo Ltda. – Chá Chines sob o fundamento de que tem a titularidade da expressão “Vida e Saúde”, concedida pela Junta Comercial do Estado de Santa Catarina – Jucesc, bem como pelo Instituto Nacional da Propriedade Industrial – INPI, e a requerida a tem utilizado de forma indevida e desautorizada.

O pedido de antecipação da tutela foi indeferido (fls. 75/76).

A requerida apresentou contestação (fls. 97/147), que foi impugnada (fls. 151/164). Na sequência, o digno magistrado Mônani Menine Pereira proferiu sentença (fls. 165/170), o que fez nos seguintes termos:

“Ante o exposto e do que mais dos autos consta, JULGO IMPROCEDENTES os pedidos da parte autora.

CONDENO a ré ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, este fixados em 10% do valor da causa.” (o grifo está no original).

Os embargos de declaração opostos pela autora (fls. 174/187) foram rejeitados (fl. 189).

Irresignada, a autora interpôs recurso de apelação cível (fls. 192/209) argumentando com a necessidade de reforma da sentença porque não observou “os ditames legais atinentes à espécie”, uma vez que foi apresentada “dentro do prazo e formas legalmente estabelecidos prova documental incontestes”, esta que “não constituiu objeto de análise por parte do JUÍZO A QUO”, o que causou prejuízo aos seus direitos e garantias fundamentais.

Com a resposta da apelada (fls. 214/223), os autos vieram a esta Corte.

VOTO

A ação de preceito cominatório - abstenção de uso de nome empresarial - foi proposta em 16.6.2010, buscando a autora o direito de uso exclusivo da expressão “Vida e Saúde”, bem como a indenização por danos patrimoniais e extrapatrimoniais pelo seu uso indevido e desautorizado.

A apelante tem o seguinte código e correspondente descrição da atividade econômica principal: “10.99-6-05- Fabricação de produtos para infusão (chá, mate, etc.)” (fl. 28). De sua vez, a apelada ostenta os seguintes dados: “21.21-1-02- Fabricação de medicamentos homeopáticos para uso humano” (fl. 69).

Consta dos autos a cópia dos “detalhes do processo” das marcas requeridas pela apelante junto ao Instituto Nacional da Propriedade Industrial – INPI:

1) processo n. 821782169 – marca “Laboratório Industrial Vida e Saúde”, “mista”, classes 30:20 e 40:15, e “apostila”: “SEM DIREITO AO USO EXCLUSIVO DOS ELEMENTOS NOMINATIVOS” (fls. 43 e 111/112);

2) processo n. 821188909 – marca “Laboratório Vida & Saúde”, “mista”, classe 40:15 e “apostila”: “SEM DIREITO AO USO EXCLUSIVO DA PALAVRA ‘LABORATÓRIO’” (fls. 44 e 113);

3) processo n. 818781866 – marca “Helionário do Brasil”, “mista”, classe “NCL (7) 05” e “apostila”: “SEM DIREITO AO USO EXCLUSIVO DA PALAVRA ‘BRASIL’” (fls. 45 e 114);

4) processo n. 821188763 – marca “Helionáir”, “mista” e classe “NCL (8) 30” (fls. 46 e 115).

Às fls. 107/108 e 110, foi exibida a cópia dos “detalhes do processo” da marca requerida pela apelada:

1) processo n. 820843210 – marca “Chá Chinês Vida e Saúde”, “mista”, classe 30:20 e “apostila”: “SEM DIREITO AO USO EXCLUSIVO DA EXPRESSÃO ‘CHÁ CHINÊS’”.

Feitas essas delimitações, a decisão combatida não merece qualquer censura, subsistindo a partir dos seus próprios fundamentos, a razão de aqui ser transcrita, com a vênia do ilustre prolator, o juiz Mônani Menine Pereira, e em conformidade com a autorização encontrada no artigo 150 do Regimento Interno desta Casa:

“Analisando os autos, observo que a parte autora tem denominação social junto a JUCESC como ‘LABORATÓRIO INDUSTRIAL VIDA E SAÚDE’ (fls. 30).

Consta ainda que a demandante solicitou registro da expressão marcária ‘LABORATÓRIO INDUSTRIAL VIDA E SAÚDE’ no INPI em 08/09/1999, conforme fls. 43, 111 e 112, sendo apostilada a ressalva de que não lhe foi conferido direito ao uso exclusivo do elemento nominativo ‘Vida e Saúde’ (fls. 136-137). Conforme ainda as fls. 43, 111 e 112, a marca da parte autora é do tipo de apresentação ‘Mista’, ou seja, combina elementos nominativos e elementos figurativos ou de elementos nominativos, cuja grafia se apresente de forma estilizada. No caso, a expressão ‘Laboratório Industrial VIDA e SAÚDE’ sobreposta a uma folha.

A requerida, de outro lado, tem como denominação social junto a JUCESC ‘LABORATÓRIO FLOR DO CAMPO’.

Verifico ainda que a ré requereu o registro da expressão marcária ‘CHÁ CHINÊS VIDA E SAÚDE’ no INPI em 11/08/1998, conforme fls. 108, sendo apostilada ainda a ressalva de que não lhe foi conferido direito ao uso exclusivo do elemento nominativo ‘CHÁ CHINÊS’. Assim como da autora, a marca da requerida é do tipo de apresentação “Mista”, sendo a expressão ‘CHÁ CHINÊS VIDA E SAÚDE’ sobreposta a uma folha.

O baralhamento, então, seria duplamente circunstancial.

Primeiro, os litigantes comercializam produtos similares, particularmente ‘chás’, sendo a ré ainda detem a marca ‘CHÁ CHINÊS’, enquanto a autora faz uso da marca ‘CHÁ CHILENO’.

Segundo, observo que as partes, ao promoverem comercialmente seus produtos, fazem uso da mesma parcela da marca com apresentação ‘Mista’, diga-se, enquanto a autora propaga o ‘Chá Chileno’ usando a expressão ‘VIDA e SAÚDE’ sobreposta em uma folha (fls. 47-48), a ré, de igual forma, promove o ‘Chá Chinês’ com a mesma frase ‘VIDA e SAÚDE’ agregada na idêntica folha (fls. 71-79).

Enfim, a confusão residiria justamente no emprego da expressão ‘VIDA e SAÚDE’ associada ao mesmo elemento figurativo, ou seja, a folha com idêntico desenho (folha de ‘espinaheira santa’).

No ponto, à míngua de qualquer certificado do INPI nos autos, observo nenhuma das partes detém o uso exclusivo da expressão ‘Vida e Saúde’, assim como possivelmente não detenham a mesma exclusividade sobre ‘Chá Chileno’ e ‘Chá Chinês’. E a razão é singela: são expressões de uso comum, normalmente empregadas para designar uma característica do produto ou serviço quanto à sua natureza, nacionalidade e qualidade (art. 124, inc. VI da Lei 9.279/96).

Ressalta-se, ademais, que o INPI avaliou os pedidos dos litigantes nos registros de suas marcas e concluiu haver plausibilidade na convivência mercadológica das duas denominações. Tal providência, aliás, reveste-se de presunção de legalidade, atributo próprio do ato administrativo.

Destarte, parece evidente que o caso não revela propriamente uma colidência de marcas comerciais a justificar qualquer declaração de nulidade de registro, abstenção de uso de nome empresarial ou condenação por concorrência desleal.

Em tese, estar-se-ia apenas diante da inserção de traços similares à marca registrada pela autora (no caso, o emprego da expressão 'VIDA e SAÚDE' associada ao desenho de uma folha desenho) na propaganda de produtos da ré.

No ponto, segundo os registros das marcas dos litigantes no INPI (fls. 43 e 107), somente aquela (marca) da demandante, combinando o elemento nominativo 'VIDA E SAÚDE' com o elemento figurativo da folha de 'espíndea santa' mediante a sobreposição, se mostra idêntica à propaganda posta em seus produtos. No registro da marca da ré, verifica-se, inexistente o elemento nominativo 'VIDA E SAÚDE', mas sim a expressão 'CHÁ CHINÊS' sobreposta ao elemento figurativo da folha de 'espíndea santa'.

Contudo, estimo que não se pode afirmar, à luz daquela singela constatação, que os anúncios da requerida adotam a marca da autora.

Cabe referir, de início, que a demandante não demonstra nos autos, como lhe era de rigor, que detenha exclusividade no uso do elemento nominativo 'VIDA E SAÚDE' com o elemento figurativo da folha de 'espíndea santa' mediante a sobreposição. Na marca registrada consta a expressão 'Laboratório Industrial VIDA e SAÚDE' sobreposta a uma folha (fls. 43).

De outro lado, a proteção às marcas, claro, tem como escopo evitar a concorrência desleal, evitando que um indivíduo se aproveite, no desempenho de sua atividade mercantil, de bem pertencente a terceiro. Tanto mais quando é corrente que a marca constitui justamente um dos elementos objetivos de identificação que o público tem para selecionar e adquirir produtos ou serviços colocados no mercado consumidor, tendo este clareza ao distingui-los.

Proibi-se, então, o registro de sinal idêntico ou semelhante à marca alheia registrada, para distinguir ou certificar produtos ou serviços iguais, similares ou afins.

A regra do direito marcário, que se conhece por princípio da especificidade, tem o objetivo de impedir a confusão entre os consumidores acerca dos produtos ou serviços disponíveis no mercado. Se houver possibilidade de os

consumidores os confundirem, as marcas adotadas não podem ser iguais ou semelhantes. (Fábio Ulhoa Coelho, Curso de Direito Comercial, volume 1, 10ª edição, ano 2006, p. 159)

Registre-se, porém, 'não ser qualquer assemelhação vetada, mas sim aquela semelhança capaz de gerar confusão ou associação indevida do sinal registrado com a marca alheia registrada.' (Claudiney de Ângelo, Marcas - Anotações Práticas e Teóricas, ano 2000, p. 44).

Segundo Maurício Lopes de Oliveira, existem duas regras de verificação do risco de confusão, a regra da impressão de conjunto e a regra da teoria da distância:

Regra de impressão em conjunto:

Os elementos constitutivos da marca, que impressionam os sentidos do consumidor, não podem ser examinados isoladamente e nem de maneira minuciosa.

(...)

É preciso acrescentar ainda que a marca forma um todo indivisível; logo, assim como a melodia só é sentida pelo seu conjunto e não devido a existência de uma nota musical tão-somente, devem ser considerados conjuntamente os elementos de uma marca ao julgá-la semelhante a uma outra.

(...)

Além do mais, a apreciação do risco de confusão entre marcas semelhantes deve ocorrer sucessivamente, ou seja, o examinador não deve colocá-las lado a lado e observá-las ao mesmo tempo. Ora, levando-se em conta que no seu dia-a-dia, o consumidor não tem as marcas simultaneamente na sua frente, o juiz, ao questionar-se se a impressão provocada pela primeira é a mesma causada pela segunda marca, deve analisar uma e depois a outra, sucessivamente.

Regra de teoria da distância:

Na aplicação da teoria da distância, é necessário levar-se em conta o poder de distinção que a marca precedente exerce sobre os consumidores. Talvez seja até possível a coexistência pacífica de uma marca registrada com outra semelhante, sem o risco de causar confusão, juntamente em razão da sua fraca eficácia distintiva.

(...)

A preexistência de marcas semelhantes identificando produtos ou serviços idênticos cria uma sensibilidade mais aguçada no consumidor, de modo que a distinção entre elas será realizada facilmente, sem qualquer risco de confusão.

Dessume-se das regras mencionadas, a necessidade de se analisarem as marcas por todos os elementos que a compõe, pois há uma fusão indissociável e sinérgica dos termos que a formam. (Propriedade Industrial: o Âmbito de Proteção à Marca Registrada. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2000, pág. 16/19).

No caso concreto, penso, embora as partes comercializem produtos dentro do mesmo segmento mercadológico, é perceptível a diferença das marcas, porquanto, em que pese o uso do elemento nominado 'VIDA E SAÚDE' que associado ao figurativo da folha, observo às fls. 47-48 e 141-144 que as mercadorias são apresentadas com outros elementos identificadores (logomarca, nome empresarial) não esbarrando no princípio da especificidade a ponto de feri-lo.

Em assim sendo, se a parte autora não detém direito exclusivo de utilização dos elementos nominativos de sua marca ('VIDA e SAÚDE'), e se a requerida não faz uso da marca registrada, mas apenas dos elementos nominados, ainda que associado ao figurativo da folha de 'espinheira santa' que também lhe é próprio, bem como as marcas são a individualizar os produtos fabricados por cada uma das partes, afastando risco de confusão aos consumidores, resta inviável o acolhimento do pedido." (o grifo está no original).

Tema semelhante foi examinado na Câmara, prevalecendo a compreensão de que palavras de uso comum não estão protegidas pela Lei de Marcas e Patentes:

“APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO COMINATÓRIA CUMULADA COM PEDIDO DE INDENIZAÇÃO. MARCAS E PATENTES. LEI N. 9.279, DE 14.5.1996. DIREITO AO USO DE MARCA MISTA, QUE É FORMADA DE FIGURAS E PALAVRAS, SEM DIREITO AO USO EXCLUSIVO

DA PALAVRA 'CASA'. PRETENSÃO DE PROIBIÇÃO, POR PARTE DA REQUERIDA, DO USO DA MARCA 'CASA IN', QUE AINDA SE FAZ ACRESCER DA EXPRESSÃO 'BY KARSTEN' E DE COR IDENTIFICATIVA. INVIABILIDADE DA PRETENSÃO COMINATÓRIA SE O DIREITO MARCÁRIO NÃO FOI VIOLADO E, TAMPOUCO, NÃO ESTÁ CONFIGURADA A PRÁTICA DA CONCORRÊNCIA DESLEAL. INEXISTÊNCIA DE CONFUSÃO ENTRE OS PRODUTOS. ADEMAIS, IMPOSSIBILIDADE DE SE CONFERIR PROTEÇÃO A PALAVRAS DE USO COMUM, EXCETO QUANDO REVESTIDAS DE SUFICIENTE FORMA DISTINTIVA. SENTENÇA MANTIDA POR SEUS PRÓPRIOS FUNDAMENTOS. RECURSO DESPROVIDO.

O que o direito protege é a marca validamente registrada no órgão competente. A palavra de uso comum, como é 'casa', isoladamente, não confere direito a quem quer que seja." (apelação cível n. 2008.073359-8, de Blumenau, de minha relatoria, j. em 19.7.2012. Disponível em: <<http://www.tjsc.jus.br>>. Acesso em: 16 set. 2013).

Com essas considerações, nega-se provimento ao recurso.

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 5º, incisos II, X, XII, XXIX e LIV, § 1º, e 60, § 4º, inciso IV, ambos da Constituição Federal, ao artigo 20 do Código de Processo Civil e aos artigos 124, inciso VI, XIX, e 195, incisos III, IV, V e VI, ambos da Lei n. 9.279/96, os quais foram, mesmo que implicitamente, aqui examinados.

TERCEIRA CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO

APELAÇÃO CÍVEL

Apelação Cível n. 2013.005566-5, de Curitiba

Relator: Des. Carlos Adilson Silva

RESPONSABILIDADE CIVIL. LOMBADA NA VIA. AUSÊNCIA DE SINALIZAÇÃO ADEQUADA. QUEDA DE CICLISTA, QUE VEIO A ÓBITO POR TRAUMATISMO CRÂNIO ENCEFÁLICO. CONFIGURAÇÃO DA OMISSÃO ESPECÍFICA DO PODER PÚBLICO. APLICAÇÃO DA TEORIA OBJETIVA. NEXO CAUSAL ENTRE O ACIDENTE E A OMISSÃO DO MUNICÍPIO DE CURITIBANOS NA CONSERVAÇÃO E FISCALIZAÇÃO DA VIA PÚBLICA. DEVER DE RESSARCIR OS DANOS MORAIS E MATERIAIS CARACTERIZADO, À MÍNGUA DA EXISTÊNCIA DE CAUSAS EXCLUDENTES DA RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA DO ENTE MUNICIPAL.

“A implantação de lombada em via municipal sem a necessária sinalização legal configura omissão específica do ente público, em razão da inobservância ao seu dever individualizado de agir’ (Ap. Cív. n. 2008.032286-9, rel. Des. Luiz César Medeiros, j. 12-8-2008)” (Apelação Cível n. 2012.061352-9, de Criciúma, rel. Des. Cesar Abreu, j. em 13/11/2012).

PENSÃO MENSAL FIXADA DE ACORDO COM CRITÉRIO SEDI-MENTADOS E PACIFICADOS PELA DOCTRINA E JURISPRUDÊNCIA: TERMO FINAL AOS 25 ANOS DE IDADE PARA O FILHO MENOR E AO DIA EM QUE O DE CUJUS COMPLETARIA 70 ANOS PARA A PENSÃO DEVIDA À VIÚVA. DIREITO DE ACRESCER. IMPOSSIBILIDADE, CONTUDO, DE SE UTILIZAR O SALÁRIO MÍNIMO COMO INDEXADOR DE CORREÇÃO MONETÁRIA. EFEITOS

DA MORA E CORREÇÃO MONETÁRIA PELA TAXA SELIC A PARTIR DO ARBITRAMENTO, ATÉ A DATA DA ENTRADA EM VIGOR DA LEI N. 11.960/2009. PARCELAS VINCENDAS QUE DEVERÃO SER ATUALIZADAS PELOS ÍNDICES DA RESPECTIVA CATEGORIA PROFISSIONAL. NECESSIDADE, ADEMAIS, DE SE RESGUARDAR EVENTUAL DIREITO A SER RECONHECIDO EM FAVOR DO AUTOR DA AÇÃO DE INDENIZAÇÃO N. 022.13.001102-0, SEM PREJUÍZO DO DIREITO DE ACRÉSCIMO. CONEXÃO ENTRE AS CAUSAS QUE, A DESPEITO DA PREJUDICIALIDADE EXTERNA, NÃO IMPEDE O JULGAMENTO DO PROCESSO NO ESTADO EM QUE SE ENCONTRA. VERBA DE NATUREZA ALIMENTAR, NECESSÁRIA AO ATENDIMENTO DAS NECESSIDADES VITAIS BÁSICAS. RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO.

“(…) quanto à primeira prestação da pensão alimentícia, os juros de mora e a correção monetária, devidos desde a data do evento danoso (…), serão balizados pela Taxa Selic até a data da publicação da Lei n. 11.960/09 (30.06.2009), quando deve ser substituída pelos índices aplicáveis à caderneta de poupança. Em relação às demais parcelas, os juros de mora e a correção monetária devem incidir a partir de cada vencimento, balizados pela Taxa Selic, até a vigência da Lei n. 11.960/09 (30.06.2009), ocasião em que devem incidir os índices da sobredita aplicação financeira.” (Apelação Cível n. 2013.028925-9, de Campos Novos, rel. Des. Luiz César Medeiros, j. em 23/07/2013).

Quanto às parcelas vincendas, “(...) justa e possível a utilização do salário da vítima como base de cálculo da pensão mensal indenizatória e a sua respectiva correção anual de acordo com os índices adotados no âmbito da categoria profissional. Se estivesse trabalhando, a expectativa é de que auferiria recursos com base nos mesmos parâmetros.” (Agravado de Instrumento n. 2009.015471-9, de Tubarão, rel. Des. Victor Ferreira, j. em 10/02/2011).

Mesmo que constatada a prejudicialidade externa no que toca à quantificação da pensão mensal, em razão da pendência do julgamento de demanda ajuizada por outro suposto filho da vítima, o processo pode ser julgado imediatamente na excepcional hipótese de as partes, que dependiam economicamente do de cujus, necessitarem da verba para o atendimento de suas necessidades vitais básicas; deve-se, contudo, resguardar o montante cabível a

eventual reconhecimento do direito na demanda prejudicante, sem prejuízo do direito de acréscimo, para o fim de se evitar decisões conflitantes.

RECURSO DOS AUTORES. MAJORAÇÃO DO QUANTUM INDEMNIZATÓRIO ARBITRADO A TÍTULO DE DANOS MORAIS, CONFORME OS PARÂMETROS DESTA CÂMARA. CONSIDERAÇÃO, ADEMAIS, DOS POSTULADOS DA PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE APLICÁVEIS À ESPÉCIE. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

A compensação pelo dano moral deve ser arbitrada no sentido de reconstituir a dor, o sofrimento suportado pelos ofendidos pela perda do ente querido, bem como ser capaz de evitar a reiteração da prática lesiva, sem causar àqueles enriquecimento indevido, mostrando-se indispensável a análise dos fatos concretos apresentados, notadamente quanto à extensão do dano e à capacidade econômica das partes.

REEXAME NECESSÁRIO. CONECTIVOS LEGAIS. JUROS DE MORA A CONTAR DO EVENTO DANOSO (SÚMULA N. 54 DO STJ) E CORREÇÃO MONETÁRIA A PARTIR DO ARBITRAMENTO (SÚMULA N. 362 DO STJ), ATÉ A DATA DA ENTRADA EM VIGOR DA LEI N. 11.960/2009. ÍNDICE APLICÁVEL À CADERNETA DE POUPANÇA.

“As alterações trazidas na Lei n. 9.494, de 10 de setembro de 1997, com a redação dada pela Lei n. 11.960, de 29 de junho de 2009 - que uniformizou a atualização monetária e os juros incidentes sobre todas as condenações judiciais impostas à Fazenda Pública -, possui aplicabilidade imediata, inclusive em relação àquelas demandas ajuizadas anteriormente à edição da novel legislação” (Apelação Cível n. 2013.028925-9, de Campos Novos, rel. Des. Luiz César Medeiros, j. em 23/07/2013).

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2013.005566-5, da comarca de Curitiba (2ª Vara Cível), em que são apes/apdos Guiomar Mattos de Souza e outro, e apdo/apte Município de Curitiba:

A Terceira Câmara de Direito Público decidiu, por votação unânime, dar parcial provimento ao recurso do réu, tão-somente para adequar os índices de reajustes incidentes sobre os valores devidos a título de pensão mensal e determinar que seja resguardado o valor de 1/3 (um terço) da pensão em razão de eventual direito a ser reconhecido em favor do autor da ação de indenização n. 022.13.001102-0, sem prejuízo do direito de acréscimo, e dar provimento ao recurso dos autores, majorando para R\$ 100.000,00 (cem mil reais) o valor da indenização arbitrada a título de danos morais, sendo devidos R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) em benefício de cada, adequando, ainda, em sede de reexame necessário, a correção monetária e os juros de mora incidentes sobre a referida quantia, mediante aplicação dos índices previstos pelo art. 1º-F da Lei n. 9.494/97, com redação dada pela Lei n. 11.960/09. Custas legais.

Participaram do julgamento, realizado nesta data, os Exmos. Srs. Des. Luiz César Medeiros (Presidente) e Des. Pedro Manoel Abreu.

Florianópolis, 12 de novembro de 2013.

Carlos Adilson Silva
RELATOR

RELATÓRIO

Perante a 2ª Vara Cível da Comarca de Curitiba, Guiomar Matos de Souza Luz, por si e representando Y. de S. L., menor impúbere, ajuizaram ação de indenização por danos morais e materiais em face do Município de Curitiba, sob a alegação de que Edson Borba Luz, falecido esposo e pai, respectivamente, teria vindo a óbito em virtude de acidente ocorrido no dia 29/03/2012, por traumatismo crânio encefálico, quando retornava de bicicleta do trabalho para a sua residência e se cho-

cou de forma violenta com uma lombada construída durante o dia e não sinalizada pelo Poder Público, na Rua Walter Schmidt, bairro São Luiz.

Sustentaram que a lombada não recebeu a pintura de marcas oblíquas, nem assim quaisquer cones, faixas ou placas na pista que alertassem os motoristas e ciclistas a respeito do novo obstáculo existente na via, razão pela qual requereram a condenação do réu a pagamento de indenização a título de danos morais e pensão mensal vitalícia no importe de 2/3 (dos terços) dos rendimentos auferido pela vítima (fls. 02-19).

Regularmente citado, o réu apresentou resposta em forma de contestação, alegando que: a) a obra foi devidamente sinalizada; b) na eventualidade de se reconhecer a responsabilidade do Município, deve ser admitida hipótese de culpa concorrente, pois o de cujus não teve a cautela necessária, contribuindo para o acidente; c) não deve ser fixada pensão mensal vitalícia em favor do filho da vítima; d) como termo final da pensão a ser concedida à viúva, deve-se levar em conta a época em que a vítima completaria 70 (setenta) anos; e) não pode ser considerado o valor constante na Carteira de Trabalho quanto ao valor da pensão mensal; e f) o valor de eventual indenização por danos morais deve ser fixado em patamar não superior a 10 (dez) salários mínimos (fls. 50-59).

Houve réplica (fls. 61-83).

Em audiência, procedeu-se a oitiva de 04 (quatro) testemunhas arroladas pelo autor (fls. 104-106) e de 01 (uma) testemunha arrolada pelo réu (fls. 108-110).

Após a apresentação de alegações finais pelas partes (fls. 111-124 e 128-131), o representante do Ministério Público de primeiro grau manifestou-se pela procedência dos pedidos (fls. 133-136).

O MM. Juiz de Direito julgou procedentes os pedidos formulados na inicial, nos seguintes termos (fls. 137-150):

[...]

III - Diante do exposto, JULGO PROCEDENTE os pedidos portais e, em consequência: a) reconheço a responsabilidade do Município de Curitiba pelo óbito da vítima; b) condeno o Município de Curitiba ao pagamento de pensão mensal aos autores, a contar do óbito, no importe de 1/3 dos rendimentos da vítima para cada um (R\$ 315,34 (trezentos e quinze reais e trinta e quatro centavos), sendo que os valores em atraso deverão ser corrigidos pelo INPC e acrescidos de juros de mora de 1% ao mês (cálculo a partir do vencimento de cada parcela). As parcelas vindouras deverão ser acrescidas de correção, no mesmo índice concedido para reajuste do salário mínimo e na mesma época. Os valores devidos à autora serão pagos até a data em que a vítima completaria 70 anos de idade, salvo se falecer antes, contrair novas núpcias ou constituir união estável. Já os valores devidos ao autor serão devidos até que complete 25 anos de idade, salvo se falecer antes, contrair núpcias ou constituir união estável, sendo que em qualquer caso de cessação da obrigação a autora terá o direito de crescer a parcela. Assento, por fim, que para garantir o pagamento da obrigação, os autores devem ser incluídos na folha de pagamento do município. c) condeno o Município de Curitiba ao pagamento de indenização por danos morais no importe de R\$ 40.000,00 (quarenta mil reais) para cada um dos autores, o qual deverá receber a incidência de juros moratórios de 1% ao mês desde o evento danoso até esta data e, a partir de então, tão somente receber a incidência da Taxa Selic (engloba correção monetária e juros moratórios).

Julgo resolvido o processo, com resolução de mérito, forte no art. 269, I, do Código de Processo Civil.

Município é isento do pagamento de custas processuais.

Condeno o requerido ao pagamento de honorários advocatícios, os quais são fixados em 10% sobre o valor atualizado da condenação (montante da pensão mensal atrasada + indenização por dano moral), levando-se em conta que se trata da Fazenda Pública, tudo de acordo com o art. 20, § 4º, do CPC.

P. R. I.

Sentença sujeita a reexame necessário.

Os autores interpuseram recurso de apelação, pugnando exclusivamente pela majoração da quantia fixada a título de danos morais (fls. 154-162).

Após suas contrarrazões (fls. 165-169), o Município de Curitiba também recorreu da sentença, insurgindo-se quanto ao reconhecimento da responsabilidade pelo evento, formulando pedidos sucessivos de reconhecimento de culpa exclusiva da vítima ou, ao menos, da culpa concorrente.

Quanto à pensão mensal fixada na sentença, aduziu que: não restou comprovado o quanto recebia o de cujus em vida, devendo, por isso, ser excluída a verba do montante da condenação, ou então ser excluída a verba destinada a um segundo filho do falecido, que não figura como parte em sentido formal; e não pode ser adotado o salário mínimo enquanto indexador de correção, e sim o índice estabelecido pelo art. 1º-F da Lei n. 9.494/97.

Ainda requereu a minoração do *quantum* indenizatório arbitrado a título de danos morais (fls. 166-173).

Com contrarrazões (fls. 183-196), os autos foram remetidos a esta Corte de Justiça, sendo posteriormente redistribuídos a este Relator, designado para atuar como cooperador junto a este Órgão Fracionário.

Lavrou parecer pela douta Procuradoria-Geral de Justiça o Exmo. Sr. Dr. Francisco Jose Fabiano, manifestando-se no sentido do desprovemento de ambos os recursos e da remessa oficial (fls. 202-207).

O Município de Curitiba peticionou aos autos informando a ocorrência de fato superveniente, consistente no efetivo ajuizamento, em 19/02/2013, de idêntica demanda por outro filho do de cujus (autos n. 022.13.001102-0), cujo desenlace poderá influenciar no *quantum* do pensionamento mensal a ser eventualmente fixado em benefício dos au-

tores, razão pela qual requereu fosse resguardada a terça parte da pensão àquele outro filho, ou então a suspensão do feito até a decisão final na outra ação que foi ajuizada (fls. 218-220).

O processo foi retirado da pauta de julgamentos, determinando-se a intimação dos autores para manifestação acerca de petição de fls. 218-220.

Os autores se manifestaram às fls. 270-271, pugnando pela reinclusão do processo na pauta de julgamentos.

Atentando-se à dicção do art. 82, I, do Código de Processo Civil, deu-se nova vista dos autos à Procuradoria-Geral de Justiça (fl. 274), que opinou pelo julgamento imediato dos recursos, resguardando-se, caso confirmada a sentença, 1/3 (um terço) da pensão mensal para o atendimento de eventual direito ao seu compartilhamento pelo autor da ação de indenização n. 022.13.001102-0, ainda em trâmite na comarca de origem.

Este é o relatório.

VOTO

Tratam-se de apelações cíveis interpostas contra a sentença que, em ação de indenização por danos morais e materiais ajuizada por Guiomar Matos de Souza Luz, por si e representando Y. de S. L., menor impúbere, em face do Município de Curitiba, julgou procedentes os pedidos formulados na inicial, condenando o ente público ao pagamento de pensão mensal aos autores, a contar do óbito, no importe de 1/3 (um terço) dos rendimentos auferidos pela vítima para cada um, assim como danos morais no importe de R\$ 40.000,00 (quarenta mil reais).

Os recursos preenchem os pressupostos extrínsecos e intrínsecos de admissibilidade, razão pela qual devem ser conhecidos.

De salientar, inicialmente, estar a sentença sujeita ao reexame necessário, pois o valor da condenação imposta em primeiro grau – R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais) a título de danos morais, sendo R\$ 40.000,00 (quarenta mil reais) para cada um dos autores, acrescido da pensão mensal e dos consectários legais – supera o valor de alçada estabelecido pelo art. 475, § 2º, do Código de Processo Civil.

I. Recurso do réu (Município de Curitiba):

a) Da responsabilidade pelo evento:

O Município de Curitiba insurgiu-se quanto ao reconhecimento da responsabilidade pelo evento, formulando pedidos sucessivos de reconhecimento de culpa exclusiva da vítima ou, ao menos, da culpa concorrente.

Oportuno ressaltar que o § 6º do art. 37 da Constituição Federal estabelece 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”. Do texto constitucional, extrai-se que a responsabilidade da Administração Pública, em regra, é objetiva, limitada pela teoria do risco administrativo.

O ponto de maior discussão na doutrina e na jurisprudência brasileiras, no entanto, ocorre em relação aos danos causados por conta de omissão do Poder Público, haja vista a dicção da norma, que faz alusão apenas à “ação” estatal. Assim, quando a ocorrência do dano se dá em decorrência de uma omissão do ente público, deve ser aplicada, em regra, a responsabilidade subjetiva, senão vejamos:

Em relação aos atos omissivos, a responsabilidade é subjetiva; ‘assim é porque, para se configurar a responsabilidade pelos danos causados, há de se verificar (na hipótese de omissão) se era de se esperar a atuação do Estado.

Em outro falar: se o Estado omitiu-se, há de se perquirir se havia dever de agir. Ou, então, se a ação estatal teria sido defeituosa a ponto de se caracterizar insuficiência da prestação de serviço' (Lúcia Valle Figueiredo; Celso Antônio Bandeira de Mello, Álvaro Lazari, Maria Sylvia Zanella Di Pietro; RE n. 204.037, Min. Carlos Velloso; Resp n. 721.439, Min. Eliana Calmon) (Apelação Cível n. 2010.012371-8, rel. Des. Newton Trisotto, j. em 11/03/2011).

Todavia, vale lembrar que nem sempre quando a conduta for omissiva a responsabilidade será subjetiva.

Com efeito, será preciso distinguir se o caso versa sobre omissão genérica ou específica. Tratando-se de conduta omissiva genérica, "*o Poder Público não pode ser responsabilizado com fundamento na teoria da responsabilidade objetiva, pois os danos decorrentes de sua inação refogem à égide do controle público. [...] De outro lado, havendo um omissão específica, o Estado deve responder objetivamente pelos danos dela advindos. Logo, se o prejuízo é consequência direta da inércia da Administração frente a um dever individualizado de agir e, por conseguinte, de impedir a consecução de um resultado a que, de forma concreta, deveria evitar, aplica-se a teoria objetiva, que prescinde da análise da culpa*" (Apelação Cível n. 2009.046487-8, rel. Des. Luiz César Medeiros, j. em 15/09/2009).

Há casos em que a omissão do Estado caracteriza-se como genérica, ou seja, em que tinha o ente público um dever geral de ação, porém a sua omissão não foi o elemento que propiciou de forma direta o dano ao particular. Nessas hipóteses, uma vez que não se pode exigir seja o Poder Público onipresente, estando em todos os lugares ao mesmo tempo de modo a evitar todo e qualquer tipo de dano a cada indivíduo de forma particularizada, aplica-se a teoria da responsabilidade subjetiva.

Cita-se como exemplo a ocorrência de uma chuva torrencial, acima

de qualquer média ou previsão razoável, que, por si só, causa danos aos moradores de determinada localidade. O fato, de natureza extraordinária, imprevisível e inevitável que é, não obriga o Estado a agir para impedir todos os possíveis resultados danosos dele decorrentes.

A omissão do ente público, na espécie, não pode ser analisada sob a ótica objetiva, sob pena de admitir-se a sua responsabilização na forma preconizada pela teoria do risco integral.

De outro vértice, há situações em que o Estado tem, sim, a obrigação individualizada de agir e especificamente impedir a consecução do evento lesivo. Nesses casos, a sua inação é uma omissão específica, pois o ente público devia agir de forma direta na circunstância, mas manteve-se inerte, propiciando o resultado final. Nas hipóteses em que o Poder Público tinha o dever de agir individualizada e especificamente e não o fez, possibilitando a ocorrência do dano, a sua inércia torna-se a conduta diretamente responsável por impor o resultado prejudicial ao particular, exatamente como ocorrido na hipótese vertente.

No caso dos autos, verifica-se que a conduta omissiva do Município de Curitiba constituiu o fato gerador da responsabilidade civil do ente público (omissão específica), ou seja, que o réu omitiu-se diante de um dever legal de impedir a ocorrência do dano, pois, como se verá, deixou de sinalizar a existência de uma lombada na pista, dando causa ao acidente que levou à morte o de cujus.

Deve ser aplicada, por consequência, a cláusula de responsabilidade civil objetiva constante do § 6º do art. 37 da Constituição Federal.

A propósito, mudando o que deve ser mudado, em se tratando da omissão do Poder Público em sinalizar de fora adequada as vias públicas, veja-se os seguintes julgados desta Corte:

APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO INDENIZATÓRIA - ACIDENTE DE TRÂNSITO - BURACO EM VIA PÚBLICA - AUSÊNCIA DE SINALIZAÇÃO - OMISSÃO ESTATAL ESPECÍFICA - RESPONSABILIDADE OBJETIVA - NEXO DE CAUSALIDADE ENTRE OS PREJUÍZOS SUPOSTOS E A CONDUTA OMISSIVA DO PODER PÚBLICO DEVIDAMENTE COMPROVADO - INEXISTÊNCIA DE CULPA EXCLUSIVA DA VÍTIMA - DEVER DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA INDENIZAR INARREDÁVEL - DANOS MATERIAIS DEMONSTRADOS - DANOS MORAIS - INVIABILIDADE - MERO DISSABOR - RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

1. *‘Suficientemente demonstrado o nexo causal entre a omissão específica do Poder Público Municipal em sinalizar a existência de obstáculo na pista que ocasionou o evento danoso, e, diante da ausência de comprovação de qualquer uma das causas de exclusão que pudesse eximir a responsabilidade da Administração Pública, impera o dever de indenizar, diante do que dispõe o art. 37, § 6º, da Constituição Federal, pois trata-se de responsabilidade objetiva.’* (AC n. 2006.013026-0, rel. Des. Rui Fortes, j. 13.7.09) (Apelação Cível n. 2009.016435-6, rel. Des. Rodrigo Collaço, j. em 07/06/2011) [grifou-se]

AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. ACIDENTE DE TRÂNSITO. LOMBADA DESPROVIDA DE SINALIZAÇÃO. OMISSÃO DO ENTE PÚBLICO. INOBSERVÂNCIA DA REGRA INSCULPIDA NO ARTIGO 94 DO CÓDIGO DE TRÂNSITO BRASILEIRO. RESPONSABILIDADE CIVIL CONFIGURADA. DEVER DE INDENIZAR. DANOS MATERIAIS DEMONSTRADOS. DANOS MORAIS EVIDENCIADOS. MANUTENÇÃO DO VALOR FIXADO NA SENTENÇA. JUROS DE MORA. CORREÇÃO DE OFÍCIO. RECURSO DESPROVIDO.

“1 A pessoa jurídica de direito público responde objetivamente pelos danos originados em evento propiciado por conta de omissão específica, quando tinha o dever de agir e impedir o resultado danoso.

“2 *A implantação de lombada em via municipal sem a necessária sinalização legal configura omissão específica do ente público, em razão da inobservância ao seu dever individualizado de agir*” (Ap. Cív. n. 2008.032286-9, rel. Des. Luiz César Medeiros, j. 12-8-2008)”. (Apelação Cível n. 2012.061352-9, de Criciúma, rel. Des. Cesar Abreu, j. em 13/11/2012). [grifou-se]

A responsabilidade do Município assenta-se na teoria do risco administrativo, pela qual os demandantes, desde que comprovem a relação de causalidade entre o dano e a omissão do ente público, ficam dispensados de comprovar culpa ou dolo no caso concreto; o Município só poderia se desonerar da responsabilidade de indenizar acaso produzisse prova acerca da ocorrência de culpa exclusiva da vítima ou de fato de terceiro ou, ainda, de caso fortuito ou de força maior.

No caso focado, conforme relatado no Boletim de Ocorrência acostado às fls. 26-27, assim como ratificam os termos de depoimento (fls. 106 e 110) e as fotografias de fl. 42, denota-se que a colocação da lombada apenas foi sinalizada após a ocorrência do sinistro, com a fixação de placas, cones e a pintura da via, no dia 30/03/2012.

Com efeito, consta dos autos que, em 29/03/2012, o de cujus retornava de bicicleta do trabalho para a sua residência, tendo sido surpreendido pela existência de uma lombada que havia sido construída na Rua Walter Schmidt, no bairro São Luiz, na cidade de Curitiba/SC. Também consta dos autos que, ao se deparar com a lombada, foi projetado de forma violenta para o solo, vindo a falecer – infelizmente – dias após a sua internação, por traumatismo crânio encefálico (fl. 35).

Assim, evidenciado onexo causal entre o infortúnio e a omissão do Poder Público, em decorrência da falta de sinalização adequada do obstáculo existente na via, deve o Município ser responsabilizado na forma do § 6º do art. 37 da Constituição Federal.

Não há se falar em culpa exclusiva da vítima ou mesmo em culpa concorrente, tanto que o testemunho de Anderson Menger (fl.110) demonstra que, naquele mesmo dia, diversas motocicletas passaram “pulando” pela lombada e diversos automóveis frearam “em cima” dela. O dado é sintomático e revela que a falta de sinalização adequada na via não

permitia que o novo obstáculo fosse visto pelos motoristas que passavam pelo local, ainda mais à noite, pois o infortúnio ocorreu por volta das 21h30min e o passeio público era mal iluminado pela Prefeitura.

Não fosse o bastante, ainda chama a atenção o aspecto relacionado à *irregularidade técnica* da obra, que não teria observado os parâmetros legais fixados na Resolução n. 39/98 do Conselho Nacional de Trânsito – CONTRAN (fl. 83), pois feita em altura superior ao patamar permitido pela legislação de regência. É o que demonstra o laudo técnico emitido Instituto Geral de Perícias, juntado aos autos às fls. 77-83:

“4 – Da Resposta ao Quesito:

Após os exames periciais realizados e anteriormente expostos, conclui o perito o presente laudo, respondendo ao quesito:

Quesito *Único*: A referida lombada não atende os parâmetros estabelecidos na Resolução do CONTRAN 39/98. Quanto à sinalização vide título 3 – Das Constatações.”

O art. 94 do Código de Trânsito Brasileiro (Lei n. 9.503/97) ainda dispõe que os obstáculos à livre circulação de pessoas e veículos devem ser sinalizados de forma imediata:

Art. 94. Qualquer obstáculo à livre circulação e à segurança de veículos e pedestres, tanto na via quanto na calçada, caso não possa ser retirado, deve ser devida e imediatamente sinalizado.

Parágrafo único. É proibida a utilização das ondulações transversais e de sonorizadores como redutores de velocidade, salvo em casos especiais definidos pelo órgão ou entidade competente, nos padrões e critérios estabelecidos pelo CONTRAN.

E ainda, segundo art. 80 do CTB, não basta a aposição de sinalizado em caráter “*formal*”; e sim que ela seja adequada e visível, cumprindo à finalidade de alertar a quem passa pela via:

Art. 80. Sempre que necessário, será colocada ao longo da via, sinalização prevista neste Código e em legislação complementar, destinada a condutores e pedestres, vedada a utilização de qualquer outra.

§ 1º A sinalização será colocada em posição e condições que a tornem perfeitamente visível e legível durante o dia e a noite, em distância compatível com a segurança do trânsito, conforme normas e especificações do CONTRAN.

§ 2º O CONTRAN poderá autorizar, em caráter experimental e por período prefixado, a utilização de sinalização não prevista neste Código.

A respeito da responsabilidade do Município de Curitiba pelo evento, colhe-se do Parecer do ilustre Procurador de Justiça, Dr. Francisco José Fabiano, cujas razões também adoto como razão de decidir (fls. 202-207):

“[...]”

Pois bem, no caso sub examine, observa-se de forma inequívoca a responsabilidade objetiva do ente municipal apelante, pois vítima Edson Barbosa da Luz, esposo e pai dos autores, após um dia de trabalho, mais precisamente no dia 29 de março de 2012, por volta das 21h30min, retornava de bicicleta para sua residência, trafegando pela Rua Walter Schmidt, Bairro São Luiz, Curitiba, quando surpreendido por uma lombada construída naquele mesmo dia e sem sinalização adequada, ao transpô-la, foi projetado violentamente ao solo, causa de graves lesões, inclusive traumatismo craniano e torácico [sic], que infelizmente o levaram a óbito, após período de internação hospitalar.

Essa lombada construída pela entidade municipal demandada, ora apelante, impende registrar por relevante, conforme demonstra o exame pericial junta-

do às fls. 77-83, elaborado pelo Instituto Geral de Perícias do Estado de Santa Catarina, inclusive com base em informações e dados colhidos no próprio local, não obedeceu aos parâmetros legais fixados na Resolução n. 39/98 do Conselho Nacional de Trânsito – CONTRAN (fl. 83), pois sua altura supera consideravelmente o limite máximo ali autorizado.

Não bastasse essa irregularidade técnica (lombada com altura superior à permitida), todas as testemunhas ouvidas em Juízo (áudio disponibilizado em CD – fls. 106 e 110) declaram, de forma uníssona, que a vítima fora surpreendida, ao retornar, após cumprir o expediente de trabalho, para a casa pelo trajeto que cotidianamente percorria, com uma lombada que inexistia na via pública naquela mesma manhã quando por ali transitara, e para a qual não havia qualquer sinalização que indicasse sua presença, além da luminosidade inadequada para o local.

[...]

Logo, havendo, na hipótese, omissão específica por parte do Município de Curitiba, ora apelante, uma vez que sua inércia quanto à imprescindível sinalização da lombada recém-construída, constituiu, sem a menos sombra de dúvida, causa direta, imediata e exclusiva do grave acidente fatal sofrido pela vítima, deve, por conseguinte, responder pelos danos dele decorrentes, como vindicado pelos demandantes, ora apelados.” [grifou-se]

Evidenciado o dano e o nexo de causalidade, está delineado, portanto, o dever de indenizar.

b) Da pensão mensal:

Quanto à pensão mensal fixada na sentença, o Município de Curitiba aduziu não ter restado comprovado o quanto recebia o de cujus em vida, devendo, por isso, ser excluída a verba do montante da condenação, ou então a exclusão da verba destinada a um segundo filho do falecido, que não figura como parte em sentido formal; e ainda que não pode ser adotado o salário mínimo como indexador de correção, e sim o índice estabelecido pelo art. 1º-F da Lei n. 9.494/97.

Do compulsar dos autos, denota-se que a vítima era chefe de família e contribuía unicamente para a subsistência desta; não há controvérsia quanto à dependência econômica dos autores, tanto do filho da vítima, menor de idade, como da viúva que passou a arcar sozinha com as despesas da casa e manutenção da família. Nesta circunstância, sem mais delongas, tratando-se de família de baixa renda, presume-se a dependência econômica entre os familiares.

De acordo com critério pacificado e sedimentado tanto pela doutrina como pela jurisprudência, nestas hipóteses, o valor da pensão mensal pode, sim, ser calculado com base nos rendimentos do falecido anotados na sua carteira profissional (fl. 40), assim como consta da decisão de primeiro grau, no patamar de 2/3 (dois terços), findando-se para a viúva, na data em que o de cujus completar 70 (setenta) anos, ou acaso esta contraia novas núpcias, ou, sobrevenha seu falecimento; e, para o descendente, até que este complete 25 (vinte e cinco) anos de idade, sem prejuízo do direito de acrescer, devendo as quotas daqueles que não mais fizerem jus ao benefício reverterem em proveito dos demais credores, pois os rendimentos do pai sempre seriam destinados à manutenção do lar.

A respeito, da Terceira Câmara de Direito Público: “*O termo final da pensão devida à família do de cujus deve ser a data em que a vítima completaria 70 anos de idade, em relação à sua viúva, ou até o dia em que esta venha a contrair novas núpcias ou passe a viver em união estável, e 25 anos de idade para os filhos*” (Apelação Cível n. 2009.072220-6, de Chapecó, rel. Des. Luiz César Medeiros, j. em 17/03/2010).

E ainda:

A família da vítima de acidente de trânsito, se for pobre, faz jus ao pagamento de uma pensão mensal no equivalente a 2/3 (dois terços) da remuneração do falecido, servindo de parâmetro aquela anotada na carteira profissional” (AC n. 2004.015996-0, de Araranguá, rel. Des. Jânio Machado, j. 17-11-2009). (Apelação Cível n. 2006.014858-0, de Concórdia, rel. Des. Jorge Luiz de Borba, j. em 24/03/2011). [grifou-se]

DANOS MORAIS - VERBA DE NATUREZA COMPENSATÓRIA - PENSÃO MENSAL AOS FAMILIARES - TERMO FINAL - 25 ANOS DE IDADE PARA A FILHA E O DIA EM QUE O DE CUJUS COMPLETARIA 70 ANOS DE IDADE PARA A PENSÃO DEVIDA À VIÚVA - DIREITO DE ACRESCEER - PENSÃO PREVIDENCIÁRIA - NATUREZA DIVERSA - DANOS MATERIAIS - DESPESAS FUTURAS COM TRATAMENTO MÉDICO - POSSIBILIDADE

1 Na fixação do valor dos danos morais deve o julgador, na falta de critérios objetivos, estabelecer o quantum indenizatório com prudência, de modo que sejam atendidas as peculiaridades e a repercussão econômica da reparação, devendo esta guardar proporcionalidade com o grau de culpa e o gravame sofrido.

2 *O termo final da pensão devida à família do finado deve ser mantida na data em que a vítima completaria 70 anos de idade, referente a viúvo, e 25 anos de idade para a filha.*

3 “O beneficiário da pensão decorrente do ilícito civil tem o direito de acrescer à sua cota a quantia devida aos filhos da vítima que deixarem de receber tal benefício” (STJ, REsp n. 753.634/RJ, Min. Massami Uyeda).

[...]

CONSECTÁRIOS LEGAIS - ADEQUAÇÃO DE OFÍCIO - POSSIBILIDADE - TERMO INICIAL - PENSÃO MENSAL - PRIMEIRA PRESTAÇÃO - EVENTO DANOSO - REEXAME NECESSÁRIO - LEI N. 11.960/09 - APLICAÇÃO IMEDIATA

1 “A alteração do termo inicial dos juros moratórios pelo Tribunal estadual, ainda que inexistente impugnação da outra parte, não caracteriza julgamento extra petita ou reformatio in pejus” (AgRg no Ag n. 1114664/RJ, Min. Aldir Passarinho Junior).

2 As alterações trazidas na Lei n. 9.494, de 10 de setembro de 1997, com a redação dada pela Lei n. 11.960, de 29 de junho de 2009 - que uniformizou a atualização monetária e os juros incidentes sobre todas as condenações judiciais impostas à Fazenda Pública -, possui aplicabilidade imediata, inclusive em relação àquelas demandas ajuizadas anteriormente à edição da novel legislação. (Apelação Cível n. 2013.028925-9, de Campos Novos, rel. Des. Luiz César Medeiros, j. em 23/07/2013). [grifou-se]

O termo final para o pagamento da pensão por morte é aquele que corresponde à data em que a vítima, se estivesse viva, completaria 70 anos de idade, de acordo com estudos específicos atinentes à expectativa de vida do povo brasileiro (Apelação Cível n. 2010.032115-6, da Capital, rel. Des. Joel Figueira Júnior, j. em 25/07/2013).

Com relação ao direito de crescer, colhe-se da doutrina de Rui Stoco:

Assim ocorre pois, “nas hipóteses de pensionamento mensal, prevalece o direito de crescer, revertendo-se a quota-parte de um beneficiário para o outro, quando a indenização é concedida a mais de uma pessoa. A reversão ocorrerá se um dos beneficiários alcançar primeiro a idade-limite ou vier a contrair matrimônio ou, ainda, quando qualquer deles faleça. (STOCCO, Rui. *Responsabilidade civil e sua interpretação jurisprudencial*. 2ª Ed., 1995, p. 487).

E da jurisprudência desta Corte:

Fixada pensão mensal em benefício da entidade familiar como um todo, nos patamares de 2/3 (dois terços) e de 1/3 (um terço) do salário mínimo, antes e depois dos 25 (vinte e cinco) anos de idade da vítima, o termo final em relação aos pais é a data em que o finado completaria 65 (sessenta e cinco) anos de idade, ou a morte dos beneficiários, o que ocorrer primeiro, e o dies ad quem em relação ao irmão é o cômputo, por parte desse, de 25 (vinte

e cinco) anos de idade, ou a constituição de unidade familiar própria. Em qualquer hipótese, vige o direito de crescer entre os beneficiários da pensão, revertendo a quota-parte de um a outro, até que expire o direito do último (Apelação Cível n. 2007.044874-4, rel.^a. Des.^a. Maria do Rocio luz Santa Ritta).

O beneficiário da pensão decorrente do ilícito civil tem o direito de crescer à sua cota a quantia devida aos filhos da vítima que deixarem de receber tal benefício” (STJ, REsp n. 753.634/RJ, Min. Massami Uyeda) (Apelação Cível n. 2009.048094-4, rel. Des. Luiz César Medeiros, DJ de 25/06/2012).

Quanto à pensão mensal, o magistrado a quo ainda decidiu que os valores deveriam ser reajustados de acordo com percentual de acréscimo dado ao salário mínimo e na mesma época, a fim de preservar o seu valor, em relação ao que também se insurgiu o Município.

Neste particular, com razão o recorrente.

Impende registrar ser expressamente vedado pela Constituição Federal a vinculação do salário mínimo para qualquer fim (art. 7º, IV). O preceito constitucional tem por finalidade precípua evitar que interesses estranhos aos versados no dispositivo influenciem na fixação do valor do salário mínimo (<https://mail.google.com/mail/?shva=1ADI> n. 1.425-1/PE, rel. Min. Marco Aurélio), através de uma cadeia sucessiva de aumentos, consistente num efeito cascata que certamente decorreria desta vinculação.

De tal sorte, de minha relatoria:

ACÇÃO REVISIONAL DE ACORDO JUDICIAL HOMOLOGADO EM ACÇÃO INDENIZATÓRIA. PRETENSÃO VISANDO REABRIR DISCUSSÃO ACERCA DOS VALORES DE REAJUSTE DEVIDOS A TÍTULO DE PENSÃO MENSAL VITALÍCIA. IMPOSSIBILIDADE DE REDISCUTIR A MATÉRIA OBJETO DA TRANSAÇÃO. SENTENÇA

TRANSITADA EM JULGADO QUE SOMENTE PODE SER DESCONSTITUÍDA POR MEIO DE AÇÃO RESCISÓRIA. IMPOSSIBILIDADE, ADEMAIS, DE UTILIZAR O SALÁRIO MÍNIMO COMO INDEXADOR DA BASE DE CÁLCULO DA PENSÃO (CF, ART. 7º, IV). SENTENÇA DE EXTINÇÃO MANTIDA. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.

‘Nas ações em que a causa de pedir já foi objeto de acordo celebrado entre as mesmas partes, a rediscussão da matéria só é possível através de ação rescisória, visto que a transação judicialmente homologada possui força de coisa julgada.’ (Apelação cível n. 00.004637-0, de que foi relator o Des. José Volpato de Souza). (Apelação Cível n. 2012.055169-0, de Brusque, j. em 25/09/2012).

Nesse sentido, conforme voto proferido pelo Min. Marco Aurélio no julgamento da ADPF n. 033, do Estado do Pará, *“Quando é adotado o salário mínimo como fator de indexação, assume-se postura contrária ao próprio salário mínimo, no que se elastece a observância e se inibe o legislador na atualização do valor. A razão da cláusula final do inciso IV do artigo 7º da Carta da República é única: a preservação do salário mínimo que deveria ser atualizado, visando atender às suas necessidades”*.

Tem decidido este Órgão Fracionário, nestas hipóteses, no que toca ao pensionamento mensal, que a verba de natureza alimentícia é devida desde a data do óbito e *“(…) sobre as prestações pretéritas deverá incidir, a partir de cada vencimento, a Taxa Selic, que engloba os juros moratórios e a atualização monetária; até a entrada em vigor da Lei 11.960/09 (1º.7.2009), quando esta deverá ser substituída pelos índices aplicáveis à caderneta de poupança”* (Apelação Cível n. 2011.075299-0, de Anita Garibaldi, rel. Des. Luiz César Medeiros, j. em 26/02/2013).

Com relação às parcelas vincendas, os reajustes do pensionamento mensal devem corresponder aos mesmos reajustes concedidos à cate-

goria profissional a que pertencia o Sr. Edson Borba Luz antes do infortúnio. É que, assim como o salário da vítima, é evidente, a pensão concedida aos familiares sobreviventes também possui caráter alimentar.

Quanto a este aspecto, veja-se que o eminente Des. Victor Ferreira já pontuou que é “(...) *justa e possível a utilização do salário da vítima como base de cálculo da pensão mensal indenizatória e a sua respectiva correção anual de acordo com os índices adotados no âmbito da categoria profissional*”. Isso porque “*Se estivesse trabalhando, a expectativa é de que auferiria recursos com base nos mesmos parâmetros*” (Agravo de Instrumento n. 2009.015471-9, de Tubarão, rel. Des. Victor Ferreira, j. em 10/02/2011).

Estipulando-se a pensão alimentícia mensal com base na alteração da categoria profissional a que pertencia o de cujus, torna-se mais exato o seu valor, haja vista que este representa o que os parentes da vítima deixaram de auferir após a morte do ente querido.

Como, no caso enfocado, o de cujus era contratado pela empresa Zortea Construtora e Comércio Ltda, e exercia a função de “Carpinteiro” junto à construtora (fl. 40), os autores fazem jus ao recebimento de pensão mensal atualizada pelos índices da categoria profissional dos trabalhadores na indústria da construção civil, que, segundo dados fornecidos pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Indústria – CNTI (<http://www.cnti.org.br/categorias.htm>), abrange as profissões de pedreiro, carpinteiro, pintor e estucador, bombeiro hidráulico, dentre outras.

A medida busca manter o poder aquisitivo do salário da vítima, como se ela ainda estivesse viva e exercendo a sua atividade profissional. Procura minimizar as dificuldades que arrebataram os familiares com a sua morte inesperada, buscando, assim, na medida do possível – mas sem vilipendiar a disciplina do art. 7º, IV, da Constituição Federal, que veda a vinculação ao salário mínimo para qualquer fim –, retornar ao *status* quo ante.

Merece pequeno reparo a sentença quanto a este aspecto, portanto, determinando-se a incidência da Taxa Selic e da Lei 11.960/09 sobre as prestações vencidas e substituindo-se, para as prestações vincendas, em decorrência da vedação do art. 7º, IV, da Constituição Federal, os percentuais de acréscimo do salário mínimo pelos índices adotados no âmbito da respectiva categoria profissional.

Além do mais, é razoável que se mantenha a determinação de inclusão dos autores na folha de pagamento regular do Município, com a finalidade de garantir o pagamento, assim como consta da sentença (fl. 148):

[...]

Os pagamentos vindouros não reclamam nenhuma providência adicional, visto ser o requerido ente público, bastando que os autores sejam inscritos em sua regular folha de pagamento.

Por fim, quanto ao resguardo de 1/3 (um terço) da pensão mensal para o atendimento de eventual direito ao seu compartilhamento pelo autor da ação de indenização n. 022.13.001102-0, data venia, assiste razão igualmente ao recorrente.

A rigor, a circunstância exigiria a suspensão do julgamento dos presentes autos de Apelação Cível n. 2013.005566-5 até a decisão a final da ação de indenização n. 022.13.001102-0, por prejudicialidade externa, na forma do art. 265, IV, “a”, da Lei Processual Civil:

Art. 265. Suspende-se o processo:

[...]

IV - quando a sentença de mérito:

a) depender do julgamento de outra causa, ou da declaração da existência ou inexistência da relação jurídica, que constitua o objeto principal de outro processo pendente;

A respeito da prejudicialidade externa, Antônio Carlos Marcato leciona que *“há prejudicialidade externa quando o julgamento de uma causa (a prejudicada) depender do que venha a ser decidido a respeito de outra (a prejudicante). [...] Constatada a relação de prejudicialidade externa, o juiz declarará suspenso o curso do processo que veicula a causa prejudicada, até o advento do resultado da prejudicante, assim evitando a ocorrência de decisões eventualmente conflitantes (inciso IV, letra a)”* (Código de Processo Civil Interpretado. 3ª Ed. Atlas, 2008. p. 795/796).

Entretanto, faz-se necessário convir que, em virtude das particularidades da hipótese, notadamente em razão da natureza alimentar da verba que pleiteam e que lhes está sendo reconhecida neste julgamento, necessária ao atendimento das suas necessidades mais básicas e elementares, a medida causaria prejuízos irreparáveis aos interesses dos autores, sobretudo da parte incapaz.

Dessa forma, mesmo que constatada a prejudicialidade no que toca à quantificação da pensão mensal, em razão da pendência do julgamento de demanda ajuizada por suposto outro filho da vítima, não há o que impeça o julgamento imediato do processo se as partes, que dependiam economicamente do de cujus, necessitam da verba para o atendimento de suas necessidades básicas; deve-se, contudo, resguardar o montante cabível a eventual reconhecimento do direito do autor da demanda prejudicante, a depender do que venha a ser decidido e sem prejuízo do direito de acréscimo.

É o quanto basta para se evitar evitar decisões conflitantes, indo-se ao encontro da sistemática adotada pelo art. 265, IV, “a”, do Código de Processo Civil.

Nesse sentido, extrai-se dos bem lançados fundamentos do parecer ministerial (fls. 277-278):

[...]

Com efeito, embora a condenação em danos morais imposta pela r. sentença nos autos impugnada por ambas as partes litigantes, ante a natureza personalíssima que encerra, não traga qualquer prejuízo para o seu eventual reconhecimento em favor do autor da segunda demanda conexa em curso no Juízo a quo, o mesmo não se verifica, contudo, em relação à pensão mensal naquele mesmo r. decisum fixada, pois como benefício de trato sucessivo instituído para compensar a redução da renda familiar em face do falecimento da vítima, tem valor determinado e sabidamente destina-se à subsistência pessoal de todos os que dele economicamente dependiam.

Essa peculiar situação retratada nos autos, entretanto, não aconselha, como assenta num primeiro momento o Município de Curitiba, a suspensão do julgamento para se aguardar decisão a ser proferida no feito conexo ainda em curso no Juízo a quo, pois, embora fosse processualmente aconselhável, em princípio, não só aguardar tal decisão, mas até eventual apelação dela decorrente para julgamento simultâneo com a presente, ante a conexão entre ambas existente, essa providência, contudo, causaria danos irreparáveis aos demandantes, uma vez que necessitem urgentemente de gozar do direito nos autos reconhecido, sobretudo em relação à pensão mensal, posto que necessária ao atendimento de suas necessidades básicas.

Nessa senda, impõe-se, salvo melhor juízo, como alternativa mais adequada ao resguardo dos interesses em questão, com especial destaque para a pensão mensal fixada em favor dos demandados no presente feito, o julgamento imediato do apelo, inclusive em homenagem aos princípios da celeridade e efetividade que orientam o moderno processo civil, impondo-se, contudo, caso confirmada a r. sentença censurada, a reserva de 1/3 da precitada pensão mensal para o atendimento de eventual direito ao seu compartilhamento pelo autor da segunda demanda conexa ainda em curso em primeiro grau.

Diante do exposto, opina-se pelo julgamento imediato do apelo em comento para, caso confirmada a r. sentença, determinar a reserva de 1/3 da pensão mensal fixada pela r. sentença censurada para o atendimento de eventual direito ao seu compartilhamento pelo autor da ação de indenização n. 022.13.001102-0, ainda não julgada em primeiro grau.

Como visto, presume-se que o de cujus despendia 2/3 (dois terços) de seus rendimentos líquidos, porque deduzido apenas o equivalente a 1/3 (um terço) quanto à sua própria manutenção, com os que dele eram dependentes economicamente.

Assim, a terça parte desta quantia, isto é, desses 2/3 (dois terços) dos rendimentos líquidos da vítima, deve ser resguardada em benefício de eventual direito a ser reconhecido em favor do autor da ação de indenização n. 022.13.001102-0, sem prejuízo de os autores Guiomar Matos de Souza Luz e Y. de S. L., caso sejam julgados improcedentes os pedidos formulados naquela ação, acrescerem aludida quantia.

c) Da minoração do *quantum* arbitrado a título de indenização por danos morais:

O Município de Curitiba ainda requereu a minoração do *quantum* arbitrado a título de danos morais.

Ora, sabe-se que a quantificação dos danos morais fica a critério do magistrado, mediante arbitramento judicial, na forma do art. 946 do Código Civil. Cabe ao magistrado a fixação de verba que corresponda, tanto quanto possível, à situação sócio-econômica de ambas as partes, sem perder de vista a necessidade de avaliação da repercussão do evento danoso na vida pessoal das vítimas.

Tais critérios, utilizáveis na fixação do valor do dano, podem ser encontrados na lição de José Raffaelli Santini, cujos ensinamentos seguem transcritos:

Na verdade, inexistindo critérios previstos por lei a indenização deve ser entregue ao livre arbítrio do julgador que, evidentemente, ao apreciar o caso concreto submetido a exame fará a entrega da prestação jurisdicional de forma livre e consciente, à luz das provas que forem produzidas. Verificará as condições das partes, o nível social, o grau de escolaridade, o prejuízo sofrido pela vítima, a intensidade da culpa e os demais fatores concorrentes para a fixação do dano, haja vista que costumeiramente a regra do direito pode se revestir de flexibilidade para dar a cada um o que é seu. (...) Melhor fora, evidentemente, que existisse em nossa legislação um sistema que concedesse ao juiz uma faixa de atuação, onde se pudesse graduar a reparação de acordo com o caso concreto. Entretanto, isso inexistente. O que prepondera, tanto na doutrina, como na jurisprudência, é o entendimento de que a fixação do dano moral deve ficar ao prudente arbítrio do juiz. (Dano moral: doutrina, jurisprudência e prática, Agá Júris, 2000, pg. 45).

Portanto, cabe ao magistrado a fixação de verba que corresponda, tanto quanto possível, à situação sócio-econômica de ambas as partes, sem perder de vista a necessidade de avaliação da repercussão do evento danoso na vida pessoal do ofendido.

A preocupação com o não cometimento de desatinos tem levado o Superior Tribunal de Justiça a manifestar-se da seguinte forma:

O valor da indenização por dano moral sujeita-se ao controle do Superior Tribunal de Justiça, sendo certo que a indenização a esse título deve ser fixada em termos razoáveis, não se justificando que a reparação venha a constituir-se em enriquecimento indevido, com manifestos abusos e exageros, devendo o arbitramento operar com moderação, proporcionalmente ao grau de culpa e ao porte econômico das partes, orientando-se o juiz pelos critérios sugeridos pela doutrina e pela jurisprudência, com razoabilidade, valendo-se de sua experiência e do bom senso, atento à realidade da vida e às peculiaridades de cada caso. Ademais, deve procurar desestimular o ofensor a repetir o ato (REsp. n 246.258/SP, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira).

Essas peculiaridades, para serem observadas, exigem que o arbitramento do *quantum* seja em valor que não importe enriquecimento sem causa para aquele que suporta o dano, mas uma efetiva reparação de caráter moral, devendo “*a indenização deve ser fixada de modo a dar uma compensação ao lesado pela dor por ele sofrida, porém, não pode ser de maneira tal que lhe pareça conveniente ou vantajoso o abalo suportado*” (Apelação Cível n. 2001.023570-6, de Taió, rel. Des. Mazoni Ferreira). Em outras palavras, a morte de ente querido não pode servir como atividade lucrativa, tal qual um investimento no mercado financeiro.

No caso concreto, deve-se levar em conta o sofrimento causado aos autores em decorrência da perda do esposo e pai, que veio a falecer em lamentável acidente originado pela omissão do Poder Público em sinalizar a via de forma adequada.

Evidentemente, nenhuma quantia a ser estabelecida teria o condão de aplacar a dor e a tristeza de perder um ente querido. Contudo, a indenização tem a função de confortar aqueles que ficaram, e tiveram que conviver com a tragédia que assolou a família, com o passamento do amado pai e esposo, nas condições em que ocorreu o infausto, servindo de alento para a continuidade de seus dias e atenuando sua dor.

Assim, em observância aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, com esteio nos aludidos precedentes desta Corte, tenho que não merece provimento o pleito de minoração do *quantum* arbitrado a título de danos morais, como se verá adiante, eis que fixado em patamar inferior ao aplicado por esta Corte de Justiça em casos tais.

É o voto, por isso, no sentido do parcial provimento do recurso interposto pelo réu, tão-somente para adequar os índices de reajustes incidentes sobre o pensionamento mensal, isto é, determinando a incidência da Taxa Selic e da Lei 11.960/09 sobre as prestações vencidas e a substituição, para as prestações vincendas, dos percentuais de acréscimo

do salário mínimo pelos índices a serem adotados no âmbito da respectiva categoria profissional (trabalhadores na indústria da construção civil).

II. Do recurso dos autores (Guiomar Matos de Souza Luz, por si e representando Y. de S. L.):

Os autores pugnam, exclusivamente, pela majoração da quantia fixada a título de danos morais.

Inegável que houve, com o fato, uma repercussão dolorosa na vida da família, já que perdeu ente querido de forma repentina, e se viram privados, para sempre, da presença afetiva daquele, bem como do seu convívio. A perda do ente querido, marido e pai dos autores, por certo, ocasionou-lhes grave e incomensurável abalo moral, notadamente diante das circunstâncias trágicas do óbito, os quais tiveram ceifado, prematuramente, o convívio de que lhes dava assistência material e afetiva.

Com relação à necessidade de majoração do *quantum* indenizatório, é como esta Corte tem decidido em casos tais: Apelação Cível n. 2010.045299-4, da Capital, de minha relatoria, j. em 31/07/2012; Apelação Cível n. 2013.028927-3, de Campos Novos, rel. Des. Luiz César Medeiros, j. 23/07/2013; Apelação Cível n. 2012.090397-8, de Xanxerê, rel. Des. Cesar Abreu, j. em 16/07/2013.

Assim, sopesando as circunstâncias do caso concreto, com esteio nos aludidos precedentes desta Câmara, e de acordo com os critérios de razoabilidade e proporcionalidade aplicáveis à hipótese, conclui-se pela majoração da indenização para o montante de R\$ 100.000,00 (cem mil reais), sendo que desta quantia são devidos R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) para cada um dos autores.

III. Da remessa necessária:

Por fim e ao cabo, ante o efeito devolutivo amplo decorrente da remessa necessária, cabe alterar os fatores de correção monetária e incidência de juros de mora no tocante à indenização por danos morais.

Os valores devem ser acrescidos de correção monetária após a data da publicação da decisão (Súmula n. 362 do STJ) e os juros de mora de 1% (um por cento) ao mês devem incidir desde a data do evento danoso (Súmula n. 54 do STJ), até a data das atualizações decorrentes da Lei n. 9.494/97, com redação dada pela Lei n. 11.960/09, que uniformizou a atualização monetária e os juros incidentes sobre todas as condenações judiciais impostas à Fazenda Pública, momento em que o percentual deve ser substituído pelos índices aplicáveis à caderneta de poupança.

Deve ser mantida a sentença, por outro lado, quanto à condenação do réu a arcar com o pagamento da verba honorária, fixada em 10% (dez por cento) sobre o valor atualizado da condenação, atendidos os critérios norteadores insertos no § 4º do art. 20 do Código de Processo Civil, e isentou o Município do pagamento das custas processuais, nos termos do art. 33, *caput*, da Lei Complementar Estadual n. 156/97, com redação alterada pela Lei Complementar Estadual n. 161/97 e nova alteração pela Lei Complementar Estadual n. 524/2010.

Em razão do exposto, conheço de ambos os recursos e dou parcial provimento ao recurso do réu, tão-somente para adequar os índices de reajustes incidentes sobre os valores devidos a título de pensão mensal e determinar que seja resguardado o valor de 1/3 (um terço) da pensão em razão de eventual direito a ser reconhecido em favor do autor da ação de indenização n. 022.13.001102-0, sem prejuízo do direito de acréscimo, e dou provimento ao recurso dos autores, majorando para R\$ 100.000,00 (cem mil reais) o valor da indenização arbitrada a título de danos morais, sendo R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) em benefício de cada, adequando, em reexame necessário, a correção monetária e os juros de mora incidentes sobre a referida quantia, mediante aplicação dos índices previstos pelo art. 1º-F da Lei n. 9.494/97, com redação dada pela Lei n. 11.960/09.

Este é o voto.

QUARTA CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO

APELAÇÕES CÍVEIS

Apelação Cível n. 2010.028361-2, da Capital

Relator: Des. Jaime Ramos

ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL – AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – APELAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO – JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE – CERCEAMENTO DE DEFESA – INOCORRÊNCIA – DILAÇÃO PROBATÓRIA DESNECESSÁRIA – LEGITIMIDADE PASSIVA DO REPRESENTANTE LEGAL DA EMPRESA ADJUDICATÁRIA DA PROPOSTA DE CONCESSÃO INDEPENDENTEMENTE DA PRESENÇA TAMBÉM DA EMPRESA CONCESSIONÁRIA E SEU DIRETOR – LEGITIMIDADE PASSIVA “AD CAUSAM” DO ESPÓLIO DO AGENTE PÚBLICO QUANTO A EVENTUAIS EFEITOS PATRIMONIAIS ATÉ O LIMITE DA HERANÇA – EXEGESE DO ART. 8º DA LEI N. 8.429/1992 – LICITAÇÃO – EDITAL DE CONCORRÊNCIA N. 61/93 DO DER (HOJE DEINFRA) – CONCESSÃO DAS RODOVIAS ESTADUAIS SC-400, SC-401, SC-402 E SC-403 PARA COBRANÇA DE PEDÁGIO DOS USUÁRIOS MEDIANTE A REALIZAÇÃO DE OBRAS E SERVIÇOS DE DUPLICAÇÃO ASFÁLTICA, CONSTRUÇÃO DE VÁRIAS OBRAS DE ARTE, MANUTENÇÃO E CUMPRIMENTO DE DIVERSAS OBRIGAÇÕES ELENCADAS COMO REQUISITOS MÍNIMOS PARA O INÍCIO DA COBRANÇA DA TARIFA – ADITIVOS QUESTIONADOS – MODIFICAÇÃO DO PROJETO BÁSICO ORIGINAL COM A EDIÇÃO DE 24 RESOLUÇÕES PELO CONSELHO DE ADMINISTRAÇÃO DO DER/SC MOTIVADAS PELA AUSÊNCIA DE PREVISÃO DE OBRAS E SERVIÇOS CONSTANTES DO PLA-

NO ORIGINAL, DAS DIFICULDADES COM LICENCIAMENTOS AMBIENTAIS, DO ESGOTAMENTO DAS RESERVAS DE PEDRA E AREIA NOS LOCAIS INICIALMENTE INDICADOS PARA EXTRAÇÃO E DA DEMORA NAS DESAPROPRIAÇÕES DAS ÁREAS LINDEIRAS A CARGO DA AUTARQUIA – URGÊNCIA NA DUPLICAÇÃO E ACESSO ÀS RODOVIAS EM ÁREAS DE CONGESTIONAMENTO DE TRÁFEGO – ALTERAÇÕES NECESSÁRIAS QUE NÃO DESFIGURARAM O OBJETO DA LICITAÇÃO E DO CONTRATO DE CONCESSÃO – EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO DO CONTRATO – INTERESSE PÚBLICO DEMONSTRADO – SUPREMACIA SOBRE O INTERESSE PRIVADO – NECESSIDADE DE CONTINUIDADE DO SERVIÇO PÚBLICO – PREJUÍZO NÃO DEMONSTRADO – AUSÊNCIA DE DOLO OU CULPA – ATO ÍMPROBO NÃO CARACTERIZADO – MATÉRIA DISCUTIDA EM AÇÃO POPULAR JULGADA IMPROCEDENTE POR ESTE TRIBUNAL – REALIZAÇÃO DE INÚMERAS OBRAS QUE NÃO FORAM REMUNERADAS PELO PODER PÚBLICO OU PELO USUÁRIO DAS RODOVIAS PORQUE O PEDÁGIO NUNCA FOI COBRADO – INTERRUPÇÃO DAS OBRAS E DISCUSSÃO JUDICIAL DO CONTRATO DE CONCESSÃO E SUA EXECUÇÃO – SENTENÇA DE MÉRITO CONFIRMADA.

Cabe ao Juiz, na condição de presidente do processo e destinatário da prova, decidir sobre a necessidade ou não da realização de prova, não implicando cerceamento de defesa o julgamento com base nas provas existentes nos autos, se a prova que a parte pretendia produzir era desnecessária ao deslinde da “questio”.

Segundo o art. 3º da Lei n. 8.429/92, aquele que, mesmo não sendo agente público, se beneficie do ato de improbidade do administrador, também deve sofrer as penalidades correspondentes.

O sucessor do agente público falecido que tiver causado lesão ao patrimônio público ou se enriquecido ilicitamente está sujeito às cominações da Lei n. 8.429/92, no que tange a sanções patrimoniais, até o limite do valor da herança.

“O equilíbrio financeiro ou equilíbrio econômico do contrato administrativo, também denominado equação econômica ou equação financeira, é a relação que as partes estabelecem inicialmente, no ajuste, entre os encargos do contratado e a retribuição da Administração para a justa remuneração da obra, do serviço ou do fornecimento. Em última análise, é a correlação entre

o objeto do contrato e sua remuneração, originariamente prevista e fixada pelas partes em números absolutos ou em escala móvel. Essa correlação deve ser conservada durante toda a execução do contrato, mesmo que alteradas as cláusulas regulamentares da prestação ajustada, a fim de que se mantenha a equação financeira ou, por outras palavras, o equilíbrio econômico-financeiro do contrato (Lei 8.666/93, art. 65, II, “d” e § 6º) (MEIRELLES, Hely Lopes. *Licitação e Contrato Administrativo*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2002).

“O termo aditivo celebrado em contrato para a construção de obra pública, quando dentro dos limites autorizados pela lei de licitações, não constitui ilegalidade e muito menos ato de improbidade. Não se admite que, por mera presunção ou ilação, se repete como ímprobo ato administrativo realizado em conformidade com as leis. ‘A comprovada ausência de lesividade, aliada à manifesta conformação com as normas de regência, é indicativo seguro da inoccorrência de improbidade administrativa’. (Apelação Cível n. 2005.019920-9, de São Carlos, rel. Des. Luiz César Medeiros, j. em 13-12-2005)” (TJSC, Apelação Cível n. 2010.084289-4, de Imaruí. Rel. Des. Subst. Júlio César Knoll).

“AÇÃO POPULAR - CONCESSÃO DA ADMINISTRAÇÃO DE PONTES E RODOVIAS ESTADUAIS - EDITAL - CONTRATO - OBRIGACÕES PACTUADAS - ALTERAÇÃO MEDIANTE RESOLUÇÕES DO CONSELHO ADMINISTRATIVO DO DEPARTAMENTO DE ESTRADAS DE RODAGEM (DER/SC) - DESAPROPRIAÇÕES INCOMPLETAS - URGÊNCIA DA DUPLICAÇÃO EM ÁREAS DE CONGESTIONAMENTOS - ESPESSURA, SISTEMA DE REVESTIMENTO, LAMA ASFÁLTICA OU NÃO - MATÉRIAS INSUSCETÍVEIS NA ESPÉCIE DE SEREM EXAMINADAS NO PROCESSO - VIOLAÇÕES AO ‘CAPUT’ DO ART. 37 DA MAGNA CARTA, ART. 2-, DA LEI N. 4.717/65 E LEI N. 866/93 (LICITAÇÕES) INDEMONSTRADAS - RECLAMO DA AUTORA (fls. 1.515/1.519) PREJUDICADO - APELO DOS LEGITIMADOS PASSIVOS ‘AD CAUSAM’ ACOLHIDO - PLEITO FORMULADO NA DEMANDA IMPROCEDENTE. A abstenção do Poder Concedente de realizar parcialmente as desapropriações indispensáveis à plena implementação do Projeto de Engenharia de Duplicação comprometeu a regularidade do cronograma de obras, estas de urgência notória, por constituir a rodovia acesso fundamental ao norte da Ilha de Santa Cata-

rina, área de intenso turismo. Conseqüentemente as Resoluções n. 001/98 e 202/98, do Conselho Administrativo do DER/SC, a par de possibilitarem ajustes visando à imediata e necessária utilização dos percursos duplicados, não caracterizam quebra dos parâmetros do Edital de concorrência pública, nem traduzem benefício às empresas integrantes do polo passivo desta 'actio' ou prejuízo aos usuários, inexistindo, portanto, ilegalidade, dano ao erário ou afronta à moralidade pública. 'Não podem juízes e tribunais assomar para si a deliberação de atos da administração, sob pena de violação do princípio constitucional da interdependência dos poderes do Estado' (JTJ 145/25). 'Ipso facto' espessura, sistema de revestimento, lama asfáltica ou outro material tido como adequado para cobertura da rodovia constituem aspectos de concretização da obra insuscetíveis de serem analisados no âmbito do processo, salvo se arguida a execução do serviço em desacordo com o avençado, hipótese em que deverá haver perícia, esta ausente nos autos, em face de desistência da autora. Dispondo o art. 128 do CPC que "o Juiz decidirá a lide nos limites em que foi proposta, sendo-lhe defeso conhecer de questões, não suscitadas, a cujo respeito a lei exige a iniciativa da parte", exegese que, de resto, também se aplica nos Tribunais (STF - RE n. 99.654-1/BA), a controvérsia relativa ao pedágio não pode ser analisada '*in casu*' porque não integrou o pleito deduzido na inicial. Aquele, pois, para ser cobrado exige vistoria do Departamento de Estradas de Rodagem (DER/SC), verificando o respeito aos requisitos do contrato e do projeto da rodovia, por estipular o Contrato de Concessão n. 314/94, n. 3, na Cláusula Terceira: 'Imediatamente após a conclusão dos trabalhos indispensáveis ao início da cobrança do pedágio, conforme estabelecido no Anexo II - B - Requisitos Mínimos para início de Arrecadação do Pedágio do Edital n. 61/93, proceder-se-á, a pedido do Concessionário, à vistoria das Rodovias, em que intervirão representantes do DER/SC e do Concessionário, lavrando-se, ao final da vistoria, o competente Termo de Verificação' (fl. 75)." (TJSC, Apelação Cível n. 2000.002126-1, da Capital, Rel. Des. Francisco Oliveira Filho, j. 06-09-2001).

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2010.028361-2, da comarca da Capital (Unidade da Fazenda Pública), em que é apelante o Ministério Público do Estado de Santa Catarina, e apelados o Departamento Estadual de Infra-Estrutura SC DEINFRA e outros:

A Quarta Câmara de Direito Público decidiu, por votação unânime, dar provimento parcial ao recurso e à remessa oficial. Custas na forma da lei.

Do julgamento realizado em 27 de junho de 2013, presidido pelo Exmo. Sr. Desembargador Jaime Ramos, participaram os Exmos. Srs. Desembargadores Sônia Maria Schmitz e Júlio César Knoll.

Florianópolis, 06 de setembro de 2013.

Jaime Ramos
RELATOR

RELATÓRIO

Na Comarca da Capital, o Ministério Público Estadual ajuizou ação civil pública por ato de improbidade administrativa contra Oscar Alberto da Silva Gayer, João Paulino Mafra, Edgar Silveira, Paulo Roberto Tesserolli França, Fernando Luiz Rodrigues Gonçalves, Osvaldo Yukio Kogure, Flávio Volpato, José Vânio Piacentini, Deusdedit José dos Santos, Sérgio Malburg, Newton Marçal dos Santos, José Norberto D'Agostini, Álvaro de Calasans Gayoso Neves, Luiz Antônio do Valle Pedreira de Cerqueira, ENGEFASA – Engenharia do Pavimento S.A. (atualmente denominada EMTUCO Serviços e Participações S/A) e Linha Azul Auto Estrada S.A, sustentando, inicialmente, a sua legitimidade para promover a ação e a legitimidade passiva de cada um dos réus. No mérito, disse que o Estado de Santa Catarina, por meio do Departamento de Estradas e Rodagem – DER/SC, publicou o Edital de Concorrência Pública n. 61/93, “objetivando a seleção de propostas de empresas ou consórcio de empresas para executar, sob regime de concessão (...) as obras e serviços de duplicação, conservação, restauração, manutenção,

melhoramentos, operação, monitoramento e a exploração [por 25 anos] das Rodovias SC-401 (Itacorobi-Canasvieiras), da SC-400 (Acesso à Praia da Daniela), SC-402 (Acesso a Jurerê) e SC-403 (Acesso a Ingleses do Rio Vermelho), bem como a exploração de atividades comerciais e do serviço público nas áreas de serviços, remunerada pela cobrança de tarifas e preço público dos usuários, mediante pagamento de direitos de concessão ao DER/SC, na ordem de 20% da receita bruta mensal, a partir do 10º ano da concessão, inclusive”; que o certame dispunha, como critério de avaliação do vencedor, o menor preço, ou seja, a proposta que apresentasse o menor valor da Tarifa Básica de Pedágio; que o Edital da Concorrência, além de prever a impossibilidade de o licitante, ou o concessionário, apresentar posteriormente modificações nos preços, prazos ou condições estipuladas na sua proposta original, ao delimitar o projeto de engenharia de duplicação, apresentou detalhes técnicos e metragem integral da obra; que a proposta vencedora contemplou todas as obras previstas no edital, dentre elas as pontes, viadutos, intersecções, execução da duplicação, todas com prazo de conclusão estipulados em 36 meses, com investimento da concessionária de 93,26% do valor orçado antes de iniciar a cobrança do pedágio prevista para dali a 24 meses; que, todavia, em levantamento efetuado pelo Tribunal de Contas, restou apurado que muitos itens constantes do projeto não foram sequer realizados; que o descumprimento do projeto original, inclusive no referente à execução dos seus requisitos mínimos, também foi atestado por uma comissão constituída pela Portaria n. 263/98 do Departamento de Estradas e Rodagem; que em razão da previsão do não cumprimento do prazo estipulado pelo Edital n. 61/93 para o cumprimento das obras, mediante propostas da empresa adjudicatária Engepasa e da concessionária Linha Azul, o Conselho de Administração do Departamento de Estradas e Rodagem (DER/SC) aprovou e editou 24 (vinte e quatro) resoluções, dispondo sobre modificações do projeto básico estabelecido no aludido edital e do respectivo contrato, bem como sobre as ampliações dos prazos inicialmente fixados; que os

membros do Conselho de Administração do DER/SC, embora cientes de que as condições estabelecidas no edital e no contrato de concessão não podiam sofrer alterações sem expressa previsão editalícia, aprovaram ditas resoluções em benefício da empresa concessionária e em prejuízo da Administração Pública e dos usuários das rodovias, em face da supressão de obras e serviços inicialmente previstos, que poderá afetar a segurança do tráfego nas rodovias, e da possibilidade de elevação do valor do pedágio, de modo a favorecer somente as empresas adjudicatária e concessionária; que, além disso, as Resoluções n. 001/98 e 202/98 operaram alterações nos “requisitos mínimos para o início da cobrança do pedágio”, pois excluíram a execução de obras previstas no projeto original e ampliaram os prazos fixados inicialmente, tudo com a aparente tendência de beneficiar a empresa concessionária.

Por fim, após ressaltar que importam em ato de improbidade administrativa a ampliação do prazo para conclusão da obra e a modificação introduzida no edital de concorrência e no respectivo contrato mesmo após a adjudicação do serviço, porque ausentes o interesse público e a conveniência administrativa das mudanças então aprovadas, causando grave prejuízo aos Cofres Públicos e aos usuários, requereu a condenação dos réus por atos de improbidade administrativa que causam lesão ao erário (art. 10) e que atentam contra os princípios da administração pública (art. 11), na forma do art. 12, todos da Lei n. 8.429/92, bem como a declaração de nulidade das resoluções com o consequente ressarcimento ao erário.

Foram notificados o Departamento de Estradas de Rodagem de Santa Catarina – DER e o Estado de Santa Catarina. O primeiro, manifestou interesse no feito (fl. 3010), e o segundo se absteve de oferecer manifestação preliminar (fl. 3028/ 3029).

Citados, os réus João Paulino Mafra, Paulo Roberto Tesserolli França, Fernando Luiz Rodrigues Gonçalves, Deusdedit José dos Santos, Newton Marçal dos Santos ofereceram contestação (fls. 3030/3049) arguindo, preliminarmente, a inépcia da inicial, ante a impossibilidade jurídica do pedido, ao argumento de que a Ação Civil Pública não é a via adequada para apurar atos de improbidade administrativa e tampouco para eventual ressarcimento dos prejuízos causados ao erário, e o cerceamento de defesa, ante o litisconsórcio multitudinário. No mérito, disseram que, como membros do Conselho de Administração do DER/SC (hoje DEINFRA) agiram de acordo com o que estava previsto no contrato; que a prorrogação do prazo estipulado nas resoluções não disseram respeito a toda a obra, mas tão somente à primeira parte dela e em razão de imprevistos ocorridos no decorrer da obra; que o retardamento das obras ocorreu em virtude de problemas oriundos da própria Administração Pública; que agiram sempre com boa-fé e calçados nos princípios que regem a Administração Pública, inclusive, na maioria das vezes, em parceria com o próprio Procurador Geral do Estado; que em nenhum momento agiram de modo a causar dano à sociedade ou ao erário; que não houve prejuízo ao erário ou lesividade ao patrimônio público, até porque havia previsão sobre a possibilidade de prorrogação do prazo no próprio Edital do certame, razão pela qual pugnaram pela improcedência dos pedidos.

O Estado de Santa Catarina peticionou requerendo a sua habilitação como litisconsorte ativo (fl. 3144).

José Norberto D´Agostini apresentou contestação (fls. 4270/4273), arguindo a ilegitimidade passiva “ad causam”, em razão de não ter participado de nenhuma reunião do Conselho Administrativo em que houve aprovação das Resoluções questionadas, e tampouco de qualquer sessão do Conselho Deliberativo, razão pela qual requereu a sua exclusão do polo passivo da demanda.

Citado, o réu José Vanio Piacentini veio aos autos sem constituir procurador aduzindo que em função de exercer atividade administrativa e não técnica, como membro do Conselho de Administração concordou com os pareceres do técnicos quando da aprovação das resoluções impugnadas (fl. 4354).

Já os réus Emtuco – Serviços e Participações S.A. (nova denominação da ré Engepasa – Engenharia do Pavimento S/A), Linha Azul Auto Estrada S/A, Luiz Antônio do Valle Pedreira de Cerqueira e Álvaro de Calasans Gayoso Neves arguiram, inicialmente, a inépcia da inicial, frente à ilegitimidade passiva “ad causam” de Álvaro e Luiz Antonio (fls. 4360/4386). No mérito, alegaram que não houve a alegada lesividade ao erário público, uma vez que o retardamento das obras ocorreu em virtude de problemas oriundos do próprio poder concedente, o qual se manteve inerte na desapropriação dos terrenos, gerando atraso na realização da obra contratada e, por conseguinte, foram necessárias as adaptações no contrato pactuado, que se deram por meio das aludidas resoluções impugnadas; que os atos imputados aos réus como ímprobos não se adaptam àqueles previstos na Lei 8.429/92, daí porque os pedidos formulados na inicial não procedem.

Citados, os réus Oscar Alberto da Silva Gayer, Edgar Silveira, Osvaldo Yukio Kogure, Flávio Volpato, Sérgio Malburg e João Vânio Piacentini, também contestaram arguindo a inépcia da inicial. No mérito, alegaram que não são verdadeiras as alegações contidas na peça vestibular, porque a própria lei de licitações, conforme a disposição do art. 65 da Lei n. 8.666/93 e o Edital da Concorrência Pública n. 61/93, nos itens n. 3, 6, 43, previam expressamente a possibilidade de alteração do projeto básico quando ditada a necessidade de modificação, principalmente quando ocorrer razões de ordem técnica ou quando o interesse público assim o exigir; que a Lei Estadual n. 9.163/93 também prevê a possibilidade de revisão tarifária; que as alterações ocorridas são plenamen-

te permitidas, visto que o retardamento das obras ocorreu em virtude de problemas oriundos da própria Administração Pública, razões pelas quais requereram a improcedência dos pedidos.

O Ministério Público impugnou as contestações, renovando os argumentos expendidos na inicial (fls. 5475/5485).

O feito foi saneado (fl. 5846), tendo as partes especificado as provas a produzir. O Ministério Público requereu a realização de perícia técnica, inclusive contábil, e inquirição de testemunhas.

Sentenciando, o digno Magistrado reconheceu a ilegitimidade passiva do réu Álvaro de Calasans Gayoso Neves, que ficou excluído do processo e, no mérito, julgou improcedentes os pedidos formulado na exordial.

Inconformado, o Ministério Público Estadual apelou arguindo, preliminarmente, o cerceamento de defesa, uma vez que se fazia necessária a produção de prova pericial e testemunhal, e a legitimidade passiva do réu Álvaro de Calasans Gayoso Neves, uma vez que restou demonstrada nos autos a sua participação na execução do contrato, na qualidade de representante da adjudicatária Engepasa. No mérito, renovou os argumentos da peça póstica, ao alegar a existência de dano ao erário e à população e que as mudanças ocorridas pelas resoluções não atendiam ao interesse público e sim apenas ao interesse das empresas envolvidas, daí porque são nulas, devendo ser aplicadas as sanções devidas pelos atos de improbidade administrativa praticados.

Com as contrarrazões, os autos ascenderam a esta Superior Instância, perante a qual a douta Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer da lavra da Exma. Sra. Dra. Vera Lúcia Ferreira Copetti, manifestou-se pelo provimento do reclamo.

Em diligência, houve habilitação do Espólio do réu João Paulino Mafra, falecido, com as respectivas contrarrazões.

VOTO

O recurso manejado pelo Ministério Público não comporta provimento.

1. Do julgamento antecipado da lide e da alegação de cerceamento de defesa

O Ministério Público do Estado de Santa Catarina apelante alega que a sentença é nula, por cerceamento de defesa, porquanto não teve a oportunidade de produzir provas (estudo técnico contábil e de engenharia e oitiva de testemunhas) que entende necessárias para dimensionar o prejuízo causado ao erário e aos usuários, bem como demonstrar os atos de improbidade alegados na exordial, daí porque a negativa ofende os princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa (art. 5º, inciso LV, da Constituição Federal de 1988).

Não tem razão.

Importa destacar, desde logo, que o julgamento antecipado da lide, sem a produção das provas requeridas pelo apelante, não viola os princípios constitucionais do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa (art. 5º, incisos LIV e LV, da CF/1988), nem sequer a norma inserta no art. 130, do Código de Processo Civil.

É que, nos termos do que dispõe o art. 130, do Código de Processo Civil, cabe ao Juiz, na condição de presidente do processo e destinatário da prova, decidir sobre a necessidade ou não da coleta de provas, não implicando cerceamento de defesa ou violação aos princípios do contraditório e ampla defesa, o julgamento com base em prova exclusivamente documental, se ela for suficiente à formação do convencimento do julgador que, em virtude disso, tem o poder discricionário de dispensar as demais provas, inclusive a perícia, quando ela não for necessária ou puder ser substituída por documentos ou outros elementos probatórios

(art. 420, parágrafo único, incisos I e II, do Código de Processo Civil).

Consoante o disposto no art. 330, inciso I, do Código de Processo Civil, ao juiz cabe o julgamento antecipado da lide “quando a questão de mérito for unicamente de direito, ou, sendo de direito e de fato, não houver necessidade de produzir prova em audiência”.

HUMBERTO THEODORO JÚNIOR, sobre o assunto, ensina:

“Em todas as três hipóteses arroladas no art. 330, o juiz, logo após o encerramento da fase postulatória, já se encontra em condições de decidir sobre o mérito da causa, pois: a) se a questão controvertida é apenas de direito, não há prova a produzir, por absoluta irrelevância ou mesmo por falta de objeto, certo que a prova, de ordinário, se refere a fatos e não direitos, posto que iura novit curia; b) nos outros dois casos, também, não se realiza a audiência por desnecessidade de outras provas, além daquelas que já se encontram nos autos (o juiz não deve, segundo o art. 130, promover diligências inúteis).

“Assim, se a questão de fato gira em torno apenas de interpretação de documentos já produzidos pelas partes; se não há requerimento de provas orais; se os fatos arrolados pelas partes são incontroversos; e ainda se não houve contestação, o que também leva à incontrovérsia dos fatos da inicial e à sua admissão como verdadeiros (art. 319); o juiz não pode promover a audiência de instrução e julgamento, porque estaria determinando a realização de ato inútil e, até mesmo, contrario ao espírito do Código” (Curso de Direito Processual Civil, v. I, 44. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 446-447).

No presente caso, o apelante alega que ocorreu o cerceamento de defesa porque se faz necessária a realização de perícias de engenharia para constatar quais dos serviços efetuados em substituição aos originalmente previstos eram desnecessários ou impróprios para a melhor adequação do projeto e para o atendimento do interesse público, de modo a indicar

o superfaturamento de preços ou se eram necessárias as modificações feitas ao projeto básico original; e de contabilidade para confirmar com exatidão o valor estimado para as obras e serviços não realizados. Também pleiteou a oitiva de testemunhas.

Todavia, a prova documental encartada nos autos, nos extensos 17 volumes, por si só dão conta de que, não obstante a demora na prestação do serviço contratado, as alterações no contrato eram necessárias para realização da obra, como ficou demonstrado, aliás, no julgamento, por este Tribunal, da Ação Popular movida pela então Deputada Ideli Salvatti (Apelação Cível n. 2000.002126-1, da Capital, Rel. Des. Francisco Oliveira Filho, em 06.09.2001).

A compulsar a vasta e antiga documentação juntada aos presentes autos denota-se que esta Ação Civil Pública se arrasta por aproximadamente longos 13 anos e se até a presente data os fatos narrados na exordial ainda não foram comprovados, não seria o depoimento testemunhal ou a prova eminentemente pericial que demonstraria o contrário, além do fato acima relatado, de que os documentos anexados aos autos são suficientes para a verificação da existência ou não de atos de improbidade administrativa.

Até porque, como bem ressaltado pelo nobre sentenciante, o ponto crucial da presente demanda é a verificação da legalidade ou ilegalidade das adequações conferidas aos projetos e ao contrato de concessão por meio de resolução. Portanto, no caso de ser verificada a ilegalidade, não seria o montante vultoso despendido em razão da modificação contratual que daria azo à procedência do pedido de condenação dos réus, mas o ato ilegal que motivou a alteração substancial do projeto básico original e, por consequência, do contrato, em função do princípio da legalidade administrativa, porque, ao contrário do particular, para a Administração é vedado fazer ou deixar de fazer aquilo que não está previsto em lei.

Diógenes Gasparini explica, a respeito do princípio da legalidade, que “o princípio da legalidade significa estar a Administração Pública, em

toda a sua atividade, presa aos mandamentos da lei, deles não se podendo afastar, sob pena de invalidade do ato e responsabilidade de seu autor. Qualquer ação estatal sem o correspondente calço legal, ou que exceda ao âmbito demarcado pela lei, é injurídica e expõe-se à anulação. Seu campo de ação, como se vê, é bem menor que o do particular.” (Direito administrativo. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 7).

Com efeito, a presente demanda cinge-se à verificação da existência ou não de improbidade nos atos administrativos que motivaram as alterações do contrato e suas adequações, daí porque a realização da perícia técnica contábil e/ou de engenharia e a produção da prova testemunhal eram mesmo desnecessárias.

Aliás, a realização da perícia técnica de engenharia, nesta quadra dos acontecimentos, ou mesmo à época em que a sentença foi prolatada, levando-se em conta a complexidade da causa, pouco agregaria ao caso concreto, pois, se houve alteração em um contrato dessa magnitude, evidentemente houve modificação substancial nos valores contratados para a execução da obra e as alterações autorizadas deram ensejo à realização de obras e serviços diferenciados no conjunto dos acontecimentos. Além do fato de, passados mais de dez anos do encerramento das atividades ocorrido por volta de agosto ou setembro de 1998, muita coisa já mudou no cenário, até pela realização de novas obras pelo próprio Estado, como é público e notório. A perícia contábil também pouco acrescentaria. Ou seja, ainda que a perícia pleiteada pelo autor fosse produtiva, dado o transcurso do tempo seria agora inviável, senão impossível, para perscrutar a situação irregular da época dos fatos que, em tese, poderia ter lesado o erário público ou caracterizado qualquer ato de improbidade.

A prova que o Ministério Público pretendia produzir, para demonstrar que o aditamento do contrato foi ilegal e com isso trouxe pre-

juízos ao erário é documental e foi juntada no decorrer dos extensos 17 volumes, o que por si só autorizava o julgamento antecipado da lide.

Não fora isso, o Superior Tribunal de Justiça tem orientado, com base no art. 130, do Código de Processo Civil, que “cabe ao juiz decidir quais as provas pertinentes ao deslinde da controvérsia e quais devem ser indeferidas, por desnecessárias, não constituindo cerceamento de defesa a negativa de nova perícia, considerada desnecessária pelo magistrado. A lei processual o autoriza, mas não lhe impõe, como diretor do processo, determinar a realização de nova prova técnica” (REsp. 331084/MG, Rel. Min. Castro Filho, DJ 10/11/2003).

Desse modo, não configura cerceamento de defesa o julgamento antecipado da lide se as provas pessoais ou periciais requeridas não se faziam necessárias para o deslinde da causa, razão pela qual não se pode falar em violação ao art. 5º, inciso LV, da Constituição da República de 1988, nem aos arts. 130 e 330, inciso I, e 420 e seguintes, do Código de Processo Civil, sobretudo porque o magistrado entendeu que o substrato probatório era hábil à formação do seu convencimento, sendo despicinda a produção de outras provas. Cabia-lhe desde logo dizer o direito aplicável em face das provas já amealhadas.

Então, na espécie, com base no art. 330, inciso I, do Código de Processo Civil, o Juiz poderia conhecer diretamente do pedido, dispensando as provas requeridas, haja vista que a matéria de mérito, embora de direito e de fato, já se encontrava suficientemente comprovada nos autos.

Rejeita-se a preliminar.

2. Da legitimidade passiva “ad causam” do réu Álvaro de Calasans Gayoso Neves.

Na sentença o MM. Juiz excluiu do processo, por ilegitimidade passiva “ad causam”, o réu Álvaro de Calasans Gayoso Neves.

Houve insurgência do apelante fundada no argumento de que tal demandado, na condição de Diretor Presidente da ENGEPPASA – Engenharia do Pavimento S.A à época dos fatos, deve ser responsabilizado por atos praticados em sua gestão.

Tem razão.

Segundo o art. 3º, do Código de Processo Civil, “para propor ou contestar ação é necessário ter interesse e legitimidade. Carece de ação o autor que demanda contra parte ilegítima “ad causam”, o que implica indeferimento da petição inicial (arts. 295, inciso II, e 301, inciso X, do mesmo Estatuto) e a extinção do processo sem resolução do mérito (art. 267, incisos I e VI, c/c o § 3º).

A empresa ENGEPPASA (hoje denominada EMTUCO) foi a vencedora da licitação e adjudicatária do objeto para a concessão das Rodovias SC-400, SC-401, SC-402 e SC-403, cujo contrato tem suas alterações questionadas nesta ação. O contrato foi assinado por ela e pela empresa Linha Azul Auto Estrada S/A, que foi constituída na ocasião, com a participação da primeira e de seus sócios, para executar o contrato.

Restou incontroverso nos autos que o réu Álvaro de Calasans Gayoso Neves, na condição de Diretor Presidente, era quem representava a empresa ENGEPPASA em praticamente todos os seus atos, desde a assinatura do contrato de concessão de n. 314/94, à participação quando da assinatura do termo aditivo de prorrogação dos prazos estipulados ao aludido contrato, como se observa dos documentos de fls. 121/124; 173/175; 177; 3852/3854.

Também é incontroverso que ele, na condição de Diretor Presidente da aludida empresa, além de ter atuado como interveniente no contrato de financiamento celebrado entre o Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social – BNDES e a empresa Linha Azul (fls. 85/102), contratou os serviços de advogados para apresentação de

defesa administrativa ou judicial perante o DER/SC, BNDES, BRDE e BESC em julho de 1999 (fl. 3.674/3.675).

Assim é que, nos termos dos arts. 1º da Lei n. 8.429/92, considera-se tal pessoa como parte legítima para compor o polo passivo das ações que envolvem atos de improbidade administrativa:

“Art. 1º Os atos de improbidade praticados por qualquer agente público, servidor ou não, contra a administração direta, indireta ou fundacional de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios, de Território, de empresa incorporada ao patrimônio público ou de entidade para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com mais de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual, serão punidos na forma desta lei”.

Já o art. 2º do mesmo diploma legal atinge todo aquele que se vincula à Administração Pública, com ou sem remuneração, definitiva ou transitoriamente, abrangendo servidores e funcionários públicos, civis, militares, agentes políticos, administrativos, honoríficos, delegados e credenciados, quer sejam pessoas físicas, quer jurídicas, ou seja todo aquele que exerce função pública (mandato, cargo, emprego ou função pública), independentemente do modo de investidura:

“Art. 2º Reputa-se agente público, para os efeitos desta lei, todo aquele que exerce, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função nas entidades mencionadas no artigo anterior”.

Como se vê, a própria lei dilata sua abrangência, quando, exemplificativamente, emprega a expressão “ou qualquer qualquer outra forma de investidura ou vínculo”, dando concepção bem ampla à expressão “função pública”, como qualquer forma de vinculação funcional ou contratual do agente (pessoa física ou jurídica).

Nesse sentido, inclusive, é o entendimento desta Corte de Justiça:

“PROCESSUAL CIVIL – IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – LEGITIMIDADE PASSIVA

“1. Os agentes públicos e os particulares envolvidos na prática do ato administrativo maculado pela improbidade, sejam ou não beneficiários diretos, devem figurar no pólo passivo da ação judicial com a finalidade de apurar as responsabilidades para o fim de aplicação das medidas previstas na Lei n. 8.429/92” (1997.011178-9, de Taió, Rel. Des. Luiz César Medeiros, j. 12/9/2006).

Não fosse demonstrar a ligação direta do Diretor Presidente da empresa vencedora da licitação, a Engepasa, adjudicatária do objeto e participante do contrato de concessão, com os atos investigados como ímprobos, a ele, como bem ressaltou o apelante, seria suficiente reconhecer que, no mínimo, pode ter sido beneficiado com as condutas, tal como assevera o artigo 3º do mesmo diploma legal:

“Art. 3º As disposições desta lei são aplicáveis, no que couber, àquele que, mesmo não sendo agente público, induza ou concorra para a prática do ato de improbidade ou dele se beneficie sob qualquer forma direta ou indireta.

Logo, não resta dúvida de que o apelado Álvaro de Calasans Gayoso Neves, Diretor Presidente da empresa ENGEFASA à época dos fatos, é parte legítima para figurar no polo passivo da presente ação de improbidade administrativa, mormente porque era ele quem, na condição de gestor da empresa, detinha competência e poder de decisão sobre as despesas, administração e gestão da empresa à época da realização do contrato de concessão, bem como à época em que foram realizadas as modificações no contrato de concessão do serviço de duplicação das rodovias SC 400, SC 401, SC 402 e SC 403. Não se olvide que tal empresa, representada pelo mencionado réu, além de ter sido a vencedora da

licitação e a adjudicatária do objeto, é sócia da Linha Azul, que firmou o contrato para a execução da concessão, e, portanto, seu representante legal tem interesse direto na discussão relativa aos atos ditos ímprobos nesta ação.

Destarte, é irrecusável a legitimidade do réu Álvaro de Calasans Gayoso Neves para estar no polo passivo da presente ação civil pública, em que a empresa na qual era Diretor Presidente à época dos fatos é dita beneficiária direta das alterações do contrato administrativo que o Ministério Público considera ilegais.

Doutra parte, se o Diretor Presidente da empresa cometeu ou não algum ato eivado de irregularidade ou ilegalidade dos que lhe são imputados na presente ação, isso é matéria a ser verificada mais adiante, com o exame do mérito.

Em face do exposto, cabe o provimento do recurso do Ministério Público, nessa parte, para reconduzir à lide o réu Álvaro de Calasans Gayoso Neves.

3. Da legitimidade passiva “ad causam” do espólio para substituir o réu João Paulino Mafra

Não subsiste a alegada ilegitimidade passiva “ad causam” do Espólio de João Paulino Mafra fundada no argumento de que a discussão encetada nos autos e os direitos manejados na Ação Civil Pública são de cunho personalíssimo e não patrimonial.

Segundo o art. 5º, inciso XLV, da Constituição Federal de 1988, “nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido”.

Já dizia o Código Civil de 1916, no art. 1.526, que “o direito de

exigir reparação, e a obrigação de prestá-la transmitem-se com a herança, exceto nos casos que este Código excluir”. Idêntica é a redação do art. 943 do Código Civil de 2002, sem a ressalva: “O direito de exigir reparação e a obrigação de prestá-la transmitem-se com a herança”.

Daí o acerto do disposto no art. 8º, da Lei n. 8.429/92, para vincular os sucessores do réu falecido à ação de improbidade administrativa, no tocante às sanções patrimoniais: “O sucessor daquele que causar lesão ao patrimônio público ou se enriquecer ilícitamente está sujeito às cominações desta lei até o limite do valor da herança”.

Na espécie, a transmissibilidade das sanções derivadas da improbidade administrativa limitam-se às hipóteses da perda dos bens ou valores ilícitamente acrescidos, ao ressarcimento integral do dano e à multa civil, a que se refere o art. 12, nos seus incisos I, II e III, da Lei n. 8.429/92, excluindo-se as demais sanções cabíveis em face de seu caráter personalíssimo. A responsabilidade sucessória, no entanto, encontra outro limite, que é o valor do patrimônio transferido com a sucessão até o valor da herança.

Dessa forma, considerando o caráter patrimonial de algumas das sanções previstas pelo art. 12 da Lei n. 8.429/1992, tem-se que o espólio de João Paulino Mafra detém legitimidade para figurar no polo passivo da demanda, mas eventual condenação será limitada ao valor da herança.

Afasta-se, pois, a preliminar aventada.

Portanto, considera-se habilitado, para suceder o demandado João Paulino Mafra, na presente ação, o seu espólio, nos termos dos arts. 43, 265, inciso I, e § 1º, e 1.055 a 1.062, todos do Código de Processo Civil.

4. Mérito

Imputa-se aos demandados Oscar Alberto da Silva Gayer, João Paulino Mafra, Edgar Silveira, Paulo Roberto Tesserolli França, Fernando Luiz Rodrigues Gonçalves, Osvaldo Yukio Kogure, Flávio Volpa-

to, José Vânio Piacentini, Deusdedit José dos Santos, Sérgio Malburg, Newton Marçal dos Santos, José Norberto D'Agostini, na qualidade de servidores do Departamento Estadual de Estradas e Rodagem (DER), hoje denominado Departamento de Infraestrutura do Estado de Santa Catarina (DEINFRA), bem como à ENGEPPASA – Engenharia do Pavimento S.A. e à Linha Azul Auto Estrada S.A. e seus dirigentes Álvaro de Calasans Gayoso Neves, Luiz Antônio do Valle Pedreira de Cerqueira, respectivamente, a prática de atos de improbidade administrativa por terem promovido 24 alterações aditivas ao contrato de concessão das obras públicas das Rodovias Estaduais SC-400, SC-401, SC-402 e SC-403, localizadas no Município de Florianópolis, com a finalidade de, segundo o Ministério Público alegou na petição inicial, alterar o projeto básico anexo ao Edital de Licitação, o que não seria possível, diante do princípio da vinculação da licitação e do contrato ao instrumento convocatório, de modo que as obras deveriam ser executadas conforme aquele documento, sem possibilidade de alteração, e apressar a conclusão das obras mínimas previstas no contrato para as concessionárias se beneficiarem do início do pagamento das tarifas, pelos usuários, na praça de pedágio, em detrimento do interesse público.

A documentação anexada aos autos demonstra que, no âmbito estadual, o Estado de Santa Catarina foi pioneiro na efetiva concessão, a uma empresa privada, das obras públicas de recuperação, expansão, ampliação, duplicação, melhoria e manutenção de rodovias estaduais e obras de arte, para serem remuneradas por meio de tarifa cobrada do próprio usuário sob a forma de pedágio. É verdade que o Estado de São Paulo, por intermédio da Lei Estadual n. 7.835, de 08.05.1991, já havia disciplinado anteriormente a concessão de obras públicas, “inclusive quanto às formas de remuneração do concessionário” (Maria Sylvia Zanella Di Pietro, em *Direito Administrativo*, 26. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 338); enquanto que a lei correspondente, no Estado de Santa Catarina, é a de n.

9.163, de 23.07.1993. No âmbito federal já havia o Decreto n. 94.002, de 04.02.1987, que dispôs sobre a concessão de obra pública para construção, conservação e exploração de rodovias e obras rodoviárias federais, ainda em vigor no que não conflita com a Lei Federal n. 8.987/1995. Mas a vanguarda catarinense, ao que consta, estabeleceu-se pela primeira concessão estadual de obra pública para exploração por empresa privada e remuneração pelo usuário, que é a discutida nos autos.

Hely Lopes Meirelles esclarece, desde as primeiras edições de sua magnífica obra *Direito Administrativo Brasileiro*, a respeito da possibilidade e da vantagem da concessão de obras públicas a empresas particulares para serem por elas realizadas e remuneradas pelos próprios usuários:

“*Contrato de concessão* é o ajuste pelo qual a Administração delega ao particular a execução remunerada de serviço ou de obra pública ou lhe cede o uso de um bem público, para que o explore por sua conta e risco, pelo prazo e nas condições regulamentares e contratuais. Daí a tripartição da concessão em *concessão de serviço público, concessão de obra pública e concessão de uso de bem público*, consubstanciadas em contrato administrativo bilateral, comutativo, remunerado e realizado intuitu personae.

“[...]

“*Contrato de concessão de obra pública e de concessão de serviço público precedido da execução de obra pública – Contrato de concessão de obra pública, ou, simplesmente, concessão de obra pública é o ajuste administrativo que tem por objeto a delegação a um particular da execução e exploração de uma obra pública ou de interesse público, para uso da coletividade, mediante remuneração ao concessionário, por tarifa* (Lei 8.987/95).

“Essa concessão, que obedece aos mesmos princípios da concessão de serviço público, é comumente usada nos Estados Unidos para a construção de pontes, viadutos, estradas e demais obras necessárias à co-

letividade, constituindo empreendimento rentável para o construtor, que as explora durante o tempo da concessão, entregando-as ao seu término sem ônus para a Administração. Infelizmente, é de pouco uso entre nós, pois, devidamente regulamentada e realizada com critério, muito contribuiria para a execução de obras públicas sem maiores encargos para a Administração.” (MEIRELLES, Hely Lopes; ALEIXO, Délcio Balestero; BURLE FILHO, José Emmanuel. Direito administrativo brasileiro. 39. ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 278. Veja-se, também, apenas Hely, na 4ª edição, da Revista dos Tribunais, p. 237).

Para Maria Sylvia Zanella Di Pietro, “Concessão de obra pública é o contrato administrativo pelo qual o Poder público transfere a outrem a execução de uma obra pública, para que a execute por sua conta e risco, mediante remuneração paga pelos beneficiários da obra ou obtida em decorrência da exploração dos serviços ou utilidades que a obra proporciona.” (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo. 26 ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 337).

Marçal Justen Filho também explica acerca da concessão de obras públicas remuneráveis pelos usuários:

“Outra situação ocorre quando a edificação da obra pública gera, por si só, a satisfação do interesse estatal. O particular executa a obra, que passa a ser utilizada pelos usuários como instrumento de satisfação de suas necessidades. Não existirá um serviço público propriamente dito a ser prestado posteriormente. Podem existir tarefas complementares e secundárias, relacionadas com a manutenção e conservação do empreendimento. É o que se passa com a construção de rodovias e obras assemelhadas. Nesses casos e quando muito, há o dever de atividades complementares posteriores, atinentes à manutenção das obras e bens públicos, assim como de prestação de serviços acessórios aos usuários. Usualmente, essa hipótese é denominada concessão de obra pública. A

exploração da obra pública pelo particular será destinada precipuamente a assegurar-lhe a percepção de rendimentos suficientes para a amortização dos investimentos realizados.” (JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de direito administrativo. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 628).

A Constituição Federal de 1988, no art. 175 e seu parágrafo, disse o seguinte, a respeito das concessões de serviços públicos, incluindo, obviamente, as concessões de obras públicas:

“Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.

“Parágrafo único. A lei disporá sobre:

“I – o regime das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, o caráter especial de seu contrato e de sua prorrogação, bem como as condições de caducidade, fiscalização e rescisão da concessão ou permissão;

“II – os direitos dos usuários;

“III – política tarifária;

“IV – a obrigação de manter serviço adequado.”

À época dos fatos discutidos nestes autos, ocorridos nos anos de 1994 a 1998, o art. 137 e seus parágrafos da Constituição do Estado de Santa Catarina, na redação original, estabeleciam o seguinte:

“Art. 137. Ao Estado incumbe a prestação dos serviços públicos de sua competência.

“§ 1º. A execução poderá ser delegada, precedida de licitação, nos regimes de concessão ou permissão.

“§ 2º. A delegação assegurará ao concessionário ou permissionário

as condições de prorrogação, caducidade, fiscalização e rescisão do contrato, garantidas:

“I - a qualidade do serviço prestado aos usuários;

“II - política tarifária socialmente justa que assegure aos usuários o direito de igualdade, o melhoramento e expansão dos serviços, a justa remuneração do capital empregado e o equilíbrio econômico-financeiro do contrato.”

Após os fatos constantes deste processo e a propositura desta ação, pela Emenda Constitucional Estadual n. 38, de 20.12.2004, foi acrescentado o § 3º, no sentido de que “O Estado e os seus Municípios disciplinam por meio de lei os consórcios públicos e os convênios de cooperação, autorizando a gestão associada de serviços públicos, bem como a transferência total ou parcial de encargos, serviços, pessoal e bens essenciais à continuidade dos serviços transferidos”. De acordo com os preceitos do direito intertemporal (art. 5º, inciso XXXVI, da Constituição Federal de 1988; e art. 6º do Decreto-lei n. 4.657, de 4.9.1942, a Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro) tal regra não pode ser aplicada ao caso em discussão, por ser posterior a ele, já que o contrato de concessão e seus aditivos aqui questionados e a realização das obras aconteceram no período de dezembro de 1994 a junho de 1998.

Pelo mesmo motivo também não se aplicam as alterações efetivadas pela Emenda Constitucional Estadual n. 46, de 19.12.2007, que alterou o “*caput*” e o § 1º, do art. 137, da Carta Estadual, para dizer, sem modificação substancial: “Art. 137. Ao estado incumbe a prestação dos serviços públicos de sua competência, diretamente ou mediante delegação. § 1º. A delegação, se for o caso e nos termos da legislação vigente, será precedida de licitação.”

Cabe lembrar que somente em 1995, quando o contrato de concessão aqui discutido já se encontrava em vigor, é que o regime de concessão de serviços públicos e obras públicas e permissão da prestação

de serviços públicos, a que se refere o art. 175 da Constituição Federal de 1988, foi disciplinado, em âmbito nacional, pela Lei Federal n. 8.987, de 13.02.1995, cujo art. 2º (inciso III) considera “concessão de serviço público precedida da execução de obra pública: a construção, total ou parcial, conservação, reforma, ampliação ou melhoramento de quaisquer obras de interesse público, delegada pelo poder concedente, mediante licitação, na modalidade de concorrência, à pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstra capacidade para a sua realização, por conta e risco, de forma que o investimento da concessionária seja remunerado e amortizado mediante a exploração do serviço ou da obra por prazo determinado”.

Posteriormente a Lei Federal n. 11.079, de 30.12.2004, introduziu no sistema jurídico brasileiro as chamadas parcerias público-privadas, com novas modalidades de concessão de serviços públicos precedidos de obras públicas, como a concessão patrocinada, em que a concessão do serviço ou da obra pública é remunerada pelo usuário e, adicionalmente, pelo Poder Público, e a concessão administrativa quando a remuneração é feita integralmente pela Administração, ainda que envolva execução de obra ou fornecimento de bens (cf. MEIRELLES, Helly Lopes; ALEIXO, Délcio Balestero; BURLE FILHO, José Emmanuel. *Direito administrativo brasileiro*. 39. ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 278 e 456-459; DI PIERO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 26 ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 313-337; JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 675-685). Trata-se de modalidade um pouco distinta da concessão de obra pública, porque nesta a remuneração das obras e dos serviços é feita exclusivamente pelos usuários, sem aporte financeiro do Poder Público que, muito pelo contrário, recebe percentual das quantias arrecadadas.

No tocante à necessidade de realizar o processo de licitação para a contratação de obras e serviços, ainda que sob concessão, prevê o art. 37,

inciso XXI, da Constituição Federal de 1988, reproduzido no art. 17 da Constituição do Estado de Santa Catarina de 1989 (consustanciados no plano infraconstitucional no art. 2º da Lei n. 8.666/93): “ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações”.

Pois bem!

Autorizada genericamente pelas Constituições Federal e Estadual, mesmo nas suas redações originais, a concessão de serviços públicos, englobando obviamente a concessão de obras públicas, o Estado de Santa Catarina editou a Lei Estadual n. 9.163, de 23.07.1993, que “dispõe sobre o regime de concessão da Administração de pontes e rodovias estaduais e dá providências correlatas”, em que definiu, no art. 2º, inciso II, que Concessão de Administração de Pontes e Rodovias Estaduais é “a delegação contratual, a empresa individual ou coletiva ou a consórcio de empresas, da operação e da exploração pela Concessionária, por sua conta e risco e por prazo certo, de pontes ou rodovias estaduais objeto de obra de construção, reforma, ampliação, melhoramento ou conservação, a ser executada pela Concessionária e remunerada, total ou parcialmente, pela cobrança de tarifas dos usuários”; e explicou, no respectivo parágrafo único, que “a extinção da concessão, ao final do prazo contratual, ou da sua prorrogação, ou por qualquer outra forma prevista nesta Lei, acarreta a reversão, sem ônus para o Poder Concedente, de todas as obras e benfeitorias executadas na vigência do contrato.” (Fique esclarecido que tal lei sofreu alteração pelas Leis n. 10.934/98 e 11.509/00 e depois foi revogada pela Lei Estadual n. 13.192, de 10.12.2004, porém, os fatos discutidos nestes autos ocorreram durante a vigência da redação original dela).

Com base nessa Lei Estadual n. 9.163/1993, logo depois do início de sua vigência, em 09 de setembro de 1993 o Estado de Santa Catarina, por intermédio de sua autarquia, o Departamento de Estradas e Rodagem (DER/SC), atualmente incorporado pelo Departamento Estadual de Infraestrutura de Santa Catarina (DEINFRA) criado pela Lei Complementar Estadual n. 244/2003, responsável pela malha rodoviária catarinense, publicou o Edital de Concorrência Pública n. 61/93, com os respectivos anexos, contendo mais de 200 páginas, entre os quais o Projeto Básico das Obras, com o objetivo de selecionar propostas de empresas ou consórcio de empresas para executar, sob regime de concessão e através de delegação do Estado, pelo prazo de vinte e cinco (25) anos, prorrogável no interesse da administração, as obras e serviços de duplicação, conservação, restauração, manutenção, melhoramentos, operação, monitoramento e a exploração de atividades comerciais e do serviço público, remunerada pela cobrança de tarifas e preço público dos usuários, sob a forma de pedágio, especialmente na Rodovia SC-401, no Município de Florianópolis, iniciando o trecho na intersecção da Rodovia SC-404 com a Avenida da Saudade e terminando na intersecção de acesso às Praias de Canasvieiras e Ponta das Canas; assim como obras e serviços nas Rodovias secundárias, partindo daquela, SC-400 de acesso à Praia da Daniela, SC 402 de acesso à Praia de Jurerê e SC 403 de acesso a Ingleses do Rio Vermelho; mediante o pagamento de direitos de concessão ao DER/SC, na ordem de 20% da receita bruta mensal, a partir do 10º ano da concessão, inclusive. Estabeleceu-se, também, que a empresa (ou consórcio) licitante vencedora executaria um quantitativo de obras e serviços previstos no anexo relativo aos Requisitos Mínimos para Início da Arrecadação do Pedágio, num prazo máximo de vinte e quatro (24) meses para poder iniciar a cobrança do pedágio dos usuários, e concluiria o restante das obras ao final de trinta e seis (36) meses. Cabia aos licitantes fazer o orçamento das obras e serviços, bem como apresentar sua proposta de Tarifa Básica de Pedágio. Seria vencedora a proposta que apresentasse o menor preço da referida tarifa.

Embora quinze (15) empresas tenham adquirido o edital, apenas duas (2) apresentaram propostas datadas de novembro de 1993: a ENGEPPASA – ENGENHARIA DO PAVIMENTO S.A. (atualmente denominada EMTUCO Serviços e Participações S.A.), e CONSTRUTORA TRIUNFO LTDA., consideradas habilitadas em 17.12.1993 (fl. 57).

Em 02 de fevereiro de 1994, julgadas as propostas, foi declarada vencedora a proposta apresentada pela ENGEPPASA (atualmente EMTUCO), que propôs a Tarifa Básica de Pedágio no valor médio de CR\$ 163,44 (cento e sessenta e três cruzeiros e reais e quarenta e quatro centavos), considerado na data de 08.11.1993 (fl. 57), o qual foi atualizado e convertido em reais, na data de 1º.07.1994, para R\$ 794,16 (setecentos e noventa e quatro reais e dezesseis centavos) o lote de 1.000 veículos (fl. 192), correspondente, em 30.05.2013, a aproximadamente R\$ 3.655,75; vale dizer: valor básico médio de pedágio equivalente, na atualidade, a R\$ 3,66 por veículo, pelo cálculo feito com base nas tabelas de atualização monetária da douta Corregedoria-Geral da Justiça. Como se vê à fl. 58, na data de 1º.07.1994 o preço total da concorrência também foi atualizado e convertido em reais para R\$ 155.348.082,58 (cento e cinquenta e cinco milhões, trezentos e quarenta e oito mil, oitenta e dois reais e cinquenta e oito centavos).

Destarte, tornou-se adjudicatária da licitação a ENGEPPASA, que, em 26.04.1994, constituiu a empresa AUTOCAN – AUTO-ESTRADA CANASVIEIRAS S/A, para figurar como concessionária, como autorizava o Edital de Licitação. Ao que consta da vasta documentação juntada, a denominação da referida empresa foi alterada para LINHA AZUL AUTO ESTRADA S.A.

O Contrato n. 314/94-PJ, de concessão de serviços públicos precedidos de obras públicas, foi assinado em 29 de dezembro de 1994, entre o Departamento de Estradas de Rodagem de Santa Catarina (DER/

SC) e a ENGEPPASA, como adjudicatária, e a LINHA AZUL, como concessionária. O Contrato foi publicado no Diário Oficial do Estado em 31.01.1995, de sorte que o prazo de 25 anos da concessão deveria estender-se até 31.01.2020.

Todas as obras e os serviços, incluindo a duplicação e demais leitos, a construção de pontes e viadutos, as intersecções, e outros, num total orçado, pelos cálculos do Tribunal de Contas do Estado, devidamente atualizado e convertido em reais em 1º.07.1994, na quantia de R\$ 18.380.990,26, deveriam ser realizados às expensas da adjudicatária e da concessionária, sem qualquer custo para o Estado de Santa Catarina ou para o Departamento de Estradas de Rodagem (DER/SC).

Para iniciar a cobrança da tarifa dos usuários, na Praça do Pedágio que foi construída nas imediações da localidade de Santo Antônio de Lisboa, a concessionária deveria cumprir os Requisitos Mínimos estipulados no Edital e no Contrato, realizando cerca de 93,26% das obras e dos serviços, correspondentes a R\$ 17.142.334,82, no prazo de 24 (vinte e quatro) meses contados da data da ordem de serviço; e, nos 12 (doze) meses seguintes o restante das obras, de sorte que ao final de 36 meses tudo deveria estar pronto e funcionando.

Ao Departamento de Estradas de Rodagem (DER/SC), no entanto, cabia realizar as inúmeras desapropriações dos terrenos lindeiros, uma vez que o leito da rodovia, especialmente a SC-401, que antes era de uma pista em cada sentido, passaria a ter duas pistas em cada sentido, além de canteiro central, via marginal, ciclovia e passeio, obras de drenagem e outras, de sorte a ocupar um total de 42,5 metros de largura, conforme o Projeto Básico das Obras.

A Licença Ambiental Prévia (LAP) da FATMA, para a realização das obras e dos serviços foi concedida em março de 1995.

E em 10 de julho de 1995 foi expedida a Ordem de Serviço, a partir da qual a concessionária passou a realizar as obras e os serviços.

Na data de 07 de agosto de 1995 o Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social (BNDES) concedeu à LINHA AZUL, com interveniência da ENGEPPASA e do próprio DER/SC, um financiamento de R\$ 8.900.000,00 (Contrato de fls. 85-94), depois elevado para R\$ 10.000.000,00 (Aditivo de fls. 95-102), para a realização de parte das obras e dos serviços, sendo que o restante seria financiado com recursos das próprias empresas beneficiárias (ENGEPPASA e LINHA AZUL). A pretensão destas era de obter um financiamento no montante de quinze milhões de reais (fl. 80). Não há informações suficientes para afirmar se tal foi obtido, mas isso é irrelevante para este processo.

A licitação e o contrato, após alguns questionamentos, diligências e acompanhamentos, foram aprovados pelo Tribunal de Contas do Estado, que assim decidiu em 02.06.1997 (fls 320-334):

“1- Julgar legal a Concorrência Pública nº 61/93 e anotar o Contrato nº 314/94, por estarem conforme a Lei nº 9.163/93, a Lei nº 8.666/93 e o art. 175 da Constituição Federal.

“2- Determinar à DCE – Diretoria Geral de Controle da Administração Estadual, desta Corte, a realização de auditoria nos atos de desapropriações executadas pelo DER/SC, com vistas à execução do Contrato de Concessão.

“3- Recomendar ao DER/SC que:

“a) sejam adotadas as necessárias medidas de acompanhamento da evolução da composição do tráfego, aliada aos diversos custos relacionados na planilha da ENGEPPASA, para que o equilíbrio econômico-financeiro do Contrato seja mantido nos níveis da proposta inicial.

“b) em processos futuros, dê destinação específica aos recursos oriundos de privatização ou de concessão.”

Foi contratada a empresa de consultoria SOTÉPA para acompanhar a execução das obras e dos serviços.

Ao longo da execução do contrato diversos questionamentos foram feitos, em razão das inúmeras dificuldades encontradas e do fato de o Projeto Básico de Engenharia das Obras, embora minucioso e completo, necessitar de complementos, alterações e retificações, para atender a especificidades de obras e serviços que foram surgindo durante a execução, diante da complexidade e da grandeza do empreendimento, que não permitiam de antemão uma previsão absoluta e inalterável.

Em face da necessidade de compatibilização dos textos dos documentos relativos à licitação e ao contrato com a realidade da execução, o Conselho de Administração do Departamento de Estradas de Rodagem de Santa Catarina (DER/SC), atualmente incorporado pelo DEINFRA, composto na época pelos demandados Oscar Alberto da Silva Gayer, João Paulino Mafra, Edgar Silveira, Paulo Roberto Tesserolli França, Fernando Luiz Rodrigues Gonçalves, Osvaldo Yuko Kogure, Flávio Volpato, José Vânio Piacentini, Desdedit José dos Santos, Sérgio Malburg, Newton Marçal dos Santos e José Norberto D'Agostino, servidores da referida autarquia, que se revezaram em participação nas respectivas reuniões, aprovou 24 (vinte e quatro) Resoluções para alteração de detalhes do Projeto Básico das Obras e do Contrato de Concessão, inclusive no tocante aos Requisitos Mínimos para o Início da Cobrança da Tarifa, quantitativos, prazos e modificações de obras e serviços.

Foram as seguintes as alterações realizadas, como detalhou o Tribunal de Contas do Estado no Relatório de fls. 344-378, datado de 03 de agosto de 1998, referente ao acompanhamento de seus Técnicos à execução do contrato de concessão:

01) Resolução CA nº 104/96, de 26.03.1996 – Aprova a alteração da Seção transversal tipo, para o segmento compreendido entre o Itaco-

robi e a interseção de acesso a Jurerê, ou seja, houve a redução do passeio de 3,0 m para 2,0m, a redução do canteiro central de 2,0m para 1,60m, que implicou numa redução do corpo estradal de 42,5m para 41,3m de largura. Justificativa dada pela Sotepa, após reuniões de seu representante com Engenheiros do DER/SC e da concessionária, de que no trecho não há residências que possam justificar a implantação dessas marginais. Essa alteração redundou na redução de custos em R\$ 269.285,16, diminuindo 0,81% o valor da Tarifa Básica de Pedágio.

02) Resolução CA nº 258/96, de 23.07.1996 – Aprova proposta de alteração para a execução de um bueiro BSTC de 2,0 m de diâmetro, localizado na estaca 490 + 1,50 da Rodovia SC-401. Baseia-se no Processo n. DERP 8392/960, em que os Técnicos do DER/SC e da Sotepa constataram a necessidade de substituição do referido bueiro, que originariamente era de 1,0 m de diâmetro, porém estava totalmente assoreado, tendo sido falho o projeto original que não previu as variáveis que justificam tal alteração. Houve acréscimo de R\$ 3.085,25 no custo das obras.

03) Resolução CA nº 307/96, de 13.08.1996 – Aprova os preços unitários para a brita graduada, CAUQ e PMQ para todo o trecho, diante da necessidade de substituir os materiais britados previstos no projeto original para serem obtidos na pedreira de Ratonos, por brita comercial, uma vez que foi negada a licença ambiental para exploração da pedreira. Houve acréscimo de R\$ 2.110.056,79, com reflexo de mais 6,41% na Tarifa Básica do Pedágio. Essa composição de preços depois foi revogada pela Resolução CA n. 171/97, de 29.04.1997.

04) Resolução CA nº 346/96, de 03.09.1996 – Aprova a recuperação e prolongamento do Bueiro Triplo Metálico 4,05 x 2,85 m, revestido com Epoxi Bonded, localizado na estaca 196 + 11,05 da Rodovia SC-401. Baseia-se no Processo n. DERP 7489/960, em que os Técnicos do DER/SC e da Sotepa avaliaram as alternativas de substituição ou recuperação e prolongamento do citado bueiro, para atender às necessidades

técnicas do momento, o que era imprevisível à época do Projeto, pois o assoreamento do bueiro existente não permitia a avaliação correta de seu estado estrutural. Houve acréscimo de R\$ 90.027,06 no custo da obra.

05) Resolução CA nº 417/96, de 22.10.1996 – Aprova dispositivos de drenagem na Rodovia SC-401, nas proximidades da Hípica (estaca 242+12,80, para execução de um bueiro celular triplo 2,00 x 1,50m, na extensão de 65,00 m², de um bueiro de 0,80 m longitudinal à rodovia, na extensão de 28 m, entre as estacas 235+15 e 237+3,00, e de um bueiro duplo D=1,00m² longitudinal à rodovia, entre as estacas 233+13,59 a 235+18,59, na extensão de 39m. Baseia-se no Processo DERP 11191/961, em que os Técnicos do DER/SC e da Sotepa avaliaram projeto complementar ao Projeto Básico, para drenagem da bacia conhecida como “Canal do Mel” e concluíram pela necessidade da execução desses bueiros, por motivos estritamente técnicos (alagamento da rodovia no local, quando ocorrem chuvas intensas. Acréscimo de R\$ 228.836,48 no custo da obra.

06) Resolução CA n. 440/96, de 05.11.1996 – Aprova a inclusão dos custos de remoção de deslizamento no Km 6 da Rodovia SC-401, no custo global do contrato. Baseia-se no Processo DERP 04398/963, em que Técnicos do DER/SC e da Sotepa avaliaram e quantificaram os serviços emergenciais executados pela concessionária na remoção de material proveniente de escorregamento no local conhecido como Morro do Cacupé, que era totalmente imprevisível à época do Projeto Básico. Acréscimo de R\$ 235.107,87 no custo global da obra.

07) Resolução CA n. 441/96, de 05.11.1996 – Aprova a composição de Preços Unitários de serviços referentes a projeto de execução de dispositivos de proteção contra escorregamentos a serem executados no Morro do Cacupé. Baseia-se no Processo DERP 14133/962, em que Técnicos do DER/SC e da Sotepa analisaram e aprovaram o projeto de estabilização do referido morro e quantificaram os custos. Acréscimo de R\$ 912.162,96.

08) Resolução CA n. 484/96, de 29.11.1996 – Aprova a alteração do Projeto de Acesso ao viaduto do Saco Grande e o reflexo financeiro na Tarifa Básica de Pedágio. Baseia-se no Processo DERP 14874/962, em que Técnicos do DER/SC e da Sotepa, em atendimento à reivindicação dos moradores da Rua Ivan Matos, elaboraram e aprovaram alternativa de acesso à cabeceira Leste do viaduto. Acréscimo de R\$ 9.373,71 no curso da obra.

09) Resolução CA n. 141/97, de 08.04.1997 – Aprova a alteração de quantitativos da Interseção 03 de acesso aos bairros Saco Grande e Monte Verde, localizado entre as estacas 140 e 170 da Rodovia SC-401. Baseia-se no Processo DERP 00357/979, em que Técnicos do DER/SC e da Consultora Sotepa constataram equívoco na inclusão de serviços que já haviam sido executados anteriormente à concessão. Houve redução dos custos da obra em R\$ 532.386,45.

10) Resolução CA n. 167/97, de 29.04.1997 – Aprova o preço unitário para Momento Extraordinário de Transporte de areia no valor de R\$ 0,11/m³ x km, limitado ao volume de 123.754,00 m³. Baseia-se no Processo DERP 15629/962, em que Técnicos do DER/SC e da Sotepa analisaram a composição de custos de transporte de areia a ser retirada do areal em Tijucas em substituição à indicada no projeto, localizada entre Ingleses e Rio Vermelho. Esse acréscimo de transporte é decorrente do esgotamento das jazidas indicadas no Projeto, no período entre a sua aprovação e o início das obras de duplicação. Considerada a distância de 53,71 km, a alteração provoca um acréscimo de R\$ 726.435,98 ao custo da obra.

11) Resolução CA n. 171/97, de 29.04.1997 – Revoga o Preço Unitário para Base de Brita Graduada aprovado pela Resolução CA n. 307/96, de 13.08.1996; e aprova a composição de Preços Unitários da Base de Brita Graduada em R\$ 32,10/m³, e Sub-base de Macadame Seco em R\$ 25,74/m³. Baseia-se no Processo DERP 14908/964, e que Técnicos do DER e da Sotepa analisaram a solicitação da Linha Azul no sentido da revisão dos valores de serviços que utilizam materiais britados, sob

alegação de que houve equívoco na utilização dos critérios para o cálculo dos preços a revogar. Com isso, o Estado deixa de ter despesas de R\$ 1.096.000,00 relativas à desapropriação da área da pedreira, recuperação ambiental e direito de lavra. A solicitação foi aprovada, acrescentando aos custos da obra a quantia de R\$ 3.146.145,86.

12) Resolução CA n. 174/97, de 29.04.1997 – Aprova o preço de Momento Extraordinário de Transporte para os serviços de terraplanagem no valor de R\$ 0,32/m³. Baseia-se no Processo DERP 00910/970, em que Técnicos do DER e da Sotepa analisaram a composição de custos de transporte de materiais de jazidas de empréstimos, em distâncias superiores às máximas apresentadas na proposta da concessionária (10 km), em face do esgotamento das jazidas indicadas no projeto, no período entre a aprovação dele e o início das obras. Acréscimo de R\$ 95.331,60 no custo total das obras.

13) Resolução CA n. 175/97, de 29.04.1997 – Aprova a inclusão, no projeto original, do acesso ao Viaduto do Monte Verde/Saco Grande, junto à estaca 148 da SC-401. Baseia-se no Processo DERP 3149/978, em que Técnicos do DER e da Sotepa analisaram a solicitação do Jornal O Estado quanto à alteração do acesso às suas instalações junto à SC-401. Foi aprovada a solicitação, tendo em vista aspectos técnicos referentes à segurança pela redução de conflitos na rodovia duplicada e nas desapropriações necessárias. Não há registro de que essa questão tenha sido levantada à época do Projeto. Acréscimo de R\$ 35.054,63 no custo da obra.

14) Resolução CA n. 185/97, de 06.05.1997 – Aprova a substituição do Viaduto de interseção na Vargem Pequena por um túnel ARMCO SUPER SPAN. Baseia-se no Processo DERP 12024/961, em que Técnicos do DER e da Sotepa analisaram a solicitação da LINHA AZUL no sentido da substituição. O parecer técnico do DER foi favorável à alternativa principalmente devido ao fato de, além de reduzir o custo das obras, reduzem os custos de desapropriações em aproximadamente

R\$ 1.067.100,00. Tecnicamente a substituição do viaduto pelo ARMC causa perda de fluidez do tráfego local da Vargem Pequena, porém traz benefícios aos moradores pela menor desapropriação e pela não poluição visual que haveria com a construção do viaduto e aterros de acesso. Não há registro de estudo dessa alternativa na época da elaboração do projeto básico. Redução de R\$ 60.899,75 no custo da obra.

15) Resolução CA n. 186/97, de 06.05.1997 – Aprova a inclusão de duas passarelas para pedestres no segmento compreendido entre os viadutos do Monte Verde e Cacupé. Baseia-se no Processo DERP 14912/961, em que Técnicos do DER e da Sotepa analisaram a proposta de preços da LINHA AZUL para construção dessas passarelas. Após discussões, no processo, sobre o número de passarelas e o custo, foi aprovada a construção de duas, sem definição do local exato. Não há definição exata do acréscimo no custo das obras em função dessas passarelas, mas a Diretoria de Programas Especiais do DER calculou um acréscimo de aproximadamente R\$ 0,014 na Tarifa Básica de Pedágio para o caso de três passarelas e só duas foram aprovadas.

16) Resolução CA 227/97, de 06.05.1997 – Aprova a composição de Preços Unitários no valor de R\$ 19.638,38 por km para a troca do separador físico entre as pistas, que era um canteiro central previsto no Projeto Básico, pela construção de barreira rígida de concreto tipo mureta “New Jersey”. Baseia-se no Processo DERP 9904/956, em que Técnicos do DER e da Sotepa analisaram a proposta de preços da LINHA AZUL, que foi debatida e aprovada por maioria, com parecer contrário do Engenheiro Sidnei Becker. Redução de R\$ 945.319,98 no custo da obra.

17) Resolução CA n. 298/97, de 15.07.1997 – Aprova a alteração do pavimento do projeto de duplicação. Baseia-se no Processo n. DERP 14911/965, em que Técnicos do DER analisaram a proposta da concessionária no sentido de, sem prejuízo estrutural para o pavimento, substituir parte da camada de Brita Graduada, por Macadame Seco. A proposta, com pequena alteração, foi considerada uma solução melhor

que a do projeto básico e encontra respaldo na maioria das publicações técnicas de pavimentação. Não houve manifestação da Sotepa. Redução de R\$ 267.586,00 no custo da obra.

18) Resolução CA n. 299/97, de 15.07.1997 – Aprova a alteração de Projeto que inclui o Canal da Hípica no Projeto de Duplicação da SC-401 (estaca 242+12,80). Baseia-se no Processo DERP 8430/977, em que Técnicos do DER e da Sotepa, após inspeção em campo, propõem alteração no sistema de drenagem próximo à hípica, com a execução de canal a céu aberto em complementação às alterações já aprovadas pela Resolução CA n 417/96, de 22.10.1996. A abertura do canal é tecnicamente necessária pelas alterações das condições locais devidas à ocupação do lugar e ao assoreamento do canal existente. Acréscimo de R\$ 12.178,02.

19) Resolução CA n. 333/97, de 29.07.1997 – Aprova a execução de vala a céu aberto com aproximadamente 620 m e seção de 7,00 m de largura e 1,50 m de profundidade na estaca 287+17,50m da SC-401, interseção com o acesso ao Cacupé. Baseia-se no Processo DERP 14241/960, em que Técnicos do DER e da Sotepa, por solicitação da Associação dos Moradores do Cacupé, estudaram a solução mais adequada para o problema de drenagem existente a jusante do bueiro em execução BDTC de 2,00 m de diâmetro, advindo da ocupação dos terrenos marginais à vala existente e assoreamento desta. Acréscimo de R\$ 15.953,57 ao custo da obra.

20) Resolução CA n. 395/97, de 09.09.1997 – Aprova a composição de novos Preços Unitários para execução dos serviços, na duplicação da SC-401, de carga de material de desmatamento e limpeza (R\$ 0,65/m³) e transporte de material de limpeza e desmatamento (R\$ 0,21/ton). Baseia-se no Processo DERP 00911/976, em que Técnicos do DER e da Sotepa analisaram a solicitação da LINHA AZUL para estipulação dos preços em face da impossibilidade de deposição dos materiais na faixa

de domínio junto ao local do serviço, o que não havia sido previsto no Projeto Básico. Acréscimo de R\$ 56.523,43 no custo das obras.

21) Resolução CA n. 413/97, de 14.10.1997 – Aprova alteração do Projeto Básico no tocante às Vias Marginais. Baseia-se no Processo DERP 9353/976, em que Técnicos do DER e da Sotepa analisaram a possibilidade de eliminação ou substituição de algumas vias marginais constantes do Projeto, com vistas à redução dos problemas de desapropriação e impacto ambiental. Segundo o Analista de Controle Externo do TCE/SC, não é possível analisar, com os elementos existentes, se essas alterações já poderiam ter sido previstas quando da elaboração do Projeto Básico. Redução do custo da obra em R\$ 863.704,65.

22) Resolução CA n. 458/97, de 12.11.1997 – Aprova o Termo Aditivo PJ-314/94/A.4/97 de Prorrogação de Prazo e Re-ratificação do Contrato de Concessão. Novos prazos: a) Data de início do prazo de concessão: 31.01.1995; b) Data da autorização para início da concessão: 10.07.1995; c) Data para cumprimento dos requisitos mínimos para início da arrecadação do pedágio: 06.04.1998; d) Data para conclusão das obras e serviços de duplicação da rodovia: 06.04.1999. Data para encerramento do prazo de concessão: 10.11.2020. Baseia-se no Processo DERP 13856/979, em que Técnicos do DER, o Procurador do DER, João Paulino Mafra, e a Procuradora do Estado, Ana Cláudia Allet Aguiar, analisaram o pedido da LINHA AZUL para prorrogação do prazo contratual. Os Procuradores do DER e do Estado discordaram, aceitando apenas a prorrogação do prazo da execução dos serviços referentes aos Requisitos Mínimos para Cobrança de Pedágio, sem prorrogação do prazo final da concessão.

23) Resolução CA n. 001/98, de 06.04.1998 – Aprova o Termo Aditivo PJ-314/94/A.5/98, de Prorrogação de Prazo e Re-ratificação do Contrato de Concessão, bem como a alteração da redação do Anexo II

B – Requisitos Mínimos para Início da Cobrança do Pedágio, do Edital n. 61/93. Baseia-se no Processo DERP 3099/989, em que o Conselho de Administração acolheu os pareceres do Gerente de Programas BN-DES, Marcelo Biasotto, e do Procurador do DER, João Paulino Mafra, e aprovou aditamento de prazo que transfere a data de cumprimento dos Requisitos Mínimos para Início da Cobrança do Pedágio, do Edital n. 61/93, para 06.08.1998, bem como altera tais requisitos mínimos, com exclusão de obras, dentre as quais a construção de barreira entre as pistas do tipo mureta New Jersey, depois reincluída pela Resolução CA n. 202/98 adiante referida. Não houve parecer da área técnica do DER, notadamente a de Estudos e Projetos, Meio Ambiente, Pavimentação e Segurança de Tráfego, e do Engenheiro Fiscal da Sotepa. Em parecer lavrado nos autos em 13.07.1998, a Procuradora do Estado Ana Cláudia Allet Aguiar converteu em diligência e encaminhou ao Órgão de origem “a fim de que informem os responsáveis pela fiscalização, integral e documentalmente e de forma mais breve possível, sobre o andamento das obras de duplicação da SC-401 (1ª etapa), objeto do Contrato de Concessão PJ 314-94, a cargo da empresa interessada”. Em outro parecer a referida Procuradora do Estado afirmou que as alterações deveriam ser feitas por Aditivos ao Contrato de Concessão e não por Resoluções do Conselho de Administração.

24) Resolução CA n. 202/98, de 17.06.1998 – Reincorpora aos requisitos mínimos a construção de barreira física entre as pistas do tipo mureta New Jersey, que havia sido excluída pela Resolução CA n. 001/98. Argumentou o Diretor de Projetos Especiais do DER que a exclusão fora indevida, porque não tinha sido autorizada na reunião anterior do Conselho de Administração.

Nesta ação civil pública por atos de improbidade administrativa, o Ministério Público afirma que são ilegais essas 24 (vinte e quatro) Resoluções do Conselho de Administração (CA) do Departamento de Estradas

de Rodagem de Santa Catarina (DER/SC, não publicadas no Diário Oficial do Estado, que “alteraram o projeto original da obra, ampliaram os prazos inicialmente assinados em relação à contagem do termo inicial da concessão, do termo final para o cumprimento dos requisitos mínimos à cobrança do pedágio e no concernente à conclusão das obras e serviços de duplicação da rodovia”, além de introduzirem “modificações no edital de concorrência e no respectivo contrato, desonerando a adjudicatária da execução de obras e serviços no edital”, implicando a prática do crime previsto no art. 92 e seu parágrafo único da Lei n. 8.666/93, que está sendo apurado em ação penal n. 023.98.053078-7, em trâmite na 2ª Vara Criminal da Comarca da Capital (processo atualmente suspenso para aguardar decisão cível) e atos de improbidade administrativa dos arts. 10, “*caput*” e seu inciso VIII, e 11, “*caput*” e seus incisos I e IV, da Lei n. 8.429/92, porque desfiguraram “completamente o projeto inicialmente concebido para duplicação da rodovia estadual SC-401, cujos reflexos prejudiciais à qualidade do empreendimento e bem assim a sua repercussão financeira desfavorável ao patrimônio público e aos usuários da rodovia”, em flagrante benefício da concessionária, com grave lesão ao erário e aos princípios da Administração Pública, pois os demandados tinham plena ciência da imodificabilidade do certame cujos termos definidos no processo de licitação foram aceitos pela adjudicatária e pela concessionária, de sorte que as condições estabelecidas no Edital n. 61/93 e no Contrato de Concessão PJ 314/94 não podiam sofrer alterações sem expressa previsão editalícia, contratual ou legal.

De acordo com o art. 92, da Lei de Licitações e Contratos Administrativos (Lei n. 8.666/93), consideram-se delituosas as condutas de “admitir, possibilitar ou dar causa a qualquer modificação ou vantagem, inclusive prorrogação contratual, em favor do adjudicatário, durante a execução dos contratos celebrados com o Poder Público, sem autorização em lei, no ato convocatório da licitação ou nos respectivos ins-

trumentos contratuais, ou, ainda, pagar fatura com preterição da ordem cronológica de sua exigibilidade, observado o disposto no art. 121 desta Lei. Pena – detenção, de dois a quatro anos, e multa. Parágrafo único. Incide na mesma pena o contratado que, tendo comprovadamente concorrido para a consumação da ilegalidade, obtém vantagem indevida ou se beneficia, injustamente, das modificações ou prorrogações contratuais.”

O art. 10, “*caput*”, e seu inciso VIII, da Lei n. 8. 429, de 02.06.1992, dizem que “constitui ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário qualquer ação ou omissão, dolosa ou culposa, que enseje perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades referidas no art. 1º desta lei, e notadamente: (...) VIII – frustrar a licitude de processo licitatório ou dispensá-lo indevidamente (...)”.

Por sua vez, o art. 11, “*caput*”, e seus incisos I e IV, da referida Lei de Improbidade Administrativa, afirmam que “constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições, e notadamente: I – praticar ato visando fim proibido em lei ou regulamento ou diverso daquele previsto, na regra de competência; (...) IV – negar publicidade aos atos oficiais (...)”.

Em sua defesa os réus sustentaram, em síntese, que as alterações no Projeto Básico Original e a prorrogação dos prazos, pelas 24 (vinte e quatro) Resoluções questionadas, ocorreram em razão de imprevistos verificados durante a execução das obras e problemas oriundos da própria Administração, além de não ter havido prejuízo ao erário, lesão ao patrimônio público, aos usuários ou a terceiros. Esclareceram, também, que a exclusão de alguns dos Requisitos Mínimos para Cobrança do Pedágio a serem cumpridos nos primeiros 24 meses do início das obras (1ª etapa),

não excluiu a realização de qualquer das obras previstas no Edital e no Contrato, mas apenas os transferiu para a 2ª etapa a ser concluída nos 36 meses da data do início.

A improcedência do pedido inicial deve ser confirmada.

A Constituição da República, no art. 37, § 4º, proclama que “os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível”; complementando no § 5º, que “a lei estabelecerá os prazos de prescrição para ilícitos praticados por qualquer agente, servidor ou não, que causem prejuízos ao erário, ressalvadas as respectivas ações de ressarcimento.”

Para dar concretude ao preceito constitucional, além dos procedimentos atinentes à ação popular e à ação civil pública, que já existiam, a Lei Federal n. 8.429, de 2 de junho de 1992, dispôs “sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício do mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional” e se ocupa dos atos administrativos classificados como “atos de improbidade”, que nada mais são do que atos cuja finalidade é alheia ao interesse público.

A improbidade administrativa, para MARÇAL JUSTEN FILHO, “consiste na conduta econômica eticamente reprovável praticada pelo agente estatal, consistente no exercício indevido de competência administrativa que acarrete prejuízo aos cofres públicos, com a frustração de valores constitucionais fundamentais, visando ou não à obtenção de vantagem pecuniária indevida para si ou para outrem, que sujeita o agente a punição complexa e unitária, de natureza penal, administrativa e civil, tal como definido em lei” (Curso de Direito Administrativo, 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 699).

Assim, é inegável a utilidade da Lei Federal n. 8.429/92 para coibir atos de improbidade de administradores e demais agentes públicos que desrespeitam a coisa pública, causam prejuízo ao erário e conspurcam os princípios da administração, dada a severidade das sanções nela apresentadas para os tipos ali previstos.

Enquanto o art. 9º descreve os tipos dolosos de improbidade administrativa praticados por quem auferir vantagem econômica indevida para si ou para outrem, com enriquecimento ilícito, o art. 10 prevê as condutas dolosas e culposas que importam em atos ímprobos que causam lesão ao erário, ainda que ninguém tenha se enriquecido. Não há dúvida de que nesses tipos está ínsita a má-fé do agente, ou pelo menos a culpa.

O art. 11, por sua vez, censura os atos que atentam contra os princípios da administração pública em sentido amplo, independentemente de prejuízos ao erário ou enriquecimento ilícito do agente público ou terceiro. São tipos por demais abertos, de forma a permitir a colmatação por diversas outras condutas fáticas que neles possam subsumir-se. Pelo enunciado do dispositivo tem-se a impressão de que não é preciso haver má-fé para que se configure qualquer dos tipos de improbidade administrativa ali definidos. Bastaria a prática de qualquer das condutas referidas no dispositivo para que alguém seja apenado. Frequentes são as interpretações nesse sentido.

Contudo, a doutrina e a jurisprudência dominante mostram, com toda a propriedade, que é preciso exigir a demonstração da má-fé para que se caracterize qualquer dos tipos do art. 11, quando não houver enriquecimento ilícito do agente ou de terceiro (art. 9º) ou prejuízo ao erário (art. 10). É necessário que o agente público aja com desonestidade. Não basta a quebra do princípio da legalidade, se a conduta não ofender também os da moralidade e da impessoalidade ou o de lealdade para com a administração. Ato ímprobo só pode ser aquele que contém improbida-

de. E improbidade, já pela sua etimologia, corresponde a desonestidade, má-fé, imoralidade, antiética, ilicitude, dolo ou culpa. Isso não quer dizer que todo e qualquer agente público poderá ser desonerado de sanção pela prática de atos administrativos violadores do princípio da legalidade. Os que tenham agido com desonestidade, ainda que não tenha havido enriquecimento ilícito próprio ou de terceiro, ou prejuízo aos cofres públicos, haverão de suportar as sanções civis, políticas e criminais previstas na lei.

Portanto, para que o agente público seja penalizado com qualquer das sanções previstas no art. 12 da Lei Federal n. 8.429/92, é necessário que ele tenha agido com má-fé ou pelo menos culposamente.

Não se pode olvidar que por força do art. 3º, da Lei de Improbidade, “as disposições desta lei são aplicáveis, no que couber, àquele que, mesmo não sendo agente público, induza ou concorra para a prática do ato de improbidade ou dele se beneficie sob qualquer forma direta ou indireta”, assim “o particular que induza ou concorra para o ato de improbidade ou dele se beneficie é considerado também sujeito ativo da lei de improbidade” (MATIOS, Mautor Roberto Gomes. *O Limite da Improbidade Administrativa*. Rio de Janeiro: Editora América Jurídica, 2005, p. 46).

É incontroversa a edição das 24 (vinte e quatro) Resoluções questionadas, que operaram alterações no Projeto Básico Original anexo ao Edital de Concorrência n. 61/93 e ao Contrato de Concessão n. PJ 314/94, no tocante a obras, serviços e prazos, cingindo-se a dúvida sobre a reprovabilidade ou não das condutas dos agentes públicos, das empresas envolvidas e seus dirigentes, bem como sobre o potencial lesivo à administração, aos usuários e à sociedade em geral.

As alterações determinadas pelas mencionadas Resoluções importaram em acréscimo, exclusão ou supressão, redução e substituição de

algumas obras e serviços, bem como a prorrogação de prazos da concessão e para a conclusão das etapas das obras e serviços, especialmente quanto ao cumprimento dos requisitos mínimos estabelecidos para possibilitar o início da cobrança do pedágio.

Não há dúvida sobre a necessidade de, tanto a Administração quanto o adjudicatário e o concessionário, obedecerem ao princípio da vinculação ao instrumento convocatório da licitação (art. 3º da Lei de Licitações e Contratos Administrativos).

Contudo, na Seção III (“Das Alterações dos Contratos”), do Capítulo III (“Dos Contratos”), o art. 65 da Lei n. 8.666, de 21.06.1993, a Lei de Licitações e Contratos Administrativos, estabelece algumas hipóteses em que se autoriza a alteração de contratos administrativos precedidos de licitação:

“Art. 65. Os contratos regidos por esta Lei poderão ser alterados, com as devidas justificativas, nos seguintes casos:

“I - unilateralmente pela Administração:

“a) quando houver modificação do projeto ou das especificações, para melhor adequação técnica aos seus objetivos;

“b) quando necessária a modificação do valor contratual em decorrência de acréscimo ou diminuição quantitativa de seu objeto, nos limites permitidos por esta Lei;

“II - por acordo das partes:

“a) quando conveniente a substituição da garantia de execução;

“b) quando necessária a modificação do regime de execução da obra ou serviço, bem como do modo de fornecimento, em face de verificação técnica da inaplicabilidade dos termos contratuais originários;

“c) quando necessária a modificação da forma de pagamento, por

imposição de circunstâncias supervenientes, mantido o valor inicial atualizado, vedada a antecipação do pagamento, com relação ao cronograma financeiro fixado, sem a correspondente contraprestação de fornecimento de bens ou execução de obra ou serviço;

“d) para restabelecer a relação que as partes pactuaram inicialmente entre os encargos do contratado e a retribuição da administração para a justa remuneração da obra, serviço ou fornecimento, objetivando a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato, na hipótese de sobrevirem fatos imprevisíveis, ou previsíveis porém de conseqüências incalculáveis, retardadores ou impeditivos da execução do ajustado, ou, ainda, em caso de força maior, caso fortuito ou fato do príncipe, configurando álea econômica extraordinária e extracontratual.

“§ 1º. O contratado fica obrigado a aceitar, nas mesmas condições contratuais, os acréscimos ou supressões que se fizerem nas obras, serviços ou compras, até 25% (vinte e cinco por cento) do valor atualizado do contrato, e, no caso particular de reforma de edifício ou de equipamento, até o limite de 50% (cinquenta por cento) para os seus acréscimos.

“§ 2º. Nenhum acréscimo ou supressão poderá exceder os limites estabelecidos no parágrafo anterior, salvo: I - (vetado); II – as supressões resultantes de acordo celebrado entre os contratantes.

“§ 3º. Se no contrato não houverem sido contemplados preços unitários para obras ou serviços, esses serão fixados mediante acordo entre as partes, respeitados os limites estabelecidos no § 1º deste artigo.

“§ 4º. No caso de supressão de obras, bens ou serviços, se o contratado já houver adquirido os materiais e posto no local dos trabalhos, estes deverão ser pagos pela Administração pelos custos de aquisição regularmente comprovados e monetariamente corrigidos, podendo caber indenização por outros danos eventualmente decorrentes da supressão, desde que regularmente comprovados.

“§ 5º. Quaisquer tributos ou encargos legais criados, alterados ou extintos, bem como a superveniência de disposições legais, quando ocorridas após a data da apresentação da proposta, de comprovada repercussão nos preços contratados, implicarão a revisão destes para mais ou para menos, conforme o caso.

“§ 6º Em havendo alteração unilateral do contrato que aumente os encargos do contratado, a Administração deverá restabelecer, por aditamento, o equilíbrio econômico-financeiro inicial.

“§ 7º. (Vetado)

“§ 8º. A variação do valor contratual para fazer face ao reajuste de preços previsto no próprio contrato, as atualizações, compensações ou penalizações financeiras decorrentes das condições de pagamento nele previstas, bem como o empenho de dotações orçamentárias suplementares até o limite do seu valor corrigido, não caracterizam alteração do mesmo, podendo ser registrados por simples apostila, dispensando a celebração de aditamento.”

Acerca desse dispositivo, comenta Marçal Justen Filho (Comentários à lei de licitações e contratos administrativos. 15. ed. São Paulo: Dialética, 2012, p. 879-890), no que interessa ao deslinde da causa:

“1) Alteração do contrato no Direito Administrativo

“No direito privado, o tema da alteração dos contratos não desperta maior interesse. (...) A questão é distinta no Direito Administrativo. A modificação contratual é institucionalizada e não caracteriza rompimento dos princípios aplicáveis. É o reflexo jurídico da superposição dos interesses fundamentais, que traduzem a necessidade de o Estado promover os direitos fundamentais por meio de atuação ativa.

“2) Discricionariedade quanto à alteração de contrato

“A alteração do contrato retrata, sob alguns ângulos, uma com-

petência discricionária da Administração. Assim se passa porque a lei não determina, de modo abstrato e exaustivo, todas as soluções a serem adotadas pela Administração em face dos casos concretos. Mas o direito estabelece limites muito claros para as competências administrativas e as subordina à observância de uma pluralidade de requisitos.

“(…)

“Portanto, a alteração se legitima juridicamente como um meio de melhor realizar os interesses coletivos. Mas essa competência reconhecida à Administração Pública se insere num regime jurídico democrático, em que a invocação ao ‘Bem Comum’ não autoriza a supressão dos direitos constitucionalmente assegurados aos particulares. Em face da CF/88, o Estado não pode confiscar a propriedade privada. É antijurídico – senão penalmente reprovável – apropriar-se dos bens alheios, destruir os interesses protegidos pela ordem jurídica. Essa antijuridicidade se verifica inclusive nos casos em que a Administração persegue a realização do interesse coletivo ou invoca um ‘interesse público’.

“(…)

“Como princípio geral, não se admite que a modificação do contrato, ainda que por mútuo acordo entre as partes, importe alteração radical ou acarrete frustração aos princípios da obrigatoriedade da licitação e da isonomia.

“(…)

“3) Alteração contratual e desvio de poder

“Se a modificação configurar-se como uma forma de punição ao contratado, para agravar ou tornar mais onerosas as condições de execução, haverá desvio de finalidade. A Administração pode tornar mais gravosas as condições de execução, desde que isso represente benefícios para os interesses fundamentais. Mas não poderá tornar mais severas as

condições de execução apenas (ou precipuamente) para prejudicar ou punir o contratado.

“4) Alterações unilaterais e consensuais (incs. I e II)

“Existem certas cláusulas que são mutáveis unilateralmente pela Administração. Já outras somente podem ser alteradas mediante concordância do particular contratado.

“As cláusulas mutáveis unilateralmente são aquelas pertinentes à adequação do objeto à satisfação da finalidade buscada por meio da contratação. Isso envolve o projeto e suas decorrências, tais como o local, o material, o prazo, a tecnologia, os quantitativos.

“As cláusulas mutáveis consensualmente são aquelas que envolvem a alteração do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, o qual não pode ser alterado unilateralmente pela Administração. A questão será mais bem examinada adiante, mas envolve a relação entre encargos e vantagens extraíveis do contrato para as partes.

“5) Regras gerais sobre as modificações unilaterais (inc. I)

“(…) Segundo o dispositivo, as modificações unilaterais podem envolver a adequação do projeto ou a variação quantitativa do objeto.

“5.1) *Modificações qualitativas: alteração do projeto ou de suas especificações (inc. I, alínea ‘a’)*

“A melhor adequação técnica do projeto adotado para a licitação e em que se fundou a proposta selecionada como vencedora supõe a descoberta ou a revelação de circunstâncias desconhecidas acerca da execução da prestação ou a constatação de que a solução técnica anteriormente adotada não era a mais adequada. Os contratos de longo prazo ou de grande especialização são mais suscetíveis a essa modalidade de alteração. Não há muito cabimento para essa hipótese em contratos de execução instantânea ou cujo objeto seja simples e sumário.

“A hipótese da alínea ‘a’ compreende as situações em que se constata supervenientemente a inadequação da concepção original, em que se fundara a contratação. Tal pode verificar-se em vista de eventos supervenientes. Assim, por exemplo, considere-se a hipótese de descoberta científica, que evidencia a necessidade de inovações para ampliar ou assegurar a utilidade inicialmente cogitada pela Administração.

“Também se admite a incidência do dispositivo para respaldar modificações derivadas de situações preexistentes, mas desconhecidas por parte dos interessados. O grande exemplo é o das ‘sujeições imprevistas’, expressão clássica no Direito francês e que indica eventos da natureza ou fora do controle dos seres humanos, existentes por ocasião da contratação mas cuja revelação se verifica apenas por ocasião da execução da prestação. O grande exemplo é o da falha geológica de terreno, que impede a implantação da obra tal como inicialmente prevista.

“Mas deve-se considerar que a hipótese também abrange os casos de inovações tecnológicas que apresentem soluções de qualidade superior àquela considerada por ocasião da licitação. (...)”

“Jurisprudência do TCU

“9. No que respeita às novas soluções técnicas, espera-se que boa parte das escolhas técnicas já sejam resolvidas na fase de projeto, não na de obras. As melhorias nas condições das rodovias já deveriam também estar consagradas no projeto da obra, embora a lei admita o aperfeiçoamento qualitativo do projeto, na fase de execução, em caso de benefício comprovado ao interesse público. Além disso, mesmo que o projeto já contemple todas as soluções técnicas e melhorias entendidas necessárias, estando em plenas condições de execução, compreende-se que a planilha seja modificada, mas apenas para atender as naturais inexatidões de projeto e as intercorrências não previstas que se verificam durante a execução. (...)” (Acórdão nº 100/2011, Plenário, rel. Min. Augusto Nardes).

“(…)

“8. Entendo que é praticamente impossível deixar de ocorrer adequações, adaptações e correções quando da realização do projeto executivo e mesmo na execução das obras. Mas estas devem se manter em limites razoáveis, gerando as consequências naturais de um projeto que tem por objetivo apenas traçar as linhas gerais do empreendimento. (...) Quase sempre, as alterações qualitativas são necessárias e imprescindíveis à realização do objeto e, conseqüentemente, à realização do interesse público primário, pois que este se confunde com aquele. As alterações qualitativas podem derivar tanto de modificações de projeto ou de especificação do objeto quando da necessidade de acréscimo ou supressão de obras, serviços ou materiais, decorrentes de situações de fato vislumbradas após a contratação. Conquanto não se modifique o objeto contratual, em natureza ou dimensão, é de ressaltar que a implementação de alterações qualitativas requer, em regra, mudanças no valor original do contrato’ (Acórdão nº 2.352/2006, Plenário, rel. Min. Marcos Vileça).

“(…)

“10) Recomposição do equilíbrio econômico financeiro (inc. II, alínea ‘d’)

“O equilíbrio econômico-financeiro do contrato administrativo significa a relação (de fato) existente entre o conjunto dos encargos impostos ao particular e a remuneração correspondente.

“(…)

“O equilíbrio econômico-financeiro abrange todos os encargos impostos à parte, ainda quando não se configurem como ‘deveres jurídicos’ propriamente ditos. São relevantes os prazos de início, execução, recebimento provisório e definitivo previstos no ato convocatório. Os processos tecnológicos a serem aplicados. As matérias-primas a serem utilizadas; as distâncias para entrega dos bens; o prazo para pagamento etc.

“O mesmo se passa quanto à remuneração. Todas as circunstâncias atinentes à remuneração são relevantes, tais como prazos e forma de pagamento. Não se considera apenas o valor que o contratante receberá, mas também as épocas previstas para sua liquidação.

“(…)

“O restabelecimento da equação econômico-financeira depende da concretização de um evento posterior à formulação da proposta, identificável como causa do agravamento da posição do particular. Não basta a simples insuficiência da remuneração. (…)

“(…)

“Existe direito do contratado de exigir o restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, se e quando vier a ser rompido. Se os encargos forem ampliados quantitativamente ou tornados mais onerosos qualitativamente, a situação inicial estará modificada. O mesmo se passará quando atenuados ou amenizados os encargos do contratado. Porém, essa hipótese é menos frequente e será tratada como excepcional nestes comentários.”

Sobre a necessidade de manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato administrativo discorre Hely Lopes Meirelles:

“O equilíbrio financeiro ou equilíbrio econômico do contrato administrativo, também denominado equação econômica ou equação financeira, é a relação que as partes estabelecem inicialmente, no ajuste, entre os encargos do contratado e a retribuição da Administração para a justa remuneração da obra, do serviço ou do fornecimento. Em última análise, é a correlação entre o objeto do contrato e sua remuneração, originariamente prevista e fixada pelas partes em números absolutos ou em escala móvel. Essa correlação deve ser conservada durante toda a execução do contrato, mesmo que alteradas as cláusulas regulamentares

da prestação ajustada, a fim de que se mantenha a equação financeira ou, por outras palavras, o equilíbrio econômico-financeiro do contrato (Lei 8.666/93, art. 65, II, “d” e § 6º) (Licitação e Contrato Administrativo. 13. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2002).

Como se retira do aludido art. 65 da Lei n. 8.666/93, a Administração pode realizar modificações unilaterais ou consensuais do contrato, no tocante a aspectos qualitativos e quantitativos, e, nesses casos, há de assegurar a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro para a concessionária. Não há violação ao princípio da vinculação ao instrumento convocatório ou da isonomia, se as alterações são necessárias para que o objeto da licitação não venha a perecer por impossibilidade de sua execução, especialmente na hipótese de extraordinária complexidade de todo o conjunto das obras e dos serviços afetos à concessão, como no caso em exame, da concessão das rodovias estaduais de acesso às praias do norte do Município de Florianópolis.

O próprio Anexo I (“Das obrigações pactuadas no contrato de concessão”), nos itens 5.1. e 5.2. da Cláusula Terceira, acerca “dos preços dos serviços, das tarifas, e dos critérios e procedimentos para a respectiva revisão”, prevê a possibilidade de “variação do equilíbrio econômico-financeiro”, “para mais e para menos, entre as quantidades de obras e serviços previstas no Projeto de Engenharia de Duplicação das Rodovias, a serem executadas para cumprimento dos requisitos mínimos para início de arrecadação do pedágio, e as quantidades autorizadas pelo DER/SC e efetivamente executadas pelo Concessionário, para o cumprimento desses requisitos, aplicando-se os respectivos custos unitários, percentuais e parâmetros estabelecidos na Proposta Comercial do Adjudicatário”. O mesmo se apanha do item 15 da mesma Cláusula Segunda, segundo o qual, “a fim de se manter o equilíbrio econômico-financeiro da Concessão, poderá ser revisto o valor real da Tarifa Básica de Pedágio inicial dentro dos critérios pactuados, se fatos comprovadamente relevantes acon-

tecerem, por solicitação do DER/SC ou por solicitação e comprovação do Concessionário e aprovação do DER/SC”, sendo considerados fatos relevantes como causadores dessa alteração inclusive as “variações entre as quantidades de obras e serviços de Duplicação aprovadas pelo DER/SC e efetivamente executadas pelo Concessionário dentro do Prazo da Concessão, em relação às quantidades previstas pelo Projeto de Engenharia de Duplicação, desde que previamente autorizadas pelo DER/SC em competente processo administrativo e quantificadas em medições atestadas pela Fiscalização” (15.1., II); e “execução, dentro do Prazo da Concessão, de obras e serviços de ampliação da capacidade ou de adequação das características das Rodovias, visando melhorar os Níveis de Serviço oferecidos, desde que previamente autorizados pelo DER/SC e não compreendidos entre as obras e serviços cujos investimentos já são cobertos e remunerados pela Tarifa Básica de Pedágio vigente” (15.1., III); “obras e serviços decorrentes de acidentes geológicos ou de correção de elementos do corpo estradal nas Rodovias, cuja ocorrência não decorra da utilização das Rodovias pelos usuários, mas seja devida a fatores fora do controle do Concessionário e não imputável a deficiências ou falhas na execução das obras e serviços objeto da Concessão, sob sua responsabilidade, e desde que previamente autorizados pelo DER/SC” (15.1., IV).

Analisando o contexto delineado nos autos, consubstanciado na vasta documentação juntada em 17 volumes e nos argumentos das partes, verifica-se que, sem desfigurar o objeto da licitação e do contrato de concessão, todas as alterações determinadas pelas 24 Resoluções do Conselho de Administração do DER/SC (hoje DEINFRA) efetivaram alterações absolutamente necessárias, adequadas e convenientes, tanto para correção de obras e serviços previstos no Projeto Básico Original que não atendiam ao que se evidenciou na respectiva execução; quanto para

acrescentar obras e serviços que não estavam previstos naquele Projeto, mas eram indispensáveis para assegurar a segurança dos usuários e da população ribeirinha e o funcionamento adequado e a trafegabilidade da Rodovia; como, ainda, para resolver situações imprevisíveis, como o desmoronamento do maciço do Morro do Cacupé, por exemplo, ou previsíveis mas não previstas no Projeto, como a necessidade de construção de bueiros e valas, passarelas, alterações de acessos etc., que se apresentaram no curso da execução das obras, não apenas por proposta da concessionária, como também por justa solicitação e reclamações de vizinhos das obras; além da necessidade de alteração dos prazos da concessão e do cumprimento dos requisitos mínimos exigidos para o início da cobrança do pedágio e da finalização das obras, em decorrência de diversas situações que atrasaram o início e o curso das obras, como necessidade de obtenção de licenças ambientais, problemas ambientais surgidos a *posteriori*, esgotamento das reservas de areia e pedra nas jazidas (“caixas de empréstimo”) previstas na licitação e, principalmente, os transtornos que o DER/SC teve com as inúmeras desapropriações que eram necessárias para a duplicação e demais obras que determinaram o alargamento do traçado original da Rodovia SC-401. As últimas alterações, especialmente a 24ª, visaram à otimização do tráfego para as praias para evitar congestionamentos durante o verão que se aproximava.

Todas as 24 Resoluções do Conselho de Administração do DER/SC foram precedidas de discussões, pareceres técnicos, ponderações, estudos e aprovações em processos administrativos. As modificações qualitativas e quantitativas quanto a obras e serviços, impostas unilateralmente pela Administração ou consensuais, dentro dos limites legais, foram devidamente orçadas para terem repercussão, para mais ou para menos, na medida dos acréscimos, das supressões, das substituições ou das alterações das obras e dos serviços, na Tarifa Básica de Pedágio, como

autorizam a Lei de Licitações e Contratos Administrativos e o Anexo I do Contrato de Concessão PJ 314/94.

O contexto probatório permite afirmar que as alterações introduzidas pelas Resoluções CA do DER/SC atenderam perfeitamente ao interesse público e não apenas os interesses da adjudicatária ou da concessionária que, aliás, têm direito ao equilíbrio econômico-financeiro do contrato, por isso que, em face dos atrasos determinados por situações surgidas antes ou ao longo da execução das obras, obtiveram a prorrogação de prazos e a transferência, para a 2ª etapa das obras, de alguns requisitos mínimos para cobrança do pedágio, a fim de tornar-se possível a necessária remuneração, pelos usuários, das inúmeras obras e serviços que foram executados sem qualquer contrapartida da Administração, que não poderia locupletar-se à custa da concessionária.

Na execução de um contrato de concessão de obras e serviços de tamanha complexidade, é natural que surjam as denominadas interferências imprevistas que se constituem em elementos materiais que dificultem ou impeçam a completa realização do objeto da licitação, ou tornem insuportavelmente onerosa a execução.

Sobre as teoria da imprevisão, consubstanciada na cláusula *rebus sic stantibus* e representada, no caso, pelas interferências estranhas ou imprevistas no pacto celebrado, Heli Lopes Meirelles, disse que “no reconhecimento de que a ocorrência de eventos novos, imprevistos e imprevisíveis pelas partes, autoriza a revisão do contrato, para seu ajustamento às circunstâncias supervenientes” (Licitação e Contrato Administrativo, São Paulo : Malheiros, 1999, pp. 220 e 221).

A característica marcante das interferências imprevistas é que elas antecedem a celebração do contrato. Sua existência, entretanto, por ser absolutamente excepcional ou incomum, não foi prevista à época da celebração do ajuste e, se houvesse sido, teria resultado na celebração do

contrato em bases diversas das observadas, com a inclusão dos custos correspondentes à dificuldade imprevista.

Nesse contexto, vê-se que não seria permitida a rescisão contratual, mas sim a sua adequação, até porque, além da possibilidade de realização do pacto firmado, embora em moldes diversos daqueles previstos no contrato original, pela urgência da medida e visando a garantir os interesses da coletividade pela continuidade da execução das obras e da prestação imediata dos serviços, o interesse público na edição de tais resoluções foi subjemanente demonstrado.

Ora, diante da constatação da imperiosa necessidade dos serviços e obras nas rodovias e da inexistência de outra medida cabível, é que a Administração optou por prorrogar e adequar o projeto inicial no qual se basearam a concorrência e o contrato administrativo realizados com observância das formalidades legais.

Tudo o que foi feito era necessário e atendeu ao interesse público. Não era exigível conduta diversa.

Não houve, como se vê, favorecimento de quem quer que seja. Não é possível vislumbrar na conduta de qualquer um dos demandados qualquer objetivo de lesar o patrimônio público ou de obter vantagem ilícita, ou ainda, de beneficiar agentes públicos, as empresas adjudicatária e concessionária ou qualquer de seus dirigentes.

Portanto, não há como atribuir aos demandados a prática de qualquer ato de improbidade administrativa.

Sobre o assunto, Maria Sylvia Zanella di Pietro leciona que:

“O enquadramento na lei de improbidade administrativa exige culpa ou dolo por parte do sujeito ativo. Mesmo quando algum ato ilegal seja praticado, é preciso verificar se houve culpa ou dolo, se houve um mínimo de má-fé que revele realmente a presença de um comportamen-

to desonesto. A quantidade de leis, decretos, medidas provisórias, regulamentos, portarias torna praticamente impossível a aplicação do velho princípio de que todos conhecem a lei. Além disso, algumas normas admitem diferentes interpretações e são aplicadas por servidores públicos estranhos à área jurídica. Por isso mesmo, a aplicação da lei de improbidade exige bom-senso, pesquisa da intenção do agente, sob pena de sobrecarregar-se inutilmente o Judiciário com questões irrelevantes, que podem ser adequadamente resolvidas na própria esfera administrativa. A própria severidade das sanções previstas na Constituição está a demonstrar que o objetivo foi o de punir infrações que tenham um mínimo de gravidade, por apresentarem conseqüências danosas para o patrimônio público (em sentido amplo), ou propiciarem benefícios indevidos para o agente ou para terceiros. A aplicação das medidas previstas na lei exige observância do princípio da razoabilidade, sob o seu aspecto de proporcionalidade entre meios e fins.

[...]

“No caso da lei de improbidade, a presença do elemento subjetivo é tanto mais relevante pelo fato de ser objetivo primordial do legislador constituinte o de assegurar a probidade, a moralidade, a honestidade dentro da Administração Pública. Sem um mínimo de má-fé, não se pode cogitar da aplicação de penalidade tão severas como a suspensão dos direitos políticos e a perda da função pública (Direito Administrativo. 14 ed. São Paulo: Atlas, 2002, p. 688-689).

Não discrepa a jurisprudência deste Tribunal:

“ADMINISTRATIVO - FRAUDE À LICITAÇÃO - IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA - INOCORRÊNCIA

“O termo aditivo celebrado em contrato para a construção de obra pública, quando dentro dos limites autorizados pela lei de licitações, não constitui ilegalidade e muito menos ato de improbidade. Não se admite

que, por mera presunção ou ilação, se repute como ímprobo ato administrativo realizado em conformidade com as leis.

“A comprovada ausência de lesividade, aliada à manifesta conformação com as normas de regência, é indicativo seguro da inocorrência de improbidade administrativa. (AC n. 2005.019920-9, de São Carlos, Rel. Des. Luiz César Medeiros, j. em 13-12-2005).

Em caso semelhante, esta quarta Câmara de Direito decidiu:

“REEXAME NECESSÁRIO E APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. LICITAÇÃO. TOMADA DE PREÇO. ADITIVO. ALARGAMENTO DA ESTRADA. RESPEITO AO LIMITE ESTIPULADO PELA LEI N. 8.666/93. OBRA CONCLUÍDA. FRAUDE À LICITAÇÃO. ATO ÍMPROBO NÃO CARACTERIZADO. AUSÊNCIA DE DOLO. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. SENTENÇA CONFIRMADA.

“O equilíbrio financeiro ou equilíbrio econômico do contrato administrativo, também denominado equação econômica ou equação financeira, é a relação que as partes estabelecem inicialmente, no ajuste, entre os encargos do contratado e a retribuição da Administração para a justa remuneração da obra, do serviço ou do fornecimento. Em última análise, é a correlação entre o objeto do contrato e sua remuneração, originariamente prevista e fixada pelas partes em números absolutos ou em escala móvel. Essa correlação deve ser conservada durante toda a execução do contrato, mesmo que alteradas as cláusulas regulamentares da prestação ajustada, a fim de que se mantenha a equação financeira ou, por outras palavras, o equilíbrio econômico-financeiro do contrato (Lei 8.666/93, art. 65, II, “d” e § 6º)’ (MEIRELLES, Hely Lopes. Licitação e Contrato Administrativo. 13. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2002).

“ADMINISTRATIVO - FRAUDE À LICITAÇÃO - IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA - INOCORRÊNCIA

“O termo aditivo celebrado em contrato para a construção de obra pública, quando dentro dos limites autorizados pela lei de licitações, não constitui ilegalidade e muito menos ato de improbidade. Não se admite que, por mera presunção ou ilação, se repute como ímprobo ato administrativo realizado em conformidade com as leis.

“A comprovada ausência de lesividade, aliada à manifesta conformação com as normas de regência, é indicativo seguro da inoccorrência de improbidade administrativa.” (Apelação Cível n. 2005.019920-9, de São Carlos, rel. Des. Luiz César Medeiros, j. em 13-12-2005)” (TJSC, Apelação Cível n. 2010.084289-4, de Imaruí. Relator: Des. Subst. Júlio César Knoll).

Vale destacar o seguinte trecho desse aresto, para compreensão de sua adequação ao caso em análise:

“Nesse norte, entendo que inexistiu ilegalidade na formalização do aditivo com a empresa vencedora do certame visto que a própria lei de licitações contempla essa hipótese no art. 65, desde que observado o limite no valor do aditivo, o que *in casu*, foi devidamente cumprido. Na ausência de projeto técnico, exato supor se tratar de circunstância superveniente não prevista na contratação original e que não desfigurou o seu objeto, mas foi recomendada pelo proveito social e econômico do seu resultado.

“Foge à economicidade e proporcionalidade exigir novo certame, quando já iniciada a obra, o serviço estava correlacionado ao original e o valor era compatível com o limite legal. Decerto que a instauração de novo procedimento ocasionaria despesas, retardaria a finalização da obra, obstando a realização concomitante do ensaibramento e alargamento, com observância do prazo contratual.

“Tais conclusões assentam-se no primado da razoabilidade, à vista de não se dispor de elementos que assegurem que o montante original

orçado sob a rubrica “melhoria”, com valores repassados pelo Estado, incluía o alargamento, muito embora a licitação tenha restringido a obra no ensaibramento. Não se tem provas de que o valor original foi superfaturado ou que o preço do aditivo não corresponde à realidade do serviço executado, dado imprescindível e concreto para aferição de uma conduta ímproba, por lesão ao erário público, cujo ônus deveria ser suportado pelo autor.

“Nesta entoada, as provas dos autos não deixaram claramente evidenciado o suposto ato de improbidade administrativa.”

É verdade que somente algumas das alterações ao contrato de concessão foram feitas por Aditivo Contratual, como previsto na legislação das licitações, pois a maioria delas se efetivou por meio das questionadas Resoluções do Conselho de Administração do DER/SC (hoje DEINFRA).

Mesmo assim, não há como atribuir improbidade administrativa a qualquer dos demandados, dada a ausência de comprovação de má-fé.

Trava-se discussão acirrada sobre a necessidade, ou não, de o agente público ter agido com má-fé, na prática de qualquer das condutas descritas no art. 10, inciso VIII, e no art. 11, “*caput*” e incisos, da Lei n. 8.429/92, para que venha a ser apenado com as sanções civis, políticas e administrativas previstas no art. 12 de tal lei de improbidade. Sim, porque nem sempre o administrador pratica alguma daquelas condutas para trazer prejuízo à administração e sim para beneficiá-la, embora olvidando a legislação aplicável à edição do ato, seja por desconhecimento ou por errônea interpretação dos trâmites burocráticos a seguir para a consecução do fim almejado, sem qualquer dano ou apropriação.

A Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, por acórdãos da lavra do estudioso e ponderado, Ministro Luiz Fux, hoje no Supremo Tribunal Federal, tem corroborado essa orientação doutrinária, especial-

mente em relação às condutas previstas no art. 11, da Lei n. 8.429/92, como se apanha nos REsp n. 480.387/SP e 807.551/MG, julgados em 16.03.2004 (DJU de 24.05.2004, p. 163) e 25.09.2007 (DJU de 05.11.2007, p. 226), respectivamente. Veja-se parte da ementa do primeiro:

“AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. AUSÊNCIA DE MÁ-FÉ DO ADMINISTRADOR PÚBLICO. 1. A Lei 8.429/92 da Ação de Improbidade Administrativa, que explicitou o cânone do art. 37, § 4º da Constituição Federal, teve como escopo impor sanções aos agentes públicos incursos em atos de improbidade nos casos em que: a) importem em enriquecimento ilícito (art. 9º); b) que causem prejuízo ao erário público (art. 10); c) que atentem contra os princípios da Administração Pública (art. 11), aqui também compreendida a lesão à moralidade administrativa. 2. Destarte, para que ocorra o ato de improbidade disciplinado na referida norma, é mister o alcance de um dos bens jurídicos acima referidos e tutelados pela norma especial. 3. No caso específico do art. 11, é necessária cautela na exegese das regras nele insertas, porquanto sua amplitude constitui risco para o intérprete induzindo-o a acoimar de ímprobos condutas meramente irregulares, suscetíveis de correção administrativa, posto ausente a má-fé do administrador público e preservada a moralidade administrativa. [...] 6. É cediço que a má-fé é premissa do ato ilegal e ímprobo. Consectariamente, a ilegalidade só adquire o *status* de improbidade quando a conduta antijurídica fere os princípios constitucionais da Administração Pública coadjuvados pela má-fé do administrador. A improbidade administrativa, mais que um ato ilegal, deve traduzir, necessariamente, a falta de boa-fé, a desonestidade, o que não restou comprovado nos autos pelas informações disponíveis no acórdão recorrido, calcadas, inclusiva, nas conclusões da Comissão de Inquérito.”

Afinal, “a lei alcança o administrador desonesto, não o inábil, despreparado, incompetente e desastrado” (STJ, REsp 213.994-0/MG, 1ª Turma, Rel. Min. Garcia Vieira, DOU de 27.09.1999, p. 59).

Segundo o Ministro Paulo Medina, “o ato de improbidade, a ensejar a aplicação da Lei n. 8.429/92, não pode ser identificado tão somente com o ato ilegal. A incidência das sanções previstas na lei carece de um plus, traduzido no evidente propósito de auferir vantagem, causando dano ao Erário, pela prática de ato desonesto, dissociado da moralidade e dos deveres da boa administração, lealdade e boa-fé” (STJ, REsp n. 269.863/SC, DJU de 03.11.2004, p. 168).

A Corte de Justiça Catarinense oferece precedentes idênticos:

“Não restando comprovados o desvio de finalidade do ato praticado pelo Administrador Municipal, não configura ato de improbidade administrativa a irregularidade formal que vicia a permissão de uso de bem público, sobretudo se do cumprimento do contrato resultaram benefícios notórios ao Município, com a valorização e conservação do bem, o aumento na arrecadação de impostos e o fomento ao turismo” (TJSC, 2ª Câ. Dir. Públ., Apelação Cível n. 2003.025579-6, Rel. Des. Luiz César Medeiros, julgada em 09.03.2004).

“O art. 11 da Lei n. 8.429/92 não está caracterizado quando a omissão ou ação não ofende os deveres de honestidade, legalidade, imparcialidade e lealdade com os princípios da administração pública” (TJSC, 6ª Câ. Civil, Apelação Cível n. 97.006682-1, Rel. Des. Francisco Oliveira Filho, julgada em 20.05.2002).

Esse, inclusive, é o entendimento desta Quarta Câmara de Direito Público:

“APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO CIVIL PÚBLICA - ATOS DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA - ALEGAÇÃO DE GASTO INDEVIDO DO DINHEIRO PÚBLICO - PLEITO DE RESSARCIMENTO INTEGRAL DOS DANOS, EM ATENÇÃO AO DISPOSTO NO ART. 5º DA LEI N. 8.429/92 - INSUFICIÊNCIA DE PRO-

VAS - DOLO OU CULPA DO AGENTE NÃO CARACTERIZADOS - IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO QUE SE IMPÕE - CONDENÇÃO DO AUTOR AO PAGAMENTO DOS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS - EXEGESE DO ART. 18 DA LEI N. 7.347/85 - IMPOSSIBILIDADE, SALVO COMPROVADA MÁ-FÉ, O QUE NÃO É OBSERVADO NA HIPÓTESE - EXCLUSÃO - RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

“[...]”

“No caso dos autos, não houve qualquer indício de má-fé na conduta da agente, tampouco restou provada a intenção desta em se locupletar do dinheiro público. Ademais, não foram apresentadas provas do efetivo prejuízo financeiro que teria sofrido o ente municipal, pelo contrário, a ação fundamenta-se em meras alegações, as quais, por si só, não tem o condão de acarretar uma pena à recorrida. (Apelação Cível n. 2009.028443-8, de Imbituba, Rel. Des. José Volpato de Souza, j. em 24-02-2011).

Note-se, doutra parte, que a conduta dos requeridos não trouxe qualquer prejuízo ao erário, como consta da inicial. Os serviços e obras contratados foram efetivamente prestados pela concessionária, e como os serviços atendidos pelo objeto do contrato não eram supérfluos, é inegável a ausência de qualquer prejuízo aos cofres públicos.

Nesse passo, é que o digno Magistrado, acertadamente, por entender que não houve ato ímprobo e tampouco uma ação do agente público que trouxesse algum prejuízo ao erário, julgou improcedente o pedido formulado na inicial (fls. 5.498/5.513).

Do corpo da sentença da lavra do eminente Dr. Luiz Antônio Zanini Fornerolli,, vale a pena colacionar, devido à sua relevância e à pertinência ao tema em debate, para fazer parte dos fundamentos deste acórdão, o seguinte trecho:

“Assim, é garantida pela legislação federal a possibilidade de alteração dos contratos, quando presentes algumas das hipóteses nela previstas, devendo ser considerado, para o caso dos autos, a necessária alteração em função de modificação do projeto, para melhor adequação técnica aos seus objetivos, uma vez que não ocorreram todas as desapropriações necessárias à implementação da obra.

“Deve ser citada também a necessidade de se restabelecer a relação que as partes pactuaram inicialmente entre os encargos do contratado e a retribuição da administração para a justa remuneração da obra, serviço ou fornecimento, objetivando a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato, forte nos inúmeros fatores que comprometeram o prazo de entrega da primeira etapa da obra.

“Registre-se, no entanto, que tais alterações são possíveis desde que devidamente justificadas, e os pressupostos que autorizam e validam as justificativas das resoluções lançadas pelo Conselho Administrativo do DER dizem respeito ao interesse público e a conveniência administrativa.

“Não cumpre ao Judiciário, nesse andar, questionar as justificativas lançadas pelo Conselho Administrativo do DER a respeito das resoluções que culminaram das alterações ao Projeto Básico, porque as peculiaridades da obra, por si só, implicam presumir as dificuldades enfrentadas.

“Há nos autos, extensa prova documental ao longo dos 17 volumes de autos, que demonstra as inúmeras considerações de ordem técnica e de alocação da obra que culminaram nas alterações por meio das resoluções, bem como a extensa motivação que antecedeu cada uma dessas resoluções.

“Frise-se que não se trata de agir com parcimônia na fiscalização da legalidade e moralidade que deve permear a atividade administrativa estatal, mas, sim e tão-somente, de evitar ingerência do Judiciário nas atividades administrativas típicas, quando realizadas com observância dos ditames legais.

“Convém mencionar, ainda, que o e. TJSC já apreciou a legalidade de duas das resoluções (n. 001/98 e 202/98) que maior impacto causaram ao projeto básico e contrato da obra em questão em sede de apelação cível em ação popular, e, por maioria, decidiu pela legalidade das modificações introduzidas por meio das resoluções.

“(…)

“Tal conclusão, amolda-se ao caso em comento quando se questiona a legalidade da edição de 24 resoluções, igualmente lançadas, não para beneficiar uma ou outra empresa vencedora do certame, ou em prejuízo ao erário, mas sim, para garantir a realização de tão importante empreendimento que valorizou o acesso ao Norte da Ilha de Santa Catarina, e amenizou a problemática enfrentada pelos usuários, como congestionamentos, acidentes, etc.

“Diante de tais considerações, é incabível tachar de ímproba a conduta dos réus, uma vez que não há má-fé comprovada, já que as resoluções publicadas pelo Conselho de Administração buscaram, sem esforços, medidas que possibilitassem a solução das adversidades oriundas da própria obra, cuja finalidade era não comprometer o regular andamento.

“Sobre o tema, atos de improbidade, segundo Alexandre de Moraes, na obra *Direito Constitucional Administrativo*, publicada em 2006 em sua 3ª edição na cidade de São Paulo pela Editora Atlas, constitui-se atos de natureza civil devidamente tipificados em lei federal, que ferem direta ou indiretamente os princípios constitucionais e legais da Administração Pública, independentemente de importarem enriquecimento ilícito ou de causarem prejuízo material ao erário público (p. 317)

“A doutrina pavimentada por José Afonso da Silva, (*Curso de Direito Constitucional Positivo*, 24ª ed., São Paulo, Malheiros Editores, 2005, p. 669) enfatiza que a probidade administrativa é uma forma de moralidade administrativa que mereceu consideração especial da Constituição Federal.

“O desrespeito ao dever de honestidade no exercício das funções públicas é que caracteriza a improbidade administrativa, ou seja, a improbidade administrativa é uma imoralidade qualificada pelo dano ao erário e correspondente vantagem ao ímprobo ou a outrem.

“A LIA não é reservada para punir mera ilegalidade, mas sim a conduta ilegal ou imoral do agente público, e de todos que o auxiliem no ato ímprobo (Alexandre de Moraes, Direito Constitucional Administrativo, 3. ed., São Paulo: Atlas, 2006, p. 317).

“É bom frisar, que a LIA não traça uma responsabilização objetiva do agente público. Na verdade, para verificar-se a possibilidade de sancionamento, há que se indagar pelo elemento volitivo da atuação do servidor. Sindica-se a responsabilidade subjetiva constituída pela má-fé.

“O STJ tem se posicionado que, em não havendo prejuízo aos cofres públicos e nem enriquecimento ilícito, mas apenas inabilidade do administrador público, não se mostra pertinente o sancionamento através da Lei n. 8.429/92. A lei alcança o administrador desonesto, não o inábil, despreparado, incompetente e desastrado (REsp n. 213.994/MG, rel. ministro Garcia Vieira e ROMS n. 8.858/RJ, rel. ministro Milton Luiz Pereira).

“O ministro Luiz Fux no REsp n. 861.566/GO, enfatiza que a má-fé, consoante cediço, é premissa do ato ilegal e ímprobo e a ilegalidade só adquire o *status* de improbidade quando a conduta antijurídica fere os princípios constitucionais da Administração Pública coadjuvados pela má-intenção do administrador.

“Tendo ciência do que se constitui o ato de improbidade, cabe analisar se os atos dos réus, consubstanciados em resoluções que modificaram o projeto básico e o contrato da duplicação da SC-401 revelam improbidade administrativa.

“Pela coleta probatória documental, em que pese a vasta fundamentação técnica que permeou a edição das resoluções do DER, não

há como se negar que deveriam ter sido realizadas por meio de termo aditivo, mormente quando implicassem aumento de encargos, na forma do § 6º do art. 65 da Lei n. 8.666/93.

“Porquanto questionável o modo de exteriorização de tais adaptações, posto que não conforme à lei, não há como se afirmar que sejam, por isso, constituídas de atos ímprobos.

“Como já frisado, a mera ilegalidade, sem representar prejuízo ao erário ou enriquecimento ilícito, representa atitude desenvolvida por administrador inábil, incompetente, despreparado e desatento porém sem má-fé.

“É o caso! Não existe prova nos autos [de] que as resoluções expedidas pelo Conselho Administrativo do DER tenham sido foco de empobrecimento do Estado de Santa Catarina. Muito pelo contrário, até porque as obras existem, foram realizadas, mesmo que parcialmente, auferindo os usuários todas as benesses da duplicação da SC-401.

“Há menções, no relatório elaborado pelo Tribunal de Contas do Estado, inclusive, que algumas das adaptações caracterizaram efetiva redução do aspecto financeiro, causando impacto direto na tarifa básica do pedágio, como se verifica da Resolução CA n. 104/96, de 26/03/96; Resolução CA n. 141/97, de 08/04/97; Resolução CA n. 185/97, de 06/05/97; Resolução CA 227/97, de 06/05/97, Resolução CA 298/97, de 15/07/97, entre outras. Assim como há também inúmeras resolução que causaram acréscimos financeiros.

“De qualquer sorte, analisando todo o conteúdo probatório amalhado ao feito, não se identifica qualquer prova cabal capaz de apoiar conclusão que os réus tenham agido embalados pelo dolo, e, de ordinário, ao autor cabe a prova de tais alegações, a teor do art. 333, I, CPC.

“Como é sabido, o enquadramento na previsão do art. 10 da Lei de Improbidade, não pode prescindir do reconhecimento de conduta dolosa, exigindo, ainda, prova substancial do prejuízo.

“Nessa vertente, sem prejuízo e enriquecimento, a realização das alterações do projeto básico e do contrato não passaram de meras ilegalidades.

“Onde há a má-fé, com consciência de prática de atos espúrios, no geral são confabulados e engendrados às ocultas. Neste caso, tudo foi escancarado, a ponto de restar amplamente documentado, como se vê dos 17 volumes que compõem todo o processo.

“Por outro lado, afastada a incidência do art. 10, em tese, há a possibilidade de fundar o sancionamento no art. 11 da LIA.

“Entretanto, aqui também não tem como vingar! O STJ, a respeito tem se posicionado que no caso específico do art. 11, é necessária cautela na exegese das regras nele insertas, porquanto sua amplitude constitui risco para o intérprete induzindo-o a acoiar de ímprobos condutas meramente irregulares, suscetíveis de correção administrativa, posto ausente à má-fé do administrador público e preservada a moralidade administrativa. ... (STJ, REsp n. 480387 / SP, rel. ministro Luiz Fux).

“Faz-se presente, portanto, também o dolo, mesmo que despiendo seja ainda o prejuízo o erário (STJ, REsp n. 285305/DF, rel. ministra Denise Arruda). E, no caso dos autos, mais uma vez constata-se a ausência de prova a respeito.

“Portanto, mesmo que ilegal fossem as alterações efetivadas por meio de resoluções, tais atos, da forma como se deram, não podem ser tachados ímprobos.”

Destarte, como bem fundamentou o nobre sentenciante, além de inexistir qualquer ato ímprobo que maculasse a renovação dos contratos, não restou demonstrado nos autos o efetivo prejuízo aos cofres públicos, como quer fazer crer o autor ministerial. Pelo contrário, o que se observa é que os contratos foram alterados para atender à absoluta necessidade do prosseguimento imediato e urgente dos serviços essenciais das obras e serviços, que jamais poderiam ter solução de continuidade. Vale dizer, o interesse público, e não o particular, é que foi atendido.

A presente ação civil pública por atos de improbidade administrativa foi proposta num momento de grande instabilidade social e política relacionada com as obras de duplicação e melhoria da Rodovia estadual SC-401 e dos demais acessos a praias do Norte da Ilha de Santa Catarina (SC-400, SC-402 e SC-403), em face da previsão de cobrança de pedágio para o qual chegou a ser construída uma praça (até hoje mantida no local) nas imediações da interseção com o acesso a Santo Antônio de Lisboa. Não obstante as obras até então realizadas, com evidente melhoria em grande parte do trecho concedido, a população residente ou estabelecida em toda aquela região e no Norte da Ilha estava em polvorosa, diante da possibilidade de serem oneradas com a tarifa. Foram acionados todos os canais políticos e institucionais para impedir a cobrança. A Comissão de Defesa do Consumidor da Câmara de Vereadores de Florianópolis fez relatório a respeito de todos os fatos (fls. 441 e seguintes). Vereadores do Município de Florianópolis, em 05.08.1998, solicitaram providências ao Procurador-Geral da Justiça, na época o Dr. Moacyr Moraes de Lima Filho (fls. 403-405), iniciando-se investigações. Reclamação à Promotoria de Justiça da Coletividade foi encaminhada pela Advogada Rode Anélia Martins (fls. 415-416). Os autos contêm reprodução de importante audiência pública que se realizou na Assembleia Legislativa, em que Engenheiros e dirigentes do DER/SC fizeram substanciais explicações aos eminentes Deputados de todo o desenrolar da licitação, da execução do contrato, das obras e das alterações feitas pelas Resoluções questionadas, bem como acerca da composição do Preço Básico da Tarifa (fls. 4849-4907). Houve diversas intervenções do Tribunal de Contas do Estado. Continuavam as reclamações. Foram propostas algumas ações populares, como a de n. 023.98.048900-0 (0048900-73.1998.8.24.0023), proposta por Dinivaldo Giolioli, que tramitou na 1ª Vara da Fazenda Pública da Capital, e que foi julgada improcedente por sentença datada de 15.07.2009; e a de n. 023.98.029853--1, proposta pela Deputada Ideli Salvati para questionar apenas as duas últimas Resoluções CA n. 001/98

e 202/98, tendo sido julgado procedente o pedido, por sentença da lavra do então Juiz Dr. Volnei Ivo Carlin, datada de 06.10.1999.

Contra a sentença de procedência do pedido formulado pela Deputada Ideli Salvati, na ação popular, foram interpostas apelações protocoladas neste Tribunal sob o n. 2000.002126-1. O Relator, eminente Des. Torres Marques, propôs a confirmação da sentença, mas foi vencido pelos Des. Francisco Oliveira Filho e Luiz César Medeiros que a reformaram para julgar improcedente o pedido popular.

O julgado teve a seguinte ementa bem explicativa:

“AÇÃO POPULAR - CONCESSÃO DA ADMINISTRAÇÃO DE PONTES E RODOVIAS ESTADUAIS - EDITAL - CONTRATO - OBRIGAÇÕES PACTUADAS - ALTERAÇÃO MEDIANTE RESOLUÇÕES DO CONSELHO ADMINISTRATIVO DO DEPARTAMENTO DE ESTRADAS DE RODAGEM (DER/SC) - DESAPROPRIAÇÕES INCOMPLETAS - URGÊNCIA DA DUPLICAÇÃO EM ÁREAS DE CONGESTIONAMENTOS - ESPESSURA, SISTEMA DE REVESTIMENTO, LAMA ASFÁLTICA OU NÃO - MATÉRIAS INSUSCETÍVEIS NA ESPÉCIE DE SEREM EXAMINADAS NO PROCESSO - VIOLAÇÕES AO *CAPUT* DO ART. 37 DA MAGNA CARTA, ART. 2-, DA LEI N. 4.717/65 E LEI N. 866/93 (LICITAÇÕES) INDEMONSTRADAS - RECLAMO DA AUTORA (fls. 1.515/1.519) PREJUDICADO - APELO DOS LEGITIMADOS PASSIVOS AD CAUSAM ACOLHIDO - PLEITO FORMULADO NA DEMANDA IMPROCEDENTE.

“A abstenção do Poder Concedente de realizar parcialmente as desapropriações indispensáveis à plena implementação do Projeto de Engenharia de Duplicação comprometeu a regularidade do cronograma de obras, estas de urgência notória, por constituir a rodovia acesso fundamental ao norte da Ilha de Santa Catarina, área de intenso turismo.

Conseqüentemente as Resoluções n. 001/98 e 202/98, do Conselho Administrativo do DER/SC, a par de possibilitarem ajustes visando à imediata e necessária utilização dos percursos duplicados, não caracterizam quebra dos parâmetros do Edital de concorrência pública, nem traduzem benefício às empresas integrantes do pólo passivo desta actio ou prejuízo aos usuários, inexistindo, portanto, ilegalidade, dano ao erário ou afronta à moralidade pública.

“Não podem juízes e tribunais assomar para si a deliberação de atos da administração, sob pena de violação do princípio constitucional da interdependência dos poderes do Estado’ (JTJ 145/25). ‘Ipso facto’ espessura, sistema de revestimento, lama asfáltica ou outro material tido como adequado para cobertura da rodovia constituem aspectos de concretização da obra insuscetíveis de serem analisados no âmago do processo, salvo se argüida a execução do serviço em desacordo com o avençado, hipótese em que deverá haver perícia, esta ausente nos autos, em face de desistência da autora.

“Dispondo o art. 128 do CPC que ‘o Juiz decidirá a lide nos limites em que foi proposta, sendo-lhe defeso conhecer de questões, não suscitadas, a cujo respeito a lei exige a iniciativa da parte’, exegese que, de resto, também se aplica nos Tribunais (STF - RE n. 99.654-1/BA), a controvérsia relativa ao pedágio não pode ser analisada *in casu* porque não integrou o pleito deduzido na inicial. Aquele, pois, para ser cobrado exige vistoria do Departamento de Estradas de Rodagem (DER/SC), verificando o respeito aos requisitos do contrato e do projeto da rodovia, por estipular o Contrato de Concessão n. 314/94, n. 3, na Cláusula Terceira: ‘Imediatamente após a conclusão dos trabalhos indispensáveis ao início da cobrança do pedágio, conforme estabelecido no Anexo II - B - Requisitos Mínimos para início de Arrecadação do Pedágio do Edital n. 61/93, proceder-se-á, a pedido do Concessionário, à vistoria das Rodovias, em que intervirão representantes do DER/SC e do Concessionário,

lavrando-se, ao final da vistoria, o competente Termo de Verificação’ (fl. 75).” (TJSC, Apelação Cível n. 2000.002126-1, da Capital, Rel. designado Des. Francisco Oliveira Filho, j. 06-09-2001).

No voto que reproduziu no aresto para cuja redação foi designado, o ilustre Des. Francisco Oliveira Filho anotou o seguinte, que passa a complementar os fundamentos do presente acórdão:

“Ora, a Resolução n. 001/98 ‘teve por origem exposição de motivos largamente justificada’ (fl. 530, 2.5) pela empresa Linha Azul Auto Estrada S/A, que ‘de forma minuciosa e concludente, ao longo de 71 laudas (incluídos os anexos - Processo ora adunado - fls. 1/71), apontou todas as questões de ordem técnico-financeira, a justificarem a adequação do contrato aos objetivos nele pretendidos’ (fl. 530, 2.5). Este expediente foi protocolado sob n. 3.099/989, em março de 1998, sendo remetido ao Gerente de Concessões, resultando no parecer dos engenheiros Marcelo Bisotto e Edgar Silveira (fls. 923/926), os quais concluíram: ‘É importante salientar que as alterações dos requisitos mínimos não implicam na exclusão destas obras e serviços dos encargos da concessionária, mas sim na postergação deste pequeno volume de obras e serviços - em relação ao já executado - para a fase seguinte, compreendida nos 12 meses subsequentes ao início da arrecadação. No final deste período todas as premissas faltantes deverão ser executadas’ (fl. 926). O pleito foi aprovado em sessão extraordinária realizada em 6.4.98 (fl. 936), dando ensejo, então, à Resolução n. 01/98 (fls. 937/938), acolhendo o Termo Aditivo PJ-314/94/ A 5/98, de Prorrogação de Prazo de Reratificação ao Contrato de Concessão PJ-314/94. Novos prazos em decorrência foram estabelecidos, bem como novos requisitos mínimos para início da cobrança do pedágio, além de outros aspectos essenciais. Justificativa, portanto, existe nesse ato administrativo.

“Quanto à Resolução n. 202/98, consta em certo trecho na expo-

sição do Engenheiro Edgar Silveira (fl. 647): ‘A RESOLUÇÃO CA n. 001/98, de 6 de abril de 1998, aprovou as sugestões desta Diretoria para redução dos requisitos mínimos para o início da cobrança do pedágio, marco inicial do início da arrecadação na rodovia SC-401. Ocorre que nas reuniões do Conselho Administrativo do Departamento de Estradas de Rodagem de Santa Catarina, o entendimento dado à supressão do separador físico central (barreira do tipo New Jersey), pelos respectivos Membros do Conselho, resultava contrário à sua exclusão. De modo que o mesmo deveria ser implantado onde possível, substituindo-o por uma separação de pistas constituída por defensas duplas metálicas, onde, no momento, a primeira opção resultasse inviável. Sendo assim, apresento a redação correta do item 1.3, em questão, no entendimento dos referidos Conselheiros’ (fl. 647). A especificação técnica em seguida é declinada, arrematando logo após: ‘Diante do exposto, solicito à V.S^a as providências necessárias junto ao referido Conselho no sentido de Retificar a Resolução CA n. 001/98, datada de 6 de abril de 1998’ (fl. 647). Logo, a leitura da Resolução n. 202/98 revela a inequívoca aceitação dessas considerações, as quais caracterizam o seu fundamento.

“O Tribunal de Contas do Estado em Inspeção nas Obras de Duplicação da SC-401 (fl. 103) recomendou ao DER/SC, em voto no n. 3 in fine de fl. 104: ‘Reveja os processos de Desapropriações, visando suprir as falhas e deficiências que impedem as suas conclusões’. Anteriormente os Analistas de Controle Externo daquela Corte de Contas salientam: ‘Na sua resposta o DER afirma que estas desapropriações não dependem só de recursos financeiros. Informa que o setor jurídico autoriza o financeiro a emitir os cheques correspondentes aos proprietários que devem ser indenizados e os envia ao Cartório para a concomitante regularização documental, desmembramento de áreas ou mesmo mudança de nome do proprietário. Em certos casos o DER tem a informação de que vários proprietários possuem documentação que não permite aos Cartórios re-

gularizar a situação por tratar-se de hipotecas, certidões com erros, casos de inquilinato, herdeiros, áreas que não conferem, confrontantes inexistentes, certidões em nome de menores, etc. Estas afirmações por parte do DER certamente tem procedência pois, pelo pouco conhecimento que temos e que também é público, as mais diversas formas de ser proprietário aqui na Ilha de Santa Catarina, particularmente, na maioria das áreas (lotes) de várias praias apresentam toda esta miscelânea documental. No entanto, no caso das faixas limítrofes da SC-401, cabe ao DER lançar mão de seus recursos legais para a liberação, em tempo hábil, da faixa de domínio para a execução das obras, evitando-se dar razões ao empreiteiro para o atraso no cronograma físico' (fls. 106 e 107).

“Percebe-se, ademais, na contestação das empresas (fl. 546, letra k): ‘Ainda relativamente aos requisitos mínimos para início da arrecadação do pedágio relacionados na coluna ‘COM A RESOLUÇÃO 001/98’ (item 9), cabe registrar que no sub-item 1.4, a condição provisória conferida a um ramo de acesso - via Rua Vila Ivan Matos - da interseção de Saco Grande, deve-se à pendência de desapropriação para permitir a implantação do acesso adequado, conforme previsto no Projeto de Engenharia’.

“E mais: ‘O traçado provisório para a temporada de verão de 1997/1998, corresponde ao segmento inicial, de laterais ainda não desapropriadas, que foi provisoriamente melhorado para possibilitar o escoamento dos fluxos de tráfego nesse sub-trecho em condições de segurança’, particularmente no período de elevada demanda de tráfego” (fl. 545). Finalmente: ‘A condição provisória conferida ao segmento inicial e, ainda, a necessidade de introdução de correções altimétricas no revestimento do restante do sub-trecho - já duplicado - entre o Km 0 e o Km 13 quando da implantação das marginais e ciclovias, foram fatores determinantes para a adoção de revestimento do tipo lama asfáltica grossa com cura controlada (de 0,006m a 0,008m de espessura), transferindo a execu-

ção do revestimento em CBUQ (solução definitiva) para imediatamente após a eliminação da situação transitória acima destacada' (fl. 545). Estes detalhes técnicos e as respectivas decisões, quais sejam, espessura, sistema de revestimento, lama asfáltica ou não, não podem ser examinados no processo, em virtude de exigirem conhecimento especial, privativo da engenharia. Além do mais, 'não podem juízes e tribunais assomar para si a deliberação de atos da administração, sob pena de violação do princípio constitucional da interdependência dos poderes do Estado' (JTJ 145/25). Ainda em idêntico diapasão: 'Esgoto doméstico. Ação visando ao tratamento prévio dos detritos lançados nas águas de rios. Ato administrativo que necessita de exame de conveniência e oportunidade pelo Poder Executivo. Impossibilidade de invasão de tal esfera pelo Poder Judiciário' (JTJ 143/14). Todavia, a verificação judicial da desconformidade de trabalho executado com o previsto no contrato administrativo é viável, mas, entretanto, desde que submetido a perícia. *In casu* tal não ocorre, inclusive porque a autora requereu a ouvida de testemunhas e perícia (fl. 1.123), dispensando-as à fl. 1.133. A sentença registra tal fato no relatório (fl. 1.290).

“Em suma: as modificações introduzidas através das duas Resoluções n. 001/98 e 202/98, do Conselho Administrativo do DER/SC, caracterizam quebra dos parâmetros do Edital de concorrência pública? Haveria benefício às empresas integrantes do pólo passivo desta actio e prejuízo aos usuários? Existiria ilegalidade, dano ao erário e afronta à moralidade pública? As respostas são negativas, porque as desapropriações não foram concluídas pelo Estado de Santa Catarina, revelando a documentação entranhada a existência de mais de 30% (trinta por cento) de áreas a serem desapropriadas, dificultando a plena implantação do projeto. Outro fator determinante foi a urgência da duplicação, liberando-a em certos trechos da rodovia, por ser a única via de acesso ao norte da Ilha de Santa Catarina. Os notórios congestionamentos de tráfego no verão e

a dependência da atividade turística para a sobrevivência dos moradores da Capital influíram também na solução emergencial, afastando os pressupostos que levariam à procedência do pleito formulado pela autora.

“Emerge, de outra banda, nos autos a matéria alusiva à cobrança do pedágio. Este, para ser cobrado, precisa de uma vistoria do Departamento de Estradas de Rodagem (DER/SC) verificando o respeito aos requisitos do contrato e do projeto da rodovia. Consta no Contrato de Concessão n. 314/94, n. 3, da Cláusula Terceira: ‘Imediatamente após a conclusão dos trabalhos indispensáveis ao início da cobrança do pedágio, conforme estabelecido no Anexo II - B - Requisitos Mínimos para início de Arrecadação do Pedágio do Edital n. 61/93, proceder-se-á, a pedido do Concessionário, à vistoria das Rodovias, em que intervirão representantes do DER/SC e do Concessionário, lavrando-se, ao final da vistoria, o competente Termo de Verificação’ (fl. 75). O pedido da peça vestibular da ação não cogita do pedágio, conforme se infere à fl. 28, n. 7, estando, pois, o julgamento limitado ao requerido, não só diante do art. 282, inciso IV, do CPC, mas também do art. 128 desse cânone, o qual reza: “O juiz decidirá a lide nos limites em que foi proposta, sendo-lhe defeso conhecer de questões, não suscitadas, a cujo respeito a lei exige a iniciativa da parte’. Urge enfatizar que esse artigo (128) também se aplica nos Tribunais (STF - RE n. 99.654-1/BA).

“Ante o exposto, rejeitada a preliminar de nulidade por ausência de citações, suscitada de ofício, atende-se os apelos da Linha Azul Auto-Estrada S/A e Engespasa - Engenharia do Pavimento S/A, a fim de ser julgado improcedente o pleito formulado na ação popular desencadeada, por não ter sido demonstrada violação ao *caput* do art. 37 da Magna Carta, art. 2-, da Lei n. 4.717/65 e Lei n.866/93 (Licitações), prejudicado, em consequência, o reclamo da autora (fls. 1.515/1.519).”

Contra tal acórdão foram opostos embargos de declaração, cuja decisão foi assim sintetizada:

“AÇÃO POPULAR - EMBARGOS DECLARATÓRIOS - CONCESSÃO DA ADMINISTRAÇÃO DE PONTES E RODOVIAS ESTADUAIS - CONTRATO - RESPONSABILIDADES AVENÇADAS - MODIFICAÇÕES DE CLÁUSULAS ATRAVÉS DE RESOLUÇÕES DO CONSELHO ADMINISTRATIVO DO DEPARTAMENTO DE ESTRADAS DE RODAGEM DO ESTADO DE SANTA CATARINA - DESAPROPRIAÇÕES INCOMPLETAS - URGÊNCIA DA DUPLICAÇÃO EM ÁREAS DE CONGESTIONAMENTO - VEREDICTO NO MÉRITO POR MAIORIA - DECLARAÇÃO DE VOTO VENCIDO - ESTE OBJETO DO ACLARAMENTO - PEDIDO REJEITADO.

“Inexiste identidade física no deslinde de embargos declaratórios, daí porque o integrante do órgão fracionário que redigiu o veredicto majoritário pode relatar e julgar o aclaramento do voto vencido.

“Afirmativa constante da manifestação minoritária e considerada na impugnação discordante do teor de documento, é insuscetível de alteração no permissivo do art. 535 do Código de Processo Civil, se representar, como ocorre na espécie, interpretação do magistrado, que declinou o seu convencimento.” (TJSC, Embargos de Declaração em Apelação Cível n. 2000.002126-1, da Capital, Rel. Des. Francisco Oliveira Filho, j. 26-08-2002).

Em face da reforma da sentença da ação popular, com voto divergente, foram opostos os Embargos Infringentes, que o Grupo de Câmaras de Direito Público, por maioria, julgou extinto o processo da ação popular, sem resolução do mérito, considerando a perda do objeto em razão do abandono das obras da rodovia e da impossibilidade de cobrança do pedágio, o que teria ocasionado a perda dos efeitos das Resoluções CA 001/98 e 202/98 ali verberadas:

“AÇÃO POPULAR - FATO SUPERVENIENTE - PERDA DO OBJETO - EXTINÇÃO DO PROCESSO. Fato superveniente que conduz à perda do objeto da ação popular deve ser conhecido pelo Tribunal, de ofício (CPC, art. 462). Se não mais subsistem os efeitos do ato impugnado na ação popular, impõe-se a extinção do processo.” (TJSC, Embargos Infringentes n. 2003.008317-0, da Capital, Rel. Des. Newton Trisotto, j. 12-03-2008).

Os embargos de declarações opostos contra essa decisão foram rejeitados (TJSC, Embargos de Declaração em Embargos Infringentes n. 2003.008317-0, da Capital, Rel. Des. Newton Trisotto, j. 11-02-2009).

Advirta-se que o acórdão relativo a esses Embargos Infringentes ainda não transitou em julgado, pois foi interposto Recurso Especial que teve negado seguimento neste Tribunal, contudo, provido monocraticamente o respectivo Agravo de Instrumento (n. 1.314.758/SC), subiram os autos ao egrégio Superior Tribunal de Justiça, onde aguardam julgamento (Recurso Especial n. 1.248.779/SC, Rel. Min. Castro Meira, conclusos em 23.12.2011).

A concessionária não concluiu a satisfação dos requisitos mínimos para cobrança do pedágio no último prazo estabelecido em uma das Resoluções CA, daí porque não foi autorizada a cobrar a tarifa e paralisou as obras depois de ter realizado certa parte da duplicação da SC-401 (trecho entre a interseção com a Avenida da Saudade (Itacorobi) até a interseção com a rodovia de acesso a Jurerê) e diversas obras de arte (viadutos, pontes e acessos).

Em 21 de dezembro de 1998 a concessionária Linha Azul e a adjudicatária Engepasa propuseram a ação ordinária n. 023.98.062118-9 (0062118-71.1998.8.24.0023) contra o DER/SC, responsabilizando este pelo impedimento à cobrança do pedágio. Estão apensados os autos das ações n. 023.00.024222-8 e 023.00.024223-6. Os autos estão conclusos para sentença na 1ª Vara da Fazenda Pública da Capital.

Em duas ações ordinárias (n. 99.00.06341-4 e 99.00.07133-6) propostas pela adjudicatária Engepasa e pela concessionária Linha Azul, em agosto de 1999, na 2ª Vara da Justiça Federal de Florianópolis, contra o BNDES, o BRDE, o BESC e o DER/SC, aquelas imputaram responsabilidade a este pelo atraso na cobrança do pedágio, em face das alterações efetivadas no Projeto Básico das obras e da demora nas desapropriações. Por sentença do Juiz Federal Dr. Carlos Alberto da Costa Dias, em agosto de 2001, tais processos foram extintos sem resolução do mérito, com base no art. 267, inciso VI, do Código de Processo Civil, quanto ao pedido de declaração de existência de força maior e de dever jurídico do BNDES de arcar com as consequências de suas ações e omissões relativamente à aprovação das modificações introduzidas nos projetos originais e improcedentes os demais pedidos, reconhecendo-se incidentalmente, ademais, a inconstitucionalidade da cobrança do pedágio. Foram interpostas apelações já julgadas pelo egrégio Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Seguiram-se embargos de declaração e Recursos Especiais e Extraordinários. Não se sabe se houve decisão definitiva.

Nessas ações serão resolvidas as questões pendentes entre a concessionária e o DER/SC, hoje DEINFRA e apuradas as respectivas responsabilidades, sendo despicienda análise mais profunda neste acórdão.

Em conclusão: as 24 Resoluções do Conselho de Administração do Departamento de Estradas de Rodagem de Santa Catarina (DER/SC), hoje Departamento de Infraestrutura (DEINFRA), editadas com base no art. 65 da Lei de Licitações e Contratos Administrativos, que alteraram o Projeto Básico utilizado na licitação e no contrato de concessão, bem como prorrogaram prazos e empreenderam outras modificações, para otimizar e racionalizar as obras e os serviços objeto da concessão, garantir o equilíbrio econômico-financeiro do contrato e sanar eventuais pendências, atenderam ao interesse público e não ao particular, nem ocasionaram prejuízo ao erário ou a terceiros, pelo que não se pode atribuir

aos demandados qualquer ato de improbidade administrativa dos arts. 10 e 11 da Lei de Improbidade Administrativa (Lei n. 8.429/92), e, por isso, não é cabível a aplicação de qualquer das sanções do respectivo art. 12.

Em face de todo o exposto, dá-se provimento parcial ao recurso do Ministério Público e à remessa oficial tão somente para reconduzir à lide o réu Álvaro de Calasans Gayoso Neves, representante legal da ré Engepas (atualmente Emtuco), como parte legítima passiva, mantida a sentença, nas demais questões nela julgadas, inclusive o mérito, obviamente.

Apelação Cível n. 2011.071414-1, de Palmitos

Relator: Des. Subst. Júlio César Knoll

AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. FRAUDE À LICITAÇÃO. NÃO APLICAÇÃO DA LEI N. 8.429/92 AOS AGENTES POLÍTICOS. NULIDADE POR FALTA DE INTIMAÇÃO DA EXPEDIÇÃO DE PRECATÓRIA. PRELIMINARES AFASTADAS. EMPRESAS SEM QUALIFICAÇÃO PARA A PRESTAÇÃO DOS SERVIÇOS. VEREADOR QUE UTILIZOU DE “TESTA-DE-FERRO” PARA CONTRATAR COM PODER PÚBLICO. SUPERFATURAMENTO. INOCORRÊNCIA. IMPOSSIBILIDADE DE RESSARCIMENTO AO ERÁRIO. VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO. ILEGALIDADES COMPROVADAS. RECURSOS NÃO CONHECIDOS. AUSÊNCIA DE PREPARO. DEMAIS APELOS PARCIALMENTE PROVIDOS. SANÇÕES MINORADAS. IMPROCEDÊNCIA DA DEMANDA EM RELAÇÃO AOS REQUERIDOS QUE COMETERAM MERA IRREGULARIDADE. SENTENÇA REFORMADA.

“RECURSOS ESPECIAIS. AÇÃO DE IMPROBIDADE. ART. 10, INCISO XIII, DA LEI Nº 8.429/1992.

[...]

6. O benefício previsto no art. 18 da Lei nº 7.347/1985 restringe-se à parte autora, não aos réus, ausente, ainda, qualquer obrigação legal de intimar o apelante-réu para suprir a inexistência de preparo da apelação. Precedentes” (REsp n. 1229847/MS, Min. Castro Meira.” (Apelação Cível n. 2012.041813-2, de Campo Belo do Sul, rel. Des. Luiz César Medeiros, j. em 18.03.2013)

“Nos termos do arts. 2º e 3º, da Lei Federal n. 8.429/92, tanto o servidor público quanto o agente político que induzam ou concorram para a prática de ato ímprobo se submetem às disposições e sanções da mencionada Lei.” (Ap. Cív. n. 2006.040863-7, Rel. Des. Jaime Ramos, j. em 04.12.2008).

“A nulidade consubstanciada na falta de intimação da inquirição de testemunha por carta precatória deve, sob pena de preclusão, ser argüida na primeira

oportunidade em que couber à parte falar nos autos (art. 245, do CPC).” (Apelação Cível n. 2005.014818-5, de Chapecó, rel. Des. Newton Janke, j. em 26.04.2007)

“Inexistindo provas de superfaturamento do valor contratado e recebido e tendo o serviço sido regularmente prestado, não há falar em prejuízo ao Erário e, conseqüentemente, no dever de ressarcimento, sob pena de enriquecimento sem causa da Administração.

[...]

Consoante o art. 8º da Lei de Improbidade Administrativa, a multa civil é transmissível aos herdeiros, ‘até o limite do valor da herança’, somente quando houver violação aos arts. 9º e 10º da referida lei (dano ao patrimônio público ou enriquecimento ilícito), sendo inadmissível quando a condenação se restringir ao art. 11 (REsp n. 951.389, Rel. Min. Herman Benjamin).” (Apelação Cível n. 2008.061488-9, de São Joaquim, rel. Des. Newton Janke, j. em 13.03.2012)

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2011.071414-1, da comarca de Palmitos (Vara Única), em que são apelantes Gilson José Guerini e outros, e apelado Ministério Público do Estado de Santa Catarina e outro:

A Quarta Câmara de Direito Público decidiu, por votação unânime, (i) pelo não conhecimento dos recursos interpostos por Retrópio Escavações, Pio Lauschner, Comercial Berti Ltda. e Adriano Berti, por falta de preparo; (ii) pelo provimento dos apelos de Gilson José Guerini, Gelson Luiz Slavieiro, Ivanir Turcato, Construtora Oliveira Ltda. e Leonir José de Oliveira, para excluir qualquer sanção, por ausência de atos de improbidade; (iii) pelo parcial provimento aos inconformismos de Arli Beno Cola, Nédio Peroza, José Valdir Debastiani – ME, José Valdir Debastiani, Darci Lazzaretti, substituído por Zulma Áurea Ávila Lazzaretti e Gabriela Camila Ávila Lazzaretti, para afastar a pena de ressarcimento ao erário e substituí-las, nos termos do item III do deste voto.

O julgamento, realizado no dia 22 de agosto de 2013, foi presidido pelo Exmo. Sr. Des. José Volcato de Souza (com voto) e dele participou o Exmo. Sr. Des. Jaime Ramos.

Funcionou como Representante do Ministério Público a Exma. Sra. Dra. Eliana Volcato Nunes.

Florianópolis, 27 de agosto de 2013.

Júlio César Knoll
RELATOR

RELATÓRIO

Perante a Vara Única da comarca de Palmitos, o Ministério Público do Estado de Santa Catarina, no gozo de suas atribuições constitucionais, promoveu Ação Civil Pública, por ato de improbidade administrativa, em desfavor de Darci Lazzaretti, então prefeito do município de Caibi, Nédio Peroza, então vice-prefeito, Arli Beno Cola, Ivanir Turcato, Gilson José Guerini, Gelson Luiz Slaviero, todos servidores públicos municipais, Cláudio Sesca, então vereador, Soili Maria Hilgert Sesca, Comercial Berti Ltda., Adriano Berti, Retrópio Escavações e Terraplanagens Ltda., Pio Lauschner, José Valdir Debastiani – ME, José Valdir Debastiani, Construtora Oliveira Ltda. e Lenoir José de Oliveira.

Alegou que a Administração Municipal realizou a licitação n. 38/2001, na modalidade convite, para a contratação de 600 horas de retroescavadeira, 300 horas de trator de esteira e 40 horas de caminhão-prancha.

Foram convidadas a participar as empresas Retrópio Escavações e Terraplanagens Ltda., Comercial Berti Ltda., José Valdir Debastiani – ME e Construtora Oliveira Ltda.

A Comissão Permanente de Licitações foi presidida por Constante Gasparin, já falecido, e teve como membros os requeridos Arli Beno Cola e Nédio Peroza.

Sagraram-se vencedoras as empresas Comercial Berti Ltda., para o item das 600 horas de retroscavadeiras, e Construtora Oliveira Ltda., para as 300 horas de trator de esteira e as 40 horas de caminhão-prancha.

Aduziu a ocorrência de inúmeras irregularidades: (i) inabilitação jurídica dos licitantes; (ii) inabilitação fática; (iii) as propostas foram preenchidas ao mesmo tempo e pela mesma pessoa; (iv) Adriano Berti, representante da Comercial Berti Ltda., serviu de “testa-de-ferro” para o vereador Cláudio Sesca, pois este era o verdadeiro proprietário da retroscavadeira, sendo a nota fiscal expedida em nome de sua esposa, Soili Maria Hilgert Sesca; (v) Cláudio Sesca não poderia contratar com o Poder Público, porque era vereador; (vi) superfaturamento dos preços praticados.

Acrescentou que, logo após o término do contrato, o município de Caibi contratou a Comercial Berti Ltda., com dispensa da licitação, amparada no Decreto Municipal n. 07/2002, que reconheceu a situação de emergência.

O processo de dispensa de licitação foi promovido pelos novos membros da Comissão Permanente de Licitação, Ivanir Turcato (presidente), Gilson Guerini e Gelson Luiz Slavieiro.

Na ocasião, foram contratadas 400 horas de serviços de retroscavadeira, ao preço de R\$ 35,00, totalizando R\$ 14.000,00.

Imputou-lhes as condutas do art. 9º, II, art. 10, V e VII, além do art. 11, *caput*, todos da Lei de Improbidade Administrativa.

Preliminarmente, arguiu a inconstitucionalidade incidental do § 2º, do art. 84, do CPP, inserido pela Lei n. 10.628/02.

Requeru, ainda, a indisponibilidade de bens.

Ao final, postulou a anulação dos contratos, indenização por danos morais ao município de Caibi e a condenação por atos de improbidade administrativa.

No prazo das manifestações prévias, sobreveio a notícia do falecimento de Darci Lazzaretti, então prefeito municipal.

Na mesma oportunidade, os requeridos manifestaram pela inclusão do espólio de Constante Gasparin.

Acerca da não inclusão do espólio, manifestou o Ministério Público (fl. 617):

A inclusão do espólio de Constante Gasparin no presente feito nenhum resultado prático trará, além de aumentar o número já grande de demandados. É que, com a morte do agente público, é óbvio, impossível aplicar as sanções administrativas previstas na Lei 8.492/92, como a perda da função pública e suspensão dos direitos políticos.

A reparação do dano, por certo, somente é possível na hipótese do falecido ter deixado bens.

Ora, no caso de Constante Gasparin, não há registro de processo de inventário na Comarca, apesar daqui ter domicílio a representante do espólio. Pior: em uma consulta pelo SAJ, verificou-se que o espólio foi requerido em três ações de cobrança pelo Juizado Especial Civil (046.04.000881-4, 046.05.000716-0 e 046.06.000110-6).

Em relação ao espólio de Darci Lazzaretti, determinou-se a notificação de Zulma Áurea Ávila Lazzaretti, viúva de Darci, e Gabriela Camila Ávila Lazzaretti, filha de Darci.

Ressalta-se que, embora à época do falecimento de Darci Lazzaretti (03.07.2004), Gabriela Camila era menor de idade (nascida em

27.10.1987), esta foi emancipada em 10.08.2004 (fl. 629) e, quando foi notificada (22.06.2007 – fl. 666), já tinha atingido a maioridade.

O município de Caibi requereu sua habilitação como litisconsorte ativo (fl. 504).

Recebida a inicial (fls. 672/678), deferiu-se a quebra do sigilo bancário dos envolvidos e a indisponibilidade dos bens.

Em contestação, os requeridos, em suma, alegaram que não houve qualquer favorecimento nas licitações, prejuízo ao erário, superfaturamento ou a prática de qualquer outro ato ímprobo.

Designada audiência, tomou-se o depoimento pessoal e a oitiva das testemunhas.

Após alegações finais, sobreveio sentença do MM. Juiz de Direito, Dr. Christian Dalla Rosa, que julgou:

Por todo o exposto, JULGO PARCIALMENTE PROCEDENTES os pedidos formulados pelo MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA em face de DARCI LAZZARETTI ARLI BENO COLA, NÉDIO PEROZA, IVANIR TURCATO, GILSON JOSÉ GUERINI, GELSON LUIZ SLAVIERO, CLÁUDIO SESCO, SOILI MARIA HILGERT SESCO, COMERCIAL BERTI LTDA, ADRIANO BERTI, RETROPIO ESCAVAÇÕES E TERRAPLANEGENS LTDA, PIO LAUSCHNER, JOSÉ VALDIR DEBASTIANI – ME, JOSÉ VALDIR DEBASTIANI, CONSTRUTORA OLIVEIRA LTDA e LEONIR JOSÉ DE OLIVEIRA, todos qualificados nos autos, resolvendo o mérito da demanda na forma do art. 269, inciso I, do CPC, para condenar:

a) Arli Beno Cola, Nédio Peroza, Retropio Escavações e Terraplanagens Ltda, Pio Lauschener, José Valdir Debastiani-ME, José Valdir Debastiani, Construtora Oliveira Ltda e Leonir José de Oliveira, devem ser aplicadas as penalidades de: a) ressarcimento ao erário público da quantia de R\$ 38.291,51 (trinta e oito mil duzentos e noventa e um reais e cinquenta e um centavos), atualizados monetariamente desde a propositura da inicial, de forma solidária;

b) proibição de contratar com o Poder Público ou receber incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual sejam sócios majoritários, pelo prazo de cinco anos, prazos esses a contar do trânsito em julgado da presente decisão;

b) Nédio Peroza, Ivanir Turcato, Gilson José Guerini e Gelson Luiz Slaviero, observando os argumentos acima indicados, são aplicadas as seguintes penalidades: a) o ressarcimento ao erário público do valor de R\$ 14.000,00 (quatorze mil reais) atualizados monetariamente desde o ajuizamento da demanda, de forma solidária; b) proibição de contratar com o Poder Público ou receber incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual sejam sócios majoritários, pelo prazo de cinco anos, prazos esses a contar do trânsito em julgado da presente decisão;

c) Darci Lazaretti, o qual é falecido e foi substituído por Gabriela Camila Ávila Lazaretti e Zulma Áurea Ávila Lazaretti, a penalidade de ressarcimento ao erário público do valor de 38.291,51 (trinta e oito mil duzentos e noventa e um reais e cinquenta e um centavos) e R\$ 14.000,00 (quatorze mil reais), quantias atualizadas monetariamente desde o ajuizamento da demanda, de forma solidária com as pessoas retro indicadas;

d) Cláudio Sesca, Soili Maria Hilgert Sesca, Comercial Berti Ltda e Adriano Berti é mais grave, eis que além de causarem prejuízo ao patrimônio público ao burlarem os processos licitatório n. 038/2001 e 05/2002, o mesmos se reuniram para que o vereador Cláudio Sesca contratasse com o Município de Caibi, mesmo estando proibido de tal atividade, razão pela qual devem ser condenados: a) ao ressarcimento do valor de R\$ 38.291,51 (trinta e oito mil duzentos e noventa e um reais e cinquenta e um centavos) e de R\$ 14.000,00 (quatorze mil reais), atualizados monetariamente desde a propositura da inicial, de forma solidária com as pessoas retro indicadas; b) pagamento de multa civil em valor igual ao do dano; c) proibição de contratar com o Poder Público ou receber incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual sejam sócios majoritários, pelo prazo de cinco anos, prazos esses a contar do trânsito em julgado da presente decisão.

Condeno também todos os requeridos, em proporções iguais, no pagamento das custas processuais do presente feito.

Sem honorários.

Irresignados, as partes apresentaram recurso.

Gilson José Guerini, Gelson Luiz Slaviero e Ivanir Turcato nararam que promoveram o processo de dispensa de licitação devido à grave estiagem que assolava o município de Caibi, contratando a empresa Comercial Berti Ltda., porquanto esta já tinha prestado serviços à municipalidade.

Somaram que não houve superfaturamento e não possuíam condições de saber se o real proprietário da máquina, que prestou os serviços, era o vereador Cláudio Sesca (fls. 1725/1749).

Retrópio Escavações e Terraplanagens Ltda. e Pio Lauschner disseram que o fato de não possuírem todo o maquinário para a execução do serviço não caracterizaria ato de improbidade, posto que a Lei de Licitações veda as exigências de propriedade (art. 30, § 6º, da Lei n. 8.666/93).

Alegaram, ainda, que o fato das empresas Retrópio Escavações e Terraplanagens Ltda., Comercial Berti Ltda. e José Valdir Debastini – ME terem solicitado o preenchimento das propostas na mesma data e no mesmo escritório, não configuraria nenhuma ilegalidade (fls. 1751/1754).

José Valdir Debastiani – Me e José Valdir Debastiani manifestaram que apenas participaram da licitação e, devido ao fato de suas propostas serem maiores, não foram vencedores (fls. 1755/1764).

Comercial Berti Ltda. e Adriano Berti, preliminarmente, aduziram que a Ação Civil Pública é inadequada para o fins da inicial.

No mérito, defenderam que eram habilitadas a participar da licitação, uma vez que foi realizada a alteração no contrato social (fls. 1766/1774).

Nédio Peroza, inicialmente, requereu a extinção do feito, por carência de ação, uma vez que estava na condição de agente político, sendo que a Lei n. 8.429/92 não se aplicaria a ele.

Meritoriamente, asseverou que não há provas para a condenação e, ainda, que as sanções impostas são excessivas (fls. 1777/1815).

Construtora Oliveira Ltda. e Lenoir José de Oliveira defenderam a nulidade do processo, por ausência de intimação da expedição das cartas precatórias.

Ato seguinte, apontaram que, dentro dos seis fatos narrados pelo *Parquet*, nada aponta para possíveis ilicitudes cometidas pela empresa (fls. 1821/1836).

Arlí Beno Cola, Zulma Áurea Ávila Lazzaretti, representando o espólio de Darci Lazzaretti, e Cláudio Sesca afirmaram que não houve qualquer ato irregular nas licitações (fls. 1842/1854).

Julgou-se deserta as apelações de Retrópio Escavações, Terraplanagens Ltda., Pio Lauschner, Comercial Berti Ltda. e Adriano Berti, eis que desacompanhadas de preparo (fl. 1857).

Houve contrarrazões às fls. 1858/1889, nas quais foi requerida a manutenção da decisão.

Lavrou parecer pela douda Procuradoria-Geral de Justiça o Dr. Alexandre Herculano Abreu, que opinou pelo provimento do apelo de Construtora Oliveira Ltda. e Lenoir José de Oliveira e pelo desprovimento dos demais recursos.

VOTO

Trata-se de recursos de apelação, interpostos por Gilson José Guerini e outros, lançados em desfavor de sentença, que os condenou por atos de improbidade administrativa.

À fl. 1857, foi julgada deserta as apelações de Retrópio Escavações e Terraplanagens Ltda., Pio Lauschner, Comercial Berti Ltda. e Adriano Berti, posto que estavam desacompanhadas de preparo.

As partes alegaram que, nos termos do art. 18 da Lei n. 7.347/95, não é devido o adiantamento de custas.

É cediço que o benefício da Lei de Ação Civil Pública se aplica tão somente ao autor, devendo, então, os requeridos arcarem com as custas do recurso.

Embora haja entendimento divergente (Autos n. 2012.036305-7, rel. Des. João Henrique Blasi), no sentido de conhecer do apelo, mesmo sem o pagamento das custas, caso exista recurso apelatório de outro requerido, devidamente preparado, vislumbra-se que, devido ao fato do preparo ser requisito objetivo para o conhecimento do inconformismo, sua inexistência acarretará na deserção.

“AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA.

1) RECURSO DE UM DOS RÉUS. NECESSIDADE DE PREPARO. INAPLICABILIDADE DA ISENÇÃO PREVISTA NA LEI N. 7.347/85. DESERÇÃO. APELO NÃO CONHECIDO.

O STJ ‘já assentou que o benefício legal contido na primeira parte do artigo 18 da Lei 7.347/85 (“Nas ações de que trata esta lei, não haverá adiantamento de custas, emolumentos, honorários periciais e qualquer outras despesas”) alcança apenas a parte autora da ação civil pública, não dispensando do preparo do recurso a parte ré’. (AgRg no REsp 1151208/SP, rel. Min. Benedito Gonçalves, Primeira Turma, j. 3-8-2010) (Apelação Cível n. 2009.048990-4, de Sombrio, rel. Des. Paulo Henrique Moritz Martins da Silva, j. em 31.05.2011)”

“Compõe-se do exame e julgamento dos pressupostos ou requisitos de admissibilidade dos recursos: a) cabimento; b) legitimidade recursal; c) interesse recursal; d) tempestividade; e) regularidade formal; f) inexistência de fato impeditivo ou extintivo do poder de recorrer; g) preparo (Nery. Recursos, n. 3.4, p. 252 ss). Julgar a admissibilidade do recurso significa conhecer (juízo positivo) ou não conhecer (juízo negativo) do recurso. [...] O não conhecimento do recurso deve ser proclamado quando for induvidosa a falta de um ou mais pressupostos de admissibilidade dos recursos. [...] (NERY JÚNIOR, Nelson e Rosa Maria de Andrade Nery. Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante. 11ª ed. São Paulo: RT, 2010, p. 846 e 847). (Agravo de Instrumento n. 2010.079496-4, da Capital, rel. Des. José Volpato de Souza, j. em 07.04.2011)” (grifei)

“Administrativo. Ação civil pública por ato de improbidade administrativa. Licitação.

[...]

No ato de interposição do recurso, o recorrente provará, quando exigido pela legislação pertinente, o respectivo preparo, inclusive porte de remessa e de retorno, sob pena de deserção (CPC, art. 511).” (Apelação Cível n. 2008.019730-7, de Anita Garibaldi, rel. Des. Pedro Manoel Abreu, j. em 25.11.2009)

“RECURSOS ESPECIAIS. AÇÃO DE IMPROBIDADE. ART. 10, INCISO XIII, DA LEI Nº 8.429/1992.

[...]

6. O benefício previsto no art. 18 da Lei nº 7.347/1985 restringe-se à parte autora, não aos réus, ausente, ainda, qualquer obrigação legal de intimar o apelante-réu para suprir a inexistência de preparo da apelação. Precedentes (REsp n. 1229847/MS, Min. Castro Meira). (Apelação Cível n. 2012.041813-2, de Campo Belo do Sul, rel. Des. Luiz César Medeiros, j. em 18.03.2013)”

Para evitar qualquer alegação de cerceamento de defesa, destaca-se que o conhecimento dos recursos de Retrório Escavações e Terraplanagens Ltda., Pio Lauschner, Comercial Berti Ltda. e Adriano Berti, em nada alteraria o teor do voto.

A um, porque a preliminar arguida por Comercial Berti Ltda. e Adriano Berti, inadequação da ação civil pública, há muito foi superada pelos julgados desta Câmara de Direito Público.

A dois, porque possível alteração na interpretação dos fatos, aproveitará a todos os requeridos (art. 509 do CPC).

Logo, preenchidos os pressupostos de admissibilidade, a tempo e a modo, conheço dos recursos, com exceção dos apelos de Retrório Escavações e Terraplanagens Ltda., Pio Lauschner, Comercial Berti Ltda. e Adriano Berti.

Inicialmente, destaca-se que a declaração de inconstitucionalidade do § 2º, do art. 84, do CPP, requerida pelo Ministério Público, encontra-se superada, face o julgamento da ADIn n. 2797.

Em relação à inclusão do espólio de Constante Gasparin, as razões do *Parquet* são suficientes para demonstrar a desnecessidade do ingresso.

Além do mais, cabe ao autor da ação de improbidade dizer quem deve constar no polo passivo.

PROCESSUAL CIVIL - LITISCONSÓRCIO NECESSÁRIO - INOCORRÊNCIA A conclusão do autor da ação civil pública de inexistir indícios suficientes que possam legitimar a inclusão de outros possíveis envolvidos na prática do ato tipo por ímprobo, a ausência de argumentos ou provas que infirmem o posicionamento do Ministério Público e a incorrência de algumas das hipóteses descritas no art. 47 do Código de Processo Civil afastam de plano a figura do litisconsórcio necessário. (Agravo de Instrumento n. 2006.037977-6, de Tubarão, rel. Des. Luiz César Medeiros, j. em 13.02.2007)

I) Das preliminares

Antes de adentrar ao mérito, passo à análise das preliminares.

I.I) Da aplicação da Lei n. 8.429/92 aos agentes políticos

O requerido Nédio Peroza defendeu que a Lei n. 8.429/92 não se aplica aos agentes políticos.

Tal entendimento não deve prevalecer.

Em brilhante voto, o qual peço vênia para utilizar nesta decisão, o Exmo. Sr. Des. Newton Janke, discorreu sobre a questão:

De início, cumpre afastar a superada tese de que os agentes políticos somente estariam sujeitos às penalidades contempladas no Decreto-Lei n. 201/67, que define os crimes de responsabilidade.

Embora o Supremo Tribunal Federal tenha firmado entendimento, não unânime, de que os agentes políticos não se sujeitam à penalização por improbidade administrativa, mas, sim, por crime de responsabilidade (Rcl. n. 2.138/DF), essa questão também foi e tem sido objeto de discussão no Superior Tribunal de Justiça, onde se tem entendido que “os prefeitos podem ser processados por seus atos pela Lei nº 8.429/92, eis que não se enquadram entre as autoridades submetidas à Lei n. 1.079/50. O precedente do Supremo Tribunal Federal – Rcl 2.138/RJ – reforça a tese sobre o cabimento da ação de improbidade em face de agente político de qualquer esfera do Poderes da União, Estados e Municípios, ressaltando-se apenas as hipóteses em que houver demanda ajuizada contra Ministros de Estado” (REsp. n. 1.148.996, Rel. Min. Castro Meira, j. em 01.06.2010).

Há diversos precedentes recentes na mesma linha de compreensão, como revelam, a título exemplificativo, as seguintes ementas:

[...]

Releva dizer que o julgamento proferido na Reclamação n. 2.138/RJ não tem qualquer efeito vinculativo e, sendo assim, há plena liberdade para dele discordar.

A Lei n. 8.429/92 veio para cobrar responsabilidade dos agentes públicos e também daqueles que, de qualquer forma, ferem princípios constitucionais e legais, causando ou não lesão ao patrimônio público ou propiciando ou não, enriquecimento ilícito.

A expressão ‘agente público’, neste caso, tem acepção ampla, abrangendo, “todo aquele que exerce, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função” em entidades públicas (Lei n. 8.429/92, art. 2º).

À luz deste conceito, para responder por atos de improbidade basta que o agente esteja na condição de preposto do Estado, exercendo, a qualquer título, função pública, remunerada ou gratuita, transitória ou definitiva, política ou jurídica.

Neste sentido, ensina Fábio Medina Osório, que “[...] deve-se dizer que função pública é expressão abrangente, também, de mandatos eletivos, v. g., Presidência da República, Vereança etc, por evidente. Trata-se de expressão que, por sua amplitude, abarca todo e qualquer cargo público, eletivo ou não, nos termos, aliás, do art. 1º da lei de improbidade” (Improbidade Administrativa, 2ª ed., Síntese Editora, Porto Alegre: 1998, p. 259).

A esse respeito, o posicionamento desta Corte está absolutamente consolidado, como revelam os seguintes paradigmas:

“APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – SENTENÇA QUE EXTINGUIU O FEITO SEM JULGAMENTO DO MÉRITO, ANTE A IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO – EXEGESE DO ART. 2º DA LEI N. 8.429/92 – LEGITIMIDADE PASSIVA AD CAUSAM DO AGENTE POLÍTICO CONFIGURADA – PRECEDENTE DESTA CORTE – RECURSO PROVIDO.

“Não há falar em impossibilidade jurídica do pedido, em sede de ação de improbidade administrativa, com lastro no argumento de que os agentes políticos devem ser processados e julgados por crime de responsabilidade pela suposta prática de ilícitos político-administrativos.

“Muito embora a tese encontre sustentáculo no voto proferido pelo Ministro Nelson Jobim na Reclamação n. 2.138, ainda pendente de apreciação, é inequívoco que o artigo 2º da Lei n. 8.429/92 confere aos agentes políticos legitimidade para figurar no pólo passivo da ação de improbidade administrativa. Vale sempre lembrar que as leis gozam em seu favor, até que judicialmente se diga o contrário, da presunção de constitucionalidade.” (AC n. 2006.043319-7, de Lages, rel. Des. Vanderlei Romer)” (Ap. Cív. n. 2006.045221-4, Rel. Des. Rui Fortes, j. em 31.07.2009).

“AÇÃO CIVIL PÚBLICA – EMISSÃO DE EMPENHOS SUPERFATURADOS – DISPENSA OU INEXIGIBILIDADE DE CERTAME LICITATÓRIO NÃO DOCUMENTADA – ATOS QUE CONFIGURAM IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – LEGITIMIDADE PASSIVA DA EX-PREFEITA MUNICIPAL E DE PREPOSTOS QUE A COADJUVARAM – PROVA DOCUMENTAL BASTANTE PARA CONDENAÇÃO AO RESSARCIMENTO DOS DANOS E À SUSPENSÃO DOS DIREITOS POLÍTICOS – RECURSO PROVIDO EM PARTE.

[...]

Ao Poder Judiciário compete analisar a regularidade formal e a legalidade das contas públicas, sendo defeso o controle judicial sobre o mérito administrativo do ato.

Nos termos do arts. 2º e 3º, da Lei Federal n. 8.429/92, tanto o servidor público quanto o agente político que induzam ou concorram para a prática de ato ímprobo se submetem às disposições e sanções da mencionada Lei. [...] (Ap. Cív. n. 2006.040863-7, Rel. Des. Jaime Ramos, j. em 04.12.2008).

Por conseguinte, arredada a tese de inaplicabilidade da Lei de Improbidade Administrativa ao agentes políticos municipais, cumpre avançar para a essência da controvérsia. (Apelação Cível n. 2010.037957-3, de Ponte Serrada, rel. Des. Newton Janke, j. em 28.02.2012)

I.II) Da ausência de intimação das cartas precatórias

Requereram, Construtora Oliveira Ltda. e Lenoir José de Oliveira, a nulidade da sentença, por ausência de intimação da expedição das precatórias.

A irresignação não merece guarida.

Primeiro, porque os apelantes não manifestaram a dita nulidade em suas alegações finais, que seria o primeiro momento após a produção da prova, operando-se, então, a preclusão.

Segundo, o prejuízo alegado no recurso de apelação é abstrato, posto que não logrou êxito em demonstrar danos concretos, capazes de ceifar os princípios do contraditório e ampla defesa.

No mais, o vasto conjunto probatório dos autos permite chegar a mesma conclusão que se chegaria sem a prova colhida via precatória.

Nessa seara, colhe-se dos julgados da Câmaras de Direito Público deste Tribunal de Justiça:

Não há de se falar em nulidade pela não intimação do procurador do réu acerca da distribuição da carta precatória no juízo deprecado, tendo em vista que, nada obstante se tenha optado pela produção de prova testemunhal, os documentos acostados por ambos os litigantes já se mostram satisfatórios o bastante para o deslinde do feito. (Apelação Cível n. 2008.038857-5, de São José, rel. Des. Sérgio Roberto Baasch Luz, j. em 04.02.2009)

A nulidade consubstanciada na falta de intimação da inquirição de testemunha por carta precatória deve, sob pena de preclusão, ser argüida na primeira oportunidade em que couber à parte falar nos autos (art. 245, do CPC). (Apelação Cível n. 2005.014818-5, de Chapecó, rel. Des. Newton Janke, j. em 26.04.2007)

Findas as considerações iniciais, passo ao mérito.

II) Do mérito

Considerando que a sentença objurgada merece reforma em alguns pontos, subdivido a análise dos recursos.

II.I) Do recurso de Gilson José Guerini, Gelson Luiz Slaviero e Ivanir Turcato

Nos termos da inicial, após ter recebido o último pagamento, a Comercial Berti Ltda. foi novamente contratada pelo município de Caibi.

Dessa vez, a Comissão Permanente de Licitação, presidida por Ivanir Turcato, e tendo como membros Gilson Guerini e Gelson Luiz Slaviero, instaurou o processo de dispensa de licitação n. 005/2002 (fls. 227/228), amparado no Decreto Municipal n. 007/2002 (fl. 271), que reconheceu a situação de emergência em função da estiagem.

Na ocasião, foi firmado o contrato n. 015/2002 (fls. 231/233), com o fito de prestar 400 horas de serviços de retroescavadeira, ao preço de R\$ 35,00 (trinta e cinco reais), totalizando a importância de R\$ 14.000,00 (catorze mil reais).

Foram-lhes imputados atos de improbidade administrativa, em virtude das ilegalidades cometidas quando da realização da licitação n. 38/2001, em que se sagraram vencedores Comercial Berti Ltda. e Construtora Oliveira Ltda.

Os documentos carreados aos autos não negam a emergência da contratação.

Como, infelizmente, ocorre com frequência nos municípios do extremo oeste catarinense, a cidade de Caibi sofria, à época da segunda contratação, com uma forte estiagem.

Em 11.01.2002, o então prefeito em exercício, Nédio Peroza, decretou situação de emergência (Decreto Municipal n. 007/2002 – fl. 271), em todo o território do município de Caibi, em virtude da não ocorrência de chuvas há 90 dias, o que gerou prejuízo à lavoura e à pecuária, fontes da economia local.

A situação de emergência foi homologada pelo então Governador do Estado, juntamente com outros municípios do oeste catarinense (Barra Bonita, Paraíso, São João do Oeste), conforme Diário Oficial (fl. 280).

No mesmo dia, a então comissão instaurou processo de dispensa de licitação n. 005/2002, cujo objetivo era a “contratação de horas máquinas/retroscavadeira para serviços de abertura de fontes para depósito e valas para a canalização de água na área rural do município, devido à estiagem que ocasiona falta d’água às propriedades do interior do município”.

Justificou-se a contratação da empresa Comercial Berti Ltda., pois esta já havia prestado serviços parecidos ao município.

Ademais, o preço ajustado foi o mesmo da primeira licitação, que, como se verá, não há provas suficientes de superfaturamento.

Dessa feita, era lógico pensar que a comissão de licitação contrataria para a execução do trabalho uma empresa que, no passado, prestou tais serviços e, ainda, pelo mesmo preço.

Se houve alguma irregularidade, foi devido ao fato dos apelantes terem escolhido o caminho mais “prático” para a imediata execução dos serviços.

Diferencia-se esta situação da primeira contratação, porquanto na primeira a comissão de licitação teve tempo suficiente para analisar toda a documentação das empresas e, além disso, foi ela própria que escolheu, em ato de total discricionariedade, quem iria participar do certame.

Aqui, os apelantes apenas seguiram o caminho que lhes parecia mais simples, ou seja, contratar a mesma empresa para prestar os serviços de emergência.

Em resumo, não se vislumbra que tal atitude possa ser caracterizada como ato de improbidade administrativa, razão pela qual julgo improcedente a ação em relação aos requeridos Ivanir Turcato, Gilson Guerini e Gelson Luiz Slaviero.

II.II) Do recurso de Construtora Oliveira Ltda. e Lenoir José de Oliveira

Aduziram, os apelantes, que diferentemente dos demais requeridos, a eles não foram descritas qualquer ato que pudesse caracterizar ilegalidades.

Considerando que a própria Procuradoria Geral de Justiça, em parecer lavrado pelo Dr. Alexandre Herculano Abreu, requereu a improcedência da demanda em relação a Construtora Oliveira Ltda. e Lenoir José de Oliveira, utiliza-se daqueles argumentos (fls. 1944/1946):

Todavia, se os elementos dos autos são pródigos em corroborar a tese da inicial em relação aos apelantes acima nominados, o mesmo não se pode dizer em relação à empresa Construtora Oliveira Ltda. e seu representante legal Lenoir José de Oliveira.

Com efeito, da leitura inicial e da prova coligida não se encontra ligação entre as irregularidades e circunstâncias apontadas pelo Ministério Público autor e alguma conduta atribuível às mencionadas pessoas, muito embora esta tenha sido uma das vencedoras da licitação n. 38/2001, juntamente com Comercial Berti Ltda., sendo-lhe adjudicados os serviços de trator de esteira e caminhão-prancha.

Veja-se que a proposta apresentada pela Construtora Oliveira Ltda. por ocasião do mencionado certame, diferentemente das demais, cuja fraude já se demonstrou, não parece ter sido preenchida da mesma forma, com os mesmos sinais e erros, tanto que consta corretamente aposto o valor total dos serviços em relação ao valor unitário (fl. 103).

No que se refere à qualificação técnica, o próprio autor exclui expressamente a mencionada pessoa jurídica da acusação acerca de insuficiência de maquinário para execução dos serviços licitados ao afirmar na inicial que “à exceção de um dos convidados (Construtora Oliveira Ltda), os demais não tinham máquinas para executar todos os serviços objetos da licitação” (fl. 30).

Sob outra ótica, não se demonstrou nos autos eventual superfaturamento dos preços pelos quais a mencionada empresa venceu o convite n. 38/2001.

Assim, ainda que não alegado na petição inicial, contra Construtora Oliveira Ltda. e seu representante legal Lenoir pesa apenas a irregularidade consistente em não constar de seu contrato social os serviços específicos licitados, embora estes sejam afetos ao ramo de construção civil, constando ainda no objeto a prestação de serviços com máquinas rodoviárias (fls. 144/145).

Por certo, a dita irregularidade não tem o condão de caracterizar, por si só, a prática de ato de improbidade administrativa, notadamente quando considerado o entendimento deste egrégia Corte, consoante ilustra o seguinte aresto:

DESCLASSIFICAÇÃO POR IMPERTINÊNCIA DO CONTRATO SOCIAL COM O OBJETO LICITADO (MÓVEIS SOB MEDIDA) - ILEGALIDADE DO ATO - ATESTADO APRESENTADO PELA LICITANTE

QUE CONFIRMA A PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS SEMELHANTES AO OBJETO LICITADO, E QUE FORAM REALIZADOS COM BOM DESEMPENHO - DIREITO LÍQUIDO E CERTO VIOLADO - OFENSA AOS PRINCÍPIOS DA LEGALIDADE, DA ISONOMIA E DA RAZOABILIDADE - SENTENÇA QUE CONCEDEU A ORDEM MANTIDA - FAZENDA PÚBLICA - CUSTAS – ISENÇÃO - LC N. 156/97 - RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

A lei de licitações não exige que no contrato social de uma empresa conste a descrição de todos os objetos por ela comercializados. Tal exigência somente é necessária para comparar o tipo de atividade comercial da empresa licitante com o objeto licitado, sendo irrelevante e descabida a exigência feita na espécie, além de não acarretar qualquer dano ou prejuízo à Administração Pública. (Apelação Cível em Mandado de Segurança n. 2006.017750-5, de Palhoça, rel. Des. Rui Fortes, j. em 02.10.2008)

Destarte, as evidências não são aptas a demonstrar conexão entre os fatos noticiados e alguma conduta ímproba por parte de Construtora Oliveira Ltda. ou Lenoir José de Oliveira, de modo que estes devem ser excluídos da condenação, provendo-se seu apelo.

Assim, tendo em vista todo o exposto pelo Ministério Público de segundo grau, é medida que se impõe julgar improcedente a ação em relação a Construtora Oliveira Ltda. e Lenoir José de Oliveira.

II.III) Dos demais recursos

A análise simultânea dos demais apelos é necessária face o conjunto das ilegalidades que foram cometidas, além do fato delas estarem plenamente conectadas, com o escopo de fraudar a licitação.

Em 15.06.2001, o município de Caibi iniciou o processo de licitação n. 38/2001, na modalidade convite.

A comissão de licitação, presidida por Constante Gasparin, já falecido, tendo como membros os requeridos Arli Beno Cola e Nédio Perroza, convidaram quatro empresas para participar da licitação: Retrópio

Escavações e Terraplanagens Ltda., representada por Pio Laschner; Comercial Berti Ltda., representada por Adriano Berti; José Valdir Debastini – ME, representada por José Valdir Debastini; Construtora Oliveira Ltda., representada por Leonir José de Oliveira.

Em 27.06.2001, a comissão julgou as propostas, declarando vencedoras as empresas Comercial Berti Ltda. e Construtora Oliveira Ltda. (fl. 104).

Em 29.06.2001, o então prefeito municipal, Darci Lazzaretti, também já falecido, homologou o resultado (fl. 106).

Em 02.07.2001, os contratos foram firmados.

Salienta-se que na modalidade convite a unidade administrativa convida no mínimo três interessados em participar da licitação (art. 22, § 3º, da Lei n. 8.666/93).

In casu, a comissão convidou duas empresas que não tinham por objeto social os trabalhos com máquinas rodoviárias.

O objeto da Comercial Berti Ltda. era a “exploração do ramo do comércio de secos e molhados, produtos coloniais, armarinhos e roupas feitas, ferragens, louças o que mais lhe convier” (fl. 150).

Em 20.06.2001, houve alteração contratual, para que constasse: “comércio varejista de móveis, de material de construção, transporte rodoviário de cargas em geral, comércio de compra e venda de madeira, serviços de escavação e terraplanagem” (fl. 148).

A alteração foi registrada na Junta Comercial do Estado de Santa Catarina apenas em 02.08.2001.

José Valdir Debastiani – ME tinha por objeto social os “serviços de reparação, manutenção de veículos automotores, serviços de torno mecânico, comércio a varejo e por atacado de peças e acessórios para veículos automotores” (fl. 140).

Em 20.12.2001, foi alterado para constar como atividade principal a “reparação e manutenção de máquinas e equipamentos de terraplanagem e pavimentação”, sendo a atividade secundária os “serviços de manutenção e reparação de caminhões e tratores, comércio a varejo de peças e acessórios para veículos, terraplanagem e outras movimentações de terra” (fl. 139)

Assim, embora coubesse a comissão escolher as empresas que participariam da licitação e, ainda, analisar os documentos, foram escolhidas duas empresas que não se relacionavam com o serviço a ser exercido.

Acrescenta-se o fato que, com exceção da Construtora Oliveira Ltda., as demais empresas não possuíam todos os equipamentos para a execução dos serviços.

Em que pese a Lei de Licitações vedar as exigências de propriedade e de localização prévia, as empresas devem possuir as exigências mínimas.

Art. 30. A documentação relativa à qualificação técnica limitar-se-á a:

[...]

§ 6o As exigências mínimas relativas a instalações de canteiros, máquinas, equipamentos e pessoal técnico especializado, considerados essenciais para o cumprimento do objeto da licitação, serão atendidas mediante a apresentação de relação explícita e da declaração formal da sua disponibilidade, sob as penas cabíveis, vedada as exigências de propriedade e de localização prévia.

Por fim, somou o Ministério Público que as propostas das empresas Retrópio Escavações e Terraplanagens Ltda., Comercial Berti Ltda. e José Valdir Debastiani – ME foram preenchidas no mesmo dia, 21.06.2001, e pela mesma pessoa.

Tal fato é facilmente comprovado com a análise das propostas, anexadas às fls. 94, 97 e 100.

Em depoimento judicial, Canísio Muller, proprietário de um escritório de contabilidade, disse que sua empresa fez o preenchimento das propostas de licitação, fato que foi corroborado pelos requeridos.

Outro ponto fundamental da peça inicial é o suposto superfaturamento dos preços.

Narrou, o Ministério Público, que o preço de R\$ 35,00 da hora/máquina de retroescavadeira, como o da vencedora Comercial Berti Ltda., era muito superior aos demais contratos análogos.

Disse que o município de Palmitos contratou a hora/máquina, de outra empresa, por R\$ 24,99, e, no ano de 2002, contratou por R\$ 30,90.

Não obstante seja visível a diferença descrita, não logrou êxito o autor em comprovar, cabalmente, que houve superfaturamento.

Em suas defesas, os requeridos trouxeram informações de outros contratos, firmados entre diferentes entes públicos (DEINFRA, CASAN, município de Águas Frias, Cunhataí, São João do Oeste, Seara), cujos valores ficaram entre R\$ 35,00 e R\$ 40,00.

Colhe-se do depoimento de Paulo Roberto Bertolin (fl. 1233):

[...] que o depoente possuía uma retroescavadeira mas não participou do certame; que à época entre 2000/2002 o depoente cobrava R\$ 38,00/hora de trabalho com a máquina [...] que o valor supra mencionado era para serviços esporádicos; que de acordo com o número de horas contratadas era viável a redução do preço.

Em sede de alegações finais, o Ministério Público aduziu que os documentos às fls. 471/500, carreados pelos apelantes, não demonstra-

ram a ausência de superfaturamento, pois não detalharam quais serviços foram prestados.

Contudo, ressaltando o respeitável trabalho do representante do *Parquet*, caberia a ele comprovar, indubitavelmente, a ocorrência do preço maior.

Todavia, não há nos autos provas que possam garantir, categoricamente, a afirmação.

Alegaram, os apelantes, que cada uma das ilegalidades, isoladamente, poderiam ser caracterizadas como mera irregularidade e não configuraria ato ímprobo.

Entretanto, não é o caso.

Ao analisar todo o conjunto probatório, a sequência dos fatos narrados, a participação de cada requerido e os documentos anexados, restou claro que houve a intenção de burlar o processo licitatório.

Por fim, destaca-se a responsabilidade do então prefeito, Darci Lazzaretti, já que, além de nomear a comissão de licitação, agiu com total desrespeito aos princípios constitucionais da Administração Pública.

Nos termos da sentença objurgada:

A licitação caracteriza-se como um conjunto de atos administrativos praticados de forma ordenada e sucessiva que objetivam estabelecer a irrestrita igualdade entre os participantes (princípio constitucional da isonomia), bem como a obtenção da proposta mais vantajosa em razão de um negócio jurídico pretendido pela Administração Pública.

O agente político (Prefeito), no uso de suas atribuições administrativas e de ordenador de despesas, possui não só o dever, mas a obrigação de pautar-se por uma conduta leal, confiável, e velar pela estrita observância dos princípios constitucionais (art. 37, *'caput'*, da CF), cuja conduta deve ser determinante para o Poder Público e indicativa para os particulares.

[...]

Logo, a ausência de boa-fé objetiva no comportamento comissivo dos réus, diante da violação ao princípio da isonomia, frustrando o caráter competitivo da licitação e impedindo que a Administração Pública pudesse obter uma proposta mais vantajosa em razão de um negócio jurídico, com a devida vênia, constitui elemento subjetivo caracterizador de ato de improbidade administrativa definido no ‘*caput*’ do artigo 11 da Lei 8.429/94, independentemente da produção de prova do resultado lesivo ao patrimônio público.

Nesse norte, manifesta-se a jurisprudência:

ACÇÃO CIVIL PÚBLICA - LICITAÇÃO - PROVA DOCUMENTAL - CULPA SOLIDÁRIA.

[...]

O Prefeito Municipal à época dos fatos, por ter assinado as notas de empenho, na qualidade de ordenador das despesas, autorizando o pagamento incorreto, torna-se solidariamente responsável pelo ressarcimento ao Erário, juntamente com aqueles que se beneficiaram de tais verbas. É a configuração de sua culpa in vigilando e in eligendo. (Apelação Cível n. 1997.006934-0, de Anita Garibaldi, rel. Des. Volnei Carlin, j. em 19.12.2002)

Demonstrada a conduta do então prefeito municipal, da comissão de licitação e das empresas envolvidas, representadas por seus sócios-gerentes, é medida que se impõe a condenação.

II.III.I) Da utilização de “testa-de-ferro”

O Ministério Público noticiou que Adriano Berti, representante da Comercial Berti Ltda., foi usado como “testa-de-ferro”, para o seu tio, o então vereador Cláudio Sesca.

Sobre a fraude, narrou que (fls. 32/33):

Para comprovar a propriedade da retroescavadeira que executou os serviços objeto da licitação, Adriano Berti apresentou à Comissão Parlamentar de Inquérito a nota fiscal avulsa n. 704012, emitida em 02.07.01 (posterior à licitação), por Jean Fernando Longen, de Agrolândia – SC. Pelo documento fiscal, a Comercial Berti Ltda. teria adquirido por R\$ 40.000,00, “uma retroescavadeira 580H características Estander Série JHF-005452, ano 92” (fl. 178).

Descobriu-se, no entanto, que Cláudio Sesca também adquiriu, do mesmo vendedor (Jean Fernando Longen) e na mesma data (02.07.01), uma retroescavadeira com características idênticas àquela comprada pela Comercial Berti Ltda., inclusive série e ano, pelo preço de R\$ 45.000,00. É o que se observa na nota fiscal avulsa n. 704013, juntada à fl. 197.

Esta segunda máquina adquirida foi financiada junto ao Banco Bradesco S/A, agência de Caibi (o que explica a nota fiscal em valor maior), em nome da requerida Soili Maria Hilgert Sesca, esposa de Cláudio Sesca (fl. 196).

Cláudio Sesca defendeu que não se trata da mesma máquina e que o fato de ter feito o financiamento de uma retroescavadeira, não comprova que a mesma foi utilizada pela Comercial Berti Ltda.

Entretanto, o depoimento do vendedor Jean Fernando Logen, prestado perante o Ministério Público (fl. 270) e confirmado em depoimento judicial (fl. 1392), demonstra, claramente, a intenção de fraudar a licitação.

Destarte, bem analisou o Magistrado sentenciante ao comparar o depoimento prestado e as provas documentais dos autos (fls. 1709/1712):

O representante da pessoa jurídica Comercial Berti Ltda, Adriano Berti, é sobrinho de Cláudio Sesca, mas o parentesco é somente um indício do conluio entre as duas pessoas retro citadas.

Para executar os serviços contratados através da Licitação n. 38/2001 e Processo de Dispensa de Licitação n. 005/2002, a pessoa jurídica Comercial

Berti Ltda utilizou a retroescavadeira modelo 580H, série n. JHF-005452, ano 1992, documento fiscal de fl. 224, emitido por Jean Fernando Logen, de Agrolândia (SC), a qual foi adquirida pelo vereador Cláudio Sesca, conforme depoimento de Jean Fernando Logen (fls. 270 e 1.392):

“...o declarante era proprietário de uma retroescavadeira, a qual havia adquirido junto à empresa Motormaq, situada nas margens da BR 101, na cidade de São José; que cerca de seis meses após, o declarante colocou o equipamento à venda, também junto à empresa Motormaq; que cerca de trinta dias após, a referida empresa intermediou a venda da máquina para uma pessoa de nome Cláudio Sesca, da cidade de Caibi; que após a venda, a Motormaq mandou buscar a máquina na casa do declarante, em Agrolândia; que na oportunidade, veio junto buscar o equipamento o Sr. Cláudio Sesca; que foi emitida uma nota fiscal avulsa, não lembrando o declarante em nome de quem; que o comprador financiou a máquina; tendo o declarante recebido o dinheiro através de sua conta poupança no banco do Brasil; que cerca de quinze dias após, o Sr. Cláudio Sesca ligou para o declarante pedindo a expedição de outra nota fiscal, alegando que necessitava para conseguir o financiamento, tendo o declarante atendido o pedido do Sr. Cláudio Sesca, emitindo segunda nota fiscal; que o Sr. Cláudio Sesca mencionou que estava comprando o equipamento em sociedade com um parente seu; que a negociação inicial foi feita com a Motormaq, que intermediou a venda (vendedor Guedes); que os contatos que teve com Cláudio foi quando veio buscar a máquina e quando o mesmo telefonou pedindo para emitir a segunda nota fiscal; que a máquina foi transportada de caminhão direto de Agrolândia para Caibi; sendo que foi o próprio Cláudio Sesca quem trouxe o caminhão com um motorista; que não houve qualquer contrato escrito, sendo as notas fiscais os únicos documentos emitidos; que o declarante reafirma que possuía apenas uma máquina; que a máquina foi vendida por R\$ 40.000,00 (quarenta mil reais); que o declarante recebeu todo o valor através de sua conta poupança no Banco do Brasil de Agrolândia; que metade do valor veio cerca de quinze dias depois da venda e a outra metade demorou mais uns quinze dias; que o declarante emitiu as duas notas fiscais de boa-fé, a pedido do Sr. Cláudio Sesca, o qual disse que necessitava fazer o financiamento no banco; que o declarante não recorda a ordem de emissão das notas, se primeiro para Cláudio Sesca ou Comercial Berti Ltda...”

Portando, a nota fiscal avulsa apresentada por Adriano Berti à Comissão Parlamentar de Inquérito (fl. 224 – n. 704012) se refere à mesma retroescavadeira descrita na nota fiscal avulsa apresentada pelo vereador Cláudio Sesca (fl. 243 – n. 704013).

Importante ressaltar que o modelo e o número de série da máquina (580H – JHF-0005452) é o mesmo nos dois documentos fiscais, o que se coaduna com o depoimento de Jean Fernando Longen, retro citado.

A pessoa jurídica Comercial Berti Ltda e seu representante legal (Adriano Berti) passaram a ser testas-de-ferro do requerido Claudio Sesca, e, obviamente, consentiram com a prática da fraude, absolutamente cientes da ilegalidade do ato que estavam praticando. Dessa forma, acobertado pela existência de uma empresa registrada em nome de terceiros, mas utilizando uma máquina pertencente de fato a si, o requerido Claudio Sesca contratou e prestou serviços ao Município de Caibí.

Aparentemente a conduta travestia-se de legalidade. Entretanto, tudo não passava de expediente cuidadosamente arquitetado, visando o benefício pessoal, ao arrepio da legislação em vigor.

A versão apresentada na inicial representa a realidade dos fatos, sendo que qualquer outra interpretação escapa ao crivo da razoabilidade, do sensato e do aceitável.

Assim, o réu Claudio Sesca, no exercício de sua função pública de vereador do município de Caibí, auferiu vantagem ilícita, porquanto proibida pelo ordenamento jurídico regente. Os réus Comercial Berti Ltda e Adriano Berti possibilitaram a obtenção da vantagem ilegal.

A conduta da requerida Soili Maria Hilgert Sesca consistiu em receber em sua conta bancária os valores transferidos pela pessoa jurídica Comercial Berti Ltda, os quais correspondem a parte dos montantes pagos pelo Município de Caibí pelos serviços de retroescavadeira.

É o que se extrai de uma análise dos documentos de fls. 842-851 e 883-885, que tratam das movimentações financeiras das contas n. 6.715-6, agência n. 3.735-4, do Banco do Brasil (titular Comercial Berti Ltda) e da conta n. 12.76102, agência n. 0761-7, do Banco Bradesco (titular Soili Maria Hilgert Sesca).

Os pagamentos efetuados pelo Município de Caibí à Comercial Berti consistiram em 4 (quatro) depósitos na conta de sua titularidade (retro citada), no valor de R\$ 6.755,00, em 06/08/2001 (fl. 119), no importe de R\$ 6.436,79, em 13/09/2001 (fl. 125), no montante de R\$ 3.230,64, na data de 11/12/2001 (fl. 131) e, no total de R\$ 3.769,08, em 26/12/2001 (fl. 136).

De outro lado, verifica-se que no mesmo dia ou nos dias seguintes a prestadora dos serviços repassava parte das quantias recebidas para a conta bancária da requerida Soili, retro citada, como, por exemplo, ocorreu nos dias 09/08/2001, depósito no valor de R\$ 1.300,00 e no dia 13/08/2001, o montante de R\$ 1.000,00 (fls. 842-844 e 883-885).

Presente está na conduta dos réus o elemento subjetivo da improbidade: na medida em que houve fraude, houve dolo direcionado à obtenção da vantagem indevida. A voluntariedade do agente público direcionada à prática de ato vedado pelo ordenamento jurídico é patente.

Frisa-se que era vedado a Cláudio Sesca, devido a seu cargo de vereador, contratar com o Poder Público municipal, conforme art. 16 e art. 17, da Lei Orgânica do município de Caibi.

Por fim, resta comprovado que Adriano Berti serviu para que Cláudio Sesca contratasse com o Poder Público, tendo este utilizado da esposa, Soili Maria Hilgert Sesca, para justificar a aquisição da retroescavadeira.

III) Das penas

Diante da nova interpretação dos fatos, é mister adequar as sanções impostas.

Como visto alhures, não foi comprovado o superfaturamento, o que impede a condenação em ressarcimento aos cofres públicos, sob pena de enriquecimento ilícito, pois, embora a licitação tenha sido fraudada, presume-se que os trabalhos foram prestados de maneira satisfatória, eis que não existe nos autos prova em contrário.

ACÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. DISPENSA DE LICITAÇÃO. CONTRATAÇÃO FRAGMENTADA PARA O MESMO OBJETO. OFENSA À LEI DE LICITAÇÕES. ILEGALIDADE CONFIGURADA. RESSARCIMENTO DE DANOS. DESCABIMENTO. SERVIÇOS EFETIVAMENTE EXECUTADOS. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO AO ERÁRIO MUNICIPAL. ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA REENQUADRADO NO ART. 11 DA LEI Nº 8.429/92. APLICAÇÃO E ADEQUAÇÃO DAS SANÇÕES DO ART. 12, INCISO III DA LEI Nº 8.429/92. AUSÊNCIA DE PROVA DE PARTICIPAÇÃO DA EMPREITEIRA E DE SEUS SÓCIOS. IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO EM RELAÇÃO A ELES. FALECIMENTO DE UM DOS RÉUS. INTRANSMISSIBILIDADE DAS PENAS AOS SEUS SUCESSORES.

1. A contratação fragmentada para a prestação de serviços com o mesmo objeto, com o escopo de obviar o necessário processo de licitação, traduz conduta ilegal e típica de ato de improbidade administrativa.

2. Inexistindo provas de superfaturamento do valor contratado e recebido e tendo o serviço sido regularmente prestado, não há falar em prejuízo ao Erário e, conseqüentemente, no dever de ressarcimento, sob pena de enriquecimento sem causa da Administração.

3. Não podem ser responsabilizados por improbidade administrativa os beneficiários do ato sem prova consistente de que para ele concorreram.

4. “Consoante o art. 8º da Lei de Improbidade Administrativa, a multa civil é transmissível aos herdeiros, “até o limite do valor da herança”, somente quando houver violação aos arts. 9º e 10º da referida lei (dano ao patrimônio público ou enriquecimento ilícito), sendo inadmissível quando a condenação se restringir ao art. 11” (REsp n. 951.389, Rel. Min. Herman Benjamin). (Apelação Cível n. 2008.061488-9, de São Joaquim, rel. Des. Newton Janke, j. em 13.03.2012) (grifei)

Ao aplicar as sanções da Lei de Improbidade Administrativa, deve-se priorizar a conduta e a responsabilidade de cada um dos envolvidos.

GRADAÇÃO DAS PENALIDADES - PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

Ao decidir pela aplicação isolada ou conjunta das penalidades estatuídas na Lei 8.492/92, art. 12, I, II e III, o juiz, independentemente da estima pecuniária, deve estar atento à intensidade da ofensa aos valores sociais protegidos pela ordem jurídica e às circunstâncias peculiares do caso concreto, dentre elas, o grau de dolo ou culpa com que se houve o agente, seus antecedentes funcionais e sociais e as condições especiais que possam ensejar a redução da reprovabilidade social, tais como, aspectos culturais, regionais e políticos, contexto social, necessidade orçamentária, priorização de determinados atos, clamor da população, conseqüências do fato, etc. (Apelação Cível n. 2008.018895-1, de Jaraguá do Sul, rel. Des. Luiz César Medeiros, j. em 29.04.2009)

Nesse sentido, reforma-se o dispositivo da sentença objurgada, para condenar:

(i) Arli Beno Cola e Nédio Peroza, cada um, ao pagamento de multa civil, fixada no valor de 02 (duas) vezes da remuneração à época dos fatos, além da proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de 03 (três) anos;

(ii) Darci Lazzaretti, substituído por Zulma Áurea Ávila Lazzaretti e Gabriela Camila Ávila Lazzaretti, na mesma pena o item “I”, o que fica prejudicado, em virtude de seu falecimento e pelo fato de não ser transmissível a multa, conforme julgado acima colacionado, face seu caráter pessoal e não de ressarcimento;

(iii) Retróprio Escavações e Terraplanagens Ltda. e Pio Lauschner, solidariamente, ao pagamento de multa civil, no valor de 02 (duas) vezes a maior remuneração dos membros da comissão de licitação, à época dos fatos, além da proibição de contratar com o Poder Público ou receber

benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de 03 (três) anos;

(iv) José Valdir Debastiani – Me e José Valdir Debastiani, solidariamente, nas sanções descritas no item “III”;

(v) Comercial Berti Ltda. e Adriano Berti, solidariamente, ao pagamento de multa civil, no valor de 05 (cinco) vezes a maior remuneração dos membros da comissão de licitação, à época dos fatos, além da proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de 05 (cinco) anos;

(vi) Cláudio Sesca e Soili Maria Hilgert Sesca, cada um, ao pagamento de multa civil, no valor de 05 (cinco) vezes a remuneração recebida como vereador, à época dos fatos, além da proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de 05 (cinco) anos.

IV) Dispositivo

Diante do exposto, voto pelo não conhecimento dos recursos interpostos por Retrório Escavações, Pio Lauschner, Comercial Berti Ltda. e Adriano Berti, conhecendo dos demais.

Voto ainda, pelo provimento dos apelos de Gilson José Guerini, Gelson Luiz Slavieiro, Ivanir Turcato, Construtora Oliveira Ltda. e Leonir José de Oliveira, para excluir qualquer condenação por ato de improbidade administrativa, determinando o imediato levantamento dos seus bens em indisponibilidade, salvo se indisponíveis por outro motivo.

Por fim, dou parcial provimento aos inconformismos de Arli Beno Cola, Nédio Peroza, José Valdir Debastiani – ME, José Valdir Debastiani, Darci Lazzaretti, substituído por Zulma Áurea Ávila Lazzaretti e Gabriela Camila Ávila Lazzaretti, para afastar a pena de ressarcimento ao erário e substituí-las, conforme descrito no item acima.

JURISPRUDÊNCIA
PENAL

SEÇÃO CRIMINAL

EMBARGOS INFRINGENTES

Embargos Infringentes n. 2013.005168-1, da Capital

Relator: Des. Carlos Alberto Civinski

PENAL. EMBARGOS INFRINGENTES PARCIAIS (CPP, ART. 609, PARÁGRAFO ÚNICO). DIVERGÊNCIA EM RELAÇÃO AO ENQUADRAMENTO JURÍDICO DA CONDUCTA DE DESCUMPRIMENTO DE MEDIDA PROTETIVA DE URGÊNCIA. FATO TÍPICO. NATUREZA JURÍDICA DA PRISÃO CAUTELAR. EFETIVIDADE E COERCIBILIDADE DAS DECISÕES JUDICIAIS. CONFIGURAÇÃO DE CRIME DE DESOBEDIÊNCIA (CP, ART. 330). ACÓRDÃO MANTIDO.

- A prisão preventiva não constitui sanção penal, mas medida cautelar.
- O agente que, devidamente intimado, descumpra medida protetiva de urgência (Lei 11.340/2006, art. 18, I), pratica o crime previsto no art. 330 do Código Penal.
- Parecer da PGJ pelo conhecimento e provimento do recurso.
- Recurso conhecido e desprovido.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Embargos Infringentes n. 2013.005168-1, da comarca da Capital (Juizado de Violência Doméstica Contra A Mulher), em que é embargante Lúcio Batista Lino, e embargado Ministério Público do Estado de Santa Catarina:

A Seção Criminal decidiu, por unanimidade, conhecer do recurso e, por maioria de votos, negar-lhe provimento. Vencidos no ponto o Exmo. Des. Torres Marques, Des. Jorge Schaefer Martins, Des. Ricardo Roesler e Des. Cinthia B. Da S. B. Schaefer. Custas legais.

Tomaram parte no julgamento, realizado nesta data, os Excelentíssimos Desembargadores Carlos Alberto Civinski, - Relator, Ricardo Roesler, Rodrigo Collaço, Sérgio Rizelo, Newton Varella Júnior, Cinthia Beatriz da Silva Bittencourt Schaefer, Torres Marques, Alexandre d'Ivanenko, Moacyr de Moraes Lima Filho, Jorge Schaefer Martins, Marli Mosimann Vargas e Paulo Roberto Sartorato. Funcionou como Representante do Ministério Público o Exmo. Sr. Dr. Paulo Roberto Speck.

Florianópolis, 31 de julho de 2013.

Carlos Alberto Civinski
RELATOR

RELATÓRIO

Recurso: Trata-se de embargos infringentes opostos por Lúcio Batista Lino, com fulcro no parágrafo único do art. 609 do Código de Processo Penal, contra acórdão lavrado nos autos da Apelação Criminal 2012.076252-3 pela Terceira Câmara Criminal deste Tribunal, de relatoria do Des. Alexandre d'Ivanenko e com voto do Des. Moacyr de Moraes Lima Filho (fls. 144-154).

Acórdão impugnado: A Terceira Câmara Criminal negou provimento ao recurso e, por conseguinte, manteve a condenação do apelante pela prática do crime de desobediência previsto no art. 330 do Código Penal. Vencido o Des. Torres Marques, que considerou a conduta atípica, pois a prisão preventiva constitui uma sanção para o descumprimento da medida protetiva.

Razões dos embargos infringentes: O embargante sustentou às fls. 156-161 que:

a) já existe uma sanção específica para o descumprimento da medida, de modo que a conduta é atípica;

b) o Ministério Público não tem interesse de agir, pois a prisão preventiva já é o instrumento adequado e útil para tornar efetivas as medidas de proteção preconizadas na Lei 11.340/2006.

Requeru o conhecimento e provimento do recurso para que seja reconhecida a atipicidade da conduta.

Admissibilidade do recurso: preenchidos os requisitos de admissibilidade houve a admissão do recurso (fl. 164).

Parecer da Procuradoria-Geral de Justiça: o Procurador de Justiça Odil Cota opinou pelo conhecimento e provimento do recurso (fls. 167-170).

Este é o relatório.

VOTO

Conforme decisão de fl. 164, o recurso preenche os pressupostos e requisitos de admissibilidade, motivo pelo qual se analisa a questão de fundo.

Dito isso, é cediço que “*a oposição dos embargos infringentes devolve ao órgão competente o conhecimento da matéria que porventura tenha sido objeto de divergência no julgamento do recurso anterior - à vista disso, a devolução poderá ser total ou parcial, sendo neste último caso limitada pelo voto vencido*” (GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance. Recursos no processo penal. 7.ed. São Paulo: RT, 2011, p. 170).

Importa saber qual o enquadramento jurídico da conduta de quem descumpre medida protetiva imposta nos termos da Lei 11.340/2006.

Nos termos da divergência instaurada, deve-se definir se a conduta constitui o crime de desobediência previsto no art. 330 do Código Penal ou conduta atípica.

A respeito do crime de desobediência, a doutrina pátria amplamente majoritária sustenta que “inexiste desobediência se a norma extrapenal, civil ou administrativa, já comina uma sanção sem ressaltar sua cumulação com a imposta no art. 330 do CP” (JESUS, Damásio de. Direito Penal. 15 .ed. São Paulo: Saraiva, 2009, v.4. p. 225). No mesmo sentido: Fernando Capez (Curso de Direito Penal. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. V.3. p. 496); Paulo José da Costa Júnior (Código Penal Comentado. 9. ed. São Paulo: DPJ Editora, 2007, p. 1020); Guilherme de Souza Nucci (Código Penal Comentado. 11. ed. São Paulo: RT, 2012, p. 1190); Rogério Greco (Código Penal Comentado. 6. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2012, p. 991); Celso Delmanto, Roberto Delmanto, Roberto Delmanto Júnior, Fabio M. de Almeida Delmanto (Código Penal Comentado. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 937); Mirabete (Manual de Direito Penal. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2011. v. 3. p. 330/331).

Logo, para que se possa considerar a conduta daquele que descumpre medida protetiva típica será necessário não só o preenchimento das elementares do art. 330 do Código Penal, bem como a inexistência de sanção específica prevista em outra norma.

O eminente Des. Torres Marques considerou que a prisão preventiva constitui sanção imposta ao descumprimento, o que acarreta a atipicidade do tipo, vejamos:

Dissenti, em parte, da douta maioria por entender que o descumprimento da medida protetiva imposta em razão da Lei n. 11.340/06 (Lei Maria da Penha) é atípica, porque possui sanção própria, qual seja, a decretação de prisão preventiva do agente.

É cediço que o desrespeito à ordem judicial emanada por autoridade competente somente consiste em crime de desobediência quando não há quaisquer outras sanções civis ou administrativas, salvo expressa ressalva.

Nesse contexto, o art. 313, III, do Código de Processo Penal dispõe que será decretada prisão preventiva àquele que desobedecer medida protetiva emanada em razão de violência doméstica e familiar contra a mulher.

Sobre o assunto, colhe-se da jurisprudência pátria:

APELAÇÃO CRIMINAL. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA. DESOBEDIÊNCIA POR DESCUMPRIMENTO DE MEDIDA PROTETIVA. ATIPICIDADE. ABSOLVIÇÃO QUE SE IMPÕE. O descumprimento de medida protetiva não configura o crime de desobediência. Isso porque o Código de Processo Penal prevê a prisão preventiva como forma de garantir o cumprimento das medidas protetivas (art. 313, inciso III, do CPP), sem que seja reconhecida a prática criminosa. Atipicidade reconhecida. Precedentes da Câmara. Absolvição impositiva. (TJRS, Apelação Crime n. 70047827084, de Montenegro, rel. Des. Francesco Conti, Terceira Câmara Criminal, j. 24/5/2012).

Na mesma linha:

PENAL - VIOLÊNCIA DOMÉSTICA - DESCUMPRIMENTO DE MEDIDA PROTETIVA - CONDUTA PENALMENTE ATÍPICA - CRIME DE AMEAÇA - CONDENAÇÃO. I. O descumprimento de decisão judicial proferida em medidas protetivas de urgência é atípica na esfera criminal. O legislador foi silente quanto à responsabilização penal e a Lei Maria da Penha, no artigo 22, § 4º, possibilita ao Juiz aplicar os §§ 5º e 6º do artigo 461 do CPC (TJDFT, Apelação Criminal n. 20110310150402, de Ceilandia, rela. Des. Sandra de Santis, Primeira Turma Criminal, j. 17/5/2012).

E, ainda:

APELAÇÃO CRIMINAL - LEI N. 11.340/06 - ARTS. 147 E 330 - CP RECURSO DA DEFESA - CRIME DE DESOBEDIÊNCIA - DESCUM-

PRIMENTO DE MEDIDA PROTETIVA - ATIPICIDADE - ABSOLVIÇÃO - POSSIBILIDADE [...] Como de fato, de acordo com a doutrina e jurisprudência dominantes, salvo previsão expressa, se pela desobediência de alguma ordem judicial houver sanção específica prevista em lei, não restará caracterizado o crime de desobediência. Nessa esteira, no caso está configurada a hipótese de atipicidade da conduta, ante a inexistência de previsão legal para a aplicação cumulativa das sanções previstas no Código Penal, nas hipóteses de descumprimento das medidas preventivas impostas com base na lei extravagante. (TJMG, Apelação Criminal n. 1.0408.10.002126-5/001, de Matias Barbosa, rel. Des. Paulo César Dias, Terceira Câmara Criminal, j. 30/8/2011).

Assim, a existência de sanção processual prevista para o ato praticado pelo apelante, bem como a ausência de ressalva expressa de cumulação da sanção penal e extrapenal, tornam imperiosa a absolvição do agente quanto ao crime de desobediência.

Entendo que a resolução da questão reside na análise da natureza jurídica da prisão preventiva.

Isso porque o entendimento doutrinário dominante sustenta que a existência de outra sanção exclui a própria tipicidade do crime de desobediência.

Tourinho Filho conceitua a prisão preventiva como:

espécie do gênero 'prisão cautelar de natureza processual'. É medida restritiva da liberdade determinada pelo Juiz, nos crimes dolosos, em qualquer fase do inquérito (se houver pedido nesse sentido) ou da instrução criminal, como medida cautelar, seja para garantir eventual execução da pena, seja para preservar a ordem pública, ou econômica, seja por conveniência da instrução criminal (Processo Penal. 34. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. v. 3. p. 543)

Paulo Rangel compartilha no mesmo ponto de vista:

A prisão preventiva prevista nos arts. 311 usque 316 é uma modalidade de prisão cautelar de natureza processual e deve sempre (e unicamente) ser decretada pelo juiz (característica da jurisdicionalidade) (Direito Processual Penal. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 777).

Para Jorge Schaefer Martins:

Pode ser definida como o instrumento posto à disposição do Estado-Juiz, a fim de que ele, no exercício da atividade jurisdicional, sendo competente para o conhecimento e eventual julgamento do fato em tese criminoso, analisando o caso concreto, utilizando-se da prerrogativa de discricionariedade que lhe é conferida, possa vir a determinar o encarceramento do agente (Prisão Provisória. Curitiba: Juruá, 2011, p. 86)

Enfim, pode-se afirmar que a doutrina é uniforme ao classificar a prisão preventiva como prisão provisória, ou seja, reveste-se de natureza meramente acautelatória.

A doutrina, ao discorrer sobre o crime de desobediência, cita como exemplo o art. 219 do Código de Processo Penal, segundo o qual:

O juiz poderá aplicar à testemunha faltosa a multa prevista no art. 453, sem prejuízo do processo penal por crime de desobediência, e condená-la ao pagamento das custas da diligência.

Ou seja, as sanções a que se refere a doutrina, ao comentar o art. 330 do Código Penal, dizem respeito ao próprio direito material, ou seja, fala-se da imposição de multa ou pena privativa de liberdade ou restritiva de direitos.

Não é possível inserir a prisão cautelar nessa modalidade, por não guardar a natureza de sanção haja vista a essência estritamente cautelar.

Pode-se ver que a doutrina é uníssona ao assentar que a prisão preventiva não constitui uma sanção penal, mas sim uma medida de natureza cautelar.

Com isso, pergunta-se: o fato da prisão preventiva, em caso previsto na Lei 11.340/2006, poder ser aplicada após o descumprimento de uma medida protetiva, modifica sua natureza jurídica?

A resposta é desenganadamente negativa.

A progressividade da prisão preventiva não lhe retira a natureza cautelar.

O fato do magistrado ir graduando as medidas protetivas aplicadas não autoriza que se reconheça a imposição de uma sanção, considerada a acepção técnica, mas apenas que ponderou as circunstâncias do caso concreto e efetivou a medida cautelar necessária e adequada para fazer cessar a suposta agressão.

Aury Lopes Júnior afasta o caráter penal da prisão preventiva ao assentar que:

Somente com a estrita observância desses princípios, especialmente com a verdadeira provisoriedade, excepcionalidade e proporcionalidade da prisão preventiva, é que ela poderá estar constitucionalmente legitimada. Do contrário, é uma medida substancialmente inconstitucional, pois constituirá antecipação de pena, desproporcional e desnecessária (Direito Processual Penal e sua conformidade constitucional. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. v. 2. p. 100).

Abonando a tese de que há o crime de desobediência previsto no art. 330 do Código Penal temos precedentes das 1ª, 3ª e 4ª Câmaras desta Corte:

PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME CONTRA A LIBERDADE INDIVIDUAL. AMEAÇA PRATICADA NO ÂMBITO DA UNIDADE DOMÉSTICA (CP, ART. 147 C/C LEI 11.340/2006, ARTS. 5º, I, E 7º, II). CRIME CONTRA A ADMINISTRAÇÃO EM GERAL. DESOBEDEIÊNCIA (CP, ART. 330). SENTENÇA CONDENATÓRIA. RECURSO DA DEFESA. CRIME DE AMEAÇA. MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS PELAS PALAVRAS FIRMES E COERENTES DA VÍTIMA, EM AMBAS AS ETAPAS DO PROCESSO, E PELAS DECLARAÇÕES DOS AGENTES POLICIAIS. PALAVRA DA VÍTIMA QUE ASSUME FUNDAMENTAL IMPORTÂNCIA NOS CRIMES CONTRA A LIBERDADE INDIVIDUAL QUANDO PRATICADOS NA CLANDESTINIDADE. ÔNUS DA PROVA QUE COMPETIA À DEFESA (CPP, ART. 156). CRIME DE DESOBEDEIÊNCIA. DESCUMPRIMENTO DE MEDIDA PROTETIVA DE URGÊNCIA. MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS PELA INOBSERVÂNCIA DO COMANDO JUDICIAL E PELAS DECLARAÇÕES DA VÍTIMA E DO PRÓPRIO RÉU NO DECORRER DA PERSECUÇÃO PENAL. ÔNUS DA PROVA QUE COMPETIA À DEFESA (CPP, ART. 156). SENTENÇA MANTIDA.

- O agente que ameaça sua esposa, por palavra, arma branca e veneno, causando-lhe mal injusto e grave, comete o delito descrito no art. 147 do Código Penal c/c arts. 5º, I, e 7º, II, da Lei 11.340/2006.

- No crime de ameaça, normalmente cometido na clandestinidade, a palavra da vítima assume fundamental importância à elucidação dos fatos e é capaz de fundamentar a sentença condenatória quando em consonância com os demais elementos dos autos.

- O agente que, devidamente intimado, descumpra medida protetiva de urgência (Lei 11.340/2006, art. 18, I), pratica o crime previsto no art. 330 do Código Penal.

- Compete ao apelante o ônus de provar que não cometeu os crimes narrados na denúncia, nos termos do art. 156 do CPP.
- Parecer da PGJ pelo conhecimento e desprovimento do recurso.
- Recurso conhecido e não provido (Apelação Criminal 2013.014345-8, 1ª Câmara Criminal, minha relatoria, j. em 18.06.2013, v.u).

APELAÇÃO CRIMINAL. RÉU DENUNCIADO PELO CRIME DE DESOBEDIÊNCIA À DECISÃO JUDICIAL SOBRE PERDA OU SUSPENSÃO DE DIREITO (ART. 359 DO CP). DESCLASSIFICAÇÃO PARA O CRIME DE DESOBEDIÊNCIA (ART. 330 DO CP). CONDUTA CONSISTENTE NO DESATENDIMENTO À MEDIDA PROTETIVA DA LEI MARIA DA PENHA. SENTENÇA CONDENATÓRIA. RECURSO DA DEFESA.

ABSOLVIÇÃO. INSUFICIÊNCIA DE PROVAS. INVIABILIDADE. MATERIALIDADE E AUTORIA DELITIVAS DEVIDAMENTE COMPROVADAS. DESCUMPRIMENTO DE MEDIDA PROTETIVA QUE OBRIGAVA O RÉU A NÃO SE APROXIMAR DA EX-COMPANHEIRA. APELANTE CONFIRMA TER DESRESPEITADO ORDEM JUDICIAL DE FORMA VOLUNTÁRIA E CONSCIENTE. PALAVRAS FIRMES E COERENTES DA VÍTIMA, CORROBORADAS COM OS DEPOIMENTOS TESTEMUNHAIS QUE CONFIRMAM QUE O APELANTE PRATICOU O CRIME EM COMENTO. MANUTENÇÃO DA CONDENAÇÃO QUE SE IMPÕE.

PRETENSÃO REDUÇÃO DA PENA PARA O MÍNIMO LEGAL. PEDIDO QUE NÃO APONTOU AS RAZÕES PELAS QUAIS A PENA DEVE SER REDUZIDA. INOBSERVÂNCIA DO PRINCÍPIO DA DIALETICIDADE RECURSAL. NÃO CONHECIMENTO NO PONTO.

EXCLUSÃO DA AGRAVANTE PREVISTA NO ART. 61, II, “F”, DO CÓDIGO PENAL. NÃO CABIMENTO. CONDUTA DO APELANTE MOTIVADA PELA NÃO ACEITAÇÃO DO TÉRMINO DO RELACIONAMENTO COM A VÍTIMA, QUE É SUA EX-COMPANHEIRA. PRÁTICA DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA CONFIGURADA.

JUSTIÇA GRATUITA. ISENÇÃO DE CUSTAS PROCESSUAIS. MATÉRIA AFETA AO JUÍZO DE EXECUÇÃO. NÃO CONHECIMENTO NO PONTO.

RECURSO CONHECIDO EM PARTE E DESPROVIDO. (Apelação Criminal 2012.069686-0, 1ª Câmara Criminal, Rel.ª Des.ª Marli Mosimann Vargas, j. em 28.05.2013, v.u).

APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME DE DESOBEDIÊNCIA (ART. 330 DO CÓDIGO PENAL) COM INCIDÊNCIA DA LEI N. 11.340/06. DESCUMPRIMENTO DE MEDIDA PROTETIVA QUE OBRIGAVA O RÉU A NÃO SE APROXIMAR DA EX-COMPANHEIRA. ALMEJADA ABSOLVIÇÃO POR FALTA DE PROVAS, OU POR ATIPICIDADE DA CONDUTA. ABSOLVIÇÃO INVIÁVEL. MATERIALIDADE E AUTORIA DEVIDAMENTE COMPROVADAS. APELANTE CONFESSA TER DESRESPEITADO ORDEM JUDICIAL DE FORMA VOLUNTÁRIA E CONSCIENTE. RECURSO DESPROVIDO (Apelação Criminal 2012.075964-3, 3ª Câmara Criminal, Rel. Des. Alexandre d'Ivanenko, j. em 28.02.2013, m.v – Vencido Des. Torres Marques).

APELAÇÃO CRIMINAL. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR. CRIMES DE DESOBEDIÊNCIA (ARTIGO 330 DO CÓDIGO PENAL), DE AMEAÇA (ARTIGO 147 DO CÓDIGO PENAL) E CONTRAVENÇÃO PENAL DE VIAS DE FATO (ARTIGO 21 DO DECRETO LEI N. 3.688/41), PRATICADOS EM CONCURSO MATERIAL (ARTIGO 69 DO CÓDIGO PENAL). *AMEAÇA PSICOLÓGICA EXERCIDA E TAPA DESFERIDO CONTRA A VÍTIMA, A DESPEITO DA MEDIDA PROTETIVA ANTERIORMENTE DECRETADA. DESCUMPRIMENTO DE DECISÃO JUDICIAL.* APELO OBJETIVANDO A ABSOLVIÇÃO POR INSUFICIÊNCIA PROBATÓRIA. IMPOSSIBILIDADE. PALAVRAS DA VÍTIMA E TESTEMUNHAS EM PERFEITA CONSONÂNCIA COM OS DEMAIS ELEMENTOS PROBATÓRIOS. DOSIMETRIA DA PENA ACERTADA. RECURSO DESPROVIDO.(Grifado agora) (Apelação Criminal 2011.045966-1, 4ª Câmara Criminal, Rel. Des. José Everaldo Silva, j. em 14.03.2013, v.U – Votaram os Des. Roberto Lucas Pacheco e Jorge Schaefer Martins).

Há precedente da lavra da eminente Desembargadora Cinthia Beatriz Bittencourt Schaefer, na 2ª Câmara Criminal, em sentido contrário:

APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME PRATICADO POR PARTICULAR CONTRA A ADMINISTRAÇÃO EM GERAL. DESOBEDIÊNCIA (ART. 330 DO CP). ABSOLVIÇÃO EM PRIMEIRO GRAU. RECURSO DA ACUSAÇÃO. INACOLHIMENTO. DESCUMPRIMENTO DE MEDIDA PROTETIVA (LEI MARIA DA PENHA). LEGISLAÇÃO QUE DISPÕE DE MECANISMO PRÓPRIO PARA PUNIR O AGRESSOR EM RAZÃO DO DESCUMPRIMENTO DA ORDEM JUDICIAL, QUAL SEJA, A PRISÃO PREVENTIVA. ATIPICIDADE DA CONDUITA CONFIGURADA. MANUTENÇÃO DA SENTENÇA QUE SE IMPÕE. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO (Apelação Criminal 2013.006191-2, 2ª Câmara Criminal, Rel.^a Des.^a Cinthia Beatriz Bittencourt Schaefer, j. em 09.04.2013, v.u).

O entendimento majoritário do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul é no sentido de que se trata de conduta atípica:

EMBARGOS INFRINGENTES. DELITO DE DESOBEDIÊNCIA. INVIÁVEL CONDENAÇÃO QUANDO HÁ O DESCUMPRIMENTO DE MEDIDA PROTETIVA IMPOSTA COM BASE NA LEI Nº 11.340/06, UMA VEZ QUE ALUDIDA LEGISLAÇÃO JÁ PREVÊ, PARA ESTE CASO, PRISÃO PREVENTIVA AO INFRATOR, O QUE CONDUZ À OBSERVÂNCIA DA SANÇÃO NELA - LEI MARIA DA PENHA - ESTIPULADA. ABSOLVIÇÃO. EMBARGOS ACOLHIDOS. POR MAIORIA. (Embargos Infringentes e de Nulidade Nº 70053771184, Primeiro Grupo de Câmaras Criminais, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Newton Brasil de Leão, Julgado em 07/06/2013) (Embargos Infringentes e de Nulidade 70053771184, 1º Grupo de Câmaras Criminais, Rel. Des. Newton Brasil de Leão, j. em 07.06.2013, m.v - Desembargadores Marco Aurélio de Oliveira Canosa e Julio Cesar Finger).

EMBARGOS INFRINGENTES. DELITO DE DESOBEDIÊNCIA. INVIÁVEL CONDENAÇÃO QUANDO HÁ O DESCUMPRIMENTO DE MEDIDA PROTETIVA IMPOSTA COM BASE NA LEI Nº 11.340/06, UMA VEZ QUE ALUDIDA LEGISLAÇÃO JÁ PREVÊ, PARA ESTE CASO, PRISÃO PREVENTIVA AO INFRATOR, O QUE CONDUZ À

OBSERVÂNCIA DA SANÇÃO NELA - LEI MARIA DA PENHA - ESTIPULADA. ABSOLVIÇÃO. EMBARGOS ACOLHIDOS. POR MAIORIA. (Embargos Infringentes e de Nulidade Nº 70053771184, Primeiro Grupo de Câmaras Criminais, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Newton Brasil de Leão, Julgado em 07/06/2013) (Embargos Infringentes e de Nulidade 70050035468, 2º Grupo de Câmaras Criminais, Rel. Des. Marcel Esquivel Hoppe, j. em 09.11.2012, v.u).

Recentemente, a 3ª Câmara Criminal daquela Corte adotou o mesmo entendimento ora defendido, destacando-se portanto a adesão dos Desembargadores Nereu Giacomolli, João Batista Marques Tovo e o relator Jayme Weingartner Neto que deram provimento ao recurso do Ministério Público:

APELAÇÃO CRIME. DESOBEDIÊNCIA. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR. RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO.

1. DESOBEDIÊNCIA. MEDIDA PROTETIVA DE URGÊNCIA. DESCUMPRIMENTO. TIPICIDADE.

Controvérsia jurisprudencial. Precedentes. A conduta prevista no artigo 330 do Código Penal pode ser tida como atípica quando para a ordem legal desobedecida há previsão de sanção extrapenal não cumulativa. Em se tratando de desobediência de medida protetiva de urgência, a lei processual penal prevê a possibilidade de prisão, o que não é espécie de sanção. A tendência atual de esvaziamento das hipóteses de segregação cautelar, mormente em se tratando de crimes de violência doméstica, tende a deixar o agente que desrespeita ordem legal de afastamento do lar sem punição, incentivando a continuidade de agressões, o que retira a coação da ordem emanada do Juiz e fomenta a prática do crime, ferindo a própria ratio da Lei Maria da Penha e da Constituição Federal. A conduta de desobedecer medida protetiva de urgência, portanto, é típica e deve ser repreendida pelo direito penal, inclusive como reforço sistemático às ações mandamentais de natureza cível. Direito fundamental à tutela jurisdicional adequada e efetiva. Direito comparado. Injunctions e contempt of court. Distinção entre os crimes previstos

nos artigos 330 e 359 do Código Penal, consoante as respectivas infrações aos incisos do artigo 22 da Lei Maria da Penha. Consideração pragmática relacionada ao exercício preventivo do poder de polícia, diante de flagrante de desobediência.

2. MATERIALIDADE E AUTORIA. COMPROVADAS.

Prova carreada aos autos que confirma a materialidade delitiva e a autoria. Ademais, o réu ignorou proibição e alertas proferidos pela vítima, cuja palavra merece especial relevância, haja vista esse tipo de crime ocorrer, na sua maioria, sem a presença de testemunhas. Condenação impositiva.

3. DOSIMETRIA DA PENA. Condenado o réu a 15 (quinze) dias de detenção a serem cumpridos em regime aberto e ao pagamento de 10 (dez) dias-multa, com o valor unitário fixado em 1/30 (um trigésimo) do maior salário mínimo vigente. A pena privativa de liberdade restou substituída por restritiva de direitos consistente na prestação de serviços à comunidade.

RECURSO PROVIDO. SENTENÇA REFORMADA. (Apelação Criminal 70053723656, 3ª Câmara Criminal, Rel. Des. Jayme Weingartner Neto, j. em 27.06.2013, v.u).

Já no âmbito do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios prevalece o entendimento que se trata de conduta típica, subsumível no art. 330 do Código Penal:

EMBARGOS INFRINGENTES E DE NULIDADE - LEI MARIA DA PENHA - REJEIÇÃO DA DENÚNCIA - DESCUMPRIMENTO DE MEDIDA PROTETIVA DE URGÊNCIA - CRIME DE DESOBEDIÊNCIA - TIPICIDADE DA CONDUTA - PREVALÊNCIA DOS VOTOS MAJORITÁRIOS.

1. Consoante entendimento majoritário desta egrégia Corte de Justiça, o descumprimento de medida protetiva prevista na Lei Maria da Penha configura crime de desobediência, porquanto as medidas legais que podem ser aplicadas no caso da prática de violência doméstica e familiar, sejam as previstas na legislação processual civil (caput e §§ 5º e 6º do artigo 461 do

CPC, por força do que dispõe o § 4º do artigo 22 da Lei Maria da Penha) ou na legislação processual penal (prisão preventiva, de acordo com o inciso III do artigo 313 do CPP), não têm caráter sancionatório, mas se tratam, na verdade, de medidas de natureza cautelar, que visam, portanto, assegurar a execução das medidas protetivas de urgência. Precedentes.

2. Presentes as condições da ação e os requisitos previstos no art. 41 do Código de Processo Penal, o recebimento da denúncia é medida que se impõe..

3. Recurso conhecido e não provido. (grifado agora) (Embargos Infringentes 2013.06.1.000280-8, Câmara Criminal, Rel. Des. Souza e Ávila, Rel. p/ acórdão Des. Humberto Adjuto Ulhôa, j. em 08.07.2013, m.v)

Vê-se que a matéria guarda relevante controvérsia jurídica, podendo-se destacar fortes argumentos para as duas posições, porém, atento aos fins sociais a que a norma se destina e a situação de vulnerabilidade da mulher e a necessidade de dotar as decisões judiciais de maior efetividade e coercitividade, considero a conduta típica, na esteira do entendimento majoritário da egrégia 3ª Câmara Criminal desta Corte. Por conseguinte, conheço do recurso e nego-lhe provimento.

É o voto.

PRIMEIRA CÂMARA CRIMINAL

APELAÇÃO CRIMINAL

Apelação Criminal (Réu Preso) n. 2013.012424-5, de Videira

Relatora: Desa. Marli Mosimann Vargas

APELAÇÃO CRIMINAL (RÉU PRESO). CRIME CONTRA A VIDA. HOMICÍDIO DUPLAMENTE QUALIFICADO POR MOTIVO FÚTIL E PELA SURPRESA (ART. 121, § 2º, II E IV, DO CÓDIGO PENAL). SENTENÇA CONDENATÓRIA. RECURSO DA DEFESA.

ANULAÇÃO DO JULGAMENTO POR SER A DECISÃO DOS JURADOS MANIFESTAMENTE CONTRÁRIA À PROVA DOS AUTOS. NÃO OCORRÊNCIA. CONDENAÇÃO POR HOMICÍDIO DUPLAMENTE QUALIFICADO QUE ENCONTRA SUBSTRATO NO CONTEXTO PROBATÓRIO. EXISTÊNCIA DE MAIS DE UMA TESE ACERCA DOS FATOS. CRIME PRATICADO POR CIÚME EXCESSIVO E INCONFORMISMO COM O FIM DO RELACIONAMENTO. MOTIVO FÚTIL CARACTERIZADO. AGENTE QUE AGUARDA A EX-COMPANHEIRA ESCONDIDO E, REPENTINAMENTE, DESFERE GOLPES DE ARMA BRANCA (FACA) EM SEU PESCOÇO, ENQUANTO ESTAVA ESTACIONANDO O VEÍCULO NA GARAGEM DE SUA RESIDÊNCIA. ACOLHIMENTO DA TESE ACUSATÓRIA QUE SE REVELOU MAIS VEROSSÍMEL. SOBERANIA DO VEREDICTO POPULAR. QUALIFICADORAS DEMONSTRADAS. CONDENAÇÃO MANTIDA.

RECONHECIMENTO DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA. IMPOSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE MANIFESTAÇÃO DA DEFESA EM PLENÁRIO. QUESITAÇÃO QUE DEIXOU DE SER IMPRESCINDÍVEL COM A NOVA REDAÇÃO DOS ARTS. 483 E 492, I, “B”, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL (LEI N. 11.689/2008). AUSÊNCIA, OUTROSSIM, DE ELEMENTOS NECESSÁRIOS AO SEU RECONHECIMENTO.

TO. AGENTE QUE CONFESSA A CONDUTA COM A RESSALVA DE QUE AGIU SOB VIOLENTA EMOÇÃO, APÓS PROVOCAÇÕES DA VÍTIMA. CONFISSÃO QUALIFICADA QUE NÃO ATENUA A PENA.

AFASTAMENTO DA AGRAVANTE PREVISTA NO ART. 61, II, “E”, DO CÓDIGO PENAL. ACOLHIMENTO. CRIME PERPETRADO CONTRA EX-COMPANHEIRA. EXCLUSÃO QUE SE IMPÕE. PROVIMENTO, NO PONTO. REPRIMENDA AJUSTADA.

RECURSO CONHECIDO E, EM PARTE, PROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal (Réu Preso) n. 2013.012424-5, da comarca de Videira (Vara Criminal), em que é apelante Orlando de Andrade Truylio, e apelado Ministério Público do Estado de Santa Catarina:

A Primeira Câmara Criminal decidiu, por votação unânime, conhecer do recurso e dar-lhe provimento em parte, tão somente para afastar, na segunda fase da dosimetria, a agravante descrita no art. 61, II, “e”, do Código Penal, tornando a pena definitivamente fixada em 14 (quatorze) anos de reclusão, em regime inicialmente fechado, mantendo-se as demais cominações da sentença. Custas legais.

Participaram do julgamento, realizado nesta data, o Exmo. Sr. Des. Paulo Roberto Sartorato e o Exmo. Sr. Des. Carlos Alberto Civinski.

Pela douta Procuradoria-Geral de Justiça participou o Exmo. Sr. Procurador Norival Acácio Engel.

Florianópolis, 1º de outubro de 2013.

Marli Mosimann Vargas
PRESIDENTE E RELATORA

RELATÓRIO

O representante do Ministério Público da Vara Criminal da comarca de Videira ofereceu denúncia contra Orlando de Andrade Truylio pela prática do crime descrito no art. 121, *caput*, c/c § 2º, II, III, IV, do Código Penal, pois, segundo narra a exordial acusatória (fls. II-III):

[...] no dia 31 de julho de 2011, por volta das 02 horas, na Rua Campinas, nº 572, Bairro Quartel, na residência do denunciado e da vítima, nesta cidade e Comarca, o denunciado *ORLANDO DE ANDRADE TRUYLIO* não satisfeito com o término do relacionamento entre ambos, aguardou clandestinamente na garagem, pela chegada da vítima e, no momento em que esta chegou com seu veículo Fiat/UNO, desferiu-lhe um golpe de faca na face e outro no pescoço, impedindo que a vítima pudesse esboçar qualquer reação de defesa, visto que fora atacada de sobressalto e encontrava-se ainda dentro do carro, fato este que causou a sua morte, conforme descrito no Laudo de Exame Cadavérico de fl. 74.

Desta forma, o denunciado *ORLANDO DE ANDRADE TRUYLIO* ceifou a vida da vítima Eugência Orzechowski, *mediante emboscada e recurso que dificultou a sua defesa*, uma vez que surpreendeu a vítima sem que esta pudesse esboçar qualquer reação.

Ainda, agiu por *motivo fútil*, pois estava com ciúmes e inconformado com o fim do relacionamento.

Por fim, utilizou-se de meio cruel (Laudo Pericial de fl. 27), causando com sua conduta sofrimento demasiado à vítima, que agonizou por aproximadamente 30 minutos em sua casa, até que foi socorrida e encaminhada ao Hospital Divino Salvador, onde ficou por cinco dias hospitalizada na Unidade de Tratamento Intensivo vindo a óbito no dia 05 de agosto de 2011. (grifos originais)

Encerrada a instrução preliminar, o Magistrado a quo julgou admissível a denúncia e, com fulcro no art. 413 do Código de Processo

Penal, pronunciou Orlando de Andrade Truylio, a fim de que seja submetido a julgamento perante o Tribunal do Júri, como incurso nas sanções do art. 121, § 2º, II, III e IV, do Código Penal (fls. 138-140).

Foi interposto recurso em sentido estrito (fls. 150-158), o qual foi conhecido e desprovido por esta Corte (fls. 214-221) .

Submetido a julgamento, o Conselho de Sentença julgou parcialmente procedente o pedido formulado na denúncia, e condenou, Orlando de Andrade Truylio à pena privativa de liberdade de 16 (dezesesseis) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, em regime inicial fechado, por infração do crime tipificado no art. 121, § 2º, II e IV, do Código Penal (fls. 305-308).

Inconformada, a defesa interpôs recurso de apelação argumentando que a decisão dos jurados é manifestamente contrária a prova dos autos, *“uma vez que não é possível entender que seria motivo fútil os ciúmes sentidos pelo Recorrente em face da sua ex-companheira e que foram o móvel do crime”*. Postula, ainda, o afastamento da atenuante descrita no art. 61, II, “e”, do Código Penal, porquanto o crime não foi praticado contra cônjuge e sim contra *ex-companheira*, já que o apelante e a vítima não eram casados. Por fim, pleiteia o reconhecimento da atenuante da confissão espontânea (fls. 311-321).

Em contrarrazões, o Ministério Público requereu o conhecimento e parcial provimento do reclamo, apenas para excluir da dosimetria a agravante prevista no art. 61, II, “e”, do Código Penal (fls. 324-330).

Lavrou parecer pela douta Procuradoria-Geral de Justiça o Exmo. Sr. Dr. Paulo Roberto Speck, manifestando-se pelo conhecimento e parcial provimento do apelo, tão somente para que seja excluída da segunda fase da dosimetria da pena a agravante prevista no art. 61, inciso II, alínea “e”, do CP, readequando-se, por conseguinte, a reprimenda total imposta (fls. 335-340).

Este é o relatório.

VOTO

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conhece-se do recurso e passa-se à análise do seu objeto.

Segundo se infere, no dia 31-7-2011, por volta das 2h, o apelante Orlando de Andrade Truylio, inconformado com o fim do relacionamento amoroso que mantinha com a vítima, aguardou-a na garagem da sua residência e, quando esta chegou com seu veículo, desferiu-lhe um golpe de faca no rosto e outro no pescoço, impossibilitando-a de esboçar qualquer reação de defesa, pois a atacou de sobressalto, quando ainda estava dentro do carro.

Ressalta-se que a vítima agonizou no local por aproximadamente 30 (trinta) minutos, até que foi socorrida e encaminhada ao hospital. Todavia, após 5 (cinco) dias internada na UTI, acabou falecendo em razão das lesões sofridas.

A materialidade do delito restou devidamente comprovada por meio do auto de prisão em flagrante n. 331.11.00083 (fls. 2-13), boletim de ocorrência (fls. 14-15), laudo n. 528/11 (fl. 27), exame perinecropsóptico (fl. 28), fotografias (fls. 24-25,), laudo pericial n. 0000331 (fls. 53-71), laudo pericial cadavérico n. 594/11 (fls. 74-80), bem como pelos demais elementos de prova constantes nos autos.

1 DECISÃO MANIFESTAMENTE CONTRÁRIA À PROVA DOS AUTOS

A defesa alega que a decisão dos jurados é manifestamente contrária à prova dos autos, porquanto não há elementos de prova seguros de que o crime tenha sido cometido na forma qualificada descrita nos incisos II e IV do § 2º do art. 121 do Código Penal.

É cediço que ao Tribunal do Júri é assegurado o princípio da soberania dos veredictos (art. 5º, XXXVIII, “c”, da Constituição Federal), de modo que seu julgamento só pode ser anulando quando representar visível afronta à prova dos autos.

Os doutrinadores Rogério Sanches Cunha, Gustavo Müller Lorenzato, Maurício Lins Ferraz e Ronaldo Batista Pinto, discorrendo acerca das hipóteses de cabimento da apelação criminal, notadamente sobre o art. 593, III, “d”, do Código de Processo Penal – decisão dos jurados manifestamente contrária a prova dos autos –, lecionam:

[...] é preciso que a decisão dos jurados seja manifestamente contrária à prova dos autos. Assim se entende aquela decisão totalmente divorciada da prova do processo, ou seja, que não encontra nenhum apoio no conjunto probatório colhido nos autos. [...] Se, porém, a decisão dos jurados encontra algum apoio na prova dos autos, tendo eles aderido a uma das versões verossímeis, a decisão é mantida, em nome, inclusive, da soberania dos veredictos. Somente – repita-se – aquela decisão que não encontrar qualquer arrimo na prova do processo é que autorizará novo julgamento com base nesse dispositivo penal (Processo penal prático. 3. ed. Salvador: Editora Jus Podivm, 2008, p. 189-190).

Dessa feita, os jurados têm inteira liberdade de julgar, e tal liberdade lhes confere o direito de optar por uma das versões apresentadas. “*Se a sua decisão é estribada em alguma prova, não se pode dizer ser ela manifestamente contrária ao apurado no corpo do processo*” (FILHO, Tourinho. Código de Processo Penal Comentado. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 359).

A respeito, firmou-se a orientação pacífica dos tribunais, no sentido de que “*não se pode falar em decisão contrária à prova dos autos se os jurados apreciaram os elementos probantes e firmaram seu convencimento, adotando a versão que lhes pareceu mais convincente*” (RT 590/343).

E, *in casu*, compulsando os autos, diferentemente do alegado pela defesa, dессome-se que a decisão do Conselho de Sentença (fls. 305-308) – que reconheceu que o crime de homicídio duplamente qualificado (a) pelo motivo fútil, impelido por ciúme, pois estava inconformado com o término do relacionamento e (b) pela utilização de recurso que dificultou ou tornou impossível a defesa da vítima, consistente na surpresa, uma vez que o réu aguardou a vítima por mais de três horas, em local escuro, sem que esta pudesse vê-lo – está devidamente amparada no contexto probatório constante nos autos e explorado em plenário pela acusação. Note-se:

a) da qualificadora do motivo fútil:

Compulsando os autos, verifica-se escorreita a decisão dos jurados, quando reconheceram, por maioria de votos, a aludida qualificadora sob o fundamento que o apelante “*agiu por motivo fútil, impelido por ciúme e inconformado com o término do relacionamento com a vítima*” (fl. 302).

O próprio apelante, Orlando de Andrade Truylio, ainda na Delegacia, asseverou que ele e a vítima se separaram por constantes desentendimentos e que tiveram uma séria discussão no dia 3-7-2011 – quase um mês antes do crime –. Alegou que, no dia dos fatos, foi ao local porque queria conversar com Eugênia sobre a visita aos filhos. Haviam combinado tal conversa para o dia seguinte, todavia, o apelante telefonou para a ofendida e esta não o atendeu, motivo pelo qual decidiu ir à sua residência, por volta de 1h. Percebeu que sua ex-companheira não estava em casa, mas, mesmo assim, permaneceu no local. Quando Eugênia chegou, foi ao seu encontro na garagem. Sustentou que ambos discutiram bastante e, exaltado, questionou onde ela estava, bem como a chamou de “vadia e mentirosa”, pois ouviu de Eugênia que ela estava em um motel e que o apelante nada tinha a ver com isso. Segundo Orlando, ela, inclusive, o

chamou de “corno”. Disse que pegou a vítima pelo pescoço e a jogou dentro do carro, ocasião em que desferiu as facadas que ensejaram a sua morte (fls. 10-11).

Sob o crivo do contraditório, Orlando disse que foi à residência da vítima para conversarem e não imaginava que Eugênia não estava em casa. Relatou que na semana dos fatos tiveram uma discussão e a vítima o ofendeu, deixando-o muito nervoso e irritado. Ambos conviveram juntos por aproximadamente 13 (treze) anos e estavam separados há quase 3 (três) meses. A discussão ocorreu porque Eugênia pediu ao apelante que cuidasse dos filhos, tendo este dito que procuraria um advogado para ficar com a casa e a guarda dos filhos. Segundo Orlando, a vítima ficou irritada e “*me chingou, falou um monte, inclusive, de palavrões*”. Além disso, alegou que sua ex-companheira mantinha relacionamentos extraconjugais e, na discussão, “*ela me jogou tudo isso, literalmente, na cara*”, sendo que, naquele momento, o réu nada disse, todavia “*aquilo ficou comigo, por aqueles dias né, não sabia o que fazer, se ela fez aquilo só para me ofender*”. No sábado foi conversar com Eugênia a fim de que ela, pelo menos, pedisse perdão pelas coisas que falou. Quando a vítima chegou e estacionou o carro, o apelante já estava perto do veículo e pediu que Eugênia lhe pedisse perdão. Aduz que ela saiu do carro e o empurrou, tendo se desequilibrado. Nesse momento segurou-a pelo pescoço, mas Eugênia não tinha “*muita reação*”. O apelante, então, pegou a faca que estava no local e, com o cabo, empurrou a vítima pela barriga para dentro do carro, mas o cabo da faca quebrou. Eugênia sentou novamente no veículo. O apelante pegou a lâmina da faca e desferiu os golpes contra a vítima, porque, segundo ele “*eu tava completamente irritado, com raiva, com ódio mesmo, fiquei com nojo de olhar para a cara dela*”. Saliu que não foi para o local com a intenção de agredir a vítima e que chegou na residência por volta das 22h, sem, contudo, imaginar que seu filho e seu enteado estariam sozinhos em casa. Disse que telefonou para

o celular da vítima mas ela não o atendeu, motivo pelo qual ficou aguardando na garagem da residência. Ressaltou que na hora não parou para pensar no que estava fazendo, porque “*a raiva era muito grande*”, pois quando ela chegou com o carro e o apelante pediu que ela se redimisse das coisas que lhe disse, ela começou a agredí-lo com palavras, mandou o apelante “*tomar no cú*”, disse que ele não passava de um “*cornio manso*” e o empurrou (mídia eletrônica, fl. 148).

Em Plenário, o réu retificou a sua versão e relatou que não atacou Eugênia de surpresa, tampouco ficou no porão aguardando que ela chegasse. Disse que quando foi à residência da vítima acreditou que ela estaria no local, pois no dia seguinte faria plantão. Asseverou que foi até lá para conversarem sobre um assunto que tinham acordado dias antes, sendo que a vítima o empurrou e saiu do carro, lhe ofendendo. Disse que a segurou pelo pescoço e fez com que ela voltasse para o carro não tendo Eugênia apresentado nenhuma reação. Depois que a empurrou para dentro do automóvel é que desferiu os golpes em seu pescoço. Disse, também, que enquanto Eugênia não chegava, ficou sentado em uma escada na frente da residência e percebeu que a TV da sala estava com volume alto (mídia eletrônica fl. 309).

Apesar da versão trazida pelo apelante, as testemunhas ouvidas no decorrer da instrução processual, por outro lado, afirmaram que o casal tinha brigas frequentes e que, embora não soubessem se o apelante alguma vez teria agredido a vítima fisicamente, este sempre a ofendia com palavras de baixo calão e era muito ciumento e possessivo. Veja-se:

O filho da vítima, D. S., ainda na fase embrionária, afirmou que o apelante – seu padrasto – já vinha ameaçando sua mãe há aproximadamente um mês, quando foi até o local de serviço dela e a ameaçou, dizendo que iria pegar seus filhos e levar embora. Disse que pediu a mãe que registrasse as ameaças, tendo ela dito que iria fazer o boletim de ocorrência pela internet, mas, pelo sabe, ela não fez (fls. 8-9):

[...] na noite de hoje foi com sua mãe e seu irmão de três anos de idade em um jantar na SERP, onde sua mãe estava organizando; que por volta das 22:00 horas, sua mãe os deixou em casa e retornou até a SERP, para buscar alguns utensílios usados na janta (pratos talheres); que sua mãe retornou à residência por volta das 02:00 horas sendo que o depoente permanecia acordado aguardando-a; que sua mãe estacionou o veículo na garagem o depoente se dirigiu a garagem, quando destrancou a porta ouviu um grito de sua mãe dizendo “D., socorro”, o depoente naquele momento pensou que poderia ser um assalto, retornou até a mesa da cozinha para procurar algo para defender, apanhou uma faca de cozinha, descia a rampa de acesso a garagem, quando viu sua mãe subindo a rampa suja de sangue pedindo socorro, dizendo o Orlando fez isso; que sua mãe entrou em casa com auxílio do depoente sentou numa cadeira da cozinha; que devido aos gritos de socorro de sua mãe cerca de cinco minutos após ela ter sido esfaqueada apareceu um vizinho de nome Haroldo, o qual é bombeiro e auxiliou sua mãe tentando estancar o sangue que fluía da região do pescoço e rosto; que o depoente acionou os bombeiros e a polícia militar, onde Haroldo acionou também os bombeiros, que chegou no local cerca de dez minutos após e socorreu sua mãe que foi conduzida ao Hospital Divino Salvador; que o plantonista desta Delegacia o informou que sua mãe está no centro cirúrgico em estado grave; que o depoente informa que acompanhou os PM’s até a garagem e pode ver no interior do veículo de sua mãe, no banco do motorista, um cabo de faca grande, acredita que foi a arma usada pelo ex-padrasto; que Orlando já vinha ameaçando sua mãe cerca de um mês, quando ele foi até o local de serviço dela e ameaçou-a, dizendo que iria pegar seus filhos e levar embora que o depoente informa ainda que pediu a mãe que fosse fazer o registro das ameaças, porém a mesma teria dito que iria fazer pela internet, e pelo que sabe a mesma não fez o registro; que alega ainda que sua mãe estava separada de fato de Orlando a mais de dois meses, não sabe precisar a data; que quando os policiais chegaram no local Orlando não estava mais lá; que quando o depoente chegou na Delegacia tomou conhecimento que Orlando estava detido; que alega que não sabia que Orlando telefonou a polícia dizendo que praticara o crime e queria “se entregar” [...]. (grifou-se)

Ouvindo novamente perante a autoridade policial, D. atestou que no começo do relacionamento com sua mãe, o padrasto era uma pessoa bastante tranquila, mas com o tempo se tornou agressivo e, constantemente, agredia a vítima moralmente. Salientou que ambos terminaram porque a mãe gostava de sair para festas e bailes e o apelante, além de não acompanhá-la, a proibia de sair. Por fim, disse que a mãe aparentava estar mais feliz após a separação (fl. 39).

Perante o Magistrado, D. S. atestou que, no dia dos fatos, por volta das 18h foi com a mãe e o irmão em uma janta entre colegas do trabalho dela. Perto das 22h pediu para que a mãe o levasse para casa, tendo ela atendido o seu pedido. Levou o depoente e seu irmão mais novo para casa e voltou para o evento. Perto de 1h ou 2h da manhã ela retornou. O depoente estava em seu quarto e ouviu quando a mãe chegou em casa e abriu o portão. Levantou, abriu a porta para a mãe e foi pegar um copo d'água. Quando ainda estava com o copo na mão ouviu seus gritos pedindo socorro, momento em que abriu a porta e saiu correndo, mas ela já estava subindo o *“morrinho lá de casa, da garagem”*. Ela pedia ajuda e falava que tinha sido o Orlando. Disse, ainda, que a mãe pedia repetidamente que chamassem os bombeiros. *“Coloquei um pano no pescoço, sentei ela e ela continuou até o momento que ela parou”*. Os vizinhos chegaram e levaram ela. Não presenciou o momento em que a mãe foi agredida e não viu quem foi o agressor, mas, pelo que Eugênia disse, o padrasto *“era quem havia feito aquilo”*. Ressaltou que, nos últimos anos, sua mãe e Orlando brigavam frequentemente. Ela pedia a separação, e ele dizia para que ela *“entrasse com um advogado, mas ela nunca ia”*. Ambos já não tinham mais uma boa convivência e o depoente nunca se sentiu bem com a situação. Salientou que se lembra de uma oportunidade em que a mãe comentou que havia discutido com Orlando no local de trabalho dela, por conta do filho, mas não sabe a data em que isso ocorreu. No dia dos fatos, por volta da meia noite, ouviu um barulho

forte na janela de casa e presume que fosse o apelante. Disse que sua mãe tinha um ferimento grande no pescoço e outro na bochecha. O depoente tentava estancar o sangue do pescoço e saía pela bochecha. Não conseguia estancar os dois, pois ela estava perdendo muito sangue. Por fim, registrou que nunca presenciou agressão física do apelante contra a mãe, somente agressões verbais (mídia eletrônica, fl. 148).

A testemunha Judite Gonçalves de Menezes, madrinha do filho que Orlando possui com a vítima, ainda na Delegacia, afirmou que o apelante sempre se mostrou uma pessoa irritada e descontrolada, sendo que a depoente já presenciou “*ataques*” em que ele quebrava os móveis da residência. Salientou que há aproximadamente 20 (vinte) dias a vítima relatou que ambos haviam discutido no seu local de trabalho, sendo que, naquela ocasião, Orlando a ofendeu com diversas palavras de baixo calão. Assegurou, também, que uns 5 (cinco) dias antes dos fatos, o apelante estava no trevo que dá acesso ao bairro em que a vítima residia e aparentava estar bastante nervoso, andando de um lado para o outro. Ressaltou que o local onde ele estava era o mesmo que a vítima aguardava a van para ir à faculdade. Atestou, além disso, que há aproximadamente 1 (um) mês antes dos fatos viu o apelante fazendo um apoio de terra do lado do muro – apoio este que foi utilizado para facilitar a sua fuga –, nos fundos da residência. Por derradeiro, falou que após a separação a vítima estava mais alegre e que quando ainda convivía com o apelante parecia estar sempre com medo do que o apelante poderia fazer devido ao ciúme excessivo (fl. 40).

Na fase jurisdicional, Judite salientou que quando chegou no local a vítima já estava sendo levada pelos bombeiros, todavia, pode ver que a casa estava bastante ensanguentada. Disse que nos últimos tempos o apelante e a vítima estavam brigando com frequência e que, antes do assassinato, Eugênia contou a depoente que Orlando foi ao seu serviço lhe ameaçar, pois soube que ela havia ido a uma festa. Ela relatou, ainda,

que “*ele disse muito palavrão para ela*” e que não deixaria mais Orlando pegar as crianças e frequentar a sua residência. A depoente acredita que tal ameaça tenha ocorrido aproximadamente um mês antes dos fatos e que a vítima lhe contou que havia passado na Delegacia para registrar um boletim de ocorrência, mas estava fechada. Eugênia lhe disse, também, que o apelante queria voltar para casa mas ela não o aceitaria mais, porque estava vivendo melhor com os filhos. Eugênia acreditava que Orlando tinha ciúmes, as ameaças se deram por ela ter ido em uma festa com amigas (mídia eletrônica, fl. 148).

No mesmo sentido, a testemunha Sunta Sacon Betiato, vizinha da vítima, afirmou, na fase jurisdicional, que o apelante era ciumento e o casal brigava bastante, todos os dias, “*só que as vezes era assim, eu ligava o radio mais alto, ou a TV mais alta, para não ouvir as brigas deles. Isso eu posso dizer porque eu escutava os gritos*” (mídia eletrônica, fl. 148).

Não bastasse, em que pese não ouvida em Juízo, a testemunha Adécio Domingos Betiato, na Delegacia, declarou que acredita que o apelante e a vítima tenham se separado por excesso de brigas e, embora nunca tenha presenciado o réu agredindo Eugênia, em diversas oportunidades pôde ouvir ele injuriar a ofendida (fls. 19-20).

De igual forma, Douglas Marcelo Zimmer atestou que várias vezes ouviu brigas e discussões entre a vítima e o autor e que várias vezes a vítima lhe disse que ele era muito ciumento. Salientou que quando a vítima saía o apelante controlava seus horários e que, quando ainda conviviam, Eugênia era muito fechada e retraída, mas após a separação mostrava-se uma pessoa alegre e feliz (fl. 43).

O policial Cesar Luiz Finger, um dos responsáveis pelo atendimento da ocorrência, ao prestar depoimento perante a autoridade policial, declarou (fls. 5-6):

[...] que o depoente encontra-se de serviço no dia de hoje, juntamente com o soldado Lins, quando por volta das 02:00 horas da madrugada foram acionados pelo Copom para atenderem uma ocorrência que dava conta de tentativa de homicídio contra mulher, fato ocorrido na rua Campinas no Bairro Quartel; que se deslocaram até o local onde a vítima estava sentada no interior da residência sendo auxiliada pelo vizinho Haroldo, o qual já havia acionado o corpo de bombeiros; que segundo o filho da vítima seu padrasto ORLANDO DE ANDRADE TRULYO, estava separado de sua mãe; que o filho da vítima D. relatou que ele, a mãe e o irmão haviam ido a um jantar na SERP, e retornaram por volta das 22:00 horas, onde a mãe teria retornado até a SERP, para buscar alguns pertences (pratos, talheres) e ao retornar novamente à residência estacionou o veículo na garagem e o conduzido estava aguardando no interior da garagem da residência, onde desferiu um golpe com uma faca ainda no interior da garagem, a vítima saiu gritando por socorro entrou na residência; que a vítima levou um golpe com uma faca na bochecha e outro no pescoço; que a vítima foi socorrida pelo vizinho que é Bombeiro de nome Haroldo; que a vítima foi conduzida ao Hospital Divino Salvador, onde o depoente compareceu e lá foi informado que a vítima encontra-se em estado grave; que informa que a faca possivelmente quebrou, pois o cabo da mesma foi encontrada no interior do veículo da vítima; que o conduzido após cometer o crime evadiu-se do local [...].

Na fase jurisdicional Cesar Luiz assegurou que pelo que pôde perceber, a vítima entrou com o veículo na garagem e provavelmente, por dedução, o apelante já estava no local, pois, aparentemente, ela estava sentada dentro do veículo quando recebeu as facadas (mídia eletrônica, fl. 148).

Seu colega de farda, Ricardo Lins, ao ser ouvido na Delegacia asseverou que (fls. 4-5):

[...] que o depoente encontra-se de serviço no dia de hoje, juntamente com o Soldado Finger, quando foram acionados pelo Copom para atenderem uma ocorrência que dava conta de tentativa de homicídio contra mulher, na rua

Campinas no Bairro Quartel; que se deslocaram até o local onde a vítima estava sentada no interior da residência sendo auxiliada por um vizinho, o qual é bombeiro, o qual já havia acionado a ambulância; que o depoente informa que segundo o filho da vítima, o padrasto (ora conduzido) estava separado de sua mãe; que o filho da vítima D. relatou que ele a mãe e o irmão haviam ido a um jantar na SERP, e retornaram por volta das 22:00 horas, onde a mãe teria retornado até a SERP, para buscar alguns pertences (pratos talheres) e ao retornar novamente à residência estacionou o veículo na garagem e o conduzido estava aguardando no interior da garagem da residência, onde desferiu um golpe com faca ainda no interior da garagem, a vítima saiu gritando por socorro entrou na residência; que pelo que soube a vítima levou um golpe com uma faca na bochecha e outro no pescoço; que a vítima foi socorrida pelo vizinho que é Bombeiro de nome Haroldo; que a vítima foi conduzida ao Hospital Divino Salvador, onde o depoente compareceu e lá foi informado que a vítima encontra-se em estado grave; que informa que a faca possivelmente quebrou, pois o cabo da mesma foi encontrado no interior do veículo da vítima; que o conduzido após cometer o crime evadiu-se do local, onde efetuaram diligências não localizaram o mesmo, sendo solicitado apoio a outra guarnição, porém o conduzido acabou telefonando ao COPOM, dizendo que queria “se entregar” e estava caminhando pela rua em frente ao material de construção Goaçó; que diante dos fatos o conduzido foi abordado, confirmou a autoria do crime, recebeu voz de prisão e foi apresentado a autoridade policial que determinou a lavratura deste auto [...].

Em Juízo, Ricardo relatou que receberam um chamado de tentativa de homicídio. Chegaram no local e constataram que Haroldo, um bombeiro, estava prestando socorro à vítima e os vizinhos relataram que o agente havia fugido por um matagal, nos fundos da residência. Os policiais foram em busca do apelante enquanto Haroldo permaneceu prestando socorro à ofendida. Minutos após, o apelante entrou em contato com o COPOM dizendo que havia cometido o crime e queria se entregar. Pelo que pode constatar, o crime ocorreu na garagem e a vítima foi agredida quando ainda estava no carro (mídia eletrônica, fl. 148).

Como se sabe, “*o motivo fútil é aquele onde há um abismo entre a motivação e o comportamento extremo levado a efeito pelo agente*” (GRECO, Rogério. Curso de direito penal. Parte especial, vol. II, 6 ed., 2009, p. 166). Assim, não é proporcional tirar a vida de alguém pelo fato de ter havido, quase um mês antes, uma séria discussão.

Registra-se que, muito embora haja entendimentos no sentido de que o ciúme não deve ser reconhecido como qualificadora do motivo fútil, mesmo que injusto e desarrazoado, cabe ao Conselho de Sentença decidir se o réu praticou o ilícito motivado pelo ciúme que sentia por sua ex-companheira ou se em razão de desavenças conjugais banais, bem como se tais percepções, na análise do caso concreto, constituem frivolidade para motivar a prática do crime de homicídio.

E, *in casu*, não é possível afirmar – como pretende o apelante – que o ciúme não caracteriza a qualificadora do motivo fútil. Isso porque há mais de uma versão para os fatos e o Conselho de Sentença considerou o ciúme como qualificadora do crime de homicídio, por entender que Orlando praticou o crime por não aceitar o fim do relacionamento com a vítima, não havendo, assim, margem para a nulidade do julgamento.

Sobre o motivo fútil, Guilherme de Souza Nucci explicita:

Fútil é o motivo flagrantemente desproporcional ao resultado produzido, que merece ser verificado no caso concreto. Mata-se futilmente quando a razão pela qual elimina o outro ser é insignificante, sem qualquer respaldo social ou moral, veementemente condenável. (Código Penal comentado. São Paulo: RT, 2008, p. 585 - grifado).

E, sobre o reconhecimento, pelos jurados, do ciúme como qualificadora do motivo fútil, o referido autor explicita:

[...] Não cabe anulação, quando os jurados optam por uma das correntes de interpretação de prova possíveis de surgir. Exemplo disso seria a anulação do julgamento porque o Conselho de Sentença considerou fútil o ciúme, motivo do crime. Ora, se existe prova de que o delito foi, realmente, praticado por tal motivo, escolheram os jurados essa qualificadora, por entenderem adequada ao caso concreto. Não é decisão manifestamente contrária à prova, mas situa-se no campo da interpretação da prova, o que é bem diferente [...]. (Código de processo penal comentado. 3. ed. São Paulo: RT, 2004, p. 593 e 594)

Dessa forma, é inconteste que o motivo ensejador do crime – o fato de o apelante possuir excessivo ciúme de sua ex-companheira e não se conformar com o fim do relacionamento que com ela mantinha – conforme descrito na denúncia e acolhido pelos jurados, é absolutamente desproporcional ao delito praticado.

A propósito, como bem salientou o douto Promotor de Justiça (fls. 327-328):

[...] Diz o recorrente que o julgamento se fez em contrariedade à evidência dos autos porque teriam os Srs. Jurados entendido que a motivação do crime – ciúmes do réu advindos de não aceitar a ruptura do relacionamento amoroso por parte da vítima – foi fútil, o que, segundo seu pensamento, não encontra espeque na lei ou no conjunto probante.

Razão neste particular não lhe assiste, pois inicialmente está devidamente comprovado nos autos através da prova testemunhal que o acusado era pessoa extremamente possessiva e ciumenta ainda antes da ruptura da vida comum, não havendo, diante das circunstâncias do caso concreto, qualquer sorte de ilegalidade na conclusão da tomada pelo Conselho de Sentença de que tenha sido este o mote delitivo, mote este, outrossim, reiteradamente admitido como suficiente à configuração da qualificadora, conforme o caso concreto [...].

[...].

Ademais, ao revés do que pontua o apelante, igualmente inexiste mácula no

reconhecimento do ciúme como motivação fútil, tanto é que foi a qualificadora mantida em sede de pronúncia e, mais que isso, em acórdão que julgou o recurso em sentido estrito por ele interposto.

Noutras palavras, acaso fosse de fato manifestamente incabível a qualificadora em tela, já teria sido ela afastada em sede de Juízo de admissibilidade da acusação.

Ao contrário disso, a pronúncia – mantida hígida pelo e. TJSC – bem salientou que *“quanto ao motivo fútil, o próprio réu admitiu que discutiu com a vítima sobre relacionamentos extraconjugais durante a vida em comum, o que em tese pode indicar que o móvel subjetivo do crime foram ciúmes, cabendo ao tribunal do júri apreciar se esses ciúmes foram intensos a ponto de tornar fútil a conduta do réu ou se, ao contrário, não tiveram intensidade suficiente para isso”* (fl. 140 – grifou-se).

Ora, num simples raciocínio lógico, se o Poder Judiciário Catarinense já reconheceu que cabe ao Tribunal Popular aquilatar se os ciúmes no caso concreto se caracterizam – ou não – como motivação fútil para o crime sub examinem, não pode neste momento usurpar a soberana competência do Conselho de Sentença e reformar a decisão alcançada pelos jurados, sob pena de vilipêndio à soberania dos veredictos insculpida no art. 5º, inciso XXXVIII, alínea “c”, da Constituição da República [...].

No mesmo sentido, extrai-se da jurisprudência desta Corte:

APELAÇÃO CRIMINAL. JÚRI. HOMICÍDIO QUALIFICADO. TENTATIVA. ARTIGO 121, § 2.º, INCISO II, E ARTIGO 14, INCISO II, AMBOS DO CÓDIGO PENAL. SENTENÇA CONDENATÓRIO. RECURSO DA DEFESA. MATERIALIDADE E AUTORIA DELITIVAS DEMONSTRADAS. PEDIDO DE AFASTAMENTO DA QUALIFICADORA POR MOTIVO FÚTIL, INCISO II, DO ARTIGO 121 DO CÓDIGO PENAL. NÃO ACOLHIMENTO. AGENTE QUE POR CIÚME DA EX-COMPANHEIRA SACA A ARMA APÓS DISCUSSÃO E DESFERE UM TIRO A QUEIMA ROUPA A POUCO MAIS DE UM METRO DE DISTÂNCIA. AGENTE ESTAVA PERSEGUINDO A VÍTIMA HÁ ALGUM TEMPO. DECISÃO DOS JURADOS AMPARADA NO CONJUNTO PROBATÓRIO. TESE ACUSATÓRIA ACOLHIDA PELO CONSELHO DE SENTENÇA. RECURSO CONHECIDO E DESPRO-

VIDO. (Apelação Criminal n. 2010.003341-9, de Lages, rela. Des. Substituta Cinthia Beatriz da Silva Bittencourt Schaefer, Quarta Câmara Criminal, j. em 19-7-2012)

E:

JÚRI. HOMICÍDIO QUALIFICADO. MOTIVO FÚTIL. RECURSO DA DEFESA. FUNDAMENTAÇÃO EQUIVOCADA. PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE RECURSAL. CONHECIMENTO. TESES DEFENSIVAS: DESCLASSIFICAÇÃO PARA CRIME CULPOSO; DESCLASSIFICAÇÃO PARA LESÃO CORPORAL SEGUIDA DE MORTE; RECONHECIMENTO DO HOMICÍDIO PRIVILEGIADO; E EXCLUSÃO DA QUALIFICADORA. DECISÃO DOS JURADOS QUE ENCONTRA AMPARO NO CONJUNTO PROBATÓRIO. EXISTÊNCIA DE BRIGA PRECEDENTE AOS FATOS ENTRE RÉU E VÍTIMA E CIÚME COMO MOTIVAÇÃO DO CRIME NÃO INCONTROVERSOS. DECISÃO DOS JURADOS MANTIDA. FIXAÇÃO DE OFÍCIO DOS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS DO DEFENSOR DATIVO.

Quando houver versões contraditórias nos autos e a decisão do Conselho de Sentença que optar por uma delas, com base no contexto probatório, não pode este Tribunal anular o julgamento, sob pena de violar o princípio constitucional de soberania dos veredictos do Júri.

Não cabe à Justiça Togada, nos estritos limites da apelação contra veredicto do Tribunal do Júri, desqualificar prova idônea, produzida sob o crivo do contraditório. (STF, HC 85904/SP). (Apelação Criminal n. 2009.036765-3, de Ascurra, rel. Des. Newton Varella Júnior, Primeira Câmara Criminal, j. em 15-9-2009)

Portanto, é indiscutível a existência de elementos de prova suficientes nos autos para que o Júri reconhecesse o motivo fútil do crime – especialmente pelos depoimentos das testemunhas ouvidas no decorrer da instrução processual – de modo que o pedido de afastamento da referida qualificadora não merece prosperar.

b) da qualificadora da surpresa:

De igual forma, a qualificadora da surpresa restou configurada.

Em que pese o apelante sustente que tudo aconteceu no calor de uma discussão que teve com a vítima, há elementos nos autos que comprovam que ele aguardou sua ex-companheira, Eugênia, por aproximadamente 4 (quatro) horas, até que ela retornasse de uma festa.

Como se viu, o enteado do apelante, D. S., relatou que sua mãe o deixou juntamente com seu irmão mais novo em casa e retornou para a festa do trabalho e, em dado momento, ouviu um forte barulho na janela que, após os fatos, concluiu que fosse o padraсто que estava rondando o local.

Não bastasse, as testemunhas ouvidas nos autos relataram que somente ouviram gritos de socorro, não tendo escutado, naquela ocasião, nenhuma discussão entre Orlando e Eugênia.

Além disso, como já mencionado alhures, o próprio apelante afirmou que, dias antes do crime, teve uma séria discussão com sua ex-companheira e que esta, em tese, teria lhe proferido diversas ofensas, mas, naquele momento, não teve qualquer reação. Todavia, o apelante alegou que ficou dias remoendo as palavras de sua ex-companheira. *“Aquilo ficou comigo, por aqueles dias né, não sabia o que fazer, se ela fez aquilo só para me ofender”* e, então, no dia dos fatos foi até a residência a fim de que esta lhe pedisse perdão pelas coisas que disse. O apelante disse, ainda, que chegou a segurar a ex-companheira com força pelo pescoço e que ela não esboçou nenhuma reação. Alegou que, posteriormente, pegou a faca e desferiu os golpes que ocasionaram a morte de Eugênia e que cometeu o crime porque estava *“completamente irritado, com raiva, com ódio mesmo, fiquei com nojo de olhar para a cara dela, e só lembra depois que já tinha feito”*. Confirmou que chegou no local por volta das 22h, acreditando que Eugênia estaria em casa e, inclusive, constatou que o filho e o enteado estavam sozinhos (mídia eletrônica, fl. 148).

Ademais, extrai-se da decisão de pronúncia (fl. 140):

[...] no que diz com a surpresa/impossibilidade de defesa da vítima, as fotografias de fls. 57-59 demonstram, pela presença de sangue no carro, que a vítima pode ter sido atingida por golpes de faca enquanto sentada no banco do motorista, ou saindo do veículo, o que por certo lhe impossibilitaria ou ao menos lhe dificultaria qualquer defesa [...].

Assim, os Jurados acolheram a versão trazida pela acusação, reconhecendo a presença da qualificadora do uso de recurso que dificultou ou impediu a defesa da vítima, qual seja, a surpresa, com fundamento nos elementos de prova constantes nos autos, principalmente depoimentos testemunhais – já citados – e fotografias anexadas, não se podendo dizer que tal decisão está dissociada das provas colhidas no processo.

Pelo exposto, a decisão do Conselho de Sentença foi coerente com o contexto probatório constante dos autos, tendo acolhido a tese que lhe pareceu mais verossímil, certamente com base nos depoimentos amealhados nos autos – que demonstram que o apelante ficou aproximadamente quatro horas aguardando a chegada da vítima, escondido na garagem –, bem como pelas fotografias constantes no feito que indicam que Eugênia sofreu os golpes do ex-companheiro quando ainda se encontrava dentro do automóvel, o que tornou impossível a sua defesa.

Como já mencionado, os jurados têm inteira liberdade de julgar, optando pela versão que lhes for mais convincente, não se podendo falar em decisão contrária à prova dos autos quando tal decisão estiver amparada nas provas constantes no processo.

Ilustrando tal entendimento, destaca-se julgados desta Corte de Justiça:

APELAÇÃO CRIMINAL. TRIBUNAL DO JÚRI. HOMICÍDIO QUALIFICADO [ART. 121, § 2º, II e IV, DO CÓDIGO PENAL]. CONDENAÇÃO DE UM, E ABSOLVIÇÃO DE DOIS RÉUS PELO CONSELHO DE SENTENÇA.

RECURSO DA ACUSAÇÃO. PLEITO PARA SUBMETTER OS RÉUS ABSOLVIDOS A NOVO JULGAMENTO COM BASE NA DECISÃO DOS JURADOS MANIFESTAMENTE CONTRÁRIA A PROVA DOS AUTOS. ART. 593, III, “D”, DO CPP. DECISÃO QUE NÃO SE AMPARA NA PROVA DOS AUTOS. DEPOIMENTOS DAS TESTEMUNHAS E CORRÉUS QUE DEMONSTRAM TEREM OS RÉUS PATRÍCIA E MARIEL CONCORRIDO COM O RESULTADO MORTE, DEMONSTRANDO QUE A DECISÃO DOS JURADOS FOI CONTRÁRIA A PROVA DOS AUTOS. RÉUS QUE DEVEM SER SUBMETIDOS A NOVO JULGAMENTO PELO EGRÉGIO TRIBUNAL DO JÚRI.

RECURSO DA DEFESA. PLEITO DE ANULAÇÃO DO JULGAMENTO SOB O FUNDAMENTO DE QUE A DECISÃO DOS JURADOS FOI CONTRÁRIA APROVA DOS AUTOS, BEM COMO O RECONHECIMENTO DAS QUALIFICADORAS. INACOLHIMENTO. PROVAS INCONTESTES DA PARTICIPAÇÃO EFETIVA DO RÉU NO INTENTO CRIMINOSO, BEM COMO EM RELAÇÃO AS QUALIFICADORAS (MOTIVO FÚTIL E DISSIMULAÇÃO). AUSÊNCIA DE CONTRARIEDADE DA DECISÃO DO CONSELHO DE SENTENÇA EM RELAÇÃO AO CONJUNTO PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE DE ANULAÇÃO DO JÚRI. PREVALÊNCIA DA SOBERANIA DOS VEREDICTOS QUANDO INDEMONSTRADA A CONTRARIEDADE. RECURSO DA ACUSAÇÃO PROVIDO DA DEFESA DESPROVIDO. (Apelação Criminal n. 2013.019535-4, de Fraiburgo, rela. Des. Substituta Cinthia Beatriz da Silva Bittencourt Schaefer, Segunda Câmara Criminal, j. em 6-8-2013)

Mais:

APELAÇÃO CRIMINAL. JÚRI. TENTATIVA DE HOMICÍDIO DUPLAMENTE QUALIFICADO E TENTATIVA DE HOMICÍDIO SIM-

PLES. CRIME CONEXO. PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO. PLEITO DE ANULAÇÃO DO JULGAMENTO COM RELAÇÃO AOS HOMICÍDIOS TENTADOS. INSURREIÇÃO QUANTO AO DOLO E QUALIFICADORAS. ALEGAÇÃO DE DECISÃO MANIFESTAMENTE CONTRÁRIA À PROVA DOS AUTOS. INOCORRÊNCIA. VERSÃO ACOLHIDA PELOS JURADOS QUE ENCONTRA RESPALDO NO CONJUNTO PROBATÓRIO, INCLUSIVE AS QUALIFICADORAS DO MOTIVO FÚTIL E DA SURPRESA. AUSÊNCIA DE ANIMUS NECANDI NÃO ACATADA PELO CONSELHO DE SENTENÇA. VIABILIDADE. VERSÃO PREVALENTE QUE EVIDENCIA O INTENTO DE CEIFAR A VIDA DAS VÍTIMAS. RECURSO DESPROVIDO.

“Em se tratando de júri, somente a decisão em manifesto confronto com os elementos do processo, totalmente dissociada da reconstituição fática trazida aos autos, é que pode ensejar a nulidade do julgamento. No caso, foi adotada a versão que pareceu mais convincente aos jurados, a qual encontra amparo nas provas existentes no feito” (Apelação Criminal n. 2010.033055-7, rel. Des. Torres Marques, Terceira Câmara Criminal, j. 13.09.2011). (Apelação Criminal n. 2012.069755-6, de Tangará, rel. Des. Jorge Schaefer Martins, Quarta Câmara Criminal, j. em 22-11-2012)

E:

APELAÇÃO CRIMINAL. JÚRI. HOMICÍDIO QUALIFICADO POR MOTIVO FÚTIL E UTILIZAÇÃO DE RECURSO QUE IMPOSSIBILITOU OU DIFICULTOU A DEFESA DA VÍTIMA. ALEGAÇÃO DE DECISÃO MANIFESTAMENTE CONTRÁRIA À PROVA DOS AUTOS. INOCORRÊNCIA. DECISÃO DOS JURADOS QUE ENCONTRA RESPALDO NO CONJUNTO PROBATÓRIO. PRINCÍPIO DA SOBERANIA DO TRIBUNAL POPULAR.

ALMEJADA DESCLASSIFICAÇÃO PARA A FORMA SIMPLES. AFASAMENTO DAS QUALIFICADORAS. IMPOSSIBILIDADE. VÍTIMA COLHIDA DE SURPRESA. MOTIVO FÚTIL. MÓVEL DO CRIME QUE TERIA SIDO O INCONFORMISMO DO ACUSADO COM A

SEPARAÇÃO DO CASAL E A DESCONFIANÇA DE TRAIÇÃO POR PARTE DA EX-MULHER. DECISÃO DOS JURADOS AMPARADA NO CONJUNTO PROBATÓRIO. ACOLHIMENTO DA TESE ACUSATÓRIA QUE SE REVELOU MAIS VEROSSÍMEL. SOBERANIA DO VEREDICTO POPULAR.

[...]

RECURSO DESPROVIDO. PENA ADEQUADA DE OFÍCIO. (Apelação Criminal n. 2011.084320-8, de Chapecó, rel. Des. José Everaldo Silva, Quarta Câmara Criminal, j. em 10-5-2012)

Logo, amparada está a decisão do Júri que considerou presentes, por maioria de votos, as qualificadoras contidas nos incisos II e IV do § 2º do art. 121 do Código Penal e, não havendo contrariedade à prova dos autos, motivo pelo qual não cabe a este Juízo substituir a decisão de competência do Tribunal Popular, legítimo e soberano representante da sociedade no julgamento de crimes dolosos contra a vida.

2 RECONHECIMENTO DA ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA (ART. 65, III, “D”, DO CÓDIGO PENAL)

No tocante à dosimetria, a defesa, inicialmente, faz insurgência quanto à confissão espontânea, que não foi reconhecida como atenuante no cálculo da pena aplicada ao apelante.

Sem razão.

Com as recentes reformas realizadas no Código de Processo Penal, em especial as introduzidas pela Lei n. 11.689/08, houve notória e acentuada simplificação do procedimento dos processos de competência do Tribunal do Júri, numa clara tentativa de atualizá-lo e torná-lo mais acessível e adequado à realidade social.

Dentre essas modificações, destaca-se que a quesitação acerca da presença de circunstâncias agravantes e atenuantes deixou de ser impres-

cindível, devendo o Juiz Presidente considerá-las na fixação da pena, na segunda fase da dosimetria, quando alegadas nos debates, a teor da nova redação dos arts. 483 e 492, I, “b”, do Código de Processo Penal.

Sobre esse tema, Guilherme de Souza Nucci ensina:

Outro destaque da reforma do Tribunal do Júri é a extinção do quesito obrigatório relativo à existência de atenuante em favor do réu.

O art. 483 do CPP não faz nenhuma referência às circunstâncias legais consistentes em agravantes e atenuantes, que não se confundem, por óbvio, com as causas de aumento ou diminuição da pena. Logo, inexistente a obrigatoriedade de inserção do quesito relativo às atenuantes, que passam a ser indagação facultativa, uma vez invocadas pela defesa em plenário.

Nesse caso, o quesito deve referir-se, especificamente, à atenuante sustentada pelo defensor, ou mesmo pelo órgão acusatório, não havendo mais sentido em se incluir quesito genérico (“existem atenuantes em favor do réu”). (Tribunal do Júri. São Paulo: RT, 2008, p. 222).

Assim, diante da omissão legislativa sobre a obrigatoriedade de quesitação acerca das agravantes e atenuantes, cabe às partes, no momento oportuno, requerer a inserção de quesito específico sobre a presença dessas circunstâncias na ata do julgamento, sob pena de preclusão.

No presente caso, verifica-se na ata de julgamento que a defesa sustentou apenas que o apelante agiu por violenta emoção, após injusta provocação da vítima, requerendo, portanto, o reconhecimento do crime de homicídio privilegiado. Postulou, também, o afastamento das qualificadoras, a fim de que fosse aplicada penalidade justa ao réu (fls. 293- 295).

De mais a mais, a MMa. Juíza Presidente “*obtendo das partes a resposta de que não tinham mais nenhum requerimento ou reclamação a fazer, declarou que o Tribunal passaria a funcionar em caráter secreto*”

e solicitou o esvaziamento do Plenário, a fim de que nele permanecessem somente o Conselho de Jurados, Promotor de Justiça, Defensor, Chefe de Cartório e Oficiais de Justiça (fl. 295).

Como se vê, em momento algum a atenuante da confissão espontânea, descrita no art. 65, III, “d”, do Código Penal, foi sustentada pela defesa técnica durante os debates, bem como, durante a leitura da questão, as partes nada impugnaram a respeito dos quesitos apresentados. Logo, inviável a sua aplicação neste grau de jurisdição.

Nesse sentido, colhe-se da jurisprudência:

APELAÇÃO CRIMINAL. PRELIMINAR. ARGUIDAS NULIDADES. AUSÊNCIA DE QUESITAÇÃO SOBRE LEGÍTIMA DEFESA E CONFISSÃO ESPONTÂNEA. DESNECESSIDADE DE QUESITOS INDIVIDUALIZADOS PARA CADA TESE DEFENSIVA. CIRCUNSTÂNCIAS ATENUANTES QUE NÃO FIGURAM ENTRE OS QUESTIONAMENTOS OBRIGATÓRIOS, DEVENDO SER SOPESADAS PELO JUIZ-PRESIDENTE EM CASO DE CONDENAÇÃO. ALTERAÇÕES TRAZIDAS PELA LEI 11.689/08. CONTRADIÇÃO NAS RESPOSTAS RELATIVAS À QUALIFICADORA DO DELITO. SÉRIES DIVERSAS. POSSIBILIDADE. EIVAS NÃO VERIFICADAS. INEXISTÊNCIA DE MANIFESTAÇÃO NO MOMENTO ADEQUADO. PRECLUSÃO. PREFACIAIS AFASTADAS. (Apelação Criminal n. 2011.065202-3, de Xaxim, rel. Des. Alexandre d'Ivanenko, j. em 25-4-2012)

Mais:

APELAÇÃO CRIMINAL (RÉU PRESO) TRIBUNAL DO JÚRI. [...] INJUSTIÇA NO TOCANTE À APLICAÇÃO DA REPRIMENDA. CONFISSÃO ESPONTÂNEA. CIRCUNSTÂNCIA NÃO RECONHECIDA COMO ATENUANTE NO CÁLCULO DA PENA. QUESITAÇÃO QUE DEIXOU DE SER IMPRESCINDÍVEL COM A NOVA REDAÇÃO DOS

ARTS. 483 E 492, I, “B”, DO CPP (LEI N. 11.689/2008). AUSÊNCIA DE MANIFESTAÇÃO DA DEFESA NESSE SENTIDO [...]. (Apelação Criminal n. 2010.08750-8, da Capital, desta relatora, j. em 25-3-2011)

E:

[...] Com a entrada em vigor da Lei n. 11.689/2008, que reformou alguns artigos do Código de Processo Penal, a quesitação acerca da presença de circunstâncias agravantes e atenuantes deixou de ser imprescindível, devendo o Juiz Presidente considerá-las na segunda fase da dosimetria, quando alegadas nos debates, a teor da nova redação dos arts. 483 e 492, I, b, do Código de Processo Penal (Apelação Criminal n. 2008.077208-8, de Biguaçu, rel. Des. Newton Varela Júnior, j. em 21-7-2009).

Outrossim, sabe-se que a lei exige que, para ser reconhecida a atenuante da confissão espontânea, deve ser ela completa e movida por um motivo moral, altruístico, demonstrando arrependimento, não se admitindo quando o réu, confessando a autoria, alega versão justificativa ou excludente de antijuridicidade, legítima defesa ou erro de fato. Nesse sentido, consulte-se: Apelação Criminal n. 2008.063951-3, de Blumenau, rel. Des. Sérgio Paladino, j. Em 12-1-2010; e Apelação Criminal n. 2003.000369-0, de Papanduva, rel. Des. Solon d’Eça Neves, j. em 27-10-2003.

E, *in casu*, o apelante, em todas as fases em que foi ouvido, embora tenha admitido que foi o autor dos golpes que ensejaram a morte de sua ex-companheira, sustentou que cometeu o crime após injusta provocação da vítima, impelido por violenta emoção.

Desta feita, não há como reconhecer a atenuante da confissão espontânea em favor do apelante.

3 AFASTAMENTO DA AGRAVANTE DESCRITA NO ART. 61, II, “E”, DO CÓDIGO PENAL

Por fim, razão assiste à defesa ao postular o afastamento, na segunda fase da dosimetria, da agravante descrita no art. 61, II, “e”, do Código Penal.

O mencionado dispositivo prevê:

Art. 61 - São circunstâncias que sempre agravam a pena, quando não constituem ou qualificam o crime:

I - a reincidência;

II - ter o agente cometido o crime:

[...]

e) contra ascendente, descendente, irmão ou cônjuge;

Sobre o assunto, Guilherme de Souza Nucci explicita:

[...] aumenta-se a punição no caso de crime cometido contra ascendente, descendente, irmão ou cônjuge, tendo em vista a maior insensibilidade moral do agente, que viola o dever de apoio mútuo existente entre parentes e pessoas ligadas pelo matrimônio. Nesse caso, trata-se do parentesco natural ou civil. Descartam-se, apenas, as relações de afinidade, como as figuras do pai de criação e outras correlatas. Não se aceita, também, pelo princípio da legalidade estrita que vige em direito penal, qualquer inclusão de concubinos ou companheiros. (Código Penal Comentado. 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 457)

No mesmo sentido, o doutrinador Rogério Greco leciona:

[...] A prova do parentesco deverá constar obrigatoriamente dos autos, mediante documentos próprios (carteira de identidade, certidão de nascimento ou certidão de casamento, etc.), não podendo a circunstância agravante ser

aplicada na sua ausência. [...] Como a última figura da alínea e faz menção ao cônjuge, não podemos nela admitir a pessoa do(a) companheiro(a), sob pena de ser realizada a chamada analogia in malam partem [...]. (Código Penal Comentado. 2. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2009. p. 133)

A jurisprudência não destoa:

REVISÃO CRIMINAL. PREENCHIMENTO DOS PRESSUPOSTOS NECESSÁRIOS AO SEU CONHECIMENTO. PEDIDO CABÍVEL PARA PLEITEAR A REDUÇÃO DA PENA.

SEGUNDA FASE DOSIMÉTRICA. AGRAVANTE PREVISTA NO ART. 61, INC. II, ALÍNEA 'E', DO CÓDIGO PENAL. CONVIVÊNCIA EM UNIÃO ESTÁVEL DA VÍTIMA COM O AGRESSOR. EXIGÊNCIA DE CASAMENTO CIVIL PELA NORMA PENAL. PRINCÍPIO DA LEGALIDADE ESTRITA. ANALOGIA *IN MALAM PARTEM*. CIRCUNSTÂNCIA EXCLUÍDA.

MAJORAÇÃO IMPLEMENTADA PARA VÁRIAS AGRAVANTES EM EFEITO “CASCATA”. INCIDÊNCIA DE UMA SOBRE O PRODUTO DA OUTRA. INVALIDADE. CORREÇÃO PARA INCIDIREM, TODAS, SOBRE A PENA ARBITRADA PARA O DELITO NA PRIMEIRA FASE DOSIMÉTRICA.

PLEITO DE ABSORÇÃO DO CRIME DE POSSE DE ARMA DE FOGO PELO CRIME DE HOMICÍDIO QUALIFICADO. IMPOSSIBILIDADE. CRIMES AUTÔNOMOS, CONFORME DECISÃO DOS JURADOS, COM BASE NOS ELEMENTOS DE PROVA.

PEDIDO REVISIONAL PARCIALMENTE DEFERIDO, COM REDUÇÃO DA PENA. (TJ/SC. Revisão Criminal n. 2013.034765-4, de Xanxerê, rel. Des. Rodrigo Collaço, Seção Criminal, j. em 28-8-2013)

Mais:

APELAÇÃO CRIMINAL. CONDENAÇÃO POR COAUTORIA EM CRIME DE HOMICÍDIO DUPLAMENTE QUALIFICADO CONSUMADO (ART. 121, § 2º, I E IV, C/C O ART. 29, *CAPUT*, AMBOS DO CÓDIGO PENAL).

INSURGÊNCIA DA DEFESA DA COAUTORA, CONDENADA COMO MANDANTE DO CRIME.

NULIDADE OU ILEGALIDADE POR DEFICIÊNCIA NA FORMULAÇÃO DE QUESITO REFERENTE À QUALIFICADORA DA EMBOSCADA. QUESTIONÁRIO ESTRUTURADO COM ESTRITA ATENÇÃO AOS ELEMENTOS CONSTANTES NA DENÚNCIA E NA DECISÃO DE PRONÚNCIA. ESPECIFICAÇÃO DOS FATOS E DAS CIRCUNSTÂNCIAS DECORRENTES. AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO EM PLENÁRIO E DO RESPECTIVO REGISTRO NA ATA DE JULGAMENTO (ART. 571, VIII, DO CPP). PRECLUSÃO. QUESTIONÁRIO QUE NÃO APRESENTA COMPLEXIDADE OU DUBIEDADE APTA A CAUSAR PERPLEXIDADE AOS JURADOS. INEXISTÊNCIA DE VÍCIO.

NULIDADE DO JULGAMENTO POR DECISÃO MANIFESTAMENTE CONTRÁRIA À PROVA DOS AUTOS. INOCORRÊNCIA. DUPLICIDADE DE VERSÕES. CONSELHO DE SENTENÇA QUE OPTOU PELA VERSÃO MAIS COERENTE. SOBERANIA DO VEREDICTO POPULAR. CONDENAÇÃO MANTIDA.

EXACERBAÇÃO DO QUANTUM DA PENA. APLICAÇÃO DA AGRAVANTE PREVISTA NO ART. 61, II, “E”, DO CP. RECORRENTE QUE CONVIVIA EM UNIÃO ESTÁVEL COM A VÍTIMA. INTERPRETAÇÃO EXTENSIVA *IN MALAM* PARTEM. EXCLUSÃO QUE SE IMPÕE. ACOLHIMENTO DESTA TESE DEFENSIVA. READEQUAÇÃO DO QUANTUM DA PENA IMPOSTA.

RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO. (Apelação Criminal n. 2010.054863-5, de Araquari, rel. Des. Newton Varella Júnior, Primeira Câmara Criminal, j. em 26-4-2011)

E:

APELAÇÃO CRIMINAL. HOMICÍDIO QUALIFICADO. ART. 121, § 2º, INCISO II, DO CP. 1. NULIDADE POSTERIOR À PRONÚNCIA. INOCORRÊNCIA. Inexistência de nulidades posteriores a pronúncia, não tendo a defesa feito qualquer referência nesse sentido em suas razões de apelação. 2. SENTENÇA DO JUIZ PRESIDENTE CONTRÁRIA À LEI EXPRESSA OU À DECISÃO DOS JURADOS. NÃO-RECONHECIMENTO. Sentença que se ateu com precisão à decisão dos jurados, observando o ordenamento penal vigente. 3. DECISÃO MANIFESTAMENTE CONTRÁRIA À PROVA DOS AUTOS. NÃO-RECONHECIMENTO. O princípio constitucional da soberania dos veredictos do Tribunal do Júri (art 5º, XXXVIII, c, CF) impede a revisão do mérito da decisão do Conselho de Sentença pelo Tribunal Estadual, exceto nas restritas hipóteses arroladas no art. 593, inciso III, do CPP. Veredicto do júri que encontrou respaldo probatório nos autos, não cabendo a este Tribunal questionar se a prova foi corretamente valorada, bastando a plausibilidade entre as respostas dos jurados e a existência de indícios de autoria para que a decisão seja válida. Evita-se, assim, a arbitrariedade, respeitando, contudo, a íntima convicção dos jurados na tomada da decisão. 4. DOSIMETRIA DA PENA. REDUÇÃO. Circunstâncias judiciais do art. 59 do CP que não autorizam o afastamento da pena-base do mínimo legal. Agravante da alínea “e do inciso II do art. 61 do CP que não pode ser utilizada como fundamento para a exasperação da pena em hipótese de união estável (réu e vítima meramente companheiros), sob pena de ofensa ao princípio constitucional da legalidade. PROVERAM PARCIALMENTE O APELO. UNÂNIME. (TJ/RS. Apelação Criminal n. 70031478993, rel. Des. Odone Sanguiné, Terceira Câmara Criminal, j. em 12-11-2009, grifou-se)

Posto isso, merece reforma a sentença, haja vista que a condição de companheiro(a) não equivale a cônjuge para os fins do dispositivo em comento, mormente porque não há expressa previsão legal, não se admitindo interpretação extensiva em prejuízo da parte.

Desta feita, acolhe-se a pretensão recursal, no ponto, para afastar da aplicação da pena a agravante prevista no art. 61, II, “e”, do Código Penal, utilizada para majorar a reprimenda, na segunda fase da dosimetria.

E, considerando que o Magistrado a quo, acertadamente, utilizou-se da fração de 1/6 (um sexto) para cada agravante, ante o afastamento da majorante discutida, reduz-se o *quantum* da dosimetria, fixando a pena, definitivamente, em 14 (quatorze) anos de reclusão, a ser resgatada em regime inicialmente regime fechado, mantendo-se as demais cominações da sentença.

Este é o voto.

SEGUNDA CÂMARA CRIMINAL

APELAÇÕES CRIMINAIS

Apelação Criminal n. 2012.076055-0, de Lages

Relator: Desembargador Ricardo Roesler

APELAÇÃO CRIMINAL. SONEGAÇÃO FISCAL. MEDIDA CAUTELAR DE SEQUESTRO PREVISTA NO DECRETO-LEI N.º 3.240/41. PLEITO DE CONSTRIÇÃO DO PATRIMÔNIO DE SÓCIOS-ADMINISTRADORES DE PESSOA JURÍDICA. MAGISTRADO QUE ENTENDE PELA INVIABILIDADE DA MEDIDA, SOB O FUNDAMENTO DE QUE SEU DEFERIMENTO ACARRETARIA NA DESCONTINUIDADE DO EXERCÍCIO DAS ATIVIDADES EMPRESARIAIS COM REGULARIDADE. RECURSO MINISTERIAL. APELADOS DENUNCIADOS PELA PRÁTICA DO DELITO PREVISTO NO ART. 1º, INCISOS I E II, DA LEI N.º 8.137/90, POR 24 (VINTE E QUATRO VEZES). POSSIBILIDADE TÉCNICA DE CONSTRIÇÃO DO PATRIMÔNIO DOS DENUNCIADOS. PRÁTICA DELITIVA QUE ENSEJA PREJUÍZO À FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL. ELEMENTOS ENCARTADOS QUE APONTAM INDÍCIOS VEEMENTES DA RESPONSABILIDADE CRIMINAL DOS DENUNCIADOS. CONDIÇÕES DO DECRETO-LEI N.º 3.240/41 PLENAMENTE SATISFEITAS. DETERMINAÇÃO DE BLOQUEIO PARCIAL DE SALDOS EXISTENTES EM CONTAS-CORRENTES EM NOME DOS DENUNCIADOS (NO LIMITE DE 15% DOS DEPÓSITOS). AUTORIZAÇÃO, AINDA, DE SEQUESTRO DE EVENTUAIS BENS MÓVEIS E IMÓVEIS (VENCIDO O RELATOR NO PONTO, EM FACE DA GENERALIDADE DO PEDIDO).

RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n. 2012.076055-0, da comarca de Lages (1ª Vara Criminal), em que é apelante Ministério Público do Estado de Santa Catarina, e apelada Elizabeth Binotto Bazzo e outros:

A Segunda Câmara Criminal decidiu, por votação unânime, conhecer do recurso e dar-lhe provimento. Vencido no ponto o eminente relator no tocante ao sequestro dos bens móveis e imóveis. Custas legais.

Participaram do julgamento, realizado nesta data, os Exmos. Srs. Desembargadores Sérgio Rizelo e Cinthia Beatriz da Silva Bittencourt Schaefer.

Florianópolis, 19 de novembro de 2013.

Ricardo Roesler
RELATOR E PRESIDENTE

RELATÓRIO

A decisão de fl. 17 indeferiu a concessão de medida cautelar de sequestro, aforada pelo representante ministerial em desfavor dos sócios-administradores da Transportadora Binotto, Elizabeth Binotto Bazzo, Emílio Binotto, Edilson Sérgio Binotto, Edemilson Pedro Binotto, e Djalma Miranda - denunciados pela prática do delito prescrito pelo art. 1º, incisos I e II, da Lei n.º 8.137/90, por 24 (vinte e quatro) vezes -, sob o fundamento de que seu deferimento acarretaria na descontinuidade do exercício das atividades empresariais com regularidade.

Inconformado, o representante ministerial interpôs recurso (fls. 32-41). Requereu, em síntese, que fosse decretado o sequestro de tantos bens imóveis ou móveis, bem como de saldo bancário, aplicação finan-

ceira ou outro numerário depositado em instituições bancárias, em nome dos denunciados Elizabeth Binotto Bazzo, Emílio Binotto, Edilson Sérgio Binotto, Edemilson Pedro Binotto, e Djalma Miranda, com o desiderato de satisfazer, ulteriormente, o valor total sonogado, oriundo da notificação fiscal de n.º 9603.01944-26.

Contrarrazões da defesa às fls. 167-171.

Lavrou parecer pela douta Procuradoria-Geral de Justiça o Exmo. Sr. Dr. Ernani Guetten de Almeida, que opinou pelo conhecimento e desprovimento do recurso (fls. 66-70).

É o relatório.

VOTO

Prefacialmente, registro que o Decreto-Lei n.º 3.240/41 encontra-se em vigência plena, consoante entendimento do Superior Tribunal de Justiça, eis que o texto legal disciplina o sequestro de bens de pessoas indiciadas por crimes que tenham como resultado prejuízo à Fazenda Pública, e não restou revogado pelo advento do Código Processo Penal (por todos: REsp 1.124.658/BA, Min. Og Fernandes, Sexta Turma, j. em 17.12.2009).

Dito isso, destaco que o representante do Ministério Público, com fundamento no referido Decreto-Lei, aforou o presente incidente, com o desiderato de sequestrar valores do patrimônio dos denunciados, envolvidos, em tese, na prática de crimes contra a ordem tributária.

De pronto, tenho que, para além do entendimento esposado pelo togado, o pleito pelo sequestro de valores existentes em instituições bancárias, de propriedade da denunciados Elizabeth Binotto Bazzo, Emílio Binotto, Edilson Sérgio Binotto, Edemilson Pedro Binotto, e Djalma Miranda, comporta guarida; quanto à constrição de bens imóveis ou móveis, contudo, o pedido carece de amparo.

A despeito da orientação adotada (fl. 17), compreendo que o pedido de constrição é juridicamente possível e tecnicamente cabível.

Isso porque o sequestro de dinheiro, operacionalizado pelo Sistema Bacen-Jud, no montante de até R\$ 5.601.528,59 (cinco milhões, seiscentos e um mil, quinhentos e vinte e oito reais, e cinquenta e nove centavos), devidamente amparado por notificação fiscal respectiva, é medida preventiva recoberta de legalidade, e não acarreta, se observadas as cautelas definidas, as consequências ventiladas pelo togado singular.

Destaco, por oportuno, que a se cuidar do imposto de circulação de mercadorias (ICMS), a sujeição passiva é naturalmente imputada à pessoa jurídica, pois é ela quem realiza o fato gerador. Dito de modo mais simples, é a sociedade a responsável pelo pagamento do tributo, por excelência.

Eventualmente – e o caso em tela se enquadra na hipótese possível – os membros da sociedade (invariavelmente os que detém poder de mando) poderão, por via transversa, responder pelo débito societário.

Nos termos do requerimento ministerial, tenho que o deferimento do sequestro judicial dos valores depositados em nome dos sócios não representa qualquer óbice às atividades empresariais – eis que, conforme certidão de fl. 16 e extrato de fls. 14-15, há ação de recuperação judicial em curso, na comarca de Lages, neste Estado, envolvendo a empresa pertencente aos recorridos.

No mais, sublinho que a medida prescrita pelo Decreto-Lei n.º 3.240/41, assim como aquelas acautelatórias previstas no Código de Processo Penal não assumem, na prática, feição punitiva/sancionatória; são antes medidas que visam a reparar o desfalque fiscal sofrido pelo ente tributante (não à toa compõem o capítulo IV do Código de Processo, que enumera as “medidas assecuratórias”). Dito de modo mais simples, servem, antes de tudo, para ressarcir o Estado do tributo não recolhido ou propriamente sonegado.

Da natureza reparatória dessas medidas cuida bem Fernando da Costa Tourinho Filho:

“Embora não adotemos a figura da parte civil no Processo Penal, tal qual ocorre na Itália, França, Alemanha, Espanha, Portugal e em várias outras legislações, permitindo-se, destarte, a satisfação do dano na própria esfera penal, o legislador pátrio autoriza à vítima do crime ou a quem legalmente a represente requerer, na sede penal, medidas cautelares visando à satisfação do dano (ressalvadas apenas as hipóteses de transação de que trata a Lei n. 9.099/95). Realizada a providência assecuratória e uma vez proferida sentença penal condenatória com trânsito em julgado, os autos do incidente devem ser remetidos ao juízo cível competente, como determina o art. 143 do CPP. Evidente que a remessa será feita após o início da execução da sentença penal na sede civil, quando se saberá a que Juiz devem ser encaminhados os autos” (Código de Processo Penal comentado, Saraiva, 2010, p. 470).

Guardadas as diferenças – no âmbito tributário a liquidação se opera por meio da execução fiscal, e não de ação cognitiva – o que se terá, na prática, é a apropriação de numerários que servirão à satisfação do crédito devido ao Fisco. Em termos práticos, a solução da dívida tributária.

Por outro lado, a satisfação do crédito tributário tem outras repercussões – a mais evidente, e a que interessa a estes autos, a extinção da punibilidade: uma vez solvido o crédito, resolve-se, também, a ação penal.

Logo, considerando que a responsabilidade penal se impõe aos sócios, nada impede que seus bens sejam cautelarmente constrangidos, no âmbito penal, como forma de assegurar a reparação do Estado. A tradicional distinção entre pessoa jurídica e natural, a essa altura, servirá unicamente, adiante, para que os sócios demandem contra o ente societário, por saldar dívida a ela pertencente (e isso se for o caso).

Mas o eventual desdobre pouco interessa à solução do incidente; basta que se tenha em mira a possível responsabilização penal dos denunciados. Afinal, o Decreto-Lei n.º 3.240/41 autoriza a medida de sequestro na hipótese de prática de crime que redunde na lesão a patrimônio da Fazenda Pública, estipulando unicamente em seu art. 1.º que *“ficam sujeitos a sequestro os bens de pessoa indiciada por crime de que resulta prejuízo para a fazenda pública (...)”*.

Pressupõe-se então legítima a medida contra quem seja alvo de investigação criminal, ao menos, ou no quadro de oportunidade estampado pelo art. 4º do Decreto-Lei em tela. Em se tratando de ação penal por crime contra a ordem tributária, bem se sabe, não se cogita necessariamente de fase indiciária; afinal, a ação penal tem por móvel, em regra, a “representação” da autoridade fazendária (a figura, na verdade, tem nome diverso). E aqui, noto, há particular diligência da acusação.

A situação dos autos preenche os requisitos legais necessários ao deferimento da medida, quais sejam, o disposto nos artigos 2º e 3º do Decreto-Lei n.º 3.240/41, já que a constrição se adere a pessoas denunciadas por crime que resulta em prejuízo para a fazenda pública, e a imprescindibilidade emergencial da medida extrema é patente - consta do presente caderno processual (fls. 4, 17, 19 e 21) que os apelados, na condição de sócios-administradores da empresa apontada, teriam deixado de efetuar o recolhimento, no prazo legal, da vultosa soma de R\$ 5.601.528,59 (cinco milhões, seiscentos e um mil, quinhentos e vinte e oito reais, e cinquenta e nove centavos), correspondente à quantia de Imposto Sobre Circulação de Mercadorias (ICMS) efetivamente cobrado de consumidores finais (valor atualizado na denúncia); além disso, a empresa capitaneada por todos os denunciados, até a presente data, não regularizou sua situação fiscal, ou esboçou manobra com o intuito de pagar os débitos existentes.

A notícia quanto ao pedido de recuperação judicial em curso (fls. 14-15), ademais, não possui o condão de alterar o presente desenlace processual, já que não se percebem ali contemplados, também, os créditos de natureza tributária.

Para além, o prejuízo ao erário e a potencial responsabilidade criminal dos recorridos encontram-se estampados na notificação fiscal de fls. 18-19 dos autos do MS de n.º 2012.068821-0 (julgado simultaneamente nesta ocasião).

Além disso, tem autorizado a jurisprudência, a par do que dispõe o art. 3.º do decreto-lei em questão, que o sequestro poderá ser ordenado a partir de indícios da prática delitiva. O próprio STJ tem assentado:

“PROCESSUAL PENAL. RECURSO ESPECIAL. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. CAUTELAR DE SEQUESTRO DE BENS. DECRETO-LEI Nº 3.240/41. LEGALIDADE DA MEDIDA CONSTRITIVA.

1. A apelação devolve à instância recursal originária o conhecimento de toda a matéria impugnada, embora não tenha sido objeto de julgamento, não ficando o magistrado adstrito aos fundamentos deduzidos no recurso.

2. Não ofende a regra *tantum devolutum quantum appellatum*, o acórdão que, adotando fundamento diverso do deduzido pelo juiz de primeiro grau, mantém a eficácia da constrição judicial que recaiu sobre bens dos recorrentes com base nas disposições do Decreto-Lei nº 3.240/41, ao invés do contido no art. 126 do Código de Processo Penal.

3. O *Superior Tribunal de Justiça* já se manifestou no sentido de que o sequestro de bens de pessoa indiciada ou já denunciada por crime de que resulta prejuízo para a Fazenda Pública, previsto no Decreto Lei nº 3.240/41, tem sistemática própria e não foi revogado pelo Código de Processo Penal em seus arts. 125 a 133, continuando, portanto, em pleno vigor, em face do princípio da especialidade.

4. O art. 3º do Decreto Lei nº 3.240/41 estabelece para a decretação do se-

questro ou arresto de bens imóveis e móveis a observância de dois requisitos: a existência de indícios veementes da responsabilidade penal e a indicação dos bens que devam ser objeto da constrição.

6. Com efeito, o sequestro ou arresto de bens previsto na legislação especial pode alcançar, em tese, qualquer bem do indiciado ou acusado por crime que implique prejuízo à Fazenda Pública, diferentemente das idênticas providências cautelares previstas no Código de Processo Penal, que atingem somente os bens resultantes do crime ou adquiridos com o proveito da prática delituosa.

7. Tem-se, portanto, um tratamento mais rigoroso para o autor de crime que importa dano à Fazenda Pública, sendo irrelevante, na hipótese, o exame em torno da licitude da origem dos bens passíveis de constrição.

8. No que diz respeito à suposta violação do art. 133 do Código de Processo Penal, observa-se que tal questão não foi objeto de análise pelo Tribunal a quo, não estando, assim, prequestionada (Súmula nº 282/STF). Ainda que assim não fosse, os bens móveis, fungíveis e passíveis de deterioração, podem ser vendidos antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, ex vi do art. 137, § 1º, do CPP, a fim de assegurar futura aplicação da lei penal.

9. Recurso especial conhecido e, nessa extensão, negado-lhe provimento”.

(REsp 1.124.658/BA. Sexta Turma. Rel. Min. Og Fernandes. Decisão de 17.12.09 – grifei)

Cumpre-se, então, o mínimo que a norma exige para autorizar a constrição do patrimônio, sendo, por isso, legítima a medida em relação aos recorridos Elizabeth Binotto Bazzo, Emílio Binotto, Edilson Sérgio Binotto, Edemilson Pedro Binotto, e Djalma Miranda.

Tratando propriamente dos bens objetos de constrição – dinheiro em instituições bancárias – não vislumbro óbice para que se aproprie do numerário necessário para fazer frente ao total da dívida tributária, respeitado o limite de 15% (quinze por cento) dos montantes eventualmente encontrados.

No mais, a despeito da conclusão da ilustrada maioria, penso que, no caso concreto, não é admissível a constrição de bens móveis ou imóveis, tendo em vista o caráter genérico com que se ordenou o requerimento.

Destaco que, nada obstante seja louvável a iniciativa ministerial, em toda sua extensão, há de se reconhecer que ela vem refletido a letargia do Estado, já que o Ministério Público – muito pontualmente, deve ser dito – tem se antecipado ao Fisco e reclamado a apropriação de bens suficientes para fazer frente à dívida tributária.

Olhando com algum distanciamento, creio que seja possível notar certa inversão de valores; afinal, o Estado tem instrumentos – já assentei em outra ocasião – mais eficazes para garantir o seu crédito. É evidente que isso não tira a legitimidade do Ministério Público, mas é necessário cuidar para que os papéis não se invertam por completo. Afinal, o processo penal tributário revela, de algum modo, um fim em si mesmo – tanto que o simples pagamento é causa de extinção da punibilidade, independentemente da instância, contexto em que o ativismo ministerial, por via reflexa, tem animado ainda mais a lenidade estatal (o trocadilho é despretensioso).

Afora esse cenário, é de se considerar que as medidas de expropriação, em qualquer circunstância, são excepcionais. Sem considerar que o Ministério Público atua aqui como *longa manus* do Fisco – consideremos que a garantia de pagamento de tributos é ônus que se impõe ordinariamente à Fazenda – a gravidade dessa medida demanda sempre algum grão de sal em sua condução. Bem por isso penso, particularmente, que o pedido genérico não pode servir de pauta para julgamento – e eis porque limito o bloqueio de numerário.

Do mesmo modo penso que deverá sempre haver zelo e esmero do requerente, quer seja ele quem for – o Ministério Público ou o próprio

Fisco – em definir e individualizar o alcance da medida. À exceção de valores em conta, cujo sigilo é indevassável sem ordem judicial, é possível ao requerente, notadamente ao Ministério Público, oficiar aos órgãos competentes e reclamar informações sobre bens de qualquer ordem. E é assim que deve ser; tal qual se observa nos processos em geral, há a necessidade de prévia determinação de bens, a fim de resguardar não só os interesses do requerido, mas também de eventuais interessados (sem o quê qualquer medida de constrição poderá atingir terceiros indiscriminadamente, e revestir-se de verdadeira providência de exceção).

Não seria o caso – tal como se afastou durante o julgamento – de conversão da solenidade em diligência, a bem de depurar o pedido, relacionando os eventuais bens. Creio que ela se revelasse pouco afeita à liturgia processual, sobretudo no âmbito penal; não só porque atenta contra direito do acusado, mas porque suprimirá, invariavelmente, um grau de jurisdição.

Veja-se que a medida já passou pelo crivo do primeiro grau, e ainda que o contorno do indeferimento seja mais amplo – o de viabilizar as atividades de empresa em recuperação – a conversão do julgamento em diligência ofende tanto o contraditório quanto a ampla defesa, notadamente porque confere ao Ministério Público novo momento para reaparelhar pedido mal elaborado, e prenuncia o julgamento (só há objetivamente uma razão para exigir-se o detalhamento nesta fase). Indago-me, ademais, com base em quê disciplina normativa seria possível avaliar essa arquitetura, notadamente sem permiti-la em tantas outras circunstâncias, sob os mais variados formatos.

Note-se, então, que não se cuidaria de simples diligência, mas de reordenação do pedido inicial, e sem permitir ao primeiro grau que dele conheça. Logo, bem porque a medida é gravosa – e há que se considerar a fase de recuperação judicial da empresa, o que indica ao menos de

início a pretensão de retomar seus haveres, inclusive os tributários – não creio que seja nem adequada nem apropriada a medida em questão, sob pena de ofensa àquelas garantias constitucionais.

Além disso, permitir-se o rearranjo da medida, agora, suscitaria adiante, não tenho dúvidas, pretensões de toda ordem com a mesma vocação, tendo em vista o flanco que uma decisão com tamanha envergadura propõe. Dito de modo mais simples, tratar-se como simples diligência a complementação e reaparelhamento de pedido poderá determinar a possibilidade da mesma orquestração em outras searas – inclusive instrutórias. Creio assim que a ousadia suscitará implicações muito mais amplas, e sem algum amparo objetivo.

Por fim, observe-se ainda que a pretensão cautelar, orientada invariavelmente pela imprevisibilidade e pela surpresa, já ressentida de efetividade nesta quadra, uma vez que, indeferida inicialmente, o contraditório subsequente permitiu ao requerido tomar prévio conhecimento da pretensão ministerial. Enfim, mesmo o deferimento nos termos que propus já anunciam alguma limitação ou mesmo a ineficácia do que inicialmente se planejara. Nesse passo, retardar ainda mais o julgamento poderia determinar o total esvaziamento da pretensão inicial.

De outro vértice, à míngua de algum detalhamento penso que o deferimento da constrição, além de não atender o mínimo que se exige processualmente poderá, de fato, atentar objetivamente contra o direito de propriedade – quer dos envolvidos, quer eventualmente de terceiros – já que assume ares de salvo conduto constritivo (não se sabe até aqui que alcance e que efeitos serão projetados).

Com a devida vênia, não creio que se tenha guarida legal para deferimento tão largo de pretensão dessa natureza. A propósito, não me convence, particularmente, a redação do art. 4.º, Dec.-Lei n.º 3.240/41, no que assegura a constrição de todos os bens do indiciado. Sem olvidar

que a norma antecede a ordem constitucional vigente (e sua recepção, evidentemente, não amesquinha as garantias traçadas na Constituição), não vislumbro na singela redação, por si, a autorização plena para o Sequestro – não ao menos à base de pedido tão genérico como aquele ensaiado nestes autos.

Diante do exposto, é o caso de provimento ao recurso, razão pela qual determino a constrição sobre os numerários depositados em agências bancárias, em nome dos denunciados Elizabeth Binotto Bazzo, Emílio Binotto, Edilson Sérgio Binotto, Edemilson Pedro Binotto, e Djalma Miranda, que penso bem limitada em 15% (quinze por cento), observado o valor total do débito apontado na denúncia, bem assim é autorizado sequestro de eventuais bens móveis e imóveis dos denunciados (no que fico vencido).

É como voto.

Apelação Criminal n.º 2013.039419-6, de Modelo

Relator: Desembargador Ricardo Roesler

APELAÇÃO CRIMINAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL (ART. 217-A, *CAPUT*, DO CÓDIGO PENAL). CONJUNÇÃO CARNAL ENTRE VÍTIMA MENOR DE 14 ANOS E JOVEM COM 19 ANOS, À ÉPOCA. RELAÇÃO CONSENTIDA. CASO QUE NÃO PODE SER DRAGADO POR UMA ANÁLISE BUROCRÁTICA DOS PROTOCOLOS JURÍDICOS. PRESUNÇÃO DE VULNERABILIDADE RELATIVIZADA E EXCEPCIONALMENTE AFASTADA. RECURSO DA ACUSAÇÃO DESPROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n.º 2013.039419-6, da comarca de Modelo (Vara Única), em que é apelante Ministério Público do Estado de Santa Catarina, e apelado J. L. M. dos S.:

A Segunda Câmara Criminal decidiu, por votação unânime, conhecer e negar provimento ao recurso. Custas legais.

Participaram do julgamento, realizado nesta data, os Exmos. Srs. Desembargadores Sérgio Rizelo e Volnei Celso Tomazini.

Florianópolis, 24 de setembro de 2013.

Ricardo Roesler
RELATOR E PRESIDENTE

RELATÓRIO

Ao relatório da sentença de fls. 104-107, acrescento que a denúncia foi julgada improcedente para absolver o acusado J. L. M. dos S. da prática do crime previsto no art. 217-A do Código Penal, com fundamento no art. 386, III, do CPP.

Inconformado, o Ministério Público recorreu, postulando a condenação do réu. Contrarrazões às fls. 117-122.

Lavrou parecer pela douta Procuradoria-Geral de Justiça o Exmo. Sr. Dr. Paulo Roberto de Carvalho Roberge, que opinou pelo provimento do recurso (fls. 239-242).

É o relatório.

VOTO

Trato de apelação criminal interposta pelo Ministério Público contra a sentença que absolveu J. L. M. dos S. da acusação de infração ao disposto no art. 217-A, na forma do art. 71, ambos do Código Penal, que assim prescreve:

“Art. 217-A. Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos:

Pena - reclusão, de 8 (oito) a 15 (quinze) anos.”

No caso, falou-se no cometimento de crime de estupro contra uma garota de 12 (doze) anos, à época, praticado, veja-se, por um jovem de 19 (dezenove) anos.

De fato, não vejo dificuldades em identificar tanto autoria quanto materialidade. A prova testemunhal mostrou-se bastante coerente – todos os depoimentos da fase policial (até mesmo o interrogatório do acusado, que admitiu ter mantido conjunção carnal com a vítima) foram confirmados em Juízo – creio que a prova seja suficiente para apontar tanto a ocorrência da relação sexual quanto seu autor. A dinâmica dos fatos, aliás, a meu sentir nem permite outra conclusão, como também, penso eu, revele que a conduta em questão está para além de alguma tipificação penal.

Não creio que o caso seja daqueles que se permita ser dragado pela burocracia dos protocolos jurídicos. A questão por si cuida de tema delicado – a violência presumida em face da pouca idade da vítima – e vem tratada de modo bastante ortodoxo, frio, matemático: o recorrente foi acusado pelo só-fato de ter mantido relação sexual com a vítima; não se considera o cenário em que os fatos se ambientam, e tampouco seus atores. Seu crime é, pois, o cometimento de ato sexual, pura e simplesmente, com menor de quatorze anos.

Muito se discute (ainda hoje, mesmo diante da alteração do tipo penal) em torno da presunção de violência. Não me interessa as miudezas do tema, mas razão dessa prescrição legal, de fácil constatação: considera-se a imaturidade da vítima, ou alguma condição particular que lhe impeça o completo discernimento da realidade.

Conforme explicita Magalhães Noronha, a par da antiga tipificação do estupro com violência presumida, “*tal presunção origina-se da menor possibilidade de defesa que tem a vítima, e, como sói acontecer, maior se torna então a defesa pública, através da lei, onde a defesa particular inexistente ou é por demais precária*” (*Direito penal*, v. 3, p. 212).

Assim, se um adulto comete algum ato libidinoso com um menor, aponta-se o domínio daquele sobre este, por ter plena consciência dos desdobramentos de sua conduta – quer em relação à vítima, quer em relação a si mesmo – e, de outro vértice, supõe-se que a imaturidade da vítima a torna refém do adulto, mais experimentado.

Mas há algo mais: quando se presume a submissão do menor ao jugo do adulto considera-se o fato de que a relação dali desenrolada não permite reciprocidade, uma vez que aquele - o menor - é apenas o objeto de um jogo de sedução vocacionado a um fim único, o de satisfação da lascívia do seu algoz. Não há indagação maior quanto à eventual satisfação da vítima, que é de todo indiferente, pois em qualquer caso ela servirá unicamente aos desejos do agressor.

Logo, bem por isso, não se discute propriamente o critério adotado pela lei, pois há faculdade legislante para fixar a capacidade por presunção, a partir do critério etário (Guilherme de Souza Nucci, Código penal comentado, 2009, p. 897); todavia, ele não pode ser visto de modo absoluto e irrestrito, sobretudo quando a instrução tenha revelado que, em princípio, sequer mesmo houve algum tipo de assédio premeditado em face da vítima.

O relato dos fatos parece revelar de modo muito claro circunstâncias que, sem dispensar alguns cuidados particulares, está muito distante da necessidade de alguma repreensão penal.

O acusado, aparentemente, envolveu-se afetivamente com a ofendida, afirmando que conviveu com ela por algum tempo. O que se tem, então, é um grande dilema.

Segundo relatam a vítima e acusado (fls. 13 e 18-19), conheceram-se na praça da cidade, começaram a namorar e foram morar juntos.

Contudo, a denúncia surgiu por parte da mãe da vítima, haja vista que no dia do primeiro encontro do “jovem casal”, a genitora pensou que a garota havia fugido, como era de costume:

“[...] a declarante é genitora e responsável legal de F. R., que a mesma desapareceu conforme o Boletim de Ocorrência descrito; que a declarante afirma que F. estava com T. M.; que F. retornou em 5.1.2011 com T.; que F. esta namorando com T. aproximadamente três semanas; que a declarante é a favor do namoro pois afirma que F. após ter começado a namorar “mudou muito [...]”. (fl. 16).

Perante a autoridade judicial, a genitora informou que eles começaram a namorar no início de janeiro de 2011; depois que começaram a namorar a sua filha mudou muito, haja vista que era rebelde e tinha o

hábito de fugir de casa; que ela começou a ficar em casa, comportada, que aprendeu muita coisa; que os dois moraram em sua casa, por um período, e que concordava com o namoro; que sabia que eles mantinham relação sexual; no dia da denúncia, procurou a delegacia porque pensou que a menina havia fugido; que esta foi a primeira vez que eles saíram juntos; que atualmente são mais amigos e companheiros do que eram no começo do namoro (mídia de fl. 84).

Ao juízo, o acusado declarou expressamente que a acusação constante na denúncia é verdadeira; que mantiveram relação sexual, mas nunca forçado, sempre consentida; que tiveram relações sexuais somente depois de um mês de namoro; que sabia que ela tinha 12 anos, na época; que ela lhe contou que não era mais virgem; posteriormente, moraram juntos, aproximadamente, 10 meses, sendo a metade do período na casa de seus pais e a outra metade na casa dos pais da garota (mídia de fl. 84).

O depoimento da vítima não destoou das alegações do réu. Informou que conheceu o acusado por meio de uma amiga em comum; que pegou o número do telefone dele e ligou várias vezes, até que marcaram um encontro; que conhece o acusado há 1 (um) ano e 4 (quatro) meses; que no período descrito na denúncia eram namorados; que mantiveram relações sexuais; que moraram juntos um período na casa da mãe dele e outro período na casa de seus pais; que o acusado não foi a primeira pessoa com quem manteve relações sexuais, que nunca foi forçada (mídia de fl. 84).

Ora, como se vê o ato foi consensual entre as partes. A vítima e o acusado se conheceram ainda quando aquela contava com idade de 12 (doze) anos de idade e ele com idade de 19 (dezenove) anos. Ato contínuo, começaram a namorar, o que evoluiu para um relacionamento mais sério, oportunidade em que decidiram morar juntos. Depois disso, o que se seguiu não foi mais que o previsível desfecho, e isso, por assim dizer, de modo muito natural, sem nenhum refinamento. Inclusive, os pais da vítima aprovaram o relacionamento dos dois.

Infiro dos depoimentos do acusado e da vítima que estes teriam se relacionado sexualmente após um mês de namoro. Observo que algumas conclusões sumárias são simples: a de que não houve, antecipadamente, a tentativa do réu em persuadir ou coagir a menor a qualquer ato, bem porque o interesse surgiu tanto da vítima quanto do acusado.

No mais, noto que se fala de uma relação com considerável grau de solidez – o que normalmente se espera e pressupõe – tendo em vista a coabitação que se seguiu. Ou seja, não se fala de uma relação aventureira, ou mesmo da tentativa do apelante de esquivar-se da repressão penal. Do pouco que se tem notícia, a relação havida foi duradoura, e ao fim dela ainda possuem laços de afeição.

Talvez impressione alguns o fato do recorrente contar com 19 (dezenove) anos e a vítima ter então apenas 12 (doze) anos, à época. De fato, simplesmente cogitada a diferença de idades causa algum impacto, ao tempo que sugere um juízo primário de responsabilidade do agente, notadamente com a proteção dada aos menores por lei. Mas é necessário cuidado com essa conclusão inocente, bem porque toda inocência - sem falso trocadilho - tem seu preço. Não creio que neste caso se possa cogitar algum tipo de sedução, nada obstante a idade de cada um. Tampouco posso admitir que a menor foi simplesmente objeto de satisfação da lascívia alheia.

No mais, mesmo tendo em conta a diferença etária entre um e outro, é difícil mesmo supor que tenha havido alguma tentativa de seduzir a menor; ela mesma, é bom lembrar, relatou em juízo alguma experiência sexual anterior. Se fê-lo como tentativa de inocentar o apelante ou como relato concreto de experiência sexual, é indiferente; o fato é que evidencia não haver inocência suficiente para justificar a presunção legal. Daí, o eventual consentimento da vítima (volto a afirmar: em nenhum momento se cogita de violência real) não pode ser simplesmente ignorado.

A vocação da norma penal, creio, é bem distinta da simples punição pela prática de ato sexual com menor, mas de sua participação como simples objeto, quando o agente se vale de sua inocência e inexperiência. Não me parece ser o caso.

Talvez por desmedida pudicícia, talvez mesmo por um contraditório sentimento puritano ou por pura hipocrisia sacralizamos qualquer contato sexual, e, no mais das vezes, ainda amarrados a alguns ranços seculares associamos qualquer forma de prazer à necessidade de penitência, própria ou alheia. Essa inconfissão do desejo e do sexo faz lembrar a contradição relatada por João Cabral de Melo Neto em *Agrestes*: “*não haverá nesse pudor/de falar-me uma confissão,/uma indireta confissão,/pelo avesso, e sempre impudor?*”. Talvez haja. E a eventual dificuldade de dar tratamento mais consentâneo ao tema é puramente simbólica: o sexo continua tabu, símbolo de luxúria e devassidão. O pecado original assim permanece, o fruto continua proibido. Por isso a insistência, normalmente cega, de demonização do acusado, independentemente de sua idade e do cenário, signo de um sentimento ambivalente, que exige prazer e suplício juntos.

Penso, sobretudo considerando a severidade da norma penal aplicável à espécie - sensivelmente mais rigorosa, veja-se, que a pena inicial do homicídio - que se deva reserva-la àqueles casos em que a prova evidencie o domínio do agente e a busca cega pela satisfação da lascívia.

No mais, a solução caminha muito longe da intervenção penal; se há de ser feito algo, o arranjo é outro, muito distante da severidade proposta no campo da punição penal.

Voto, por isso, pelo desprovimento do recurso.

É como voto.

TERCEIRA CÂMARA CRIMINAL

APELAÇÕES CRIMINAIS

Apelação Criminal (Réu Preso) n. 2013.036580-3, da Capital

Relator: Des. Torres Marques

APELAÇÃO CRIMINAL. TRIBUNAL DO JÚRI. HOMICÍDIO QUALIFICADO PELO MOTIVO TORPE E PELO EMPREGO DE RECURSO QUE DIFICULTOU A DEFESA DA VÍTIMA E PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DE USO PERMITIDO, EM CONCURSO MATERIAL.

PLEITEADA A REVOGAÇÃO DA PRISÃO CAUTELAR. DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE AFASTADO COM FULCRO NA APLICAÇÃO DA LEI PENAL. MATÉRIA, INCLUSIVE, JÁ DISCUTIDA EM *HABEAS CORPUS*. CONTEXTO INALTERADO. PRELIMINAR REPELIDA.

PRETENDIDA A ANULAÇÃO DO JULGAMENTO POR NÃO TEREM SIDO SORTEADOS NOVOS JURADOS APÓS O ADIAMENTO DE SESSÃO ANTERIOR. DEFENSORES DO APELANTE QUE SEQUER SE INSURGIRAM CONTRA A CONVOCAÇÃO DOS MESMOS JUÍZES NÃO TOGADOS PARA A REUNIÃO SEGUINTE. AUSÊNCIA, ADEMAIS, DE COMPROVAÇÃO DE PREJUÍZO POR INOBSERVÂNCIA DO PROCEDIMENTO. MÁCULA NÃO VERIFICADA.

AVENTADA A IMPOSSIBILIDADE DE JULGAMENTO ANTE A NÃO PRECLUSÃO DA PRONÚNCIA. PENDÊNCIA DE AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL QUE NÃO IMPEDE A SUBMISSÃO DO ACUSADO A JULGAMENTO PERANTE O TRIBUNAL DO JÚRI. RECURSO DESPROVIDO DE EFEITO SUSPENSIVO. IRREGULARIDADE AFASTADA.

QUESTIONADA A REALIZAÇÃO DA SESSÃO ANTES DO TRÂNSITO EM JULGADO DO DESAFORAMENTO QUE FOI PEDIDO PELO ACUSADO. DESNECESSIDADE DE SE AGUARDAR A DEFINITIVIDADE DA DECISÃO NAQUELE INCIDENTE, QUE, A MÍN-GUA DE DECISÃO SUSPENSIVA DO RELATOR, SEQUER INVIABILIZARIA A SOLENIDADE. VÍCIO INEXISTENTE.

ARGUIDA A CONTRARIEDADE À PROVA DOS AUTOS. LEGÍTI-MA DEFESA NÃO ACOLHIDA PELOS JURADOS. EXISTÊNCIA DE VERSÕES DISTINTAS A RESPEITO DOS FATOS, AMBAS COM SUPORTE NOS ELEMENTOS DE CONVICÇÃO TRAZIDOS À ANÁLISE DOS JUÍZES LEIGOS. POSSIBILIDADE DE ADMISSÃO DE UMA DELAS PELO CONSELHO DE SENTENÇA. QUALIFICADORAS QUE TAMPOUCO SE MOSTRARAM DISSOCIADAS DA PROVA. DESINTELIGÊNCIAS SOBRE QUESTÕES CONDOMINIAIS QUE SE MOSTRAM CAPAZES DE CARACTERIZAR A MOTIVAÇÃO IGNÓBIL. DISPAROS EFETUADOS QUANDO A VÍTIMA SE VIRAVA DE COSTAS E TAMBÉM DEPOIS DE JÁ CAÍDA NO CHÃO QUE SUGEREM A IMPOSSIBILIDADE DE DEFESA. VEREDICTO NÃO ALHEIO AO CONTEXTO FÁTICO-PROBATÓRIO. PREVALÊNCIA DA SOBERANIA DO TRIBUNAL DO JÚRI. DECISÃO MANTIDA.

REQUERIDA A ABSORÇÃO DO CRIME DE PORTE DE ARMA DE FOGO PELO CRIME DE HOMICÍDIO. RELAÇÃO MEIO-FIM NÃO VERIFICADA. PORTE PRETÉRITO QUE, TODAVIA, NÃO FOI INDAGADO AOS JURADOS. QUESITO QUE SE LIMITOU A QUESTIONAR SE O RÉU PORTAVA A ARMA DE FOGO NO DIA DOS FATOS. PECULIARIDADE QUE DETERMINADA A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA CONSUNÇÃO. PRECEDENTE DA CÂMARA. EXCLUSÃO DO REFERIDO DELITO QUE SE IMPÕE.

CONCESSÃO DO BENEFÍCIO DA JUSTIÇA GRATUITA. MATÉRIA AFETA AO JUÍZO DA CONDENAÇÃO. NÃO CONHECIMENTO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal (Réu Preso) n. 2013.036580-3, da comarca da Capital (Vara do Tribunal do Júri), em que é apelante Rogério Postai, e apelados o Ministério Público do Estado de Santa Catarina e o Assistente do Ministério Público:

A Terceira Câmara Criminal decidiu, por votação unânime, afastar a preliminar, conhecer em parte do recurso e dar-lhe parcial provimento apenas para excluir a condenação pelo crime tipificado no art. 14, *caput*, da Lei n. 10.826/03. Custas legais.

Participaram do julgamento, realizado nesta data, os Exmos. Des. Alexandre d'Ivanenko e Moacyr de Moraes Lima Filho. Funcionou pela Procuradoria-Geral de Justiça o Exmo. Dr. Ivens José Thives de Carvalho.

Florianópolis, 3 de dezembro de 2013.

Torres Marques
PRESIDENTE E RELATOR

RELATÓRIO

Na comarca da Capital (Vara do Tribunal do Júri), o representante do Ministério Público ofertou denúncia Rogério Postai, dando-o como incurso nas sanções do art. 121, § 2º, I e IV, do Código Penal e do art. 14, *caput*, da Lei n. 10.823/03, em virtude dos fatos assim narrados na exordial acusatória:

Fato 01

No dia 10 de junho de 2010, Rogério Postai, enraivecido com o fato de Rodrigo da Luz Silva, na qualidade de síndico do Condomínio Village Campeche, local em que ambos residiam, haver apontado o descumprimento de diversas regras condominiais por parte do denunciado, decidiu ceifar-lhe a vida.

Por volta as 22h10min, na Rodovia SC 405, no Rio Tavares, nesta Capital, Rogério Postai colocou-se diante do Condomínio Village Campeche, a espreita de seu desafeto, Rodrigo da Luz Silva. Ao divisar a vítima, imbuído de

vontade de matar, calcado em motivo torpe, qual seja o desejo de vingança, efetuou contra esta diversos disparos com a pistola calibre .380 que, adrede-mente portava. Tais disparos ocasionaram os ferimentos escritos no Laudo de Exame Cadavérico e foram a causa eficiente da morte de Rodrigo.

Não fora isso, o crime foi cometido mediante o emprego de recurso que dificultou a defesa da vítima, colhida que foi por uma saraivada de tiros, que lhe impediram que buscasse abrigo.

Fato 02

No dia 10 de junho de 2010, em horário ignorado, na Rodovia SC 405, Rio Tavares, nesta Capital, na frente do condomínio Village Campeche, em pleno passeio público, Rogério Postai portava uma pistola, marca Taurus, modelo PT 938, sem autorização e em desacordo com determinação legal e regulamentar.

Após levar a cabo o crime de homicídio, o denunciado, ainda na posse da pistola, se evadiu do local, escondendo a arma em um matagal próximo ao aludido Condomínio.

Encerrada a instrução, a denúncia foi admitida para pronunciá-lo pela prática dos crimes de homicídio qualificado pelo motivo torpe e emprego de recurso que impossibilitou a defesa da vítima e de porte ilegal de arma de fogo de uso permitido (fls. 703/713, vol. 4).

Interposto recurso em sentido estrito (fl. 732, vol. 4), esta Terceira Câmara Criminal negou-lhe provimento (fls. 803/816, vol. 4).

Foi manejado recurso especial, o qual não foi admitido (fls. 855/861, vol. 4), e posteriormente o agravo respectivo (fls. 864/877, vol. 4), que ainda não foi apreciado pelo Superior Tribunal de Justiça.

Com a baixa dos autos, Rogério Postai foi submetido a julgamento pelo Tribunal do Júri e condenado às penas de 17 (dezessete) anos de reclusão, em regime fechado, e de 10 (dez) dias-multa, no valor mínimo legal, por infração ao disposto no art. 121, § 2º, I e IV, do Código Penal, e art. 14, *caput*, da Lei n. 10.826/03, na forma do art. 69 do Código Penal.

Insatisfeito, interpôs recurso de apelação (fl. 1731, vol.8). Em suas razões (fls. 1755/1767, vol. 8), arguiu a nulidade do julgamento por não ter sido realizado novo sorteio de jurados após o adiamento da sessão imediatamente anterior. Afirmou, ademais, que a convocação do Tribunal do Júri não poderia ser realizada antes do trânsito em julgado da decisão de pronúncia ou do pedido de desaforamento. Sucessivamente, postulou a anulação do julgamento por ser a decisão dos jurados manifestamente contrária à prova dos autos, uma vez que os elementos de convicção demonstram ter agido em legítima defesa ou, ainda, sob o domínio de violenta emoção, sem quaisquer das qualificadoras admitidas. Do contrário, pleiteou a redução da pena-base do homicídio ao mínimo legal e a absorção do porte de arma pelo delito contra a vida. Ao final, ainda pugnou pela concessão do benefício da assistência judiciária gratuita e pela revogação da sua custódia cautelar.

Ofertadas as contrarrazões pelo representante do Ministério Público (fls. 1773/1791, vol. 8), ascenderam os autos a esta Superior Instância, opinando a Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer da lavra do Exmo. Dr. Pedro Sérgio Steil, pelo não provimento do recurso (fls. 1794/1807, vol. 8).

Após, foram ainda apresentadas as contrarrazões do assistente de acusação (fls. 1810/1816, vol. 8).

VOTO

Trata-se de recurso de apelação criminal interposto por Rogério Postai contra a decisão do Tribunal do Júri que o condenou pelos crimes de homicídio qualificado pelo motivo torpe e pelo emprego de recurso que dificultou a defesa da vítima e de porte ilegal de arma de fogo de uso permitido, em concurso material.

Direito de recorrer em liberdade

Em seus arrazoados, o recorrente postulou a revogação da prisão preventiva, sem quaisquer esclarecimentos, pedido este que, de toda sorte, não merece maiores considerações.

Isso porque a possibilidade de soltura do recorrente após o advento da sentença condenatória já foi, inclusive, objeto de análise em sede de *habeas corpus*, oportunidade em que esta Câmara julgou necessária a conservação da custódia cautelar.

A propósito, extrai-se do corpo do acórdão:

Ocorre que, na hipótese, a manutenção da segregação provisória é consequência lógica da subsistência de fundamentos que outrora a autorizaram a fim de assegurar bens jurídicos que devem, nos limites da medida excepcional, preponderar sobre a liberdade individual do paciente.

As ponderações relacionadas à gravidade abstrata do ilícito penal e à quantidade de pena imposta, de fato, não são aptas a justificar, por si sós, a prisão provisória após o advento do édito condenatório.

No entanto, a mesma conclusão não se repete quanto aos motivos referentes à necessidade de se resguardar a aplicação da lei penal, uma vez que o juiz-presidente reiterou os fundamentos então utilizados para decretar a prisão cautelar do paciente, o qual, ao adotar sucessivos expedientes procrastinatórios, demonstrou a intenção de furtrar-se à incidência do preceito secundário da norma incriminadora acaso se confirme a condenação.

Acerca da validade da fundamentação lançada nesses termos, já se manifestou esta Câmara recentemente. Vejamos:

HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO QUALIFICADO PELO MOTIVO TORPE E PELO EMPREGO DE RECURSO QUE IMPOSSIBILITOU A DEFESA DA VÍTIMA E PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO. PRISÃO PREVENTIVA DECRETADA EM PLENÁRIO DEPOIS DO ADIAMENTO DA SESSÃO. ARGUIDA A AUSÊNCIA DE FUNDAMENTOS À CUSTÓDIA CAUTELAR. DECISÃO ALICERÇADA NOS

SUCESSIVOS ADIAMENTOS ATRIBUÍDOS À DEFESA. CONTEXTO QUE EVIDENCIA A INTENÇÃO DE O PACIENTE FURTAR-SE À INCIDÊNCIA DA NORMA PUNITIVA. NECESSIDADE DA SEGREGAÇÃO PARA GARANTIR A APLICAÇÃO DA LEI PENAL. AUSÊNCIA DE OFENSA AO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA. PREDICADOS PESSOAIS DO PACIENTE QUE NÃO INVIABILIZAM O CÁRCERE. COAÇÃO ILEGAL NÃO VERIFICADA. ORDEM DENEGADA. (*Habeas Corpus* n. 2013.025075-3, da Capital, deste relator, j. 14/5/2013)

Com isso, mantido o quadro fático que previamente recomendava a custódia cautelar do paciente, não há razão para, com o advento da sentença condenatória, agraciar-lhe com o direito de apelar em liberdade, cuja negativa vai ao encontro do entendimento já exarado a respeito dos fundamentos da prisão preventiva, nos termos do art. 312 do Código de Processo Penal.

A propósito:

É inconciliável com a realidade processual manter-se o acusado preso durante a instrução e, após a sua condenação, pô-lo em liberdade, porque depois de tal provimento judicial se tem como reforçado ou densificado o acervo incriminatório coletado contra os réus. (HC 197578/SP, rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, 5ª Turma, j. 21/6/2011)

Ademais, é salutar lembrar que a custódia provisória não importa ofensa ao princípio da presunção de inocência, uma vez que a prisão cautelar tem natureza estritamente processual e não se confunde com a antecipação de qualquer modalidade de pena sem o devido processo legal. (*Habeas Corpus* n. 2013.035330-3, da Capital, deste relator, j. 25/6/2013)

Dessa forma, não há razão para a revogação da prisão preventiva, diante da subsistência do quadro fático que a recomendou anteriormente.

Ausência de novo sorteio dos jurados

O recorrente sustentou a nulidade do julgamento por não ter sido realizado novo sorteio dos jurados a serem convocados para a sessão do dia 29 de maio, designada após o adiamento do julgamento marcado para o dia 24 de abril, ambos do ano em curso.

Na primeira solenidade, diante do não comparecimento do acusado e da recusa dos defensores no prosseguimento do julgamento, por considerarem sua presença imprescindível, foi deferido o pedido de suspensão dos trabalhos e transferência do ato para nova data, ocasião em que ficaram de pronto intimados os jurados, os advogados e as testemunhas presentes, conforme consta da ata da sessão à fl. 1592.

Os patronos do réu, Dra. Ediléia Buzzi e Dr. Jeremias Felski, nada alegaram a respeito da convocação dos mesmos jurados para a nova sessão a ser realizada no mês seguinte, de modo que anuíram à providência adotada pelo juiz-presidente do Tribunal do Júri tão logo houve a redesignação.

Temerário, portanto, apenas na data do novo julgamento arguïrem – juntamente com o novo patrono, Dr. Célio Höhn – que tal procedimento estava inquinado de vício, com a intenção de, uma vez mais, evitar a realização do ato agendado para aquela oportunidade.

Com isso, andou bem o magistrado ao salientar que, na hipótese de redesignação, não há irregularidade na convocação dos jurados sorteados para a reunião periódica anterior – quando seria realizado o julgamento adiado – a fim de participarem da nova solenidade remarcada para o mês seguinte, até porque tal providência inviabiliza que, por vias transversas, haja recusa imotivada dos juizes leigos inseridos na primeira listagem.

Não bastasse, o reconhecimento da nulidade apontada – diante da ausência de novo sorteio entre o décimo quinto e o décimo dia útil antecedente à instalação da reunião – dependeria invariavelmente da comprovação de prejuízo à parte, o que tampouco se vislumbra na hipótese, porquanto a mera alegação de que o uso da mesma lista de jurados permitiu que fossem alvo de uma grande campanha com o desiderato de influenciá-los não é capaz de fomentar a perda da imparcialidade dos juizes não togados.

Aliás, o apontado comprometimento da livre convicção dos jurados que integrariam o Conselho de Sentença já foi, inclusive, objeto do Pedido de Desaforamento n. 2013.023463-2, da relatoria deste signatário, o qual sequer teve sucesso por ausência de comprovação da possível influência da mídia ou da população local sobre o ânimo dos juízes leigos atrelados ao julgamento da causa.

Com isso, malgrado a alegação de violação aos arts. 432 e 433 do Código de Processo Penal, diante da falta de comprovação efetiva do gravame suportado pelo recorrente, não há qualquer nulidade a ser reconhecida por esta Instância Revisora, notadamente por força do art. 563 do mesmo diploma legal, que exterioriza a máxima *ne pas de nulitté sans grief*.

A propósito:

AGRAVO REGIMENTAL. PROCESSUAL PENAL. NULIDADE RELATIVA. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DE EFETIVO PREJUÍZO. PRECLUSÃO. RECURSO DESPROVIDO.

1. O parcial descumprimento dos arts. 433 e 455, § 2.º, ambos do Código de Processo Penal, gera nulidade relativa, cujo reconhecimento depende da demonstração de efetivo prejuízo, que não houve no caso presente.
2. Se a defesa não alega a pretensa nulidade em tempo hábil, a matéria torna-se preclusa, não cabendo arguição posteriormente.
3. Recurso desprovido. (AgRg no Ag 1045073/RS, rel. Laurita Vaz, j. 2/6/2009)

Em consequência, inexistente mácula procedimental a ser reconhecida na hipótese.

Ausência de trânsito em julgado da pronúncia

O recorrente, por sua vez, também arguiu a nulidade do julgamento por não estar preclusa a decisão que determinou sua submissão ao Tribunal do Júri, diante da interposição de recurso especial – e posterior agravo – contra o acórdão que negou provimento ao recurso em sentido estrito.

Ocorre que inexistente qualquer irregularidade por conta da realização da sessão plenária antes do pronunciamento definitivo a respeito da remessa da causa à apreciação do Conselho de Sentença, porque a pendência de recursos extraordinários – *lato sensu* – não tem aptidão, notadamente pela ausência de efeito suspensivo, para sobrestar o andamento do feito e o início da segunda fase do procedimento escalonado do Tribunal do Júri.

Nesse sentido:

Como decisão interlocutória mista que encerra a fase de formação de culpa e inaugura a de preparação do julgamento em plenário, a pronúncia é sabidamente desprovida de eficácia condenatória, não impedindo que após a confirmação da decisão pelo Tribunal em sede de recurso em sentido estrito o recorrente seja levado a julgamento popular, ainda na pendência de recurso especial, desprovido de efeito suspensivo. (AgRg no REsp 1195102/PE, rela. Mina. Maria Thereza de Assis Moura, j. 21/5/2013)

E ainda:

Ainda que estejam pendentes de apreciação recursos de índole excepcional – especial e extraordinário – interpostos contra a decisão que confirma a pronúncia, não há impedimento a que se passe à segunda fase do procedimento escalonado do júri, uma vez que esses recursos não são dotados de efeito suspensivo. (HC 110227/DF, rel. Min. Og Fernandes, j. 4/8/2009)

Assim, não há cogitar qualquer desrespeito à instância superior ou sua supressão e tampouco ofensa à ampla defesa, à medida que a convocação dos jurados, em hipóteses tais, prescinde do trânsito formal da pronúncia, que foi confirmada por esta Corte.

Ausência de trânsito em julgado do desaforamento

Melhor sorte não assiste ao apelante em relação à impossibilidade de realização do julgamento pelo Tribunal do Júri antes de transitado em julgado o pedido de desaforamento.

Isso porque, se nem mesmo a formulação da referida providência a esta Corte tem o condão de suspender o julgamento em plenário, já que, à luz do art. 427, § 2º, do Código de Processo Penal, o sobrestamento apenas seria determinado pelo relator diante da relevância dos motivos alegados, por óbvio que tampouco se afigura necessário, ao juiz-presidente, aguardar a definitividade da decisão proferida pelo Colegiado naquele expediente.

Dessarte, “não há qualquer ilegalidade na realização do Júri antes da apreciação, pelo Tribunal a quo, do pedido de desaforamento, pois este não possui efeito suspensivo” (HC 53506/BA, rela. Mina. Laurita Vaz, j. 13/12/2007).

E também:

Ainda que quando do julgamento do condenado estivesse pendente ação de desaforamento, não tendo sido demonstrado qualquer elemento que apontasse devesse ser o processo desaforado, bem como não havendo prejuízo concreto, não se acolhe a alegação de nulidade. (TJRS, Apelação Crime n. 70020817169, rela. Desa. Elba Aparecida Nicolli Bastos, j. 8/4/2010)

Com isso, também carece de respaldo a assertiva relacionada à necessidade de prévio exaurimento da impugnação à realização do julgamento na comarca da Capital, atualmente objeto de questionamento perante o Superior Tribunal de Justiça por meio do HC 272673.

De outra parte, as demais ponderações defensivas acerca da falta de imparcialidade do juízes leigos em decorrência da forte campanha da mídia e da acusação contra o recorrente são de todo inoportunas, mesmo porque, como dito nas linhas anteriores, o tema já foi analisado no julgamento do pedido de desaforamento.

Decisão contrária à prova dos autos

O recorrente ainda aventou a hipótese de julgamento contrário à prova dos autos, ao argumento de que os elementos de convicção ameaçados ao longo da instrução demonstram ter atuado em legítima defesa ou, porventura, sob o domínio de violenta emoção após injusta provocação da vítima.

Ocorre que a assertiva de que a versão acusatória é inteiramente infundada não merece aqui prosperar, porque o conjunto probatório coligado aos autos revela a plausibilidade da narrativa acolhida pelo Conselho de Sentença ao final do procedimento do Tribunal do Júri.

Rogério, de fato, sempre alegou que a vítima o xingou na frente do condomínio onde ambos residiam e foi em sua direção, quando então o agrediu com um tapa no rosto e um chute na perna, levando-o a cair no chão indefeso, razão pela qual utilizou-se da arma de fogo por temer por sua vida.

Em juízo, relatou:

Que após um dia de rotina, de estudo e trabalho, chegou no condomínio onde mora, de ônibus, e como não tinha a chave do portão de pedestres, tentou acionar, com o controle remoto, o portão de passagem de veículos, o qual não funcionou; em seguida chegou a vítima e lhe disse “que ironia nós dois nos encontrarmos aqui fora”, momento em que se assustou, pois estava de costas para a rua e não percebeu a aproximação da vítima; que se dirigiu à vítima e disse: “não precisava toda essa discórdia entre nós Rodrigo, eu só queria que tivesse um pouco mais de transparência nas questões do condomínio, para que as pessoas pudessem participar mais”; aí a vítima foi em direção ao portão de pedestres e o abriu, tendo então solicitado a ela “por favor Rodrigo, você poderia deixar o portão aberto, porque o controle remoto não está funcionando”, tendo então se deslocado até o portão, momento em que a vítima, não atendendo ao pedido, fechou o “portão no meu rosto” e disse logo em seguida: “tu és um filha da puta, por isso vai ficar mofando aí fora”; que já havia “um histórico de divergência entre a gente”; que a vítima fechou o portão e o réu ficou do lado de fora; a vítima seguiu em frente e depois disso “teve palavrões e baixou o nível, a coisa ficou de baixo calão”, tendo a vítima então seguido em frente; que tentou então digitar um código para tentar abrir o portão, sem qualquer resultado; que então voltou até o portão de pedestre e percebeu que a vítima vinha retornando e logo foi dizendo: “eu vou aí fora fazer o que te prometi”; que ficou “parado e com medo, porque era noite, e porque já tinha todo um histórico de divergências e ameaças”, já que Rodrigo (a vítima), já teria dito que “de qualquer maneira eu sairia de lá, vivo ou morto”; que a vítima então veio em sua direção e disse: “quem manda aqui sou eu e o grupo que me apóia e lhe desferiu um soco no rosto “que meus óculos voaram e fiquei atordoado, caíram meus óculos, quebraram a lente”; logo em seguida, já sem óculos, a vítima lhe desferiu um golpe na perna, sendo ela lutadora de artes marciais e “truculenta”; que nunca “sentiu”, imaginou que a vítima poderia lhe agredir em razão das desinteligências que mantinham por conta das coisas do condomínio; que depois do chute, caiu ao chão e atordoado retirou a arma (que já possuía antes mesmo de ir morar naquele condomínio, e até de conhecer a vítima), e a portava, naquela noite, em razão do alto índice de criminalidade ocorrente no sul da ilha; que naquele dia portava a arma desde cedo; que na sequência, estando caído, a vítima veio para cima do interrogando, tendo então, mesmo sem enxergar perfeitamente, porque era noite e estava sem óculos, engatilhou a arma e atirou, por que “naquele momento era a minha vida e senti medo de morte, era como

um instinto de sobrevivência”; aí passou a atirar a esmo, sem fazer qualquer mira, atirando “onde via movimento”, pois a vítima vinha em sua direção fazendo golpes de artes marciais; que efetuou os disparos em sequência, acreditando ter dado quatro tiros; que não viu que os tiros atingiam a vítima; que após os tiros, levantou-se e saiu correndo em direção à rodovia; que não sabe se alguém presenciou o fato; que se escondeu em um arbusto na beirada da rodovia e logo foi encontrado pelos policiais que efetuaram a sua prisão, tendo logo admitido ser o autor dos disparos efetuados contra a vítima; que as divergências com a vítima tiveram início tão logo ela assumiu a função de síndico, estritamente no que se referia à gestão do condomínio; que realmente atirou, mas não tinha a intenção de matar ou ferir Rodrigo, porém naquele momento estava apavorado, e também porque recebia constantes ameaças por parte da vítima; que apesar dessas ameaças, nunca registrou nenhum boletim de ocorrência; que por volta de dois meses antes do fato já vinha portando a arma usada no crime; que andava armado por conta da violência de um modo geral, e também em função das ameaças de morte que sofria; que os disparos foram efetuados no momento em que estava caído, se levantando e quando já estava em pé, correndo do local (mídia de fl. 658).

No plenário, manteve basicamente a mesma versão a respeito dos acontecimentos, com o acréscimo ou a modificação de algumas informações. Afirmou que, no dia dos fatos, trabalhou e foi para a faculdade, tendo retornado à noite para casa de ônibus. Esclareceu que não estava armado ao longo do dia, pois deixou a arma escondida – naquela manhã – junto a algumas pedras que ficavam num local próximo à entrada do condomínio. Destacou que encontrou o morador Felipe Gorga, o qual teria lhe oferecido uma carona (para Blumenau, onde tinha parentes), mas recusou a oferta e então tentou entrar no condomínio, não sem antes pegar sua pistola. Relatou que estava sem as chaves do portão de pedestres e que seu controle remoto do portão de veículos não funcionou. Asseverou que a vítima então chegou no local, o ironizou e adentrou o portão, não o deixando entrar. Acrescentou que se iniciou uma discussão com palavras de baixo calão. Ponderou que a vítima foi embora, mas de-

pois retornou, levou a mão ao paletó e, após dizer que ia cumprir o que havia prometido, foi até a rua, quando então lhe agrediu e o derrubou na brita. Alegou que uma das lentes de seu óculos quebrou, porém não recordava se eles chegaram a cair. Enfatizou que a vítima foi novamente em sua direção “com a perna” e também levou a mão paletó, motivo pelo qual passou a atirar contra ela para se defender, até porque Rodrigo era maior e estava alcoolizado. Observou que começou a atirar quando estava caído e depois foi se levantando, achando ter dado três ou quatro tiros, embora não descartasse ter efetuado mais disparos (mídia de fl. 1697).

No entanto, a narrativa alicerçada na legítima defesa real, em razão das agressões sofridas, ou putativa, por conta dos gestos da vítima, não repousa unívoca a partir da prova amealhada aos presentes autos.

A troca de insultos no portão de entrada do condomínio realmente ocorreu, tal como afirmado pela testemunha sigilosa de n. 002, que apenas ouviu de sua casa a discussão e os disparos que a seguiram.

Na fase policial, narrou o referido testigo:

Que mora nas proximidades do Condomínio Villagio Campeche; que conhecia a vítima nestes autos e o conduzido apenas de vista; que no dia dos fatos que deram origem ao presente procedimento a testemunha encontrava-se em casa quando por volta das 22:05h, ouviu uma voz masculina gritando: ‘pau no cu, tu és um pau no cu cara; tu és um filho da puta’; que nesse momento outra voz masculina em tom mais baixo falou: “vamos conversar, filha da puta...” que essa outra voz masculina estava começando a falar a palavra ‘não’ quando vários tiros foram disparados; que no momento que os disparos começaram a testemunha foi para janela e viu um homem correndo pela rodovia em direção ao Pântano do Sul, porém depois de alguns metros adentrou no mato; que um motoqueiro que trafegava na mesma direção próximo ao homem que corria retornou e foi até o posto policial; que a testemunha em seguida saiu na rua quando constatou que Rodrigo, morador do Condomínio Villagio Campeche, estava caída próximo ao portão pequeno de entrada do condomínio, pelo lado de fora, agonizando. (fl. 53)

Em juízo, ratificou que não presenciou os fatos e apenas ouviu a discussão entre o acusado e a vítima em frente ao condomínio, já que morava ao lado. Narrou que escutou o bate-boca com xingamentos por parte de ambos e logo depois vieram os disparos, num total de sete ou oito. Confirmou que quando foi conferir o que se passou, já viu Rodrigo no chão e a outra pessoa em fuga (mídia de fl. 658).

No ponto, malgrado a confirmação do desentendimento entre eles, cumpre aqui anotar que as demais circunstâncias não favorecem inteiramente o restante da versão apresentada pelo recorrido para justificar os desdobramentos que culminaram com o falecimento da vítima.

O acusado reiteradamente salientou que foi atingido no rosto – a princípio, com o que teria sido um soco, mas depois passou a ser um tapa – com tamanho vigor que ficou atordoado e, inclusive, teve uma das lentes dos óculos quebradas.

Ocorre que tal circunstância não desponta incontroversa, porque, conforme já observado no recurso em sentido estrito, no dia seguinte aos fatos o recorrente foi conduzido até o local onde teria abandonado a arma de fogo e, de fato, estava com os referidos óculos, sem qualquer sinal de avaria (vide fotografia de fl. 42).

Ademais, o amigo e colega de trabalho, Murilo Anchieta, confirmou, em plenário, que foi na delegacia de polícia naquela noite após receber a ligação de Rogério – que o comunicou da prisão – e, pelo que se lembrava, o acusado estava de óculos naquela ocasião (mídia de fl. 1697).

A testemunha Alexandre de Souza Ferreira – motociclista que viu parte dos fatos – igualmente confirmou que o acusado estava de óculos antes e depois da prisão pelos policiais militares (mídias de fls. 134 e 1697).

Além disso, não se pode ignorar que a agressão iminente que teria impellido o recorrente a efetuar os disparos em direção à vítima tampouco se revela uníssona, à medida que o acusado ora mencionou que Rodrigo vinha em sua direção com golpes de artes marciais, ora informou que ele fez menção de pegar alguma coisa em seu paletó.

Durante a reprodução simulada dos fatos, o acusado sustentou que a vítima – após derrubá-lo – começou a se virar para a sua própria esquerda, em direção à entrada de pedestres, momento em que efetuou os primeiros disparos contra ela por julgar que fosse sacar uma arma. Relatou, ainda, que se levantou atirando e caminhando em direção à via pública, enquanto a vítima ainda vinha ao seu encontro. Destacou, por fim, que os disparos cessaram quando a vítima caiu no canteiro de grama na frente da fachada do condomínio (fotografias e observações de fls. 548/552)

O laudo cadavérico (fls. 126/127), o laudo do local do crime (fls. 438/469) e a reprodução simulada dos fatos (547/557) sugerem que, de fato, a vítima estava de lado para o acusado – virando de costas – quando recebeu vários dos disparos, a exemplo daqueles que atingiram a região dorsal direita.

Referida situação já é suficiente para incutir dúvidas a respeito da dinâmica sustentada pelo acusado, porque é possível que a vítima – logo após o desentendimento na frente do portão –, ao invés de partir em sua direção para agredi-lo, tivesse lhe dado as costas a fim de retornar ao interior do condomínio, oportunidade em que o recorrente teria sacado a arma de fogo e efetuado os primeiros disparos em sua direção, sem qualquer atitude defensiva.

Ademais, não se pode ignorar que o motociclista que passava pelo local apresentou outra versão para esclarecer parte dos acontecimentos havidos naquela noite entre o réu e a vítima.

Alexandre de Souza Ferreira, em todas as oportunidades em que foi ouvido, noticiou que passou de moto pelo local e, ao ouvir os tiros, olhou para a entrada do condomínio, momento em que presenciou um rapaz caído e outro, de pé, atirando contra ele. Em plenário, inclusive, ratificou que viu Rogério dar cerca de cinco tiros quando Rodrigo já estava no chão. Confirmou, ainda, que o réu depois saiu andando calmamente em direção à rodovia e fugiu por um matagal, no qual foi encontrado posteriormente pela polícia com a sua ajuda (fls. 134/134v e mídias de fls. 134 e 1697).

Com isso, a assertiva de que o recorrente somente atirou enquanto a vítima ainda estava de pé e vinha ao seu encontro também não é indubitosa, pois a testemunha de visu rebateu pontualmente tal hipótese, inclusive, perante os jurados, sendo possível, diante das provas contextualizadas, que Rogério tivesse continuado a disparar contra Rodrigo mesmo depois de caído, quando obviamente não importava qualquer ameaça atual ou iminente.

Nessa perspectiva, ainda que o apelante sustente a inexistência de provas capazes de subsidiar a versão acusatória, é possível aqui vislumbrar que o raciocínio que conduziu os juízes leigos à condenação – e não à absolvição com base na excludente da legítima defesa – está alicerçado em elementos de convencimento que conferem credibilidade a tal solução.

Isso porque, no caso em evidência, há duas versões bem definidas para esclarecer o homicídio: a primeira, de que o recorrente apenas atirou contra a vítima para se defender de seu ataque iminente, real ou suposto; e a segunda, de que os disparos iniciaram à míngua de qualquer agressão por parte da vítima, que estaria parcialmente de costas para seu algoz, e continuaram mesmo depois de já estar caída e indefesa no chão.

Com isso, se subsistiam hipóteses conflitantes acerca da conduta

perpetrada pelo recorrente, ambas amparadas em parte do acervo probatório levado à consideração dos jurados, não há cogitar a contrariedade à prova dos autos se o Conselho de Sentença, ao proferir seu julgamento, acolheu a tese acusatória ao invés de prestigiar narrativa defensiva, em atenção à soberania dos veredictos.

Leciona Guilherme de Souza Nucci:

Em suma, não cabe a anulação do julgamento, quando os jurados optam por uma das correntes de interpretação da prova possíveis de surgir. Não se trata de decisão manifestamente contrária à prova, mas se situa no campo da interpretação da prova, o que é bem diferente. Consideramos que a cautela, na anulação das decisões do júri, deve ser redobrada, para não transformar o tribunal togado na real instância de julgamentos dos crimes dolosos contra a vida. (Tribunal do Júri. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 396).

E ratifica o Superior Tribunal de Justiça:

Não cabe aos tribunais analisar se os jurados decidiram bem ou mal, mas apenas verificar se a decisão do Tribunal Popular está completamente divorciada da prova dos autos. Isso porque, reserva-se ao Júri a faculdade de apreciar os fatos e de, na hipótese de versões e teses porventura discrepantes, optar pela que lhe pareça mais razoável. Assim, ainda que existam duas versões amparadas pelo material probatório produzido nos autos, deve ser preservado o juízo feito pelos jurados no exercício de sua função constitucional. (HC 158929/RJ, rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, j. 7/8/2012)

A mesma ponderação igualmente se estende à admissão das duas qualificadoras em desfavor do recorrente, as quais sequer foram excluídas da pronúncia justamente por não serem manifestamente improcedentes.

O motivo torpe, segundo leciona Cezar Roberto Bitencourt, é o que “atinge mais profundamente o sentimento ético-social da coletividade, é o motivo repugnante, abjeto, vil, indigno, que repugna a consciência média” (Tratado de direito penal, v. 2. 12. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 83).

Os jurados reconheceram a torpeza da conduta praticada pelo réu em razão de a vítima ter apontado o descumprimento de regras condominiais, o que, de fato, tem lastro na prova amealhada, haja vista que subsistem elementos de convencimento indicativos de que o mote do crime teria por base a existência de divergências relativas à gestão do condomínio onde réu e vítima residiam, sendo que a segunda – por anos – exerceu a função de síndico e foi responsável pela imposição de multas ao primeiro por inobservância de normas regimentais.

Tais discordâncias entre ambos foram amplamente retratadas nos autos, seja pelo próprio acusado e seus amigos, seja pelos demais moradores do condomínio, todos os quais fizeram alusão à discussão judicial relacionada à propriedade/posse do terreno do condomínio e à inadequação da residência do acusado ao padrão das moradias lá edificadas.

Nesse ponto, merece atenção o relato fornecido por Cinara Raquel Rosso em plenário a respeito do condomínio, pois relatou que Rogério sempre buscava conflitos e tumultos, sendo que Rodrigo – na condição de síndico – era apaziguador e, inclusive, convocava assembléias para que nenhuma penalidade fosse considerada pessoal. Narrou que, mesmo assim, Rogério tinha uma rusga com Rodrigo, uma cisma com ele, pois achava que tudo contra sua pessoa era de cunho pessoal e não em razão do condomínio (mídia de fl. 1697).

Dessarte, porquanto plausível que o acusado tenha ceifado a vida da vítima em desforra às desinteligências sobre questões do condomínios e aos desentendimentos daí decorrentes, não há razão para o decote da

qualificadora se o Conselho de Sentença, no exercício da sua competência constitucional, compreendeu, com lastro fático e probatório para tanto, que a situação trazida à sua análise revelou a repugnância da motivação que animou o apelante a efetuar vários disparos contra a vítima.

A propósito:

No caso, reconhecida a qualificadora do motivo torpe pelo Tribunal do Júri em conformidade com os fatos apresentados, não poderia o Tribunal de origem, via recurso de apelação, desconstituir a escolha dos jurados, procedendo interpretação que, sob sua ótica, se coaduna melhor à hipótese dos autos. (STJ, REsp 785122/SP, rel. Og Fernandes, j. 19/10/2010)

Outrossim, tampouco existe razão para a exclusão da qualificadora relacionada ao emprego de recurso que dificultou a defesa da vítima, uma vez que – segundo a prova já analisada – é possível que Rodrigo tenha recebido os disparos iniciais quando deu as costas para Rogério e, depois de caído, tenha sido alvejado, completamente indefeso, outras vezes por ele.

Em consequência, pelas circunstâncias, não pode ser descartada a hipótese, admitida pelos jurados, de que a vítima foi surpreendida pela atitude do acusado após a troca de ofensas e, assim, não teve tempo ou condições de se defender de um ataque realizado naquelas condições.

Inclusive, ainda que existente histórico de conflitos entre ambos, tal situação não afasta automaticamente o ocorrência da qualificadora em exame, até porque é o contexto fático da prática ilícita que dita se a impossibilidade ou a dificuldade porventura existiu no caso concreto.

Nesse sentido, já decidiu o Superior Tribunal de Justiça que “a circunstância indicativa de discussão anterior entre vítima e acusado não exclui, por si só, a qualificadora referente ao recurso que impossibilitou a defesa da vítima” (REsp 1027929/RS, rel. Min. Felix Fischer, j. 17/9/2009).

E ainda:

O fato de existir prévia animosidade entre o paciente e a vítima não exclui, por si só, a qualificadora do emprego de recurso que dificultou a defesa do ofendido, tendo em vista que esta deve ser analisada de acordo com os fatos narrados na denúncia, com o apoio do conjunto fático-probatório produzido no âmbito do devido processo legal. (HC 104097/RS, rel. Min. Jorge Mussi, j. 13/8/2009)

Logo, verifica-se que o Conselho de Sentença não adotou qualquer solução que pudesse ser invalidade por esta instância com relação às hipóteses que qualificam o crime de homicídio.

Quanto à violenta emoção que teria dominado o recorrente, sequer se revela inadequada a conclusão do Júri Popular pelo seu afastamento, seja porque o agente não agiu impelido por perturbação emocional capaz de suprimir-lhe a reflexão e os freios morais, até porque, segundo uma corrente probatória, atirou várias vezes na vítima no chão e deixou calmamente o local, seja porque é discutível a questão afeta à provocação, já que não se descarta que a hipótese de que o acusado tenha dado início à discussão e buscado o conflito.

Portanto, não há fundamentos para a submissão do recorrente a novo julgamento perante o Tribunal do Júri ou tampouco para o afastamento das qualificadoras que foram reconhecidas pelos jurados.

Consumção – porte ilegal de arma de fogo de uso permitido

O recorrente também pleiteou a absorção do crime de porte ilegal de arma de fogo pelo crime contra a vida por haver uma relação de meio-fim entre as duas condutas praticadas.

A prova encartada permitia verificar a autonomia dessas infrações penais, pois o porte da arma de fogo utilizado no cometimento do homicídio não se limitou ao momento consumativo do segundo delito.

O acusado, em plenário, confirmou que possuía a pistola desde o ano de 2003, devidamente registrada, embora não tivesse o porte. Relatou que sempre a deixava em casa, mas, em razão da circulação de pessoas na casa do vizinho por conta de obras, passou a deixá-la no carro. Afirmou que, nos últimos tempos, havia começado a levar a arma consigo em decorrência da violência no sul da ilha. Salientou que, no dia dos fatos, saiu de sua casa com a arma, porém a escondeu próximo à entrada do condomínio, no lado de fora, e somente a pegou novamente quando retornou à noite (mídia de fl. 1697).

Assim, não é difícil perceber que o acusado, efetivamente, portou a arma de fogo em momento distinto dos fatos ocorridos naquela noite, pois, além de já portá-la ostensivamente em outras datas, também a levou consigo logo que saiu de casa e a ocultou antes de ir trabalhar – como relatou em plenário – ou a manteve consigo durante todo o dia – como alegou em juízo –, sendo que, em qualquer dos casos, consumou a infração antes de todos os acontecimentos que ocasionaram o óbito da vítima.

Contudo, há uma questão técnica não pode ser aqui ignorada por este órgão fracionário.

Isso porque o quesito relacionado à materialidade do crime do art. 14 da Lei n. 10.826/03 – “No dia 10 de junho de 2010, uma pistola modelo PT 938, calibre 380, era portada em via pública?” (fl. 1699) – foi formulado sem questionar aos jurados o aspecto temporal da conduta, ou seja, o porte pretérito e distinto do contexto do homicídio com emprego da arma de fogo naquela data.

Consequentemente, por não haver sido considerada a consumação autônoma do porte de arma pelo jurados, que simplesmente responderam que o acusado estava armado naquela ocasião, é impositiva a aplicação do princípio da consunção à hipótese, ante a peculiaridade verificada, não havendo que se cogitar ofensa à soberania dos veredictos.

Em caso similar, decidiu esta Câmara:

APELAÇÃO CRIMINAL – TRIBUNAL DO JÚRI – HOMICÍDIO TENTADO E PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO – RECURSO DEFENSIVO PUGNANDO PELA APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA CONSUNÇÃO – POSSIBILIDADE – PORTE PRETÉRITO, QUE PODERIA CONFIGURAR DELITO AUTÔNOMO, NÃO DESCRITO NO QUESITO PRÓPRIO – RÉU QUE UTILIZA DE REVÓLVER PARA REVIDAR SUPOSTA AGRESSÃO – CONDUTA QUE RESTOU INTEGRADA NA INFRAÇÃO MAIS GRAVE – ABSOLVIÇÃO DECRETADA. (Apelação Criminal n. 2011.066904-2, de Criciúma, rel. Des. Moacyr de Moraes Lima Filho, j. 1º/11/2011)

E do corpo do acórdão:

Em casos como o dos autos, dúvida não há acerca da possibilidade da condenação, tão somente, pelo crime de porte ilegal de arma de fogo (Apelação Criminal n. 2009.016833-0, de Cunha Porã, deste relator, j. em 12/8/2009), bem como o concurso material entre referido delito e homicídio, consumado ou não (Apelação Criminal n. 2008.062034-9, da Capital, rel. Des. Hilton Cunha Júnior, j. em 1º/6/2009).

Tal hipótese dependerá da situação temporal, pretérita ou posterior, a qual poderá revelar a autonomia de cada conduta.

Na espécie, todavia, apesar de o réu afirmar, nas oportunidades em que foi ouvido, ter adquirido a arma de fogo anos atrás (fls. 12/13 e 47/48), o quesito relativo ao crime do art. 14 da Lei de Armas, submetido à votação do Conselho de Sentença, foi redigido da seguinte maneira: “*Na noite do dia 16 de janeiro de 2005, na Avenida Catarinense, Bairro Vila Manaus, Município de Criciúma, o acusado HÉLIO JOSÉ JOÃO portava ou transportava arma de fogo ou munição de uso permitido, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar, conforme descrito no termo de apreensão de fl. 6ª*” (fl. 194).

Desse modo, emerge do examinado que o réu foi condenado por porte ilegal de arma de fogo porque, no mesmo dia e horário em que disparou contra a vítima, não possuía a licença respectiva. Vê-se que na versão aceita pelos jurados restou demonstrada apenas a utilização da arma no evento. Por evidente, não considerado pelos juízes de fato o aspecto temporal, pretérito ou posterior, o porte legal naquele momento restou, indubitavelmente, absorvido pelo crime maior (homicídio), no qual o primeiro (porte ilegal) era condição imprescindível, ou seja, crime-meio.

É verdade que nenhuma das partes (acusação ou defesa) se insurgiu contra a formulação dos quesitos nem arguiu nulidade do julgamento em razão de tal circunstância, aplicando-se, assim, o disposto no art. 571, VI e VIII, do Código de Processo Penal.

Por outro lado, com a interposição do recurso e a provocação expressa da parte quanto à absorção do crime de porte pelo homicídio tentado, a questão é devolvida a esta Corte, para conhecimento e apreciação, tendo em vista o disposto na Súmula 713 do Supremo Tribunal Federal, segundo a qual “o efeito devolutivo da apelação contra decisões do Júri é adstrito aos fundamentos da sua interposição”.

Desse modo, conquanto admitida a possibilidade de condenação, em casos como tal, pelo porte ilegal de arma de fogo e até mesmo de concurso material entre os dois crimes, a singularidade em que se apresentou a espécie, implica no reconhecimento do princípio da consunção.

A propósito, do Supremo Tribunal Federal:

“RECURSO EXTRAORDINÁRIO. TRIBUNAL DO JÚRI. VIOLAÇÃO À SOBERANIA DOS VEREDICTOS. INOCORRÊNCIA. INCONSTITUCIONALIDADE DA CONCESSÃO DE *HABEAS CORPUS*. AUSÊNCIA. RECURSO DESPROVIDO.

1. A decisão recorrida, ao conceder *habeas corpus* de ofício, para aplicar o princípio da consunção ao concurso entre os crimes de porte de arma de fogo e o de homicídio, não violou a regra constitucional da soberania dos veredictos (art. 5º, XXXVIII, da Constituição da República). O concurso entre

os crimes não foi objeto de quesitação ao júri, que não se pronunciou sobre a existência ou não de *bis in idem*. 2. A concessão, de ofício, da ordem de habeas corpus, não consubstanciou revolvimento de matéria probatória, mas simples constatação a partir da leitura dos quesitos apresentados ao Conselho de Sentença. 3. Recurso Extraordinário desprovido” (RE 484.396, rel. Min. Joaquim Barbosa, j. Em 23/3/2010 – grifou-se).

No mesmo sentido, já decidiu o Superior Tribunal de Justiça:

“PENAL E PROCESSUAL PENAL. RECURSO ESPECIAL TENTATIVA DE HOMICÍDIO E PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA CONSUNÇÃO. CONCURSO MATERIAL. SÚMULA Nº 7/STJ. CRIME CONEXO. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE. I - Ainda que não se afaste a possibilidade do reconhecimento da autonomia das duas condutas, o crime de tentativa de homicídio absorve o de porte ilegal de arma de fogo quando as duas condutas delituosas guardam, entre si, uma relação de meio e fim estreitamente vinculada. II - O recurso especial não se presta para pretensão do reexame do material de conhecimento (Súmula 07-STJ). Desta forma, incabível a verificação da alegação de que os fatos descritos na exordial acusatória não estão compreendidos no mesmo contexto fático. III - Uma vez admitida a imputatio acerca do delito da competência do Tribunal do Júri, o ilícito penal conexo também deverá ser apreciado pelo Tribunal Popular. Não admitida, este último passa a ser apreciado, então pelo órgão judiciário competente (v. art. 410 do CPP). O crime conexo só pode ser afastado - e este é o caso dos autos - quando a falta de justa causa se destaca in totum e de pronto. Recurso desprovido”. (REsp. 571077/RS; Relator Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, “DJU” de 10.05.2004, pág. 338).

E desta Corte de Justiça:

“APELAÇÃO CRIMINAL. TRIBUNAL DO JÚRI. TENTATIVA DE HOMICÍDIO. PRETENDIDA ANULAÇÃO DO JULGAMENTO, À

CONSIDERAÇÃO DE QUE CONFIGURADA A EXCLUDENTE DE ILICITUDE DA LEGÍTIMA DEFESA. DECISÃO MANIFESTAMENTE CONTRÁRIA À PROVA DOS AUTOS. INOCORRÊNCIA. VEREDICTO QUE ENCONTRA ECO NO CONJUNTO PROBATÓRIO. [...] CONCURSO MATERIAL. PORTE ILEGAL DE ARMA. CONDUITA QUE SE CONSTITUIU EM MEIO NECESSÁRIO À PERPETRAÇÃO DA TENTATIVA DE HOMICÍDIO. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA CONSUNÇÃO. EXCLUSÃO DO DELITO DE QUE TRATA O ART. 10, *CAPUT*, DA LEI 9.437/97. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

“Se a utilização da arma de fogo, que o réu possuía ilegalmente, foi mero instrumento para a realização do crime, fazendo parte do mesmo contexto fático e temporal, fica o delito do artigo 10, da Lei nº 9.437/97, absorvido pelo crime fim, consistente em tentativa de homicídio’ (RCR n. 01.014391-7, de Anita Garibaldi, rel. Des. Maurílio Moreira Leite)” (Apelação criminal n. 2003.006476-1, de Lages, rel. Des. Sérgio Paladino, j. em 4/11/2003).

Ainda:

“APELAÇÃO CRIMINAL. JÚRI. HOMICÍDIO DUPLAMENTE QUALIFICADO. PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO. EMPREGO DE ARMA DE FOGO. MEIO UTILIZADO PARA O COMETIMENTO DO HOMICÍDIO. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA CONSUNÇÃO. EXCLUSÃO, DE OFÍCIO, DA CONDENAÇÃO PELO PORTE.

[...]”

E do corpo do acórdão: “Por se tratar de questão puramente de direito, a supressão da condenação pelo porte ilegal de arma pode ser feita nessa instância, sem que disso decorra violação ao princípio da soberania do júri” (Apelação Criminal n. 2009.027803-3, de Capinzal, rel. Des. Torres Marques, j. em 7/8/2009).

Assim, afasta-se a condenação do recorrente pelo crime tipificado

no art. 14, *caput*, da Lei n. 10.826/03, com fulcro no art. 386, III, do Código de Processo Penal, e, conseqüentemente, a pena de 2 (dois) anos de reclusão e 10 (dez) dias-multa aplicada em relação a tal ilícito.

Injustiça na aplicação da pena

O apelante suscitou a injustiça na aplicação da pena do crime de homicídio apenas em relação à fixação da pena-base, majorada em 1 (um) ano em razão da análise desfavorável de um dos vetores do art. 59 do Código Penal.

O juiz-presidente, na primeira fase da dosimetria, sopesou de forma negativa as circunstâncias do crime por julgá-las anormais frente ao número de disparos que atingiram a vítima.

De fato, a quantidade de tiros deflagrados pelo réu, num total de 9 (nove) – que apenas não foram em número maior por conta da interrupção do ciclo de disparos, já que na arma ainda havia, além de outros no carregador, um cartucho na câmara, percutido, porém não deflagrado (fls. 465/467) – justifica a exasperação implementada, porquanto tal dinâmica demonstra ser a conduta mais censurável e recomenda, por conseguinte, resposta estatal condizente ao incremento da reprovabilidade da ação delituosa.

A respeito:

HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO QUALIFICADO. DOSIMETRIA DA PENA. FIXAÇÃO DA PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL (15 ANOS DE RECLUSÃO). POSSIBILIDADE. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. ORDEM DENEGADA.

1. Inexiste constrangimento ilegal a ser sanado pela via do *Habeas Corpus*, se a majoração da pena-base acima do mínimo legal restou devidamente motivada pelo Julgador, na forma do art. 59 do CPB, em vista do reco-

nhecimento de circunstâncias judiciais desfavoráveis do paciente, como sua intensa culpabilidade, as circunstâncias do crime, representadas pela forte premeditação para a prática criminosa e pela elevada quantidade de disparos efetuados (6, ao todo), bem como sua personalidade deturpada ou conduta social reprovável, uma vez que ficou foragido por 16 anos e não se interessou pelo paradeiro de sua família, o que demonstra uma censurável inversão de valores. Precedentes do STJ.

2. Ordem denegada, em conformidade com o parecer do MPF. (HC 87028/MS, rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, j. 4/10/2007)

Ademais, não se pode ignorar que, embora o apelante possua bons antecedentes, as condições pessoais favoráveis, quando confrontadas com as circunstâncias concretas do delito, não são capazes de invalidar a elevação da pena-base.

Com isso, deve ser mantida a pena de 15 (quinze) anos de reclusão pela prática do crime tipificado no art. 121, § 2º, I e IV, do Código Penal.

Benefício da justiça gratuita

Em arremate, o recorrente postulou o deferimento dos benefícios da justiça gratuita, em conformidade com a Lei n. 1.060/50.

Ocorre que a eventual impossibilidade de pagamento das custas e despesas processuais deve ser suscitada perante o juízo da condenação após o cálculo do montante devido e a intimação do acusado para o pagamento em 10 (dez) dias, segundo entendimento sedimentado por este órgão fracionário.

Sobre o tema:

ALMEJADA A JUSTIÇA GRATUITA. SÚPLICA QUE DEVE SER FORMULADA AO JUÍZO DA CONDENAÇÃO. PLEITO NÃO CONHECIDO NESTE PARTICULAR. (Apelação Criminal n. 2013.021473-3, de São Lourenço do Oeste, rel. Des. Alexandre d'Ivanenko, j. 18/6/2013)

Logo, não se conhece da pretensão somente aventada em grau de recurso, a qual poderá ser dirigida ao juízo de origem oportunamente.

Ante o exposto, afasta-se a preliminar, conhece-se em parte do recurso e dá-se-lhe parcial provimento apenas para excluir a condenação pelo crime tipificado no art. 14, *caput*, da Lei n. 10.826/03

Apelação Criminal (Réu Preso) n. 2013.022486-8, de São José

Relator: Des. Alexandre d'Ivanenko

APELAÇÃO CRIMINAL. PRELIMINAR. RECLASSIFICAÇÃO DA CONDUCTA PARA O CRIME DE ABORTO OU HOMICÍDIO. DISCUSSÃO QUE SE CONFUNDE COM O MÉRITO. ANÁLISE POSTERGADA.

MÉRITO. CRIME CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL, EM RAZÃO DA EMBRIAGUEZ, E QUE OCASIONOU LESÃO CORPORAL GRAVE (ART. 217-A, §§ 1.º E 3.º, DO CÓDIGO PENAL). MATERIALIDADE DEVIDAMENTE COMPROVADA POR LAUDO PERICIAL. DESCLASSIFICAÇÃO PARA O DELITO DE LESÃO CORPORAL GRAVE, TENDO EM VISTA QUE TANTO O ANIMUS DO AGENTE NÃO RESTOU COMPROVADO A CONTENTO, COMO TAMBÉM A EMBRIAGUEZ DA VÍTIMA, EM NÍVEL DE LHE TER RETIRADO A CAPACIDADE DE RESISTIR AO ATO. PREJUDICADOS OS DEMAIS PEDIDOS RELATIVOS AO CRIME SEXUAL.

CRIME CONTRA A PESSOA. E LESÃO CORPORAL QUALIFICADA (ART. 129, § 9.º, DO CÓDIGO PENAL). MATERIALIDADE DEVIDAMENTE COMPROVADA POR PERÍCIA. ACUSADO QUE, TENTANDO NÃO PERMITIR QUE A VÍTIMA PERDESSE A CONSCIÊNCIA, DESFERIU-LHE TAPAS E SOCOS, EXCEDENDO-SE. CONDENAÇÃO MANTIDA.

DOSIMETRIA. AGRAVANTE DO ART. 61, INC. II, ALÍNEA "C", DO CÓDIGO PENAL, APLICADA EM RAZÃO DO ESTADO DE EMBRIAGUEZ DA VÍTIMA, QUE NÃO FOI COMPROVADA A CONTENTO. EXPURGO QUE SE IMPÕE.

RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO, POR FUNDAMENTO DIVERSO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal (Réu Preso) n. 2013.022486-8, da comarca de São José (Juizado Especial Criminal e de Violência Doméstica), em que é apelante J. R. C., e apelado Ministério Público do Estado de Santa Catarina e outro:

A Terceira Câmara Criminal decidiu, por votação unânime, dar parcial provimento ao recurso por fundamento diverso, determinando a expedição de alvará de soltura, se por outro motivo não estiver preso. Custas legais.

O julgamento, realizado no dia 24 de setembro de 2013, foi presidido pelo Exmo. Sr. Des. Torres Marques e dele participou o Exmo. Sr. Des. Subst. Leopoldo Augusto Brüggemann, ambos com voto. Funcionou, pela douta Procuradoria Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Humberto Francisco Scharf Vieira, tendo lavrado parecer o Exmo. Sr. Dr. Raul Schaefer Filho.

Florianópolis, 3 de outubro de 2013.

Alexandre d'Ivanenko
RELATOR

RELATÓRIO

O Ministério Público, oficiante na comarca de São José, ofereceu denúncia contra J. R. C., dando-o como incurso nas sanções do art. 217-A, §§ 1.º e 3.º, por três vezes, e do art. 129, § 9.º, ambos do Código Penal, todos c/c os arts. 5.º, inc. III, e art. 7.º, incs. I e III, da Lei n. 11.340/06, pelos seguintes fatos assim narrados na exordial acusatória (fls. II-III):

No dia 27 de outubro de 2011, por volta das 14:15 hrs, o denunciado, agindo com dolo pré-ordenado, adquiriu bebida alcoólica e convidou sua namorada I. M. A. dos R., então com parcos 16 anos de idade, à residência de seus tios, situada na Avenida Ceniro Luz Ribeiro Martins, Quadra 04, lote 37, Forquilhas, nesta Comarca, com intuito de satisfazer a sua lascívia.

No local, o denunciado dolosamente passou a induzir a jovem vítima a ingerir bebida alcoólica, objetivando excepcionar sua capacidade de resistência. Inebriada pelo consumo de álcool, a vítima perdeu os sentidos, momento em que o denunciado levou-a para um dos quartos da residência e praticou conjunção carnal dissentida. A vítima não teve como externar seu dissenso, visto se encontrar embriagada (fato nr. 01).

Não obstante a satisfação de sua concupiscência fálica (fato nr. 1, supra), o denunciado, colocando em prática seus desejos lubrificos mais perversos e sempre aproveitando-se da perda de consciência da vítima, praticou atos libidinosos diversos.

Assim é que o denunciado também introduziu na cavidade vaginal da vítima um objeto contundente (garrafa de cerveja), praticando ato autônomo, diverso da conjunção carnal (fato nr. 02).

Não bastasse isso, impiedoso, o denunciado também introduziu o aludido objeto contundente na cavidade anal da inerte ofendida, praticando ato libidinoso diverso da conjunção carnal (fato nr. 03).

Em face de tais condutas, o denunciado causou diversas lesões gravíssimas à pobre vítima, destacando-se uma laceração do intróito vaginal de até 3,0 cm que se estende desde a mucosa vaginal até a borda do ânus e uma extensa laceração vaginal interna que se prolonga desde o colo uterino, fundo de saco vaginal à esquerda, atingindo até a borda vaginal externa, medindo cerca de 12 cm aprofundando-se a planos do tecido subjacente, conforme laudo pericial de fls. 54-57.

Em razão de extensas lacerações genitais, o denunciado causou na vítima perigo de vida, deformidade permanente e incapacidade para suas ocupações habituais por mais de 30 dias, conforme laudo complementar de fl. 99/102, ficando, inclusive internada por 5 dias na UTI, seja para tratar a septicemia, seja para realizar colostomia protetora.

O denunciado ainda causou na vítima empalamento, lesionando seu ânus por laceração, além de uma outra lesão de reto extraperitoneal (fato nr. 03).

Não fora pouco, após os abjetos atos sexuais supra, o denunciado levou a vítima desfalecida para o banheiro, colocando-a sob o chuveiro, momento em que dolosamente desferiu um soco no rosto da ofendida, causando-lhe um hematoma arroxeadado e volumoso da hemiface esquerda, conforme laudo de fl. 54.

Desta maneira, ao praticar tais atos contra pessoa que mantinha relação íntima de afetividade, subjugando-a em razão da sua vulnerabilidade atinente ao gênero feminino e sua impossibilidade de oferecer resistência, o denunciado praticou violência doméstica contra a mulher, estando ele sujeito aos rigores da Lei n. 11.340/06.

Finda a instrução do feito, o pedido inicial foi julgado parcialmente procedente para condenar o acusado Josiel Ribeiro Correa à pena corporal de 12 (doze) anos de reclusão e 4 (quatro) meses de detenção, por infração ao art. 217-A, §§1.º e 3.º (com relação à introdução do instrumento contundente na vagina da vítima), e art. 129, § 9.º, ambos do Código Penal, sendo fixado como regime inicial de cumprimento da pena o fechado.

Concernente às imputações que consistiam na conjunção carnal propriamente dita e na introdução do instrumento contundente no ânus da vítima, foi absolvido, com fundamento no art. 386, inc. VII, do Código de Processo Penal.

Intimadas as partes, somente o acusado recorreu. Preliminarmente, almeja a anulação da sentença e a reclassificação da conduta para a de aborto ou homicídio, em sua forma tentada.

No mérito, pretende, em suma, a absolvição do crime de estupro de vulnerável, com fundamento no art. 386, incs. II ou VII, do Código de Processo Penal. Almeja, subsidiariamente, o reconhecimento de que a

conduta atribuída ao imputado corresponde à redação típica do art. 215 do Código Penal. Em caso de manutenção da sentença, almeja a exclusão das consequências ditadas pelos §§ 1.º e 3.º do art. 217-A do Código Penal; a readequação da reprimenda e sua fixação no patamar mínimo de 10 (dez) anos. Concernente ao crime de lesão corporal, almeja a absolvição, por ausência de provas da autoria ou “por não enquadramento fático à disposição legal invocada pela acusação” (fls. 525-541).

Contra-arrazoado (fls. 545-566), os autos ascenderam a este Tribunal, oportunidade em que a douta Procuradoria Geral de Justiça, em parecer da lavra do Dr. Raul Schaefer Filho, manifestou-se pelo conhecimento e parcial provimento do recurso para absolver o acusado das imputações referentes ao crime do art. 129, § 9.º, do Código Penal (fls. 568-577).

Este é o relatório.

VOTO

Presentes os pressupostos de admissibilidade, o recurso há de ser conhecido.

O acusado foi processado pela prática, em tese, dos delitos insculpidos no art. 217-A, §§ 1.º e 3.º, por três vezes, e no art. 129, § 9.º, ambos do Código Penal, c/c o art. 5.º, inc. III, e o art. 7.º, incs. I e III, da Lei n. 11.340/06. Ao proferir a sentença, a togada singular julgou parcialmente procedente o pedido formulado pelo órgão acusatório e condenou J. R. da C. como incurso nas sanções do 217-A, §§ 1.º e 3.º, por uma vez (introdução de instrumento contundente na vagina da vítima), e art. 129, § 9.º, ambos do Código Penal.

Inconformada com a decisão prolatada, a defesa interpôs a presente apelação, arguindo, preliminarmente, a nulidade da sentença e a reclassificação da conduta para a de aborto ou homicídio tentado, com a

remessa do feito ao Juízo competente. No mérito, pretende, em suma, a absolvição do crime de estupro de vulnerável, com fundamento no art. 386, inc. VII, do Código de Processo Penal. Almeja, subsidiariamente, o reconhecimento de que a conduta atribuída ao imputado corresponde à redação típica do art. 215 do Código Penal. Em caso de manutenção da sentença requer a exclusão das consequências ditadas pelos §§ 1.º e 3.º do art. 217-A do Código Penal; a readequação da reprimenda para o patamar mínimo 10 (dez) anos. Quanto à lesão corporal, pretende a absolvição, por ausência de provas da autoria ou “por não enquadramento fático à disposição legal invocada pela acusação” (fls. 525-541).

Quanto à arguida nulidade da sentença e reclassificação da conduta para aborto ou tentativa de homicídio, por ser questão que envolve a análise do elemento volitivo do crime, ou seja, análise de mérito, com ele deve ser dirimida.

Ultrapassada esta questão, registro que a materialidade do fato está comprovada pelo boletim de ocorrência de fls. 3-4, pelo laudo psicológico de fls. 9-12, pela ficha de internação de fl. 31, pelos demais documentos que comprovam os procedimentos hospitalares de fls. 32-43, pelos laudos periciais de fls. 54-57, 58-59 e 70-71, pelo exame complementar de lesões corporais de fls. 99-102, pelo ofício de fl. 149 e pelo laudo pericial de fls. 348-363.

Todavia, penso que a condenação por estupro de vulnerável, em razão da embriaguez e que ocasionou lesão corporal grave – art. 217-A, §§ 1.º e 3.º, do CP – não se sustenta.

O feito encerra uma série de incongruências que levam à dúvida sobre o que efetivamente aconteceu entre a menor I. M. de A. dos R. e J. R. C.

De acordo com o que dos autos consta, no fim da tarde do dia 27 de outubro de 2011, a menor I. e o réu J. teriam se encontrado na residên-

cia da tia deste, local em que J. residia, para namorar. Ocorre que, nesta mesma data, pouco tempo depois da chegada de I. ao local, o SAMU e a Polícia Militar foram acionados, em virtude de a adolescente estar gravemente ferida.

A causa dos ferimentos, no entanto, não foi esclarecida a contento, tanto na fase indiciária, quanto em juízo. Vejamos.

I., perante a autoridade policial, sustentou que ingeriu bebida alcohólica, inicialmente, “uns três copos por vontade própria” e que, depois, “o réu passou a obrigá-la a beber mais” e que “acredita deva ter tomado mais uns dois ou três copos da mesma bebida”. Afirmou, também, recordar-se de que “estava muito tonta, sentou no sofá, abaixou a cabeça e desmaiou e depois não se lembra de mais nada” (fl. 16).

Eliane Vicente, enfermeira e uma das pessoas responsáveis pelo atendimento de urgência prestado à vítima, mencionou que deu “apoio à unidade básica do Samu no atendimento de um possível caso de aborto” e que aparentemente “pelo porte da lesão teve a impressão de que havia sido introduzido algum tipo de objeto na adolescente” ou que ela tivesse sido “violentada por mais de uma pessoa” (fl. 62 – grifei).

Kuang Hee Lee, médico integrante da equipe do Samu, afirmou que a ofendida possuía “várias lesões aparentemente com cronologias diferentes crônicas e agudas e sangramento genital” e “que foi observada lesão tipo lacerante no intróito vaginal” (fl. 65).

Jaqueline Mello Gonçalves, policial militar que atendeu a ocorrência, sustentou que “foram acionados via Copom para atender, a princípio, uma ocorrência, onde comunicaram que uma feminina havia sido vítima de esfaqueamento” [...]. Asseverou que “havia muito sangue no chão do quarto, na cama, no banheiro e no colchão onde se encontrava a vítima [...] Que haviam (sic) ‘postas de sangue’ tanto no chão do quarto, quanto no banheiro; Que o depoente relata que, até foi levantada a hipótese de um possível aborto, pois a quantidade era muito grande” (fl. 84 – grifei).

O fardado Everton Assis Martins mencionou que “foram acionados via Copom para atender, uma ocorrência de um suposto esfaqueamento”, mas que chegando ao local foi “levantada a hipótese de um possível aborto pelo fato de a hemorragia ser muito grande” (fl. 87 – grifei).

Não destoam o depoimento de Mateus Jacy Floriani, o qual relatou que “foram acionados via Copom para atender ocorrência de violência doméstica com esfaqueamento” [...] Que devido a cena do crime se suspeitou de possível aborto, que o depoente tentou localizar possível arma do crime, no lixo e no chão da casa, não sendo localizado nenhum objeto pérfuro-cortante” (fl. 88 – grifei).

Reinquirida, na fase indiciária, I. M. A. dos R., sustentou sua versão de que “estava inconsciente quando os fatos ocorreram” e que, após, teve contato com J., via rede social denominada Orkut, e que este havia dito que os ferimentos teriam sido ocasionados pela introdução de “uma garrafa de cerveja na vagina da declarante, pelo fato de o líquido estar gelado, em contato com o corpo quente, o vidro estourou, sendo que ele se assustou e tentou tirar os cacos de vidro e acordar a declarante e “a declarante havia consentido no ato” (fl. 107).

A tia do réu, ouvida como informante, mencionou que:

[...] soube do fato pela ligação do filho D., que teria chegado em casa por volta das 17h e visto um par de sapatos de I., na sala, tendo a depoente dito que não permitiria que o casal usasse sua casa como motel, pedindo ao filho que chamasse J., tendo D. então visto muito sangue no quarto, além da cama quebrada, contando o ocorrido para a depoente [...] Que após entrar no banheiro e ver a cena gritou com o sobrinho e nele desferiu diversos tapas, até que ele saiu correndo e fugiu pelo portão [...] Que foi junto na ambulância, tendo ligado para J., que disse que não havia feito mal para I., a qual não era mais virgem; Que depois soube por funcionários do Bistek que o casal mantinha relações naquele estabelecimento; Que depois Jéssica, amiga de colégio de I., relatou para a depoente que a vítima gostava de sexo agressivo,

inclusive com palmadas; Que J. lhe disse que praticaram sexo selvagem; Que J. nada lhe relatou sobre o uso de garrafa; [...] Que Nilva, tia de I., teria dito que a sobrinha já havia mantido relação sexual, o que ouviu de Nilva, dias após o fato; Que, Milena, funcionária do supermercado Bistek, lhe contou que o casal praticava sexo naquele estabelecimento, no banheiro (fls. 301-302 – grifei).

Zanete Gomes da Silva Assis dos Reis, mãe da vítima, declarou que sua filha e o acusado desde o início do namoro nunca haviam ficado sozinhos, que “não costumava falar de sexo com a filha” e que “a filha era virgem até o início do namoro com J.”. Especificamente sobre o fato, relatou que:

[...] a filha relatou que estava na casa do acusado, o qual inicialmente estava nervoso e a xingou, sendo que depois deu para ela bebida alcoólica, até que não se lembra mais dos fatos [...] Que Eliziane teria jantado com a irmã da depoente e contado para ela que J. teria usado uma garrafa que estourou, durante a relação sexual com I. que J. teria enviado mensagem pelo Orkut para I., na qual dizia para ela que havia usado uma garrafa na relação, garrafa esta que quebrou, tendo ele tirado os cacos com mão (fl. 304 – grifei).

Adriana Souza Araujo Botelho, vizinha e primeira pessoa a chegar ao local, sustentou que:

[...] é vizinha do local dos fatos, sendo chamada pelo menor D., filho de Eliziane, que havia chegado em casa e visto sangue no local, tendo a depoente entrado e visto sangue no corredor e no quarto, bem como percebido gente no banheiro, onde o chuveiro estava ligado, tendo por receio sair do local e levado D. para sua casa [...] Que o marido da depoente, que ajudou a limpar o local horas depois, percebeu que a cama do quarto estava quebrada (fl. 306 – grifei).

A enfermeira Eliane Vicente, sob o manto do contraditório, afirmou que “a vítima estava ‘torporosa’, não respondendo a estímulos verbais, mas dolorosos” e que “Eliziane [tia do réu] as acompanhou na ambulância, tendo no percurso recebido uma ligação de J., o qual teria dito que costumavam ter relações sexuais ‘selvagens’” (fl. 307 – grifei).

Sandra Mara Pereira, Delegada de Polícia, relatou que:

[...] presidiu o procedimento; Que não lembra de nenhum fato extraordinário, salvo da visita da vítima na DP e da incongruência entre o estado alcoólico da vítima e seu estado clínico, especialmente pelo depoimento das testemunhas, sendo o exame refeito; Que conversou com os médicos que atenderam a vítima, tendo eles afirmado não ter encontrado vidro no interior da paciente, o que constou, inclusive no prontuário médico (fl. 308 – grifei).

Rogério da Silva Côrrea, médico legista, sob o manto do contraditório, mencionou que:

[...] recorda do laudo por si realizado; Que pelo exame realizado à época conclui que as lesões eram bastante extensas tanto na região da vagina quanto na região do ânus (reto anal), senão externamente, internamente; Que até o momento do exame em que o depoente participou não haviam retirado da paciente nenhum resquício de vidro; Que participou do primeiro procedimento com exame da genitália, e não do segundo procedimento, com abertura abdominal; Que constou no seu laudo “instrumento contundente”, afirmando genericamente que talvez não pudesse ser provocada por uma garrafa íntegra, mas sim, eventualmente, por uma que se quebrou; que em tese um pênis não poderia causar tais lesões, salvo se acompanhado de um ‘piercing’, Que a introdução do punho poderia provocar tais lesões, já que unhas são extremamente contundentes; [...] Que cientificamente não tem como quantificar a probabilidade de tal ou qual instrumento ter sido usado nas lesões [...] (fls. 309-310 – grifei).

Em juízo, a vítima manteve sua versão e declinou que ela e o réu “ficaram por uns três meses”, que “J. foi até sua casa e a pediu em namoro para seus pais”. Especificamente, sobre o dia do fato relatou que “o réu lhe telefonou bem cedo da manhã (sic), estando alterado ‘grosso e agressivo’, a convidando para ir até a sua casa, o que foi aceito”. Chegando ao local teriam ingerido bebida alcóolica juntos, sendo que “bebeu os dois primeiros copos espontaneamente” e que pensava que ele teria tentado lhe matar “por ciúmes talvez, não sabendo ao certo” (fl. 311 – grifei).

O réu, por seu turno, sob o manto do contraditório, afirmou que “nem toda a acusação é verdadeira” e sustentou que “namorava com a vítima há uns quatro meses sendo que desde o primeiro mês de namoro já mantinha relação sexual” e que, no dia fatídico, “que a vítima chegou na casa da tia e começaram a beber vodka” e “que não se recorda do que aconteceu” (fl. 394).

Em face do teor da prova oral amealhada, a primeira dúvida que paira é sobre o elemento volitivo do crime, pois, para a sua configuração é imprescindível que o agente vise a “ter conjunção carnal ou praticar ato libidinoso com pessoa vulnerável nos termos do § 1.º do art. 217. É necessária a consciência dessa condição de vulnerabilidade do sujeito passivo” (MIRABETE, Julio Fabbrini. Manual de Direito Penal. São Paulo: Atlas, 2010, p.412).

Os atos praticados e que ocasionaram as lesões em I., os foram em um contexto, como é comum em crimes desta natureza, em que somente estavam presentes o réu e a vítima e que, todavia, não esclareceram satisfatoriamente o que aconteceu.

E é importante registrar que, embora a ofendida tenha apresentado diversas lesões, do que foi amealhado, não há como se concluir que estas teriam sido o resultado da violência praticada com a finalidade de satisfazer a lascívia do réu.

Os testemunhos, principalmente dos profissionais responsáveis pelo atendimento à I., acima transcritos, não são uníssonos sobre a causa das lesões, se esfaqueamento, aborto ou estupro. Vale destacar, novamente, o depoimento de um dos médicos responsáveis pelo atendimento da vítima, Dr. Rogério da Silva Correa:

[...] que provavelmente as lesões não foram causadas por um pênis humano, exclusivamente, desassociado de outros instrumentos, mas cientificamente não possa excluir a hipótese (fl. 310).

A própria ofendida, na oportunidade em que ouvida sob o manto do contraditório, disse achar ser provável que o réu pretendesse lhe matar e não estuprar.

A versão de que as lesões teriam sido produzidas, em tese, pela introdução de uma garrafa gelada nas cavidades genitais da vítima, com a finalidade de proporcionar mais prazer não foi confirmada de forma satisfatória, pois não houve perícia no local do crime e dois dos médicos que atenderam a ofendida não mencionam, em momento algum, a presença de cacos de vidro em suas cavidades vaginal e anal.

Registro que a perícia realizada nas secreções vaginal e anal de I. concluiu pela ausência de espermatozóides, em ambas, consoante se pode aferir da fl. 59.

Também não há prova escorreita, a meu sentir, da embriaguez, pois, de acordo com julgados deste Órgão Fracionário, para que se reconheça a existência do estupro de vulnerável, nos termos do § 1.º do art. 217-A, da Lei Substantiva, “exige-se prova inequívoca no sentido de que a vítima estava literalmente impossibilitada, no caso em razão da embriaguez, de oferecer resistência, de opor-se ao ato sexual” (Ap. Crim. n. 2010.016003-9, rel. Des. Torres Marques, j. em 2.6.2010), circunstância que, a meu sentir, não restou comprovada.

Na hipótese em apreço, embora a psicóloga tenha afirmado, sob o manto do contraditório, “que não é possível que parte do relato de I. seja fruto de falsa memória” (fl. 303), e que ela, em todos os momentos que compareceu no processo, tenha afirmado não lembrar do que aconteceu, não há, a meu sentir, certeza de que estaria em um nível de embriaguez, que lhe tivesse usurpado a capacidade de consentimento.

Sobre o fato, inclusive, de a vítima afirmar não ter memória do que efetivamente aconteceu é importante mencionar que é uma menina de apenas 16 (dezesseis) anos, que prestou suas declarações sempre em companhia da mãe – a qual afirmou não conversar de sexo com a filha –, situação que, talvez, tenha impedido a vítima de falar sobre o ocorrido, por vergonha e medo de repreensão.

Conforme consignado anteriormente, a delegada que presidiu o inquérito sustentou que:

[...] não lembra de nenhum fato extraordinário, salvo da visita da vítima na DP e da incongruência entre o estado alcoólico da vítima e seu estado clínico, especialmente pelo depoimento das testemunhas, sendo o exame referido (grifei).

O exame do teor alcóolico foi realizado aproximadamente 12 (doze) horas após o suposto evento criminoso e consignou o seguinte teor alcóolico 8,92 dg/l (fl. 70).

Realizado novo exame, por estimativa, consignou que “com base nos dados fornecidos pela vítima (peso, etc) e obtidos do boletim de ocorrência (hora da ocorrência), da Guia de Solicitação de Exame (hora da coleta) e do Prontuário Médico”, os peritos chegaram à conclusão de que a ofendida teria ingerido 416 ml (quatrocentos e dezesseis mililitros) de bebida destilada (vodka).

Salientou-se, entretanto, na referida perícia, que tal resultado, era “apenas uma estimativa, já que diversos fatores, estado de hidratação, ingestão de alimentos, e de líquidos, velocidade de absorção do trato gastrointestinal, função renal e hepática (produção enzimática), peso e susceptibilidade individual, desenvolvimento de tolerância, dentre outros influenciaram diretamente na taxa de metabolização alcóolica do organismo humano” (fl. 149).

Todas as testemunhas não fazem referência ao fato de que a vítima estivesse desacordada, mencionando que se encontrava em “estado torporoso”, mas reagia a estímulos, o que poderia ter sido ocasionado, inclusive, não pela perda de sangue e em virtude da embriaguez.

Do prontuário médico, anexado aos autos, também inexistiu informação que tenha sido ministrado tratamento em razão do estado de alcoolemia em que a paciente se encontrava.

Conforme mencionado alhures, de acordo com o entendimento deste Órgão Fracionário, para que se reconheça a embriaguez como elemento que passível de retirar a capacidade de defesa da vítima, exige-se comprovação inequívoca da embriaguez capaz de impossibilitar-lhe a defesa, o que não aconteceu no caso em tela.

A propósito:

APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL. ESTUPRO. RECURSO DA ACUSAÇÃO. PRETENDIDA CONDENAÇÃO ANTE A PRESUNÇÃO DE VIOLÊNCIA. VÍTIMA EMBRIAGADA. IMPOSSIBILIDADE DE OFERECER RESISTÊNCIA. NÃO COMPROVAÇÃO POR EXAME PERICIAL SE A EMBRIAGUEZ ERA CAPAZ DE IMPEDIR QUE A OFENDIDA SE OPUSESSE AO ATO SEXUAL. CONTEXTO PROBATÓRIO FRÁGIL E DUVIDOSO. INSUFICIÊNCIA DE PROVAS PARA EMBASAR A CONDENAÇÃO. ABSOLVIÇÃO MANTIDA. ADEQUAÇÃO, DE OFÍCIO, PARA O INCISO VII DO ART. 386 DO CPP.

A presunção de violência não é de caráter absoluto, sendo necessária prova segura da completa impossibilidade de oferecer resistência. (TJSP - RT 683/308) [...] (Ap. Crim. n. 2010.016003-9, de Blumenau, rel. Des. Torres Marques, j. 04-05-2010 – grifei).

Ante a fragilidade das provas penso que não se mantém a condenação por estupro. Embora haja dúvida sobre a presença do elemento subjetivo e o consentimento aptos a configurar o crime de estupro de vulnerável, há prova de que fora o acusado o responsável pelas lesões sofridas por I.

J. R. C. mesmo não tendo esclarecido a contento os fatos, afirmou que “nem toda a acusação é verdadeira” (fl. 393), ou seja, admitiu parcialmente a veracidade dos fatos.

Ora, no momento do crime só estavam presentes, como mencionado alhures, o réu e a vítima, sendo que a perícia concluiu que as lesões teriam sido ocasionadas pela introdução de instrumento contundente (não identificado) na vagina da vítima, tipo de ferimento que não se coaduna com a hipótese de autolesão.

Logo, o contexto conduz à conclusão de que alguém que introduz instrumento contundente no canal vaginal de outrem, mesmo que não deseje machucá-lo e que possa ter, inclusive, tentado lhe proporcionar prazer, assume o risco de produzir algum tipo de ferimento, que na hipótese em apreço, estão descritos no laudo de fls. 99-102.

Registro que a conduta está devidamente descrita na denúncia, vejamos:

em razão das extensas lacerações genitais, o denunciado causou na vítima perigo de vida, deformidade permanente e incapacidade para as ocupações habituais por mais de 30 dias, conforme laudo complementar de fls. 99/102 [...] (fl. II-v).

As lesões produzidas devem ser enquadradas no art. 129, § 1.º, do Código Penal, pois ocasionaram, segundo o laudo de fls. 99-102, perigo de vida e incapacidade para as atividades habituais por mais de 30 (trinta) dias.

Conquanto tenha a perícia constatado, também, a presença de deformidade permanente no abdômen da vítima, ela não foi causada direta pelo acusado e, sim, por cirurgia a que esta foi submetida, entendo que, neste caso, não pode ser imputada a ele.

Aplicável na hipótese, como bem consignou a magistrada singular, a Lei n. 11.340/06, pois, mais do que comprovada “a relação íntima de afeto” e que a o referido Diploma, “não exige coabitação para a configuração da violência doméstica” (fl. 480).

Tanto as testemunhas, os familiares, bem como a ofendida e o réu, reconhecem que namoravam, à época dos acontecimentos, valendo registro, inclusive, o fato de que ele teria pedido a ofendida em namoro para seu pai.

Assim, desclassifico a conduta para a descrita no art. 129, 1.º, incs. I e II, c/c § 10, do Código Penal, restando prejudicados os demais pedidos relativos ao crime do art. 217-A, §§ 1.º e 3.º, do mesmo Diploma.

Quanto à lesão leve (art. 129, § 9.º, CP), entendo que a condenação deve ser mantida, nos exatos termos da denúncia, porque o réu, após ter praticado a lesão corporal grave, na tentativa de não permitir que a ofendida perdesse a consciência, ante a tamanha perda de sangue, desferiu-lhe tapas e socos.

Ocorre que é imperioso reconhecer, como bem consignou a magistrada singular, que “ainda que a defesa tenha apontado a ausência de dolo na conduta do acusado, porquanto pretendia reanimar a vítima, e não lesioná-la”, [...] excedeu-se (fl. 480).

Assim, mesmo que não tenha desejado, é fato que assumiu o risco de produzir as lesões, razão por que a condenação deve ser mantida.

Efetuo o cômputo penal relativo a lesão corporal grave (art. 129, § 1.º, inc. I e II, do Código Penal).

A culpabilidade situa-se na linha da normalidade. O réu é primário. Os motivos e circunstâncias são inerentes à espécie. As consequências fogem ao usual, pois, com seu ato, acabou por provocar extensas lesões na vítima, que lhe ocasionaram, perigo de vida, lembrando que é possível na presença de duas qualificadoras, a utilização, pela teoria da migração, de uma delas para qualificar o delito e a outra para exacerbar a pena-base (laudo de fls. 99-102). Registro também a presença de extensa cicatriz no abdômen da ofendida que teve, por meses, que fazer uso de bolsa coletora, o que certamente lhe causou constrangimento. Não há elementos indicando que a vítima contribuiu para o delito.

Fixo a pena-base em 2 (dois) anos de reclusão.

Presente a atenuante da menoridade, mitigo a reprimenda de 6 (seis) meses.

Patente, outrossim, a majorante inculpada no § 10 do art. 129 do Código Penal, aumento a pena de 1/3 (um terço), totalizando 2 (dois) anos de reclusão.

Reviso a pena imposta à lesão corporal leve.

Na primeira fase, entendeu negativas as consequências, com a seguinte fundamentação:

[...] foram graves, na medida em que as lesões foram provocadas pelo acusado ocasionaram deformidade permanente e incapacidade para exercer suas ocupações habituais por mais de 30 dias, conforme laudo de fls. 99-102.

Percebe-se, portanto, que a fundamentação não é idônea, pois, tais consequências se relacionam ao crime de lesão corporal gravíssima e já foram sopesadas no momento em que se procedeu ao seu cálculo. Expurgo o aumento e altero a pena-base para o mínimo legal, perfazendo 3 (três) meses de detenção.

Em seguida fora reconhecida a agravante do art. 61, inc. II, “c”, do Código Penal, elevando-se a reprimenda de 20 (vinte) dias, reduzindo-a, logo em seguida, no mesmo patamar, em razão da menoridade.

Todavia, a majoração não se sustenta, porquanto fundada no fato de a vítima não poder ter oferecido resistência, o que todavia não restou comprovado, tanto que o apelante foi absolvido do crime de estupro.

Assim, mantenho, unicamente, o reconhecimento da menoridade, no mesmo patamar, que, todavia, não terá o condão de reduzir a pena, uma vez que esta já se encontra no mínimo legal.

Em razão de inexistirem causas especiais ou gerais de aumento e diminuição, a pena deve ser consolidada em 3 (três) meses de detenção.

Aplico o concurso material de crimes, nos termos do art. 69 do Código Penal, totalizando a soma das penalidades impostas 2 (dois) anos de reclusão e 3 (três) meses de detenção.

Fixo o regime inicial aberto, nos termos do art. 33, § 1.º, “c”, do Código Penal.

Não é possível operar a substituição das penas, consoante a disposição do art. 44 da Lei Substantiva, uma vez que há violência nas condutas praticadas.

De outro lado, é possível operar o *sursis*, porquanto o réu é primário e a análise das circunstâncias judiciais não lhe é de todo desfavorável. Assim, suspendo a execução da pena por 2 (dois) anos, nos termos do art. 77 do Código Penal.

Ex *positis*, sou pelo conhecimento do recurso e seu parcial provimento, por fundamento diverso, desclassificando-se o crime do art. 217-A, §§ 1.º e 3.º, para o do art. 129, § 1.º, incs. I e II, c/c § 10, todos do Código Penal, e pelo afastamento da análise desfavorável das consequências, da agravante inculpada no art. 61, inc. II, alínea “c”, da Lei Substantiva, em relação ao delito do art. 129, § 9.º, do mesmo Diploma, expedindo-se o competente alvará de soltura.

Observa-se que a comarca de origem deverá promover a(s) devida(s) comunicação(ões), conforme dispõe o § 2.º do art. 201 do Código de Processo Penal, acrescentado pela Lei n. 11.690/2008.

Este é o voto

Apelação Criminal n. 2013.008101-7, da Capital

Relator: Des. Leopoldo Augusto Brüggemann

APELAÇÕES CRIMINAIS. CRIME DE FOTOGRAFAR CENA DE SEXO EXPLÍCITO OU PORNOGRÁFICA ENVOLVENDO CRIANÇA OU ADOLESCENTE EM CONTINUIDADE DELITIVA (ART. 240 DA LEI N. 8.069/1990 C/C ART. 71 DO CP). SENTENÇA CONDENATÓRIA.

RECURSO MINISTERIAL. IRRESIGNAÇÃO CONTRA SENTENÇA QUE EXTINGUIU O FEITO POR ILEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO QUANTO AO ANTIGO DELITO DE ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. DATA DO FIM DA SÉRIE DELITIVA NÃO PRECISA. LEI VIGENTE AO TEMPO DOS FATOS. ATOS LIBIDINOSOS DIVERSOS DA CONJUNÇÃO CARNAL PRATICADOS PELO AGENTE. AÇÃO PÚBLICA CONDICIONADA À REPRESENTAÇÃO. SITUAÇÃO DE MISERABILIDADE DA GENITORA DA VÍTIMA COMPROVADA. AUSÊNCIA DE FORMALIDADE. REPRESENTAÇÃO ACOSTADA AOS AUTOS. CONDIÇÃO DE PROCEDIBILIDADE DA AÇÃO PREENCHIDA. PRECEDENTES DO STJ. MÉRITO. MATERIALIDADE DO FATO QUE MUITO NÃO SE PODE EXIGIR, EM RAZÃO DE NÃO DEIXAR VESTÍGIO. CONTATO FÍSICO DIRETO COMPROVADO. AUTORIA PACIFICADA. DECLARAÇÕES DA VÍTIMA FIRMES E COERENTES, CORROBORADOS PELA FALA DE SUA GENITORA E AVÓ MATERNA. VERSÃO DEFENSIVA ANÊMICA. CRIMES DESTES JAEZ NORMALMENTE COMETIDOS NA CLANDESTINIDADE. PRINCÍPIO DO IN DUBIO PRO REO INAPLICÁVEL À ESPÉCIE. CONDENAÇÃO QUE SE IMPÕE. SENTENÇA REFORMADA.

PLEITO CONDENATÓRIO NAS SANÇÕES DO ART. 241-B DO ECA (ARMAZENAMENTO DE FOTOGRAFIAS PORNOGRÁFICAS ENVOLVENDO CRIANÇAS OU ADOLESCENTES). MATERIALIDADE E AUTORIA DO DELITO COMPROVADAS. CONTEXTO DOS FATOS. ENFOQUE DAS FOTOGRAFIAS À REGIÃO GENITAL. CONOTAÇÃO OBSCENA. EXPLORAÇÃO DA SEXUALIDADE DAS INFANTES. CONDENAÇÃO QUE SE IMPÕE. SENTENÇA REFORMADA. RECURSO PROVIDO POR MAIORIA DE VOTOS NESTE PONTO.

PLEITO DEFENSIVO PELA ABSOLVIÇÃO QUANTO AO DELITO PREVISTO NO ART. 240 DO ECA (FOTOGRAFAR CENA DE SEXO EXPLÍCITO OU PORNOGRÁFICA ENVOLVENDO CRIANÇA OU ADOLESCENTE), EM RAZÃO DA ATIPICIDADE DA CONDUTA. NÃO ACOLHIMENTO. FOTOGRAFIAS COM ÓRGÃO SEXUAL EXPLICITAMENTE VISÍVEL. DECLARAÇÕES DA OFENDIDA TAXATIVAS NA DELEGACIA E EM JUÍZO, CORROBORADAS PELOS DEMAIS ELEMENTOS DOS AUTOS. ADEQUAÇÃO DA CONDUTA AO TIPO PENAL. DELITO COMETIDO NA CLANDESTINIDADE. PALAVRA DA VÍTIMA QUE DETÉM ESPECIAL RELEVÂNCIA. ABSOLVIÇÃO INVIÁVEL. MANUTENÇÃO DA CONDENAÇÃO.

RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n. 2013.008101-7, da comarca da Capital (2ª Vara Criminal), em que são apelantes e apelados Ministério Público do Estado de Santa Catarina e W. de O. R.:

A Terceira Câmara Criminal decidiu, por votação unânime, negar provimento ao recurso defensivo e, por maioria de votos, dar provimento ao apelo ministerial. Vencido o Exmo. Des. Relator quanto ao reconhecimento do crime previsto no art. 241-B do Estatuto da Criança e do Adolescente. Custas legais.

O julgamento, realizado no dia 17 de setembro de 2013, foi presidido pelo Exmo. Sr. Des. Torres Marques, com voto, e dele participou o Exmo. Sr. Des. Alexandre d'Ivanenko. Funcionou pela douta Procuradoria-Geral de Justiça o Exmo. Sr. Dr. Anselmo Agostinho da Silva.

Florianópolis, 18 de outubro de 2013.

Leopoldo Augusto Brüggemann
RELATOR

RELATÓRIO

Na comarca da Capital, o Ministério Público do Estado de Santa Catarina ofereceu denúncia contra W. de O. R., vulgo L., dando-o como incurso nas sanções do art. 217-A, *caput*, c/c o art. 71, ambos do Código Penal; do art. 240 da Lei n. 8.069/1990, c/c o art. 71 do Código Penal; e do art. 241-B da Lei n. 8.069/1990, pela prática das condutas assim descritas na inicial acusatória:

No mês de julho de 2010, iniciou-se investigação policial em razão do relato de uma adolescente que informou ter sido vítima de crimes previstos no Estatuto da Criança e do Adolescente cometidos por W. de O. R.. O denunciado exerce a profissão de fotógrafo e possui um estúdio fotográfico onde realiza “*books* fotográficos” para diversas pessoas, em especial, crianças e adolescentes. Da investigação, resultou a medida de busca e apreensão no estúdio fotográfico de propriedade do denunciado, bem como em sua residência, onde foram apreendidos CPU’s, pen drive, cartões de memória, CD’s e DVD’s.

Ainda, durante a investigação, foram apurados outros crimes da mesma natureza praticados pelo denunciado em face de outras adolescentes, conforme será narrado a seguir.

1. Do crime de estupro de vulnerável

Durante os anos de 2006 e 2009, no estúdio fotográfico localizado na Rua Felipe Schmidt, 649, Ed. Torres da Colina, sala 406, Bairro Centro, Florianópolis/SC, o denunciado W. de O. R., com objetivo de saciar sua lascívia, praticou, de forma reiterada, ato libidinoso consistente em acariciar os seios e a vagina da vítima E.T.M., quando esta possuía 9 (nove) anos, prática que perdurou até os seus 12 (doze) anos de idade.

Nessas ocasiões, o denunciado W. realizava em seu estúdio, sempre na ausência de pessoa responsável, diversos ensaios fotográficos com a vítima, a pretexto de participar de seleção para campanhas publicitárias. Foi assim que, em inúmeros ensaios que realizou com a vítima, o denunciado Wanderley, após pedir para a vítima tirar suas roupas para as fotos, ordenava que a vítima E.T.M. sentasse em seu colo e acariciava seus seios e sua vagina.

Quando investia, de modo libertino, contra a vítima, o denunciado ordenava-lhe que não revelasse os fatos a terceiros sob pena de lhe matar e matar sua família. O denunciado, assim, conseguiu constrangê-la a sucumbir a seus caprichos lúbricos.

Assim, o denunciado W. de O. R., com insaturável concupiscência, e com o mesmo *modus operandi*, constrangeu, de forma continuada, durante o lapso temporal de aproximadamente quatro anos, a vítima E.T.M., praticando atos libidinosos, conforme ora descritos.

2. Do crime de fotografar cena pornográfica

Durante os anos de 2009 e 2010, no estúdio fotográfico localizado na Rua Felipe Schmidt, 649, Ed. Torres da Colina, sala 406, Bairro Centro, Florianópolis/SC, o denunciado W. de O. R., fotografou, de forma reiterada, cenas pornográficas, envolvendo a adolescente V.F.G., a qual possuía aproximadamente 12 (doze) e/ou 13 (treze) anos de idade na época dos fatos, conforme Termo de Declaração às fls. 7/9.

As fotografias eram tiradas pelo denunciado W. a pretexto de apresentação dessas fotos para agência de propagandas, ocasião em que o denunciado W. convidava a vítima V.F.G. para participar e realizar “*book’s* fotográficos”. Nesses ensaios, o denunciado W. fotografava a vítima, ordenando que esta baixasse a blusa e a parte de baixo da vestimenta, mostrando seus seios e sua genitália. Para lograr êxito no intento, o denunciado W. afirmava para a vítima que ela não precisava constranger-se pois aquelas poses eram normais durante um ensaio fotográfico e que ela poderia confiar nele pois eram amigos.

Dessa forma, o denunciado W. fotografou, por diversas vezes, a vítima V.F.G., com suas partes íntimas desnudadas, tendo, inclusive, em uma oportunidade, dado um objeto vibrador de formato cilíndrico para a vítima colocar no interior de sua calcinha, argumentando que com quilo a vítima ficaria mais relaxada para realizar as fotos.

Da mesma forma como relatado anteriormente, o denunciado W. realizava os ensaios fotográficos sozinhos com a vítima, porquanto afirmava para essa que a presença de seus pais no estúdio era muito prejudicial para o resultado final do trabalho.

3. Do crime de armazenar fotografias de conteúdo pornográfico

No dia 29 de outubro de 2010, por volta das 9h30min, no interior da residência e do estúdio fotográfico localizados nesta Capital, respectivamente, na Rua Altamiro Guimarães, 410, Bloco A, ap. 404, Residencial Eugênio Raulino Koerich, e Rua Felipe Schmidt, 649, Ed. Torres da Colina, sala 406, Bairro Centro, em cumprimento ao mandado de busca e apreensão nos locais, constatou-se que o denunciado W. de O. R. armazenava nos discos rígidos dos computadores de sua propriedade (HD números de série 9QZ65HA5, S1RLJ60Z608335 e S0E9J1BLA00223), imagens de conteúdo pornográfico envolvendo crianças e/ou adolescentes, conforme Termos de Apreensão das fls. 22/23 e atestado por meio do Laudo Pericial das fls. 71/129 (fls. II-V).

Concluída a instrução do feito, a denúncia foi julgada parcialmente procedente para condenar o acusado às penas de 4 (quatro) anos, 9 (nove) meses e 18 (dezoito) dias de reclusão, em regime inicial semiaberto, e ao pagamento de 17 (dezesete) dias-multa, em seu mínimo legal, por infração ao disposto no art. 240 da Lei n. 8.069/1990. Foi-lhe concedido o direito de apelar em liberdade (fls. 264-289).

Irresignado, o representante do Ministério Público interpôs recurso de apelação, no qual requereu a condenação do acusado (mantendo-se a condenação já imposta na sentença) nas sanções do art. 217-A, *caput*, c/c o art. 71 (por nove vezes), ambos do Código Penal e do art. 241-B da Lei n. 8.069/1990, sustentando, quanto ao crime de armazenar fotografias de conteúdo pornográfico, que a materialidade restaria comprovada nos autos, uma vez que as vítimas teriam sido identificadas como sendo menores. Quanto ao delito de estupro, alegou o *Parquet* que teria legitimidade para propor a ação penal, vez que o crime continuado teria cessado apenas após a entrada em vigor da Lei n. 12.015/2009, que em seu art. 225, parágrafo único, concede ao Ministério Público tal poder. Caso seja entendido que o caso em tela ocorreu anteriormente ao advento da Lei n. 12.015/2009, e que a nova redação do art. 225 do Código Penal não tem natureza processual, a acusação alegou que sua legitimidade em

oferecer a ação penal encontra-se embasada na ausência de recursos financeiros indispensáveis à manutenção própria e da família por parte da vítima (antigo art. 225, § 1º, do Código Penal), conforme documentos acostados aos autos. Por fim, se houver o entendimento de não estar suficientemente comprovado o acima alegado, pleiteou a aplicação do art. 616 do Código de Processo Penal.

Em caso de não acolhimento de nenhuma das teses supracitadas, o representante do *Parquet* alegou que a ação seria pública e incondicionada, pois o crime em questão teria operado-se mediante violência presumida, conforme o depoimento da vítima, o que ocasionaria, também, a legitimidade do Ministério Público.

Subsidiariamente, caso não seja entendido que se encontram nos autos provas suficientes da ocorrência do estupro após o advento da Lei n. 12.015/2009, ou, ainda, que o Ministério Público não possui legitimidade ad causam, foi requerida a desclassificação do crime acima citado para o delito previsto no art. 240 da Lei n. 8.069/1990, e a consequente condenação do acusado, alegando que existiria um conjunto probatório robusto capaz de amparar um decreto condenatório nesse sentido. Em não sendo acatada nenhuma das teses expostas, o Ministério Público pugnou o aguarado do fluxo integral do lapso decadencial do crime de estupro, tendo em vista que o magistrado a quo teria se equivocado ao decretar a extinção da punibilidade do acusado referente a tal delito, levando em consideração que o prazo para tal apenas começaria a fluir para a ofendida a partir da data em que ela atingir a maioridade penal, o que não teria acontecido ainda (fls. 301-327).

Também inconformada com o *decisum*, a defesa interpôs recurso de apelação, no qual requereu a absolvição do ora apelante frente a atipicidade da conduta, uma vez que as fotos encontradas em seu poder não constituiriam cenas de pornografia, o que excluiria o tipo penal. Alegou

também que a sentença de primeiro grau teria se baseado apenas nos depoimentos da vítima e de sua genitora, o que não retrataria a verdade dos fatos e geraria dúvidas, devendo o acusado ser absolvido (fls. 439-446).

Juntadas as contrarrazões (fls. 380-406, 450-458), ascenderam os autos a esta instância, e a douta Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer da lavra do Exmo. Sr. Dr. Milani Maurilio Bento, opinou pelo conhecimento e provimento do recurso da acusação, e, em parecer da lavra do Exmo. Sr. Dr. Paulo Roberto de Carvalho Roberge, opinou pelo conhecimento e desprovimento do recurso da defesa (fls. 414-431, 460-470).

Este é o relatório.

VOTO

Trata-se de recurso de apelação contra decisão que julgou parcialmente procedente a denúncia e condenou W. de O. R. às sanções previstas pelo art. 240 do Estatuto da Criança e do Adolescente, absolvendo-o das imputações referentes aos delitos previstos nos arts. 217-A, *caput*, do Código Penal e 241-B do Estatuto da Criança e do Adolescente.

O apelo é de ser conhecido, porquanto presentes os requisitos objetivos e subjetivos de admissibilidade.

Do recurso do Ministério Público

1. Do crime previsto no art. 217-A do Código Penal

Persegue o Ministério Público a condenação do acusado no delito de estupro, sob a alegação de que teria legitimidade para propor a ação penal, uma vez que o crime continuado teria cessado apenas após a entrada em vigor da Lei n. 12.015/2009. Caso seja entendido que o fato em tela ocorreu anteriormente ao advento da Lei n. 12.015/2009 e que a nova redação do art. 225 do Código Penal não tem natureza processual, a acusação alegou que sua legitimidade em oferecer a ação penal

encontra-se embasada na ausência de recursos financeiros indispensáveis à manutenção própria e da família por parte da vítima, conforme documentos acostados aos autos. Por fim, se houver o entendimento de não estar suficientemente comprovado o acima alegado, pleiteou a aplicação do art. 616 do Código de Processo Penal. Em caso de não acolhimento de nenhuma das teses supracitadas, alegou que a ação seria pública incondicionada, pois o crime em questão teria ocorrido mediante violência presumida, conforme o depoimento da vítima, o que ocasionaria, também, a legitimidade do Ministério Público.

Com razão o digno *Parquet*.

De fato, *venia*, a acusação não logrou êxito em demonstrar, com a certeza necessária, a data na qual os abusos tiveram fim, ou que tenham efetivamente avançado o dia 10/08/2009, data da vigência do diploma retro referido (Lei 12.015/2009), mas restou, entretanto, suficientemente assentada nos autos a ausência de condições dos pais da vítima em prover as despesas do processo sem privar-se de recursos indispensáveis ao sustento da família, a representação da genitora da ofendida, e ainda, que os delitos foram perpetrados contra criança (o início da série delitiva), o que demonstra, sim, a legitimidade do Ministério Público para deflagrar a actio.

A ofendida E. T. M., ouvida sob proteção do Provimento 14 da CGJ, disse, na fase embrionária, que “a declarante se recorda de ter sofrido com esses atos de L. R., quando a declarante tinha aproximadamente uns 9 anos até 11-12 anos” (fl. 70). Em juízo, afirmou que esteve no estúdio fotográfico por umas dez vezes, de 2006 a 2009. Disse que hoje está com quinze anos, e na época que cessaram os abusos estava com “onze, dez, doze” (CD de fl. 164).

Perante o magistrado, a avó de E., A. Â. S. T., afirmou que as sessões de foto se iniciaram em 2007 ou 2008, não se recordando bem ao

certo, tendo ido de 6 a 8 vezes lá, o que durou “menos de dois anos e mais do que um ano”, em intervalos de 3 a 6 meses (CD de fl. 213).

É cediço que com a vigência da Lei n. 12.015/2009 ocorreu profunda mudança nas disposições dos delitos contra a dignidade sexual. Sob a égide da legislação anterior, a ação penal privada era a regra. Havia duas exceções: uma nos casos em que a vítima ou seus pais não pudessem prover as despesas do processo, sem privação de recursos indispensáveis à manutenção própria ou da família, cuja ação seria pública condicionada à representação; e outra, se o crime tivesse sido cometido com abuso de pátrio poder, ou na qualidade de padrasto, tutor ou curador, cuja ação seria pública incondicionada.

Isso posto, urge consignar que a prova colacionada dá conta em demonstrar a falta de condições da família da vítima, bem como a representação da genitora da ofendida, documentos estes apenas juntados em sede de razões de apelação com o único fim de preservar a identidade da vítima, ouvida que foi sob os auspícios do Provimento 14 da CGJ.

É certo que às fls. 69-70 a testemunha n. 1 sequer é identificada como “E. T. M.”, o que, por óbvio, realizou-se para resguardar o reconhecimento da ofendida, de maneira que se presume, também, que por esta razão não foram juntados o boletim de ocorrência e as declarações de sua genitora na fase policial, apenas nas razões de apelação.

De qualquer sorte, o que ficou comprovado nos autos é que os documentos foram, de fato, confeccionados à época – já existiam –, não sendo colacionados aos autos com o intuito único, repita-se, de preservar a identidade da vítima.

Cumpre esclarecer também que, consoante previsão expressa do art. 231 do Código de Processo Penal, que assim dispõe: “salvo os casos expressos em lei, as partes poderão apresentar documentos em qualquer fase do processo”, perfeitamente válido os documentos acostados aos

autos pelo *Parquet* na oportunidade das razões recursais.

A respeito do tema, colhe-se da obra de Renato Brasileiro de Lima:

No tocante ao momento da prova, pode-se dizer que, no processo penal, e pelo menos em regra, as provas podem ser produzidas a qualquer momento. Nessa linha dispõe o art. 231 do CPP que, salvo os casos expressos em lei, as partes poderão apresentar documentos em qualquer fase do processo (Manual de processo penal, vol. I. Niterói: Impetus, 2011. p. 928) (grifou-se).

Fernando da Costa Tourinho Filho, ao comentar o aludido dispositivo de lei, também disserta sobre o assunto:

Documento, como dizia Carnelutti, é tudo quanto represente um fato. E Fenech o define como ‘o objeto material em que se insere uma expressão de conteúdo intelectual por meio de um escrito ou de qualquer outros sinais, imagens ou sons’ (Derecho procesal penal, cit., v. 1, p. 769).

[...] Evidentemente que, uma vez apresentados e desde que permitida a juntada, sobre ele se manifestará a parte ex adversa. Em qualquer fase, diz a lei, ‘salvo os casos expressos em lei’. Quais são esses casos? Os previstos nos arts. 406, § 2º, e 475 do CPP. Assim, nos processos de competência do Júri, as partes não podem requerer a juntada de documentos na fase das ‘alegações finais’. Tampouco poderão, no plenário do Júri, proceder à leitura de documento sem que dele se dê ciência à parte contrária, com antecedência mínima de três dias. Outra exceção está prevista no art. 233 (Código de Processo Penal Comentado, v. I. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 589).

Na jurisprudência, é este também o sentido que vem se decidindo. O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE n. 594.209/SC, da relatoria do Min. Cezar Peluso, decidiu que o Tribunal “pode conhecer da força de documentos tardios, se entender necessária à decisão do recurso,

tendo por limite apenas o respeito ao contraditório e à ampla defesa”, e fez consignar a ressalva de que referidos princípios constitucionais estão atendidos com a simples abertura de prazo para contrarrazões, visto que “não há formalidade por observar em tais situações, bastando, para efeito de observância das garantias processuais da defesa, intimação para manifestação oportuna da parte interessada”.

Esse posicionamento também foi adotado pela Suprema Corte no julgamento do AgReg em RE n. 592.670/RS e do HC n. 693.148/RJ, embora versem sobre situações distintas.

O mesmo entendimento se extrai de julgados do Superior Tribunal de Justiça (REsp 1.101.620/SP, REsp 400.052/RS, e HC 88.765/SP), e de Tribunais pátrios, dentre eles, os dos Estados de São Paulo, Rio de Janeiro e Minas Gerais.

Esta Corte também já decidiu a respeito:

APELAÇÃO CRIMINAL. RECURSO INTERPOSTO PELO ASSISTENTE DE ACUSAÇÃO. LESÃO CORPORAL LEVE (ARTIGO 129, *CAPUT*, DO CÓDIGO PENAL). *JUNTADA DE DOCUMENTOS NOVOS APÓS PROLATAÇÃO DE SENTENÇA. AMPARO NO ARTIGO 231 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL*. CONJUNTO PROBATÓRIO QUE NÃO DEIXA DÚVIDAS SOBRE A AUTORIA E A MATERIALIDADE. CONDENAÇÃO QUE SE IMPÕE. REFORMA DA SENTENÇA DE PRIMEIRO GRAU. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. RECONHECIMENTO DE OFÍCIO DA EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE PELA PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA DO ESTADO NA SUA FORMA RETROATIVA. PENA COMINADA INFERIOR A 1 (UM) ANO. LAPSO SUPERIOR A 2 (DOIS) ANOS ENTRE O RECEBIMENTO DA DENÚNCIA E A PROLAÇÃO DO PRESENTE ACÓRDÃO. INTELIGÊNCIA DOS ARTIGOS 107, IV, 109, VI E 110, § 1º, TODOS DO CÓDIGO PENAL (Apelação Criminal n. 2009.032383-3, de Forquilha, rel. Des. Hilton Cunha Júnior, j. 04/11/2010 – grifou-se).

APELAÇÃO CRIMINAL- LATROCÍNIO - NEGATIVA DE AUTORIA INCONSISTENTE DIANTE DE TODO O CONJUNTO PROBATÓRIO, INCLUSIVE DA DELAÇÃO DESPRETENSIOSA, NA FASE EXTRAJUDICIAL, DOS CO-RÉUS - PLEITO QUE VISA A DESCLASSIFICAÇÃO PARA O CRIME DE ROUBO QUALIFICADO - IMPOSSIBILIDADE - MATERIALIDADE E AUTORIA DO CRIME DE LATROCÍNIO AMPLAMENTE COMPROVADAS - PEDIDO DE RECONHECIMENTO DE PARTICIPAÇÃO DE MENOR IMPORTÂNCIA - INVIABILIDADE - PARTICIPAÇÃO MORAL E INTELECTUAL EFETIVA DO APELANTE NO EVENTO CRIMINOSO. COOPERAÇÃO DOLOSAMENTE DISTINTA - PLENA CIÊNCIA DO USO DE ARMA DE FOGO PELOS CO-RÉUS - AGENTE QUE ASSUME O RISCO DA OCORRÊNCIA DO RESULTADO GRAVOSO - DESCLASSIFICAÇÃO IMPOSSÍVEL - DOSIMETRIA DA PENA DEVIDAMENTE APLICADA. PROVAS INDICIÁRIAS - CONSONÂNCIA COM OS DEMAIS ELEMENTOS DE PROVA - INEXISTÊNCIA DE QUALQUER PROVA DE COAÇÃO OU AUSÊNCIA DAS FORMALIDADES LEGAIS - NULIDADE INEXISTENTE. *JUNTADA DE NOVOS DOCUMENTOS EM SEDE DE APELAÇÃO - POSSIBILIDADE - INTELIGÊNCIA DOS ARTIGOS 231 E 400 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL - INTIMAÇÃO DA DEFESA EM RELAÇÃO AOS DOCUMENTOS JUNTADOS AOS AUTOS - EVENTUAL PREJUÍZO NÃO DEMONSTRADO* - PRECEITOS CONSTITUCIONAIS DA AMPLA DEFESA E DO CONTRADITÓRIO PLENAMENTE OBSERVADOS - RECURSO IMPROVIDO - Tendo o apelante planejado o assalto, fornecido arma para a prática do crime e conduzido os co-réus até o local dos fatos, vindo a ocorrer o evento danoso (morte da vítima) responde pelo crime de latrocínio, mesmo não querendo o resultado mais grave, em face do dolo eventual, não havendo como dar guarida à desclassificação deste delito para o de roubo qualificado. Os depoimentos colhidos na fase indiciária, observadas todas as formalidades legais e ausente qualquer indício de coação por parte da autoridade policial, em consonância com os demais elementos de prova, são aceitáveis e dignos de credibilidade. *Possibilitada a manifestação da defesa acerca de documentos juntados aos autos após a prolação da sentença, garantido está a aplicação dos preceitos constitucionais do contraditório e da ampla defesa* (Apelação Criminal n. 2008.072589-0, de Blumenau, rel. Des. Cláudio Valdyr Helfenstein, j. 10/02/2009 – grifou-se).

ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR - RECURSO DA DEFESA - *JUNTADA DE NOVOS DOCUMENTOS EM SEDE DE APELAÇÃO - POSSIBILIDADE - INTELIGÊNCIA DOS ARTIGOS 231 E 400 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL* - [...] (Apelação Criminal n. 2005.027628-8, de Criciúma, rel. Des. Tulio Pinheiro, j. 22/05/2007 – grifou-se).

PROCESSUAL PENAL - *PLEITO DE APRECIÇÃO DE DOCUMENTO NOVO JUNTADO ÀS RAZÕES RECURSAIS - ACOLHIMENTO - INTELIGÊNCIA DOS ARTS. 231 E 400 DO CPP*. “As partes poderão em qualquer fase do processo apresentar documentos. Assim dispõe o art. 231 do CPP, que obedece ao objetivo de apuração da verdade que o processo tem. São os documentos meios de prova e, conseqüentemente, cuida a lei que esta não fique prejudicada por prazos e atos próprios para sua apresentação” (RT 565/283). [...] (Apelação Criminal n. 2003.027622-0, de Orleans, rel. Des. Souza Varella, j. 21/06/2005).

E no mesmo sentido já se manifestou esta Câmara:

ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. ATOS INFRACIONAIS EQUIPARADOS AOS CRIMES DE TRÁFICO E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. SENTENÇA QUE JULGOU IMPROCEDENTE A REPRESENTAÇÃO. INSURGÊNCIA DO MINISTÉRIO PÚBLICO. *JUNTADA DE DOCUMENTOS EM SEDE DE RECURSO. POSSIBILIDADE, RESSALVADA A OBSERVÂNCIA AO CONTRADITÓRIO. PRECEDENTES*. MÉRITO. MERCANCIA E VÍNCULO DO ADOLESCENTE COM TRAFICANTE IMPUTÁVEL DEMONSTRADO NOS AUTOS. DECLARAÇÕES UNÍSSONAS DE USUÁRIOS PRESTADAS NAS DUAS FASES PROCESSUAIS. CONJUNTO PROBATÓRIO SUFICIENTE. MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS. PROCEDÊNCIA DA REPRESENTAÇÃO DECRETADA. APLICAÇÃO DA MEDIDA DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS À COMUNIDADE. RECURSO PROVIDO. DECURSO DO LAPSO PRESCRICIONAL VERIFICADO. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO SOCIOEDUCATIVA RECONHECIDA, DE OFÍCIO (Apelação/Estatuto da Criança e do Adolescente n. 2011.087112-8, de Lebon Régis, rel. Des. Torres Marques, j. 14/02/2012) (grifou-se).

PROCESSUAL PENAL - PROVA DOCUMENTAL - JUNTADA APÓS A PROLAÇÃO DA SENTENÇA - POSSIBILIDADE, RESSALVADOS OS CASOS EM QUE O EXPEDIENTE VISAR A PROTELAÇÃO DO JULGAMENTO - INTELIGÊNCIA DO ART. 231 DO CPP - PRECEDENTE DO STJ [...] (Apelação Criminal n. 2002.015842-4, de Blumenau, rel. Des. Torres Marques, j. 13/05/2003) (grifou-se).

Desta forma, oportunizada à defesa manifestação quanto aos documentos novos acostados, no momento das contrarrazões, perfeitamente válida a prova juntada aos autos em sede recursal, devendo esta, sem sombra de dúvidas, ser sopesada em busca da verdade substancial.

Pois bem. Esclarecido o exposto, passa-se à análise do caso.

Acerca da ação penal pública condicionada à representação, Fernando Capez leciona que é aquela em que “o Ministério Público, titular desta ação, só pode a ela dar início se a vítima ou seu representante legal o autorizarem, por meio de uma manifestação de vontade”. No caso, “o crime afeta tão profundamente a esfera íntima do indivíduo que a lei, a despeito da sua gravidade, respeita a vontade daquele, evitando, assim, que o *strepitus iudicii* (escândalo do processo) se torne um mal maior para o ofendido do que a impunidade dos responsáveis. Mais ainda: sem a permissão da vítima, nem sequer poderá ser instaurado inquérito policial” (CPP, art. 5º, § 4º) (Curso de Direito Penal. 17 ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 580).

A vítima, quando compareceu à Delegacia para prestar declarações, encontrava-se “na presença de sua representante legal” (fl. 69). A comunicação e formalização da *notitia criminis* encontra-se no boletim de ocorrência, juntado em sede de razões recursais, datado do ano de 2010 (fl. 329), período em que a genitora da vítima veio a saber da ocorrência do crime, bem como o seu autor.

A falta de condições da família da ofendida pode ser auferida no decorrer do processo, pelas declarações prestadas pela mesma nas fases policial e judicial, bem como a fala de sua avó, em juízo, e ainda pelos documentos juntados às fls. 328-363, que atestam a ausência de recursos da genitora da vítima de prover as despesas do processo sem privar-se de recursos indispensáveis ao sustento da família.

Já se decidiu esta Corte de Justiça:

PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME (CP, ART. 214, *CAPUT* C/C ART. 224, “A”; ART. 226, II E ART. 71, PARÁGRAFO ÚNICO). QUESTÃO PREJUDICIAL DE DECADÊNCIA AFASTADA. MANIFESTAÇÃO DE VONTADE FIRMADA PERANTE AUTORIDADE POLICIAL ANTES DO LAPSO TEMPORAL PREVISTO NO ART. 38 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. QUESTÃO PREJUDICIAL DE ILEGITIMIDADE ATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO (CPP, ART. 564, II E IV). SITUAÇÃO DE MISERABILIDADE COMPROVADA PELOS ELEMENTOS DA FASE INDICIÁRIA E JUDICIAL (CP, ART. 225, § 1º, I). SENTENÇA CONFIRMADA.

[...]

- A situação de miserabilidade que legitima a atuação do Ministério Público nas ações penais pela prática de crimes contra os costumes, atualmente denominados de crimes contra a dignidade sexual, não é demonstrada apenas com a declaração de hipossuficiência firmada pelo interessado.
- *Os autos do inquérito policial que demonstram a baixa escolaridade das representantes das vítimas, corroborada pela prova colhida na instrução processual penal que demonstra a impossibilidade de se arcar com as custas e despesas do processo é prova suficiente para legitimar a atuação do Ministério Público em ação que visa apurar a prática de crime de atentado violento ao pudor previsto no art. 214, do Código Penal.*
- Parecer da PGJ pelo conhecimento e desprovimento do recurso.
- Recurso conhecido e desprovido (Apelação Criminal n. 2011.037672-1, de Jaraguá do Sul, rel. Des. Carlos Alberto Civinski, j. 16/02/2012) (grifou-se).

PENAL E PROCESSUAL - CONSTRANGIMENTO ILEGAL - PRELIMINAR - ILEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO - NULIDADE REJEITADA - DECLARAÇÕES DA VÍTIMA CORROBORADAS POR INDÍCIOS E CIRCUNSTÂNCIAS QUE CONVENCEM DA AUTORIA E DA MATERIALIDADE DO DELITO - PROVA SUFICIENTE - CONDENAÇÃO MANTIDA - SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO - REQUISITOS PREENCHIDOS - SUSTAÇÃO DOS EFEITOS DA SENTENÇA CONDENATÓRIA PARA QUE SEJA OFERTADA A PROPOSTA DE SURSIS PROCESSUAL PELO REPRESENTANTE DO MINISTÉRIO PÚBLICO - RECURSO PROVIDO PARCIALMENTE.

Nos crimes contra a liberdade sexual é prescindível a juntada de comprovante de hipossuficiência para que reste caracterizada a miserabilidade da vítima ou dos pais, *desde que seja possível verificá-la no decorrer do processo*. [...] (Apelação Criminal n. 2007.045534-7, de Modelo, rel. Des. Amaral e Silva, j. 07/04/2009).

De mais a mais, “a finalidade da representação nos crimes contra os costumes não é acautelar os interesses do réu, *mas os do ofendido*” (Apelação Criminal n. 2010.044266-3, de Presidente Getúlio, rel. Des. Torres Marques, j. 1º/02/2011), tanto que a alteração legislativa foi nesse sentido, e para isso, trouxe o novel parágrafo único do art. 225 do Código Penal: “Procede-se, entretanto, mediante ação penal pública incondicionada se a vítima é menor de 18 (dezoito) anos ou pessoa vulnerável”.

É, ademais, a direção para qual a doutrina majoritária e a jurisprudência já vinha caminhando. E também o posicionamento doutrinário e jurisprudencial quanto ao art. 227 do Estatuto da Criança e do Adolescente, *in verbis*: “Os crimes definidos nesta Lei são de ação pública incondicionada”, que em crimes contra a liberdade sexual da criança, mesmo sem o resultado de lesão grave ou morte, é dispensada a representação, sendo a ação penal pública incondicionada.

Nesse diapasão, o Superior Tribunal de Justiça já assentou:

PENAL E PROCESSUAL. ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR COMETIDO CONTRA CRIANÇA. LESÃO CORPORAL LEVE. AÇÃO PENAL. TITULARIDADE. QUEIXA. AUSÊNCIA. DECADÊNCIA. PUNIBILIDADE. EXTINÇÃO. IMPOSSIBILIDADE.

Afasta-se o caráter particular inerente à titularidade da ação penal em hipótese de atentado violento ao pudor quando a criança ofendida vive na companhia do suposto agressor, em situação de dependência econômica, esta evidenciada por relação de emprego havida entre o paciente e a mãe da vítima (arts. 225, § 1º, inciso I, e 226, inciso II, do Código Penal).

O evidente conflito entre o interesse do menor incapaz e a disposição contrária de seu representante legal implica a nomeação de curador especial, nos termos do art. 33 do CPP e 142, parágrafo único, da Lei nº 8.069/90.

A persecução penal de crime cometido contra criança e/ou adolescente menor de 14 (catorze) anos dar-se-á por ação pública incondicionada, à luz do disposto no art. 227 da Lei nº 8.069/90, porquanto desprovidas de validade, diante da imperatividade dos dispositivos constitucionais (arts. 1º, 3º, 5º e 227, CRFB), as normas do art. 225 do Código Penal.

É descabida a alegação de extinção da punibilidade pela decadência do direito de representação, em se tratando de ação penal de iniciativa pública incondicionada. Recurso ao qual se nega provimento (RHC 14.924/GO, rel. Min. Paulo Medina, SEXTA TURMA, j. 15/03/2007, DJ 09/04/2007 p. 265).

Portanto, sob o prisma da interpretação histórica, atrelada às diretrizes hermenêuticas sistemática e teleológica, na hipótese que se apresenta, pois, a ação penal independe de representação, em razão de ter sido perpetrada contra menor de 14 anos, no início da série delitiva, sobre o que já se discorreu, o que faz do Ministério Público instituição legítima para deflagrar a demanda penal em apreço.

Isso posto, passa-se à apreciação do mérito da quaestio, pois encontra-se devidamente instruída e apta ao provimento jurisdicional.

Inicialmente, cumpre consignar, conforme ficou demonstrado, que a época dos fatos foi “entre os anos de 2006 e 2009”, não restando comprovada a data efetiva que cessaram os abusos, razão pela qual deve ser aplicada a lei anterior mais benéfica ao acusado, e não a nova lei incriminadora, porque prejudicial a ele, tendo em vista a previsão da reprimenda, que antes era de 6 a 10 anos para 8 a 15 anos.

É cediço que a lei mais severa não pode retroagir para prejudicar o réu. Desta maneira, a lei a ser aplicada deve ser a prevista pelo art. 214, em sua antiga redação, com a presunção de violência que constava no art. 224, a, ambos do Diploma Penal.

Pois bem.

Verberam os antigos arts. 214 e 224, a, ambos do Código Penal:

Art. 214 - Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a praticar ou permitir que com ele se pratique ato libidinoso diverso da conjunção carnal:

Parágrafo único. Se o ofendido é menor de catorze anos:

Pena - reclusão, de seis a dez anos.

Art. 224 - Presume-se a violência, se a vítima:

a) não é maior de catorze anos;

Sobre o ato libidinoso objeto do verbo nuclear, colhe-se das lições de Julio Fabbrini Mirabete:

Menciona a lei como elemento do tipo o ato libidinoso diverso da conjunção carnal. Define Fragoso o ato libidinoso como ‘toda ação tentatória ao pudor, praticada com propósito lascivo ou luxurioso’. Trata-se, portanto, de ato lascivo, voluptuoso, dissoluto, destinado ao desafogo da concupiscência. Alguns são equivalentes ou sucedâneos da conjunção carnal (coito anal, coito oral, coito *inter-femora*, *cunnilingue*, *heteromasturbação*). ‘Outros, não o sendo, contrastam violentamente com a moralidade sexual, tendo por fim a lascívia, a satisfação da libido’ (*Manual de Direito Penal*, Parte Especial, 4. ed. São Paulo: Atlas, 1989, p. 409) (os grifos não são do original).

Da maestria de Nelson Hungria, extrai-se o seguinte, quando define o típico retrotranscrito:

Ato libidinoso é todo aquele que se apresenta como desafogo (completo e incompleto) à concupiscência. Como elemento constitutivo do atentado violento ao pudor, porém, não deve ter por fim a conjunção carnal (ato libidinosos por excelência), que, quando ilícita é obtida *vi aut manis*, constitui, como já vimos, o crime de estupro, mais severamente punido. Ora tende à satisfação do apetite sexual, representando um *equivalente* (fisiológico e psicológico) ou sucedâneo do coito normal, ora traduz mera depravação moral, sem outro móvel que a indecência por amor à indecência. Nada mais significando, como dizia Crisólito de Gusmão que uma ‘solicitação automota do vício’. Além de ser objetivamente atentatório ao pudor, contrastando com o sentimento médio de moralidade sexual, deve ter como impulso ou fim a lascívia (*Comentários ao Código Penal*, vol. VIII, 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981, p. 121/122) (os grifos são do próprio autor).

Assim, conforme se recolhe dos ensinamentos colacionados, o constrangimento não visa, logicamente, à cópula vagínica, mas a coagir o ofendido a praticar ou permitir que com ele se pratique ato libidinoso diverso da conjunção carnal, que é o ato lascivo, voluptuoso, que visa ao prazer sexual, mediante violência ou grave ameaça.

Destarte, no que tange à materialidade do injusto que narra a proemial, muito não pode ser exigido, eis que é *“inadmissível afirmar que o delito definido no art. 214 do Código Penal de 1940 possa ser incluído no elenco daqueles que necessariamente deixam vestígios. A ausência de seqüelas físicas, em muitos casos, é, ao contrário, a regra geral, como ocorre, por exemplo, na cópula anal preambular, no coito inter-femural, na fallatio e na irrumatio in ore, no osculum illicebrosum, no toque ou afago das partes pudendas, na heteromasturbação etc”* (Revista dos Tribunais, vol. 607/304).

Nesse sentido, já decidiu esta Câmara Criminal:

APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME CONTRA OS COSTUMES. ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR (ART. 214 C/C ART. 224, AMBOS DO CP). FATOS ANTERIORES À VIGÊNCIA DA LEI N. 12.015/09. PRETENDIDA A ABSOLVIÇÃO. INVIABILIDADE. LAUDO PERICIAL QUE VERIFICA A AUSÊNCIA DE VESTÍGIOS DE CRIME. PRESCINDIBILIDADE DO EXAME. AGENTE QUE PÕE AS MÃOS POR DEBAIXO DA BLUSA DA VÍTIMA E ACARICIA SEUS SEIOS. DELITO QUE NÃO DEIXA, NECESSARIAMENTE, VESTÍGIOS DETECTÁVEIS. MATERIALIDADE E AUTORIA DEVIDAMENTE COMPROVADAS PELAS PALAVRAS DA VÍTIMA E DE SUA MÃE, CORROBORADAS POR LAUDO PSICOLÓGICO. RECURSO DESPROVIDO (Apelação Criminal n. 2010.069662-0, da Capital, rel. Des. Alexandre d'Ivanenko, j. 15/02/2011).

O crime em tela consuma-se no exato momento em que o agente, valendo-se de violência ou grave ameaça (que no caso é presumida) pratica o feito voluntário à satisfação de sua lascívia.

É sabido que crimes de tal natureza não costumam deixar vestígios, porquanto, como já referido, os atos libidinosos previstos no tipo *como passar a mão, tocar, beijar, lambar, esfregar, entre outros, não geram*

provas passíveis de registro por exame de corpo de delito, pois “a ausência de seqüelas físicas, em muitos casos, é a regra” (Apelação Criminal n. 2001.014157-4, de Laguna, rel. Des. Solon d’Eça Neves j. 11/09/2001) (grifou-se).

Desta feita, a materialidade do delito vem calçada, assim, apenas e tão somente no boletim de ocorrência (fl. 329) e nos termos do inquérito policial (fls. 02-65).

No que tange à autoria e à culpabilidade do apelado, mister se faz o confronto das assertivas inseridas na peça acusatória com a prova produzida, e as conclusões que dela se pode extrair.

A vítima, E. T. M., na fase inquisitorial ouvida como testemunha protegida pelo Provimento 14 da CGJ, relatou:

[...] que conheceu L. através de um conhecida que era modelo, que indicou a Agência Versace, na qual indicou L. R. como fotógrafo; QUE no início, a declarante tinha apenas 9 anos, alega que gostava de fotografar com L., pois ele era extremamente atencioso e a tratava muito bem; QUE L. não permitia que a avó da declarante, entrasse no estúdio durante as sessões de fotos, e a mesma confiante, de que se tratava de uma profissional sério, atendia aos pedidos de L.; QUE L. começou a convidar a declarante para ir as matins apropriadas para sua idade, que L. se prontificava a buscar a declarante em sua residência, porém a declarante se recusava, contudo L. continuava insistindo; QUE eventualmente, L. oferecia presentes a declarante e numa ocasião, ofereceu uma corrente a declarante, contudo alega não ter aceitado; QUE a declarante, foi até ao estúdio de L., com o intuito de participar de seleções para campanhas e publicidade; QUE a declarante achava interessante é que L. trabalhava sozinho, não possuía nenhuma equipe, nem assistente, tampouco recepcionista, que todas as vezes que ia ao estúdio de L., ele estava sozinho; QUE numa das sessões de fotos, *quando a declarante tinha aproximadamente 9 anos, L. solicitou que a declarante abrisse um pouco a blusa, logo depois, abrisse a calça, deixando sua roupa íntima à mostra e por fim*

que ficasse totalmente sem roupa; QUE nas sessões de fotos, a declarante afirma que tinha muito medo de questioná-lo, devido a sua pouca idade e inexperiência e L. por esse fato, várias vezes ele a fotografou nua; QUE a declarante afirma veemente que várias vezes L. a fotografou nua, e vendo que a declarante estava intimidada por ele, a a ameaçou, dizendo que iria matá-la ou matar alguém da sua família caso contasse algo a alguém; QUE a partir daí, L. foi ficando cada vez mais ousado e a declarante afirma que em todas as sessões, L. mandava a declarante sentar no colo dele, dizia a declarante que era seu amiguinho, e ficava acariciando seus seios; QUE L. por muitas vezes fotografou a declarante sentada em uma cadeira, ou sentada numa mesa daquelas de plástico, típicas de bares, sempre nua; QUE em muitas das fotos, a declarante era obrigada por L. a mostrar suas partes íntimas e ele fazia parecer que aquilo era normal, porém a declarante enfatiza que se sentiu muito constrangida com aquela situação, relata que tinha muito medo foi era constantemente ameaçada por L.; QUE a declarante alega que nunca contou o que aconteceu nas sessões para ninguém por medo de não acreditarem na declarante e por L. ser um fotógrafo conhecido na cidade; QUE nas várias vezes em que a declarante foi fotografada por L., ele acariciava seus seios e vagina; QUE a declarante, se recorda de ter sofrido com esses atos de L. R., quando a declarante tinha aproximadamente 9 anos até os 11-12 anos; QUE numa situação, o que a declarante ressalta que o foi a mais traumática, que L., enquanto fotografava nua, tirou a própria roupa, e continuou a fotografar despido, e quando L. resolveu ir em direção à declarante, nesse momento a ex-mulher bateu na porta, L. ficou muito nervoso, pediu a declarante para se vestir e foi atender a porta; QUE a declarante guardou o segredo durante um tempo, foi quando a mãe da declarante descobriu, através de uma conversa com um amigo no MSN, o que havia acontecido; QUE a declarante não queria que a mãe registrasse a ocorrência, pois lembrava das ameaças de L. e temia que acontecesse alguma coisa com ela ou com a família [sic] (fls. 69-70) (grifou-se).

Em juízo, a ofendida ratificou os abusos aos quais era submetida pelo denunciado, e disse:

[...] que esteve no estúdio fotográfico, mais ou menos umas dez vezes, entre 2006 e 2009; que conheceu o acusado por meio de uma agência; que a primeira vez foi com sua mãe; que era para fazer um book; que W. a tocou na segunda ou terceira vez; que chegava a tirar toda a sua roupa; que ele chegou a lhe tocar; que na sala de fotografia sua mãe não ia; que ele mandava tirar roupa, ficava toda sem roupa, sem calcinha; que ele passava a mão em todo seu corpo, vagina, bumbum e seios; que ele a obrigava; que ele dizia que tinha que deixar a tocar; que ele a convidava para ir em festas, dava-lhe presentes, uma corrente de ouro, para não contar para ninguém; que a ameaçou, dizendo que ia matar sua mãe e sua avó; que contou para sua mãe porque não queria ir mais lá; que nunca tentou penetrar; que nunca mais teve contato com o acusado; [...] que foram mais ou menos dez vezes; que estava acompanhada pela mãe ou pela avó; que no local que faziam as fotos ficava só o acusado e ela; que a porta ficava trancada, mas na primeira vez ficou aberta, depois ele colocou uma aviso para ficar fechada; que isso nunca aconteceu com ela, com relação a outras pessoas; que a situação lhe causou desgosto; que voltou lá porque o acusado a ameaçou de morte, bem como a sua mãe; que nas outras vezes sempre voltou acompanhada de sua mãe; que rejeitou o acusado, falando para ele parar; que nunca gritou nem saiu correndo porque ficou com medo que ele fizesse alguma coisa; que depois disso saía mal, mas sua mãe nunca notou nada; que tinha onze, dez, doze anos; que desde a primeira vez ele tirava foto da informante pelada; que a sessão de fotos durava meia hora, uma hora, no máximo; que queria contar para sua família, mas por medo não contava [...] (CD de fl. 164) (grifou-se).

A. Â. S. T., avó da vítima, confirmou que geralmente era ela que levava a neta para fazer as fotos e que foram umas 6 a 8 vezes. Disse que soube que o acusado pedia para ela abaixar um pouco a blusa, para fazer umas fotos mais sensuais. Acrescentou que sua neta não lhe falou se foi tocada ou não pelo acusado. No mais, contou que o comportamento dela ficou muito diferente, não queria mais ir para o colégio, depois das fotos chegou em casa e cortou o cabelo com gilete, pintou o cabelo, virou “Emo”, colocou piercing, tudo para ficar feia, andava com uma turma bem perigosa. Disse que onde ela estava, ele ia atrás dela (CD de fl. 207).

Nesse sentido, também, são as declarações da genitora da vítima, ouvida apenas na fase policial:

QUE, é mãe de E. T. de M., de 14 anos com 9 anos na época; QUE *quando a filha tinha aproximadamente 9 anos*, através de uma pessoa conhecida da família, resolveu fazer um *book* fotográfico, pois a filha tinha muita vontade de ser modelo; QUE a declarante foi até a Agência Versace que indicou o fotógrafo L. R. como fotógrafo; QUE E. passou a fazer algumas seleções para campanhas publicitárias, e na maioria das vezes, a avó, A. Â. acompanhava a criança nessas seleções; QUE na cabeça da declarante nunca apareceu a idéia do que realmente acontecia nessas seleções; QUE a declarante percebeu que L. não possuía nenhuma equipe nem assistente e passou a ficar mais atenta com a filha; QUE *no início, E. se mostrava animada com a idéia de se tornar modelo e com o tempo, notou que E. não queria mais comparecer as sessões fotográficas, que ela chorava muito, porém a declarante forçava porque achava que a filha não terminava nenhuma atividade que começava, e que a menina ficava muito apreensiva quando precisava ir ao estúdio de L.*; QUE a declarante diz *nunca ter percebido nada de diferente, nenhuma atitude suspeita de L., muito pelo contrário, sempre foi extremamente atencioso*; QUE a declarante *assevera que depois dos fatos, a filha mudou completamente, deixou de ser a menina meiga e doce e tornou-se agressiva e mudou até o jeito de vestir, vestindo roupas masculinas*; QUE a declarante descobriu através de conversas no MSN da filha com um amigo, que o que havia acontecido; QUE pressionou a filha para descobrir o que havia acontecido, e a filha relatou que N., durante as sessões de fotos, abusava sexualmente da menina, enquanto a fotografava; QUE *assevera que a filha contou a declarante, que L. disse a menina que ninguém acreditaria nela*; QUE a filha ficou temerosa quando soube que a mãe iria a Delegacia denunciar L.; QUE, inclusive, em março de 2010, L. chegou a telefonar para declarante oferecendo trabalhos fotográficos para E.; Nada mais disse nem lhe foi perguntado [sic] (fl. 331) (grifou-se).

Por ocasião de seu interrogatório, o acusado negou a acusação que contra si pesa. Alegou que “é tudo mentira, nada verdade”. Confirmou

que fotografou a menina, mas disse que foram três vezes, apenas, isso em 2007 e 2008. Com relação à primeira menina, a testemunha protegida, afirmou que a porta ficou aberta e fechada, mas não travada (CD de fl. 207).

Como se vê, a negativa de autoria por parte do acusado entre mostra-se isolada e dissociada dos demais elementos de prova amealhados aos autos. As declarações prestadas pela vítima e pelas testemunhas, sua genitora e avó, foram firmes no sentido de que os abusos iniciaram quando a ofendida tinha apenas 9 anos, sendo que frequentou o estúdio do acusado por mais de três vezes, só a avó teria levado a menina de 6 a 8 vezes. Coerentes os relatos, harmonizando-se com todo o restante do conjunto probatório amealhado no processo, merecem total credibilidade, até porque as fotos de fls. 77-120 (laudo pericial) dão plena mostra de quão despuadorado era o acusado, donde se infere meninas, que não a vítima, em poses impróprias em seu estúdio.

A defesa argumentou que “a vítima desse ilícito jamais irá querer rever seu malfeitor”, já que a vítima sempre retornou ao estúdio do acusado.

Em que pese o esforço defensivo, a própria mãe da ofendida disse na fase policial que *“notou que E. não queria mais comparecer as sessões fotográficas, que ela chorava muito, porém a declarante forçava porque achava que a filha não terminava nenhuma atividade que começava, e que a menina ficava muito apreensiva quando precisava ir ao estúdio de L.”* (fl. 332).

Ora, claramente se percebe que sobre os fatos em si – o abuso sexual – não há qualquer dissonância nas palavras da vítima. As circunstâncias do crime não têm o condão de derruir o fato em si, sobre o qual não pairam dúvidas. A estratégia de defesa de tentar derrubar o depoimento da infante, alegando imprecisão e dúvida cai por terra ante as palavras

uníssonas, em todo o processo, da ofendida corroborada por todo o conjunto de provas.

Eventuais e pequenas divergências constantes nas declarações constituem equívocos aceitáveis. É natural que surjam versões para o mesmo fato, pois contados por pessoas diferentes de forma distinta, quando mais colhidas num lapso temporal de mais de 5 (cinco) anos, consoante se extrai dos autos, sendo, sim, plenamente tolerável esses pequenos desacertos.

Desta forma, o acusado não nega que fotografou a vítima, nem que esteve com ela em seu estúdio. O fato de a vítima ter ido mais de três vezes ao estúdio do acusado ficou comprovado não apenas por sua fala, mas corroborada pelas declarações de sua avó e sua genitora.

De acordo com o já mencionado, crimes de tal natureza não costumam deixar vestígios, porquanto os atos libidinosos previstos no tipo como passar a mão, tocar, beijar, lamber, esfregar, entre outros, não geram provas passíveis de registro por exame de corpo de delito.

Neste viés, ressalta-se que delitos deste jaez são normalmente cometidos às ocultas, entre autor e vítima, o que dificulta sobremaneira a colheita de indícios e vestígios que possam conduzir a um juízo de certeza. A clandestinidade visa a não suscitar suspeitas, porventura futuras testemunhas, razão pela qual à palavra da vítima deve ser conferida especial relevância.

Acerca disso, *mutatis mutandis*, esta Câmara já se pronunciou:

APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL (PRÁTICA DE ATOS LIBIDINOSOS). ALEGAÇÃO DE AUSÊNCIA DE MATERIALIDADE DIANTE DA NÃO CONSTATAÇÃO DE VESTÍGIOS DE VIOLÊNCIA SEXUAL NAS VÍTIMAS. PRESCINDIBILIDADE DESTE MEIO DE PROVA NO CRIME EM ANÁLISE.

PROVA DA AUTORIA. IMPORTÂNCIA DA PALAVRA DA VÍTIMA, VEROSSÍMIL E COERENTE AINDA QUE MENOR DE IDADE, RELATANDO DETALHADAMENTE OS ATOS LIBIDINOSOS A QUE FOI SUBMETIDA PELO ACUSADO, EM TROCA DE BALAS E CHICLETES. INEXISTÊNCIA DE INDÍCIO DE QUE A IMPUTAÇÃO FEITA PELOS FAMILIARES DA VÍTIMA POSSA SER FALSA. VALIDADE. CONTEXTO PROBATÓRIO SEGURO E CONCLUDENTE A RESPEITO DA RESPONSABILIDADE PENAL. CONDENAÇÃO MANTIDA.

Se o fato revelado pela ofendida, que à época contava com apenas quatro anos de idade, não se mostra incoerente e fantasioso, e se também não existem indicativos concretos de que tivessem os seus familiares razão para imputar falsamente a prática do delito ao acusado, com quem mantinham bom relacionamento antes do fato, a prova amealhada é suficiente para amparar a condenação (Apelação Criminal n. 2010.068995-5, de Descanso, rel. Des. Torres Marques, j. 18/04/2011).

Ainda:

[...] Em tema de crimes contra os costumes, que geralmente ocorrem às escondidas, as declarações da vítima constituem prova de grande importância, bastando, por si só, para alicerçar o decreto condenatório, mormente se tais declarações mostram-se plausíveis, coerentes e equilibradas, e com apoio em indícios e circunstâncias recolhidas no processo” (JC 76/639). RECURSO DESPROVIDO (Apelação Criminal n. 2009.065935-0, de Mafra, rel. Des. Alexandre d’Ivanenko, j. 20/07/2010).

Na hipótese, há que se considerar que a idade da ofendida, ao tempo dos fatos – dos 9 (nove) anos aos 11 (onze) – permite que lhe seja atribuída credibilidade, porquanto já capaz de discernir determinados atos que fogem à normalidade, descrevendo fatos incomuns. Tudo, evidentemente, se em harmonia com a direção apontada pelos elementos probatórios.

O fato de a ofendida voltar ao estúdio e, assim, sofrer novos abusos não tem o condão de afastar a versão apresentada pela acusação, que sólida se verificou alicerçada nos elementos de prova trazidos aos autos.

A vítima ressaltou em juízo que W. “*a ameaçou, dizendo que ia matar sua mãe e sua avó*”, e “*que voltou lá porque o acusado a ameaçou de morte, bem como a sua mãe*”. Perguntada pela defesa, disse que “*rejeitou o acusado, falando para ele parar e que nunca gritou nem saiu correndo porque ficou com medo que ele fizesse alguma coisa*” (CD de fl. 164).

E basta. Da idade da vítima já se presume a violência, não sendo oportuno a investigação do causídico quanto ao motivo da vítima em permanecer frequentando o estúdio do acusado. Ainda se extrai dos autos que a reação desta vítima, E. T. M., foi semelhante à da ofendida V. F. G., como também é cediço que assim o é com a imensa maioria das vítimas de abuso sexual, que optam pelo silêncio.

A previsão legislativa da presunção de violência nos delitos sexuais visa a resguardar a criança, que por ser menor de 14 anos, não teria pleno discernimento acerca de atos sexuais. A menoridade da criança é indubitosa ante o documento juntado à fl. 329, que atesta possuir a infante 9 (nove) anos à época do início da sequência delitiva.

Nessa toada, da leitura atenta dos autos se recolhe que a menina, na fase policial, como em juízo, foi unânime em apontar o acusado como autor dos delitos. Não se cogitou, em nenhum momento, da existência de outro autor para os fatos, ou de qualquer animosidade entre sua família e o denunciado. Ao contrário: este detinha a mais sincera confiança da vítima e sua genitora.

Desta feita, a alegação da defesa de que da conduta inexistem provas, tanto da materialidade – esta desnecessária ao caso concreto como referido –, como da autoria, é desprovida de qualquer fundamento. Hou-

ve satisfação da lascívia, e com todos os demais elementos necessários para a caracterização dos atos libidinosos constantes do tipo do antigo atentado violento ao pudor.

É hialina, pois, tanto a prova documental (boletim de ocorrência) acostada aos autos bem como a prova oral colhida durante a instrução do feito (depoimentos da vítima e testemunhas de acusação), as quais dão conta da ocorrência do injusto e de sua autoria, em nenhum momento derruídas pela defesa.

As palavras seguras da ofendida na fase judicial, narrando com detalhes as circunstâncias do caso, em conformidade com suas declarações na fase policial, conforme já salientado, e corroboradas pela prova testemunhal produzida em juízo, sob o crivo do contraditório, não deixam dúvidas a respeito da conduta reprovável do acusado, destinadas à satisfação de sua lascívia.

Consequentemente, é imperiosa a condenação do acusado, pois não colacionou o defensor nenhuma prova que afastasse a acusação contra seu defendido, nem logrou êxito em afastar as fortes provas contra ele apuradas. As testemunhas arroladas pela defesa, Adriana Monteiro, Ana Paula Giordano Domingues, Edione Giordano Domingues, Daniel Cravo da Silveira e Shirley Colerauz Pezzatto nada puderam esclarecer acerca dos fatos, sendo meramente abonatórias, incapazes de modificar o desfecho de todo o processado. Afirmaram em síntese que foram fotografadas pelo acusado e nunca ocorreu qualquer situação que pudessem desconfiar da idoneidade de W.

A respeito da matéria, colhe-se da jurisprudência desta Câmara:

APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL. ESTUPRO. VIOLÊNCIA PRESUMIDA. RECURSO DEFENSIVO. ALEGADA FALTA DE PROVAS A EMBASAR A CONCLUSÃO

CONDENATÓRIA. MATERIALIDADE E *AUTORIA DELITIVAS SUFICIENTEMENTE DELINEADAS. PALAVRA DA VÍTIMA SEGURA E COERENTE. VALIDADE INCONTESTE. DEPOIMENTOS HARMÔNICOS. VALOR PROBATÓRIO RELEVANTE. CONDENAÇÃO MANTIDA*. RECURSO NÃO PROVIDO (Apelação Criminal n. 2011.002736-1, de Quilombo, rel. Des. Torres Marques, j. 22/03/2011) (o grifo não é do original).

APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL (ART. 217-A DO CP). PLEITO ABSOLUTÓRIO. ALEGADA AUSÊNCIA DE PROVAS. *PALAVRA DA VÍTIMA COERENTE E HARMÔNICA QUE, EM COMUNHÃO COM AS PROVAS ORAL E PERICIAL COLETADAS, CONDUZ A CERTEZA NECESSÁRIA PARA MANUTENÇÃO DO DECRETO CONDENATÓRIO. MATERIALIDADE E AUTORIA DEMONSTRADAS. ANEMIA PROBATÓRIA INEXISTENTE. CONDENAÇÃO MANTIDA [...] RECURSO DEFENSIVO PARCIALMENTE PROVIDO* (Apelação Criminal (Réu Preso) n. 2010.052997-2, da Capital, rel. Des. Alexandre d'Ivanenko, j. 14/12/2010) (o grifo não é do original).

APELAÇÃO CRIMINAL - ESTUPRO TENTADO - ART. 213 DO CÓDIGO PENAL - MATERIALIDADE E AUTORIA DELITIVAS COMPROVADAS - *PALAVRAS SEGURAS DA VÍTIMA EM CONSONÂNCIA COM O RESTANTE DO ACERVO PROBATÓRIO - CONDENAÇÃO MANTIDA* - RECURSO DEFENSIVO NÃO PROVIDO (Apelação Criminal n. 2010.031290-6, de Criciúma, rel. Des. Moacyr de Moraes Lima Filho, j. 19/06/2010) (o grifo não é do original).

Destarte, da análise feita emerge nítida a autoria do delito, não há, pois, falar em absolvição, uma vez que a conduta do acusado encontra-se plenamente descrita pelo tipo penal insculpido no art. 214, c/c art. 224, a, c/c art. 71, todos do Código Penal, motivo pelo qual o denunciado deve ser condenado nos moldes da inicial delatatória.

Passe-se, assim, à fixação da reprimenda.

A culpabilidade deflui de todo o processado. Maior de dezoito anos, mentalmente são, logo imputável, tinha pleno conhecimento do caráter ilícito do fato. Não registra antecedentes criminais. Não há nos autos informações a respeito de sua conduta social e personalidade. Os motivos e as circunstâncias foram normais à espécie. As consequências, gravíssimas. É da prova: “[...] o comportamento dela [vítima] ficou muito diferente, não queria mais ir para o colégio, depois das fotos chegou em casa e cortou o cabelo com gilete, pintou o cabelo, virou “Emo”, colocou piercing, tudo para ficar feia, andava com uma turma bem perigosa [...]” (CD de fl. 207 – avó da infante). Ainda: “[...] QUE a declarante assevera que depois dos fatos, a filha mudou completamente, deixou de ser a menina meiga e doce e tornou-se agressiva e mudou até o jeito de vestir, vestindo roupas masculinas [...]” (fl. 331, genitora). Estas as sequelas do ato criminoso perpetrado pelo acusado em relação à vítima.

Assim, ponderadas as circunstâncias judiciais, nos termos do art. 59, inciso II, do Código Penal, fixa-se a pena base em 7 (sete) anos de reclusão.

Na segunda fase da dosimetria, não incidem circunstâncias agravantes nem circunstâncias atenuantes.

Na fase derradeira, incide a causa especial de aumento de pena em razão da continuidade delitiva, na fração de 2/3 (dois terços), por restar plenamente comprovada a reiteração dos crimes, que perduraram entre 2006 e 2009, ocorrendo, ao menos, “dez vezes” (CD de fl. 164), conforme declarações de E. T. M. em juízo, o que torna a reprimenda definitiva, então, em 11 (onze) anos e 8 (oito) meses de reclusão. Não existem causas especiais de diminuição de pena.

O regime inicial de cumprimento de pena deve ser o fechado, ex vi do art. 33, § 2º, a, do Código Penal.

Incabíveis a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito e o *sursis*, também em razão do *quantum* da reprimenda.

Torna-se, assim, desnecessária a aplicação do art. 616 do Código de Processo Penal pleiteada nas razões ministeriais.

De outra banda, requereu o defensor, em suas contrarrazões, o desentranhamento dos documentos de fls. 328-373, juntados pelo Ministério Público, consistentes em boletim de ocorrência e declarações da hipossuficiência da genitora da vítima.

Não merece acolhida a pretensão.

Conforme dispõe o art. 157 do Código de Processo Penal, “São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais”.

In casu, não se verifica ilicitude no meio de prova que enseje o seu desentranhamento. Em verdade, a impugnação do defensor diz respeito apenas à valoração da prova, matéria de mérito, que restou analisada no momento oportuno.

Dessa forma, indefere-se o pleito.

2. Do crime previsto no art. 241-B do Estatuto da Criança e do Adolescente

O Ministério Público ainda pleiteou a condenação do apelado nas sanções do art. 241-B do Estatuto da Criança e do Adolescente, tendo em vista que a materialidade restaria comprovada nos autos, uma vez que as vítimas teriam sido identificadas como sendo menores.

Aduziu que “inexplicavelmente os aludidos documentos não se encontravam nos autos quando da sentença”, e juntou cópia do e-mail recebido e enviado ao Perito Criminal, onde consta a informação de que a documentação já havia sido encaminhada à Procuradoria.

O douto sentenciante absolveu o acusado porque “não havendo identificação das vítimas, tampouco a comprovação de suas idades, inviável a caracterização da materialidade do crime em análise” (fl. 285).

Pois bem.

O Colegiado, à exceção desse signatário que entende que as cenas a que foram expostas as vítimas não configuram o exigido pelo tipo penal, conforme fundamentação ao final deste tópico, considerou que, com as razões recursais, a acusação trouxe a identificação de duas das adolescentes retratadas, as quais contavam com 15 anos à época em que o material foi apreendido.

Por conseguinte, necessária a análise da subsunção da conduta ao tipo penal, segundo o qual constitui crime: “Adquirir, possuir ou armazenar, por qualquer meio, fotografia, vídeo ou outra forma de registro que contenha cena de sexo explícito ou pornográfica envolvendo criança ou adolescente”.

A materialidade do delito vem assentada pelos termos de apreensão (fls. 22-23) e pelo laudo pericial (fls. 71-129).

Quanto à autoria do apelante, também não há dúvidas.

Analisando as fotografias em questão e, em especial, o contexto em que foram apreendidas, verifica-se que se trata de conteúdo pornográfico e vexatório. Isso porque retratam adolescentes usando vestidos, com as roupas íntimas à mostra, sendo que muitas fotos enquadram única e exclusivamente essas partes do corpo das infantas, atribuindo às seqüências conotação obscena e licenciosa, certamente capaz de motivar o indivíduo com pedofilia.

Repita-se que embora referidas fotografias não retratem cenas de sexo, e as adolescentes não estejam nuas, indiscutível o contexto sexual em que estavam inseridas, haja vista as demais condutas imputadas ao

acusado. Ademais, as fotos assumem manifesta conotação pornográfica, na medida em que exploram a sexualidade das infantes retratadas.

Acrescente-se a isso o fato de que a própria defesa reconheceu que as adolescentes foram fotografadas em “poses sensuais”.

Assim, analisando os fatos e a redação do art. 241-B do ECA, tipificado o crime na modalidade “armazenar fotografia que contenha cena pornográfica envolvendo adolescente”.

De outro tanto, diante dos argumentos defensivos, merece ressalva a redação do art. 241-E do ECA, segundo o qual,

Para efeito dos crimes previstos nesta Lei, a expressão ‘cena de sexo explícito ou pornográfica’ compreende qualquer situação que envolva criança ou adolescente em atividades sexuais explícitas, reais ou simuladas, ou exibição dos órgãos genitais de uma criança ou adolescente para fins primordialmente sexuais.

Primeiramente, devemos observar que o legislador utilizou o verbo “compreender”, o qual não possui qualquer caráter de limitação ou restrição, o que evidencia o caráter exemplificativo do dispositivo, incapaz de reduzir o contexto da pornografia infantil.

Assim, trata-se de norma não incriminadora esclarecedora, que norteia o conceito de pornografia infantil, sem restringir ou delimitar os tipos penais de incidência.

Além disso, não se pode ignorar o disposto no art. 6º do ECA:

Na interpretação desta Lei levar-se-ão em conta os fins sociais a que ela se dirige, as exigências do bem comum, os direitos e deveres individuais e coletivos, e a condição peculiar da criança e do adolescente como pessoas em desenvolvimento.

Nesse contexto, compete ao Judiciário, no múnus de intérprete da lei, buscar a melhor aplicação da norma ao caso concreto, para atingir a finalidade do diploma em que ela está inserida, que, no caso, é a proteção do adolescente em condição peculiar de pessoa em desenvolvimento.

Sempre é tempo de lembrar que a função do magistrado não é simplesmente repetir as palavras da lei. Juízes e tribunais devem modelar a lei, através do diuturno contato com os fatos, ensejando a formação de preceitos novos, para que se extraia o significado e a extensão da norma em relação à realidade (Damásio, 2007).

A necessidade de “interpretação integral” das normas incriminadoras contidas no ECA encontra-se presente nos julgados do Superior Tribunal de Justiça, segundo o qual o intérprete da lei deve considerar a finalidade e o sistema jurídico no qual a norma está inserida, em procedimento interpretativo que passa obrigatoriamente, e nessa ordem, pela observação gramatical, lógica, sistemática, histórica e teleológica, *in verbis*:

HABEAS CORPUS. FOTOGRAFAR PORNOGRAFIA INFANTIL. ART. 241 DO ECA, NOS TERMOS DA LEI 10.764/2003. ATIPICIDADE DA CONDUTA DE FOTOGRAFAR. INOCORRÊNCIA. INTERPRETAÇÃO INTEGRAL DA NORMA. ORDEM DENEGADA.

1. A alteração na redação do art. 241 do ECA pela Lei 10.764/2003, não descriminalizou a conduta de fotografar pornografia infantil. Precedente do STJ.
2. Embora o termo “fotografar” não constasse, literalmente, do *caput* do art. 241 do ECA - redação dada pela Lei 10.764/2003 -, a mera interpretação gramatical se mostraria suficiente para a compreensão do real sentido jurídico da norma.
3. Ao intérprete, contudo, cabe considerar também a finalidade e o sistema (jurídico) no qual a norma está inserida, é a chamada interpretação integral,

na qual o procedimento interpretativo passa obrigatoriamente, e nessa ordem, pela observação gramatical, lógica, sistemática, histórica e teleológica.

4. O termo “produzir fotografias”, portanto, como definido pela Lei 10.764/2003, e em vigor ao tempo da conduta imputada ao paciente, deve ser considerado tal qual “fotografar”; expressões, inclusive, sinônimas, segundo os dicionários da língua portuguesa Aurélio e Houaiss.

5. Neste contexto, buscar na expressão “produzir fotografia” significado diverso a “fotografar”, além de ilógico, diverge de forma radical do viés sistêmico da norma que ampara e protege crianças e adolescentes, tanto em sua face histórica (sempre fotografar pornografia infantil foi considerado crime) quanto teleológica (conduta repudiada pela sociedade) (HC 177.472/MG, rel. Min. Jorge Mussi, j. 21/6/2011).

Da mesma forma, ao analisar celeuma relativa à ponderação de fotos publicadas em sítio eletrônico para a tipificação do crime previsto no art. 241 do ECA, antes da redação dada pela Lei n. 10.764/2003, assim decidiu a Corte Superior:

Cabe ao intérprete da lei, buscando a melhor aplicação da norma ali contida, diante do caso concreto, analisar se a conduta praticada pelo paciente se amolda à prevista no dispositivo em questão, de modo que nada impede que se analise, além das fotos, isoladamente, o contexto em que elas estão inseridas (publicadas).

Para isso, deve o magistrado se valer dos meios de interpretação colocados à sua disposição para adequar condutas, preencher conceitos abertos e, por fim, buscar a melhor aplicação da norma de acordo com a finalidade do diploma em que ela está inserida, que, no caso dos autos, é a proteção da criança e do adolescente em condição peculiar de pessoa em desenvolvimento (HC 168.610/BA, rel. Min. Sebastião Reis Júnior, J. 19/04/2012).

Posto isso, considerando a necessidade de interpretação conjunta dos arts. 6º, 241-B e 241-E do ECA, e a finalidade precípua desse diploma de proteger o adolescente em condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, entende-se que os fatos de subsomem ao crime de armazenamento de fotografia pornográfica envolvendo adolescente, razão pela qual a condenação do acusado é imperativa, ressaltando que embora tenham sido apreendidas diversas fotografias e que duas vítimas tenham sido identificadas, trata-se de crime único.

Por fim, consigna-se o voto deste relator, que, como registrado, absolvía o denunciado. É que embora a prova da identidade das vítimas tenha chegado aos autos – após a sentença, é certo – as cenas a que foram expostas não configuram o exigido pelo tipo penal.

Textua o art. 241-B do Estatuto da Criança e do Adolescente:

Art. 241-B. Adquirir, possuir ou armazenar, por qualquer meio, fotografia, vídeo ou outra forma de registro que contenha cena de sexo explícito ou pornográfica envolvendo criança ou adolescente:

Pena – reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa.

A materialidade do delito, como dito, ficou atestada nos autos (fls. 22-23 e fls. 71-129).

Quanto à autoria do apelante, também não há dúvidas.

No entanto, a conduta descrita na peça delatória não caracteriza produção de pornografia infantil.

Isso porque, ao tempo do fato, vigente o Decreto n. 5.007/2004, através do qual o Brasil promulgou o *Protocolo Facultativo à Convenção sobre os Direitos da Criança referente à venda de crianças, à prostituição infantil e à pornografia infantil*. Extraí-se desse ato normativo:

Artigo 2º

Para os propósitos do presente Protocolo:

[...]

c) Pornografia infantil significa qualquer representação, por qualquer meio, de uma criança envolvida em atividades sexuais explícitas reais ou simuladas, ou *qualquer representação dos órgãos sexuais de uma criança para fins primordialmente sexuais*.

Esse dispositivo inspirou a redação do art. 241-E do Estatuto da Criança e do Adolescente, incluído mediante a Lei n. 11.829/2008, o qual esclarece que a expressão “cena de sexo explícito ou pornográfica compreende qualquer situação que envolva criança ou adolescente em atividades sexuais explícitas, reais ou simuladas, ou *exibição dos órgãos genitais de uma criança ou adolescente para fins primordialmente sexuais*” (grifou-se).

Como se percebe, não é o que ficou comprovado nos autos, pois, conforme se extrai das fotografias acostadas ao laudo pericial, não houve efetiva exposição de órgão genital, sendo que as infantes foram retratadas com suas vestimentas e com a exposição, tão somente, de calcinha, o que torna inviável a condenação pela conduta descrita no art. 241-B do Estatuto da Criança e do Adolescente, com redação dada pela Lei n. 10.764/2003.

Sobre o conceito de pornografia incerto no art. 241-E do ECA, discorre Guilherme de Souza Nucci:

[...] A pornografia pode envolver atividades sexuais implícitas e poses sensuais, sem a expressa mostra dos órgãos genitais, constituindo situações igualmente inadequadas. Entretanto não há previsão, para tanto, no art. 241-E. Infelizmente, a tentativa de tornar mais clara a redação dos tipos incrimina-

dores trouxe a redução do contexto da pornografia. Teria sido melhor permitir a interpretação dos operadores do Direito em relação às cenas de sexo explícito e, sobretudo, à cena pornográfica (Código Penal Comentado. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 270, grifou-se).

Nesse sentido, colhe-se da jurisprudência pátria:

[...] à época dos fatos, o único diploma legal que definia objetivamente o conceito de pornografia infantil ou adolescente era o “Protocolo Facultativo à Convenção sobre os Direitos da Criança” - incorporado ao ordenamento jurídico brasileiro pelo Decreto nº 5.007, de 08.03.2004. O acordo dispunha que pornografia seria qualquer representação “*de uma criança envolvida em atividades sexuais explícitas reais ou simuladas, ou qualquer representação dos órgãos sexuais de uma criança para fins primordialmente sexuais* (art. 2º, “c”).

Tanto assim que a definição exposta no protocolo é aquela que agora foi adotada pelo Estatuto da Criança e do Adolescente em recente alteração legislativa promovida pela Lei nº 11.829/2008: “Art. 241-E. *Para efeito dos crimes previstos nesta Lei, a expressão “cena de sexo explícito ou pornográfica” compreende qualquer situação que envolva criança ou adolescente em atividades sexuais explícitas, reais ou simuladas, ou exibição dos órgãos genitais de uma criança ou adolescente para fins primordialmente sexuais”.*

Colocados esses pressupostos, ainda que a conduta do apelante seja moralmente repugnante, não é possível afirmar que as fotografias tinham conteúdo pornográfico, conforme exige o art. 241 do ECA (com a redação vigente à época dos fatos), notadamente à míngua de comprovação de que tenha ocorrido a efetiva exibição dos órgãos genitais das adolescentes para fins primordialmente sexuais (TJSP - Apelação n. 993.06.014095-7, rel. Des. Sérgio Coelho, j. 22/4/2010).

E ainda:

HABEAS CORPUS. PEDIDO DE TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL ANTE A AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA. ATIPICIDADE DA IMPUTAÇÃO FÁTICA FEITA NA DENÚNCIA. INÉPCIA. Ordem concedida (TJRS - *Habeas Corpus* n. 70027441641, Sétima Câmara Criminal, rel. Des. João Batista Marques Tovo, j. 04/12/2008).

Do corpo deste último, abstrai-se:

Com efeito, o Ministério Público especificou qual seria *a cena pornográfica* pretendida registrar – ao dizer, duas vezes, que o réu pretendeu que *a adolescente vestisse roupas rasgadas entre as pernas ou de numeração inferior as por ela usadas* – e, definitivamente, esse *modus faciendi* não se insere no conceito de pornografia, *ao menos não nos termos em que definida pela Lei 11.829, de 25.11.2008*, que introduziu na Lei n. 8.069/1990 o seguinte dispositivo:

Art. 241-E. Para efeito dos crimes previstos nesta Lei, a expressão “*cena de sexo explícito ou pornográfica*” compreende *qualquer situação que envolva criança ou adolescente em atividades sexuais explícitas, reais ou simuladas, ou exibição dos órgãos genitais de uma criança ou adolescente para fins primordialmente sexuais*.

É possível que o paciente pretendesse produzir algo mais do que fotografias com a adolescente vestindo roupas justas ou parcialmente rompidas, mas é forçoso reconhecer que a imputação foi restrita e que ela não se insere no tipo em questão. Nesse contexto, julgo que a ação penal deva ser trancada (os grifos são do original).

Não se olvide de que o Estatuto da Criança e do Adolescente, a teor da doutrina da proteção integral, há de ser interpretado de forma a conferir a máxima proteção à menor (art. 227, *caput*, da Constituição Federal e art. 3º da Lei 8.069/1990).

Destarte, o tipo objetivo do delito, referente a armazenar fotografia que contenha cena de sexo explícito ou pornográfica envolvendo crianças ou adolescente, não restou comprovado pelas provas trazidas aos autos, ante as fotografias colacionadas aos autos, consoante se vê do laudo pericial de fls. 79-129.

Isso posto, o voto deste signatário, vencido neste ponto, era pela manutenção de sua absolvição.

Passa-se, pois, à aplicação da pena.

A culpabilidade deflui de todo o processado. Maior de dezoito anos, mentalmente são, logo imputável, tinha o denunciado pleno conhecimento do caráter ilícito do fato. Não registra antecedentes criminais. Não há nos autos informações a respeito de sua conduta social e personalidade. Os motivos, as circunstâncias e as consequências foram normais à espécie. Assim, ponderadas as circunstâncias judiciais, nos termos do art. 59, inciso II, do Código Penal, fixa-se a pena base em 1 (um) ano de reclusão e 10 (dez) dias-multa.

Na segunda fase da dosimetria, não incidem circunstâncias agravantes nem circunstâncias atenuantes.

Na fase derradeira, também não existem causas especiais de aumento, nem diminuição de pena, uma vez que foram apreendidas 88 (oitenta e oito) fotografias, 57 (cinquenta e sete) delas de vítimas identificadas, o que não pode ser considerado de pequena quantidade.

Do recurso defensivo

3. Do crime previsto no art. 240 do Estatuto da Criança e do Adolescente

Persegue a defesa a absolvição do ora apelante frente a atipicidade da conduta, uma vez que as fotos encontradas em seu poder não constituiriam cenas de pornografia, o que excluiria o tipo penal. Alegou

também que a sentença de primeiro grau teria se baseado apenas nos depoimentos da vítima e de sua genitora, o que não retrataria a verdade dos fatos e geraria dúvidas.

Sem razão.

Em que pesem os argumentos lançados pelo digno defensor, a análise detida dos autos revela que a decisão objurgada não merece reparos, porque é manifestamente robusto o conjunto probatório amealhado nos autos no sentido de assentar a materialidade dos fatos e conferir ao apelante a autoria do delito, em continuidade delitiva.

Pois bem.

Art. 240. Produzir, reproduzir, dirigir, fotografar, filmar ou registrar, por qualquer meio, cena de sexo explícito ou pornográfica, envolvendo criança ou adolescente:

Pena – reclusão, de 4 (quatro) a 8 (oito) anos, e multa.

A materialidade do delito vem assentada tão somente pelo boletim de ocorrência (fl. 03). Saliente-se que, não obstante os autos não terem sido instruídos com as fotografias relativas a esta vítima, elas não são imprescindíveis para comprovar a materialidade do delito.

In casu, trata-se de crime formal, que se consuma com o simples ato de fotografar, independentemente “da ocorrência de resultado naturalístico, consistente em efetivo prejuízo para a formação moral da criança” (NUCCI, Guilherme de Souza. Código Penal Comentado. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 255), “bastando que a criança ou adolescente sejam envolvidos nas cenas” (CURY, Munir. Estatuto da Criança e do Adolescente comentado. 11 ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 1079).

Já se decidiu, *mutatis mutandis*:

APELAÇÃO CRIMINAL - CONDUTA DE FOTOGRAFAR PARTES ÍNTIMAS DE CRIANÇA (ECA, ART. 240) - CRIME COMETIDO POR PARTICULAR DE FORMA AMADORA - DESCLASSIFICAÇÃO DA CONDUTA PARA O ART. 241 DO MESMO DIPLOMA LEGAL - *EMENDATIO LIBELLI* (CPP, ART. 383) - MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS - DEPOIMENTOS DA VÍTIMA EM CONSONÂNCIA COM O DE SUA GENITORA E DE TESTEMUNHA PRESENCIAL - ABSOLVIÇÃO INVIÁVEL [...].

[...]

II - A materialidade e autoria do art. 241 do ECA podem ser aferidas com base nas provas testemunhais colhidas, bem como pelas palavras da vítima, bastando o simples fato de fotografar para que se caracterize o delito, uma vez que não exigido, para tanto, o repasse das imagens a terceiros (Apelação Criminal n. 2010.000977-9, de Mafra, rela. Des. Salete Silva Sommariva, j. 28/03/2011).

No que tange à autoria e à culpabilidade do apelante, mister se faz o confronto das assertivas inseridas na peça acusatória com a prova produzida, e as conclusões que dela se pode extrair.

Com a mesma riqueza de detalhes e visivelmente transtornada, conforme se depreende da mídia audiovisual, a vítima, V. F. G., confirmou em juízo suas declarações prestadas na Delegacia (fls. 07-09):

[...] que foi em 2009 que conheceu W.; que conheceu na matinê; que resolveu adicioná-lo no Orkut e ele aceitou; que ele lhe ofereceu um *book* grátis; que sua mãe ligou para ele e marcaram para fazer o *book*; que foi com sua mãe, seu pai e sua irmã; que no momento das fotos eles não entraram, ficaram na recepção; que sugeriu que sua mãe saísse; *que nas fotos estava de roupa; que nas fotos de rosto ele pediu para abaixar a blusa; que abaixou; que estava*

sem sutiã; que continuou baixando dizendo que não estava focando no seio, mas no rosto; que pediu para abaixar a calça para aparecer a calcinha; que ele dizia que era profissional, que eram amigos; que no primeiro dia ele lhe deu um massageador para ficar 'relaxada'; que era uma bolinha; que estava com a parte de cima sem roupa; que não contou para sua mãe, porque achava 'normal', porque ele disse muito que ele era muito profissional; que noutro dia foi com sua dinda e avó; que elas ficaram na antessala; que ele chaveava a porta; que fez fotos normais e depois ele disse que era para tirar as fotos do rosto, aqueles em que ele dizia para abaixar a blusa; que nesse dia ele pediu para colocar a calcinha de lado para fotografar sua vagina; que sempre lhe dizia para confiar nele, porque era muito profissional; que nesse segundo dia também lhe deu o massageador; que abaixou a blusa também; que a sessão durava de 3 a 4 horas; que na terceira vez voltou com sua mãe; que era automático, quando ele falava 'foto de rosto', já abaixava a blusa; que quando terminou ele fez um movimento com a câmara, conseguiu ver a foto com seus seios à mostra, quando ele foi pegar água no frigobar, pegou a câmera e viu suas fotos, várias com seus seios à mostra; que indagou a ele e ele disse que as fotos estavam erradas, que ia apagar as fotos e para fazerem outro ensaio; que falou para sua mãe, 'me tira daqui, me tira daqui'; que o acusado disse para sua mãe sentar lá dentro, e então notou que era sem mostrar qualquer parte íntima do corpo; que saindo de lá contou para sua mãe o que aconteceu; que as primeiras vezes foi no começo do ano de 2010, em fevereiro; que nas três sessões ele lhe deu o massageador, na primeira colocou por cima da calça, nas outras por dentro da calcinha; que na primeira era um massageador de bolinha, nas outras um massageador cilíndrico; [...] que tinham intervalos durante a sessão; que nunca transpareceu nada a seus parentes; que achava 'normal', porque ele dizia muito que ele era profissional; que sempre retornou; que ficava 'encucada', mas acreditou nele, como ele pedia; [...] que não era obrigada a voltar; que ele nunca a ameaçou; que a foto com os seus seios à mostra não sabe se foi apagada; que as outras fotos eram normais, de roupa, de rosto; [...] que a mensagem no Orkut era privada; que nunca pagou nada para ele, que foi tudo de graça [...] (CD de fl. 164) (grifou-se).

Sob o crivo do contraditório, a genitora da vítima V., M. A. G., relatou que não notou nada na primeira sessão, e na terceira sessão também ficou na antessala, como de costume, e *ouviu quando sua filha disse certa hora: “os meus seios apareceram”*. Nisso, ficou apreensiva e ela abriu a porta com os olhos cheios de lágrimas e disse “eu não quero mais fazer fotos, vamos embora, mãe”. Ressaltou que ele ficou “muito nervoso”. No mais, afirmou que sua filha saindo dali disse “mãe, tem alguma coisa errada” e começou a chorar, *contando-lhe que teve de mostrar o seio, a vagina, teve de colocar o massageador*. Por fim, disse que sua filha quando lhe contou estava com muito medo (CD de fl. 164) (grifou-se).

Os policiais civis nada puderam esclarecer acerca dos fatos, mas narraram a busca realizada na residência e escritório do acusado.

O policial Rafael Nascimento, que participou da busca e apreensão na residência do acusado, relatou em juízo que apreenderam a máquina fotográfica, alguns cartões de memória e um computador (CD de fl. 164).

E o agente Luiz Alberto, que participou da busca e apreensão no escritório do acusado, em juízo, não se recordou bem ao certo o que foi apreendido, mas afirmou que o que foi encontrado foi apreendido (CD de fl. 164).

Como sói acontecer, o acusado negou as acusações que contra si pesam. Disse que “é tudo mentira, nada verdade”. Quanto à segunda menina, a V., disse que ela foi três vezes, e tudo transcorreu normalmente, sem qualquer problema. Afirmou ainda que não tem nenhum massageador (CD de fl. 207).

Pura falácia.

Não merece credibilidade a versão dos fatos apresentada pelo denunciado. A defesa não conseguiu esclarecer as circunstâncias dos fatos, diga-se, revestidos de dúvidas e estranhezas.

De outra banda, ressalta-se que as palavras da vítima mantiveram-se firmes e coerentes durante todo o caderno indiciário, bem como em suas declarações em juízo, sempre trazendo a descrição dos fatos com fartura de detalhes.

O que se recolhe do bojo dos autos é que conforme relato de outra vítima, referente aos demais delitos descritos na denúncia, há muita semelhança entre o *modus operandi*. Isso tudo em consonância, também, com as fotografias de fls. 77-120, as quais trazem indícios sólidos acerca da indevida conduta do apelante.

É cediço que delitos deste jaez são normalmente cometidos às ocultas, entre autor e vítima, o que dificulta sobremaneira a colheita de indícios e vestígios que possam conduzir a um juízo de certeza. A clandestinidade visa a não suscitar suspeitas, porventura futuras testemunhas, razão pela qual à palavra da vítima deve ser conferida especial relevância.

Desta feita, a voz da ofendida encontra pleno respaldo nas provas colacionadas no processo. Não é única a indicar a ocorrência do injusto perpetrado – ao contrário, a prova colacionada é robusta no sentido de demonstrar que o acusado não mantinha comportamento adequado ao realizar seu trabalho.

O depoimento das testemunhas de defesa Adriana Monteiro, Ana Paula Giordano Domingues, Edione Giordano Domingues, Daniel Cravo da Silveira e Shirley Colerauz Pezzatto nada puderam esclarecer acerca dos fatos, sendo meramente abonatórias, incapazes de modificar o desfecho de todo o processado.

Ainda convém registrar que o art. 241-E, incluído pela Lei n. 11.829/08, esclarece a expressão “cena de sexo explícito ou pornográfica”, que “compreende qualquer situação que envolva criança ou adolescente em atividades sexuais explícitas, reais ou simuladas, ou *exibição dos órgãos genitais de uma criança ou adolescente para fins primordialmente*

sexuais”, o que realmente confirma todo o elenco de provas, já que sovemente comprovado tal conduta contra a vítima e afasta a pretensão defensiva de que a infração penal não se caracterizou, porque a lei tratou apenas de atividades sexuais explícitas, reais ou simuladas ou exibição de órgãos genitais de criança ou adolescente.

É que ao tempo do fato, como já referido, vigente o Decreto n. 5.007/2004, através do qual o Brasil promulgou o *Protocolo Facultativo à Convenção sobre os Direitos da Criança referente à venda de crianças, à prostituição infantil e à pornografia infantil*. Extraí-se desse ato normativo:

Artigo 2º

Para os propósitos do presente Protocolo:

[...]

c) Pornografia infantil significa qualquer representação, por qualquer meio, de uma criança envolvida em atividades sexuais explícitas reais ou simuladas, ou qualquer representação dos órgãos sexuais de uma criança para fins primordialmente sexuais.

Esse dispositivo inspirou a redação do art. 240 do Estatuto da Criança e do Adolescente, incluído mediante a Lei n. 11.829/2008, o qual esclarece que a expressão “cena de sexo explícito ou pornográfica compreende qualquer situação que envolva criança ou adolescente em atividades sexuais explícitas, reais ou simuladas, ou exibição dos órgãos genitais de uma criança ou adolescente para fins primordialmente sexuais” (grifou-se).

Nesse sentido, colhe-se da jurisprudência pátria:

[...] à época dos fatos, o único diploma legal que definia objetivamente o conceito de pornografia infantil ou adolescente era o “Protocolo Facultativo à Convenção sobre os Direitos da Criança” - incorporado ao ordenamento jurídico brasileiro pelo Decreto nº 5.007, de 08.03.2004. O acordo dispunha que pornografia seria qualquer representação “*de uma criança envolvida em atividades sexuais explícitas reais ou simuladas, ou qualquer representação dos órgãos sexuais de uma criança para fins primordialmente sexuais*” (art. 2º, “c”).

Tanto assim que a definição exposta no protocolo é aquela que agora foi adotada pelo Estatuto da Criança e do Adolescente em recente alteração legislativa promovida pela Lei nº 11.829/2008: “*Art. 241-E. Para efeito dos crimes previstos nesta Lei, a expressão “cena de sexo explícito ou pornográfica” compreende qualquer situação que envolva criança ou adolescente em atividades sexuais explícitas, reais ou simuladas, ou exibição dos órgãos genitais de uma criança ou adolescente para fins primordialmente sexuais*” [...] (TJSP - Apelação n. 993.06.014095-7, rel. Des. Sérgio Coelho, j. 22/04/2010).

Não se olvida de que o Estatuto da Criança e do Adolescente, a teor da doutrina da proteção integral, há de ser interpretado de forma a conferir a máxima proteção à menor (art. 227, *caput*, da Constituição Federal e art. 3º da Lei n. 8.069/1990).

Portanto, as teses de atipicidade da conduta, bem como de negativa de autoria por parte do acusado entremostam-se isoladas e dissociadas dos demais elementos de prova amealhados aos autos, não merecendo credibilidade a tese de que não *fotografou* a vítima.

Induvidosa a autoria do delito, em sede de crime formal, recolhe-se de todo o conjunto probatório que a conduta do apelante amolda-se perfeitamente ao tipo penal descrito pelo art. 240 do Estatuto da Criança e do Adolescente, motivo pelo qual deve ser mantida irreparável a sentença ora vergastada e, por conseguinte, a condenação ali erigida.

Mantida a condenação referente ao delito previsto no art. 240 do ECA, soma-se a esta pena (4 anos, 9 meses e 18 dias de reclusão e 17 dias-multa), em razão da regra do concurso material, a reprimenda aplicada ao crime de atentado violento ao pudor (11 anos e 8 meses anos de reclusão) e armazenamento de fotografias pornográficas envolvendo crianças ou adolescentes (1 ano de reclusão e 10 dias-multa), o que resulta, 17 (dezesete) anos, 5 (cinco) meses e 18 (dezoito) dias de reclusão e 27 (vinte e sete) dias-multa, no regime inicial fechado, por infração aos delitos já mencionados.

Em decorrência, vota-se pelo conhecimento dos recursos, não provimento ao recurso defensivo e provimento ao ministerial, para condenar W. de O. R. às penas de 17 (dezesete) anos, 5 (cinco) meses e 18 (dezoito) dias de reclusão e 27 (vinte e sete) dias-multa, no regime inicial fechado, por infração ao art. 214 c/c art. 224, a, e art. 71, todos do Código Penal, art. 241-B e art. 240, ambos do Estatuto da Criança e do Adolescente.

A comarca de origem deverá promover a comunicação à vítima, em observância ao art. 201, § 2º, do Código de Processo Penal.

É o voto.

QUARTA CÂMARA CRIMINAL

Apelação Criminal n. 2012.081762-2, da Capital

Relator: Des. Newton Varella Júnior

APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME CONTRA O PATRIMÔNIO. EXTORSÃO. ABSOLVIÇÃO. RECURSO INTERPOSTO PELO ASSISTENTE DE ACUSAÇÃO. PRETENDIDA CONDENAÇÃO. AUSÊNCIA DA ELEMENTAR DO CRIME. GRAVE AMEAÇA À PESSOA NÃO CONFIGURADA. EXIGÊNCIA DE PAGAMENTO POR TRABALHOS JORNALÍSTICOS PRESTADOS A ENTIDADE GOVERNAMENTAL. INOCORRÊNCIA DE AMEAÇA DE MAL INJUSTO DIRIGIDO À PESSOA QUE INTERMEDIOU A NEGOCIAÇÃO. ATUAÇÃO DA VÍTIMA SOB ORIENTAÇÃO DA AUTORIDADE POLICIAL. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO DE FAZER, DEIXAR DE FAZER, OU DE TOLERAR QUE SE FAÇA ALGUMA COISA. ATIPICIDADE DA CONDUTA DESCRITA NA DENÚNCIA. SENTENÇA ABSOLUTÓRIA MANTIDA.

Segundo ensinamentos doutrinários e jurisprudenciais, o crime de extorsão se consuma com o emprego da violência ou da grave ameaça e o intuito da vantagem ilícita. Assim, se tais aspectos não ficaram demonstrados nitidamente pelo acervo probatório, a hipótese é de atipicidade da conduta. No caso, não ficou evidenciado o emprego de grave ameaça contra a vítima individualizada na denúncia, circunstância que inviabiliza o acolhimento do pleito recursal de condenação.

RECURSO NÃO PROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n. 2012.081762-2, da comarca da Capital (3ª Vara Criminal), em que é apelante Assistente do Ministério Público, e apelados I. R. da S. e D. P. G.:

A Quarta Câmara Criminal decidiu, por votação unânime, negar provimento ao recurso. Custas legais.

O julgamento, realizado no dia 21 de novembro de 2013, foi presidido pelo Exmo. Sr. Des. Jorge Schaefer Martins, sem voto, e dele participaram os Exmos. Srs. Des. Rodrigo Collaço e Des. Roberto Lucas Pacheco. Funcionou pela douta Procuradoria-Geral de Justiça o Exmo. Sr. Dr. Odil José Cota.

Florianópolis, 28 de novembro de 2013.

Newton Varella Júnior
RELATOR

RELATÓRIO

Na comarca da Capital, 3ª Vara Criminal, o representante do Ministério Público denunciou I. R. da S. e D. P. G., dando-os como incurso nas sanções do art. 158, *caput*, c/c o art. 29, ambos do Código Penal, pelos fatos assim narrados na exordial acusatória:

A gênese da acusação ora imputada, tem como determinante, o fato investigado quanto à 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 I. R. da S., conhecido como “N. S.”, proprietário da Revista M. (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 M. 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 I. R. da S., na página 341 do livro “A Descentralização no banco dos réus”, que uma das colunas da revista foi escrita pela jornalista L. L. da S., que a época precisava de trabalho, filha de sua Excelência, o Senhor Presidente da República.

Portanto, tendo acesso a verificada amplitude no campo político e administrativo, para alcançar o desígnio e seu resultado típico, contou o denunciado I. R. da S., para a efetivação da conduta criminosa, ou seja, extorsão, com a participação e contribuição do denunciado D. P. G., também conhecido por D. P., editor da publicação, que com o intuito de obter vantagem indevida, agindo por liame e nexos psicológico (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, D. P. G., 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, menoscabar, 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 D. P. G. que, ao prefaciá-la, 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 I. R. da S., em contato telefônico com o denunciado D. P. G. pediu que este redigisse um documento se tratando das publicações feitas no blog do jornalista C. V. (...) 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 1,2,3 b e final (transcrição de fls 207/209), tendo assim o denunciado D. P. G. redigido o seguinte texto:

“Documento Equivocado

A Revista M., por seu diretor infra assinado, vem a público fazer os seguintes esclarecimentos:

01. Assume toda a responsabilidade pelo projeto e elaboração das publicações alusivas à Descentralização do Governo do Estado e outras, cuja iniciativa é de exclusiva responsabilidade de seu departamento Comercial;

02. Quaisquer informações sobre as publicações de ensaio ou print de um projeto de livro A Descentralização 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 emoção. Sua eventual publicação será fruto de jornalismo maldoso ou comprometido com interesses escusos, contrariando o princípio do contraditório. Da mesma forma, a publicação 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 direção da revista assume inteiramente a responsabilidade pelas publicações de várias edições focalizando autoridades estaduais e outras, cujas publicações tiveram caráter eminentemente comercial, sem a participação dos homenageados ou mote em cada direção;*

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 m., 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 (Saulo 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, evados 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 Governo Estadual firmou contrato de publicidade, com a revista de propriedade do denunciado I. R. da S., 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 I. R. da S., 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 para 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 I. R. da S., 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 L. H. da S., seu Secretário de Coordenação e Articulação I. C., ou quem tivesse relações com o governo estadual, contactou a vítima A. C. H. de S., 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 A. analise sob a luz da razão.

01. Não posso firmar acordo, pré-definido no R. Neste momento é preciso que fique claro a intenção da M. 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 (release/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, atabalhoado e de resultados consequenciais imprevisíveis, nada, porém que não possa ser resolvido nas próximas horas firmando Contrato com Cláusula Confidencialidade Inviolável (sic) e Retroativo: comprometendo-me a não revelar, reproduzir, utilizar ou dar conhecimento em hipótese alguma, a terceiros, 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 N. S.”

Em razão da clareza de declarada manifestação, no dia 30 de maio de 2008, por volta das 19:00 horas, o denunciado I. R. Da S. encontrou-se com a vítima A. H. de S., no Restaurante Recanto das Sereias, localizado na cidade de Itapema/SC, onde seria entregue a quantia inicialmente exigida. Contudo, o denunciado I. R. da S., 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 A. C. H. de S., telefonou para o denunciado I. R. da S., 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 A. C. H. de S. e o denunciado I. R. da S., 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 A. C. H. de S. , entregou ao denunciado I. R. da S., uma pasta preta, contendo em seu interior a quantia de R\$ 40.000,00 (quarenta mil reais), duas cartas enviadas a vítima A., 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 – fls. II a X.

Ao final da instrução criminal, a denúncia foi julgada improcedente para absolver os acusados da imputação que lhes foi feita, com fulcro no art. 386, inciso III, do Código de Processo Penal (sentença de fls. 1.562/1.635).

Inconformado com o resultado, o Assistente de Acusação, por seu advogado, interpôs recurso de apelação, requerendo a apresentação das razões recursais na forma do § 4º do art. 600 do CPP (fl. 1.639).

Nas razões constantes 1.664/1.679, o objetivo é a reforma da sentença recorrida, tão somente no que se refere ao acusado I. R. da S., sob o argumento de que a prova reunida nos autos não deixa dúvidas sobre a

prática do crime de extorsão, pois comprovado que a sua conduta de exigir o pagamento em dinheiro no valor de R\$ 1.460.000,00 (hum milhão, quatrocentos e sessenta mil reais), para não publicar o livro “Descentralização no Banco dos Réus”, de sua autoria, causou constrangimento à vítima, tanto que esta entregou ao acusado a quantia de R\$ 40.000,00 (quarenta mil reais), de modo que estão presentes e configurados todos os componentes do núcleo do art. 158 do Código Penal, sendo impositiva a sua condenação.

Contrarrazões às fls. 1.683/1.691, no sentido de ser mantido o que foi decidido.

A Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer da lavra do Exmo. Sr. Dr. Ernani Guetten de Almeida, opinou pelo não provimento do recurso (fls. 1.693/1.699).

VOTO

O recurso, por preenchidos todos os pressupostos de admissibilidade, é conhecido.

A Acusação atribuiu ao acusado I. R. da S., sócio proprietário da Revista M. Ltda., a prática do crime de extorsão em que figura como vítima A. C. H. de S., por tê-la constrangido, mediante a ameaça de fazer publicar o livro de sua autoria intitulado “Descentralização no Banco dos Réus”, em que relata, em princípio, a ilicitude da operação de contratação de serviços de publicidade firmado entre o Governo do Estado de Santa Catarina e a Revista M., além de outros fatos e irregularidades.

Por não ter sido cumprido o avençado verbalmente, ou seja, o pagamento pelo trabalho jornalístico no valor de R\$ 500.000,00 (quinhentos mil reais), dos quais teria recebido apenas R\$ 120.000,00 (cento e vinte mil reais), o acusado passou a exigir de integrantes do Governo do Estado (secretários), inicialmente, o pagamento de R\$ 500.000,00

(quinhentos mil reais) e depois a importância de R\$ 1.460.000,00 (um milhão, quatrocentos e sessenta mil reais), pelos serviços de publicidade e divulgação promocional do plano de gestão implementado pelo então Governador do Estado de Santa Catarina, intitulado “Descentralização”.

Desse modo, depois de manter contatos com vários integrantes do Poder Executivo, o acusado contactou com a vítima A. C. H. de S. , Secretário de Planejamento do Estado na época em que teria ocorrido a “contratação”, solicitando-lhe apoio para interceder em seu favor para poder receber o pagamento do que lhe era devido, uma vez que havia editado três revistas com reportagens de projeção de membros do Governo e principalmente, do modelo adotado, de descentralização administrativa, além de ter fixado outdoors de publicidade do referido modelo de administração, e levado a efeito pesquisas de opinião pública sobre as eleições, tudo com o objetivo de divulgar e promover ações do Governo do Estado visando à campanha eleitoral de reeleição a realizar-se no ano de 2006.

Em razão desse contato feito com a vítima, foi marcado um encontro a realizar-se no dia 30 de maio de 2008, em um restaurante na cidade de Itapema, para acertar os valores que o acusado dizia ser-lhe devidos. Segundo o que foi narrado na denúncia, o acusado exigia o pagamento de R\$ 40.000,00 (quarenta mil reais) pelos trabalhos que efetuou.

No dia e hora marcados, o acusado teria “mudado o plano inicial” e passou a exigir a quantia de R\$ 1.460.000,00 como condição para que o material de que tinha posse não fosse divulgado na imprensa em nível nacional, inclusive, fixando o prazo para cumprimento da exigência o dia 31 daquele mesmo mês e ano. No dia referido, a vítima manteve contato com o acusado, marcando com ele um encontro para o dia 2 de junho em um hotel nesta Capital para efetuar o pagamento.

Na data apazada, a vítima apresentou ao acusado I. R. da S. “uma planilha” com as condições de pagamento, na seguinte forma: R\$ 1.350.000,00 (um milhão, trezentos e cinquenta mil reais), divididos em

três parcelas de R\$ 450.000,00 (quatrocentos e cinquenta mil), cujo acordo fora “homologado”, tendo então a vítima entregue ao acusado uma pasta preta contendo R\$ 40.000,00 (quarenta mil reais), procedendo-se, na sequência, à prisão em flagrante do acusado no estacionamento do hotel.

Resumidamente, ao acusado I. R. da S. é atribuída a prática do crime de extorsão por ter exigido valores em dinheiro de integrantes do governo do Estado de Santa Catarina, sob a ameaça de veicular o material publicitário que estava em sua posse, no qual haveria “uma série de publicações, documentos, fotografias e reportagens, acompanhados de comentários aviltantes, de mau gosto, debochados, eivados de profundo ressentimento e ira” (denúncia).

A prova reunida nos autos não deixa dúvidas a respeito do trabalho publicitário realizado pelo acusado, participando de reuniões e eventos do governo, divulgando e publicando na Revista M. reportagens, entrevistas, fotografias e outras publicidades, em sua maioria, enaltecendo os atos de gestão governamental, e de seus componentes, assim como da ocorrência da prisão em flagrante do acusado I. R. da S. logo após o encontro com a vítima A. C. H. de S., sendo apreendida em seu poder a pasta preta contendo R\$ 40.000,00 (quarenta mil reais), além de outros documentos que comprovam a “negociação” feita com a vítima (termo de apreensão de fls. 101/103).

Todavia, mesmo havendo provas de que efetivamente o acusado solicitou o pagamento de valores, sob a ameaça de publicar o livro, não houve a tipificação do delito de extorsão.

Segundo a dicção do artigo 158, *caput*, do Código Penal, o crime de extorsão consiste em “constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, e com o intuito de obter para si ou para outrem indevida

vantagem econômica, a fazer, tolerar que se faça ou deixar de fazer alguma coisa”. Em outras palavras, o crime de extorsão ocorre quando o agente, usando de violência ou grave ameaça, obriga outra pessoa a ter determinado comportamento, com o objetivo de obter uma vantagem econômica indevida.

O tipo subjetivo, ou seja o dolo do delito, é a vontade de constranger, mediante ameaça ou violência, assim como de coagir a vítima a fazer, deixar de fazer ou a tolerar que se faça alguma coisa. O elemento subjetivo do tipo (dolo específico), por outro lado, é a vontade de obter uma vantagem econômica indevida, constituindo esta última corolário da grave ameaça ou da violência.

Como primeiro pressuposto para a ocorrência do crime em referência, exige-se que exista grave ameaça. A ameaça consiste na promessa de mal futuro e injusto, elemento esse que não se faz presente na hipótese dos autos, especialmente no que diz respeito à injustiça do suposto mal.

Sobre a configuração da grave ameaça, colhe-se dos ensinamentos do doutrinador Rogério Greco:

Grave ameaça é aquela capaz de infundir temor à vítima, permitindo que seja subjugada pelo agente que, assim, subtrai-lhe os bens. Note-se que se exige a ameaça de um mal suficiente para produzir o temor desejado, mas não a idoneidade lesiva do meio ou instrumento intimidatório’ (Curso de Direito Penal: Parte Especial, volume III. 9ª ed. Niterói, Rio de Janeiro: Impetus, 2012. p. 57).

E, segundo conceituação do jurista Luiz Regis Prado, a grave ameaça:

É a violência moral, promessa de fazer mal à vítima, intimidando-a, atemorizando-a.

zando-a, viciando sua vontade, devendo ser grave, de modo a evitar a reação contra o criminoso (Comentários ao Código Penal: jurisprudência; conexões lógicas com vários ramos do direito. 7ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2012. p. 537).

Elucidativa é a lição de Julio Fabbrini Mirabete, da qual se extrai:

A conduta típica é constranger a vítima, ou seja, obrigá-la, forçá-la, coagi-la mediante grave ameaça ou violência. Como em que outros delitos, é necessário que a ameaça seja grave, hábil para intimidar a vítima, de acordo com suas condições pessoais (idade, sexo, instrução, condição social, etc.), embora, por vezes, esta possa opor resistência. Deve-se considerar superada a orientação de que a ameaça é idônea quando hábil a atemorizar o homem comum, pois o que importa é a pessoa da vítima. Inclui-se nela, além da promessa de mal à integridade física, a ameaça de causar mal à honra, ao crédito, etc., como a de revelar segredo de fatos escandalosos ou difamatórios. Não se discute a idoneidade do meio empregado se o agente conseguiu intimidar a vítima de modo a que esta a ele se submeteu. [...]. A violência ou grave ameaça deve ser destinada à prática de um ato (entregar algo) ou de uma omissão (não cobrar uma dívida) da vítima ou permissão desta para o ato do agente (destruir um título de crédito, por exemplo) – Código Penal Interpretado. 5ª. Ed. Atlas: São Paulo: p. 1.429).

No caso, comprovado nos autos que a “grave ameaça” utilizada pelo apelado teria consistido em afirmar que publicaria um livro de sua autoria, no qual relatava supostas irregularidades na gestão administrativa do Estado de Santa Catarina. Na denúncia, nada consta a respeito do conteúdo do referido livro, mencionando apenas tratar-se de comentários aviltantes e debochados, com a nítida intenção de “embaralhar, confundir e misturar níveis de realidade e vesânia a quem tem acesso à sua leitura, ou boatos a ela vinculados” (fl. VI).

Ao que se tem dos elementos probatórios reunidos, eventual publicação do livro abriria, em princípio, espaço para investigações por parte das autoridades competentes, em face de eventuais revelações da existência de irregularidades supostamente ocorridas durante a gestão do programa de descentralização administrativa, dentre outras situações e práticas escusas, em tese, ocorrentes na época, no âmbito do Governo Estadual.

Por outro lado, os autos demonstram quantum satis que o acusado perseguia o pagamento de serviços de divulgação e propaganda feitos em sua revista, para o que sempre afirmou que fora contratado pelo então Secretário de Estado do Planejamento, a vítima A. C. H. de S., para acompanhar e noticiar os atos governamentais, editando reportagens favoráveis ao projeto de descentralização administrativa.

Muito embora não tenha havido contratação formal, e isso é confirmado pelo próprio apelado, assim como pelas testemunhas ouvidas durante a instrução criminal, isto é, não houve a celebração de contrato entre o apelado e o Governo do Estado, a prova documental carreada aos autos indica que, contratado ou não, ao acusado foi franqueado o acesso a vários eventos e repartições governamentais, tendo oportunidade de colher dados e informações, que efetivamente foram publicados na Revista M., como forma de promover as ações do governo, com a respectiva autorização por parte de um representante governamental, no caso, a vítima A. C. H. de S.

Obviamente que o trabalho jornalístico executado tinha uma contraprestação, tanto que o próprio acusado informou que recebeu parte do avançado, em torno de R\$ 120.000,00 (cento e vinte mil). Aliás, é possível abstrair das transcrições das interceptações telefônicas e dos diálogos mantidos com os integrantes do Poder Executivo, à época, que o acusado I. R. da S. estava recebendo pelos serviços jornalísticos prestados e que os pagamentos foram suspensos, tendo então iniciado as tratativas entre ele, acusado, e os agentes do governo para resolver a situação.

Nada obstante isso, o alvo da prefalada ameaça era o Poder Executivo, no sentido de que seria publicada a obra que trazia denúncias de irregularidades supostamente ocorridas no âmbito do Governo Estadual. Todavia, a denúncia indica como vítima A. C. H. de S. que no momento da prática delitiva aqui apurada, já não mais integrava o Governo e em nenhum momento mostrou-se constrangido pelas “ameaças” do acusado I. R. da S., ou seja, não agiu por estar intimidado com os dizeres do acusado no sentido de que daria publicidade aos documentos comprometedores que dizia estar em sua posse, mas sob a orientação da autoridade policial que fora contatada previamente sobre as negociações, deixando claro em seu depoimento judicial que em nenhum momento o apelado teria sido agressivo em suas colocações.

Extrai-se de suas declarações em juízo (grifei):

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 I. C., vinculado a secretaria de Articulação e Coordenação do Governo do Estado; que este também afirmou ter recebido exemplar da mesma obra; que na oportunidade recomendou que o fato fosse levado a conhecimento da autoridade policial, o que efetivamente ocorreu; que quando ainda era secretário lhe foi apresentado um projeto da revista M. que iria publicar matéria sobre descentralização do governo; que se interessou pelo projeto; que então recebeu em seu gabinete os acusados I. e D.; 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 I. da ausência de interesse na execução do projeto apresentado; que neste meio tempo já havia sido editada 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 I., 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 I. esteve no escritório do informante quando novamente disse que tinha créditos a receber em decorrência de tais contrato ou formalização da contratação ao que o mesmo respondeu: “pra frente, eu me acerto”; que I. procurou o informante pedindo que este fosse interlocutor com o governo do Estado para que pudesse receber os valores que entendia lhe 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, I. manteve contatos telefônicos e pessoalmente com o informante, sempre tentando receber o valor reclamado; que nestes contatos I. 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 I. C., quando o mesmo disse que se tratava de chantagem e que não deveria dar importância ao fato; que a partir de janeiro de 2008, I. novamente 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 I. 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 I. no Restaurante Recanta da Sereia em Itapema; que naquela noite inclusive gravou a conversa ocorrida entre as partes; que naquele encontro I. reclamava uma indenização no valor em torno de R\$ 1.400.000,00 a título de

lucros cessantes e outras indenizações; que I. 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 I. 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 I. 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 I. 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, I. 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 D., 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 I. 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 do lançamento da revista M.; que nunca autorizou a execução de outdoors por parte do acusado I.; que questionado a respeito, I. disse: “isto depois eu me acerto”; que em janeiro de 2008 não efetuou pagamento de R\$ 90.000,00 para o acusado I.; que em nenhum momento I. foi agressivo em relação ao informante quando tratou do assunto em comento; que na sexta-feira, antes do encontro que teve com o acusado I. em Itapema, já havia tomado conhecimento de algumas “noti-nhas” na imprensa sobre a publicação da obra de I.; que não gravou as ligações telefônicas que manteve com I.; que no contato telefônico que manteve

com I. 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 que a obra mencionada estava prejudicando o bom nome do informante; que viu um outdoor às margens da rodovia e a época inclusive questionou I. 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 J.; que M. era sua secretária e R. S. é gerente de Marketing; que este último trabalhou no seu gabinete quando secretário do Estado (fls. 572/574 - grifei).

As demais pessoas envolvidas na operação policial que redundou na prisão em flagrante do apelado, de igual modo, nada relataram sobre o uso de violência ou de grave ameaça, tendo o então Secretário de Coordenação e Articulação do Estado de Santa Catarina, I. C., declarado que considerava o caso como uma chantagem, relatando o seguinte a respeito dos fatos atribuídos ao apelado:

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 I. umas duas ou três vezes; que nas conversas que tiveram apresentava-se como diretor da revista M.; que na primeira conversa que teve com I., 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 I. 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 I., oportunidade em que disse que mandaria prendê-lo por extorsão, se isso voltasse a acontecer; que lembra de ter sido procurado por A. H. em 2008, o qual já estava fora do Estado, era ex-secretário de planejamento; que A. lhe disse que I. 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 A., pois já havia deixado o governo há dois meses; que A. lhe procurou, dizendo que era conhecido ou amigo de I., e que I. queria fazer divulgação, se fosse possível, para o Estado; que A. 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 I., que, inclusive, teria registrado na polícia; que não lembra do e-mail; que lembra de ter tido uma conversa direta com o I.; 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 I. registrava no livro que tinha gravações e fotos comprometedoras, [...] 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 I. estavam criando um transtorno para a funcionalidade da casa civil; [...] que não tinha mais clima de trabalho, caracterizando a “extorsão”; que I. 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 R., 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 I. foi no final do ano de 2008; que nessa conversa I. cobrava pagamento por trabalho feito pela revista, e o depoente cobrava a apresentação de contrato, mas I. não lhe apresentou nenhum contrato; que tomou conhecimento que I. enviou uma notificação extrajudicial; que viu o conteúdo, mas mandou I. ir cobrar na justiça; que nenhuma vez chamou I. para conversar no centro administrativo, mas que I. ligava insistentemente;

que, então, abriu a agenda para acabar de vez com o assunto; que manteve conversas com I. 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 M. havia trabalhado para o governo; que nunca teve dúvida que I. não trabalhou para o Estado e que se tratava de extorsão; que tudo não passou de propaganda indevida, pois nunca foi contratado; que A. H. enviou e-mail para as secretarias regionais sobre o projeto “descentralização” por iniciativa própria, sem seu consentimento; que não tem conhecimento que A. H. tenha mandado e-mail’s 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. A. H.; 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 (CD de fl. 1.104 – grifos meus).

A testemunha D. M. de A., também então integrante do Governo Estadual, narrou em juízo:

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. L. H. da S.; [...] que em início de 2005, o então secretário A., que era do planejamento, trouxe um projeto da revista M., 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 “M.”, nem com nenhum veículo de comunicação; que não teve nenhum contato com o acusado I., quando era secretário de Estado, apenas quando era coordenador de campanha; [...] que esse contato se deu por parte de I., que lhe procurou e pediu uma reunião

que nessa reunião estavam presentes ele e outra pessoa que trabalhava com I., chamada D., o depoente, como coordenador de campanha e o Sr. I. P.; 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 Arabutá; que o que houve foi um evento em estava presente, onde o governador L. H. da S. estava inaugurando obras na cidade de Arabutá; que o I. 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 D. G.; que no encontro no Comitê de Campanha os ânimos ficaram exaltadas entre I. P. e I.; que a discussão entre eles ocorreu porque I. colocou na reunião que a revista estava passando por dificuldades financeiras e relatou que tinha gravações que evidenciavam o possível envolvimento do então candidato L. H. ...; I.i 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 I. chegou a lhe ligar umas duas ou três vezes, depois do ocorrido; que I. lhe mandou mensagem via telefone; que eram pequenas mensagens: “precisamos falar”, “o tempo urge”, “o jornal O Globo nos procurou”; que eram mensagens nesse sentido; que quando reassumiu o cargo como secretário não voltou a ter contato com o I., 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 feita ao governador L. H., 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, desmente-se na outra; que o secretário A. H. chegou a lhe apresentar um projeto que o acusado D. 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 I. C., no qual teria conversações e que estaria sendo exigido valores do Estado; [...] que não lembra se houve algum período em que a revista M. 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 (CD de fl. 1.104 – novamente grifei).

Como visto, nem a vítima e nem as testemunhas ouvidas, e que integravam o Governo do Estado ao tempo do suposto crime, esclareceram adequadamente a ocorrência do delito narrado na exordial, de modo que é imperioso concluir que a conduta típica do crime de extorsão, que é o constrangimento da vítima mediante violência ou grave ameaça, a se submeter às exigências do agente, não está configurada nos autos, já que, repita-se, a vítima individualizada na denúncia, agiu sob o comando da autoridade policial, estando nítido na prova que o caso foi encaminhado de tal modo para efetuar a prisão em flagrante do apelado, atribuindo-se-lhe a prática do crime de extorsão, porque “as atitudes de I. estavam criando um transtorno para a funcionalidade da casa civil”.

Ademais, deve ser registrado que, segundo as transcrições das conversas telefônicas gravadas entre o apelado e os integrantes do Governo, assim como dos depoimentos colhidos, o acusado de há muito vinha “cobrando” o que entendia lhe era devido, de modo que, durante todo o interregno entre as primeiras investidas do acusado e a consumação do flagrante, decorreram mais de seis meses, o que por certo, esvaziou a concretude de eventual grave ameaça, tornando-se a sua conduta de pouca ou nenhuma lesividade.

Dessarte, porque não se retira da prova coligida ao feito qualquer elemento a indicar tenha a vítima sido ameaçada em sua integridade física ou moral no momento das negociações, e que eventual ameaça de mal injusto, se ocorrente, seria suportado por terceira pessoa, não há como se reconhecer a prática delituosa.

Em face do exposto, voto pelo não provimento do apelo.

PRIMEIRA INSTÂNCIA

SENTENÇA

Autos 015.08.000601-3

Ação: Ação Civil Pública/Lei Especial

Autor: Ministério Público do Estado de Santa Catarina

Réu: Orlando Krautler e outros

Vistos etc.

I – Ministério Público propôs “ação civil pública de responsabilidade por improbidade administrativa” em desfavor de Orlando Krautler, Neri Francisco da Silva e Frederico Valdir Ecker. Sustentou que o primeiro demandado, em seu último mandato como Prefeito Municipal de Canoinhas, teria deixado “boa parte do maquinário público em lamentável estado de abandono” (fl. V) e, com isso, teria prejudicado a continuidade das obras e serviços públicos do Município. Acostou fotografias que comprovariam o estado de conservação dos veículos/tratores/caminhões/fábrica de tubos. Sustentou que o demandado Frederico Valdir Ecker, antecessor do demandado Neri Francisco da Silva, como Secretário de Obras, teria afirmado que no período que exerceu tais funções (março-2002 a março-2004) as máquinas estariam funcionando e “a responsabilidade dos danos à administração municipal, que, a partir de julho de 2004, passou a ser ‘centralizadora’, com a nomeação dos Secretários

de Planejamento e Finanças, que passaram a controlar os gastos das demais Secretarias, inclusive, a de obras” (fl. X). Afirmou que não haveria como “admitir” que os fatos teriam iniciado no final de 2004, pelo fato de a Secretaria de Planejamento e Finanças, em tese, não ter repassado as verbas necessárias à Secretaria Municipal de Obras. Declarou que o demandado Neri Francisco da Silva teria narrado que para a definição do orçamento havia a participação do Secretário Municipal de Obras e, assim, o demandante afirmou que “também era responsabilidade do respectivo Secretário, pela ausência de planejamento quanto aos gastos para manutenção do maquinário (embora evidente a responsabilidade maior coubesse ao Prefeito Municipal)” (fl. XI), caso no final do ano houvesse verbas suficientes para a Secretaria. Alegou que teria sido apurado orçamento para apurar os valores necessários para recuperação dos danos, avaliados em R\$ 206.207,00 (duzentos e seis mil e duzentos e sete reais). Requereu o reconhecimento da improbidade administrativa prevista no art. 10, X, da Lei 8.429/1992 ou, subsidiariamente, o reconhecimento da prática do art. 11, *caput*, da Lei 8.429/1992.

Os demandados foram notificados e ofertaram manifestação (fls. 518-521, 523-527 e 530-536).

Citado, o Município de Canoinhas permaneceu inerte (fl. 542).

O ato de fls. 543-546 afastou as preliminares suscitadas nas manifestações, com exceção da inexistência de ato de improbidade por se confundir com o mérito e recebeu a inicial.

Citados, os réus (fl. 549) apresentaram resposta. O réu Orlando Krautler sustentou não ter havido previsão orçamentária suficiente para realizar todos os consertos. Alegou que os equipamentos foram enviados ao leilão, uma vez que a Administração teria constatado que “o conserto de tais bens, custariam mais que o valor do próprio bem” (fl. 550). Informou a necessidade de realização de perícia nos equipamentos para constatação da impossibilidade de uso (fls. 550-551).

Os réus Frederico Ecker e Neri Francisco da Silveira ofertaram resposta em conjunto, sustentando que os equipamentos informados na inicial estariam em uso há aproximadamente 20-30 anos e que teriam realizado serviços de manutenção preventiva e corretiva. Declararam que os danos seriam naturais e irreversíveis e por isso realizaram os leilões. Alegaram que a vistoria informada na inicial teria sido realizada por pessoas sem conhecimento técnico. Requereram a improcedência da ação por ausência de culpa (fls. 556-565).

Instado, o Ministério Público requereu a continuidade do feito (fl. 949).

Designada audiência de instrução e julgamento, com a oitiva de seis testemunhas da parte autora (fls. 967-978), e em ato posterior tomou-se o depoimento da testemunha faltante do autor (fl. 990).

Com apresentação das alegações finais, a parte autora manifestou-se pela procedência dos pedidos (fls. 991-996v.) Por sua vez, o réu Orlando Krautler requereu a improcedência do pedido, porquanto teria realizado os atos necessários à conservação dos equipamentos (fls. 998-1001). Os réus Neri Francisco da Silva e Frederico Valdir Ecker também pediram a improcedência, uma vez que teriam somente praticado os atos para os quais tinham competência (fls. 1.003-1.008).

Vieram-me então conclusos os autos.

II – Dispõe o art. 1º da Lei 8.429/1992: “Os atos de improbidade praticados por qualquer agente público, servidor ou não, contra a administração direta, indireta ou fundacional de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios, de Território, de empresa incorporada ao patrimônio público ou de entidade para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com mais de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual, serão punidos na forma desta lei. Parágrafo único. Estão também sujeitos às penalidades

desta lei os atos de improbidade praticados contra o patrimônio de entidade que receba subvenção, benefício ou incentivo, fiscal ou creditício, de órgão público bem como daquelas para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com menos de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual, limitando-se, nestes casos, a sanção patrimonial à repercussão do ilícito sobre a contribuição dos cofres públicos”.

Na lição de Arnaldo Rizzardo, os atos de improbidade “são aqueles que atentam contra o erário, o patrimônio público e os princípios e parâmetros da ordem moral e constitucional, praticados pelos agentes públicos e por aqueles que lidam com o erário e os bens do Estado, isto é, pelas pessoas ligadas a atividades que interessam ou são executadas em favor dos entes públicos. [...]. Em geral, o ato de improbidade atinge o erário e revela-se sobretudo no desvio de poder ou desvio de finalidade, no abuso do direito, no uso indevido do poder, na realização de atos em desacordo com as finalidades que o determinam, na malversação de dinheiro público e corrupção administrativista” (Ação civil pública e ação de improbidade administrativa. 2. ed. Rio de Janeiro: GZ, 2012. p. 353).

Continua: “Não se confunde a improbidade com a mera ilegalidade, ou com uma conduta que não segue os ditames do direito positivo. Assim fosse, a quase totalidade das irregularidades administrativas implicariam violação ao princípio da legalidade. Mesmo a ação ou omissão de somenos relevância conduziria à ação de improbidade. E, mais: sempre que concedido um mandado de segurança, a autoridade coatora, porque incursa em uma ilegalidade, sujeitar-se-ia a figurar como ré em dita demanda. É necessário que venha um nível de gravidade maior, que se revela no ferimentos de certos princípios e deveres, que sobressaem pela importância frente a outros, como se aproveitar da função ou do patrimônio público para obter vantagem pessoal, ou favorecer alguém, ou desprestigiar valores soberanos da Administração Pública” (ibidem, p. 354).

Diz o autor que os fatos narrados e praticados pelos réus se enquadram nos arts. 10, X, ou subsidiariamente no art. 11, *caput*, ambos da Lei 8.429/1992, que dispõem: “Constitui ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário qualquer ação ou omissão, dolosa ou culposa, que enseje perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades referidas no art. 1º desta lei, e notadamente: [...] agir negligentemente na arrecadação de tributo ou renda, bem como no que diz respeito à conservação do patrimônio público. Art. 11: Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições, e notadamente [...]”.

É do mesmo estudo de Arnaldo Rizzardo: “A lesão, sem a qual não se dá a configuração da espécie, importa em perda patrimonial, ou em ofensa à integridade do patrimônio público econômico, por ato comissivo ou omissivo do agente. Acarreta a redução ilícita de valores patrimoniais através de várias condutas, como malversação, desperdício, indevida aplicação, apropriação de bens e valores, dissipação, destruição e demolição. Há um ato voluntário dirigido para lesar, e, por isso, desonesto; ou um ato culposo, causado, neste caso, por desleixe, falta de cuidado, negligência no cumprimento das obrigações, descontrole administrativo” (Ação civil pública e ação de improbidade administrativa. 2. ed. Rio de Janeiro: GZ, 2012. p. 469).

Ainda: “Quanto à conservação do bens públicos [...] permite que ocorra a sua deterioração por abandono, deixando de cuidar ou velar pela sua preservação. O funcionário não recolhe em local apropriado os veículos, máquinas, utensílios e ferramentas, permitindo que permaneçam ao relento, ou em local que facilita o vandalismo e os furtos” (ibidem, p. 482).

Conceituadas as condutas do art. 10, X, da Lei de Improbidade, passo à análise das situações em que foram encontrados os equipamentos.

As testemunhas e os réus ouvidos em Juízo prestaram declarações anteriores na Promotoria de Justiça e sustentaram:

Cidival Neri Fuck: “[...] as fotos 39 e 40 representam coletores de lixo já descartados como ferro velho, que foram objeto de leilão; no leilão não apareceram interessados, embora o preço estivesse baixo” (fl. 69).

Irio Gustavo Golanoski: “[...] “o equipamento das fotos 57-58 (trator Massey Ferguson) já foi a leilão, mas sem interessados; esse mesmo equipamento sempre apresentou problemas porque era muito arcaico, já que utilizava tecnologia ultrapassada; [...] quanto aos compactadores de lixo, já não têm serventia por ter sido desativado o serviço em face da terceirização” (fl. 90).

José Adilson Dobrikopf: “quando saiu, em agosto de 2004, somente as máquinas das fotografias 9, 19 e 20 (patrola, caminhão e trator) estavam sem poder ser utilizadas” (fl. 66);

Ademir Freiburger: “[...] “a foto 41 mostra um odontomóvel, que os últimos anos nunca foi utilizado” (fl. 92).

O réu Neri Francisco da Silva: “[...] a foto 39 corresponde a sucata da prefeitura, que teve leilão realizado sem, contudo, interessados; “a foto 41 corresponde ao adotomóvel, equipamento atualmente sem serventia; o equipamento da foto 41 (odotomóvel) não era utilizado como trailler” (fl. 72);

O réu Frederico Valdir Ecker relatou: “[...] a foto 50 representa uma betoneira sem uso por ser ferro velho; a betoneira foi a leilão, mas nenhum interessado apareceu; a betoneira deve estar há mais de oito anos no local” (fls. 64-65).

Por meio das declarações restou demonstrado que os equipamentos de fls. 26 e 31 foram declarados inutilizados e, ainda, pode-se constatar pelos documentos acostados pelo primeiro réu que alguns desses equipamentos à época já se encontravam em abandono: fls. 26, 31 e 37-98, comparados às fls. 497-499.

Ademais, as notas de empenho (fls. 569-943) e demonstrativos de fls. 94-486 apresentam recursos financeiros que foram dispensados em relação aos equipamentos descritos pelos réus como “sucata” ou destinados a leilão (fls. 616- 618, 625); também, gastos realizados em equipamentos declarados como inutilizados (fls. 633, 634, 661, 662, 665, 834), e que assim se mantiveram, conforme se constata às fl. 29-31 e 499.

As fotografias de fls. 22-51 e as notas de empenho acostadas (fls. 569-943) demonstram a má conservação dos bens. Por conta disso, desnecessária a perícia requerida, uma vez que caberia à parte interessada demonstrar ao menos uma relação especificando a desvalorização de cada objeto danificado.

A respeito, já decidiu o e. Tribunal de Justiça de Santa Catarina: “Aliás, nada há nos autos evidenciando a existência de um dano ao patrimônio público e não seria a prova técnica requerida pelo apelante a providência adequada para demonstrá-lo. Antes disso, deveria ter comprovado a verossimilhança da sua alegação por intermédio de tabela de preços ou um outro documento que esclarecesse o prejuízo infligido ao erário” (TJSC, AC 2007.057582-1, rel. Des. Jânio Machado, j. 4-12-2008).

Com efeito, para a comprovação da improbidade disciplinada no art. 10, X, da Lei 8.429/1992 há que restar comprovada a ocorrência de dano ao erário, pois não há presunção e, ainda, percebe-se pelas declarações que houve a tentativa de leiloar vários dos equipamentos narrados na inicial, sem, contudo, interessados na aquisição.

Ademais, deve-se reconhecer que a inicial discorre acerca do art.

10, X, da Lei de Improbidade ou caso não reste configurado no art. 11 da referida lei e não sobre as condições gerais ou competência da administração do réu Orlando Krautler.

Em Juízo a testemunha Leoberto Weinert, Prefeito Municipal que assumiu em seguida à administração do réu Orlando Krautler, declarou: “[...]; que desconhece qualquer fato extraordinário que na gestão anterior possa ter levado ao mal estado de conservação do bens que recebeu; [...]. que não tem como, de memória, com precisão, afirmar quanto a nova administração teve de investir para recolocar obras e serviços regulares em funcionamento; que, aproximadamente, acredita que os valores não fogem do indicado na inicial; que na época eram 6 caçambas, 3 patrôas, 2 carregadeiras, 3 retroescavadeiras, e carros pequenos, como o saveiro e um caminhão aberto, uma 608; que atualmente há 18 caminhões, 3 escavadeiras hidráulicas, 10 retroescavadeiras, 3 automóveis, o caminhão que continua, 5 patrôas, 4 carregadeiras; que nenhum dos atuais veículos se encontra em estado análogo aos retratados às fls. 22 a 25 e 26 a 29; que à vista das referidas fotos não tem como avaliar o grau de desgaste necessário para se chegar naquele estado, já que os veículos atuais vem sendo renovados com 4 anos de uso e, mesmo depois de todo esse tempo, chegam as leilões de desfazimento dos bens, por parte da prefeitura, em estado de conservação compatível com o mercado de automóveis; que nesses leilões todos os veículos são arrematados por interessados, à exceção de um santana, que foi avaliado por preço superior ao de mercado e, por isso, até agora continua na ativa; que em sua gestão um carro como a saveiro é usada para suporte à secretaria respectiva; que antes não tem como afirmar, mas acredita que exercia função análoga; que na atual gestão os veículos passam pela regular manutenção preventiva (revisões, troca de óleo etc.); [...]; que as primeiras máquinas que adquiriu, ainda no primeiro ano de sua gestão, o foram por volta de setembro, por meio do leilão da folha de pagamento, pelo qual levantou cerca de

R\$ 1.440.000,00 (um milhão, quatrocentos e quarenta mil reais); que até então pouco foi feito; [...]; que não sabe dizer se a saveiro retratada ainda está em uso ou se já foi vendida [...]" (fls. 967-968).

A testemunha Fernando Luiz de Oliveira: "que ao assumir o prefeito Leoberto o convidou para atender a parte do interior do município; [...]; que essa retroescavadeira funcionava normalmente, recebendo manutenção a partir da própria secretaria da agricultura; [...]; que sem recuperação não seria possível executar os trabalhos regulares do Município; que ao se deparar com a situação das máquinas no pátio percebeu de imediato que com aquelas máquinas, no estado em que se encontravam, não seria possível, nem minimamente, realizar os serviços e obras ordinários e regulares, que caberiam ao Município; [...] que em período anterior chegou a ser diretor de obras, na secretaria de obras; que na gestão Orlando Krautler funcionou como diretor de obras aprox. 4 meses, salvo engano em 2003, quando a manutenção era feita e o estado das máquinas era normal; [...] que já na gestão Orlando Krautler também sempre foi feita manutenção; que de fato apurou, logo em janeiro no início da gestão Leoberto, a falta de manutenção (que deveria ter sido feita) das máquinas da prefeitura; que todavia não se recorda de ter constatado uso inadequado; que do galpão de fls. 44 a 47 não se recorda se os danos apontados eram decorrentes de uma chuva de granizo; que as máquinas podem estragar, pelo próprio uso [...]" (fls. 969-971).

Por sua vez, José Adilson Dobrikopf: "que entrou na prefeitura em 1998, quando já era prefeito Orlando Krautler; [...] que havia mecânicos, funcionários da prefeitura, que faziam manutenção das máquinas; que naquela época havia aprox. 3 patrôas, 8 caminhões, 2 retroescavadeiras, 1 trator-esteira; que não era raro ficar um, uma semana, ou poucas vezes mais, esperando manutenção; que jamais aconteceu de ficarem vários caminhões e/ou máquinas paradas [...]; que até sair de licença, para não mais voltar, as máquinas trabalhavam normalmente" (fl. 972-973).

Ademir Freiburger: “[...] que nunca teve notícia de maquinário sem manutenção, ou de que eventual negligência por parte dos réus tenha causado prejuízo ao regular funcionamento dos serviços público municipais; que durante todo o mandato do prefeito Orlando Krautler havia orientação de observar rigorosamente o orçamento; [...]; que não era raro o secretário de obras, incluídos os réus Frederico e Neri, entrar em contato com o depoente solicitando urgência na liberação de recursos para compra de bens ou serviços para dar continuidade de serviço, por meio de determinada máquina, então fora de serviço por defeito; que isso ocorreu também no período de contingenciamento de gastos; que confirma que o veículo saveiro chegou às condições em que fotografado (fls. 22 a 25) por negligência do responsável; que o responsável foi o secretário de obras; [...]; que em seu período nunca foi aberta nenhuma auditoria para apurar irregularidades na secretaria de obras; [...]” (fls. 976-977).

Irio Gustavo Golanovski: “que foi secretário de obras do então prefeito Orlando Krautler, em seu primeiro mandato; que no segundo mandato foi secretário de planejamento e orçamento; [...]; que ao que sabe os veículos sempre receberam manutenção; [...]” (fl. 978).

Itamar Zacaluzne: “que em 2005 foi convidado pelo atual prefeito, Leoberto Weinert, para assumir uma pasta de infraestrutura urbana, que na época nem era estruturada como secretaria, mas sim como superintendência urbana e rural; [...]; que as máquinas estavam velhas e sem condições de uso; que acha que a manutenção vinha sendo feita; [...]; que não tem conhecimento do documento de fls. 78-80; que não tem como atribuir com precisão a autoria do aludido documento” (fl. 990).

Das declarações também se nota que alguns equipamentos relacionados fazem parte do acervo de veículos do Município: “o trailler das fotografias 41 e 42 é bastante antigo” (Cidival Neri Fuck – fl. 69); “entende que o estado do parque de máquinas da prefeitura se deve à idade dos

equipamentos, muitos dos quais não tem mais vida útil economicamente viável; por exemplo, a máquina das fotos 9 e 10 já era velha ao tempo em que foi secretário de obras (1998 a 2000)” (Irio Gustavo Golanoski – fls. 89-90).

Inviável seria imputar total desídia dos réus no tocante ao cuidado com o patrimônio público durante todo período de gestão, porque sequer se noticia que todos os equipamentos de propriedade da prefeitura tenham sido danificados pela suposta negligência dos réus; ao revés, nota-se que alguns equipamentos possuíam longo período de utilização pela Administração Pública, e outros que foram disponibilizados em leilão, sem arrematação. Ainda, como demonstra a relação de veículos às fls. 505-507, a quantidade de veículos de propriedade do Município era maior do que a apresentada por danificada, e que os equipamentos deteriorados se concentram na Secretaria de Obras.

Como já indicado, para a configuração do ato de improbidade administrativa que cause lesão ao erário, previsto no art. 10 da Lei 8.429/1992, é necessária a demonstração de efetivo prejuízo ao erário: “A improbidade de que trata o art. 10 da Lei n. 8.429/92 admite as modalidades atinentes à culpa ou dolo. Ausente, porém o dano ao erário, não subsiste a alegada tipificação, salvo se disso resultar violação a princípios, mediante vontade livre e consciente do agente público (dolo)” (TJSC, AC 2010.048258-8, rel. Des. Pedro Abreu, j. 25-1-2011).

Leciona Maria Sylvia Zanella Di Pietro: “O enquadramento na lei de improbidade administrativa exige culpa ou dolo por parte do sujeito ativo. Mesmo quando algum ato ilegal seja praticado, é preciso verificar se houve culpa ou dolo, se houve um mínimo de má-fé que revele realmente a presença de um comportamento desonesto. A quantidade de leis, decretos, medidas provisórias, regulamentos, portarias torna praticamente impossível a aplicação do velho princípio de que todos conhecem

a lei. Além disso, algumas normas admitem diferentes interpretações e são aplicadas por servidores públicos estranhos à área jurídica. Por isso mesmo, a aplicação da lei de improbidade exige bom-senso, pesquisa da intenção do agente, sob pena de sobrecarregar-se inutilmente o Judiciário com questões irrelevantes, que podem ser adequadamente resolvidas na própria esfera administrativa. A própria severidade das sanções previstas na Constituição está a demonstrar que o objetivo foi o de punir infrações que tenham um mínimo de gravidade, por apresentarem conseqüências danosas para o patrimônio público (em sentido amplo), ou propiciarem benefícios indevidos para o agente ou para terceiros. A aplicação das medidas previstas na lei exige observância do princípio da razoabilidade, sob o seu aspecto de proporcionalidade entre meios e fins. Dos três dispositivos que definem os atos de improbidade, somente o art. 10 fala em ação ou omissão, dolosa ou culposa. E a mesma ideia de que, nos atos de improbidade causadores de prejuízo ao erário, exige-se dolo ou culpa, repete-se no art. 5º da lei. É difícil dizer se foi intencional essa exigência de dolo ou culpa apenas com relação a esse tipo de ato de improbidade ou se foi falha do legislador, como tantas outras presentes na lei. A probabilidade de falha é a hipótese mais provável, porque não há razão que justifique essa diversidade de tratamento. [...] No caso da lei de improbidade, a presença do elemento subjetivo é tanto mais relevante pelo fato de ser objetivo primordial do legislador constituinte o de assegurar a probidade, a moralidade, a honestidade dentro da Administração Pública. Sem um mínimo de má-fé, não se pode cogitar da aplicação de penalidade tão severas como a suspensão dos direitos políticos e a perda da função pública” (Direito administrativo. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2002. p. 688-689).

Há também que destoar a improbidade da incompetência “[...] o objetivo da Lei de Improbidade é punir o administrador público desonesto, não o inábil. Ou, em outras palavras, para que se enquadre o agente

público na Lei de Improbidade é necessário que haja o dolo, a culpa e o prejuízo ao ente público, caracterizado pela ação ou omissão do administrador público (Mauro Roberto Gomes de Mattos, em *O Limite da Improbidade Administrativa*, Edit. América Jurídica, 2ª ed. pp. 7 e 8). ‘A finalidade da lei de improbidade administrativa é punir o administrador desonesto’ (Alexandre de Moraes, in ‘Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional’, Atlas, 2002, p. 2.611). ‘De fato, a lei alcança o administrador desonesto, não o inábil, despreparado, incompetente e desastrado’ (REsp 213.994-0/MG, 1ª Turma, Rel. Min. Garcia Vieira, DOU de 27.9.1999)” (STJ, Primeira Turma, REsp 758.639/PB, rel. Min. José Delgado, DJ 15-5-2006).

É da jurisprudência: “PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. ART. 10, *CAPUT*, DA LEI 8.429/92. LICITAÇÃO. PARTICIPAÇÃO INDIRETA DE SERVIDOR VINCULADO À CONTRATANTE. ART. 9º, III E 3º, DA LEI 8666/93. FALTA SUPRIDA ANTES DA FASE DE HABILITAÇÃO. SÚMULA 07/STJ. AUSÊNCIA DE DANO AO ERÁRIO. MÁ-FÉ. ELEMENTO SUBJETIVO. ESSENCIAL À CARACTERIZAÇÃO DA IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. 1. O caráter sancionador da Lei 8.429/92 é aplicável aos agentes públicos que, por ação ou omissão, violem os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, lealdade às instituições e notadamente: (a) importem em enriquecimento ilícito (art. 9º); (b) causem prejuízo ao erário público (art. 10); (c) atentem contra os princípios da Administração Pública (art. 11) compreendida nesse tópico a lesão à moralidade administrativa. 2. A má-fé, consoante *cediço*, é premissa do ato ilegal e ímprobo e a ilegalidade só adquire o *status* de improbidade quando a conduta antijurídica fere os princípios constitucionais da Administração Pública coadjuvado pela má-intenção do administrador. 3. A improbidade administrativa está associada à noção de desonestidade, de má-fé do agente

público, do que decorre a conclusão de que somente em hipóteses excepcionais, por força de inequívoca disposição legal, é que se admite a sua configuração por ato culposo (artigo 10, da Lei 8.429/92). 4. O elemento subjetivo é essencial à caracterização da improbidade administrativa, sendo certo, ainda, que a tipificação da lesão ao patrimônio público (art. 10, *caput*, da Lei 8429/92) exige a prova de sua ocorrência, mercê da impossibilidade de condenação ao ressarcimento ao erário de dano hipotético ou presumido. Precedentes do STJ: REsp 805.080/SP, PRIMEIRA TURMA, DJe 06/08/2009; Resp 939142/RJ, PRIMEIRA TURMA, DJe 10/04/2008; REsp 678.115/RS, PRIMEIRA TURMA, DJ 29/11/2007; REsp 285.305/DF, PRIMEIRA TURMA; DJ 13/12/2007; e REsp 714.935/PR, SEGUNDA TURMA, DJ 08/05/2006.[...] 7. Outrossim, é cediço que não se enquadra nas espécies de improbidade o administrador inepto. Precedentes: Resp 1149427/SC, PRIMEIRA TURMA, julgado em 17/08/2010, DJe 09/09/2010; e Resp 734984/SP, PRIMEIRA TURMA, julgado em 18/12/2008, DJe 16/06/2008” (STJ, EDcl nos EDcl no REsp 1159147/MG, rel. Min. Mauro Campbell Marques, j. 15-2-2011).

Dessa forma, não restou configurado pelos documentos e declarações acostados o efetivo elemento exigido no art. 10 da Lei de Improbidade, ou seja, o dano ao erário.

É verdade que há maior abertura na incidência do art. 11, *caput*, da Lei 8.429/1992, mas para sua aplicação é imprescindível a constatação do dolo, conforme orientação do Superior Tribunal de Justiça: “É firme a jurisprudência do STJ, inclusive de sua Corte Especial, no sentido de que ‘Não se pode confundir improbidade com simples ilegalidade. A improbidade é ilegalidade tipificada e qualificada pelo elemento subjetivo da conduta do agente. Por isso mesmo, a jurisprudência do STJ considera indispensável, para a caracterização de improbidade, que a conduta do agente seja dolosa, para a tipificação das condutas descritas nos artigos 9º

e 11 da Lei 8.429/92, ou pelo menos eivada de culpa grave, nas do artigo 10º (AIA 30/AM, Corte Especial, DJe de 27/09/2011)” (STJ, AgRg no REsp 975.540/SP, rel. Min. Teori Zavascki, j. 17-11-2011).

O e. Tribunal de Justiça de Santa Catarina não discrepa: “A caracterização do ato de improbidade requer, além da afronta aos princípios que regem a Administração Pública, que a conduta do agente ativo seja movida pelo elemento subjetivo ou volitivo de, deliberadamente, tratar com menoscabo àqueles postulados, o que não se verifica pelo só fato de determinada decisão do agente político não ser a opção mais adequada de gerenciamento administrativo” (TJSC, AC 2010.037957-3, rel. Des. Newton Janke, j. 28-2-2012).

Ou ainda: “As condutas descritas no artigo 11 da Lei de Improbidade dependem da presença do dolo, ainda que genérico. Consequentemente, afasta-se a responsabilidade objetiva dos administradores, não se fazendo necessária a demonstração da ocorrência de dano para a Administração Pública. Precedentes. Embargos de divergência não providos (STJ, EREsp n. 917437/MG, rel. Min. Castro Meira, j. 13.10.2010). A pretensa configuração do ato de improbidade com esteio no art. 11, da Lei n. 8.429/92 exige a demonstração de um único elemento subjetivo, qual seja, o dolo. Ausente este, afasta-se a incidência da norma sob enfoque” (AC 2010.048258-8, rel. Des. Pedro Abreu, j. 25-1-2011).

E ainda: “Não comprovado que o dolo contido na conduta do alcaide, e tampouco descrito na inicial o liame subjetivo entre ele e o agente tido por ímprobo, não há que se lhe aplicar as sanções da Lei de Improbidade. A violação a princípios da Administração Pública, desacompanhada da vontade de vulnerá-los (dolo), não caracteriza a conduta típica descrita no art.11, da Lei n. 8.429/92. Não há confundir o mau administrador ou o administrador inepto, com o agente ímprobo” (AC 2011.067322-3, rel. Des. Pedro Abreu, j. 17-4-2012).

Por último: “A mera irregularidade administrativa não pode ser confundida com ato de improbidade, sendo necessário o mínimo de má-fé do agente para que sua conduta possa ser subsumida aos ilícitos tipificados pela Lei n. 8.492/92. (Apelação Cível n. 2008.023007-8, de Criciúma, rela. Des. Sônia Maria Schmitz, j. em 20.08.2010)” (TJSC, AC 2011.085546-1, rel. Des. Subst. Júlio César Knoll, j. 27-6-2013).

III – Ante o exposto, julgo improcedentes os pedidos, o que faço com fulcro no art. 269, I, do Código de Processo Civil.

Publique-se.

Registre-se.

Intimem-se.

Sentença sujeita ao reexame necessário (TJSC, Segunda Câmara de Direito Público, RN 2012.079897-5, rel. Des. Nelson Schaefer Martins, j. 2-7-2013).

Márcio Schiefler Fontes
Juiz de Direito

Autos nº 038.07.037788-7

Ação: Ação Civil Pública

Autor: Ministério Público do Estado de Santa Catarina

Réu: A. Angeloni & Cia. Ltda.

Vistos etc.

MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA propôs *AÇÃO CIVIL PÚBLICA* contra A. ANGELONI & CIA. LTDA, pessoa jurídica de direito privado sediada na avenida Centenário, nº 7.521, sala 01, bairro Nossa Senhora de Salete, em Criciúma – SC, MUNICÍPIO DE JOINVILLE, pessoa jurídica de direito público estabelecida na avenida Hermann August Lepper, nº 10, centro, em Joinville – SC, e FUNDAÇÃO CULTURAL DE JOINVILLE, sediada na avenida José Vieira, nº 315, em Joinville, contando que a ré A. Angeloni & Cia. Ltda adquiriu o terreno localizado na rua Ministro Calógeras, nº 1.663, em Joinville, no qual encontrava-se edificado imóvel de notório valor cultural conhecido na cidade como “casa amarela”.

Explicou que, em contrariedade ao parecer exarado pelo órgão técnico municipal, no qual se reconheceu o valor histórico do imóvel em voga, o Prefeito Municipal concluiu que o tombamento da chamada “casa amarela” contrariaria o interesse público e, por isso, decidiu pelo não tombamento da referida edificação.

Sustentou ainda que o ato administrativo de tombamento, que compete ao Chefe do Poder Executivo, é sempre vinculado ao teor do parecer da unidade técnica, como também que é dever do Estado, como um todo, zelar pelo patrimônio histórico-cultural da sociedade.

Finalizou requerendo, em resumo: a) a anulação do ato decisório subscrito pelo Prefeito Municipal no procedimento administrativo de tombamento do imóvel, com a ordem de registro do tombamento da “casa amarela”; b) a determinação às pessoas jurídicas de direito público acionadas para que se abstenham de autorizar a demolição da edificação

aludida na inicial, bem como para fiscalizarem todas as obras a serem realizadas no local; c) a ordem, à ré A. Angeloni & Cia. Ltda, para não realizar intervenções no imóvel em questão sem prévia autorização da Fundação Cultural de Joinville, bem como para que promova a restauração da chamada casa amarela a fim de que volte a ostentar suas características originais; e, d) a condenação da sociedade empresária ré no pagamento de indenização pelos danos causados à edificação dita histórica.

À escolta da inicial vieram os documentos de fls. 30-278.

Citados, todos os réus apresentaram resposta na forma de contestação. A. Angeloni & Cia. Ltda (fls. 291-308) argumentou: a) que a inicial é inepta; b) ser parte ilegítima para figurar no polo passivo desta demanda; e, c) que o imóvel já se encontrava bastante deteriorado quando foi comprado pela ré, cuja depredação decorreu da ação de vândalos.

O Município de Joinville e a Fundação Cultural de Joinville, em peça una, sustentaram: a) que o Ministério Público é parte ilegítima para a propositura desta ação, pela qual tenciona-se enveredar na seara do mérito do ato administrativo; b) que compete apenas ao Prefeito Municipal decidir acerca do tombamento de imóveis; c) que as leis aplicáveis ao caso foram cumpridas; d) que não havia nada de histórico a ser preservado no imóvel aludido na inicial; ao contrário, sua demolição é necessária para viabilizar a construção do empreendimento idealizado pela ré A. Angeloni & Cia. Ltda, bem como para possibilitar o alargamento da rua Ministro Calógeras.

Após a réplica (fls. 344-355), procedeu-se à realização de inspeção judicial na edificação referida no exórdio (fls. 484-510).

No curso deste processo, restou revogada a liminar outrora concedida nos autos da ação cautelar nº 038.07.028954-6, que proibia a demolição da denominada “casa amarela” (fls. 511-518).

O Ministério Público requereu a produção de prova pericial (fls. 538-540). Os autos, então, vieram-me conclusos para deliberação.

É o relatório.

D E C I D O.

1. Os documentos acostados aos autos do caderno processual retratam, com precisão e riqueza de detalhes, a situação do imóvel aludido na inicial, bem como os atos que se sucederam ao longo do procedimento administrativo de tombamento, cuja conclusão é aqui impugnada. Dessa forma, por entender desnecessária a produção de outras provas além das já arrecadadas neste processo, julgo o processo no estado em que se encontra.

2. “As funções institucionais do Ministério Público estão especificadas na Constituição Federal. Compete-lhe, v.g., ‘promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos (CF, art. 129, III)” (TJSC – Agravo de Instrumento nº 2008.042076-3, de Lages, Primeira Câmara de Direito Público, rel. Des. Newton Trisotto, j. em 07-4-2009), o que significa dizer que o órgão ministerial é legítimo para figurar no polo ativo desta actio.

3. Na visão objetiva de Liebman, citado por Machado Guimarães, “todo problema, quer de interesse processual, quer de legitimação ad causam, deve ser proposto e resolvido, admitindo-se, provisoriamente e em via hipotética, que as afirmações do autor sejam verdadeiras; só nesta base é que se pode discutir e resolver a questão pura da legitimação ou do interesse. Quer isto dizer que, se da constatação do réu surge a dúvida sobre a veracidade das afirmações feitas pelo autor e é necessário fazer-se uma instrução, já é um problema de mérito” (“Carência de Ação”, nº 12, fls. 102-103). De fato, “*as condições da ação ‘são aferidas no plano lógico e da mera asserção do direito, e a cognição a que o juiz procede consiste em simplesmente confrontar a afirmativa do autor com o esquema abstrato da lei. Não se procede, ainda, ao accertamento do direito afirmado’* (Kasuo Watanabe)” (TJSC – Agravo de Instrumento nº 98.008396-6, da Capital, rel. Des. Silveira Lenzi, publ. no DJSC nº 10.095, de 17-11-98, pág. 9).

In status assertionis, como esta ação foi proposta contra A. Angeloni & Cia. Ltda, Município de Joinville e Fundação Cultural de Joinville, é contra todos que a demanda deverá prosseguir. A verificação das respectivas responsabilidades de cada um dos réus, contra quem foram formulados pedidos específicos e diversos, é questão afeita unicamente ao *meritum causae*.

4. “Considera-se apta a petição inicial que expõe os fatos, desenvolve fundamentação e apresenta pedido expresso de forma inequívoca” (TJSC – Apelação Cível nº 2004.007762-9, da Capital, Primeira Câmara de Direito Comercial, rel. Des. Salim Schead dos Santos, j. em 06.05.2004), como no caso destes autos.

5. Ciente de que a sociedade empresária A. Angeloni & Cia. Ltda havia adquirido imóveis localizados na rua Ministro Calógeras com o objetivo de ali edificar um hipermercado, o Ministério Público do Estado de Santa Catarina iniciou investigação, pela via administrativa, acerca da situação dos imóveis instalados no local, tendo concluído, após os levantamentos que realizou, pela existência de caracteres de importância histórica e cultural nas edificações ali existentes, notadamente naquela instalada no nº 1.663 da rua Ministro Calógeras, alcunhada de “casa amarela”, onde outrora também funcionou o conhecido “bar Tigre”, cuja fachada aparece retratada nos autos à fl. 215.

Com o objetivo de evitar que se procedessem a alterações na estrutura física da sobredita edificação, propôs-se a ação cautelar nº 038.07.028954-6, na qual, num primeiro momento, deferiu-se a liminar vindicada pelo *parquet*, com a ordem aos réus para que se abstivessem de autorizar/proceder à demolição da edificação, dita histórica. Referida ordem liminar acabou cassada no curso desta ação civil pública (fls. 511-518), sendo o imóvel demolido às pressas para, assim, dar lugar a um portentoso empreendimento comercial.

Num rápido passar de olhos pelo processo, seria até possível afirmar-se que a maior parte dos pedidos formulados pelo órgão ministe-

rial (notadamente aqueles relativos à conservação do imóvel histórico) teriam perdido o sabor prático pelo superveniente desaparecimento do interesse processual, na medida em que não mais haveria utilidade em analisar-se os referidos pleitos.

Contudo, imputa-se à ré A. Angeloni & Cia. Ltda (e, conseqüentemente, aos entes públicos acionados, na medida das respectivas competências) obrigações de índole *propter rem*, relativas à defesa do patrimônio histórico-cultural nacional, de forma que há interesse no enfrentamento de todas as questões provocadas pelas partes, em especial os pedidos inaugurais, pois eventual procedência dalgum deles, relativos a típicas obrigações de fazer, resolver-se-á em perdas e danos, na forma preconizada no artigo 633, *caput*, do Código de Processo Civil.

Sob a ótica do Ministério Público, a solução da lide perpassa pela verificação acerca da existência ou não de atributos de valor histórico no prédio que existia na rua Ministro Calógeras, nº 1.663.

Além de ser duvidosa a existência de caracteres de relevante valor histórico-cultural no imóvel em questão (vale aqui realçar a impressão do Juiz que presidiu o ato de inspeção judicial na “casa amarela”, que não enxergou no imóvel qualquer característica marcante que eventualmente pudesse despertar real interesse em preservá-lo em memória da história de Joinville – fl. 515), penso que a solução para o impasse estabelecido é meramente jurídica e orbita em torno da (im)possibilidade de desconstituição judicial da decisão administrativa que delibera pelo não tombamento (abstraídas dessa reflexão as hipóteses em que há ilegalidade procedimental a viciar esse ato).

Em suma, é necessário perquirir-se tão somente se, mesmo com parecer favorável ao tombamento expedido pelo órgão técnico, o Chefe do Executivo poderia decidir em sentido diametralmente oposto. Para a representante do Ministério Público, Dra. Thaís Cristina Scheffer, a resposta é não. Ela apega-se ao texto constitucional, que preconiza que “*constituem patrimônio cultural brasileiro os bens de natureza material*

e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira [...]” (art. 216, caput), bem como no fato de existir previsão expressa no sentido de que “o Poder Público, com a colaboração da comunidade, promoverá e protegerá o patrimônio cultural brasileiro, por meio de inventários, registros, vigilância, tombamento e desapropriação, e de outras formas de acautelamento e preservação” (sublinhei – CF, art. 216, § 1º).

A lúcida reflexão construída na petição inicial detém, em si, respeitável carga sociológica e moral. Num mundo globalizado, em que o capital investe com força devastadora contra os parâmetros de identidade individual e nacional, apagando, paulatinamente, as características que individualizam as nações, é de todo necessário que o Estado se empenhe na proteção do patrimônio histórico-cultural.

Embora a expansão imobiliária consista num vagalhão tendente a patrolar tudo o que lhe sirva de obstáculo, a ideia de resguardo de bens de valor cultural e histórico, tão difundida nos países do Velho Mundo, deve orientar nossos dirigentes com vistas à preservação do sentimento de identidade nacional e, é claro, local. Uma simples fachada histórica atua, no imaginário, quase como um portal que estabelece um elo com o passado. Do açorianismo até hoje arraigado no sentimento nacional (sociologicamente falando) daqueles que habitam os entornos da Capital do Estado à cultura europeia, que predomina no sul, mas também se miscigena ao caboclismo no oeste catarinense, a identidade regional pulsa atrelada aos caracteres de valor histórico que cada região ostenta.

Graças à blindagem conferida pela lei e ao trabalho desenvolvido pelos órgãos de fomento cultural e histórico, os casarões incrustrados no centro de Joinville e a fotogênica Rua das Palmeiras, marca de nascença da cidade que emoldura a fachada do Museu do Imigrante, mantém-se impávidos em áreas nobres da cidade, embora venham sendo paulatinamente circundados por fachadas envidraçadas, que, sem chance de

esquiva, aceitam passivamente as quase provocativas imagens (da velha arquitetura) nelas refletidas.

Volvendo ao que interessa no que guarda relação com o espectro jurídico, o Constituinte originário e o Poder Legislativo pós-88 editaram regras específicas acerca da competência para a declaração de tombamento de imóveis de patrimônio histórico-cultural. “O tombamento e a desapropriação são meios de proteção do patrimônio cultural brasileiro, consistentes em atos administrativos, que traduzem a atuação do poder público mediante a imposição de simples restrição ao direito de propriedade ou pela decretação da própria perda desse direito. O tombamento localiza-se ‘no início duma escala de limitações em que a desapropriação ocupa o ponto extremo’ (J. Cretella Júnior)” (STJ – REsp nº 30.519/RJ, Segunda Turma, rel. Min. Antônio Torreão Braz, j. em 25.05.94).

Objetivamente, “a Constituição Federal de 88 outorga a todas as pessoas jurídicas de Direito Público a competência para o tombamento de bens de valor histórico e artístico nacional. [...] O Município, por competência constitucional comum – art. 23, III –, deve proteger os documentos, as obras e outros bens de valor histórico, artístico e cultural, os monumentos, as paisagens naturais notáveis e os sítios arqueológicos” (STJ – RMS nº 18.952/RJ, Segunda Turma, relatora Ministra Eliana Calmon, j. em 26.04.2005).

E foi no exercício dessa competência concorrente (CF, art. 23, inc. III) que o Município de Joinville regulamentou o procedimento administrativo de tombamento pela Lei nº 1.773/80, que “*dispõe sobre a proteção do Patrimônio Histórico, Arqueológico, Artístico e Natural do Município de Joinville*” (ementa).

Segundo o referido texto legal, o processo de tombamento compulsório – que se assemelha àquele adotado perante o IPHAN para o tombamento, pela União, de bens de valor histórico – inicia-se por meio

da notificação do proprietário do imóvel a ser tombado, facultando-lhe o pronunciamento acerca da intenção de tombamento da edificação (Lei municipal nº 1.773/80, art. 10, inc. I). Caso o proprietário do imóvel formule impugnação ao tombamento, “[...] *cabera à SCET sustentar o fundamento da necessidade da inscrição, remetendo o processo, em seguida à Comissão Municipal do Patrimônio Histórico, que, por seu turno, manifestar-se-á e, a seguir, há de remetê-lo ao Prefeito Municipal para a decisão terminativa*” (art. 10, inc. III).

O mandamento legal é claro no sentido de que, na condição de Chefe do Poder Executivo municipal, cabe ao Prefeito dar a última palavra no processo administrativo de tombamento, independentemente de qual tenha sido o teor do parecer emitido pelo órgão técnico, pois, enquanto representante eleito pelo povo, cumpre-lhe velar pela defesa do interesse público, naturalmente na forma que lhe parecer conveniente e oportuno. Ocorre que nem sempre a proteção do patrimônio histórico encontra respaldo no que se poderia compreender como sendo interesse público.

“Há quem entenda que, colocando, a Constituição, os bens do patrimônio histórico e artístico nacional sob a proteção do poder público, a autoridade competente para determinar o tombamento (inscrição no Livro do Tombo) não pode deixar de fazê-lo quando o parecer do órgão técnico reconhecer o valor cultural do bem para fins de proteção. Ocorre que o patrimônio cultural não é o único bem que compete ao Estado proteger. Entre dois valores em conflito, a Administração terá que zelar pela conservação daquele que de forma mais intensa afete os interesses da coletividade. Essa apreciação terá que ser feita no momento da decisão, diante do caso concreto; evidentemente, se nenhuma razão de interesse público obstar o tombamento, ele deve ser feito; por isso mesmo, a recusa em fazê-lo há de ser motivada, sob pena de transformar-se a

discrecionariedade em arbítrio que afronta a própria Constituição, na parte em que protege os bens de interesse público” (Maria Sylvia Zanella Di Pietro, “Direito Administrativo”, 25ª ed., São Paulo: Atlas, ano 2012, págs. 153-154).

De fato, ao Administrador Público compete a tarefa de sopesar os múltiplos interesses sociais colidentes para escolher, por exemplo, entre resguardar a integridade de bens de importância potencial para a preservação do patrimônio histórico, ou, noutra viés, mirar indiscriminadamente num progresso que costuma torcer o nariz para as construções mais antigas. E foi assim que o então Prefeito de Joinville, Marco Antônio Tebaldi, embasado em parecer do órgão jurídico, deixou de proclamar o tombamento do imóvel conhecido como “casa amarela”, optando por prestigiar o exercício ao direito de livre fruição da coisa pela proprietária A. Angeloni & Cia. Ltda, mas também para viabilizar o alargamento da rua Ministro Calógeras, que consiste numa importante artéria de tráfego da cidade, em especial para aqueles que chegam à Cidade dos Príncipes egressos da BR 101.

Certo ou errado, o Prefeito tomou a decisão que estava dentro da sua alçada de discrecionariedade. Após sucessivas quedas de braço tanto no âmbito administrativo quanto judicial, o quase centenário e agonizante prédio – que, por força da destinação a que se prestou ao longo da sua existência, de longe deixava à mostra suas características arquitetônicas originais, cuja edificação, no ocaso da sua existência, servia apenas de refúgio a andarilhos – foi, enfim, nocauteado, com seus restos removidos dali num piscar de olhos. Não sobrou um só tijolo esfarelado para contar a história. Afinal, como se costuma dizer, “o progresso urge”. No local existem, hoje, canteiros bem cuidados, emoldurados por uma calçada onde pessoas e seus cães desfilam todos os dias. Além do prefeito, há quem tenha visto nisso uma boa troca. Não ousou dizer o contrário, até

porque, como já disse, a ponderação de valores é tarefa que deve povoar a mente do Chefe do Executivo, e só a dele. Fim do imbróglio. Questão resolvida.

À luz do exposto, JULGO IMPROCEDENTE o pedido veiculado nesta *AÇÃO CIVIL PÚBLICA* proposta por MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA contra A. ANGELONI & CIA LTDA, MUNICÍPIO DE JOINVILLE e FUNDAÇÃO CULTURAL DE JOINVILLE.

Sem custas (Lei n° 7.347/85, art. 17). “Salvo comprovada má-fé, nas ações civis públicas – ‘de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico’ (Lei n. 7.347/1985) ou de improbidade administrativa (Lei n. 8.429/1992) - o Ministério Público não responde por honorários advocatícios (STJ, T2, AgRgAg n. 842.768, Min. Herman Benjamin; T1, EDclREsp n. 1.171.680, Min. Benedito Gonçalves; TJSC, 1ª CDP, AC n. 2011.099522-2, Des. Gaspar Rubik; 2ª CDP, AC n. 2010.013116-2, Des. João Henrique Blasi)” (TJSC – Apelação Cível n° 2011.073982-0, de Otacílio Costa, Primeira Câmara de Direito Público, rel. Des. Newton Trisotto, j. em 12.03.2013).

Publique-se.

Registre-se.

Intimem-se.

Joinville, 9 de setembro de 2013

Roberto Lepper
Juiz de Direito da 2ª Vara da Fazenda Pública

SENTENÇA CRIMINAL

Autos n. 0008159-09.2010.8.24.0075

Ação: Ação Penal – Procedimento Ordinário/PROC

Acusados: CARLOS AUGUSTO MACEDO MOTA, REGINALDO CLAUDINO BORBA, OLÍVIO BONELI NANDI JÚNIOR, JÚLIO CÉSAR SILVEIRA JÚNIOR, DÉCIO PAQUELIN e JAMIL ANANIAS DE SÁ.

Vistos para sentença.

I – RELATÓRIO.

O Ministério Público do Estado de Santa Catarina, representado pelo Promotor de Justiça em exercício nesta Vara, no uso das atribuições que lhe confere o art. 129, inc. I, da Constituição Federal de 1988, mediante denúncia baseada em inquérito policial, promoveu Ação Penal contra CARLOS AUGUSTO MACEDO MOTA (agente penitenciário), REGINALDO CLAUDINO BORBA (agente penitenciário), OLÍVIO BONELLI NANDI JÚNIOR (agente penitenciário), JÚLIO CÉSAR SILVEIRA JÚNIOR (agente penitenciário), DÉCIO PAQUELIN (policial militar) e JAMIL ANANIAS DE SÁ (policial militar), todos qualificados nos autos, dando o primeiro como incurso nas sanções do art. 1º, inc. II, c/c § 4º, inc. I, da Lei 9.455/97, praticada por sete vezes, e os demais denunciados como incurso nas sanções do art. 1º, § 2º, c/c § 4º, inc. I do mesmo Diploma Legal.

Consta da exordial acusatória a seguinte narrativa dos fatos tidos por delituosos:

FATO I

De acordo com o apurado no procedimento administrativo de investigação que instrui a presente incoativa (fls. 2 usque 156), no dia 28 de maio de 2010, por volta das 13 horas, nas dependências do Presídio Regional desta Comarca Tubarão – SC, o ora denunciado, CARLOS AUGUSTO MACEDO MOTA, agindo na condição de agente penitenciário e chefe de segurança do referido estabelecimento penal, submeteu os presos, Diego Palumbo, Halisson Neves Sotero, Ivan Agüero Martines, João Batista Machado Júnior, Roberto Mello Rodrigues e, especialmente, Rafael Bento e Vitor Domingos, mediante violência e grave ameaça, a intenso sofrimento físico e mental, como forma de aplicar castigo pessoal e medida de caráter preventivo.

A empreitada criminosa se desenvolveu da seguinte forma:

No dia 26 de abril de 2010 ocorreu um início de rebelião de presos no Presídio Regional de Tubarão – SC. Em decorrência do referido incidente, cerca de 15 (quinze) detentos, envolvidos diretamente no movimento de motim, foram transferidos para a Penitenciária Sul, na cidade de Criciúma – SC, para cumprimento de medida disciplinar, pelo prazo de 30 (trinta) dias.

Decorrido o referido prazo, no dia 28 de maio de 2010, os presos em questão foram recambiados para o Presídio Regional de Tubarão – SC, para continuidade da execução de suas penas neste estabelecimento penal, conforme relação constante às fls. 44/45.

Desta forma, no dia 28 de maio de 2010, por volta das 13 horas, os detentos nominados às fls. 44/45 aportaram no Presídio Regional de Tubarão – SC, em 2 (duas) viaturas do Departamento de Administração Prisional – DEAP, uma conduzida pelo agente penitenciário, Maurício Fretta May, e a outra pelo também denunciado, REGINALDO CLAUDINO BORBA.

Assim que ingressaram nas dependências do Presídio Regional de Tubarão – SC as viaturas que traziam aos detentos foram estacionadas no pátio do estabelecimento penal; contudo os presos foram mantidos em seu interior até a chegada do denunciado, CARLOS AUGUSTO MACEDO MOTA.

Neste momento é impositivo se fazer um parêntese: o denunciado, CARLOS AUGUSTO MACEDO MOTA, assumiu a função de Chefe de Segurança do Presídio Regional de Tubarão – SC no dia 30 de abril de 2010, ou seja: 4

(quatro) dias após a ocorrência da rebelião que motivou a transferência dos detentos que então retornavam ao referido estabelecimento penal.

Assim, antes mesmo de se dirigir aos presos, com o objetivo de impor sua autoridade àqueles detentos que haviam participado do motim anterior, o ora denunciado, CARLOS AUGUSTO MACEDO MOTA, determinou ao também denunciado, JÚLIO CÉSAR SILVEIRA JÚNIOR, que lhe indicasse quais os presos que mais “incomodavam”, ou seja: aqueles que eram mais indisciplinados.

Diante de tal ordem, o denunciado, JÚLIO CÉSAR SILVEIRA JÚNIOR, indicou ao denunciado, CARLOS AUGUSTO MACEDO MOTA, 5 (cinco) ou 6 (seis) nomes de presos, considerados como os mais indisciplinados.

Neste cenário, o ora denunciado, CARLOS AUGUSTO MACEDO MOTA, com evidente propósito de adotar medida de caráter preventivo contra o aludido grupo de presos que retornava ao Presídio Regional de Tubarão – SC, passou a submeter os detentos em questão, mediante violência e grave ameaça, a intenso sofrimento físico e mental, buscando atemorizar os presos e assim dissuadi-los da prática de qualquer conduta que pudesse perturbar a tranqüilidade que havia perdurado nas dependências do estabelecimento penal naqueles últimos 30 (trinta) dias.

Neste momento, o ora denunciado, CARLOS AUGUSTO MACEDO MOTA, se dirigiu às viaturas onde estavam os presos e, por alguns minutos, passou a insultar e ameaçar de agressões físicas os detentos recém-chegados, conforme se extrai especialmente das filmagens que integram o inquérito policial em epígrafe (arquivo eletrônico constante do DVD apreendido à fl. 49 e arquivos eletrônicos denominados “vídeo 1” e “vídeo viatura”, constante dos CDs apreendidos à fl. 105).

Entre os diversos insultos e ameaças proferidas contra os presos em questão, o ora denunciado, CARLOS AUGUSTO MACEDO MOTA, afirmou que iria “Dar um pau, mas um pau legal mesmo! [sic]” nos detentos e que eles iriam “Se arrepender de ter saído de uma buceta! [sic]”. Afirmou, ainda, que iria colocar os presos “para rodar o Estado inteiro”, aludindo que iria determinar transferência dos detentos para outras unidades penais catarinenses, distantes de seus familiares e advogados.

A partir deste momento, a coação psicológica a que eram submetidos os presos se intensificou e progrediu para violência física.

O denunciado, REGINALDO CLAUDINO BORBA, dirigiu-se ao denunciado, CARLOS AUGUSTO MACEDO MOTA, e afirmou que o preso, Vitor Domingos, o havia desrespeitado.

Diante de tal assertiva, o ora denunciado, CARLOS AUGUSTO MACEDO MOTA, determinou que Vitor Domingos fosse retirado da viatura onde então se encontrava. Como naquele momento o preso, Rafael Bento, estava algemado a Vitor Domingos, este foi igualmente retirado de viatura.

Ato contínuo, o ora denunciado, CARLOS AUGUSTO MACEDO MOTA, agarrou o preso, Vitor Domingos, pelos cabelos e o conduziu até a sala de triagem, no interior do Presídio Regional de Tubarão – SC, levando a reboque o preso, Rafael Bento.

No interior da referida sala de triagem, o denunciado, CARLOS AUGUSTO MACEDO MOTA, passou a submeter os referidos detentos, Vitor Domingos e Rafael Bento, a intenso sofrimento físico e mental, desferindo contra estes inúmeras cotoveladas e chutes.

As agressões eram primordialmente dirigidas ao apenado, Vitor Domingos, que, enquanto apanhava, gritava, pedindo clemência e afirmando que não iria mais desrespeitar os agentes penitenciários, conforme se extrai especialmente das filmagens que integram o inquérito policial em epígrafe (fls. 49 e 105).

Enquanto isso, os demais detentos, ainda presos no interior das viaturas, ouviam os gritos de Vitor Domingos.

Por fim, como se não bastasse, o ora denunciado, CARLOS AUGUSTO MACEDO MOTA, retirou do interior da viatura os detentos, Diego Palumbo, Halisson Neves Sotero, Ivan Aguero Martines, João Batista Machado Júnior e Roberto Mello Rodrigues, justamente aqueles que foram previamente relacionados como indisciplinados e os colocou no corredor que dá acesso à sala de triagem, onde passou a agredi-los, também com socos, chutes e joelhadas.

Por assim agir, ao submeter os presos, Diego Palumbo, Halisson Neves Sotero, Ivan Aguero Martines, João Batista Machado Júnior, Roberto Mello Rodrigues, Vitor Domingos e Rafael Bento, mediante violência e grave ameaça, a intenso sofrimento físico e mental, como forma de aplicar castigo

pessoal e medida de caráter preventivo, o ora denunciado, CARLOS AUGUSTO MACEDO MOTA, restou incurso, por 7 (sete) vezes, nas sanções penais previstas no artigo 1º, II, da Lei 9.455/97.

Por se tratar de crime praticado por agente público, igualmente incidente na espécie a causa de aumento de pena prevista no artigo 1º, § 4º, I, da mesma Lei nº 9.455/97.

FATO II

Por sua vez, ainda de acordo com o apurado no procedimento administrativo de investigação em epígrafe (fls. 2 usque 156), os agentes penitenciários, REGINALDO CLAUDINO BORBA, OLÍVIO BONELI NANDI JÚNIOR e JÚLIO CÉSAR SILVEIRA JÚNIOR, bem como o policial militar, JAMIL ANANIAS DE SÁ, que estavam presentes nas dependências do Presídio Regional de Tubarão – SC durante todo o desenvolvimento da atividade criminosa acima narrada, se omitiram em face das condutas praticadas pelo denunciado, CARLOS AUGUSTO MACEDO MOTA, quando tinham o dever de evitá-las.

Conforme se percebe da análise das filmagens que integram o inquérito policial em epígrafe (especificamente do arquivo eletrônico denominado “vídeo 2”, constante dos CDs apreendidos à fl. 105), os agentes penitenciários, REGINALDO CLAUDINO BORBA e OLÍVIO BONELI NANDI JÚNIOR, presenciaram, ao menos em parte, as ameaças e agressões levadas a efeito pelo denunciado, CARLOS AUGUSTO MACEDO MOTA, dirigidas aos detentos, Vitor Domingos e Rafael Bento, no interior da sala de triagem do Presídio Regional de Tubarão – SC, sem tomar nenhum tipo de medida tendente a interromper a prática criminosa que presenciavam, sendo-lhes plenamente possível fazê-lo, especialmente porque presentes no local vários policiais militares no momento das agressões.

Da mesma forma, o agente penitenciário, JÚLIO CÉSAR SILVEIRA JÚNIOR, autor das filmagens que instruem o presente inquérito policial, se omitiu diante das agressões que presenciou, optando, sem o amparo de qualquer causa justificante ou dirimente, por permitir a consumação da lesão à integridade física e mental dos detentos, Vitor Domingos e Rafael Bento, para registrá-la, em vez de interceder para fazer cessar a prática criminosa que presenciava.

Por fim, o policial militar, JAMIL ANANIAS DE SÁ, que aparece nas filmagens apreendidas no curso das investigações policiais (especificamente do arquivo eletrônico denominado “vídeo 2”, constante dos CDs apreendidos à fl. 105) ao lado da porta da sala de triagem, no interior do Presídio Regional de Tubarão – SC, igualmente se omitiu diante das agressões dirigidas dos detentos, Vitor Domingos e Rafael Bento, deixando de interromper a prática criminosa que presenciava e de prender em flagrante delito o denunciado, CARLOS AUGUSTO MACEDO MOTA, sendo plenamente possível fazê-lo, inclusive com o uso de força, se necessário, na condição de policial militar armado e em serviço.

Neste cenário, ao deixarem de interromper a conduta espúria do denunciado, CARLOS AUGUSTO MACEDO MOTA, possibilitando que este exaurisse a atividade criminosa, atentando contra a integridade física e metal dos detentos, Vitor Domingos e Rafael Bento, restaram os denunciados, REGINALDO CLAUDINO BORBA, OLÍVIO BONELI NANDI JÚNIOR, JÚLIO CÉSAR SILVEIRA JÚNIOR e JAMIL ANANIAS DE SÁ, incursos nas sanções penais previstas no artigo 1º, §2º, da Lei nº 9.455/97.

Por se tratar de crime praticado por agentes públicos, igualmente incidente na espécie a causa de aumento de pena prevista no artigo 1º, § 4º, I, da mesma Lei nº 9.455/97.

FATO III

Por fim, restou ainda apurado no curso das investigações policiais que instruem a presente denúncia (fls. 2 usque 156), que o ora denunciado, DÉCIO PAQUELIN, na qualidade de gerente e administrador do Presídio Regional de Tubarão – SC, se omitiu face as condutas acima descritas, quando tinha o dever de apurá-las.

Conforme se extrai dos autos, após a ocorrência dos crimes acima narrados, entre os dias 28 de maio de 2010 e 1º de junho de 2010, em data que será determinada no curso da instrução penal, o ora denunciado, DÉCIO PAQUELIN, foi comunicado pelo também denunciado, JÚLIO CÉSAR SILVEIRA JÚNIOR, acerca das ocorrências criminosas em questão.

Não obstante a gravidade dos fatos noticiados, o ora denunciado, DÉCIO PAQUELIN, não instaurou qualquer procedimento administrativo para apuração das condutas de seus subordinados nas dependências do estabele-

cimento penal que gerenciava, sendo tal medida adotada somente após a (e devido à) divulgação pela imprensa das filmagens que integram o inquérito policial em epígrafe (fls. 49 e 105).

Assim agindo, o ora denunciado, DÉCIO PAQUELIN, restou igualmente incurso nas sanções penais previstas no artigo 1º, §2º, da Lei nº 9.455/97.

Por se tratar de crime praticado por agente público, igualmente incidente na espécie a causa de aumento de pena prevista no artigo 1º, § 4º, I, da mesma Lei nº 9.455/97.

Citados regularmente, os acusados apresentaram resposta, por intermédio de defensores constituídos.

A denúncia foi recebida, realizando-se audiência instrutória, com a oitiva das testemunhas arroladas e o interrogatório dos acusados.

Ultrapassada a fase do art. 402, do CPP, as partes ofertaram alegações escritas (fls. 803-1.023).

Em suas derradeiras alegações, o Ministério Público ratificou o pedido de condenação contido na denúncia, ao passo que a defesa postulou a absolvição dos acusados, ratificando a argumentação contida nas respostas preliminares.

É, em apertada síntese, o relatório.

II – FUNDAMENTAÇÃO.

Antes da análise do mérito, é necessário solucionar questões preliminares arguidas pela defesa.

Aduzem os acusados Reginaldo Claudino Borba, Décio Paquelin e Olívio Boneli Nandi Júnior que o processo é nulo, porque teria havido desrespeito ao art. 41, do Código de Processo Penal.

Os argumentos da defesa, contudo, já foram rechaçados por este juízo, em sede de despacho saneador (fls. 324-325 – vol. 2), cujos fundamentos, por brevidade, torno parte integrante deste decisum, o que implica no afastamento da preliminar.

Do mesmo modo não procede a alegação de nulidade da gravação realizada pelo agente penitenciário. Isto porque este tipo de documentação fática, ao contrário do que ocorre com a interceptação telefônica, não está sujeita a reserva de jurisdição, servindo perfeitamente como elemento de prova.

No caso em tela, ocorreu uma filmagem em local público (nas dependências de um presídio), feita por um dos acusados e, obviamente, para tanto não era preciso o conhecimento dos demais envolvidos no fato, sob pena de não se atingir o desiderato almejado (publicidade de atos de tortura contra presos). A situação, portanto, se distingue totalmente da interceptação telefônica, esta sim implicando em invasão de privacidade e sujeita ao regramento legal próprio.

De se observar que a prova audiovisual não incidiu sobre diálogo reservado e não se constituiu na única prova do crime, mas sim em um importante elemento de prova a somar-se aos demais, sem o qual, certamente, a verdade não viria à tona na instrução.

Oportuno o ensinamento da Min. Laurita Vaz, contido no parecer Ministerial que esmiúça a questão:

(...) Assim, há o entendimento na doutrina nacional e estrangeira de que é possível a utilização de prova favorável ao acusado ainda que colhida com infringência a direitos fundamentais seus ou de terceiros, quando indispensáveis, e, quando produzida pelo próprio interessado (como a de gravação de conversação telefônica em caso de extorsão, p. ex.), traduz hipótese de legítima defesa, que exclui a ilicitude. Diz, assim, Antônio Scarance Fernandes: “Por isso, já se começa a admitir a aplicação do princípio da proporcionalidade”

lidade, ou da ponderação quanto à inadmissibilidade da prova ilícita. Se a prova foi obtida para resguardo de outro bem protegido pela Constituição, de maior valor do que aquele a ser resguardado, não há que se falar em ilicitude e, portanto, inexistirá a restrição da inadmissibilidade da prova”. A proporcionalidade vale-se da “teoria do sacrifício”, segundo a qual, no caso concreto, deve prevalecer aquele princípio que parece ser o mais importante. Além disso, seria admissível a prova ilícita em favor do réu, quando a única possível. (Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sLink=ATC&sSeq=11117442&sReg=200702745470&sData=20100823&sTipo=91&formato=PDF. Acesso em 13.11.2013).

Como já afirmado, a filmagem se deu em ambiente público, ao qual tinham acesso funcionários do estabelecimento prisional, policiais, agentes prisionais, autoridades judiciais, membros do Ministério Público, advogados, presos e, inclusive, familiares de presos, tanto que a gravação não se restringiu em denunciar determinada pessoa, mas envolveu todos que estavam presentes no momento dos fatos.

Sobre o tema, citando entendimento do Supremo Tribunal Federal, ensina César Dario Mariano da Silva:

Não há vedação legal para as interceptações ambientais, podendo haver, em tese, violação da intimidade da pessoa que teve a conversa interceptada. O mesmo ocorre com a simples captação de sons e imagens sem que esteja havendo qualquer tipo de conversação. O Supremo Tribunal Federal tem entendido que, quando alguém, utilizando-se de meios técnicos de gravação de sons ou imagens, procede à captação ou interceptação ambiental em lugar público ou aberto ao público, não teremos uma prova ilícita, pois não haverá violação ao direito de intimidade de outrem, justamente pela natureza do local. Atualmente, a polícia e outros órgãos estatais ou particulares vêm-se valendo de filmagens de crimes, tais como os ocorridos em metrô, em loja etc. Esse meio técnico de gravação está sendo utilizado para a salvaguarda de interesses legítimos, em evidente exercício regular de direito. Assim, o criminoso nunca poderá arguir a ilicitude dessa prova (in Provas Ilícitas, 6ª ed., Atlas, 2010, p. 47).

Preconiza a respeito o Min. Octavio Gallotti (STF, HC 74.356, de São Paulo, j. 10.12.1996):

EMENTA: - 1. Utilização como prova, de gravação de diálogo transcrito em local público, sem estar em causa a proibição constante do inciso XII do art. 5º da Constituição, ocorrendo ademais - fora dessa gravação - elementos probatórios suficientes para fundamentar a condenação. 2. Falta de intimação do advogado, para a defesa preliminar prevista no art. 514 do Cód. Proc. Penal. Nulidade quando muito relativa e desacompanhada da indispensável demonstração de prejuízo. 3. Pretensão de aplicação retroativa do art. 89 da Lei nº 9.099-95, repelida pelo Plenário do Supremo Tribunal (HC 74.305, sessão de 11/12/96). Precedente.

No mesmo rumo decisão da Corte Catarinense (TJSC, AC 2005.036380-4, de Blumenau, j. 16.11.09, Rel. Des. Ricardo Roesler):

A gravação de conversas, realizada por um dos interlocutores, pode ser utilizado como prova em favor de quem a efetua, conquanto não diga respeito a conteúdo sigiloso ou invasivo da intimidade daquele que não tem ciência do expediente. Dito de outro modo, “a gravação de conversa telefônica feita por um dos interlocutores, sem conhecimento do outro, quando ausente causa legal de sigilo ou de reserva da conversação não é considerada prova ilícita” (STF, AI 578.858 AgR/RS. Rel. Min. Ellen Gracie).

Logo, afasto a aventada nulidade.

No exame do mérito, impõe-se a análise, em separado, das condutas atribuídas aos acusados.

A) TORTURA-CASTIGO: ACUSADO CARLOS AUGUSTO MACEDO MOTA.

Ao acusado CARLOS AUGUSTO MACEDO MOTA, então

chefe da segurança do Presídio Regional de Tubarão/SC, foi imputada a infração penal tipificada no art. 1º, inc. II, c/c § 4º, I, da Lei nº 9.455/97, cuja redação é a seguinte:

“Art. 1º. Constitui crime de tortura:

(...).

II – submeter alguém, sob sua guarda, poder ou autoridade, com emprego de violência ou grave ameaça, a intenso sofrimento físico ou mental, como forma de aplicar castigo pessoal ou medida de caráter preventivo.

Pena – reclusão, de 2 (dois) a 8 (oito) anos.

(...).

§ 4º. Aumenta-se a pena de 1/6 (um sexto) até 1/3 (um terço):

I – se o crime é cometido por agente público”.

A denúncia imputa-lhe a conduta de submeter sete presos (Diego Palumbo, Halisson Neves Sotero, Ivan Aguero Martines, João Batista Machado Júnior, Roberto Mello Rodrigues, Rafael Bento e Vitor Domingos), mediante violência e grave ameaça, a intenso sofrimento físico e mental, como forma de aplicar castigo pessoal e medida de caráter preventivo.

A tortura é um dos fenômenos mais nefastos e repudiados pela sociedade. Antes da redemocratização era a ditadura militar que exercia o papel principal desta prática odiosa, mantida para a população carcerária.

É inescandível que todo e qualquer encarcerado, seja preso provisório ou condenado, tem direito a tratamento digno, baseado no respeito à sua condição humana. A aversão à tortura, tida como uma das formas mais desprezíveis de todas as ações humanas, conduz à ilegalidade de toda e qualquer justificativa ao cometimento de um ato de suplício, que não encontra sustentação sequer no direito consuetudinário.

Essa hedionda manifestação de desprezo pela dignidade humana não pode ser aceita sob qualquer fundamento, muito menos praticada por agentes que representam o Estado, que têm a função precípua de resguardar a integridade física e moral do encarcerado.

Fere princípios como o da dignidade da pessoa humana, fundamento da República, *qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que asseguram a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos* (SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 29, 59-60).

As nações procuraram afastar a sua incidência em qualquer tipo de contexto, tanto é assim que o art. 1º da Convenção Contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes tratou de conceituar o crime em debate:

“O termo ‘tortura’ designa qualquer ato pelo qual dores ou sofrimentos agudos, físicos ou mentais, são infligidos intencionalmente a uma pessoa a fim de obter, dela ou de uma terceira pessoa, informações ou confissões; de castigá-la por ato cometido; de intimidar ou coagir esta pessoa ou outras pessoas; ou por qualquer motivo baseado em discriminação de qualquer natureza; quando tais dores ou sofrimento são infligidos por um funcionário público ou outra pessoa no exercício de funções públicas, ou por sua instigação, ou com o seu consentimento ou aquiescência. Não se considerará como tortura as dores ou sofrimentos conse-

quência unicamente de sanções legítimas, ou que sejam inerentes a tais sanções ou delas decorram” (Disponível em: <http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/degrdant.htm>. Acesso em 14.11.2013). Por sua vez, signatário da Convenção, reza o art. 5º, inc. III, da Constituição Federal que *“ninguém será submetido à tortura nem tratamento desumano ou degradante”*.

Neste mesmo rumo o art. 284 do Código de Processo Penal dispõe: *“não será permitido o emprego de força, salvo o indispensável no caso de resistência ou de tentativa de fuga do preso”*.

Segue o art. 10, da Lei de Execução Penal, consignando que a assistência ao preso é dever do Estado, e será *material, à saúde, jurídica, educacional, social e religiosa* (art. 11, incisos I a VI). Ainda prescreve a LEP: *“Impõe-se a todas as autoridades o respeito à integridade física e moral dos condenados e dos presos provisórios”* (art. 40).

A lei não diferencia o detento que causa rebelião daquele que se mantém comportado e inerte. E nem poderia ser diferente, sob pena de ser reputada inconstitucional sob todos os aspectos.

In casu, o fato de os detentos estarem relacionados como possíveis causadores de anterior rebelião, no Presídio Regional de Tubarão, não justificaria o superveniente castigo, mediante agressão física e graves ameaças, quando de seu retorno ao ergástulo local, após isolamento disciplinar cumprido na Penitenciária Sul de Criciúma.

Legitimar o Estado a esta prática é repelir com desprezo o Estado Democrático de Direito e todas as garantias explicitadas pela Constituição Cidadã. É ilegal, imoral e antiético.

Seria autorizar o poder público a executar condutas criminosas, quando na verdade exerce o papel e o dever de proteger os cidadãos de tais condutas. Nas palavras de Guilherme Souza Nucci, *“O Estado, livre*

das amarras da atuação perfeita e ideal, terminaria por se tornar marginal e, igualmente criminoso”(Disponível em: <http://www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/da-inadmissibilidade-da-tortura-como-metodo-de-investigacao-criminal/5306>. Acesso em 14-11-2013).

Assim, desde já se pode antecipar que as condutas listadas pelo Ministério Público, na denúncia, que mais à frente serão esmiuçadas, constituem crime e merecem pronta repressão estatal.

Eventuais alegações de irresponsabilidade por culpa do Estado, seja pela forma como o agente penitenciário é tratado pelo poder público, seja pelo estado em que se encontram os ergástulos brasileiros, não justifica a aplicação do sofrimento como forma de castigo ou “medida educativa”.

Por essa razão que a descrição sumária das atividades do agente penitenciário do Estado de Santa Catarina registra que, entre as suas funções precípua, como representantes do poder público, está a custódia de presos e a vigilância externa das unidades prisionais, razão pela qual é seu dever resguardar a segurança dos presos e tratá-los com dignidade (Disponível em: <http://site.pciconcursos.com.br/arquivo/1227887.pdf>. Acesso em 14-11-2013).

É o que se vislumbra do art. 2º, da Convenção contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes, de 1984: *“Nenhuma circunstância excepcional, ou qualquer outra emergência pública, assim como uma ordem de um funcionário superior ou de uma autoridade pública, poderá ser invocada como justificativa para a tortura”*.

Logo, não há que se falar em excludente ou algo do gênero, respondendo os réus cada um na medida de sua culpabilidade, seja no caso de obrigação negativa, seja no dever de evitar a conduta criminosa.

São questionáveis os argumentos daqueles que alegam o desco-

nhecimento da lei, inclusive do dever legal, principalmente advindos de funcionários públicos, a quem não é dado alegar o erro de proibição.

Nesse campo, cumpre observar que a materialidade dos fatos foi demonstrada nos autos através do material veiculado na mídia (fl. 49) e dos depoimentos produzidos em ambas as fases da persecução penal.

Quanto à autoria, ao contrário do que alega a defesa, também é incontroversa.

O detento Rafael Bento declarou na fase policial:

“(...) Que no segundo dia dentro da penitenciária Sul o declarante teve contato pela primeira vez com o agente prisional “Bora-bora”; que o declarante acredita que “Bora-bora” seja o agente prisional Carlos; que neste dia o declarante afirma que sofreu diversas agressões físicas do agente Carlos; que tal agente desferiu chutes, socos e pontapés no declarante e nos demais detentos transferidos do Presídio de Tubarão para a penitenciária Sul de Criciúma; que as agressões físicas foram desmotivadas; que enquanto eram agredidos o agente Carlos pronunciava diversos xingamentos do tipo: “vagabundos”; (...) que ficou sabendo através de outros detentos da fama do agente Carlos, o qual conhecido pela covardia, utilizando-se de uma posição para agredir os detentos; que na última sexta-feira, dia 28.5.2010, o declarante e os demais detentos anteriormente transferidos, foram recepcionados pelo agente Carlos, o qual iniciou uma série de ameaças do tipo: vou quebrar vocês de pau se não se comportarem! A cadeia está de boa! Se vocês incomodarem vou mandar vocês para vários lugares do Estado! (...)” (fls. 10-11).

A versão dada não destoa daquela apresentada em juízo:

“Que no dia dos fatos estava voltando de castigo da penitenciária Sul; que quando chegaram ao Presídio de Tubarão que ocorreram as agressões; que quando chegaram do castigo, Carlos disse que os presos estavam incomodando; que Carlos começou a xingá-los, dizendo que ia “quebrar” os presos;

que então Carlos levou Rafael e Vitor para dentro da triagem; que Carlos começou, então, a desferir chutes e cotoveladas contra Rafael e Vitor, além de agressões verbais; que tinha um policial na porta do local onde ocorreram as agressões, não sabendo o seu nome; que Reginaldo Borba estava presente no dia dos fatos, não sabendo se este presenciou as agressões; que não conhece Olívio; que viu Júlio no dia dos fatos, mas não sabe se este presenciou as agressões; que não viu Décio no dia dos fatos; que não conhece Jamil; que no momento das agressões não presenciou ninguém portando qualquer tipo de aparelho para realizar gravações; que não teve nenhum terceiro que mandasse Carlos parar com as agressões” (fl. 606).

Vitor Domingos, um dos que foi mais covardemente agredido pelo réu, disse na fase inquisitiva:

“(..) no plantão do agente Carlos, também conhecido por “Bora-bora”, o declarante foi alvo de agressões físicas por parte do referido agente prisional, bem como de outros que estavam de serviço; que o declarante recebeu diversos socos e chutes por todo o corpo; que os agentes afirmavam que as agressões eram merecidas uma vez que o declarante gostava de provocar quebradeira em cadeia; que o declarante diz que todos os detentos agredidos na ocasião são os mesmos que foram transferidos do Presídio de Tubarão; que os agentes penitenciários, incluindo o agente Carlos, deixaram claro que as agressões eram um castigo pelo comportamento dos detentos no presídio de Tubarão; que o declarante já conhecia o agente Carlos, pois já esteve detido na penitenciária Sul em outra oportunidade; que o agente Carlos é bastante conhecido entre os próprios agentes prisionais, bem como pelos demais detentos, pela sua agressividade; (...) que na última sexta-feira, dia 28.5.2010, o declarante e os demais detentos antes transferidos para a penitenciária Sul, retornaram ao presídio de Tubarão; que o declarante já tinha conhecimento que o agente Carlos estava trabalhando no presídio de Tubarão; que ao chegarem no presídio de Tubarão foram recebidos, ainda dentro da viatura pelo agente Carlos, momento em que um agente prisional de Criciúma, acreditando o declarante, disse, apontando para o declarante: “Esse aí que me incomodava e chamava de demonho! [sic]; que ao sair da viatura o declarante teve seu

cabelo puxado pelo agente Carlos e conduzido para o interior do presídio; que o declarante estava algemado, através da mesma algema, com o detento Rafael Bento; que ambos foram conduzidos pelo agente Carlos até a sala de triagem, que acredita ser do agente Carlos; que em seguida o agente Carlos passou a desferir chutes e socos em desfavor do declarante, bem como em Rafael; que enquanto agredia, o agente Carlos proferia frases do tipo: é pra ficar de boa e não incomodar mais os agentes! [sic]; que ele também ameaçava dizendo que era pra ficar de boa, pois caso contrário seriam transferidos para rodarem o estado inteiro [sic]; que o declarante, após as agressões físicas, permaneceu dentro da cela situada na sala de triagem; que então os demais detentos foram retirados das viaturas e encaminhados ao corredor de acesso a sala de triagem; que o declarante não pode ver de início os demais detentos serem agredidos, mas ouviu a gritaria proveniente das agressões; que pouco depois mais cinco detentos foram encaminhados para o interior da cela em que o declarante e Rafael estava; que neste momento pode ver os agentes agredindo fisicamente estes detentos; que não sabe informar o nome dos agentes envolvidos nas agressões, acreditando apenas que um deles não seja de Criciúma; (...) que o declarante foi submetido a exame de corpo de delito; que não está sentido dores atualmente; que não ficaram marcas no corpo do declarante referente as agressões” (fls. 12-13).

Vitor Domingos não foi ouvido em juízo, mas o testemunho de outros detentos confirmam que foi agredido. A propósito: Rafael Bento (“...que Carlos começou, então, a desferir chutes e cotoveladas contra Rafael e Vitor, além de agressões verbais...” [fl. 606]); Diego Palumbo (“...que Carlos veio com uma folha, a qual continha 11 nomes, dos quais 5 estavam sublinhados com uma caneta fosforescente de cor verde; que então começou a bater nesses 5 nomes sem qualquer motivo; que os 5 nomes eram: Diego Palumbo, Roberto de Mello, Ivan Agüero, João Batista e Vitor...” [fl. 646]); Gilmar Marques (“...que também viu Carlos tirar duas pessoas de outra viatura, quais sejam: Vitor e Rafael Bento; que Carlos tirou os detentos da viatura lhes puxando pelos cabelos; que Carlos levou os detentos em direção a sala dos agentes; que não presen-

ciou mais o ocorrido com os detentos porque estava dentro da viatura, mas que só ouviu barulho de soco, murro e, inclusive, os berros dos presidiários...” [fl. 422]); Halisson Neves Sotero (“...*que de repente Carlos chegou na viatura e retirou os detentos Rafael e Vitor e passou a bater neles...*” [fl. 24]); Ivan Aguero Martines (“...*que depois disso ele retirou os detentos Vitor e Rafael, passando a agredi-los...*” [fl. 25]); João Batista Machado (“...*que não viu Carlos agredindo outros detentos; que só escutou os gritos característicos dos outros detentos pedindo para não serem agredidos...*” [fl. 26]); Luciano Gerônimo Machado (“...*que se recorda de Carlos ter tirado dois presos da viatura, Vitor e Bento; que Carlos lhes puxou pelos cabelos e foram levados para uma salinha; que a partir daí não viu mais nada, mas que ouviu os dois presos pedindo para Carlos parar de bater...*” [fl. 422]); Roberto Mello Rodrigues (“...*que escutou o berro dos detentos Vitor e Rafael, os quais, aparentemente, eram agredidos...*” [fl. 36]).

Denair Ribeiro narrou na fase inquisitorial (fl. 20):

“(...) que quando chegaram no presídio de Tubarão, o declarante afirma que viu o chefe de segurança Carlos, conhecido entre os presos por “Bora-bora”, bater no detento Diego Palumbo, o qual estava algemado junto ao declarante; que não sabe dizer o motivo de Carlos ter batido em Diego; que o declarante não apanhou; (...) que o declarante não viu mais agressões, mas afirma que escutou o som dos outros detentos gemendo; que tal gemido era característico de alguém que estava sendo agredido; que não viu quem os agredia porque o declarante era mantido de cabeça baixa por determinação de Carlos; (...)”.

Diego Palumbo, também agredido pelo acusado CARLOS, relatou à autoridade policial:

“(...) que quando chegaram no presídio de Tubarão o declarante e outros detentos foram novamente agredidos pelo agente Carlos; que não sabe os motivos de tais agressões; que o depoente afirma que apenas o agente Carlos bateu nos detentos; que o policial militar Rodrigues, que trabalhava na guarita, também agrediu o depoente; que o declarante afirma que quando chegaram no presídio de Tubarão Carlos estava com uma lista na mão; que em tal lista estavam marcados cinco detentos com a letra “G”; que foram estes cinco detentos que foram agredidos e colocados na toca; (...) que o declarante afirma que viu Carlos bater nos detentos João Batista e Roberto de Melo; (...) no dia 28.5.2010, na chegada em Tubarão, o declarante também afirma que foram agredidos verbalmente por Adriano, o qual dirigiu palavras de baixo calão contra os detentos do tipo “vão si fuder” [sic]” (fl. 21).

Tais declarações foram confirmadas no seu depoimento judicial (fl. 646):

“...que teve um começo de motim na galeria e que, por isso, ganharam uma medida disciplinar, sendo transferidos, por 30 dias, para a penitenciária sul; que foram escolhidos 16 presos aleatoriamente para a transferência, apesar de haver câmeras no presídio e saberem quem participou e quem não participou do motim; que, após cumprirem a medida disciplinar, voltaram para Tubarão; que Carlos veio com uma folha, a qual continha 11 nomes, dois quais 5 estavam sublinhados com uma caneta fosforescente de cor verde; que então começou a bater nesses 5 nomes sem qualquer motivo; que os 5 nomes eram: Diego Palumbo, Roberto de Mello, Ivan Agüero, João Batista e Vitor; que, quando chegaram, ficaram aguardando dentro da viatura; que primeiro saiu o pessoal de uma viatura, que foram espancados, sendo as imagens que aparecem na RBS; que, então, alguns foram mandados para a ‘toca’ e outros foram para a galeria; que ouviu o espancamento ao Vitor, sendo este xingado de “merda”, “pé de laranja”; que escutou que Vitor pedia para parar; que quando saiu da viatura, Vitor já havia sido espancado; que, após, o Diego e quem estava na mesma viatura que ele desembarcaram e foram colocados na parede de um corredor; que Carlos ‘veio’ com

a lista, a qual continha o nome de Diego sublinhado, e perguntou para o PM Rodrigues (que também espancou o Diego) quem era Diego Palumbo; que, então, a partir daí começaram os espancamentos, consistentes em socos, chutes e cotoveladas; que estava algemado e com marca-passo, e tentou se defender dos golpes se encostando no canto da parede; que Carlos disse aos presos que se falassem algo para alguém, eles sofreriam consequências; que todos os agentes que foram citados estavam presentes, mas nenhum teve participação; que, por nome, se lembra do agente Júlio; que Reginaldo estava presente, sendo que foi este que buscou os presos na Penitenciária Sul; que apenas Carlos e o PM Rodrigues efetuaram as agressões, mas, dos outros que presenciaram, nenhum tentou parar os golpes sofridos pelos presos; que Olívio também estava presente, tendo auxiliado na escolta, não tendo efetuado qualquer agressão, mas também não fez nada para impedir; que Júlio também não agrediu e não fez nada para impedir; que Décio não estava presente no momento das agressões, sendo que este só ficou sabendo dos fatos porque foi relatado pelos presos; que falou com Décio pessoalmente sobre os fatos; que quando estava na “Toca”, algum parente seu ligou para o Diretor do Presídio, dizendo que Diego estava só de cueca na “toca”; que depois (no domingo) Décio esteve na “toca” e perguntou quem era Diego Palumbo; que Décio disse que a família do Diego andou ligando para Décio, informando que aquele tinha sido espancado e que estava pelado dentro da “toca”; que, na ocasião, já havia conseguido uma bermuda; que então o pessoal da galeria buscou uma roupa para Diego; que, na segunda-feira, já foi colocado de volta na galeria; que Décio foi falar com Diego na “toca” porque a família dele estava pressionando Décio, e que estavam dizendo na rua que os presos tinham apanhado e que estavam apenas de cueca na “toca”, passando frio e fome; ...que não tinha nenhum problema com os indiciados, tendo apanhado sem qualquer motivo”.

O recluso Gilmar Marques corrobora as versões anteriores, esta na fase policial (fl. 23):

“(...) que no dia 28.5.2010 foram transferidos para Tubarão; (...) que quando chegaram no presídio de Tubarão o declarante não foi agredido; que Car-

los chegou na Ducato e disse que só não iria bater em todo mundo porque não confiava nas pessoas que estavam trabalhando com ele naquele dia; que depois disso o declarante viu Carlos agredir: Diego Palumbo, João (Guga) e Roberto (Robertinho); que não viu ele agredir outros detentos; que mais nenhum agente ou policial militar bateu nos detentos; (...) que o declarante não sabe os motivos pelos quais foram agredidos, nem em Criciúma, nem em Tubarão”.

Tal depoimento não foge daquele prestado em juízo (fl. 422):

“...que foi alvo de tortura praticada pelos réus; como não foi arrolada como vítima, será ouvida nessa condição, tendo em vista o que declarou; ...que no dia 28.5.2010 estava retornando da Penitenciária Sul; que estava em uma “Canguça”, se não se engana o nome; que estava algemado com Luiz Henrique Gonzales e ao seu lado tinham mais dois detentos, acreditando ser Denacir Ribeiro e Diego Palumbo; que se recorda que quem os trouxe do Presídio de Criciúma foi o ‘Seu Maurício’; que na chegada foram recebidos pelo Sr. Carlos Augusto Macedo Mota, reconhecendo como sendo um senhor grisalho; que ao ser recebido por Carlos, este apenas falou algo para os presos de outra viatura que estava próxima; que ouviu que Carlos disse aos outros detentos que ‘daria um pau’ na rapaziada, que nunca mais iriam esquecer dele; que Carlos também chegou a falar para os detentos que iriam rodar o Estado inteiro; que também viu Carlos tirar duas pessoas de outra viatura, quais sejam: Vitor e Rafael Bento; que Carlos tirou os detentos da viatura lhes puxando pelos cabelos; que Carlos levou os detentos em direção a sala dos agentes; que não presenciou mais o ocorrido com os detentos porque estava dentro da viatura, mas que só ouviu barulho de soco, murro e, inclusive, os berros dos presidiários; que se recorda dos agentes que estavam junto com Carlos Macedo Mota, mas o espancamento foi só por parte de Carlos; que no local dos fatos estavam presentes os Srs. Reginaldo, Olívio Boneli, Júlio Cesar Silveira Júnior (este não estava mais presente no momento da cena do espancamento, que não o viu no corredor), reconhecendo-os por foto; que também reconhece Décio Paquelin, como sendo o antigo diretor do presídio,

não o vendo na data dos fatos; que não sabe se chamaram Décio para conversar sobre o que havia acontecido; que não reconhece o Sr. Jamil Ananias, não o reconhecendo tanto por nome quanto por foto; que havia afirmado ser alvo de agressões, informando que o momento que isso ocorreu foi no dia depois em que chegaram à Penitenciária Sul; que depois que chegou em Tubarão não foi agredido por Carlos, mas que apenas foram ameaçados; que apenas foram agredidos as pessoas que estavam com Gilmar, tendo presenciado tal fato; que viu que foram agredidos: Diego Palumbo e João, não se recordando do sobrenome deste, e Roberto Mello; que acredita que as agressões ocorreram pelo fato do motim realizado no dia 26 de abril; (...).”

Nessa senda, tem-se também o depoimento do detento Halisson Neves Sotero:

“(...) que o grupo de detentos transferido para Criciúma retornou para Tubarão no dia 28.5.2010; (...) que quando chegaram em Tubarão foram recepcionados pelo agente Carlos, o qual tinha sido transferido para o presídio de Tubarão; que de repente Carlos chegou na viatura e retirou os detentos Rafael e Vitor e passou a bater neles; que depois disso Carlos retirou os demais detentos da viatura; que Carlos bateu no declarante; que o declarante viu Carlos bater nos detentos: Diego Palumbo, Ivan Agüero, João Batista e Roberto Melo; que mais nenhum agente ou policial bateu nos outros detentos; que os detentos foram colocados em fileira próximo a entrada do presídio; que foi em tal local que o declarante foi agredido por Carlos; que foi ali que o declarante viu Carlos agredindo os demais detentos; (...) que o declarante não sabe o que motivou as agressões” (fl. 24).

Na fase judicial Halisson confirmou seus dizeres (fl. 422):

“que estava preso na data dos fatos, estando na mesma viatura que Vitor Domingos, Samuel e não se recorda dos demais; que quando chegaram ao presídio foram recebidos por Carlos; que não se lembra o que Carlos falou;

que depois se lembrou que Carlos ameaçou bater nos presos; que se recordou do que consta na denúncia, que Carlos iria dar “um pau legal” nos presos e que fariam eles rodar o estado inteiro; que Carlos tirou dois detentos (Vitor e Rafael) de dentro da viatura; que Vitor estava nu e foi levado por Carlos, sendo puxado pelo cabelo até o local em que foi agredido; que não viu as agressões, mas apenas ouviu os berros, pedindo ajuda, “socorro”; que apenas apanhou quando chegou à Penitenciária Sul; que reconheceu Carlos na audiência; que havia outras pessoas no momento das agressões; que além de Carlos, reconheceu na audiência Décio, Júlio e outros agentes prisionais; que nas agressões estava presente Júlio; que não viu Décio no momento dos fatos; que Reginaldo estava presente, sendo que foi quem trouxe os presos de Criciúma; que não viu Olívio no momento dos fatos; que não sabe quem é Jamil; que depois os demais presos foram tirados das viaturas e foram levados para a parede; que então houve outros espancamentos; que após alguns foram levados para a galeria e outros foram levados para a triagem; que não foi agredido em Tubarão, mas viu outros detentos serem agredidos; que em momento algum foi dado qualquer explicação do por que estavam apanhando; ...que não sabe o motivo das agressões”.

Ivan Agüero Martínez, mais um detento agredido, alegou na fase investigativa (fl. 25):

“(...) que chegaram no presídio de Tubarão no dia 28.5.2010; (...) que quando chegaram em Tubarão foram recepcionados pelo agente Carlos, o qual tinha sido transferido de Criciúma para Tubarão; que Carlos foi na viatura e ameaçou os detentos dizendo que iria dar um pau legal em todos; que depois disso ele retirou os detentos Vitor e Rafael, passando a agredi-los; que depois de Vitor e Rafael o declarante foi retirado sozinho da viatura, momento em que Carlos lhe agrediu a chutes, socos e joelhadas; (...) que mais nenhum agente ou policial bateu nos detentos; que apenas Carlos agrediu os detentos; que não sabe os motivos destas agressões”.

Em juízo o depoimento de Ivan foi o mesmo (fl. 606):

“que chegaram ao Presídio, após pagarem castigo na Penitenciária de Criciúma; que ao chegarem, foram xingados por Carlos; que Carlos tirou Vitor e Rafael de dentro da viatura e agrediu estes primeiro; que então Carlos pediu para que os demais presos saíssem da viatura; que então foram colocados em um corredor e, logo, foi agredido; que, no momento, tinham vários agentes presentes, não sabendo os nomes; que as agressões eram chutes e pontapés, primeiro no Vitor, depois no Rafael, no Ivan, no Diego Palumbo e no Roberto; que não lembra a quantidade de agentes prisionais no local, mas que eram mais de 04; que era apenas Carlos quem estava agredindo”.

Mais um preso vitimado, João Batista Machado Júnior, relatou na fase policial (fl. 26):

“(...) que depois de algum tempo, mais precisamente, no dia 28.5.2010 o grupo de detentos foi transferido para Tubarão; que chegando no presídio de Tubarão foram recepcionados por Carlos, o qual chegou na viatura onde o declarante estava e ameaçou dizendo: vou dar um pau! Mais um pausa em você, que vocês vão se arrepender de ter saído do ventre de suas mães! Vou fazer vocês girarem o estado inteiro de bonde (sic); ...que não viu Carlos agredindo outros detentos; que só escutou os gritos característicos dos outros detentos pedindo para não serem agredidos; que o declarante foi agredido por Carlos quando foi retirado da viatura;... que o declarante não sabe os motivos de tais agressões; que apenas Carlos bateu nos detentos; que mais nenhum agente prisional ou policial agrediu os detentos; ...que na saída da viatura o declarante estava algemado ao detento Roberto (Robertinho), o qual também foi agredido por Carlos”.

Em juízo o detento João Batista Machado Júnior não foi ouvido. Contudo, outros presos confirmaram que João Batista também foi agredido pelo réu. A propósito: Neuzi Sissgler (“...que o declarante afir-

ma que viu “Bora-bora” agredindo os detentos: João Batista, Roberto de Melo e Diego Palumbo...” [fl. 29]); Diego Palumbo (“...*que o declarante afirma que viu Carlos bater nos detentos João Batista e Roberto de Melo...”* [fl. 21]); Halisson Neves Sotero (“...*que o declarante viu Carlos bater nos detentos: Diego Palumbo, Ivan Agüero, João Batista e Roberto Melo...”* [fl. 21]).

Luciano Gerônimo de Oliveira, também detento, afirmou perante a autoridade policial (fl. 27):

“(...) que depois de aproximadamente 32 dias o grupo de detentos transferidos para Criciúma foi trazido novamente para o presídio de Tubarão; que quando chegaram no presídio de Tubarão foram recepcionados por Carlos; que o declarante estava na viatura com mais 6 detentos aproximadamente (...); que Carlos não agrediu o declarante quando chegou em Tubarão, mas ameaçou dizendo que iriam levar um pau bem grande que iriam se arrepender de terem saído do útero das mães; (...) que depois de um ou dois dias viram reportagens em diversos jornais onde aparecia uma filmagem de Carlos agredindo os detentos Rafael Bento e Vítor; que viu as agressões apenas pela televisão”.

Em juízo Luciano não alterou sua versão:

“...que é ex-detento, sendo ouvido na condição de vítima; que no dia 28.5.2010 estava vindo de Criciúma para Tubarão; que estava na mesma viatura que Halisson Sotero; que se recorda que quem também estava na viatura era Diego, não se recordando dos outros presos que também estavam na viatura; que se recorda da chegada em Tubarão, em que um agente prisional foi recebê-los; que trata-se do ‘seu’ Carlos; que reconhece o Sr. Carlos Augusto Macedo Mota na foto do processo; que não se recorda com qual viatura ele diretamente falou; que se recorda que Carlos falou algumas palavras para os presos quando chegaram; que confirma que Carlos disse o que consta na denúncia, ou seja: que iria “Dar um pau, mas um pau legal

mesmo!"; que eles iriam "Se arrepender de ter saído de uma bucatal; que iria colocar os presos "para rodar o Estado Inteiro"; que Carlos falou isso para a viatura em que Luciano estava; que se recorda de Carlos ter tirado dois presos da viatura, Vitor e Bento; que Carlos lhes puxou pelos cabelos e foram levados para uma salinba; que a partir dai não viu mais nada, mas que ouviu os dois presos pedindo para Carlos parar de bater; que no local havia outros agentes prisionais (dois ou três agentes perto de Carlos), não se recordando dos seus nomes; ...que Jamil estava no corredor; ...que após a retirada dos dois presos da viatura, os demais detentos foram dirigidos para um corredor, onde ficavam as salas dos agentes, sendo que uns dois ou três presos levaram tapas, mas o depoente não apanhou; que não se recorda quem desferiu os tapas, pois era determinado que abajassem a cabeça e não olhassem para os lados; que não soube as razões das agressões, não tendo qualquer ideia a respeito; ...que foi agredido no dia seguinte em que chegou à Penitenciária Sul; que um dos autores da agressão foi o Carlos, sabendo disso porque viu o rosto de Carlos; que também havia outros agressores, mas não se recorda dos seus rostos; que confirmou o que depôs na delegacia: que Carlos era um dos agressores, sendo conhecido pelos detentos como "Bora bora"; que sabia identificar Carlos porque disseram o nome dele".

Neuzi Sissgler foi ouvido apenas na Delegacia, mas segue a mesma linha dos relatos dos outros testigos (fl. 29):

"(...) que após um período de aproximadamente 32 dias o grupo de detentos retornou para Tubarão, mais precisamente no dia 28.5.2010; que o interrogado veio de Criciúma para Tubarão junto com outros sete ou oito detentos (...) que ao chegarem em Tubarão foram recepcionados pelo agente "Bora-bora", o qual tinha sido transferido de Criciúma para Tubarão; que o declarante não foi agredido quando chegou em Tubarão, porém "Bora-bora" ameaçou de agredir os detentos; que o declarante afirma que viu "Bora-bora" agredindo os detentos: João Batista, Roberto de Melo e Diego Palumbo; que o declarante viu tais agressões quando foi colocado junto com outros detentos em fila próxima a entrada do presídio, já no interior do

estabelecimento prisional; que não viu outros agentes ou policiais baterem nos detentos; que viu apenas “Bora-bora” bater nos detentos; que não sabe os motivos destas agressões, nem as ocorridas em Criciúma, nem as ocorridas em Tubarão (...).”

Roberto Mello Rodrigues afirmou na Delegacia (fl. 36):

“(...) que o único agente que sabe identificar é Carlos, tendo em vista que foram colocados com a cabeça virada para a parede; que no dia 28.5.2010 retornaram para o presídio de Tubarão; (...) que quando chegaram no presídio o declarante escutou a voz de Carlos; que então ficaram sabendo que ele estava trabalhando no presídio de Tubarão; que escutou o berro dos detentos Vitor e Rafael, os quais, aparentemente, eram agredidos; (...) que Carlos estava com uma lista com o nome de cinco detentos, quais sejam: o declarante, Ivan, Rafael, Vitor e Guga; que então Carlos passou a bater no declarante e em Guga; que o declarante ainda viu Carlos agredir os detentos: Ivan, Diego Palumbo, Vitor e Rafael Bento; que depois das agressões o declarante e os presos agredidos foram colocados na toca; que não sabe os motivos das agressões; que algum tempo depois assistiram reportagens na televisão mostrando imagens de Carlos agredindo os detentos Vitor e Rafael Bento; que o único agente que bateu nos detentos foi Carlos; que mais nenhum agente ou policial bateu nos detentos”.

Perante a autoridade judiciária Roberto manteve sua versão (fl. 460), afirmando:

“...que presenciou os atos de tortura pelos acusados, bem como sofreu os mesmos; que se recorda de ter presenciado a conduta delituosa do acusado Carlos Mota; que o acusado Carlos Mota agredia os presos com chutes e socos”.

Tiago Dias da Silva, também presidiário, só prestou depoimento na Delegacia, mas seu testemunho ratifica os demais (fl. 37):

“(...) que sabe identificar Carlos porque conhecia bem a voz dele, o qual era o agente que mais falava durante as agressões; que depois de aproximadamente 32 dias fora o grupo de detentos voltou para o presídio de Tubarão; que quando chegaram em Tubarão foram recepcionados por Carlos, o qual estava trabalhando na unidade de Tubarão; que o declarante estava em uma viatura junto com os detentos: Vitor, Ivan Aguero, Halisson, Rafael Bento e outro que não se recorda; que Carlos foi até a viatura e ameaçou os detentos; que depois disso o declarante viu Carlos retirar Rafael Bento e Vitor da viatura; que viu Carlos retirar eles pelos cabelos; que ouviu os berros de Vitor e Rafael pedindo para não serem agredidos; (...) que o declarante viu Carlos agredir o detento Ivan Aguero; que Carlos ainda comentou que não iria agredir todos os detentos porque não confiava na equipe que estava trabalhando com ele naquele dia; (...) que não sabe os motivos das agressões; que apenas Carlos agrediu os detentos; que os demais agentes prisionais e policiais não agrediram os detentos”.

O detento Samuel Alves Pedro afirmou na fase policial (fl. 52):

“(...) que depois de algum tempo o grupo de detentos transferidos foi trazido novamente para Tubarão; que quando chegaram em Tubarão alguns detentos foram agredidos; que o declarante veio numa viatura juntos os detentos: Vitor Domingos, Ivan Aguero, e outros que não se recorda; (...) que esclarece que quem agrediu os detentos foi o chefe de segurança do presídio de Tubarão, de nome Carlos; que viu Carlos agredir os detentos Vitor Domingos e Ivan Aguero; que não viu ele agredir outros detentos, mas escutou os berros de vários detentos, os quais, aparentemente eram agredidos por Carlos; que não viu mais nenhum agente prisional ou policial bater nos detentos; (...)”.

Em juízo, Samuel reproduziu o mesmo depoimento (fl. 606):

“...que presenciou uma série de espancamentos; que quem realizava as agressões era o Chefe de Segurança, de nome Carlos Mota; que Carlos realizava agressões físicas (chutes, socos, cotoveladas); que não sabe dizer quantas pessoas sofreram agressões, mas eram vários; que não foi agredido; que além de Carlos, outros agentes penitenciários e policiais militares presenciavam o fato, não os conhecendo por nome; que não conhece Reginaldo Borba; que conhece Olívio como sendo um agente penitenciário, mas não sabe informar se estava presente no local dos fatos; que também não conhece Júlio; que disse que Décio era o diretor do presídio, mas que não o viu no momento das agressões; que não conhece Jamil; que não viu se tinha alguém filmando as agressões; ...que quem viu realizar as agressões foi Carlos “Bora Bora”.

As declarações prestadas pelo agente prisional e corréu JÚLIO CÉSAR SILVEIRA JÚNIOR extirparam qualquer dúvida que porventura ainda pudesse existir quanto aos fatos. Seu depoimento é de extrema importância, na medida em que foi o agente responsável pela filmagem e por trazer a público as barbáries covardemente cometidas contra os detentos pelo acusado CARLOS AUGUSTO MACEDO MOTA, valendo transcrever, primeiramente, seu interrogatório extrajudicial (fls. 106-107):

“(...) que após a primeira semana de serviço do agente Carlos Mota o interrogado passou a presenciar agressões físicas provocadas por Mota nos detentos da unidade prisional; que até o afastamento do agente Mota o interrogado diz ter presenciado umas cinco ou seis agressões aos detentos; que o interrogado diz que os motivos das agressões seriam a falta de respeito dos presos com os policiais militares que trabalham na guarita; que indagado a cerca de sua não intervenção no momento das agressões físicas efetuadas pelo agente Mota o interrogado afirma que não tinha como agir, uma vez que se tratava de seu superior hierárquico, bem como pelo fato de Mota ter um porte físico mais avantajado que o interrogado; que diante dos excessos

praticados pelo agente Mota e da impossibilidade de agir de imediato, o interrogado decidiu procurar os meios de dar conhecimento do que ocorria no presídio regional de Tubarão ao diretor do departamento de administração prisional – DEAP; que o interrogado passou a gravar através de uma micro câmara algumas agressões efetuadas pelo agente Mota; que o interrogado acredita que conseguiu gravar aproximadamente cinco vídeos onde o agente Mota aparece agredindo detentos da unidade; que não se recorda o nome dos detentos que foram agredidos; que no período que realizou as referidas gravações, o interrogado não se reportou ao administrador do presídio, Décio Paquelin; que a intenção do interrogado era que chegasse ao conhecimento do DEAP das arbitrariedades praticadas pelo agente Mota; que antes de divulgar o vídeo na imprensa, o interrogado soltou uns boatos de que teriam vídeos rolando mostrando as agressões de Mota; que o interrogado fez chegar ao conhecimento do diretor Paquelin da possível existência de tais vídeos; que imediatamente Paquelin realizou um contato telefônico com o diretor do DEAP, Adércio José Velter; que o interrogado não presenciou o contato telefônico, mas acredita que Paquelin disse que relatou a Adércio acerca da existência dos vídeos; que pouco depois Paquelin disse que Adércio queria algo mais consistente para poder tomar as providências como por exemplo uma cópia dos vídeos; que Adércio disse que não teria como agir sem ter uma prova concreta e que tudo permaneceria como estava, motivo pelo qual Mota iria permanecer trabalhando até segunda ordem; que diante da decisão tomada pelo superiores hierárquicos e inconformado com a continuidade do agente Mota no presídio o interrogado decidiu tornar público o que vinha ocorrendo; que procurou o representante de uma rede de TV deste município e encaminhou uma cópia dos arquivos que apresentam o agente Mota agredindo dois detentos no dia 28.5.2010; que também deu uma cópia do CD das imagens para uma pessoa levar até o Ministério Público de Tubarão; que tal pessoa confirmou que havia entregue o CD ao MP de Tubarão; que este CD possuía as imagens editadas apenas para mostrar as agressões de Mota; que os detentos que eram agredidos tratavam-se de Rafael Bento e Victor Domingos; que tais detentos faziam parte de um grupo de detentos que retornavam da penitenciária Sul após cumprirem medida disciplinar; que o interrogado não presenciou o agente Mota agredindo outros detentos vindos da penitenciária Sul; (...) que na data de hoje, agentes da polícia civil estiveram em sua residência para dar cumprimento a um mandado de busca e apreensão; que os agentes explicaram os motivos das buscas ao interrogado

e este prontamente entregou aos agentes os CDs contendo os vídeos das imagens divulgadas na imprensa, bem como o aparelho utilizado para gravar as imagens; que nos CDs apreendidos pelos agentes estão armazenados apenas as imagens das agressões ocorridas no dia 28.5.2010 em sua íntegra; que com relação aos vídeos anteriores esclarece que apagou da memória do aparelho da gravação, o qual também foi apreendido, entretanto afirma que talvez tais arquivos possam ser recuperados de sua memória; que observando o momento das agressões físicas, através das imagens em sua íntegra, o interrogado reconhece o agente Mota como o autor das agressões físicas; que no corredor próximo a porta também consegue reconhecer os agentes Olívio e Reginaldo...”.

Também o interrogatório judicial do acusado JÚLIO é esclarecedor (fl. 708):

“...que estava no presídio no dia dos fatos; que presenciou parte dos fatos; que confirma o princípio de rebelião ocorrido no dia 26.4.2010; (...) que no dia que ocorreram as agressões os presos estavam retornando da medida disciplinar aplicada por conta dessa rebelião; que dentre esses presos estavam Rafael Bento e Vitor Domingos; que confirma que Vitor e Rafael foram levados para a sala de triagem (também chamada de sala de segurança ou sala de plantão), onde foram agredidos, sendo que Vitor foi levado pelos cabelos; que Rafael estava algemado com Vitor e acabou sendo levado junto; que o depoente fez um registro audiovisual das agressões; que não confirma porque não presenciou as agressões ocorridas no corredor contra os demais presos (Diego, Halisson, Ivan, João Batista e Roberto), os quais, posteriormente, foram retirados da viatura; que o depoente fez as filmagens tendo por base suas crenças filosóficas e sociológicas, tendo sido sempre contra qualquer tipo de violência; que o depoente não concordava com aquela metodologia de trabalho; que houve uma reunião em Laguna e soube, por meio de pessoas que estavam nesta reunião, que o Sr. Adércio José Velter (diretor do DEAP) disse para Décio Paquelin que iria colocar alguém de sua confiança como chefe de segurança, e este seria Carlos Mota, mas que o Décio teria que fazer uma comunicação interna solicitando Carlos; que o depoente tinha sido

comunicado por Décio para ficar com atenção sobre Carlos, pois este tinha uma forma mais enérgica de trabalhar com os presos, e já tinha respondido processo por agressão e que poderia sobrar para a administração do presídio; que os presos já vinham falando que Carlos estava pegando pesado; que o depoente não tinha como fazer um encaminhamento formal porque não teria como provar; que, se fizesse sem provas, seria perseguido dentro do sistema; que, portanto, efetuou as filmagens, mas não pediu autorização para o diretor do presídio para fazê-la; que depois de efetuar as filmagens, as visualizou no computador do setor jurídico e mostrou para o diretor do presídio; que o diretor do presídio tinha conhecimento de que estavam ocorrendo agressões; que o depoente acredita que o diretor do presídio estava de mãos atadas, porque quem indicou Carlos foi o diretor do DEAP e dentro do sistema há uma hierarquia e se o Diretor do Presídio abrisse algum processo administrativo contra Carlos, poderia perder o cargo, pois é um cargo político; que o depoente disse para Décio comunicar ao Juízo da Execução Penal, pois isto é um ônus dele; que o depoente, como agente penitenciário, já tinha feito o que lhe competia, que seria encaminhar cópia do CD a Décio; que Décio disse que se fizesse algo poderia ser exonerado e colocariam outro no seu lugar; que Décio solicitou ao depoente para que este fizesse uma comunicação interna como se estivesse entregando a gravação das agressões para Décio; que o depoente disse que não iria fazer a comunicação; que Décio pediu para o depoente manter sigilo, pois se vazasse ninguém mais iria querer trabalhar com ele; que o depoente disse que poderia ter ido direto à imprensa, mas seria trairá; que primeiro conversou com Décio porque ele tinha oportunizado ao depoente uma chance de trabalhar no setor jurídico do presídio; que o depoente disse para Décio tomar uma providência, pois poderia ser responsabilizado; que se não se engana, o dia 28.5.2010 foi numa sexta-feira, tendo mostrado o vídeo no computador do presídio por volta das 15 horas, e as imagens foram divulgadas na imprensa na segunda-feira ou terça-feira; que o depoente mandou as imagens para a imprensa no seu inteiro teor; que, por tais fatos, o depoente foi transferido para São Miguel do Oeste, após uma reunião com o Secretário de Segurança Pública, diretor do DEAP (Adércio), Décio Paquelin e outros; que na reunião disseram que “eles eram a autoridade competente para receber qualquer tipo de denúncia”; que Adércio “dava de dedo na cara” do depoente; que disseram que o procedimento para denunciar está no site do DEAP e que uma das formas seria apresentar as provas ao superior hierárquico, o que o depoente havia

feito; que disseram também que na Grande Florianópolis, em Criciúma e em outras localidades nenhum agente penitenciário queria trabalhar com o depoente; que o depoente pediu para que o colocassem para trabalhar em uma delegacia, mas disseram que o mandariam para São Miguel do Oeste; que Reginaldo e Olívio não estavam dentro da sala de triagem; que, se não se engana, Olívio estava no presídio para realizar a escolta de presos para o Fórum; que pelo que mostram as imagens, Reginaldo começa a adentrar na sala de triagem, mas logo retorna; que não sabe informar se Reginaldo, Olívio e Jamil presenciaram todas as agressões; que enquanto ocorriam as agressões, não teria como agir, pois se desse voz de prisão ao seu superior hierárquico, esse reagiria e os demais agentes não fariam nada; que se o depoente cometesse algum ilícito, o chefe de segurança poderia dar voz de prisão a ele, os demais agentes o algemariam e poderia ser revistado, encontrariam as imagens e não teria mais como provar; que, por tais fatos, o depoente foi transferido e perseguido; que conseguiu voltar para Tubarão por causa de uma liminar concedida pelo Tribunal de Justiça; ... que, com relação a outros agentes penitenciários, não sabe dizer se houve descontentamento com o trabalho exercido por Carlos Mota, mas o depoente não concordava com aquela metodologia de trabalho; que a única forma de descontentamento era como Carlos aplicava a disciplina; que além das agressões que gravou, o depoente presenciou outras; que na fase policial disse que tinha editado as imagens, mas explicou que não deturpou nenhum fato ao editar as imagens, mas que apenas gravou no CD a parte principal, referente às agressões; que não ocorreram agressões por parte de demais agentes; que o depoente não comunicou ao Promotor da Execução Penal porque no fórum já é conhecido e, uma vez que tivesse o seu nome no fórum, a cidade inteira já saberia; que então encaminhou o ocorrido para Vera Lúcia, representante do Ministério Público de Criciúma, antes de mandar as imagens para a imprensa; que o depoente realizou cinco registros que dizem respeito aos mesmos fatos, envolvendo as agressões físicas e verbais; que sabia que Carlos, para dar lição em alguns presos, os levava para uma sala e fechava, sendo que o depoente já havia tentado, sem sucesso, entrar na sala para registrar; que, portanto, Carlos se precava; ...que quando mostrou as gravações ao Diretor do Presídio, estava presente o agente Vamerson e o agente penitenciário Rafael; que levou as gravações a conhecimento de Vera Lúcia (promotora de Justiça), Celso Três (procurador da República) e OAB, antes das imagens serem mandadas para a imprensa; ...que com a chegada de Carlos,

houve melhorias que o depoente afirmou serem necessárias, como a realização de revistas na entrada do presídio; que Carlos implementou medidas de organização dentro do presídio, até mesmo em relação aos pertences de presos que sumiam; que antes de realizar as filmagens, não se reportou ao Diretor do Presídio, mas este sabia, da ocorrência de agressões, pelos próprios presos; que não se reportou ao Ministério Público antes de realizar as filmagens; que se as agressões fossem só palavras de baixo calão não teria sido filmado, pois isto era comum no presídio, sendo que o próprio depoente já tinha sido desacatado e ameaçado inúmeras vezes; que Carlos solicitou ao depoente uma lista com o nome de 5/6 presos mais indisciplinados, tendo como motivo colocar na triagem; que não sabe informar se Vitor Domingos e Rafael Bento estavam nessa lista; que sabe que esses presos têm uma disciplina acentuada; que não sabe informar se tais presos fazem parte do PCC; ...que se recorda que o agente Olívio estava fora da sala e veio se aproximando da porta durante as agressões ou na parte final; que Reginaldo deu uma olhada para dentro da sala e logo saiu; que isso ocorreu e já estava na parte do xingamento; ...que teve um agente penitenciário, de nome Rafael, que depois contou ao depoente que Décio Pauelin lhe disse que tinha que fazer um deslocamento, junto com o agente penitenciário Marcos, até Laguna, para retirar a viatura de Mota, acreditando que este seria afastado; que indo para Laguna, Décio tentou ligar para Adércio, para dizer do ocorrido; que Décio e Marcos voltaram na mesma viatura; que Décio foi perguntado se não pegaram a viatura de Carlos, mas Décio informou que no caminho recebeu uma ligação de Adércio, o qual disse para “não botar a mão” no Carlos; que Adércio disse que era para deixar exatamente como estava; que qualquer coisa que ocorresse era Adércio que tomaria a decisão e não o diretor do presídio...”.

O Policial Militar Jean Carlos Medeiros, em juízo, confirmou a ocorrência dos fatos:

“que confirma o declarado na fase policial, ou seja, “que o declarante escutou alguns gritos, entretanto pensou que Carlos estivesse chamando a atenção dos detentos”; que ouviu “ô seu Carlos, ô seu Carlos”... (fl. 421).

Corroborava o depoimento do policial militar Elton Roussenq Garcia (fl. 421):

“...depois disso os policiais aguardaram os detentos que eram da escolta e o depoente escutou alguns gritos dizendo ‘ô Sr., ô Sr.’ e, posteriormente, os detentos que os policiais faziam a escolta saíram e foram procedidas as respectivas revistas...”

O perfil violento do réu e o seu histórico de procedimentos administrativos é relado pelo depoente:

“...que ouviu comentários de que Carlos já estaria respondendo outros procedimentos em Criciúma e que já havia ocorrido fatos semelhantes na Penitenciária de Criciúma e na Penitenciária Sul...”

O procurador da República Celso Três também confirma o noticiado:

“...que um dos principais acusados de ter cometido a tortura já estava sendo processado em Criciúma...” (fl. 673).

Os vídeos de fls. 49 e 105 demonstraram os gritos e choros dos detentos, os chutes e cotoveladas, assim como as expressões “ô ‘seu’ Carlos, ô ‘seu’ Carlos”, em tom de desespero, não restando dúvidas, portanto, de que a violência foi praticada.

Veja-se que a maioria dos reclusos punidos disciplinarmente com o isolamento de 30 dias na Penitenciária Sul após o princípio de rebelião, relataram que, ao àquele estabelecimento, também foram agredidos

pelo acusado CARLOS, valendo reproduzir: Rafael Bento: “(...) que no segundo dia dentro da penitenciária Sul o declarante teve contato pela primeira vez com o agente prisional, conhecido por “Bora Bora”; que o declarante acredita que “Bora Bora” seja o agente prisional Carlos; que neste dia o declarante afirma que sofreu diversas agressões físicas do agente Carlos (fl. 10); (...)”; Vitor Domingos: “(...) que ao chegarem na penitenciária Sul foram colocados na triagem, setor conhecido como adaptação; que no primeiro dia não houve nenhum problema; que porém no segundo dia, no plantão do agente Carlos, também conhecido por “Bora Bora”, o declarante foi alvo de agressões físicas por parte do referido agente prisional (...)” (fl. 12); Diego Palumbo: “(...) que afirma que o grupo de presos transferidos para a penitenciária Sul foram agredidos naquele ergástulo; que as agressões ocorreram no segundo dia naquele instituição; que tais agressões partiram do agente prisional Carlos, conhecido por “Bora Bora”; (...)” (fl. 21); Edmilson Cesca: “(...) que afirma que no segundo dia na penitenciária Sul de Criciúma foram agredidos por agentes daquela unidade prisional; que dos agentes agressores sabe identificar apenas Carlos, conhecido por “Bora Bora”; (...)” (fl. 22); Gilmar Marques: “(...) que no segundo dia na penitenciária Sul, após a janta, acreditando que foi por volta das 23h, foram colocados em uma sala onde foram agredidos por agentes prisionais de Criciúma; que o grupo agredido foi os detentos transferidos para Criciúma [sic]; que os agentes agressores sabe identificar apenas Carlos, conhecido entre os detentos por “Bora Bora; (...)” (fl. 23); Halisson Neves Sotero: “(...) que o declarante afirma que o grupo de presos transferidos para Criciúma foi agredido na penitenciária Sul; que tais agressões ocorreram um dia depois de chegarem em Criciúma; que era plantão do agente Carlos; que vários agentes bateram nos detentos; que sabe identificar Carlos, pois não sabe o nome dos outros agentes de Criciúma (...)” (fl. 24); Ivan Aguero Martinez: “(...) que no segundo dia em Criciúma o grupo de detentos transferidos foi agredido pelo agente Carlos, conhecido por “Bora Bora”; que não sabe o

motivo das agressões (...)” (fl. 25); João Batista Machado Júnior: “(...) *que no segundo dia naquela penitenciária acabaram conhecendo o agente prisional Carlos, conhecido entre os detentos por “Bora Bora”; que Carlos agrediu os detentos transferidos para Criciúma (...)*” (fl. 26); Luciano Gerônimo de Oliveira: “(...) *que no segundo dia em Criciúma, na penitenciária Sul, foram agredidos por diversos agentes; que sabe identificar apenas um deles, qual seja, Carlos, conhecido entre os detentos por “Bora Bora” (...)*” (fl. 27); Neuzi Sissgler: “(...) *que no segundo dia naquela penitenciária foram colocados em uma sala, na qual foram agredidos por diversos agentes prisionais; que sabe identificar apenas um deles, o qual era conhecido entre os detentos por “Bora Bora” (...)*” (fl. 29); Roberto Mello Rodrigues: “(...) *que no segundo dia foram retirados pelo agente prisional Carlos, conhecido entre os presos por “Bora Bora”, o qual ameaçou todos os detentos; que o grupo de presos foi colocado em uma sala onde vários agentes agrediram os detentos, inclusive o declarante; que o único agente que sabe identificar é Carlos (...)*” (fl. 36); Tiago Dias da Silva: “(...) *que no segundo dia na penitenciária Sul o declarante e o grupo de detentos transferidos foi agredido pelo agente prisional Carlos (...)*” (fl. 37).

Portanto, não soa estranho ou isolado a versão apresentada, razão pela qual é nítida a personalidade violenta do acusado, aliada a sua reiterada recidiva na empreitada agressiva.

Como se diria na gíria comumente usada no meio policial: “a casa caiu para o acusado CARLOS AUGUSTO MACEDO MOTA!”. Também pudera, com um histórico de violência e propensão para a prática de atos de tortura contra presos, conforme apurado, estando acostumado a impor respeito na base de sevícias e graves ameaças, cedo ou tarde isso iria acontecer, pois é certo que o acusado não poderia contar eternamente com a conivência e mesmo omissão de seus colegas de profissão e até de seus superiores hierárquicos, vergonhosamente empenhados, em sua esmagadora maioria, em esconder o crime e a fingir que tudo transcorria dentro da normalidade.

O acusado JÚLIO CÉSAR SILVEIRA JÚNIOR foi a exceção e realmente fez toda a diferença, pois sozinho resolveu reagir, no intuito de por fim a essa prática odiosa que é a tortura e, enfrentando o sistema, sujeitando-se a medidas de retaliação e perseguição funcional, acabou por tornar público aquilo que, há muito, se sabe acontecer no sistema carcerário, não só em Santa Catarina, como também em todo o território deste País, obviamente longe dos olhos daqueles que detêm autoridade para processar e punir crimes desta espécie. Merecia, por tal postura destacada e louvável, não uma punição, como de parte do DEAP e da Secretaria de Estado da Justiça (chegou a ser transferido para a longínqua São Miguel do Oeste, no extremo Oeste catarinense, distante aproximadamente 700 km de Tubarão), mas sim uma condecoração, um prêmio, um incentivo, para que outros agentes prisionais também tomem coragem de denunciar abusos e ilegalidade, contribuindo para tornar mais humana a execução de penas privativas de liberdade em Santa Catarina.

A promotora de Justiça Vera Coró Bedinoto, lotada em Criciúma/SC, que recebeu o CD contendo as imagens das agressões aos presos, relatou em juízo o que viu e ouviu das imagens (fl. 624):

“...que acredita ter sido arrolada como testemunha porque alguns dias antes do surgimento das denúncias de tortura, recebeu um CD gravado onde se podia verificar o Sr. Carlos Mota, que à época era o chefe de segurança do Presídio de Tubarão, agredindo alguns detentos; que o CD lhe foi entregue por uma moça que não quis se identificar; que a moça disse que vinha de Tubarão, mas que não podia dizer o seu nome e nem quem havia mandado a gravação; que a depoente não podia tomar qualquer providência porque os fatos teriam ocorrido em Tubarão e que os fatos seriam encaminhados ao Promotor de Justiça da Comarca de Tubarão; que não lembra bem se alguns dias depois uma pessoa do sexo masculino ligou para a depoente sem se identificar, relatando os fatos que posteriormente vieram a público, inclusive no youtube; que colocava novamente esta situação da agressão em relação aos presos e que não podia se identificar com medo de represálias;

que posteriormente a depoente imaginou ser um agente penitenciário que tivesse feito a ligação; a depoente também imagina que a sua indicação como testemunha se deu porque ele foi incluído nas denúncias, em que pese não ter praticado agressão física, mas que pretende provar que tomou providências, encaminhando CD ao conhecimento da Promotora de Criciúma; que no meio tempo em que recebeu o CD e que o fato veio a conhecimento através da internet, passou muito pouco tempo; que, por esse motivo, o Promotor de Tubarão não teria como tomar providências”.

No mesmo rumo o depoimento judicial do procurador da República Celso Três (fl. 673):

“...que veio à tona filmagens de tortura realizada no Presídio de Tubarão; que quem fez a gravação foi um dos acusados, de nome Júlio, agente penitenciário; que, na época, Júlio mandou para a Promotoria de Criciúma e para as autoridades superiores do sistema penitenciário, as quais não tomaram providências; que, então, caiu na imprensa e virou notícia nacional; que então as forças de repressão se voltaram contra o autor da gravação...”.

Edir Mendes da Silva esclareceu em juízo:

“que no mesmo dia ouviu comentários de que Carlos havia torturado os presos, por comentários dos próprios presos; que, no dia, não sabia que tinha sido realizada uma filmagem; que só soube das filmagens quando passou na televisão (...)” (fl. 517).

José Albino Bittencourt ainda relatou (fl. 606):

“que um agente havia espancando alguns presos; que o agente se tratava de Carlos Mota; que não lembra quem são os agentes Reginaldo e Olívio;

que se lembra de Júlio, mas não sabe se ele estava envolvido nos fatos; que também não sabe quem é Décio e Jamil; que Carlos espancou alguns presos, puxou o cabelo, sendo tais agressões motivadas por fugas; que as agressões se deram contra os presos que retornavam na Penitenciária Sul; ... que não viu se alguém filmou; que havia alguns policiais no local, os quais realizaram a escolta, mas não sabe dos nomes”.

No seu interrogatório judicial o denunciado CARLOS AUGUSTO MACEDO MOTA, como já era esperado, negou a ocorrência do delito, mas não trouxe qualquer elemento que pudesse derruir as demais provas e a acusação. Vale registrar (fl. 706):

“...que no dia 28/05/2010 era chefe de segurança no Presídio de Tubarão; que não assumiu a chefia de segurança 4 dias antes da rebelião; que só assumiu como chefe de segurança depois da rebelião, não se recordando exatamente o dia; que no dia da rebelião o depoente estava em Criciúma; que soube da transferência dos presos de Tubarão para Criciúma porque na época estava em Criciúma; que os presos foram trazidos em duas viaturas do DEAP; que uma das viaturas era conduzida por Maurício Fretta May e a outra era conduzida pelo denunciado Reginaldo Claudino Borba; que quando os presos chegaram em Tubarão, o depoente estava na sua sala; que não se recorda se foi avisado que os presos chegaram, por Maurício ou Reginaldo, o qual lhe disse o que havia acontecido, dizendo que estavam fazendo bagunça e que iriam novamente tumultuar a cadeia; que o depoente solicitou a Júlio para que indicasse os cinco detentos que mais incomodavam, não se recordando os nomes dos presos; que o que o depoente queria era apenas manter a ordem no presídio, não tendo a intenção de prejudicar e torturar ninguém; que não submeteu os presos às agressões; que não houve violência, sendo que o depoente apenas repreendeu os presos porque foi xingado por eles e que a única intenção do depoente era manter a ordem no estabelecimento prisional; que Reginaldo disse para o depoente que Vitor Domingos o havia desrespeitado; que o depoente pediu para tirar dois presos da viatura porque precisavam de duas algemas e dois marca-passos para realizar uma escolta, não tendo escolhido ninguém em específico para sair da viatura; que não

arrastou Vitor pelos cabelos (e que não levou Rafael a reboque, pois estavam algemados juntos), mas que apenas o conduziu, pegando ele por trás (mostrou em audiência como se tivesse pego pela nuca); que o depoente levou Vitor e Rafael à sala de Triagem; que não desferiu chutes e socos contra Vitor e Rafael; que apenas chutou a cadeira; que Vitor e Rafael foram submetidos a exame de corpo de delito, não sabendo informar quantos dias após o acontecido; que não se recorda se Vitor pedia clemência; que não confirma que, após isso, tirou da viatura os presos Diego Palumbo, Halisson Neves Sotero, Ivan Aguero Martines, João Batista Machado Júnior e Roberto Mello Rodrigues e desferiu socos, chutes e joelhadas; que os referidos presos foram, na verdade, tirados da viatura e levados ao corredor e, dali, alguns foram levados para a galeria e outros foram levados para a cela “zero”; que o depoente não efetuou agressões, sendo que a única coisa que queria era manter a ordem; que tentou manter a ordem de uma forma mais enérgica; que Reginaldo e Olívio não estavam presentes no momento dos fatos; que não confirma que Jamil estava na porta da sala de Triagem; que, no dia dos fatos, Décio, na parte da manhã, esteve em Imbituba e, no momento dos fatos (que não aconteceu nada) Décio passou pelo local; que não sabe se tais fatos foram levados a conhecimento de Décio; que Décio marcou um encontro com o depoente; que se encontraram, então, no Posto Lagoa; que Décio falou que recebeu uma ligação anônima, dizendo que alguém havia filmado; que não sabe se Décio apurou isso na instância administrativa; que logo em seguida foi afastado do cargo; ...que tinha problemas com agentes penitenciários, pois sumiam pertences de presos, mas que não acionou a autoridade policial para averiguar tais fatos; que nunca soube quem teriam sido os autores de tais fatos; que não sabe porque o vídeo inicialmente apresentado havia sido editado; que quando o depoente foi convidado para ser chefe de segurança no presídio de Tubarão, o alertaram a não ir, pois só dava problemas; que o depoente não se lembra o que falou para tentar manter a ordem; que quando se encontrou com Décio, não foi indagado por este sobre o ocorrido; que tentou dar cotovelada nos presos, mas não acertou, porque foi xingado, apesar de tentar conseguir o melhor possível para os presos, os quais tentaram modificar todo o trabalho realizado pelo acusado; ...que o depoente solicitou o nome dos cinco presos a Júlio para manter a ordem quanto às visitas recebidas pelos outros presos, para que não tumultuasse as visitas; que houve cortes nas filmagens; que houve insatisfação dos agentes pelas medidas tomadas pelo depoente”.

Não obstante a farta malha probatória a matéria foi veiculada no Jornal Notisul, que entre todo o teor destaca-se (fl. 5):

“(..). Ela refere-se à agressão sofrida por um detento do Presídio Regional de Tubarão. Um vídeo gravado na última sexta-feira mostra o chefe de segurança Carlos Augusto Macedo Mota, proferindo socos e pontapés em um recluso. O possível ato de fúria do agente teria ocorrido assim que 32 presos chegaram da penitenciária Sul e de Florianópolis. (...)”

O Jornal Diário do Sul também registrou a notícia, detalhando com precisão o teor do vídeo que registrou os atos de tortura, divulgado na imprensa (fl. 6):

“Com a divulgação de imagens de agressões sofridas por detentos do Presídio Regional de Tubarão, a direção do departamento de Administração Prisional (Deap) afastou na terça-feira o chefe de segurança da unidade, Carlos Augusto Macedo Mota. Ele aparece nas imagens ameaçando e espancando dois detentos. A surra teria ocorrido na última sexta-feira, quando cinco detentos eram transferidos da Penitenciária Sul, onde estavam desde a rebelião do dia 26 de abril, para Tubarão. Logo ao chegar na unidade, Carlos Augusto aparece nas imagens ameaçando os presos, ainda dentro de uma viatura. Em seguida, ele tira um deles pelos cabelos e arrasta até uma sala dentro do presídio. No local, o preso é novamente ameaçado, recebe chutes, socos e cotoveladas na região da cabeça e pescoço. Enquanto a sessão de tortura não acabava, o telefone do presídio tocava insistentemente e no televisor da sala passava uma novela. As imagens gravadas não são de boa qualidade, mas é possível ouvir nitidamente os gritos do preso e reconhecer o agressor (...)”

O vídeo, juntado às fl. 105, demonstra claramente o denunciado espancando e a submissão dos presos a inúmeras humilhações, na frente de vários policiais e agentes penitenciários. No vídeo II da fl. 105 vê-se o

acusado carregando o detento Vitor pelos cabelos e mencionando as seguintes expressões: “*vamu, vamuu caralho (sic)*” (0:08s). Ainda no vídeo II, observa-se o ponto alto da tortura, momento em que o denunciado CARLOS AUGUSTO MACEDO MOTA, covarde e descontroladamente, bate nos presos algemados, desferindo neles chutes e cotoveladas, com toda sua força e agressividade, sem que os reclusos oferecessem qualquer risco ou mesmo pudessem defender-se, eis que totalmente submetidos ao poder de seu torturador (fl. 105). Os vídeos falam por si...

As matérias divulgadas pelo Jornal RBS/TV também demonstram a veracidade dos fatos. E somente com esta divulgação é que as autoridades administrativas do sistema penitenciário catarinense (diretor do presídio, o secretário de segurança pública e o diretor do DEAP) voltaram suas atenções para o caso, muito embora, segundo o agente prisional e corréu JÚLIO, já estivessem por dentro da realidade do caso, não demonstrando empenho em adotar as medidas legais cabíveis e que naquele momento se mostravam imprescindíveis ao restabelecimento da normalidade no serviço público e, em especial, para fazer cessar a conduta criminosa (fl. 49).

É importante realçar que, antes de a matéria ir ao ar nos jornais, mesmo cientes das denúncias, tanto o diretor do presídio quanto o diretor do DEAP, em um misto de incompetência com conivência, nada fizeram, utilizando-se inclusive da máquina administrativa para impedir o afastamento do acusado CARLOS da chefia da segurança do presídio, cargo este para o qual jamais poderia ter sido designado (especialmente por conta de seu perfil psicológico e conhecida agressividade). Por outro lado, uma vez divulgadas na imprensa as imagens do ato criminoso, tais autoridades administrativas, em represália, talvez por conta do vexame causado ao Estado de Santa Catarina com o lamentável evento, transferiu o acusado JÚLIO, autor das filmagens e delator do crime, para o extremo Oeste do Estado, numa tentativa clara de abafar o caso e punir o agente exemplar, no lugar do malfeitor.

Assim, não resta dúvida alguma sobre o intenso sofrimento causado aos reclusos citados, tanto é assim que os vídeos demonstram os gritos, os choros e as súplicas para que as agressões cessassem, e mesmo assim o acusado, além de chutar e dar cotoveladas, xingava os detentos de *“merdas, filhos da puta” [sic]*, humilhando-os ao ponto de declarar que eles se arrependeriam de ter saído do ventre das suas genitoras.

Quanto às ameaças, de igual sorte não resta qualquer receio na afirmação de que elas foram comprovadas. Neste sentido, oportuno destacar: Vitor Domingos: *“(...) que ele também ameaçava dizendo que era pra ficar de boa, pois caso contrário seriam transferidos para rodarem o estado inteiro [sic]; que o declarante, após as agressões físicas, permaneceu dentro da cela situada na sala de triagem (...)”* (fls. 12-13); Diego Palumbo: *“(...) que Carlos disse aos presos que se falassem algo para alguém, eles sofreriam consequências (...)”* (fl. 646); Gilmar Marques: *“(...) que Carlos chegou na Ducato e disse que só não iria bater em todo mundo porque não confiava nas pessoas que estavam trabalhando com ele naquele dia (...)”* (fl. 23). E em Juízo: *“(...) que ouviu que Carlos disse aos outros detentos que ‘daria um pau’ na rapaziada, que nunca mais iriam esquecer dele; (...) que depois que chegou em Tubarão não foi agredido por Carlos, mas que apenas foram ameaçados (...)”* (fl. 422); Halisson Neves Sotero em juízo: *“(...) que depois se lembrou que Carlos ameaçou de bater nos presos; que se recordou do que consta na denúncia, que Carlos iria dar ‘um pau legal’ nos presos e que fariam eles rodar o estado inteiro (...)”* (fl. 422); Ivan Agüero Marinez: *“(...) que Carlos foi na viatura e ameaçou os detentos dizendo que iria dar um pau legal em todos (...)”* (fl. 25); João Batista Machado Júnior: *“(...) que chegando no presídio de Tubarão foram recepcionados por Carlos, o qual chegou na viatura onde o declarante estava e ameaçou dizendo: vou dar um pau! Mais um pauzão em você, que vocês vão se arrepender de ter saído do ventre de suas mães! Vou fazer vocês girarem o estado inteiro de bonde [sic] (...)”* (fl. 26); Lu-

ciano Gerônimo de Oliveira: “(...) que Carlos não agrediu o declarante quando chegou em Tubarão, mas ameaçou dizendo que iriam levar um pau bem grande que iriam se arrepender de terem saído do útero das mães (...)” (fl. 26). Em juízo: (...) que se recorda que Carlos falou algumas palavras para os presos quando chegaram; que confirma que Carlos disse o que consta na denúncia (Afirmou que iria “Dar um pau, mas um pau legal mesmo! [sic]” e que eles iriam “Se arrepender de ter saído de uma buceta! [sic]. Afirmou, ainda, que iria colocar os presos “para rodar o Estado Inteiro”) (...)” (fl. 422); Neuzi Sissgler: “(...) que o declarante não foi agredido quando chegou em Tubarão, porém “Bora-bora” ameaçou de agredir os detentos; (...)” (fl. 29); Thiago Dias da Silva: “(...) que Carlos foi até a viatura e ameaçou os detentos; (...) que Carlos ainda comentou que não iria agredir todos os detentos porque não confiava na equipe que estava trabalhando com ele naquele dia (...)” (fl. 37); Maurício Fretta May: “(...) que por motivo de segurança esperaram o grupo ser levado ao Fórum; que só depois disso é que os detentos passaram a ser retirados das viaturas; que antes disso Carlos foi até na porta da viatura do declarante (Peugeot) e disse exatamente o seguinte aos detentos: o negócio aqui mudou! Vocês não vão poder armar mais nada! Se não se comportarem vocês vão levar um pau, mais um pau legal mesmo hein! (...)” (fl. 61).

O próprio réu CARLOS confirma as ameaças no seu interrogatório: “(...) confirma a ameaça: (...) que diante disso acabou chamando a atenção dos detentos dizendo que iria dar um pau neles, caso a situação saísse do controle (...)” (fl. 128).

No vídeo I de fl. 105 é possível coletar:

“Vocês já me conhecem muito bem; o pau vai comer e comer legal; eu vou botar pra fuder [sic]; bandidagem; vou botar pra rodar o Estado inteiro; vou dar um pau mesmo, um pau legal; vocês vão se arrepender de ter saído de uma buceta [sic]”.

Guilherme de Souza Nucci nos traz uma conceituação simples e precisa do que se entende por tortura:

“...qualquer método de submissão de uma pessoa a sofrimento atroz, físico ou mental, contínuo e ilícito, para a obtenção de qualquer coisa ou para servir de castigo por qualquer razão” (Leis Penais e Processuais Penais Comentadas. São Paulo: RT, 2010, 5 ed., p. 1.196).

De Plácido e Silva doutrina ainda:

“...o sofrimento ou a dor provocada por maus tratos físicos ou morais. É um ato desumano que atenta à dignidade humana. É o sofrimento profundo, angústia, dor. Torturar é produzir-lhe um sofrimento desnecessário. É tornar mais angustiante o sofrimento” (Vocabulário Jurídico. Rio de Janeiro: Forense, 1986, p. 239).

Trata-se, no caso, de tortura/castigo, pois como disse inúmeras vezes o denunciado CARLOS, a sua pretensão era “apenas manter a ordem no presídio”. Para tanto, embora negue, utilizou de violência física, além de grave ameaça (esta admitida) contra os detentos, submetendo-os a intenso sofrimento físico e mental, como uma forma de aplicar-lhes castigo pessoal e uma medida de caráter preventivo.

Guilherme Souza Nucci ainda comenta o tipo penal do art. 1º, II e § 1º, da Lei nº 9.455/97 (op. cit. p. 1.200):

“Elemento subjetivo: é o dolo, possuindo elemento subjetivo do tipo específico, que é o de aplicar castigo pessoal ou medida de caráter preventivo. Note-se que não se trata de submeter alguém a uma situação de mero maltrato, mas, sim, ir além disso, atingindo uma forma de ferir com prazer ou outro sentimento igualmente reles para o contexto.

(c).

O objeto desta conduta é a pessoa presa ou que esteja em medida de segurança. Lembremos que, constitucionalmente, todo preso tem direito de ter respeitada a sua integridade física e moral (art. 5, XLIX, CF)”.

Vale citar ainda o seguinte trecho da obra de Nucci:

“o pacedimento de um ser humano pode dar-se em nível de dor corpórea (sofrimento físico) ou de aflição e angústia (sofrimento mental). A lei não incluiu o sofrimento moral, decorrente de martírio relativo a valores variáveis de pessoa para pessoa, no que agiu bem, pois seria muito impalpável para o contexto da tortura” (op. cit. p. 1.197).

A malha probatória prova que os presos citados na denúncia foram submetidos pelo réu a intenso sofrimento físico e mental. O primeiro, nas figuras dos encarcerados Vitor Domingos e Rafael Bento, a quem foram aplicados inúmeros golpes, como chutes e cotoveladas, bem como sua condução pelos cabelos, sob xingamentos, nus, em situação de inequívoca humilhação. O sofrimento mental, retratado nas várias ameaças feitas pelo acusado.

Mesmo diante das filmagens e das evidências do crime, no seu interrogatório o réu CARLOS AUGUSTO MACEDO MOTA foi capaz de negar a prática da tortura mediante agressões físicas, declarando: *“que não submeteu os presos às agressões; que não houve violência; que não arrastou Vitor pelos cabelos (e que não levou Rafael a reboque, pois estavam algemados juntos), mas que apenas o conduziu, pegando ele por trás (mostrou em audiência como se tivesse pego pela nuca); que não desferiu chutes e socos contra Vitor e Rafael, mas que apenas chutou a cadeira; que os referidos presos foram, na verdade, tirados da viatura e levados ao corredor e, dali, alguns foram levados para a galeria e outros foram*

levados para a cela “zero”; que não praticou agressões; que pediu para tirar dois presos da viatura, porque precisavam de duas algemas e dois marca-passos para realizar uma escolta, não tendo escolhido ninguém em específico para sair da viatura(...)”.

Os chutes e cotoveladas, nos agredidos, foram desferidos pelo acusado CARLOS com violência, pois percebe-se dos vídeos que os presos choram, gemem e gritam intensamente, pedindo ao seu algoz que pare com as agressões (fls. 49 e 105).

O vídeo II (fl. 105), mais precisamente aos 0:05s da gravação, demonstra claramente que o acusado puxa o encarcerado Vitor Domingos pelos cabelos, bem como que os trata como animais, proferindo palavras de jargão chulo como “*vamu, vamuu caralho*” [sic], expressões que mesmo dentro de um presídio não devem ser empregadas, pois denigrem não só a imagem do sistema penal, mas também daqueles que ali estão para representar o Estado, mais servindo para deseducar e revoltar os detentos, em manifesto prejuízo do intento ressocializador da pena.

O vídeo I prova que o réu pede para que sejam separados dois detentos que ele já havia selecionado, obviamente se tratando de Vitor e Rafael, o que derruba sua tese de que não escolheu nenhum detento, *in verbis*: “*(...) tira esses dois que eu falei que eu vou ver o que faço com eles (3m:26)*”.

A sua alegação de que carregou o recluso pela “nuca” também é mentirosa, pois salta os olhos a sua mão nos cabelos do detento. A atitude correta era levar o preso pela nuca, entrelaçando os braços, ou carrega-lo pelos braços, pois além de algemado com outro recluso, havia mais 4 policiais fazendo a escolta no corredor e dois agentes penitenciários, qualquer atitude agressiva do encarcerado seria facilmente coibida, mormente porque a autoridade policial estava fortemente armada e os demais presos na “cachorreira” da viatura, sem possibilidade de fuga.

Detentos confirmaram que o preso Vitor foi retirado pelos cabelos: Gilmar Marques: “(...) *que Carlos tirou os detentos da viatura lhes puxando pelos cabelos; (...)*” (fl. 422); Luciano Gerônimo de Oliveira: “(...) *que se recorda de Carlos ter tirado dois presos da viatura, Vitor e Bento; que Carlos lhes puxou pelos cabelos e foram levados para uma salinha (...)*” (fl. 422); Thiago Dias Silva: “(...) *que depois disso o declarante viu Carlos retirar Rafael Bento e Vitor da viatura; que viu Carlos retirar eles pelos cabelos; (...)*” (fl. 37).

O próprio denunciado se contradiz, pois na fase policial admitira ter conduzido um dos detentos pelo cabelo:

“(...) que acabou pegando um dos detentos pelo cabelo e os levando até na sala de triagem; que na referida sala o interrogado perdeu a cabeça e inconformado com o comportamento e atitude dos detentos acabou se excedendo nos meios de impor a disciplina; (...)” (fl. 129).

Também não é verdade que tenha o acusado CARLOS chutado a cadeira, pois o vídeo II prova que os chutes foram no detento Vitor Domingos (0:13s).

As versões dadas por todas as testemunhas e vítimas comprovaram que não existia qualquer armação para incriminar o acusado. O que realmente houve foi uma atitude decente, de um agente penitenciário, o qual, descontente com as torturas, resolveu denunciar, antes porém precavendo-se com a materialização dos fatos em prova inequívoca (filmagem).

Tivesse o acusado JÚLIO se rebelado antes de documentar o crime, possivelmente não teria outra oportunidade tão boa para surpreender seu superior hierárquico no cometimento do delito. Sua postura deveria servir de exemplo para todo e qualquer agente penitenciário. Fosse

essa a postura geral dos agentes penitenciários, certamente diminuiriam esses lamentáveis episódios de tortura e desrespeito a presos, não raros e que inclusive vêm provocando a revolta da massa carcerária, motivo de recentes atentados à ordem pública por todo o Estado de Santa Catarina.

O fato de o sistema carcerário estar falido, não possuir recursos suficientes, não proporcionar aos agentes boas condições de trabalho e segurança, dentre outros argumentos, não justifica a atitude de impor o suplício aos presos.

Na verdade, nada motiva tamanha crueldade. Naquele momento o homem recluso se encontra na pior fase da sua existência, despido de honra e moral, razão pela qual não oferecia qualquer risco que justificasse as agressões.

A sanção disciplinar já tinha sido aplicada aos supostos causadores da rebelião, pois permaneceram exilados na penitenciária Sul – Criciúma, longe dos amigos e dos familiares, pelo tempo de 30 dias. Não se fazia necessária nova punição. *In casu*, verificou-se que os mesmos detentos foram agredidos pelo acusado CARLOS tanto na época em que deram entrada na penitenciária Sul, como quando de seu retorno ao Presídio Regional de Tubarão.

Por mais que eles estivessem conversando, na viatura, e mesmo xingando os agentes penitenciários, a estes competia manter a calma, pois concursados e com nível superior, o que presumia conhecimento suficiente para lidar com esse tipo de situação. Afinal de contas, deveriam ser preparados para isso.

Não é de hoje que detentos causam rebeliões, xingam agentes penitenciários e cometem todo o tipo de pressão psicológica, muitas vezes sem motivação plausível, outras tantas reivindicando, de forma justa, melhores condições para o resgate de suas reprimendas corporais. É inconcebível, porém, que para cada ato negativo se pratique uma tortura.

O sofrimento humano é gerado no escuro, no silêncio do cárcere, logo, as palavras dos detentos, firmes, coerentes e harmônicas, são suficientes para condenação. Mas, *in casu*, ainda assim há outras provas que subsidiam o édito. E a respeito das dificuldades probatórias em casos de tortura, mais uma vez mostra-se oportuno o escólio de Guilherme de Souza Nucci:

“é inequívoco que a colheita de provas, em casos de tortura, mormente quando esta se passa em pleno recinto controlado pelo Estado (como é o caso, por exemplo, de uma delegacia de polícia), é tarefa intrincada e complexa. As provas jamais serão abundantes, pois o que se faz, como regra, é realizado sob o mais absoluto sigilo, longe das vistas de testemunhas. Se há tortura, presentes estão apenas os próprios agentes do delito. Por isso, não havendo confissão – o que seria deveras raro – é preciso contrastar e confrontar provas, em especial, laudos e as explicações dos responsáveis pela prisão da pessoa submetida à tortura” (op. cit., p. 1197).

Oportuno citar o seguinte precedente jurisprudencial (TJMG, AC 1.0024.01.038678-7/001 – Comarca de Belo Horizonte - Apelantes: 1º Célio Casal Burato, 2º Rogério das Graças Martins - Relatora: Exma. Srª. Desª. Márcia Milanez – Data Publicação: 1-9-2005):

“APELAÇÃO CRIMINAL - TORTURA - RECURSOS DEFENSIVOS - NEGATIVA DE AUTORIA - PALAVRA DA VÍTIMA EM CONSONÂNCIA COM O CONJUNTO PROBATÓRIO - LAUDO PERICIAL COMPROBATÓRIO DAS LESÕES - RECURSOS CONHECIDOS - PROVIDO UM E PARCIALMENTE PROVIDO OUTRO. Nos crimes de tortura, que guardam em sua essência a clandestinidade, sobretudo quando praticados por policiais, a palavra da vítima assume especial relevância, principalmente em consonância com os demais elementos probatórios ameadados nos autos. [...] V.V.P. APELAÇÃO CRIMINAL - TORTURA - RECURSOS DEFENSIVOS - AUSÊNCIA DE ELEMENTOS APTOS

A FUNDAR A CONDENAÇÃO - INEXISTÊNCIA DE PROVAS DA EXISTÊNCIA DO FATO - NEGATIVA DE AUTORIA - IMPROCEDÊNCIA - LAUDO PERICIAL COMPROVADOR DA EXISTÊNCIA DE LESÕES - PALAVRA DA VÍTIMA FIRME E COERENTE, CORROBORADA POR PROVA TESTEMUNHAL - RECURSOS CONHECIDOS E IMPROVIDOS. Nos crimes de tortura, que guardam em sua essência a clandestinidade, máxime quando perpetrados por policiais, a palavra da vítima há de ser vista com especial valoração, especialmente se condizente com prova pericial e depoimento de testemunha que acompanhou seu martírio posterior à violência. Precedentes. (grifo nosso)”.

Comportamentos incompatíveis praticados pelos presos implicam na sua desclassificação dentro do presídio (bom, regular e mau), tanto é que mesmo diante de uma conduta típica administrativa lhe é assegurado o contraditório (arts. 21 e 22 do regimento interno dos Estabelecimentos Penais do Estado de Santa Catarina).

Nos termos do regimento interno – LC 529/2011, art. 62, “*não haverá falta nem sanção disciplinar sem expressa e anterior previsão legal ou regulamentar*”, e as sanções, “*não poderão colocar em perigo a integridade física e moral do condenado*” (§ 1º do referido artigo).

Por que razão então foram impostas aos reclusos as sanções de chutes, socos, cotovelas e ameaças, se não existe previsão legal para tanto. A resposta é simples, porque a vontade única e exclusiva do acusado CARLOS era de despejar sua ira contra os reclusos, que supostamente teriam praticado a rebelião e retornavam da Penitenciária Sul – Criciúma.

Poderia o réu ter seguido as regras emanadas do regimento interno, mas não, preferiu impingir o sofrimento humano, castigando os presos violentamente, denegrindo a imagem dos mesmos, que se encontravam seminus e alguns até nus, diante de toda a guarnição e agentes penitenciários.

O que se admira é que a cena estarecedora era presenciada por não menos que quatro policiais e dois agentes penitenciários, e nenhum deles tomou qualquer atitude, não se justificando alegações como o porte físico do acusado ou a hierarquia.

Essa é a regra de tratamento imposta aos encarcerados pelos arts. 23 e 24 do regimento interno mencionado:

“Art. 23. O tratamento penitenciário terá como objetivo efetivar as disposições da sentença ou decisão criminal, tanto quanto prevenir o crime, promover a reintegração do preso e prepará-lo para o retorno à sociedade.

Art. 24. São instrumentos de tratamento penitenciário, entre outros: I - a assistência material, à saúde, jurídica, social, religiosa e educacional; II - o trabalho; III - a disciplina; e IV - a assistência do egresso.

§ 1º A assistência visa ao atendimento das necessidades morais, espirituais e materiais do preso.

§ 2º A educação tem por fim transmitir conceitos éticos e sociais, nela estando incluído o lazer prisional”.

Aos reclusos existe a ficha funcional justamente para isso, pois a cada falta cometida uma anotação será realizada, impedindo eventuais pedidos de progressão de regime, saídas temporárias e etc.

Não se fazia necessário que o denunciado praticasse as condutas ilegítimas, pois por outros meios poderia impor a disciplina supostamente pretendida, e com efetividade. Todavia, não é o que se vislumbrou.

Indubitavelmente, extrai-se do art. 68, do estatuto citado:

“Aplicam-se aos presos infratores as seguintes sanções disciplinares: I - advertência verbal; II - repreensão escrita; III - suspensão ou restrição de direitos, conforme estabelecido no art. 41, parágrafo único, da Lei federal nº 7.210, de 1984; e IV - isolamento na própria cela ou em cela especial”.

Qualquer dúvida sobre a aplicação da penalidade correta (na ótica deste juízo, ainda houve desrespeito ao contraditório e a ampla defesa) deveria ter sido remetida ao Diretor do Departamento de Administração Prisional e à Corregedoria do Sistema Prisional da Secretaria Executiva da Justiça e Cidadania, órgãos responsáveis por resolver a questão. Ainda assim, antes da aplicação da pena, várias circunstâncias deveriam ser apreciadas, bastando analisar o teor dos arts. 57 a 60, da LEP, e os 72 a 82, 83 a 94, da LC nº 529/2011 (posterior ao crime).

Ocorre que nada disso foi feito.

Desta feita, é evidente a prática das torturas, sete ao todo, devendo o denunciado responder pelos atos praticados na medida da sua culpabilidade.

A este respeito, transcreve-se decisão do e. Tribunal de Justiça de Santa Catarina:

“TORTURA PRATICADA CONTRA PRESO - MATERIALIDADE E AUTORIA PATENTEADAS - AGENTE PRISIONAL QUE SUBMETEU A VÍTIMA COM VIOLÊNCIA A INTENSO SOFRIMENTO FÍSICO E MENTAL - LAUDO PERICIAL A ATESTAR A PRESENÇA DE LESÕES CORPORAIS CAUSADAS POR INSTRUMENTO CONTUNDENTE - PALAVRAS DO OFENDIDO ALIADA ÀS DECLARAÇÕES DAS TESTEMUNHAS QUE FORNECEM A CERTEZA MORAL NECESSÁRIA À PROLAÇÃO DO ÉDITO CONDENATÓRIO - ABSOLVIÇÃO INVIÁVEL. PRETENDIDA DESCLASSIFICAÇÃO PARA O DELITO PREVISTO NO ART. 129, CAPUT, DO CÓDIGO PENAL - IMPROCEDÊNCIA - DOLO PREVISTO PARA O TIPO CONSTANTE NO ART. 1º, § 1º, DA LEI 9.455/97, CARACTERIZADO. PLEITO DE NULIDADE DO DECISUM NO QUE TANGE À PENA ACESSÓRIA DE PERDA DE CARGO SOB O ARGUMENTO DE AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO - OCORRÊNCIA - EFEITOS NÃO AUTOMÁTICOS - INTELIGÊNCIA DO ART. 93, INCISO IX, DA “CARTA DA PRIMAVERA” E DO § 5º DO ART. 1º DA LEI 9.455/97. RECURSO

PARCIALMENTE PROVIDO” (TJSC, AC 2007.011866-9, de Chapecó, j. 19.5.2007, Rel. Des. José Carlos Carstens Köhler).

Neste mesmo jaez (TJMG, AC1.0543.06.500030-8/001, j. 2.10.2007, Des. Judimar Biber):

“TORTURA- LEGÍTIMA DEFESA - INOCORRÊNCIA - DESCLASSIFICAÇÃO PARA LESÕES CORPORAIS - IMPROPRIEDADE. Inquestionável a existência do crime de tortura se comprovado que o réu, carcereiro, submeteu detento que estava sob sua guarda, após algemá-lo com as mãos para trás, a sofrimento físico, por intermédio da prática de ato não previsto em lei ou não resultante de medida legal, desferindo-lhe socos e pontapés, não exigindo o tipo penal do art. 1º, §1º, da Lei Federal nº 9.455/97 a constatação de lesões corporais de quaisquer naturezas, apenas sofrimento físico ou mental. Recurso a que se nega provimento”.

No que toca a tese de desclassificação para o crime de maus-tratos (art. 136 do Código Penal), melhor sorte não socorre a defesa. Analisando o elemento volitivo, vislumbra-se que o intuito do denunciado não era apenas disciplinar ou corrigir os detentos, mas sim, e também, sobre estes despejar o seu ódio, o sentimento vil, causando-lhes sofrimento intenso e desnecessário, pelo simples fato de haverem retornado ao presídio, depois de terem sido punidos sumariamente e passado um tempo em outro estabelecimento prisional, por suposto envolvimento em rebelião.

Tanto é verdade que, no vídeo II, no momento em que se iniciam os espancamentos, o réu usa as seguintes expressões:

“(...) o que vêm fazer aqui heim, heim, vêm fazer cagada pra cá vêm, vêm vêm filho da puta [sic]” (0:28s) (fl. 105).

Em nenhum momento, ao levar os presos à triagem ou quando os ameaçou na viatura, vislumbra-se que o seu objetivo foi educá-los em qualquer sentido. Se no momento em questão, declarasse o agressor que estava agindo daquela forma com o objetivo de que eles entendessem que a rebelião realizada era contrária ao direito ou que qualquer atitude contra a lei e a ordem seria severamente punida, poder-se-ia cogitar a possibilidade de enquadrar a conduta como sendo maus-tratos.

Todavia, o seu comportamento e as suas palavras denotam um sentimento de ódio pelos detentos, um desprezar pelo seu retorno à penitenciária de Tubarão, já alimentado este sentimento pelo suplício praticado no presídio de Criciúma.

Ana Paula Franco traduz a diferença entre os institutos:

“Ao analisar as ações nucleares dos tipos, começam a surgir diferenças. No delito de maus-tratos a ação é a exposição ao perigo através das modalidades: a) privando de cuidados necessários ou alimentos; b) sujeitando a trabalho excessivo; c) abusando de meio corretivo. Já no art. 1º, II, da Lei n. 9.455/97, a ação se resume em submeter alguém (sob sua autoridade, guarda ou vigilância), a intenso sofrimento físico ou mental com emprego de violência ou grave ameaça. Nota-se que o elemento subjetivo do tipo do art. 136 é o dolo de perigo, o resultado se dá com a exposição do sujeito passivo ao perigo de dano. No crime de tortura, o resultado se dá com o efetivo dano, ou seja, o intenso sofrimento físico ou mental provocado pela violência ou grave ameaça. Nesta última situação o agente age com dolo de dano. Outra questão importante de se ressaltar é que no crime de maus-tratos o agente abusa de seu ius corrigendi para fim de educação, ensino, tratamento ou custódia. Diferentemente no crime de tortura, no qual o agente pratica a conduta como forma de castigo pessoal ou medida de caráter preventivo (In: Distinção entre maus-tratos e tortura e o art. 1º, da lei de tortura. Boletim do IBCrim, n. 62/Jan-98, p. 11)”.

Assim ementa a jurisprudência Catarinense:

“PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME DE TORTURA (ARTIGO 1º, INCISO II, E § 4º, INCISO II, DA LEI 9.455/1997). SENTENÇA CONDENATÓRIA. RECURSO DA DEFESA. PEDIDO DE DESCLASSIFICAÇÃO PARA O CRIME DE MAUS-TRATOS (CP, ART. 136) AFASTADO. AGENTE QUE PRATICOU O FATO TÍPICO COM O NÍTIDO PROPÓSITO DE, MEDIANTE EMPREGO DE VIOLÊNCIA, CAUSAR SOFRIMENTO FÍSICO À VÍTIMA COMO FORMA DE CASTIGO PESSOAL. (...). - Pratica o crime de tortura (art. 1º, inciso II, da Lei 9.455/1997) o agente que emprega violência contra a vítima com o propósito de lhe causar intenso sofrimento físico como forma de castigo pessoal. Na hipótese, mostra-se inviável a desclassificação da conduta para o crime de maus-tratos (CP, art. 136), porquanto o agente nem sequer teve o propósito de exercer o seu direito correicional sobre a vítima. (...)” (TJSC, AC 2012.010391-8, de Lages, j. 9.7.2013, Rel. Des. Carlos Alberto Civinski).

Nenhuma das provas produzidas pela defesa demonstrou que o intuito do réu era o disciplinar, corrigir ou educar os encarcerados. Muito pelo contrário, as testemunhas e os vídeos comprovam o caráter violento do denunciado. A série de chutes, socos e cotoveladas não demonstra caráter educativo, e sim o sentimento de repulsa do acusado para com os detentos. As ameaças, de igual sorte. Nessa seara, longe está de se caracterizar o crime de maus-tratos, rechaçando-se a tese aventada, prevalecendo a tortura.

B) TORTURA POR OMISSÃO: ACUSADOS REGINALDO CLAUDINO BORBA, OLÍVIO BONELI NANDI JÚNIOR, DÉCIO PAQUELIN e JAMIL ANANIAS DE SÁ.

Aos réus Reginaldo Claudino Borba, Olívio Boneli Nandi Júnior, Décio Paquelin e Jamil Ananias de Sá é atribuída a conduta do art. 1º, § 2º c/c o § 4º, inc. I, da Lei nº 9.455/97, *verbis*:

“Art. 1º. Constitui crime de tortura:

(...).

II – submeter alguém, sob sua guarda, poder ou autoridade, com emprego de violência ou grave ameaça, a intenso sofrimento físico ou mental, como forma de aplicar castigo pessoal ou medida de caráter preventivo.

Pena – reclusão, de 2 (dois) a 8 (oito) anos.

(...).

§ 2º. Aquele que se omite em face dessas condutas, quando tinha o dever de evitá-las ou apurá-las, incorre na pena de detenção de 1 (um) a 4 (quatro) anos.

(...).

§ 4º. Aumenta-se a pena de 1/6 (um sexto) até 1/3 (um terço):

I – se o crime é cometido por agente público” (grifei).

A *priori*, se faz necessário apreciar se o agente penitenciário tem o dever legal de evitar o crime ou de investigar, mesmo nas condições em que está diante do seu superior hierárquico.

Como dito alhures, a Carta Política não faz distinção no que se refere ao dever de todos os agentes penitenciários resguardarem a integridade física e moral dos presos (art. 5º, inc. XLIX).

O último concurso realizado pelo Estado de Santa Catarina, para ingresso de agentes penitenciários, deixa expressamente consignado, no que toca às atribuições do cargo, que tem o funcionário o dever de custodiar a segurança dos presos e a vigilância externa das unidades prisionais (Disponível em: <http://site.pciconcursos.com.br/arquivo/1227887.pdf>. Acesso em 14.11.2013).

Trata-se da chamada “posição de garante”, evidentemente exercida pelos réus, principalmente o acusado DÉCIO PAQUELIN, diretor do Presídio à época dos fatos.

Esclarece Júlio Fabbrini Mirabete:

“estão incluídos nessas disposições as autoridades e outros servidores públicos, destinatários, embora não únicos, das normas incriminadoras da lei por estarem na posição de garantidores da não ocorrência do resultado” (Tortura: notas sobre a Lei 9.455/97. São Paulo: RT, 1997, v. 746, p. 476-482).

É dever dos agentes penitenciários, conforme LC 472/09, dentre outras:

“zelar pela segurança dos presos condenados e provisórios dentro das unidades prisionais; zelar pela segurança e custódia dos presos durante as escoltas e permanência fora das unidades prisionais” (Disponível em: <http://www.deap.sc.gov.br/deap/downloads.jsp?id=1>. Acesso em 12. 11.2013).

Esta é uma condição inerente de agente penitenciário, é seu dever cuidar dos presos e mesmo que uma conduta ilícita esteja sendo praticada pelo superior hierárquico, tem obrigação de dar voz de prisão ou evitar que o delito seja executado.

A omissão em comento prevê duas modalidades de conduta, quais sejam: a) a omissão daquele que tinha o dever de evitar a prática da tortura – aí relacionados na denúncia: *Reginaldo Claudino Borba, Olívio Boneli Nandi Júnior e Jamil Ananias de Sá*; e b) a omissão daquele que tinha o dever de apurar os atos de tortura – Décio Paquelin.

Bem assim, sendo os réus destinatários da norma, não podem alegar qualquer excludente ou algo do gênero, pois tinham a obrigação de impedir a ocorrência dos fatos.

José Geraldo da Silva, Paulo Rogério Bonini e Wilson Lavorenti citam o exemplo:

“Logo, na hipótese fatídica do policial que presencia uma sessão de tortura, levada a efeito por outros policiais que objetivavam extrair a confissão da vítima, e nada faz para cessar o constrangimento, mesmo tendo o dever jurídico específico (garantidor) de estancar a prática criminosa, de acordo com a teoria adotada pelo CP, deveria responder como partícipe no crime de tortura simples. Acontece que a Lei de Tortura adotou a teoria pluralista, que prescreve que cada partícipe deve responder por um delito diferente. Portanto, no exemplo acima, os policiais que submeteram a vítima aos atos de tortura serão responsabilizados como coautores do crime previsto no art. 1º, inc. I, alínea “a”, da Lei de Tortura, ao passo que, o agente que se omitiu, quando tinha o dever de evitar ou apurar os fatos, será processado como incurso no delito do art. 1º, § 2º, da Lei 9.455/97 (op.cit. p. 434)”.

Vencido o ponto prejudicial, vale registrar que a Convenção Interamericana Para Prevenir e Punir a Tortura alude, no art. 3º:

“serão responsáveis pelo delito de tortura: a. Os empregados ou funcionários públicos que, atuando nesse caráter, ordenem sua comissão ou instiguem ou induzam a ela, cometam-no diretamente ou, podendo impedi-lo, não o façam”.

Analisando as provas produzidas, observa-se que o denunciado REGINALDO CLAUDINO BORBA presenciou não só as ameaças, como também as agressões físicas praticadas nos presos. Entretanto, no seu interrogatório o réu negou a conduta omissiva, declarando que nada viu ou ocorreu - muito embora as provas digam o contrário (fl. 706):

“...que no dia das agressões o acusado trabalhava em Tubarão; que os presos vieram de Criciúma em duas viaturas da DEAP, sendo uma conduzida por Maurício Fretta May e a outra conduzida pelo depoente; que ingressaram no pátio do Presídio de Tubarão aproximadamente às 13 horas; que os pre-

... que aguardaram dentro das viaturas, porque estavam realizando um outro procedimento de escolta para o Fórum; que os presos ficaram dentro da viatura em torno de 20 minutos; que não tem conhecimento se Carlos solicitou ao acusado Júlio que informasse os presos com mau comportamento; que o depoente não presenciou a violência física praticada contra os presos, pois estava fechando a outra viatura (na Ducato, porque os fatos, pelas filmagens, ocorreram na Peugeot) e recolhendo a documentação dos presos que pegou na Penitenciária Sul; que não se recorda quais os presos que foram transportados em sua viatura, mas dentre eles não estavam Vitor Domingos e Rafael Bento; que não viu o acusado Carlos ameaçar os presos na viatura; que se dirigiu ao Carlos, informando que os presos vinham incomodando desde Criciúma, proferindo palavras ofensivas, mas não se referiu diretamente a Vitor Domingos; que precisavam de algemas para efetuar a escolta até o Fórum, então por isso o acusado Carlos pediu a retirada de alguém da viatura, para pegar a algema, e então saíram Vitor e o Rafael, porque estavam algemados um no outro; que então Vitor e Rafael foram levados para a sala de Triagem; que não sabe afirmar se Carlos pegou Vitor pelos cabelos, pois começou a fechar a viatura Peugeot; que o depoente foi levar a documentação dos presos para o acusado Júlio e só viu que Carlos estava alterado, gritando com os presos, mas o depoente logo saiu; que, assim, não viu agressão física; que viu que alguns presos foram colocados no corredor e que o acusado Carlos selecionou alguns para irem para a galeria e outros para a cela de triagem; que no corredor não viu Carlos agredindo os presos; que o depoente presenciou todo o procedimento de colocar os presos no corredor e encaminhar posteriormente para a galeria e a cela de triagem, sendo que foi o depoente que levou os presos para tais lugares; que os acusados Júlio, Olívio e Jamil estavam na unidade, mas na sala de triagem apenas viu o acusado Júlio; que só soube que o acusado Júlio fez filmagens porque saiu na mídia; que não viu o acusado Jamil na porta da sala de triagem; que não sabe nada sobre o acusado Décio ter sido comunicado das agressões e não ter instaurado nenhum processo administrativo, tendo agido apenas depois de sair as imagens na mídia; que só viu o acusado Décio no decorrer do dia, após o encerramento do procedimento de “entrega” dos presos; que não sabe se o acusado Júlio avisou Décio dessas filmagens, antes de serem disponibilizadas na imprensa; ...que não ouviu nenhum preso pedindo clemência; que não sabe se tinha descontentamento dos agentes penitenciários com relação ao acusado Carlos, porque não o conhecia direito; que a única

coisa que pode declarar em relação ao acusado Carlos é que foi um benefício para a Unidade, para os agentes e para os presos, imprimiu uma mudança radical no Presídio, em relação à segurança para os agentes, trabalho para os presos (para que ganhassem dinheiro e tivessem direito a remição); que não ouviu falar nada sobre o sumiço dos pertences de presos; que não sabe dizer porque foram feitas as filmagens; que não falou para o acusado Carlos que Vitor Domingos havia lhe desrespeitado, mas apenas falou com relação aos reclusos que estavam dentro da viatura; ...que estava no Presídio há uma semana, após ter voltado da escola penitenciária; que já tinha efetuado outros transportes de presos, anteriormente, para o médico, Fórum...; que na viatura de Reginaldo havia oito detentos; que os presos em geral estavam tumultuando, não tendo Reginaldo identificado alguém em específico...; que os agentes penitenciários nunca receberam instruções do que fazer se houvessem maus tratos a presos...”.

O vídeo II (fl. 105), da pasta originais, primeira gravação, mostra claramente o agente penitenciário ouvindo as ameaças realizadas pelo réu Carlos. Embora o vídeo mostre ele saindo no meio da conduta, aos 0:20s mostra seu retorno e permanência até o final. Já o vídeo I (fl. 105) não deixa margem a dúvidas (1m:39), pois confirma que o acusado permaneceu todo o tempo ouvindo as ameaças, sem nada fazer. No tocante às agressões físicas, no vídeo II, arquivo denominado “vídeo avi 1”, vê-se claramente, aos 0:27s, o réu presenciando os fatos, assim como aos 0:19s do arquivo denominado “vídeo avi”. Mais evidente ainda é o registro feito aos 0:37s do vídeo 2, da pasta originais, onde o acusado REGINALDO presencia os chutes e ouve os berros dos presos e do réu Carlos, fulminando qualquer dúvida os registros contidos dos 0:43s até os 0:51s, onde ele vê a nova sequência de agressões e se ouve as súplicas dos reclusos.

O agente penitenciário e corréu JÚLIO CÉSAR SILVEIRA JÚNIOR, nos seus interrogatórios extrajudicial e judicial, confirma a omissão imputada ao acusado REGINALDO:

“(...) que no corredor próximo a porta também consegue reconhecer os agentes Olívio e Reginaldo; (...)” (fl. 107).

“(...) que se recorda é que o agente Olívio estava fora da sala e vem se aproximando da porta durante as agressões ou na parte final; que Reginaldo deu uma olhada para dentro da sala e logo sai; que isso ocorreu e já estava na parte do xingamento” (fl. 708).

O recluso Diego Palumbo também confirmou o fato atribuído ao réu e agente prisional REGINALDO (fl. 646):

“(...) que Carlos disse aos presos que se falassem algo para alguém, eles sofreriam consequências; que todos os agentes que foram citados estavam presentes, mas nenhum teve participação; que, por nome, se lembra do agente Júlio; que Reginaldo estava presente, sendo que foi este que buscou os presos na Penitenciária Sul; que apenas Carlos e o PM Rodrigues efetuaram as agressões, mas, dos outros que presenciaram, nenhum tentou parar os golpes sofridos pelos presos; (...)”.

Gilmar Marques, também detento, fez declarações no mesmo sentido:

“(...) que no local dos fatos estavam presentes os Srs. Reginaldo, Olívio Boneli, Júlio Cesar Silveira Júnior (este não estava mais presente no momento da cena do espancamento, que não o viu no corredor), reconhecendo-os por foto; (...)” (fl. 422).

Maurício Fretta May, da mesma forma, testemunhou a omissão do agente e acusado REGINALDO, confirmando sua presença na cena do crime (fl. 422):

“(...) que além de Carlos, recorda que estava também no local o agente que acompanhava o depoente, chamado Reginaldo; (...)”.

Halisson Neves Sotero resume:

“(...) que Reginaldo estava presente, sendo que foi quem trouxe os presos de Criciúma; (...)” (fl. 422).

O diretor do presídio também firma a posição (fl. 708):

“(...) que só sabe da participação de Reginaldo, Olívio e Jamil pelo que apareceu nas filmagens; (...)”.

Os vídeos citados comprovam que o acusado REGINALDO presenciou não só os xingamentos, como as agressões físicas também, não importando em que gênero e grau de vitimização.

A sua alegação, de que não entendia o funcionamento interno do presídio, não pode ser acolhida como justificativa para a omissão, pois faz parte da sua condição de ingresso na carreira frequentar os cursos na Academia de Justiça e Cidadania – ACADEJUC. Impende anotar – LC 472/09, art. 13:

“§ 3º O curso de formação profissional é requisito fundamental do estágio probatório, sendo que a reprovação acarretará a imediata exoneração do nomeado”.

Segundo a Portaria 02/2012 da ACADEJUC:

“Art.11º - A Acadejuc é responsável em realizar o curso de formação profissional para os cargos de provimento efetivo da Secretaria de Estado da Justiça e Cidadania.

Art.14º - Os cursos de formação profissional do cargo de Agente Penitenciário e Agente Socioeducativo obedecerão às matrizes curriculares estabelecidas pela Direção da Acadejuc”.

Sob este viés, não lhe é dado o direito de alegar o desconhecimento da Lei. Causa estranheza a sua tese de que não viu seu superior hierárquico praticar qualquer ato ilícito se os vídeos comprovam exatamente o contrário, ou seja, que o agente penitenciário REGINALDO CLAUDINO BORBA assistia “de camarote” as ameaças e as agressões realizadas nos detentos, comportando-se como se nada daquilo estivesse acontecendo.

Assim, é certa a sua condenação, como também o é a do acusado OLÍVIO BONELI NANDI JÚNIOR, que da mesma forma presenciou as ameaças realizadas e as agressões físicas, nada fazendo para evitá-las ou fazê-las cessar.

Em seu interrogatório judicial, OLÍVIO disse que não estava presente no dia das agressões (fl. 706):

“...que não presenciou a violência cometida pelo acusado Carlos em relação aos presos Vitor e Rafael na sala de triagem; que o depoente só esteve na sala de triagem rapidamente, para pegar algema e marca-passos e efetuar escolta ao Fórum de Tubarão; que não presenciou agressões; que apenas ouviu Carlos advertindo os presos, não se recordando o que Carlos disse; que não presenciou os presos pedindo clemência; que não se recorda se viu os acusados Júlio e Reginaldo na sala de triagem; que não viu o acusado Jamil na porta da sala de triagem; que não presenciou agressão contra outros presos no corredor; que soube dos fatos através da imprensa, alguns dias depois; que o depoente estava retirando presos da parte de trás do presídio (da gale-

ria) e simplesmente passou pela sala de triagem para pegar as algemas e viu Carlos advertindo verbalmente os detentos, não se recordando quem eram e quantos eram; que então o depoente saiu para fazer a escolta ao fórum de Tubarão; que todos ou a grande maioria dos detentos estavam dentro das viaturas; que tinha havido uma rebelião, no dia 26 de abril, anteriormente aos fatos; que nessa data Carlos não era o chefe de segurança do Presídio de Tubarão; que o chefe de segurança, na época da rebelião, era o agente prisional Wamerson; que na data das supostas agressões o acusado Décio era gerente do Presídio; que não se recorda se Décio estava presente no dia dos fatos; que não tem conhecimento se Décio abriu algum procedimento administrativo para apurar o ocorrido; que soube que foi Júlio que fez as filmagens, mas não sabe se este teve alguma motivação para fazê-las; ...que não sabe porque Júlio filmou; que não tem conhecimento de descontentamento de agentes penitenciários com relação à conduta adotada por Carlos; que não tem conhecimento sobre o sumiço de pertences de presos; que não chegou a responder processo administrativo com relação a esses fatos; que pelo que sabe, apenas os acusados Júlio e Carlos responderam a processo administrativo na Corregedoria do DEAP; que acredita que a filmagem foi editada, tendo em vista que a que consta nos autos é diferente da que apareceu na mídia, tendo sido efetuada busca e apreensão na casa de Júlio; que o depoente não escutou gemidos de presos; que os agentes penitenciários não comunicam fatos diretamente ao juízo da execução; que havendo ameaças ou indisciplina dos presos, é feito uma CI (Comunicação Interna) e encaminhada ao diretor do Presídio; que não se recorda se anteriormente já havia feito alguma comunicação de indisciplina com relação a algum dos presos arrolados da denúncia; ...que o primeiro momento em que soube dos fatos foi quando estava fazendo pós-graduação, no LFG, junto com o seu advogado, e tinham visto na televisão a divulgação dos fatos que ocorreram no Presídio; que não se recorda quantos presos tinha que encaminhar ao Fórum de Tubarão por meio de uma escolta, mas acredita que se tratava de 6 presos; que o depoente ficou no Fórum até o final do expediente, próximo das 19 horas, sendo que a audiência estava marcada para 13:30 ou 14:00 horas; que quando retornou ao presídio tudo estava dentro da normalidade; ...que nunca teve orientação no sentido de como deveria agir, como agente penitenciário, caso presenciasse agressões contra presos; que na época os seus superiores eram os acusados Carlos Mota, como chefe de segurança, e Décio Paquelin, como gerente do Presídio...”.

No entanto, sua alegação é inverídica. No vídeo II, da pasta originais, denominado “vídeo 2”, aparece o denunciado, mais precisamente aos 0:58s, na sala de triagem, ouvindo as ameaças engendradas pelo réu Carlos (fl. 105).

A filmagem é clara e observa o exato momento que o denunciado OLÍVIO para ao lado do acusado Reginaldo, vê e escuta o acusado Carlos ameaçando, vislumbra que o clima estava tenso pelas ameaças e a violenta atitude do réu Carlos e, mesmo assim, nada faz.

Antes disso, já estava no corredor, e o lapso temporal em que ali permaneceu, mesmo que curto, denota que ouvira os berros tanto dos detentos quanto do agressor.

Se os próprios detentos, da viatura estacionada a certa distância do local das agressões, ouviram os gritos, é certo que também o acusado OLÍVIO, que estava no corredor e a caminho da sala de triagem, que fica ao lado, ouviu e presenciou o ocorrido.

Observa-se, das gravações, que o policial, prostrado próximo à porta do banheiro, já escutava tudo, tanto é que se aproximou para ouvir melhor. Logo, não há como acreditar na versão do réu. As imagens não deixam dúvidas. Até poderia o acusado estar em outra sala, mas esteve no local dos fatos, viu e ouviu as agressões e ameaças, o que derruba a sua versão. E apesar disso, o que fez para evitar ou fazer cessar os atos de tortura aos presos? Nada!

Quanto às testemunhas, ao contrário do que alega a defesa, estas também não se contradizem.

O corréu JÚLIO CÉSAR SILVEIRA JÚNIOR salientou na fase extrajudicial:

“(...)que no corredor próximo a porta também consegue reconhecer os agentes Olívio e Reginaldo(...)” (fl. 107).

E em juízo:

“(...)que se recorda é que o agente Olívio estava fora da sala e vem se aproximando da porta durante as agressões ou na parte final(...)” (fl. 708).

Nessa linha Diego Palumbo:

“(...)que apenas Carlos e o PM Rodrigues efetuaram as agressões, mas, dos outros que presenciaram, nenhum tentou parar os golpes sofridos pelos presos; que Olívio também estava presente, tendo auxiliado na escolta, não tendo efetuado qualquer agressão, mas também não fez nada para impedir(...)” (fl. 646).

Inconteste também Gilmar Marques:

“(...)que no local dos fatos estavam presentes os Srs. Reginaldo, Olívio Bone-li, Júlio Cesar Silveira Júnior, reconhecendo-os por foto(...)” (fl. 422).

E o corréu DÉCIO PAQUELIN:

“(...) que só sabe da participação de Reginaldo, Olívio e Jamil pelo que apareceu nas filmagens (...)” (fl. 708).

Interessante anotar, ainda, trecho do depoimento do policial militar e Jean Carlos Medeiros:

“(...) que não tem certeza, mas acha que foi o Olívio que também participou da escolta (após ser mostrada a foto no processo, se lembrou que era mesmo o Olívio); que quando perguntado se a escolta estava sendo realizada no mesmo momento em que os presos chegaram (momento em que os fatos ocorreram), o depoente respondeu que a função dos policiais militares era fazer a escolta de 4 detentos (2 masculinos e 2 femininos), e que a preocupação deles era com relação aos 4 detentos, sendo que Olívio estava envolvido nessa escolta (...)” (fl. 421).

O réu também confirmou que não estava no local (Alegada na defesa preliminar), que era responsável por uma escolta, contudo, o vídeo 2, da pasta originais, demonstra que as duas figuras femininas que seriam escoltadas, de responsabilidade do denunciado portanto, ainda estavam na sala ao lado da triagem [1m:02], no exato momento das ameaças e das agressões.

Por isso que no vídeo o réu aparece na porta da sala da triagem. Mais absurda ainda é a tentativa de desclassificação para lesão corporal culposa, simplesmente porque em respeito ao princípio da individualização da pena, nenhuma sanção passará da pessoa do condenado (art. 5º, inc. XLV, da Carta Magna). Não há que se confundir as imputações, que na denúncia estão muito bem individualizadas. Responde pela tortura o réu Carlos e os demais pela omissão, seja no dever de evitar a lesão, seja de averiguar a conduta dos culpados.

Possível tese de desclassificação para lesão corporal culposa só poderia ser aventada pelo agente condutor da tortura, pois ao contrário do Código Penal, não adotou a Lei de Tortura a teoria unitária, e sim a teoria pluralista, cada partícipe deve responder por um delito diferente.

A propósito (TRF-5, ACR 3902 PE 0001771-61.2003.4.05.8300, de Recife, j. 16.5.2006, Rel. Des. Federal Petrucio Ferreira.):

“CONSTITUCIONAL. PENAL E PROCESSUAL PENAL. TORTURA (ART. 1º, II, PARÁGRAFO 4º, I e 5º DA LEI nº 9.455 DE 1997). CRIME COMETIDO POR POLICIAL MILITAR ESTADUAL NO EXERCÍCIO DE SUAS FUNÇÕES. VÍTIMA - AGENTE DE POLÍCIA FEDERAL. AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS. PROVA TESTEMUNHAL E PERICIAL. VALIDADE. CONDENAÇÃO. PEDIDO DE DESCLASSIFICAÇÃO DO CRIME PARA LESÃO CORPORAL. IMPROCEDÊNCIA. DOSIMETRIA DA PENA. MAJORAÇÃO. POSSIBILIDADE. ARTIGOS 59 E 68 DO CPB. REGIME INICIAL DO CUMPRIMENTO DA PENA. FECHADO. AUTORIZAÇÃO LEGAL. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE. IMPOSSIBILIDADE. AGENTE PÚBLICO. CIRCUNSTÂNCIA ESPECIAL DE AUMENTO.

1- Constitui crime de tortura “Submeter alguém, sob sua guarda, poder ou autoridade, com emprego de violência ou grave ameaça, a intenso sofrimento físico ou mental, como forma de aplicar castigo pessoal ou medida de caráter preventivo” (artigo 1º, II da Lei nº 9.455/97). (...).”

Diante do substrato probatório, a absolvição ou a desclassificação do delito praticado torna-se inviável.

Apoiando as atuais condenações, não poderia ser diferente com relação ao réu JAMIL ANANIAS DE SÁ, o qual, igualmente, presenciou as agressões, assim como os suplícios empregados aos detentos.

No seu interrogatório judicial, JAMIL negou a prática delitiva, como pode-se observar (fl. 708):

“(...) que nos dia dos fatos o interrogado estava de serviço, sendo que iria realizar uma escolta de quatro detentos do Presídio até o Fórum de Tubarão; que chegou ao Presídio por volta das 13 horas; que o interrogado avistou duas viaturas da DEAP, uma Ducato e um Peugeot; que viu o acusado Carlos tirando os detentos de dentro da viatura, mas não viu quais eram os detentos; que não se lembra se Carlos tirou os detentos pelos cabelos; que o interrogado estava próximo a porta da sala de triagem; que não presenciou as agressões, mas apenas ouviu vozes, tipo: - ô seu Carlos, ô seu Carlos; que não presenciou as agressões no corredor, bem como não sabe se isso ocorreu após ter saído do presídio; que no mês anterior teve conhecimento de um princípio de rebelião, mas o interrogado não estava presente; que não sabe dizer quem era o chefe de segurança quando ocorreu o princípio de rebelião; que não ouviu os presos implorarem para Carlos parar com as agressões; (...) que os gritos “ô seu Carlos, ô seu Carlos” não eram de dor; que apenas gritavam alto; que não ouviu gemidos; que se houvesse agressões teria que tomar providências (mandar cessar, dar voz de prisão...), mas não presenciou qualquer agressão; ... que só soube dos fatos pela mídia; que tinha mais de 15 pessoas na sala de triagem (...)”.

Na hipótese em enfrentamento, a análise das filmagens derruba a tese defensiva. Mais precisamente no vídeo 2, pasta originais, aos 0:48s e 1m:00 vislumbra-se o policial, ora réu, na porta da sala de triagem assistindo a empreitada criminosa.

Em nenhum momento, mesmo sabendo que deveria agir (*em seu interrogatório judicial declarou que se houvesse agressões teria que tomar providências - mandar cessar, dar voz de prisão*) (Expressão colhida do seu interrogatório), tomou qualquer providência, e os vídeos, mesmo que editados, comprovam os fatos.

A edição do vídeo não alterou a realidade fática, apenas suprimiu parte das gravações. Logo, não houve nenhuma montagem com vistas a criar fato inexistente e incriminar alguém. Neste ponto, vale dizer que

os originais, na íntegra, encontram-se nos autos, portanto, com ou sem recortes, é possível vislumbrar o acusado, na porta da sala de triagem, sem nada fazer.

As imagens não demonstram o acusado de “costas”. Muito pelo contrário, pois ele é visto de frente para a atividade criminosa e simplesmente mantém-se inerte, embora fosse conhecedor declarado do seu dever funcional.

Os motivos que o levaram ao Presídio, ou seu discernimento com relação ao que estava acontecendo no momento não importam à causa, pois o que deveria fazer, diante de suas atribuições funcionais e do gravíssimo crime presenciado, era imediatamente dar voz de prisão em flagrante ao agente agressor.

No entanto, estava no local dos fatos e viu o réu Carlos cotovelar, socar, chutar e ameaçar os presos. Não se tratou, como visto, de um simples “chamar a atenção”, como referido pelo denunciado JAMIL.

DÉCIO PAQUELIN confirma a presença do acusado na sala de triagem:

“(...) que só sabe da participação de Reginaldo, Olívio e Jamil pelo que apareceu nas filmagens; (...)” (fl. 708).

Da mesma forma Luciano Gerônimo Machado:

“(...) que Jamil estava no corredor (...)” (fl. 422).

E é evidente sua presença no local, os vídeos não deixam dúvidas. A prova não é farta, mas a existente é suficiente para caracterizar a omis-

são do policial, mormente porque as provas concretas e fortes não foram derruídas pelo acusado.

Não é de hoje que o ônus da prova é da acusação, a ela cabendo demonstrar os fatos que conduzem a condenação do réu. Contudo, este não pode se esquivar de sua responsabilidade, já que é seu o ônus de demonstrar que as provas produzidas pela acusação não são verdadeiras.

Magalhães Noronha leciona:

“o processo é o conjunto de atos legalmente ordenados, para a apuração do fato, da autoria e a exata aplicação da lei. O fim é este: a descoberta da verdade, o meio. Da aplicação da lei trata a sentença que dirime o litígio; da apuração da verdade, a instrução. Esta é, pois, a fase do processo em que as partes procuram demonstrar o que objetivam: o acusador a pretensão punitiva, o acusado sua defesa (...). Essa demonstração é o que constitui a prova. Florian escreve que ‘provar é fornecer, no processo, o conhecimento de qualquer fato, adquirindo, para si, e gerando noutrem, a convicção da substância ou verdade do mesmo fato’ (Curso de Processo Penal. São Paulo: Saraiva, 13ª edição, p. 88).

As testemunhas da defesa se restringiram a declarar que o denunciado foi para o presídio para realizar uma escolta, que só vislumbrou os fatos pela imprensa, que tinha muitas pessoas circulando, mas não explicaram como aparece nas imagens, na porta da sala triagem, no momento das agressões e das ameaças.

Os demais detentos realmente não poderiam confirmar a presença do acusado, pois a maioria permaneceu na viatura. Os dois que seguiram à sala de triagem estavam apanhando e é óbvio que os policiais e agentes penitenciários presentes não entregariam o réu.

Não obstante, como dito anteriormente, as provas possuem peso suficiente para sustentar a condenação do acusado JAMIL.

Ao acusado DÉCIO PAQUELIN atribui-se conduta omissiva diversa daquela imputada aos demais denunciados. Embora também omissiva a infração, neste caso pune-se a inércia do agente no que se refere a investigação das denúncias de tortura, ofertadas pelos presos e pelo agente penitenciário JÚLIO CÉSAR SILVEIRA JÚNIOR.

DÉCIO nega a omissão quanto à adoção de providências, afirmando no seu interrogatório judicial (fl. 708):

“(...) que o interrogado não presenciou as agressões e violências físicas; que não presenciou Carlos receber os detentos que chegaram de Criciúma, porque estava em Imbituba, tendo retornado por volta das 14 horas; que não viu as agressões contra Vitor e Rafael na sala de triagem, bem como não presenciou as agressões contra os demais presos no corredor; que só viu a filmagem no mesmo dia (28/05/2010), na parte da noite, pois ficou sabendo pelo diretor do DEAP (Adércio Velter), que passaria na RBS uma filmagem; que no início da tarde estavam os agentes prisionais Júlio e Vamerson, na frente do computador; que o interrogado perguntou se tinha algo acontecendo e os dois responderam que não; que o interrogado então afirmou que se acontecesse algo de que deveria saber, estaria na sua mesa; que em momento algum tais agentes falaram de agressões relacionadas ao agente prisional e acusado Carlos Mota; que em momento algum foram mostradas imagens de agressões; que se o interrogado soubesse das filmagens, colocaria Carlos dentro da viatura e o levaria até o DEAP; que o interrogado recebeu uma ligação anônima de alguém dizendo: “a casa vai cair”; que o interrogado foi até Laguna, para buscar a viatura que estava com Carlos, mas no meio do caminho recebeu uma ligação de Adércio Velter, dizendo que não era para fazer nada; que o interrogado nunca soube que aconteciam agressões dentro do presídio; que nunca um agente ou um preso lhe disse que havia agressões; que só sabe da participação de Reginaldo, Olívio e Jamil pelo que apareceu nas filmagens; que a atitude do interrogado em relação às agressões foi comunicar ao DEAP por ofício; que não sabia da fama do acusado Carlos de disciplinar e agredir presos; que soube que ele seria um bom profissional e que faria um excelente trabalho; (...) que na época o interrogado perguntou para os agentes prisionais, bem como para Adércio, como era o comporta-

mento de Carlos Mota, e estes responderam que ele era rígido, que cobrava dos detentos; que quando havia faltas cometidas pelos presos, eram encaminhadas para o Juízo da execução penal; que não chegou a responder processo administrativo com relação a esses fatos; que acredita que as filmagens ocorreram por causa de uma armação entre Júlio e Vamerson, pois este era o chefe de segurança e foi tirado do cargo, tendo sido substituído por Carlos Mota; que no começo foi mais complicada a aceitação dos agentes penitenciários com a forma de trabalho empregada por Carlos, mas, com o passar do tempo, foram se adequando; que com relação ao sumiço de pertences de presos e funcionários, comunicou ao DEAP e à DP (...).”

Ocorre que as alegações do denunciado não encontram suporte nas provas produzidas durante a instrução. A omissão, no que toca a investigação do crime, é evidente. Consta que o acusado foi avisado, inúmeras vezes, sobre a prática das torturas dentro do Presídio e, apesar disso, omitiu-se do dever de apurar e responsabilizar os autores, omissão esta também verificada em relação ao Diretor do DEAP à época. E uma vez que lhe foi imputada essa grave omissão, tenta atribuí-la a um suposto (e incomprovado) conluio entre agentes prisionais.

Em juízo, o corréu JÚLIO CESAR SILVEIRA JÚNIOR declarou:

“(...) que depois de efetuar as filmagens, as visualizou no computador do setor jurídico e mostrou para o diretor do presídio; que o diretor do presídio tinha conhecimento de que estavam ocorrendo agressões; que o interrogado acredita que o diretor do presídio estava de mãos atadas, porque quem indicou Carlos foi o diretor do DEAP e, dentro do sistema, há uma hierarquia, e se o Diretor do Presídio abrisse algum processo administrativo contra Carlos, poderia perder o cargo, pois é um cargo político; que o interrogado disse para Décio comunicar ao Juízo da Execução Penal, pois isto é um ônus dele; que o interrogado, como agente penitenciário, já tinha feito o que lhe competia, que seria encaminhar cópia do CD a Décio; que Décio disse que se

fizesse algo poderia ser exonerado e colocariam outro no seu lugar; (...) que Décio pediu para o interrogado manter sigilo, pois se vazasse ninguém mais iria querer trabalhar com ele; que o interrogado disse que poderia ter ido direto à imprensa, mas seria “traíra”; que primeiro conversou com Décio, porque este tinha oportunizado ao interrogado uma chance de trabalhar no setor jurídico do Presídio; que o interrogado disse para Décio tomar uma providência, pois poderia ser responsabilizado; (...) que antes de realizar as filmagens, não se reportou ao Diretor do Presídio, mas este sabia da ocorrência de agressões pelos próprios presos (...)” (fl. 708).

Diego Palumbo (fl. 646):

“(...) que Décio não estava presente no momento das agressões, sendo que este só ficou sabendo dos fatos porque foi relatado pelos presos; que falou com Décio pessoalmente sobre os fatos; que quando estava na “Toca”, algum parente seu ligou para o Diretor do Presídio, dizendo que Diego estava só de cueca na “toca”; que depois (no domingo) Décio esteve na “toca” e perguntou quem era Diego Palumbo; que Décio disse que a família do Diego andou ligando para Décio, informando que aquele tinha sido espancado e que estava pelado dentro da “toca”(...)”.

Vamerson Wiggers, agente prisional, também depôs em juízo e enfatizou a ciência dos fatos na data do crime e a omissão de providências por parte do então diretor do Presídio, o acusado DÉCIO PAQUELIM, que limitou-se a comunicar a ocorrência a seu superior hierárquico no DEAP, Sr. Adércio Welter, diretor do departamento. Veja-se:

“(...) que o depoente confirmou o que disse no seu depoente extrajudicial (fl. 121 - “QUE esclarece que o agente Júlio chegou a comentar com o declarante de que teriam rumores de que haveriam gravações de Mota agredindo detentos e que ele teria repassado tal informação ao gerente do presídio, Décio Paquelin; que o Sr. Júlio teria comentado tal fato ao Sr. Décio Paquelin,

logo em seguida, no mesmo dia 28; que o depoente nem outro funcionário não foi chamado pelo Sr. Décio para ser ouvido em algum procedimento de apuração; que o próprio Paquelim, no mesmo dia 28 ou naquele final de semana, antes de sair na imprensa, disse ao depoente que teria ligado ao DEAP, para informar sobre o ocorrido; (...) que o depoente estava presente quando o agente Júlio mostrou o vídeo do crime para o diretor do Presídio, Décio Paquelim, na mesma data da filmagem, uma quinta ou sexta-feira; que a administração ficou de tomar as providências, que na realidade era comunicar ao Adércio (do DEAP) acerca da ocorrência; que acredita que tal comunicação foi feita, porque naquele mesmo final de semana o próprio Paquelim comentou que teria ligado para o Adércio, que era o diretor do Departamento, para comunicar a situação; que no domingo, se não se enganar, Paquelim esteve no Presídio, pegou uma viatura e um agente prisional, para se deslocar até Laguna, para pegar uma viatura que estaria com o Motta e comunicar a ele que ele não estaria mais sendo o chefe de segurança da unidade; que daí, nesse meio tempo, o procedimento, pelo que o Paquelim contou ao depoente, foi que o Adércio disse para manter o Motta como chefe de segurança e para manter a situação como estava, isso naquele momento; que não tem conhecimento, mas acredita que antes de sair na imprensa a divulgação do fato não chegou a ser aberto nenhum procedimento para apurar responsabilidades dos envolvidos; (...) que o depoente acredita que naquele dia mesmo ou no final de semana o Paquelim já tenha conversado com o Motta a respeito da denúncia, “para que se evitasse aquele tipo de situações”; (...) que por uma vontade do DEAP, na pessoa do Sr. Adércio, este indicou ao Paquelim que viesse o Motta da Penitenciária Sul, para assumir a chefia da segurança do Presídio Regional de Tubarão, quando o depoente deixou essa função e passou a atuar no setor jurídico deste último estabelecimento; que sem motivação o depoente acabou sendo colocado à disposição do DEAP, mas acabou retornando à atividade, após obter decisão favorável em um mandado de segurança; que o depoente estava na sala quando Paquelim assistiu ao vídeo da tortura, no mesmo dia dos fatos; (...) que ouviu comentários do envolvimento do acusado CARLOS em fatos similares no Presídio de Criciúma e na Penitenciária Sul” (fl. 421).

Rafael da Silva Antunes narrou em juízo (fl. 478):

“(...) que a única coisa que sabe é que foi levado a Décio denúncias de tortura, mas que não foi falado o autor de tais torturas;(...) que foi dito a Décio que se não tomasse nenhuma medida as denúncias seriam levadas à mídia;(...)”.

O corréu Carlos Augusto Macedo Mota mencionou em seu interrogatório judicial que teve uma conversa superficial com DÉCIO PAQUELIM a respeito dos fatos (fl. 706):

“(...) que Décio marcou um encontro com o interrogado; que se encontraram, então, no Posto Lagoa; que Décio falou que recebeu uma ligação anônima, dizendo que alguém havia filmado;(...) que quando se encontrou com Décio, não foi indagado por este sobre o ocorrido(...)”.

O ponto nodal não é a presença do acusado no momento das ameaças ou do sofrimento físico empregado, e sim a inércia dele com relação a instauração do processo administrativo, muito embora estivesse ciente do ocorrido pouco tempo após a ocorrência.

Independentemente da autoria da tortura, deveria o acusado DÉCIO PAQUELIM, como diretor do Presídio Regional de Tubarão, ter instaurado, imediatamente após a ciência, o competente procedimento para averiguar quem foi o responsável pelos atos praticados, pois existia a denúncia dos presos e a filmagem mostrava o réu Carlos como o possível infrator, além do depoimento do agente penitenciário Júlio César Silveira Júnior, prestado na presença do agente prisional Wamerson Wiggers, estes dois últimos os únicos a sofrer repreensão por parte da administração prisional do Estado de Santa Catarina, em atos revestidos de inequívoca represália.

As provas demonstram que DÉCIO PAQUELIM sabia dos atos criminosos e nada fez, juntamente com o diretor do DEAP. O depoi-

mento do agente penitenciário Júlio era deveras esclarecedor e suficiente para fundamentar a imediata instauração do procedimento.

Veja-se que o denunciado DÉCIO PAQUELIM é contraditório em suas declarações, pois afirmou em seu interrogatório “que se soubesse das filmagens, colocaria Carlos dentro da viatura e iria até o DEAP”, mas não explicou adequadamente a razão pela qual foi buscar a viatura na residência do acusado Carlos, atitude esta que se afiguraria estranha caso não soubesse dos fatos. É óbvio que já tinha conhecimento do crime e deveria ter instaurado o processo administrativo. Se, mais tarde, o diretor do DEAP desse uma ordem para arquivar o procedimento, era uma questão para ser averiguada a *posteriori*., sendo certo que esse tipo de ordem, se houvesse, poderia ser classificada como manifestamente ilegal, a justificar a inobservância por parte do subalterno.

A omissão do denunciado é evidente, pois agiu tão somente após as imagens terem sido divulgadas na imprensa, o que se deduz ainda dos seguintes depoimentos *in verbis*:

Adércio José Velter:

“(...) que só foi tomada alguma medida quando passou na RBS e, então, foi determinada imediatamente o afastamento de Carlos; que, então, foi aberta uma sindicância; (...)” (fl. 648).

Luciano Gerônimo Machado (fl. 422):

“(...) que depois não foi chamado pela direção do presídio para falarem sobre o ocorrido, mas apenas foi chamado pela Corregedoria, mais ou menos 20 ou 30 dias após (...)”.

Vamerson Wiggers:

“(...) que o depoente ou qualquer outro funcionário não foi chamado pelo Sr. Décio para ser ouvido em algum procedimento de apuração; (...)” (fl. 421).

Reginaldo Claudino Borda (fl. 706):

“(...) que não sabe nada sobre Décio ser comunicado nas agressões e não ter instaurado nenhum processo administrativo, tendo agido apenas depois de sair as imagens na mídia; (...)”.

Elton Roussenq Garcia (fl. 421):

“(...) que não foi chamado pelo Sr. Décio, o qual era diretor do presídio, para falar a respeito dos fatos; (...)”.

Outrossim, também não comprovou que teria encaminhado a *notitia criminis* para o diretor do DEAP, com o escopo de ser realizada a sindicância, sendo certo que atos oficiais de agentes do Estado devem ser devidamente formalizados, documentados, para resguardo de responsabilidades inerentes ao exercício do cargo.

Humberto Theodoro Júnior anota que *“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”*(Curso de Direito Processual Civil. São Paulo: Forense, 1994, 12^a ed., p. 411).

Mesmo que necessitasse de autorização prévia do DEAP, deveria ter encaminhado a denúncia para o Sr. Adércio José Velter que, como afirmou no seu depoimento, não teve conhecimento dos fatos pela via administrativa:

“(...) que não tem conhecimento de haver qualquer processo administrativo instaurado em relação ao acusado; (...) que o depoente não recebeu nenhuma reclamação sobre maus tratos; que só foi tomada alguma medida quando passou na RBS e, então, foi determinado imediatamente o afastamento de Carlos; que, então, foi aberta uma sindicância (fl. 648)”.

Essa assertiva foi confirmada em Juízo (fl. 971).

Reza o art. 2º da LC nº 491/2010:

“A Administração Pública obedecerá, entre outros, os princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, impessoalidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, razoável duração do processo, interesse público e eficiência. Parágrafo único. A norma administrativa deve ser interpretada e aplicada da forma que melhor garanta a realização do fim público a que se dirige”.

A regra motriz está no art. 3º da LC 43/2010:

“A autoridade que de qualquer modo tiver conhecimento de irregularidade no serviço público é obrigada a promover sua apuração imediata, pelos procedimentos previstos nesta Lei Complementar, assegurado ao acusado a ampla defesa”.

Estabelece a instrução normativa nº 43/2010, do DEAP, dentre as atribuições do diretor de presídio:

“IV - determinar a instauração de sindicância na área de sua abrangência regional, sempre com prévia justificativa dos fatos e autorização do Departamento de Administração Prisional-DEAP, em conformidade com a Lei 491/2010”.

Finaliza o § 4º do art. 3º, da LC 43/2010:

“Incorrerá a autoridade em responsabilidade administrativa caso constatada a omissão no cumprimento da obrigação das disposições deste artigo”.

Inafastável, portanto, a condenação do acusado DÉCIO PAQUELIM, por omitir-se no dever de deflagrar, oficialmente, a investigação dos fatos (tortura cometida pelo acusado CARLOS), imediatamente após ter tomado conhecimento do ocorrido.

Analisando a figura típica (art. 1º, § 2º c/c o § 4º, inc. I, da Lei 9.455/97), temos que *“aquele que se omite em face dessas condutas, quando tinha o dever de evitá-las ou apurá-las, incorre na pena de detenção de um a quatro anos”.*

Valioso o escólio de Alberto Silva Franco, Rafael Lira e Yuri Felix (op.cit. p. 198):

“Omitir não é o simples “deixar de fazer”, a mera “inércia”, a “não ação”. Omitir, em verdade, é o não fazer aquilo que se devia fazer. No caso do § 2º, do art. 1º da Lei 9.455/97, a omissão consiste, exatamente, em face das condutas de constrangimento e de submissão postas em prática pelo torturador, não fazer o que o omitente, no momento – portanto, complemento

adverbial de tempo –, tinha o dever de fazer, ou seja: ou evitar que aquelas condutas fossem executadas ou apurar devidamente quem as executou. O “evitar” pressupõe um procedimento positivo com a finalidade de impedir que se consuma a tortura. Já o “apurar” retrata um comportamento negativo consistente em não averiguar, em não investigar, em sumar, em não responsabilizar o autor ou autores de torturas. Em qualquer dessas situações, o agente tem o dever de atuar como garantidor da integridade física e mental do torturado”.

Assim, imperiosa a condenação dos acusados REGINALDO CLAUDINO BORBA, OLÍVIO BONELI NANDI JÚNIOR, JAMIL ANANIAS DE SÁ e DÉCIO PAQUELIN, pois os primeiros tinham o dever de impedir, enquanto o último tinha o dever de investigar as torturas cometidas pelo acusado CARLOS AUGUSTO MACEDO MOTA.

O fato de as perícias não terem encontrado qualquer lesão corporal não afasta a condenação, pois evidenciado o uso de violência física intensa, de modo a causar dor, bem como de violência psicológica contra os presos, visando manter a disciplina no estabelecimento prisional e mesmo como forma de castigo por conta do suposto envolvimento em anterior motim.

Não diverge deste entendimento Alberto Silva Franco, Rafael Lira e Yuri Felix, que também admitem a possibilidade de que alguns suplícios sejam empregados sem que deixem sinais exteriores.

Transcreve-se (op. cit. p. 204):

“Ainda que se admita, para argumentar, que é possível, através de perícia médico-legal, detectar o sofrimento físico de alguém, não se pode ignorar que vários sofrimentos físicos podem ser infligidos sem que deles decorram vestígios”.

Passo a analisar duas teses que são comuns a todos os réus.

No tocante ao aventado *bis in idem* que decorreria da aplicação da causa de aumento do § 4º, inc. I, do art. 1º, da Lei Antitortura, novamente não tem razão a defesa, pois o crime de tortura não é próprio de agente público, podendo ser cometido por qualquer pessoa. A condição de agente público não constitui circunstância elementar do tipo penal (crime de tortura). No inciso II, quando o tipo penal descreve as elementares “sob sua guarda, poder e autoridade”, refere-se a relações privadas, não se confundindo, pois, com a causa de aumento de pena em questão, que considera a conduta (tortura) muito mais grave quando praticada por agente público.

Tal causa de aumento foi instituída justamente para diferenciar relações privadas de públicas. Logo, aquele que age nesta condição tem a pena base aumentada de um sexto a um terço, principalmente porque tem a facilitação de empreender a conduta criminosa com a vítima totalmente indefesa.

Guilherme Souza Nucci arremata (op. cit. p. 1.203):

“Logo, a posição de garante pode ser assumida tanto pelo agente público como por outra pessoa. Por isso quando o omitente for agente público, deve sofrer pena mais severa, justamente pela posição que ocupa, em regra, atuando em defesa da sociedade”.

É o caso do agente CARLOS, pois este agrediu detentos que estavam algemados e que, portanto, não ofereciam qualquer risco, sobre os quais exercia autoridade, como agente prisional e chefe da segurança do Presídio Regional de Tubarão.

Diversa, porém, é a situação dos agentes públicos que respondem por omissão do dever legal de evitar ou apurar a conduta comissiva do agente

CARLOS, os quais se enquadram nas disposições do art. 13, § 2º, I, do CP, *verbis*:

“Art. 13. O resultado, de que depende a existência do crime, somente é imputável a quem lhe deu causa. Considera-se causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido.

(c).

§2º. A omissão é penalmente relevante quando o omitente devia e podia agir para evitar o resultado. O dever de agir incumbe a quem:

I – tenha por lei obrigação de cuidado, proteção ou vigilância b.

É caso dos agentes prisionais e policiais militares, que nada fizeram para impedir o crime de tortura cometido pelo acusado CARLOS, bem como do diretor do estabelecimento penal que, embora não estivesse presente no momento do crime, omitiu-se, ao depois, no dever de apurar os fatos e promover a responsabilização do autor.

Ensina Alberto Silva Franco, Rafael Lira e Yuri Feliz:

“a primeira causa de aumento de pena refere-se à qualidade do sujeito ativo. Se for ele agente público, a pena deve ser necessariamente aumentada. (...) Em duas situações, no entanto, a condição de agente público é imprescindível para a própria caracterização típica, criando-se, obliquamente, um crime próprio: a) quando o agente tortura alguém, sob sua autoridade, desde que se atribua à autoridade o conceito legal dado pelo art. 5 da Lei de Abuso de Autoridade; b) quando o agente omite a apuração da tortura tendo o dever, obviamente, legal de realizá-la” (Crimes hediondos. São Paulo: RT, 2011, p. 210-211).

Sobre a perda do cargo, reza o § 5º do art. 1º da Lei de Tortura:

“A condenação acarretará a perda do cargo, função ou emprego público e a interdição para seu exercício pelo dobro do prazo da pena aplicada”.

Alberto Silva Franco, Rafael Lira e Yuri Feliz comentam (op. cit. p. 212):

“desde que transitada em julgado, a sentença acarreta a perda do cargo, função ou emprego público do agente público. Cuida-se, no caso, de efeito automático da condenação, não dependendo de motivação, ou do tempo de duração da condenação. Além disso, o legislador penal, em discrepância com o que foi estabelecido na Reforma Penal de 1984, ressuscitou a pena acessória de interdição para o exercício do cargo, função ou emprego público. Tal interdição deverá ter a duração do dobro do prazo da pena aplicada. Destarte, mesmo reabilitado, o condenado por tortura não poderá concorrer a nenhum cargo, função ou emprego público pelo prazo já mencionado. Conforme anota Luiz Flávio Gomes, ultrapassado este prazo, pode o sujeito concorrer a cargos públicos, porque nenhuma pena pode ser perpétua. Mas jamais voltará para o cargo que ocupava (Tortura (Lei 9.455/97) cit., p. 127)”.

Nesta ótica também Guilherme Souza Nucci (op. cit. p. 1.204), Ricardo Antônio Andreucci (Legislação Penal Especial. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 613), José Geraldo da Silva, Paulo Rogério Bonini e Wilson Lavorenti (Leis Penais Especiais. Campinas-SP: Millennium, 2010, p. 438).

Contudo, entendo que apenas ao agente torturador se aplica esse efeito da condenação, que é automático, não se estendendo a perda do cargo àqueles que respondem por omissão no dever de evitar ou apurar a conduta de tortura. A estes últimos, entendo como pertinente a análise do cabimento da perda do cargo na forma do art. 92, I, ga h e parágrafo único, do Código Penal, devendo esse efeito ser motivadamente declarado na sentença.

Deve-se observar que a lei pune severamente aquele que pratica a tortura (autor incluso nas hipóteses do art. 1º, caput e §§ 1º e 3º da Lei nº 9.455/1997, cominando pena muito mais branda àqueles que apenas se omitem no dever de evitar ou de apurar a tortura, os quais se enquadram na hipótese do § 2º do mesmo tipo penal. O torturador está sujeito a penas que variam de 2 a 16 anos de reclusão, bem como ao seu cumprimento em regime inicial fechado, enquanto que os últimos estão sujeitos a penas de um a quatro anos de detenção, que comporta no máximo o regime prisional semiaberto. O torturador, por ter cometido crime violento, não poderá se beneficiar de penas alternativas, restritivas de direitos. Já os que respondem por omissão não cometeram atos violentos e, assim, podem ser beneficiados com penas alternativas, no caso de preencherem os demais requisitos legais.

Logo, não se afigura razoável punir-se o agente torturador e os agentes que se omitiram no dever legal de evitar e apurar a tortura, com o severo efeito da perda do cargo, dando-se o mesmo tratamento para situações fáticas totalmente diversas. Representaria grave afronta ao princípio constitucional penal da proporcionalidade, assim descrito por Guilherme de Souza Nucci:

“quer dizer que as penas devem ser harmônicas com a gravidade da infração penal cometida, não tendo cabimento o exagero, nem tampouco a extrema liberalidade na cominação das sanções nos tipos penais incriminadores. Não teria sentido punir um furto simples com elevada pena privativa de liberdade, como também não seria admissível punir um homicídio com pena de multa. A Constituição, ao estabelecer as modalidades de penas que a lei ordinária deve adotar, consagra a proporcionalidade de maneira implícita, corolário natural da aplicação da justiça, que é dar a cada um o que é seu, por merecimento. Fixa o art. 5º, XLVI, as seguintes penas: 1) privação ou restrição da liberdade; 2) perda de bens; 3) multa; 4) prestação social alternativa; 5) suspensão ou interdição de direitos. No dizer de Mariângela Gama de Magalhães Gomes, ‘a circunstância de o princípio da proporcionalidade

não estar expressa na Constituição brasileira não impede que seja reconhecido em vigor também aqui, invocando o disposto no § 2º do art. 5º (O princípio da proporcionalidade no direito penal, p. 63)” (Código Penal Comentado, 13ª ed., RT, 2013, p. 55).

Lenio Luiz Streck leciona:

“os princípios, mesmo não inscritos textualmente na Constituição, servem para fazer a conformação dos textos normativos infraconstitucionais com o texto da Constituição. Talvez os mais importantes, nessa trilha, sejam mesmo os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, reconhecidos desde há muito pelos Tribunais europeus, norte-americanos e pelo Supremo Tribunal Federal. Os direitos fundamentais estão ligados indissociavelmente com os princípios constitucionais, sendo, destarte, o próprio fundamento do processo hermenêutico-constitucional. Antes da regra, vigora o princípio, que lhe dá fundamento de validade” (Jurisdição Constitucional e Hermenêutica – Uma Nova Crítica do Direito, editora Livraria do Advogado, 2002, p. 414).

C) TORTURA POR OMISSÃO: ACUSADO JÚLIO CÉSAR SILVEIRA JÚNIOR.

Ao acusado JÚLIO CÉSAR SILVEIRA JÚNIOR também é atribuída a conduta omissiva prevista no art. 1º, § 2º c/c o § 4º, inc. I, da Lei Antitortura.

Colhe-se do seu interrogatório judicial que o acusado JÚLIO nega a prática da omissão e discorre sua peregrinação no intuito de que as autoridades tomassem alguma providência, o que foi inútil, tendo que enviar o material à imprensa para chamar a atenção da comunidade jurídica:

“que o interrogado estava no presídio no dia dos fatos; que presenciou parte dos fatos; que confirma o princípio de rebelião ocorrido no dia 26.4.2010; que na data do princípio de rebelião o acusado Carlos ainda não exercia a função de chefe de segurança no presídio de Tubarão; que Carlos, naquela data, exercia suas funções na Penitenciária Sul; que os presos foram temporariamente transferidos para Criciúma, por um período de 30 dias, em razão desse princípio de motim; que no dia em que ocorreram as agressões, os presos estavam retornando dessa medida disciplinar; que dentre esses presos estavam Rafael Bento e Vitor Domingos; que confirma que Vitor e Rafael foram levados para a sala de triagem (também chamada de sala de segurança ou sala de plantão), onde foram agredidos, sendo que Vitor foi levado pelos cabelos; que Rafael estava algemado com Vitor e acabou sendo levado junto; que o interrogado fez um registro audiovisual das agressões; que não confirma, porque não presenciou, as agressões que teriam ocorrido no corredor, contra os demais presos (Diego, Halisson, Ivan, João Batista e Roberto), os quais, posteriormente, foram retirados da viatura; que o interrogado fez as filmagens tendo por base suas crenças filosóficas e sociológicas, eis que sempre foi contra qualquer tipo de violência; que o interrogado não concordava com aquela metodologia de trabalho; que houve uma reunião em Laguna e soube, por meio de pessoas que estavam nesta reunião, que o sr. Adércio José Velter (diretor do DEAP) disse para o acusado Décio Paquelin que iria colocar alguém de sua confiança como chefe de segurança no Presídio Regional de Tubarão, e que essa pessoa seria o acusado Carlos Mota, sendo que para tanto Décio teria que fazer uma comunicação interna, solicitando Carlos; que o interrogado tinha sido comunicado, por Décio, para prestar atenção em Carlos, pois este tinha uma forma mais enérgica de trabalhar com os presos e já teria respondido a processo por agressão e, dessa forma, poderia ‘sobrar’ para a administração do Presídio; que os presos já vinham falando que Carlos estava pegando pesado; que o interrogado não tinha como fazer um encaminhamento formal da questão, porque não teria como provar; que, se o fizesse sem provas, seria perseguido dentro do sistema; que, portanto, efetuou as filmagens, mas não pediu autorização para o diretor do presídio para fazê-las; que depois de efetuar as filmagens, as visualizou no computador do setor jurídico e mostrou para o diretor do presídio; que o diretor do presídio tinha conhecimento de que estavam ocorrendo agressões; que o interrogado acredita que o diretor do presídio estava de mãos atadas, porque quem indicou Carlos foi o diretor do DEAP e, dentro do sistema, há

uma hierarquia, e se o diretor do Presídio abrisse algum processo administrativo contra Carlos, poderia perder o cargo, pois se trata de um cargo político; que o interrogado disse para Décio comunicar ao Juízo da Execução Penal, pois isto era um ônus dele; que o interrogado, como agente penitenciário, já tinha feito o que lhe competia, que seria encaminhar cópia do CD a Décio; que Décio disse que se fizesse algo poderia ser exonerado e colocariam outro no seu lugar; que Décio solicitou ao interrogado que este fizesse uma comunicação interna sobre a entrega da gravação das agressões para Décio; que o interrogado disse que não iria fazer a comunicação; que Décio pediu para o interrogado manter sigilo, pois se o caso vazasse ninguém mais iria querer trabalhar com ele; que o interrogado disse que poderia ter ido direto à imprensa, mas assim seria 'traíra'; que primeiro conversou com Décio, porque ele tinha oportunizado ao interrogado a chance de trabalhar no setor jurídico do presídio; que o interrogado disse para Décio tomar uma providência, pois poderia ser responsabilizado; que se não se engana, o dia 28/05/2010 caiu em uma sexta-feira, tendo mostrado o vídeo, no computador do Presídio, por volta das 15 horas, e as imagens saíram na imprensa somente na segunda-feira ou na terça-feira seguinte; que o interrogado mandou as imagens para a imprensa no seu inteiro teor; que, por tais fatos, o interrogado foi transferido para São Miguel do Oeste, após uma reunião com a participação do Secretário de Estado da Segurança Pública, do diretor do DEAP (Adércio), do diretor do Presídio Regional de Tubarão (acusado Décio Paquelin) e outros; que na reunião disseram que eles eram a autoridade competente para receber qualquer tipo de denúncia; que Adércio 'dava de dedo na cara' do interrogado; que disseram que o procedimento para denunciar está no site do DEAP e que uma das formas seria apresentar as provas ao superior hierárquico, mas isto foi feito pelo interrogado; que disseram também que, na Grande Florianópolis, em Criciúma e em outras localidades, nenhum agente penitenciário queria trabalhar com o interrogado; que o interrogado pediu que então fosse colocado em uma delegacia, para fazer boletins de ocorrência, mas disseram que o mandariam para São Miguel do Oeste; que os acusados Reginaldo e Olívio não estavam dentro da sala de triagem; que, se não se engana, Olívio estava no presídio para realizar a escolta de presos para o Fórum; que pelo que aparece nas imagens, Reginaldo começa a adentrar na sala de triagem, mas logo retorna; que não sabe informar se Reginaldo, Olívio e Jamil presenciaram todas as agressões; que enquanto ocorriam as agressões, o interrogado não teria como agir, pois se

desse voz de prisão ao seu superior hierárquico, esse reagiria e os demais agentes nada fariam nada; que se o interrogado cometesse algum ilícito, o chefe de segurança poderia dar voz de prisão a ele, os demais agentes o algemarariam e poderia ser revistado, encontrariam as imagens e não teria mais como divulgar a prova dos fatos; que, em decorrência dos fatos, o interrogado foi transferido e perseguido; que conseguiu voltar para Tubarão, por causa de uma liminar concedida pelo Tribunal de Justiça; (...); que, com relação a outros agentes penitenciários, não sabe dizer se houve descontentamento com o trabalho exercido por Carlos Mota, mas o interrogado não concordava com aquela metodologia de trabalho; que a única forma de descontentamento era como Carlos aplicava a disciplina nos presos; que, além das agressões que gravou, o interrogado presenciou outras; que, na fase policial, disse que tinha editado as imagens, mas explicou que não deturpou nenhum fato ao editar as imagens e sim que apenas gravou no CD a parte principal, referente às agressões; que não ocorreram agressões por parte de demais acusados; que o interrogado não comunicou ao promotor da Execução Penal, porque no Fórum já é conhecido e, uma vez que tivesse o seu nome no Fórum, a cidade inteira já saberia; que então encaminhou o ocorrido para a promotora de justiça Vera Lúcia, representante do Ministério Público de Criciúma, isto antes de mandar as imagens para a imprensa; que o interrogado realizou cinco registros, que dizem respeito aos mesmos fatos, envolvendo as agressões físicas e verbais; que sabia que Carlos, para dar lição em alguns presos, os levava para uma sala e fechava, sendo que o interrogado já havia tentado entrar na sala, para registrar, mas não conseguiu; que, portanto, Carlos se precavia; (...); que quando mostrou as gravações ao diretor do Presídio, estava presente o agente Vamerson e o agente penitenciário Rafael; que levou as gravações ao conhecimento de Vera Lúcia (Ministério Público Estadual em Criciúma), Celso Três (Procurador da República) e OAB, antes das imagens serem mandadas para a imprensa; (...); que com a chegada de Carlos, houve melhorias que o interrogado considerou necessárias, como a realização de revistas na entrada do Presídio; que Carlos implementou medidas de organização dentro do presídio, até mesmo em relação aos pertences de presos, que sumiam; que, antes de realizar as filmagens, não se reportou ao diretor do Presídio, mas este sabia da ocorrência de agressões, pelos próprios presos; que não se reportou ao Ministério Público antes de realizar as filmagens; que se as agressões fossem só palavras de baixo calão, não teria sido filmado, pois isto era comum no presídio, sendo que o próprio in-

terrogado já tinha sofrido desacato e ameaças inúmeras vezes; que Carlos solicitou ao interrogado uma lista com o nome de 5 ou 6 presos mais indisciplinados, para colocá-los na triagem; que não sabe informar se Vitor Domingos e Rafael Bento estavam nessa lista; que sabe que esses presos têm uma indisciplina acentuada; que não sabe informar se tais presos fazem parte do PCC; (...); que se recorda que o agente Olívio estava fora da sala e vem se aproximando da porta, durante as agressões ou na parte final; que Reginaldo deu uma olhada para dentro da sala e logo saiu; que isso ocorreu e já estava na parte do xingamento; (...); que sabia que tinha uma diligência até o Fórum de Tubarão e sabia que estava ocorrendo a retirada de um preso, para ser levado até o Fórum, mas não tem como ter um controle da função de cada funcionário, de quem estava responsável pela escolta; (...); que teve um agente penitenciário, de nome Rafael, que depois contou ao interrogado que Décio Paquelin lhe disse que tinha que fazer um deslocamento, junto com o agente penitenciário Marcos, até Laguna, para retirar a viatura do acusado Carlos Mota, acreditando que este seria afastado; que, indo para Laguna, Décio tentou ligar para Adércio, para dizer do ocorrido; que Décio e Marcos voltaram na mesma viatura; que Décio foi perguntado se não pegaram a viatura de Carlos, mas Décio informou que no caminho recebeu uma ligação de Adércio, o qual disse para ‘não botar a mão’ no Carlos; que Adércio disse que era para deixar exatamente como estava; que qualquer coisa que ocorresse era Adércio que tomaria a decisão e não o diretor do Presídio; (...); que na data dos acontecimentos tinha mais de 15 pessoas ‘circulando’”.

Vários depoimentos dão suporte às alegações do denunciado.

A testemunha Vera Coró Bedinoto, promotora de justiça da Comarca de Criciúma, relatou em juízo (fl. 624):

“...que acredita ter sido arrolada como testemunha porque, alguns dias antes do surgimento das denúncias de tortura, recebeu um CD gravado, onde se podia verificar o Sr. Carlos Mota, que à época era o chefe de segurança do Presídio de Tubarão, agredindo alguns detentos; que o CD lhe foi entregue por uma moça, que não quis se identificar; que a moça disse que vinha de

Tubarão, mas que não podia dizer o seu nome e nem quem havia mandado a gravação; que a depoente não podia tomar qualquer providência, porque os fatos teriam ocorrido em Tubarão e assim seriam encaminhados ao promotor de justiça da Comarca de Tubarão; que não lembra bem se alguns dias depois uma pessoa, do sexo masculino, ligou para a depoente, sem se identificar, relatando os fatos que posteriormente vieram a público, inclusive no youtube; que a pessoa colocava novamente esta situação da agressão em relação aos presos e que não podia se identificar com medo de represálias; que, posteriormente, a depoente imaginou ser um agente penitenciário que tivesse feito a ligação; que a depoente também imagina que a sua indicação, como testemunha, se deu porque tal agente penitenciário tenha sido incluído na denúncia, em que pese não tenha praticado agressão física, mas que pretende provar que tomou providências, encaminhando CD ao conhecimento da Promotoria de Criciúma; que no meio tempo em que recebeu o CD e que o fato veio a público através da internet, passou muito pouco tempo; que, por esse motivo, o promotor de Tubarão não teria como tomar providências”.

Celso Três, Procurador da República a quem também recorreu o acusado JÚLIO, afirmou o seguinte em seu depoimento judicial (fl. 673):

“...que veio à tona filmagens de tortura realizadas no Presídio de Tubarão; que quem fez a gravação foi um dos acusados, de nome Júlio, agente penitenciário; que, na época, Júlio mandou para a Promotoria de Criciúma e para as autoridades superiores do sistema penitenciário, as quais não tomaram providências; que, então, caiu na imprensa e virou notícia nacional; que então as forças de repressão se voltaram contra o autor da gravação, tendo sido realizadas apreensões das gravações na sua casa; que o promotor denunciou Júlio por ser novo em Tubarão e não conhecer a realidade do presídio, sendo que Júlio estava documentando e gravando uma violação aos direitos humanos; que Júlio realizou a gravação, estando no exercício correto da sua profissão; que quando a gravação veio à tona, Júlio foi removido para o extremo oeste catarinense; que um dos principais acusados de ter cometido a tortura já estava sendo processado em Criciúma; (...) que foi instaurado processo administrativo contra Júlio”.

Silvana Zardo Francisco, então presidente da OAB-Tubarão/SC, declarou em juízo (fl. 478):

“...que Júlio procurou a depoente para noticiar algo que ocorreu dentro do presídio; que o acusado Júlio relatou que havia tido um movimento com um dos agentes prisionais, Sr. Carlos e que havia presenciado as agressões, bem como que havia uma filmagem do ocorrido; que os fatos ocorreram no interior do presídio, com relação ao deslocamento/transporte de presos; que o vídeo foi mostrado para a depoente; que não se lembra se isso foi antes ou depois de aparecer na mídia, mas tem gravado documentalmente, pois, assim que foi procurada, mandou um ofício para a Comissão de Tortura estadual, para o Dr. Valdir Mendes, responsável junto à OAB; (...); que o ofício foi assinado com o teor do que seriam as agressões, sendo encaminhado para a OAB estadual; (...); que não se recorda se a OAB oficiou o Juízo da Execução Penal da Comarca de Tubarão para comunicar a respeito das denúncias”.

Orlando de Deus Duarte Júnior, advogado militante em Tubarão, afirmou ao depor em juízo (fl. 478):

“...que é presidente da Comissão de Assuntos Prisionais da OAB desde a posse a diretoria; que, acerca dos fatos, foi procurado por Júlio, o qual relatou que havia acontecido agressões dentro do Presídio Regional; que isso foi antes da divulgação das imagens; que Júlio não mostrou as filmagens para o depoente, mas apenas falou que existia tais imagens; que Júlio entrou em contato com a presidente da Subseção, Dra. Silvana Zardo; que então a Dra. Silvana entrou em contato com o depoente e tiveram uma reunião no escritório da Dra. Silvana; que então Júlio relatou o que ocorreu no presídio; que logo em seguida o depoente teve conhecimento das imagens pela imprensa; (...); que apareceu na mídia logo em seguida que Júlio procurou o depoente (uns dois ou três dias, não sabendo precisar); (...); que na época Júlio havia dito que o autor das agressões seria o chefe de segurança, Carlos

Mota; que o depoente só viu as imagens na imprensa; que ouviu sobre outras agressões ocorridas no presídio, mas que nenhuma foi provada; que Júlio não deu minúcias de como ocorreram as agressões, mas afirmou apenas que tinha a gravação”.

Ainda tem-se o depoimento judicial do agente prisional Vamerson Wiggers:

“(...) que o depoente confirma o que disse no seu depoimento extrajudicial (fl. 121 - ‘QUE esclarece que o agente Júlio chegou a comentar com o declarante de que teriam rumores de que haveriam gravações de Mota agredindo detentos e que ele teria repassado tal informação ao gerente do presídio, Décio Paquelin; que o Sr. Júlio teria comentado tal fato ao Sr. Décio Paquelin no mesmo dia dos fatos; que o depoente ou qualquer outro funcionário não foi chamado pelo Sr. Décio para ser ouvido em algum procedimento de apuração; (...)” (fl. 421).

Gilmar Marques corrobora (fl. 422):

“(...) que acredita que as agressões foram levadas a conhecimento do diretor do presídio na época, mas não tem como provar isso; (...)”.

Denota-se que o acusado foi objeto de retaliações após a divulgação das imagens, pois sem motivação e interesse público, tratou o DEAP de transferir o réu para o extremo Oeste do Estado de Santa Catarina, com o evidente intuito de dificultar a apuração dos fatos e puni-lo antecipadamente por ter agido corretamente, empregando os meios de que dispunha para fazer cessar a conduta criminosa que o agente CARLOS vinha desempenhando sem oposição de quem quer que fosse e ainda sob a proteção de seus superiores hierárquicos.

Ainda que se pudesse verificar na conduta do acusado JÚLIO a mesma omissão imputada aos demais agentes e policiais militares denunciados, não se pode ignorar que o mesmo, ainda que por caminhos equivocados, esforçou-se no sentido de fazer cessar a conduta criminosa e responsabilizar seu autor.

Veja-se que o diretor do Presídio, o acusado DÉCIO PAQUELIM, já estava ciente da conduta agressiva do acusado CARLOS e, não obstante, nada fez para evitar que este continuasse a comportar-se dessa forma. Quando se deram os fatos objeto da denúncia, DÉCIO mais uma vez foi informado, pelo acusado JÚLIO, acerca do ocorrido, desta vez, porém, com prova material do crime, mas continuou inerte. Até demonstrou que estava disposto a tomar alguma atitude, como lhe impunham as obrigações do cargo, mas rapidamente demoveu-se da ideia, isto após manter contato com o diretor do DEAP e por este ser ordenado, ilicitamente, que não era para fazer nada contra o acusado CARLOS. Temia, DÉCIO, perder o cargo de confiança que ocupava, do qual estava sujeito a ser demitido por seus superiores ad nutum. Preferiu, assim, salvaguardar-se, ao invés de promover a devida apuração dos fatos no âmbito administrativo, com a autoridade que lhe era atribuída pelo cargo.

Obviamente, depois da divulgação na imprensa, as autoridades administrativas correram atrás do prejuízo e trataram de imediatamente afastar CARLOS de suas funções junto ao Presídio Regional de Tubarão.

O equívoco de JÚLIO foi ter procurado noticiar os fatos às autoridades erradas, no caso uma promotora de justiça e um procurador da república, que não detinham qualquer competência para apurar os fatos e promover a responsabilização dos envolvidos. Não se justificava o apontado receio de ser reconhecido como delator caso viesse ao Fórum de Tubarão noticiar os fatos às autoridades competentes. Deveria ter procurado a promotoria de justiça com atribuições junto à Execução Penal em Tubarão, ou mesmo o juízo de direito detentor de atribuições de correi-

ção junto aos estabelecimentos prisionais desta Comarca, para noticiar os fatos. Certamente tais autoridades teriam adotado providências imediatas, como o fizeram assim que, pela imprensa, tomaram conhecimento do ocorrido. O signatário, ainda por telefone, ao tomar conhecimento dos fatos, tratou de telefonar para o delegado de polícia responsável pela COP (Central de Operações Policiais) de Tubarão, Dr. Marcos Flávio Ghizoni Júnior, orientando-o a imediatamente instaurar o competente inquérito policial, o que foi feito.

De se observar, também, que o procurador da república Celso Três tratou de usar a imprensa e até tentou, ao total desamparo do permissivo legal, arrastar a competência para processamento e julgamento do caso à Justiça Federal, tudo com o propósito inescandível de defender os interesses do acusado JÚLIO, o que acabou revertendo em desfavor deste, por indevida ingerência de dita autoridade em seara alheia, causando estranheza e perplexidade a este juízo.

Com isso, criou-se uma fundada suspeita a respeito das reais intenções de JÚLIO quando resolveu filmar os fatos, indagando-se se realmente tinha por objetivo documentar e fazer cessar os atos de tortura, ou se o seu objetivo, como até se cogitou, seria o de retaliar-se por suposto descontentamento frente a mudanças que o acusado CARLOS teria promovido ao assumir a chefia da segurança do Presídio Regional de Tubarão.

De qualquer forma, deve-se reconhecer que, não fosse a decisão do acusado JÚLIO, de filmar e assim documentar os atos de tortura praticados por seu superior hierárquico, provavelmente não teria sido deflagrada a investigação criminal e a ação penal, ou, caso tivessem sido instaurados, não se chegaria a uma decisão condenatória, pela dúvida que geralmente paira sobre a prova exclusivamente testemunhal, ainda mais em se tratando de acusações graves como as que foram objeto desta ação

penal e tendo-se em vista o espírito corporativista que geralmente se instala em casos como este, em que colegas de profissão buscam eximir-se mutuamente de responsabilidades. Aliás, no caso se verificou com bastante clareza os atos de imediata retaliação sofridas pelo acusado JÚLIO no âmbito administrativo, quando divulgadas as imagens pela imprensa.

Interessante ressaltar que se o agente JÚLIO tomasse qualquer atitude no momento dos fatos, colocaria em risco a formação da prova, pois certamente a filmagem seria destruída caso fosse detido e revistado.

Louvável, assim, sua atitude.

Como já explicitado, o acusado JÚLIO CÉSAR SILVEIRA JÚNIOR foi a exceção e realmente fez toda a diferença, pois sozinho resolveu reagir, no intuito de por fim a essa prática odiosa que é a tortura e, enfrentando o sistema, sujeitando-se a medidas de retaliação e perseguição funcional, acabou por tornar público aquilo que, há muito, se sabe acontecer no sistema carcerário, não só em Santa Catarina, como também em todo o território deste País, obviamente longe dos olhos daqueles que detêm autoridade para processar e punir crimes desta espécie.

Mercia, por tal postura destacada e louvável, não uma punição, como ocorreu, mas sim uma condecoração, um prêmio, um incentivo, para que outros agentes prisionais também tomem coragem de denunciar abusos e ilegalidade, contribuindo para tornar mais humana a execução de penas privativas de liberdade em Santa Catarina.

E é importante realçar, mais uma vez, que antes da matéria ir ao ar nos jornais, mesmo cientes das denúncias, tanto o diretor do presídio quanto o diretor do DEAP, em um misto de incompetência com conivência, nada fizeram, utilizando-se inclusive da máquina administrativa para impedir o afastamento do acusado CARLOS da chefia da segurança do presídio, cargo este para o qual jamais poderia ter sido designado (especialmente por conta de seu perfil psicológico e conhecida agressi-

vidade). Por outro lado, uma vez divulgadas na imprensa as imagens do ato criminoso, tais autoridades administrativas, em represália, talvez por conta do vexame causado ao Estado de Santa Catarina com o lamentável evento, transferiram o acusado JÚLIO, autor das filmagens e delator do crime, para o extremo Oeste do Estado, numa tentativa clara de abafar o caso e punir o agente exemplar, no lugar do malfeitor.

Poderia muito bem o acusado ter se omitido e, neste caso, o que se observa dos depoimentos do diretor do presídio e do DEAP, a situação, vergonhosa e repugnante, se perpetuaria, sem que nada fosse feito.

Conforme já se consignou em precedente jurisprudencial, o “*Estado Democrático de Direito repudia o tratamento cruel dispensado pelos seus agentes a qualquer pessoa, inclusive aos presos. Impende assinalar, neste ponto, o que estabelece a Lex Fundamentalís, no art.. 5º, inciso XLIX, segundo o qual os presos conservam, mesmo em tal condição, o direito à intangibilidade de sua integridade física e moral. Desse modo, é inaceitável a imposição de castigos corporais aos detentos, em qualquer circunstância, sob pena de censurável violação aos direitos fundamentais da pessoa humana*” (STJ, Resp. 856.706 – AC, j. 6.5.2010, Rel. Min. Laurita Vaz).

Sinalizar, na atualidade, atitudes encorajadoras de servidores que vão de encontro aos interesses dos superiores hierárquicos e que ponham em risco o próprio emprego, é quase impossível de ser encontrado, mormente porque a independência funcional está muito relativizada.

Poder-se-ia cogitar a omissão do denunciado se estivesse agido como fizeram os demais acusados, que sequer o diretor do presídio procuraram para noticiar os fatos, mesmo os tendo presenciado.

Mesmo o diretor do presídio sabendo dos fatos, não só pelo acusado JÚLIO como também noticiado pelos próprios presos, pois o recluso Diego Palumbo declarou que falou pessoalmente com o diretor do presí-

dio, nada fez. Logo, como exigir do acusado JÚLIO que tomasse alguma atitude na esfera administrativa, ou no momento dos fatos, se o próprio superior hierárquico nada fazia? (“(...) *que Décio não estava presente no momento das agressões, sendo que este só ficou sabendo dos fatos porque foi relatado pelos presos; que falou com Décio pessoalmente sobre os fatos; que quando estava na “Toca”, algum parente seu ligou para o Diretor do Presídio, dizendo que Diego estava só de cueca na “toca”; que depois (no domingo) Décio esteve na “toca” e perguntou quem era Diego Palumbo; que Décio disse que a família do Diego andou ligando para Décio, informando que aquele tinha sido espancado e que estava pelado dentro da “toca”; (...)* (fl. 646).).

A conduta do réu CARLOS contou com o conluio dos demais acusados, pois como visto nenhum deles tomou qualquer tipo de atitude, seja para evitar a prática do crime, seja para informar ao superior hierárquico, seja para apurar os fatos.

JÚLIO, portanto, foi uma exceção, devendo-se considerar que, apesar de sua conduta omissiva aparentemente encaixar-se no tipo penal previsto no 2º do art. 1º da Lei 9.455/1997, não se poderia exigir dele, naquelas circunstâncias, conduta diversa.

Em suma, tem-se que, no tocante ao acusado JÚLIO, não ficou demonstrada a presença do elemento subjetivo do tipo, qual seja, o dolo.

Do latim “*omissio, de omittere (omitir, deixar, abandonar)*, exprime a ausência de alguma coisa. É assim, o que não se fez, o que se deixou de fazer, o que foi desprezado ou não mencionado. Na linguagem técnico-jurídica, a omissão é a inexistência. É um ato negativo ou a ausência do fato. É o silêncio, anotado pela falta de menção. A omissão não é um fato. Muito ao contrário, revela o que não aconteceu. Não é pois um acontecimento, embora se diga um ato negativo, em distinção ao que se fez, que é um ato positivo. No sentido penal, no entanto, a omissão

pode ser causa de crime, quando este se gera do que não se fez, quando se era obrigado a fazer. É a omissão ao dever jurídico ou a falta que se comete em não dizer ou não fazer alguma coisa. Quando a omissão se refere à falta de menção, é a lacuna ou o silêncio. Assim é a omissão da lei ou o caso de lei omissa” (De Plácido e Silva. Vocabulário Jurídico. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 980).

Levada a efeito, nenhuma conduta foi praticada pelo acusado. Muito embora no momento da gravação permanecesse omissa, não poderia agir de forma distinta, pois corria o risco de perder toda a prova produzida até aquele momento.

Sua absolvição, assim, é medida que se impõe.

III – APLICAÇÃO DA PENA.

III.1 – ACUSADO CARLOS AUGUSTO MACEDO MOTA:

O acusado é culpável e tecnicamente primário, pois não registra condenações anteriores, apesar de responder a processo por fato idêntico, perante a Comarca de Criciúma/SC (ação penal nº 020.11.008169-2 – certidão e cópia da denúncia juntados às fls. 104). As demais circunstâncias judiciais do art. 59, do CP, não prejudicam o acusado, podendo ser consideradas como inerentes ao crime praticado.

Assim, aplico-lhe a pena inicial no mínimo legal de 2 (dois) anos de reclusão.

Não há circunstâncias agravantes ou atenuantes a considerar.

Tendo em vista a continuidade delitiva, eis que a prática da tortura se deu por 7 vezes, contra vítimas (presos) distintos, e considerando a regra do art. 71, parágrafo único, do Código Penal, elevo a pena em 1/6 para cada uma das condutas, alcançando, assim, a pena de 5 (cinco) anos e 14 (quatorze) dias.

Por último, diante da causa de especial de aumento do § 4º, inc. I, do art. 1º, da Lei de Tortura, aumento a pena em mais 1/6, totalizando 5 (cinco) anos, 10 (dez) meses e 16 (dezesesseis) dias de reclusão.

Em se tratando de crime praticado com violência contra a pessoa e também em face do montante de pena alcançado, inviável a substituição da pena corporal por penas alternativas (art. 44 e ss., do CP), ou mesmo a concessão de sursis penal (art. 77 e ss., do CP).

Fixo o regime fechado para início do cumprimento da pena, considerando-se o disposto § 7º, do art. 1º, da Lei de Tortura, inclusive porque, conforme apontam os autores Alberto Silva Franco, Rafael Lira e Yuri Felix, “*o regime inicial referente à pena reclusiva aplicada ao autor das diversas modalidades de tortura, exceção do § 2º do art. 1º, deverá ser o regime fechado. A linguagem aberta adotada pelo legislador denuncia seu propósito de aplicar, na execução da pena referente à tortura, o regime progressivo com suas três etapas*” (op. cit. p. 213).

III.2 – ACUSADOS REGINALDO CLAUDINO BORBA, OLÍVIO BONELI NANDI JÚNIOR, JAMIL ANANIAS DE SÁ e DÉCIO PAQUELIN:

Os acusados são culpáveis e primários. As demais circunstâncias judiciais do art. 59, do CP, não os prejudicam, podendo ser consideradas como inerentes ao crime praticado.

Assim, aplico-lhes a pena no mínimo legal de 1 (um) ano de detenção, tornando-a definitiva, em face da ausência de outras causas a considerar na dosimetria.

Fixo o regime inicial aberto para o cumprimento da pena privativa de liberdade.

Com fundamento no art. 44, § 2º, 2ª parte, do Código Penal, substituo as penas privativas de liberdade aplicadas aos acusados REGINAL-

DO CLAUDINO BORBA, OLÍVIO BONELI NANDI JÚNIOR, JAMIL ANANIAS DE SÁ e DÉCIO PAQUELIN por duas penas restritivas de direitos, sendo uma de prestação de serviços à comunidade, pelo mesmo tempo da pena substituída, à razão de uma hora de serviço por dia de condenação, e outra de prestação pecuniária de 2 (dois) salários mínimos, vigente nesta data, mediante depósito em conta judicial, vinculada a este juízo, que oportunamente decidirá sobre a destinação do numerário a entidades públicas da Comarca, que desempenhem atividades no âmbito social.

IV – DISPOSITIVO:

Ante o exposto, JULGO PARCIALMENTE PROCEDENTE a denúncia e, em consequência:

1) CONDENO o acusado CARLOS AUGUSTO MACEDO MOTA ao cumprimento, em regime inicial fechado, da pena privativa de liberdade de 5 (cinco) anos, 10 (dez) meses e 16 (dezesesseis) dias de reclusão, com perda do cargo público e interdição para o seu exercício pelo dobro do prazo da pena aplicada, por infração ao art. 1º, inc. II e § 1º, c/c o § 4º, inc. I e o § 5º, da Lei nº 9.455/97.

Concedo ao condenado o direito de recorrer em liberdade, tendo em vista que compareceu a todos os atos do processo e, ao menos por ora, não se fazem presentes os motivos ensejadores da prisão preventiva.

2) CONDENO os acusados REGINALDO CLAUDINO BORBA, OLÍVIO BONELI NANDI JÚNIOR, JAMIL ANANIAS DE SÁ e DÉCIO PAQUELIN ao cumprimento da pena privativa de liberdade de 1 (um) ano de detenção, que substituo por duas penas restritivas de direitos, conforme especificado na dosimetria, por infração ao art. 1º, § 2º, da Lei nº 9.455/97.

3) Com base no art. 386, IV, do CPP, ABSOLVO o acusado JÚLIO CESAR SILVEIRA JÚNIOR do crime previsto no art. 1º, § 2º, da Lei nº 9.455/97, que lhe foi imputado nesta ação penal.

Com exceção do acusado Júlio César Silveira Júnior, que foi absolvido, ficam os demais condenados ao pagamento, *pro rata*, das custas processuais.

Transita em julgado: 1) Lance-se o nome dos condenados no rol dos culpados; 2) Comunique-se a condenação à E. CGJ e à Justiça Eleitoral; 3) Expeça-se mandado de prisão em desfavor do apenado CARLOS AUGUSTO MACEDO MOTA, expedindo-se a competente guia de recolhimento e formando-se o respectivo PEC; 4) Forme-se os PECs em relação aos apenados REGINALDO CLAUDINO BORBA, OLÍVIO BONELI NANDI JÚNIOR, JAMIL ANANIAS DE SÁ e DÉCIO PAQUELIN, intimando-se os mesmos para que, no prazo de 5 (cinco) dias úteis, compareçam perante este juízo, a fim de darem início ao cumprimento das penas alternativas ora impostas, sob pena de conversão em penas privativas de liberdade; 5) Oficie-se ao DEAP, a fim de que sejam adotadas as providências legais para efetivação da medida relativa à perda do cargo público pelo condenado CARLOS AUGUSTO MACEDO MOTA; 6) remetam-se os autos à Contadoria Judicial, para o cálculo das custas e despesas processuais, intimando-se os condenados para pagamento proporcional, e recolhimento no prazo de 10 dias, sob pena de execução.

P.R.I.

Tubarão (SC), 18 de dezembro de 2013.

Elleston Lissandro Canali
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 Balneário Piçarras
Av. Eulálio da Trindade, 26 — Centro
CEP: 88380-000 — Piçarras
Telefone: (47) 3347-4007

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) 3287-6500

Fórum Bancário da Capital
Rua Anita Garibaldi, 365, Ed. Artur Silveira — Centro
CEP: 88020-120 — Florianópolis
Telefone: (48) 3287-5700

Fórum Des. Eduardo Luz
 Rua José da Costa Moellmann, 197 — Centro
 CEP: 88020-170 — Florianópolis
 Telefone: (48) 3287-6900

Fórum Distrital do Continente
 Rua São José, 300 — Estreito
 CEP: 88075-310 — Florianópolis
 Telefone: (48) 3287-5100

Fórum Distrital do Norte da Ilha
 Campus da UFSC
 Av. Desembargador Vitor Lima, 183 – fundos – Serrinha
 CEP: 88040-400 — Florianópolis
 Telefone: (48) 3287-5000

Fórum da Comarca de Capivari de Baixo
 Rua Engenheiro Márcio Portela, 36 — Centro
 CEP: 88745-000 — Capivari de Baixo
 Telefone: (48) 3621-4800

Fórum da Comarca de Catanduvas
 Rua 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) 3321-4000

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) 3245-4500

Fórum da Comarca de Descanso
Rua Thomaz Koproski, 615 — Centro
CEP: 89910-000 — Descanso
Telefone: (49) 3623-6400

Fórum da Comarca de Dionísio Cerqueira
Av. Washington Luís, 670 — Centro
CEP: 89950-000 — Dionísio Cerqueira
Telefone: (49) 3644-6200

Fórum da Comarca de Forquilha
Rodovia Antônio Valmor Canela, 106 — Santa Izabel
CEP: 88850-000 — Forquilha
Telefone: (48) 3463-8300

Fórum da Comarca de Fraiburgo
Av. Curitiba, 375 — Centro
CEP: 89580-000 — Fraiburgo
Telefone: (49) 3256-2100

Fórum da Comarca de Garopaba
Rua Santa Rita, 100 — Centro
CEP: 88495-000 — Garopaba
Telefone: (48) 3254-8300

Fórum da Comarca de Garuva
Av. Celso Ramos, 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) 3341-9300

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 Meleiro
Rua José Mezari, 281 — Jardim Itália
CEP: 88920-000 — Meleiro
Telefone: (48) 3537-8300

Fórum da Comarca de Modelo
Rua Presidente Vargas, 20 — Centro
CEP: 89872-000 — Modelo
Telefone: (49) 3365-2500

Fórum da Comarca de Mondai
Rua Aurora, 65 — Centro
CEP: 89893-000 — Mondai
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) 3287-5500

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 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) 3646-1700

Fórum da Comarca de Santa Cecília
Rua XV de Novembro, s/n — Centro
CEP: 89540-000 — Santa Cecília
Telefone: (49) 3244-6505

Fórum da Comarca de Santa Rosa do Sul
Rua Raul José dos Santos, 120 — Centro
CEP: 89965-000 — Santa Rosa do Sul
Telefone: (48) 3534-8200

Fórum da Comarca de Santo Amaro da Imperatriz
Rua Frei Fidêncio Feldmann, 425 — Centro
CEP: 88140-000 — Santo Amaro da Imperatriz
Telefone: (48) 3245-4000

Fórum da Comarca de São Bento do Sul
Av. São Bento, 401 — 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 — Rocio 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) 3287-5200

Fórum da Comarca de São José do Cedro
Rua Padre Aurélio, 235 — Centro
CEP: 89930-000 — São José do Cedro
Telefone: (49) 3643-6600

Fórum da Comarca de São Lourenço do Oeste
Rua Dom Pedro II, 966 — Centro
CEP: 89990-000 — São Lourenço do Oeste
Telefone: (49) 3344-8200

Fórum da Comarca de São Miguel do Oeste
Rua Marcílio Dias, 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) 3533-4700

Fórum da Comarca de Xanxerê
Rua Victor Konder, 898 — Centro
CEP: 89820-000 — Xanxerê
Telefone: (49) 3441-7100

Fórum da Comarca de Xaxim
Rua Rui Barbosa, 385 — Centro
CEP: 89825-000 — Xaxim
Telefone: (49) 3353-9600

ÍNDICE NUMÉRICO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE

3.726 (STF) — Santa Catarina.....29

AGRAVO EM AGRAVO DE INSTRUMENTO

2013.001148-1/0001.00 — Tubarão.....150

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL

1.251.879 (STJ) — Rio Grande do Sul.....83

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO

763.527 (STF) — Santa Catarina.....47

AGRAVOS DE INSTRUMENTO

2010.036442-4 — Blumenau.....432

2012.071659-5 — Joinville.....449

2012.073700-1 — Capital.....407

2013.037462-0 — Blumenau.....265

APELAÇÕES CÍVEIS

2008.072699-5 — São José.....218

2010.008286-9 — Brusque.....381

2010.028361-2 — Capital.....546

2010.050960-2 — Itajaí.....437

2010.052428-8 — Capital.....325

2010.073780-9 — Joinville.....489

2011.059299-2 — Rio do Campo.....507

2011.071414-1 — Palmitos.....628

2011.096526-7 — Balneário Camboriú.....241

2011.096825-6 — São José.....367

2012.010387-7 — Itajaí.....281

2012.021715-2 — Seara.....185

2012.069084-4 — Criciúma.....301

2012.085336-7	—	Itaiópolis
lis.....	270	
2013.005566-5	— Curitiba	516
2013.042357-6	— Blumenau	422
2013.058985-0	— Xaxim	211

APELAÇÕES CRIMINAIS

2012.076055-0	— Lages	710
2012.081762-2	— Capital	827
2013.008101-7	— Capital	778
2013.012424-5	— Videira	678
2013.022486-8	— São José	759
2013.036580-3	— Capital	729
2013.039419-6	— Modelo	722

CONFLITO DE COMPETÊNCIA

2013.047968-3	— Tubarão	143
---------------	-----------	-----

EMBARGOS INFRINGENTES

2013.005168-1	— Capital	663
---------------	-----------	-----

HABEAS CORPUS

114.393 (STF)	— Rio Grande do Sul	48
---------------	---------------------	----

RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA

33.183 (STJ)	— Rondônia	98
42.069 (STJ)	— Santa Catarina	118

RECURSO ESPECIAL

1.236.916 (STJ)	— Rio Grande do Sul	131
-----------------	---------------------	-----

REPERCUSSÃO GERAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO

767.332 (STF)	— Minas Gerais	58
---------------	----------------	----

SENTENÇAS

015.08.000601-3	— Canoinhas.....	850
038.07.037788-7	— Joinville.....	866
0008159-09.2010.8.24.0075	— Tubarão.....	876

ÍNDICE POR ASSUNTO

AÇÃO CIVIL PÚBLICA

– Improbidade administrativa – Edital do DER, hoje Deinfra (Departamento Estadual de Infraestrutura), para licitação de concessão de rodovias estaduais na Ilha de Santa Catarina. A cobrança de pedágio dos usuários seria autorizada mediante a realização de várias obras, manutenção e duplicação asfáltica, além de diversas obrigações elencadas como requisitos mínimos para início de cobrança da tarifa. Apelo do Ministério Público. Julgamento antecipado da lide. Cerceamento de defesa. Inocorrência. Dilação probatória desnecessária. Legitimidade passiva do representante legal da empresa adjudicatária da proposta de concessão independentemente da presença da empresa concessionária e de seu diretor. Legitimidade passiva ad causam do espólio do agente público quanto a eventuais efeitos patrimoniais até o limite de herança. Ato ímprobo não caracterizado. Matéria discutida em ação popular julgada procedente por este Tribunal. Realização de várias obras que não foram remuneradas pelo poder público ou pelo usuário porque o pedágio nunca foi cobrado. Interrupção das obras e discussão judicial do contrato e de sua execução. Alteração do projeto básico utilizado na licitação, que deveria atender ao interesse público e não ao particular. Recondução à lide do representante da ré como parte legítima passiva. Recurso parcialmente provido.....546

AÇÃO COMINATÓRIA

– Abstenção do uso de nome empresarial – Direito de marcas e patentes. Direito ao uso de marca mista, que é formada de figuras e palavras, sem direito ao uso exclusivo das palavras “vida e saúde”. Pretensão de proibição, por parte da autora, do uso da marca “Vida e Saúde”. Inviabilidade. Inexistência de confusão entre os produtos. Impossibilidade de proteção a palavras de uso comum, exceto quando revestidas de suficiente forma distintiva. Recurso desprovido.....507

AÇÃO COMINATÓRIA CUMULADA COM INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS

– Empréstimo bancário consignado – Pedido de emissão de boletos. Liquidação antecipada da dívida. Direito do consumidor. Inércia do Banco. Procedência parcial dos pedidos. Negativa que ultrapassa o mero dissabor. Obrigação de indenizar. Recurso provido.....422

AÇÃO DE INDENIZAÇÃO

– Transporte marítimo (unimodal) – Cobrança de despesas decorrentes de frete, armazenagem e sobre-estadia de contêiner (demurrage). Prescrição anual reconhecida. Extinção do processo com julgamento do mérito. Insurgência da autora. Ilegitimidade passiva suscitada e não analisada na sentença. Supressão de instância. Retorno do processo à origem. Recurso provido.....437

AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL E ESTÉTICO

– Intervenção cirúrgica do tipo dermolipectomia abdominal da qual resultou cicatriz aparente no ventre da paciente – Alegação de que o médico teria empregado técnica cirúrgica inadequada. Imperícia e negligência que justificariam atribuição de responsabilidade civil. Laudo pericial conclusivo que afasta o possível erro. Cientificação da contratante acerca dos riscos inerentes ao tipo de intervenção, bem como dos possíveis resultados indesejados. Sentença mantida. Recurso desprovido.....281

AÇÃO DE MODIFICAÇÃO DE GUARDA

– Guarda de adolescente de 14 anos pretendida pelo pai – Genitores em iguais condições financeiras, morais e sociais para exercerem o encargo.

Expressa manifestação de vontade do infante de residir com o pai, dado que a mãe, primitiva guardiã, mudou-se para cidade afastada de onde nasceu e cresceu o menor. Decisão livre, consciente e motivada na outorga da guarda. Recurso desprovido.....270

AÇÃO DE REPARAÇÃO POR DANOS MORAIS

– Transportadora que é impedida de participar de diversos leilões por não ter conseguido comprovar sua regularidade fiscal. Culpa da instituição financeira, que deixou de adimplir os tributos dos veículos – Responsabilidade quanto ao pagamento não impugnada pelo Banco. Teoria da perda de uma chance. Provas documental e testemunhal de que a empresa tinha chances reais de obter êxito nos certames. Recurso desprovido.....211

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE

– ICMS – Partilha do produto arrecadado. Valor adicionado. Geração de energia elétrica. Lei Estadual que utiliza critérios de partilha com base na área inundada e demais instalações da usina hidrelétrica. Recurso provido. Maioria de votos. VOTO VENCIDO.....29

AÇÃO MONITÓRIA

– Cheque despido de força executiva – Sentença de extinção do processo, sem resolução do mérito. Ofensa à coisa julgada. Reconhecimento ex officio. Anterior ação de cobrança envolvendo as mesmas partes e mesma causa de pedir. Reflexos que alcançam demanda posterior. Recurso prejudicado.....489

AGRAVO DE INSTRUMENTO

– *Vide* Recurso.

CÓDIGO CIVIL

– Art. 50.....	131
– Art. 104, III.....	245
– Art. 107.....	245
– Art. 108.....	245
– Art. 186.....	426, 430
– Art. 187.....	373
– Art. 189.....	439
– Art. 205.....	439
– Art. 206, § 3º, V.....	439
– Art. 206, § 5º, I.....	439
– Art. 394.....	193, 195
– Art. 398.....	195
– Art. 401.....	195
– Art. 406.....	229, 315, 342
– Art. 407.....	195
– Art. 943.....	565
– Art. 946.....	541
– Art. 1.245.....	245
– Art. 1.583, § 2º.....	274
– Art. 1.640, parágrafo único.....	245
– Art. 1.641, II.....	252
– Art. 1.647, III.....	432
– Art. 1.658.....	255
– Art. 1.659, II.....	242
– Art. 1.662.....	259
– Art. 1.723.....	247
– Art. 1.725.....	247

CÓDIGO CIVIL/1916

— Art. 1.064.....	195
— Art. 159.....	216, 322, 339, 363
— Art. 1.526.....	565
— Art. 1.536, § 2º.....	197

CÓDIGO COMERCIAL

— Art. 449-3.....	437
-------------------	-----

CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR (LEI N. 8.078/1990)

— Art. 2º.....	223
— Art. 3º.....	223
— Art. 4º, I.....	223
— Art. 6º.....	206
— Art. 6º, I.....	225
— Art. 8º.....	225
— Art. 14.....	224
— Art. 14, § 3º.....	329
— Art. 14, § 4º.....	305
— Art. 17.....	328
— Art. 52, § 2º.....	422

CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

— Art. 3º.....	153
— Art. 10, § 2º.....	265
— Art. 11.....	269
— Art. 16.....	103
— Art. 17.....	33
— Art. 20.....	238
— Art. 20, § 3º.....	238, 324, 343

— Art. 20, § 4º.....	369, 439, 491, 521
— Art. 21.....	237
— Art. 21, parágrafo único.....	237
— Art. 43.....	565
— Art. 77.....	367
— Art. 82, I.....	523
— Art. 83.....	471
— Art. 84.....	474
— Art. 130.....	556
— Art. 246.....	466
— Art. 265, I, e § 1º.....	565
— Art. 265, IV, “a”.....	538
— Art. 267, IV.....	419
— Art. 267, V, § 3º.....	502
— Art. 267, VI.....	344, 489, 500
— Art. 269, I.....	283, 633
— Art. 269, IV.....	437
— Art. 273.....	156
— Art. 295, II.....	561
— Art. 300.....	502
— Art. 301, § 2º.....	489
— Art. 301, X.....	561
— Art. 302.....	228, 428
— Art. 319.....	557
— Art. 330.....	560
— Art. 333.....	615
— Art. 333, I.....	277, 279, 364, 379
— Art. 333, II.....	75, 187, 229, 393
— Art. 335.....	232
— Art. 397.....	400
— Art. 420 e seguintes.....	557

— Art. 467 e seguintes.....	489
— Art. 475, § 2º.....	524
— Art. 509.....	638
— Art. 515, § 1º.....	437
— Art. 522.....	150
— Art. 525.....	433
— Art. 544, § 4º, II, “a”.....	455
— Art. 557, § 1º.....	150
— Art. 585, II.....	408
— Art. 586, <i>caput</i>	417
— Art. 633, <i>caput</i>	870
— Art. 804.....	156
— Art. 928.....	156
— Art. 1.010.....	479
— Art. 1.055 a 1.062.....	565
— Art. 1.102.....	493

CÓDIGO DE PROCESSO PENAL

— Art. 84, § 2º.....	631
— Art. 201, § 2º.....	777
— Art. 219.....	669
— Art. 231.....	786
— Art. 284.....	888
— Art. 386, II.....	762
— Art. 386, III.....	722
— Art. 386, IV.....	979
— Art. 386, VII.....	762
— Art. 413.....	680
— Art. 427, § 2º.....	739
— Art. 432.....	737

— Art. 433.....	737
— Art. 483.....	678
— Art. 492, I, “b”.....	678
— Art. 563.....	86, 95
— Art. 593, III, “d”.....	683
— Art. 600, § 4º.....	834
— Art. 609, parágrafo único.....	663
— Art. 616.....	783

CÓDIGO DE TRÂNSITO BRASILEIRO (LEI N. 9.503/1997)

— Art. 80.....	530
— Art. 94.....	529

CÓDIGO PENAL

— Art. 29.....	707
— Art. 33, § 1º, “c”.....	776
— Art. 33, § 2º, “a”.....	808
— Art. 44.....	776, 976
— Art. 44, § 2º.....	977
— Art. 59.....	756, 976
— Art. 59, II.....	808
— Art. 61, II, “c”.....	776
— Art. 61, II, “e”.....	679
— Art. 65, III, “d”.....	701
— Art. 69.....	732
— Art. 71.....	723, 778
— Art. 71, parágrafo único.....	792
— Art. 77.....	776, 977
— Art. 121, § 2º, II a IV.....	678
— Art. 121, § 2º, I e IV.....	731

– Art. 129, § 1º, I e II.....	759
– Art. 129, § 9º.....	759
– Art. 129, § 10.....	759
– Art. 157.....	809
– Art. 158, <i>caput</i>	828
– Art. 214.....	792
– Art. 215.....	763
– Art. 217-A.....	764
– Art. 217-A, <i>caput</i>	780
– Art. 217-A, §§1º e 3º.....	764
– Art. 224, “a”.....	792
– Art. 330.....	663

CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA

– Divergência entre a Vara da Infância e da Juventude e a Vara da Fazenda Pública – Fornecimento de medicamentos. Ação proposta por menor absolutamente incapaz. Direito fundamental à saúde. Competência ditada pelo Código de Divisão e Organização Judiciárias de Santa Catarina. Competência absoluta firmada na Vara da Infância e da Juventude. Conflito improcedente.....	143
--	-----

CONSTITUIÇÕES

ESTADUAL-1989

– Art. 17.....	572
– Art. 23.....	118

FEDERAL-1988

– Art. 5º, IV.....	378
– Art. 5º, V.....	230
– Art. 5º, X.....	388, 393, 430

— Art. 5º, XVI.....	495
— Art. 5º, XXXV.....	150, 156, 182
— Art. 5º, XXXVIII, “c”.....	683
— Art. 5º, LIV.....	174
— Art. 5º, LV.....	156, 166, 182
— Art. 7º, IV.....	535
— Art. 22, I e IV.....	32
— Art. 23, III.....	872
— Art. 37, §§ 4º e 5º.....	588
— Art. 37, § 6º.....	524
— Art. 37, § 12.....	118
— Art. 37, XXI.....	572
— Art. 60, § 4º, IV.....	515
— Art. 93, IX.....	59
— Art. 102, III, “a”.....	59
— Art. 105, II, “b”.....	100, 119
— Art. 137.....	569
— Art. 150, I.....	41
— Art. 150, VI, “c”, § 4º.....	45
— Art. 158, parágrafo único, I.....	35
— Art. 161, I.....	35
— Art. 175.....	569
— Art. 216, <i>caput</i>	871
— Art. 216, §1º.....	871
— Art. 220.....	373
— Art. 227, <i>caput</i>	817

CRIME CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL

– Estupro de vulnerável, em razão de embriaguez, que ocasionou lesão corporal grave – Materialidade comprovada por laudo pericial. Desclassi-

ficação para lesão corporal grave, tendo em vista que o animus do agente não restou comprovado a contento, como também não o foi a embriaguez da vítima, a ponto de lhe tirar a capacidade de resistir ao ato. Crime contra a pessoa e lesão corporal qualificada. Materialidade comprovada por perícia. Acusado que tentou não permitir que a vítima perdesse a consciência, desferindo-lhe tapas e socos, excedendo-se. Condenação mantida. Recurso parcialmente provido.....759

CRIME CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL

– Fotografar cena de sexo explícito ou pornográfica envolvendo criança ou adolescente em continuidade delitiva – Condenação. Recurso ministerial que extinguiu o feito por ilegitimidade quanto ao antigo delito de atentado violento ao pudor. Atos libidinosos diversos da conjunção carnal praticados pelo agente. Autoria pacificada. Declarações da vítima firmes e coerentes, corroborados pela genitora e avó materna. Sentença reformada. Condenação. Armazenamento de material pornográfico envolvendo criança ou adolescente. Materialidade e autoria comprovadas. Enfoque das fotografias à região genital, conotação obscena. Sentença reformada. Condenação por maioria neste ponto. Recurso defensivo desprovido e provido o do Ministério Público.....778

CRIME CONTRA O PATRIMÔNIO

– Extorsão – Absolvição. Irresignação pelo assistente de acusação. Pretendida condenação. Grave ameaça à pessoa não configurada. Exigência de pagamento por trabalhos jornalísticos a entidade governamental. Inocorrência. Ausência de constrangimento de fazer, ou deixar de fazer, ou tolerar que se faça alguma coisa. Atipicidade. Recurso desprovido.....827

DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE DÉBITO CUMULADA COM INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS

– Apelo do autor para majoração da indenização – Ausência de interesse recursal. Não conhecimento. Juros de mora. Desprovimento. Recurso da ré. Inscrição ilícita. Dano moral presumido. Fixação segundo critérios legais. Sentença mantida. Recurso desprovido.....185

EMENDA CONSTITUCIONAL

– N. 38/2004.....570
– N. 46/2007.....570

ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE (LEI N. 8.069/1990)

– Art. 3º.....825
– Art. 6º.....811
– Art. 16, II.....146
– Art. 28, § 2º.....146
– Art. 45, § 2º.....146
– Art. 100, XII.....146
– Art. 148, IV.....146
– Art. 208, VII.....146
– Art. 209.....146
– Art. 227.....793
– Art. 240.....780
– Art. 241-”B”.....780
– Art. 241-”E”.....817

ESTUPRO

– Vulnerável – Conjunção carnal entre vítima menor, de 14 anos, e jovem com 19 anos à época. Relação consentida. Presunção de vulnerabilidade excepcionalmente afastada. Recurso da acusação desprovido.....722

ESTUPRO

– Vide Crime contra a dignidade sexual.

HABEAS CORPUS

– Execução penal – Remição de pena. Jornada de trabalho. Pretensão do cômputo da remição em horas, e não em dias trabalhados. Improcedência. Ordem denegada.....48

HOMICÍDIO QUALIFICADO

– Duplamente qualificado: motivo fútil e surpresa – Júri. Pretendida anulação do julgamento por ser manifestamente contrário à prova dos autos. Não configurada. Condenação por homicídio duplamente qualificado. Reconhecimento da confissão espontânea. Impossibilidade. Afastamento da agravante prevista no art. 61, II, e, do Código Penal. Reprimenda ajustada. Recurso parcialmente provido.....678

HOMICÍDIO QUALIFICADO

– Tribunal do Júri – Homicídio qualificado por motivo torpe e emprego de recurso que dificultou a defesa. Disparos efetuados pelas costas e quando a vítima se encontrava prostrada, além de porte ilegal de arma de fogo, em concurso material. Preliminares de revogação da prisão cautelar. Anulação do julgamento pela ausência de sorteio de novos jurados após o adiamento da sessão. Preclusão da pronúncia e legítima defesa não acolhida pelos jurados. Preliminares afastadas. Requerimento de absorção do crime de porte de arma de fogo pelo crime de homicídio. Relação meio-fim não verificada. Porte pretérito não indagado aos jurados. Peculiaridade que determina a aplicação do princípio da consunção. Exclusão do delito que se impõe. Recurso parcialmente provido.....729

IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

– Fraude à licitação – Empresas sem qualificação para prestação dos serviços. Vereador que utilizou “testa de ferro” para contratar com poder público. Superfaturamento. Inocorrência. Impossibilidade de ressarcimento ao erário. Violação aos princípios da administração. Ilegalidades comprovadas. Recurso não conhecido. Ausência de preparo. Recurso provido. Ausência de atos de improbidade. Demais apelos parcialmente providos.....628

INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS

– Publicação de nota em coluna jornalística virtual – Alegação de ofensa à honra e à imagem do autor. Homem público. Matéria narrativa e informativa. Ofensa não caracterizada. Sentença reformada. Reconvenção. Ausência de provas na alegação de que o demandante obste o trabalho da imprensa. Exercício do direito de ação. Rejeição. Recurso parcialmente provido.....367

INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS

– Divulgação de fotos íntimas da autora, na rede mundial de computadores, por meio de correio eletrônico, sem o seu consentimento – Demanda parcialmente procedente. Irresignação das partes autora e réus. Adequação. Recursos parcialmente providos.....381

INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS

– Erro médico – Choque anafilático ocasionado pela aplicação de medicamento contraindicado a pacientes com alergia a penicilina. Negligência do médico caracterizada. Facultativo que, na ocasião da anamnese, deveria

ter investigado a existência de reações alérgicas. Bula do medicamento que traz advertências expressas sobre a possibilidade de hipersensibilidade cruzada. Nexo de causalidade entre a conduta do médico e o dano configurado. Dever de indenizar reconhecido. Danos materiais consubstanciados nas despesas com internação e tratamento. Dano moral decorrente do sofrimento e frustração do paciente. Recurso parcialmente provido....301

INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS

– Autora que tropeça em degrau desprovido de sinalização no interior de estabelecimento comercial e sofre lesão física – Imprudência. Inconformismo. Falha na prestação do serviço. Subsistência. Aplicação do Código de Defesa do Consumidor. Inobservância das regras de segurança. Criação de risco ao manter degrau no percurso de trânsito dos consumidores, sem sinalização indicando o desnível. Responsabilidade objetiva reconhecida. Dever de indenizar. Despesas médicas. Possibilidade. Comprovação documental. Sentença reformada. Recurso provido.....218

INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS

– Agressões físicas perpetradas por várias pessoas contra o esposo/pai das autoras que ocasionaram a sua morte – Fato ocorrido nas dependências da casa noturna demandada. Responsabilidade civil objetiva configurada. Culpa exclusiva da vítima e inexistência de defeito na prestação do serviço não comprovadas. Ônus que competia à demandada. Dever de indenizar. Minoração do valor da indenização por danos morais. Acolhimento. Recurso parcialmente provido. Maioria de votos. VOTO VENCIDO....325

INSTRUÇÃO NORMATIVA

— N. 28 INSS/PRES.....	424
— N. 37 INSS/PRES.....	427

LEGISLAÇÃO ESTADUAL

— N. 7.835/1991.....	566
— N. 9.163/1993.....	554
— N. 13.249/2004 Arts. 1º e 2º.....	30

LEGISLAÇÃO FEDERAL

DECRETOS

— N. 5.007/2004 Art. 2º, “c”.....	814
— N. 6.049/2007.....	92

DECRETOS-LEIS

— N. 116/1967 Art. 8º.....	437
— N. 911/1969 Art. 3º.....	150
— N. 3.240/1941.....	710
— N. 3.240/1941 Arts. 2º e 3º.....	715
— N. 3.240/1941 Art. 4º.....	720
— N. 4.657/1942 <i>Vide</i> Lei de Introdução ao Código Civil.	

LEIS

— N. 1.060/1950.....	757
— N. 1.060/1950 Art. 11, § 1º.....	219
— N. 1.060/1950 Art. 12.....	264
— N. 4.717/1965 Art. 2º.....	548
— N. 5.478/1968 Art. 4º, <i>caput</i>	156

— N. 6.368/1976	<i>Vide</i> Leis Antitóxicos.
— N. 6.404/1976	<i>Vide</i> Lei das Sociedades Anônimas.
— N. 7.210/1984	<i>Vide</i> Lei de Execução Penal.
— N. 7.347/1985	Art. 12, <i>caput</i>155
— N. 7.347/1985	Art. 17.....875
— N. 7.347/1985	Art. 18.....610
— N. 8.009/1990	Art. 1º.....407
— N. 8.009/1990	Art. 3º.....413
— N. 8.069/1990	<i>Vide</i> Estatuto da Criança e do Adolescente.
— N. 8.078/1990	<i>Vide</i> Código de Defesa do Consumidor.
— N. 8.137/1990	Art. 1º, I e II.....710
— N. 8.429/1992.....	546, 851
— N. 8.429/1992	Art. 1º.....562
— N. 8.429/1992	Art. 3º.....547
— N. 8.429/1992	Art. 8º.....546
— N. 8.429/1992	Art. 9º, II.....608
— N. 8.429/1992	Art. 10, V e VII.....628, 638
— N. 8.429/1992	Art. 10, X.....851
— N. 8.429/1992	Art. 10, XIII.....628
— N. 8.429/1992	Art. 11, <i>caput</i>607, 608, 652
— N. 8.429/1992	Art. 12.....565
— N. 8.6661993	Art. 2º.....572
— N. 8.6661993	Art. 30, § 6º.....635
— N. 8.6661993	Art. 65.....548
— N. 8.6661993	Art. 92, parágrafo único.....586
— N. 8.6661993	Art. 121.....587
— N. 8.987/1995	Art. 2º, III.....567
— N. 9.278/1996	Art. 5º, <i>caput</i>248
— N. 9.279/1996.....	507
— N. 9.279/1996	Art. 124, VI, XIX.....511
— N. 9.279/1996	Art. 195, III a VI.....515

— N. 9.455/1997	Art. 1º, II e § 4º, I.....	886
— N. 9.455/1997	Art. 1º, § 2º.....	881
— N. 9.492/1997	Art. 15.....	179
— N. 9.494/1997	Art. 1º-F.....	519
— N. 9.503/1997	<i>Vide</i> Código de Trânsito Brasileiro.	
— N. 9.611/1998	Art. 22.....	437
— N. 9.784/1999	Art. 2º, parágrafo único, IV.....	99
— N. 9.784/1999	Art. 2º, parágrafo único, VI.....	110
— N. 9.868/1999	Art. 12.....	31
— N. 10.628/2002	Art. 84, § 2º.....	631
— N. 10.764/2003	<i>Vide</i> Estatuto da Criança e do Adolescente.	
— N. 10.826/2003	Art. 14, <i>caput</i>	731
— N. 10.826/2003	Art. 16, <i>caput</i>	103
— N. 10.931/2004.....		150
— N. 11.079/2004.....		571
— N. 11.101/2005	<i>Vide</i> Lei de Recuperação e Falência.	
— N. 11.340/2006	Lei Maria da Penha	
— N. 11.340/2006	Art. 5º, III.....	760
— N. 11.340/2006	Art. 7º, I e III.....	763
— N. 11.340/2006	Art. 18, I.....	663
— N. 11.689/2008.....		678
— N. 11.690/2008.....		777
— N. 11.829/2008	<i>Vide</i> Estatuto da Criança e do Adolescente.	
— N. 11.960/2009.....		517
— N. 12.015/2009	Art. 225.....	782
— N. 12.016/2009	Art. 7º, III.....	155
— N. 12.376/2010	<i>Vide</i> Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB).	
— N. 13.322/2010.....		41

LEI COMPLEMENTAR

— N. 63/1990 (Estadual).....	38
— N. 156/1997 (Estadual) Art. 33, <i>caput</i>	545
— N. 161/1997 (Estadual).....	545
— N. 244/2003 (Estadual).....	573
— N. 442/2009 (Estadual).....	118
— N. 524/2010 (Estadual).....	545

LEGISLAÇÃO MUNICIPAL

LEIS

— N. 1.773/1980 Joinville Art. 10, I e III.....	873
---	-----

LEIS DAS SOCIEDADES ANÔNIMAS

— N. 6.404/1976 Art. 129.....	460
-------------------------------	-----

LEI DE EXECUÇÃO PENAL

— N. 7.210/1984 Art. 10.....	888
— N. 7.210/1984 Art. 11, I a VI.....	888
— N. 7.210/1984 Art. 15.....	91
— N. 7.210/1984 Art. 16.....	91
— N. 7.210/1984 Art. 33.....	50
— N. 7.210/1984 Art. 47.....	85
— N. 7.210/1984 Art. 57, <i>caput</i>	88
— N. 7.210/1984 Art. 59, <i>caput</i>	85
— N. 7.210/1984 Art. 66.....	87
— N. 7.210/1984 Art. 83, § 5º.....	87
— N. 7.210/1984 Art. 118, I e § 2º.....	87
— N. 7.210/1984 Art. 125.....	87
— N. 7.210/1984 Art. 126.....	50
— N. 7.210/1984 Art. 127.....	88

LEI DE INTRODUÇÃO ÀS NORMAS DO DIREITO BRASILEIRO
 – N. 12.376/2010 Art. 6º, § 3º.....496

LEI DE RECUPERAÇÃO E FALÊNCIA

– N. 11.101/2005 Art. 4º.....462
 – N. 11.101/2005 Art. 7º, § 2º.....460
 – N. 11.101/2005 Art. 8º.....465
 – N. 11.101/2005 Art. 19, § 2º.....469
 – N. 11.101/2005 Art. 22.....460
 – N. 11.101/2005 Art. 35, I, “f”481
 – N. 11.101/2005 Art. 41, § 2º.....460
 – N. 11.101/2005 Art. 42.....460
 – N. 11.101/2005 Art. 45.....454
 – N. 11.101/2005 Art. 46.....454
 – N. 11.101/2005 Art. 47.....475
 – N. 11.101/2005 Art. 50.....460
 – N. 11.101/2005 Art. 58, § 1º.....454
 – N. 11.101/2005 Art. 64.....451
 – N. 11.101/2005 Art. 65, *caput*.....452
 – N. 11.101/2005 Art. 65, § 1º.....452
 – N. 11.101/2005 Art. 142.....476

RECURSO

– Agravo de Instrumento – Nota promissória. Contrato de compra e venda com reserva de domínio. Execução. Recurso contra a decisão que rejeitou o pedido de inclusão da esposa do avalista no polo passivo. Insubsistência. Decisão mantida. Recurso desprovido.....432

RECURSO

– Agravo em agravo de instrumento – Contrato de mútuo garantido por alienação fiduciária de veículo. Busca e apreensão. Pedido de liminar. Decisão diferida para depois da réplica. Insurgência do credor. Decisão monocrática. Negativa de seguimento liminarmente ao agravo. Ato judicial de conteúdo lesivo. Pressuposto de admissibilidade presente. Conhecimento da matéria atribuído ao juiz de origem. Recurso provido. Maioria de votos. VOTO VENCIDO.....150

RECURSO

– Agravo de instrumento – Execução. Insurgência contra interlocutória que rejeitou a exceção de pré-executividade. Imóvel constritado constitui bem de família. Impenhorabilidade reconhecida. Retorno dos autos ao Juízo a quo para análise da matéria. Recurso parcialmente provido.....407

RECURSO

– Agravos de instrumento – Recuperação judicial. Interlocutória que, diante da desaprovação do plano de recuperação, decreta falência da recuperanda. Insurgência dos credores e das recuperandas. Alegação de nulidade da assembleia-geral de credores e desconstituição da decisão que decretou a falência das recuperandas. Reconhecimento. Afastamento dos sócios/devedores da administração da empresa, cabendo ao administrador judicial cumprir o legado enquanto não deliberada a escolha do gestor judicial. Recursos providos.....449

RECURSO

– Repercussão geral no recurso extraordinário – Imunidade tributária. Instituições de educação e de assistência social, sem fins lucrativos. IPTU. Lote vago. Não incidência desde que atendam os requisitos legais. Recurso desprovido. Maioria de votos. VOTO VENCIDO.....58

RECURSO

– Agravo regimental no recurso extraordinário com agravo – Anotação de responsabilidade técnica cobrada pelos conselhos regionais de engenharia, arquitetura e agronomia. Natureza jurídica de taxa. Necessária observância do princípio constitucional da reserva de lei formal. Impossibilidade de criação ou majoração de exação tributária mediante resolução. Recurso desprovido.....41

RECURSO

– Agravo regimental no recurso especial – Execução penal. Violação aos arts. 59, caput, da LEP e 563 do CPP. Não ocorrência. Nulidade do PAD. Ausência de advogado constituído. Inobservância da garantia da ampla defesa e do contraditório. Imprescindibilidade de instauração do PAD para reconhecimento de falta grave. Representativo de controvérsia. Recurso desprovido.....83

RECURSO

– Embargos infringentes – Divergência em relação ao enquadramento jurídico da conduta de descumprimento de medida protetiva de urgência. Fato típico. Prisão cautelar. Efetividade e coercitividade das decisões judiciais. Configuração de crime de desobediência. Acórdão mantido. Recurso desprovido.....663

RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA

– Servidor público estadual – Auditor-fiscal. Teto remuneratório. Regulamentação no Estado. Constituição Estadual e Lei Complementar Estadual. Sistema do qual não se infere violação a direito líquido e certo. Postulação judicial vedada pela Súmula 339/STF. Recurso desprovido.....118

RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA

– Concurso público – Policial militar. Exclusão de candidato por maus antecedentes. Condenação penal. Atos incompatíveis com a dignidade da função pública. Regra prevista no edital. Recurso desprovido.....98

RECURSO ESPECIAL

– Dissolução de união estável – Desconsideração inversa da personalidade jurídica. Possibilidade. Reexame de fatos e provas. Inadmissibilidade. Legitimidade ativa. Companheiro lesado pela conduta do sócio. Recurso desprovido.....131

REINTEGRAÇÃO DE POSSE

– Desistência da ação pelo cônjuge varão – Necessidade de seu consentimento para continuidade do processo pela varoa. Exigência de que a concordância seja materializada em declaração própria. Manifesto conflito de interesses entre os autores. Intimação do cônjuge desistente para manifestação da continuidade do feito. Recurso parcialmente provido.....265

RESOLUÇÃO DO CONSELHO NACIONAL DE TRÂNSITO
— N. 39/1998.....529

RESPONSABILIDADE CIVIL

— Lombada na via – Ausência de sinalização adequada. Queda de ciclista, que veio a óbito. Omissão do Poder Público. Teoria objetiva. Danos materiais e morais. Dever de ressarcir. Adequação de índices. Recurso parcialmente provido.....516

SENTENÇA

— Ação civil pública de responsabilidade por improbidade administrativa – Prefeito municipal. Maquinário público em lamentável estado de abandono, que prejudica a continuidade das obras e serviços públicos do Município. Ocorrência de dano para a Administração Pública. Demonstração. Dolo na conduta do alcaide não comprovado. Improcedência da ação.....850

SENTENÇA

— Ação civil pública – Tombamento de edificação dita histórica. Anulação do ato pelo Prefeito. Ato dentro da alçada de discricionariedade do chefe do Executivo Municipal. Casa abandonada que servia apenas de refúgio para andarilhos. Demolição. Improcedência da ação.....866

SENTENÇA

— Crime de tortura – Denúncia do Ministério Público baseada em inquérito policial de crimes praticados por agentes públicos em presídio regio-

nal. Agentes penitenciários e policiais militares. Caracterização. Conjunto probatório robusto. Decisão parcialmente procedente.....876

SEPARAÇÃO JUDICIAL

— União estável – Contrato particular de convivência. Insurgência do ex-companheiro. Nulidade das cláusulas que estipulam o regime de comunhão universal de bens. Contrato escrito que não se equipara a pacto antenupcial. Analogia às regras do casamento, que para doação de bens imóveis exige formalização própria. Nulidade decretada. Partilha, regime da comunhão parcial de bens. Recurso parcialmente provido.....241

SONEGAÇÃO FISCAL

— Medida cautelar de sequestro – Constrição do patrimônio de sócios. Inviabilidade da medida ante a descontinuidade da atividade empresarial. Insurgência Ministerial. Determinação de bloqueio parcial de saldos bancários em nome dos denunciados. Autorização de sequestro de bens móveis e imóveis. Vencido o relator no ponto, em face da generalidade do pedido. Recurso provido.....710

SÚMULAS/STF

— N. 339.....118
— N. 724.....59

SÚMULAS/STJ

— N. 7.....132
— N. 26.....418
— N. 43.....202
— N. 54.....405, 430, 431, 518

ÍNDICE POR ASSUNTO

— N. 227.....	211
— N. 299.....	493
— N. 326.....	431
— N. 362.....	202, 220, 424, 430

ÍNDICE ONOMÁSTICO

Alexandre d'Ivanenko.....	759
Altamiro de Oliveira.....	449
Carlos Adilson Silva.....	516
Carlos Alberto Civinski.....	663
Carlos Britto.....	36
Cármem Lúcia.....	48
Celso de Mello.....	41
Cláudia Lambert de Faria.....	159
Cláudio Valdyr Helfenstein.....	489
Denise Volpato.....	218
Dias Toffoli.....	73
Eduardo Mattos Gallo Júnior.....	211
Eládio Torret Rocha.....	270
Elleston Lissandro Canali.....	876
Fernando Carioni.....	143
Getúlio Corrêa.....	422
Gilmar Mendes.....	58
Henry Petry Junior.....	337
Humberto Martins.....	118
Jaime Ramos.....	546
Jânio Machado.....	507
Joaquim Barbosa.....	29

Joel Dias Figueira Júnior.....	367
Jorge Luis Costa Beber.....	301
Júlio César Knoll.....	628
Leopoldo Augusto Brüggemann.....	778
Luiz Fernando Boller.....	281
Luiz Zanelato.....	150
Márcio Schiefler Fontes.....	850
Marco Aurélio.....	38, 64
Marco Aurélio Bellizze.....	83
Maria do Rocio Luz Santa Ritta.....	265
Marli Mosimann Vargas.....	678
Nancy Andrighi.....	131
Newton Varella Júnior.....	827
Paulo Ricardo Bruschi.....	185
Ricardo Lewandowski.....	39
Ricardo Roesler.....	710, 722
Roberto Lepper.....	866
Robson Luz Varella.....	407
Ronaldo Moritz Martins da Silva.....	437
Sérgio Izidoro Heil.....	325
Sérgio Kukina.....	98
Stanley da Silva Braga.....	381

Torres Marques.....	729
Trindade dos Santos.....	241
Tulio Pinheiro.....	432

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SANTA CATARINA

Diretoria de Documentação e Informações

Divisão de Documentação

Adelson André Brüggemann

Seção de Revisão

Lília Lacerda da Silva

Revisão/conferência

Silvana Pisani

Índice numérico, legislativo e por assunto

José Leopoldo Abatti

Projeto Gráfico, Editoração Eletrônica, Impressão e Acabamento



DIVISÃO DE ARTES GRÁFICAS – DIE